

Grundsätze zur Arbeitszeit im öffentlichen Dienst und Kurzbesprechung zweier Entscheide

Abends länger bleiben – Überstunden und Gleitzeit



Beat Dold
Dr. iur.

Mit der Einführung flexibler Arbeitszeitmodelle aus dem privaten Arbeitsrecht haben auch die dazu gehörenden Fragen Einzug ins öffentliche Dienstrecht gehalten: Unter welchen Umständen muss ich Überstunden leisten? Erhalte ich eine Entschädigung, wenn am Ende des Dienstverhältnisses die aufgelaufene Mehrarbeit nicht mehr mit Freizeit kompensiert werden kann? Wie steht es, wenn ich die Mehrarbeit im Rahmen eines flexiblen Arbeitszeitmodells geleistet habe?



RA Dr. Michael Merker
Lehrbeauftragter Uni St. Gallen

Bei vielen dieser und ähnlicher Fragen bot die Praxis im Bereich des öffentlichen Dienstrechts bis anhin noch keinen Anlass für eine autoritative richterliche Antwort. Weil die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und deren faktische Interessenlage sich im

öffentlichen und privaten Recht aber immer weniger unterscheiden, ist es jedoch möglich, auf Rechtsprechung und Lehre zum privatrechtlichen Arbeitsvertrag zurückzugreifen.

Insbesondere zur Unterscheidung von Überstunden und Gleitzeit erweist es sich

als unumgänglich, «über den Gartenzaun zu schauen» und die differenzierte Rechtsprechung zum Obligationenrecht zu beachten, zumal zwischen öffentlichem Dienst und privatem Arbeitsvertragsrecht gerade in diesem Bereich keine systemimmanenten Unterschiede zu erkennen

sind. Dies soll im Folgenden an zwei Fällen aus der Praxis aufgezeigt werden, wobei im ersten Fall Überstunden, im zweiten dagegen ein Gleitzeitüberhang vorlagen.

Überstunden im privaten Arbeitsvertragsrecht

Die nicht ausdrücklich angeordneten Überstunden des Verkehrsdirektors D

D war als Verkehrsdirektor für den Verein X angestellt. Als das Arbeitsverhältnis einvernehmlich aufgelöst wurde, machte D geltend, er habe eine grosse Zahl von Überstunden geleistet, für die er zu entschädigen sei. Mit dieser Forderung gelangte er bis vor Bundesgericht, das den Fall

mit Urteil vom 8. Januar 2003 zu seinen Gunsten entschied (BGE 129 III 171). Dabei stand vor allem die Definition von Überstunden und die Anwendbarkeit von Art. 321c Abs. 1 OR auf leitende Angestellte zur Diskussion. Die genannte Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

«Wird gegenüber dem zeitlichen Umfang der Arbeit, der

verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist, die Leistung von Überstundenarbeit notwendig, so ist der Arbeitnehmer dazu soweit verpflichtet, als er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann.»

Im Falle von Verkehrsdirektor D bejahte das Bundesgericht

das Vorliegen von Überstunden, obwohl der in einem Betrieb übliche zeitliche Umfang der Arbeit für leitende Angestellte grundsätzlich nicht gilt. Denn, so das Bundesgericht, es gebe Ausnahmen von diesem Grundsatz. Leitende Angestellte hätten dann einen Anspruch auf Überstundenentschädigung, wenn ihnen zusätzliche Aufgaben über die vertraglich ver-

einbaren Pflichten hinaus übertragen werden oder wenn die ganze Belegschaft während längerer Zeit in wesentlichem Umfang Überstunden leiste. Zudem gelte die gesetzliche Regelung von Art. 321c auch für leitende Angestellte, soweit der zeitliche Umfang vertraglich ausdrücklich verabredet worden sei. Dies traf auf D zu, betrug doch seine wöchentliche Arbeitszeit gemäss Arbeitsvertrag 42,5 Stunden.

Auch die sich daran anschliessende Frage, ob Verkehrsdirektor D tatsächlich Überstunden geleistet habe, bejahte das Gericht. Für die Abgeltung von Überstunden sei unerheblich, ob sie vom Arbeitgeber ausdrücklich

angeordnet oder auf eigene Initiative des Arbeitnehmers geleistet wurden; entscheidend sei, dass sie für den Arbeitgeber objektiv notwendig gewesen seien. Immerhin, so fügte das Bundesgericht an, habe der Arbeitnehmer Überstunden, die ohne Wissen des Arbeitgebers geleistet werden, innert nützlicher Frist anzuzeigen, so dass der Arbeitgeber organisatorische Massnahmen zur Verhinderung künftiger Mehrarbeit vorkehren oder die Überstunden genehmigen könne.

Die Zeitautonomie der Pensionskassenspezialistin X

Anders hatte das Bundesgericht im Fall der Pensionskassenspezialistin X entschieden,

die sich gegenüber ihrer Arbeitgeberin vergeblich darauf berufen hatte, Überstunden geleistet zu haben. Das Bundesgericht erkannte in der Mehrarbeit einen nicht abgeltungspflichtigen Gleitzeitüberhang, der mit der Freistellung der Arbeitnehmerin kompensiert worden sei (BGE 123 III 469).

In diesem Zusammenhang mahnte das Gericht die Arbeitnehmerin an die Pflicht, welche bei flexiblen Arbeitszeitmodellen entsteht. Die Zeitautonomie des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis mit vereinbarter Gleitzeit korreliere nämlich mit seiner Verpflichtung, allfällige Mehrstunden innert nützlicher Frist wieder abzubauen.

Der Sinn der Gleitzeit liege gerade darin begründet, dass der Arbeitnehmer in deren Rahmen autonom bestimmen könne, die Soll-Arbeitszeit zu über- oder zu unterschreiten. Umgekehrt liege es in seinem Verantwortungsbereich, fristgerecht (d. h. im Hinblick auf eine ordentliche Kündigung) für einen Ausgleich der Mehrarbeit zu sorgen.

Überstunden im öffentlichen Dienstrecht

Übertragbarkeit der Rechtsprechung zum privaten Arbeitsvertragsrecht

Bestimmungen zu Überstunden und gleitender Arbeitszeit finden sich auch im öffentlichen Dienstrecht. So regelt beispielsweise § 27 der Personal- und Lohnverordnung des Kantons Aargau Überstunden wie folgt:

«¹ Überstunden sind Arbeitszeit, welche über die ver-

einbarte Sollarbeitszeit hinaus auf Anordnung der oder des Vorgesetzten hin geleistet wird.

...

⁴ An Angestellte sowie Beamtinnen und Beamte ab Lohnstufe 16 gemäss Einreichungsplan werden keine Überstunden ausbezahlt.»

Natürlich drängt sich nun die Frage auf, wie weit dem eingangs erwähnten Postulat der Heranziehung privatrechtli-

cher Rechtsprechung im Rahmen derartiger Bestimmungen nachgelebt werden darf. Die Antwort fällt differenziert aus. Abs. 4 sieht apodiktisch vor, dass bei leitenden Angestellten ab einer gewissen Lohnstufe keine Überstunden ausbezahlt werden. Es ist zu vermuten, dass bei solchen Formulierungen die bundesgerichtlichen Erwägungen im Falle des Verkehrsdirektors D nicht tel quel herangezogen

werden können, da der Fall gesetzlich klar und eindeutig geregelt ist; immerhin dürfte selbst diese Bestimmung ihre Grenze im Vertrauensschutz finden. Abs. 1 dagegen verschliesst sich einem solchen Vorgang nicht. Sein Wortlaut sowie die im öffentlichen und im privaten Arbeitsrecht vergleichbare Interessenlage hat zur Folge, dass verschiedene auf dem Boden des Privatrechts gewachsene Charakte-



ristika von Überstunden und Gleitzeit in das öffentliche Dienstrecht überführt werden können. Dies lässt sich an Themen wie «Voraussetzungen von Überstunden», «Abgrenzung der Überstunden von der Gleitzeit» und «Verantwortung zum Abbau von Überstunden» aufzeigen.

Voraussetzungen von Überstunden

Um neben dem Interesse des Arbeitnehmers nach Kompensation der Mehrleistung auch jenes des Arbeitgebers nach Information und Kontrolle zu berücksichtigen, gelten für Überstunden folgende Voraussetzungen: Überstunden müssen erstens notwendig, zweitens zumutbar und drittens angeordnet sein. Alle drei Kriterien dienen einmal dem Interesse des Arbeitnehmers, der keine Überstunden zu leisten hat, wenn sie nicht notwendig sind, wenn sie ihm nicht zugemutet werden können oder wenn sie nicht rechtzeitig angeordnet werden.

Die Voraussetzung der Anordnung dient sodann

auch den Interessen des Arbeitgebers, dem die Herrschaft über die Organisation der Arbeit verbleiben soll. Die Interessen des Arbeitgebers sind indessen gewahrt, wenn er von den Überstunden Kenntnis hat oder haben müsste und er den Arbeitnehmer nicht anweist, keine Überstunden zu leisten. Dies ist in der Rechtsprechung klar anerkannt und auch mit dem Wortlaut der meisten öffentlichrechtlichen Überstundenbestimmungen vereinbar, denn eine Anordnung muss nicht zwingend ausdrücklich sein.

Abgrenzung zu Gleitzeit

Aus den genannten Begriffsmerkmalen von Überstunden wird auch deren Abgrenzung zu Gleitzeit ersichtlich. Gleit-



zeit ist Ausdruck der einer Arbeitnehmerin oder einem Arbeitnehmer eingeräumten Autonomie bei der Arbeitszeitgestaltung. Mit dieser Autonomie geht auch eine Verantwortung einher. Teilt der Arbeitnehmer die Arbeitszeit falsch oder vertragswidrig ein, so läuft er allenfalls Gefahr, dass der Gleitzeitüberhang am Ende einer Berechnungsperiode oder am Ende der Kündigungsfrist ganz oder teilweise dahinfällt. Das gilt jedoch nur, wenn es

sich um Mehrarbeit handelt, die nicht angeordnet oder betrieblich notwendig war. Bei angeordneter oder notwendiger Mehrarbeit liegen nämlich Überstunden vor. Der Begriff der Notwendigkeit drückt dabei nicht eine qualifizierte Nützlichkeit aus, sondern will heissen, dass sich die Arbeit im betreffenden Zeitpunkt nicht mehr aufschieben liess.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass es nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sogar möglich ist, dass sich ein positiver Gleitzeitsaldo in Überstunden umwandelt; dann nämlich, wenn ein Ausgleich wegen entgegenstehender betrieblicher Bedürfnisse oder Weisungen des Arbeitgebers nicht möglich ist.

Verantwortung zum Abbau von Überstunden liegt beim Arbeitgeber

Auf Grund obiger Überlegungen erhellt, wer die Verantwortung zum Abbau von Mehrarbeit trägt. Bei Gleitzeit liegt diese Verantwortung beim Arbeitnehmer. Schliesslich kommt das flexible Arbeitszeitmodell vor allem



ihm zu Gute und er ist Inhaber der daraus entstehenden Autonomie. Ganz anders im Falle von Überstunden. Sie basieren im Gegensatz zu einem positiven Gleitzeitaldo auf betrieblicher Notwendigkeit bzw. Anordnung und nicht den persönlichen Vorlieben des Arbeitnehmers in sei-

ner Arbeitszeitgestaltung. Für Möglichkeiten zur Kompensation von Überstunden zu sorgen liegt deshalb in der Verantwortung des Arbeitgebers. Es leuchtet ein, dass dies wiederum über das private Arbeitsvertragsrecht hinaus auch im öffentlichen Dienstrecht gilt, soweit der Gesetz-

geber für diesen Bereich nicht ausdrücklich eine abweichende Regelung getroffen hat. Selbst in diesen Fällen wäre aber, wie erwähnt, zu prüfen, ob sich der Arbeitgeber, korrektes Verhalten des Dienstnehmers vorausgesetzt, auf das Abgeltungsverbot berufen kann, wenn er selbst nichts

dafür getan hat, um erhebliche Überstundenbestände, die ihre Ursache in mangelhafter Arbeitsorganisation des Arbeitgebers haben, zu sanieren.

*Dr. Michael Merker
Dr. Beat Dold*

Überstunden- und Überzeitarbeit

von Judith Bregnard-Lustenberger (Rezension)

Überstunden- und Überzeitarbeit werden täglich von einer grossen Anzahl von Arbeitnehmenden geleistet. Die gesetzlichen Grundlagen müssen angesichts der Vielzahl der in der Praxis auftauchenden Probleme als kurzweilig bezeichnet werden. Das Obligationenrecht widmet dem Thema Überstunden einen einzigen Artikel (Art. 321c). Umso häufiger sind dafür Überstundenregelungen in Arbeitsverträgen, welche klare Verhältnisse schaffen sollen (dies aber nicht in jedem Falle tun). Zum Teil werden dabei die Begriffe der Überstunden- und Überzeitarbeit vermengt oder es werden vertragliche Regelungen in Bereichen aufgestellt, wo das Gesetz – meist zum Schutz des Arbeitnehmenden – keinen Gestaltungsspielraum gewährt.

Mit gesundem Praxisbezug widmet sich die anfangs dieses Jahres erschienene Dissertation von Judith Bregnard-Lustenberger dem Thema. Das Werk erhebt zu Recht den Anspruch, auch Nichtjuristen anzusprechen. Anhand vieler Beispiele aus der Praxis werden anschaulich

und pragmatisch die einzelnen Problemfelder bearbeitet und mit konkreten Formulierungsvorschlägen für Arbeitsverträge ergänzt. Ein eigenes Kapitel wird der Überstunden- und Überzeitarbeit bei flexiblen Arbeitszeitmodellen gewidmet. Hier zeigt sich in der Praxis ein besonderer Klärungsbedarf, denn sehr häufig ist nicht klar, ob ein Gleitzeitüberhang (für den Arbeitgebenden vorteilhafter) oder ob Überstunden (für den Arbeitnehmenden vorteilhafter) vorliegen. Ein Gleitzeitüberhang entstammt der autonomen Arbeitszeitgestaltung des Arbeitnehmenden, der auch selbstverantwortlich für deren



Abbau zu sorgen hat. Dagegen bestimmt sich grundsätzlich nach der betrieblichen Notwendigkeit, d. h. nach den Bedürfnissen des Arbeitgebers, wann Überstunden zu leisten sind. Entsprechend legt Art. 321c Abs. 3 OR fest,

dass mangels anderer Vereinbarung Überstunden, die nicht durch Freizeit ausgeglichen werden, samt einem Lohnzuschlag von mindestens einem Viertel zu entgelten sind.

Mit der zunehmenden Flexibilisierung der Arbeitsgestaltung hat die Komplexität der Überstunden- und Überzeit betreffenden Fragen ein auch für Juristen schwer zu bewältigendes Ausmass angenommen. Insbesondere Personalverantwortliche dürften nun in der gut 400 Seiten umfassenden Arbeit von Bregnard-Lustenberger einen nützlichen Wegweiser durch den Dschungel gesetzlicher Normierung mit zugehöriger Rechtsprechung und Lehre erhalten.

*Dr. Michael Merker
Dr. Beat Dold*

