

Prof. em. Dr. iur. Dr. h.c. Thomas Geiser

Via Rinaldo Simen 84

CH-6648 Minusio

Tel: +41 91 730 11 03

Mobil: +41 78 686 20 35

## Gutachten Zu Fragen der Arbeitszeiten des Medizinal Personals in Spitälern

### Inhalt

1.	Ausgangslage und Auftrag .....	2
1.1.	Sachverhalt.....	2
1.2.	Auftrag.....	2
2.	Anwendbare Rechtsnormen.....	3
3.	Leistung der ordentlichen Arbeitszeit und der Überzeit .....	4
3.1.	Ausgleich ausfallender Arbeitszeit .....	4
3.2.	Überzeitarbeit .....	5
3.3.	Fazit .....	7
4.	Ausgleich der Überzeit.....	7
4.1.	Ausgangslage.....	7
4.2.	Einverständnis .....	7
4.3.	Zeitraum für Ausgleich.....	9
4.4.	Qualität der Freizeit .....	10
5.	Aufzeichnung der Arbeitszeiten .....	10
6.	Folgerungen.....	13

### Literatur:

**F. WALTER BIGLER**, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1986;

**JUDITH BREGNARD-LUSTENBERGER**, Überstunden- und Überzeitarbeit, Bern/Stuttgart/Wien 2007;

**JEAN-PHILIPP DUNAND**, in: Geiser/Von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005;

**THOMAS GEISER**, Grundlagen und Schranken flexibler Arbeitszeiten im Einzelarbeitsvertragsrecht, AJP, S. 1327 ff.;

**THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI**, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2019;

**ROLAND A. MÜLLER**, in: Geiser/Von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005;

**ROLAND A. MÜLLER/CHRISTIAN MADUZ**, Kommentar Arbeitsgesetz, Zürich 2017;

**PHILIPPE NORDMANN/DAVID HILL**, in: Blesi/Pietruszak/Wildhaber (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Basel 2018;

**ROGER RUDOLPH**, Fünf Mysterien des Arbeitsgesetzes, in: Müller/Pärli/Wildhaber (Hrsg.) Arbeit und Arbeitsrecht, FS Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, S. 401 ff.;

**ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH**, Arbeitsvertrag, Zürich 2012.

# 1. Ausgangslage und Auftrag

## 1.1. Sachverhalt

**1.1.** Viele Arbeitsverträge von Spitalmitarbeitenden sehen bei einer 100% Anstellung eine Arbeitszeit von 50 Std. pro Woche vor. Aus organisatorischen Gründen ist es unumgänglich, dass die Arbeitgeberin Einsatzpläne erlässt und damit den Zeitpunkt der jeweiligen Arbeitsleistung vorgibt. Gleichzeitig sehen gewisse Arbeitsverträge aber auch Gleitzeiten vor. Zudem kennen Spitäler auch Jahresarbeitszeiten. Dabei kann es sich um Gleitzeitmodelle handeln, bei denen die Sollarbeitszeit nicht für jeden Monat sondern nur für das ganze Jahr festgelegt ist. Der Arbeitnehmer bestimmt dann (ausserhalb allfälliger Blockzeiten) frei, in welchen Monaten er wie viel arbeiten will. Jahresarbeitszeit kann aber auch bedeuten, dass im Arbeitsvertrag für die einzelnen Monate unterschiedliche Arbeitszeiten festgelegt werden oder es der Arbeitgeberin überlassen ist, innerhalb eines bestimmten Rahmens die Arbeitszeiten auf die verschiedenen Monate unterschiedlich zu verteilen.

**1.2.** Leistet ein Arbeitnehmer in einer Woche mehr als 50 Stunden werden die entsprechenden Stunden in gewissen Fällen von der Arbeitgeberin mit planungsbedingten Minusstunden verrechnet. Das Arbeitszeitmanagement liegt häufig bei den einzelnen Einheiten des Spitals, so dass die Gesamtleitung darüber gar keinen Überblick hat.

## 1.2. Auftrag

**1.3.** Der vsao will mit einer ersten Anfrage wissen, wie diese Praxis rechtlich zu beurteilen ist und stellt folgende Fragen:

1. Wie ist mit der wöchentlich entstandenen Überzeit korrekt zu verfahren?
2. Wie ist die wöchentlich entstandene Überzeit zu dokumentieren (betreffend ersichtlichem Freizeitanspruch)?
3. Wie ist die wöchentlich entstandene Überzeit gegenüber den Mitarbeitenden auszuweisen?
4. Darf Überzeit mit Minuszeit (welche aufgrund arbeitsgesetzlicher Vorgaben unverschuldet oder auch bei effizienter Arbeitserledigung entstehen kann) verrechnet werden?
5. Das Gesetz sieht den Abbau von Überzeit durch finanzielle Entschädigung mit Zuschlag oder in Absprache mit dem Mitarbeitenden durch Freizeit von gleicher Dauer vor. Kann im Einzelarbeitsvertrag oder via Personalreglement bzw. GAV auf diesen Grundsatz verzichtet und primär dem Abbau von Überzeit durch Kompensation zugestimmt werden?
6. Inwiefern braucht es das Einverständnis des Mitarbeitenden bei der jeweiligen Kompensation durch Freizeit, wenn Mitarbeitende vertraglich dem Grundsatz Kompensation vor Auszahlung zugestimmt haben?
7. Kann dieses Einverständnis seitens Mitarbeitenden wegbedungen werden?
8. Kann der Arbeitgeber die Freizeitkompensation einseitig anordnen?
9. Wie hat die Kompensation zu erfolgen?
10. Kann die Kompensation, stundenweise oder(halb-)tagesweise erfolgen?
11. Wie kurzfristig darf die Kompensation angeordnet werden, falls sie überhaupt angeordnet werden darf?

12. Was sind die Anforderungen, damit die kompensierte Zeit Freizeit entspricht und dem Mitarbeitenden zur Erholung und damit zur Kompensation der Überzeit dient?

## 2. Anwendbare Rechtsnormen

**2.1.** Das schweizerische Arbeitsrecht kennt eine Zweiteilung der Regelung, die sich ausschliesslich historisch begründen lässt. Die Beziehungen zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer sind einerseits im Vertragsrecht geregelt und andererseits im öffentlich-rechtlichen Arbeitsgesetz. Das im Obligationenrecht geregelte Arbeitsvertragsrecht kommt allerdings nur zur Anwendung, wenn die Arbeitnehmenden privatrechtlich angestellt sind. Liegt demgegenüber eine öffentlich-rechtliche Anstellung vor, richtet sich das Arbeitsverhältnis nach dem entsprechenden öffentlichen Recht. Im Spitalbereich wird es sich in aller Regel um kantonales Recht handeln. Ausnahmsweise kann sich das öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnis auch nach kommunalem Recht richten. Die Kantone (bzw. die Kommunen) sind grundsätzlich frei, wie sie das Arbeitsverhältnis regeln wollen. Allerdings gelten die Art. 331 Abs. 5 und Art. 331a bis Art. 331e OR auch bei öffentlich-rechtlichen Anstellungen. Zudem sind weitere Bundesgesetze zu beachten, die sehr wohl auch das Arbeitsverhältnis betreffen. Neben dem BVG und dem FZG ist das insbesondere das Arbeitsgesetz. Dem ArG untersteht grundsätzlich jeder öffentliche und private Betrieb.<sup>1</sup>

**2.2.** Allerdings gibt es sowohl betriebliche wie auch persönliche Ausnahmen vom Anwendungsbereich. Die Regelung ist kompliziert und chaotisch. Im vorliegenden Zusammenhang ist die in Art. 2 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 ArG vorgesehene grundsätzlich Ausnahme der Verwaltungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden von Bedeutung. Da aber heute praktisch alle Spitäler entweder privatrechtliche Gesellschaften oder Stiftungen darstellen oder aber öffentlich-rechtliche Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit sind, finden die Arbeitszeitbestimmungen des Arbeitsgesetzes Anwendung.<sup>2</sup> Zudem finden die Arbeitszeitvorschriften auch auf Arbeitsverhältnisse von Assistenzärztinnen und Assistenzärzten Anwendung, wenn das Spital selber ausnahmsweise unter die Ausnahme vom Anwendungsbereich des ArG fällt.<sup>3</sup>

**2.3.** Damit sind die Arbeitszeitvorschriften auf die grosse Mehrheit der Arbeitsverhältnisse in Spitälern anwendbar und die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich ausschliesslich auf diese Arbeitsverhältnisse.

**2.4.** Soweit es um die Behandlung von Überzeiten im Sinne des ArG geht, regelt dieses auch die Bezahlung dieser Zeiten. Demgegenüber sind bloss Überstunden, d.h. eine Mehrleistung (gegenüber dem vertraglich Vereinbarten) des Arbeitnehmers, die sich aber noch im Rahmen des nach ArG maximal Zulässigen hält, nicht Gegenstand des öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutzes, sondern richten sich für öffentlich-rechtliche Anstellungen nach dem entsprechenden öffentlichen Recht und für privatrechtliche Anstellungen nach dem Arbeitsvertragsrecht. Dieses sieht wie das ArG für die Überzeiten in Art. 321c OR vor, dass ein Ausgleich in Freizeit oder eine Bezahlung mit einem Zuschlag von 25% zu erfolgen hat. Allerdings ist im Gegensatz zur Regelung für die Überzeiten die Regelung für Überstunden dispositiver Natur, so dass die Parteien im Arbeitsvertrag die Kompensation wegbedingen können.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 1 Abs. 1 ArG.

<sup>2</sup> Art. 7 Abs. 1 ArGV1.

<sup>3</sup> Art. 4a ArGV1.

<sup>4</sup> Vgl. dazu BGer 8C\_514/2020 vom 20.1.2021. Vorinstanzliche Urteile Verwaltungsgericht ZH, VB.2019.00766 vom 24.6.2020 und Bezirksrat Dietikon, Beschluss GE.2019.29/2.02.05 vom 9.10.2019; Bezirksgericht Bülach, Urteil AN190021 vom 19.2.2021.

2.5. Zu beachten ist schliesslich auch, dass als Arbeitszeit nicht nur jene Zeit gilt, in der der Arbeitnehmer diejenige Arbeit verrichtet, welche unmittelbar dem Zweck der Anstellung dient. Vielmehr gilt als Arbeitszeit im Sinne des ArG die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat<sup>5</sup>. Entsprechend sind auch jene Zeiten bei der höchst zulässigen wöchentlichen Arbeitszeit zu berücksichtigen, die ein Arbeitnehmer für eine obligatorische Weiterbildung einsetzt. Diesfalls ist unter Umständen selbst die Wegzeit als Arbeitszeit zu rechnen, wenn die Weiterbildung nicht am vertraglichen Arbeitsort stattfindet.

### 3. Leistung der ordentlichen Arbeitszeit und der Überzeit

3.1. Die wöchentliche Höchst Arbeitszeit für Arbeitnehmer in Industrie, für Büropersonal, technische und andere Angestellte mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels beträgt 45 Stunden, für alle übrigen Arbeitnehmer 50 Stunden.<sup>6</sup> Diese Höchst Arbeitszeit kann durch Verordnung um höchstens vier Stunden wöchentlich heraufgesetzt werden,<sup>7</sup> wenn in anderen Wochen ein entsprechender Ausgleich gewährt wird.<sup>8</sup> Für Krankenanstalten besteht keine entsprechende Ausnahme. Art. 15 ArGV1 sieht einige Sonderregeln vor, nicht aber eine Verlängerung der wöchentlichen Arbeitszeit.<sup>9</sup> Entsprechend gilt für Spitäler eine wöchentliche Höchst Arbeitszeit von 50 Stunden.

3.2. Entgegen der Bezeichnung darf allerdings die Höchst Arbeitszeit unter gewissen Voraussetzungen ausnahmsweise überschritten werden. Dabei sind zwei Sachverhalte zu unterscheiden:

- Gemäss Art. 11 ArG darf ausfallende Arbeitszeit durch die 50 Stunden überschreitende Zeit ausgeglichen bzw. nachgeholt werden, wenn die Arbeit wegen Betriebsstörungen, Betriebsferien, Schliessung des Betriebes zwischen arbeitsfreien Tagen oder unter ähnlichen Umständen für verhältnismässig kurze Zeit ausgesetzt wird oder wenn einem Arbeitnehmer auf *seinen Wunsch* arbeitsfreie Tage eingeräumt werden. Diesfalls darf die *Arbeitgeberin* innert eines angemessenen Zeitraums einen *entsprechenden Ausgleich* in Abweichung von der wöchentlichen Höchst Arbeitszeit *anordnen*.
- Zudem darf gemäss Art. 12 Abs. 1 ArG die wöchentliche Höchst Arbeitszeit *ausnahmsweise* wegen Dringlichkeit der Arbeit oder ausserordentlichen Arbeitsandranges, für Inventaraufnahmen, Rechnungsabschlüsse und Liquidationsarbeiten und zur Vermeidung oder Beseitigung von Betriebsstörungen, soweit der Arbeitgeberin nicht andere Vorkehren zugemutet werden können, überschritten werden.

#### 3.1. Ausgleich ausfallender Arbeitszeit

3.3. Der Ausgleich ausgefallener Arbeitszeiten (Art. 11 ArG) ist bei den meisten Arbeitsverhältnissen ohne weiteres möglich, ohne die maximal zulässige wöchentliche Arbeitszeit zu überschreiten. Art. 11 ArG erlaubt aber ausnahmsweise dafür auch ein Überschreiten der maximal zulässigen wöchentlichen Arbeitszeit in einem gewissen Rahmen. Die Arbeitgeberin kann den entsprechenden Zeitpunkt festlegen. Es kann sich um ein Vor- oder Nachholen der ausgefallenen Arbeitszeit handeln.

3.4. Es ist aber mit aller Deutlichkeit festzuhalten, dass diese Regelung nicht benutzt werden

---

<sup>5</sup> Art. 13 Abs. 1 ArGV1.

<sup>6</sup> Art. 9 ArG.

<sup>7</sup> Art. 9 Abs. 3 ArG.

<sup>8</sup> GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz. 946.

<sup>9</sup> Art. 6 ArGV2.

darf, um wechselnde Auslastungen im Betrieb auszugleichen.<sup>10</sup> Darin ist sich die Lehre einig, selbst jene Autoren, welche die Bestimmung auch bei Gleitzeitmodellen anwenden wollen,<sup>11</sup> was grundsätzlich abzulehnen ist, weil bei der Gleitzeit die Zeitsouveränität beim Arbeitnehmer liegt. Die Arbeitgeberin kann folglich bei Gleitzeit weder bestimmen, wann mehr noch wann weniger gearbeitet wird. Die Bestimmung dient folglich weder für ein kapazitätsorientiertes Arbeitszeitmodell noch für Jahresarbeitszeit. Zu beachten ist auch, dass ein Gleitzeitmodell bei einer Sollarbeitszeit von 50 Std. ohne hin nur sehr beschränkt möglich ist. Da auch bei Gleitzeit in keiner Woche mehr als 50 Std. gearbeitet werden darf, kann sich die Zeitsouveränität des Arbeitnehmers nur darauf beziehen, wie diese 50 Stunden innerhalb einer Woche auf die einzelnen Tage verteilt werden. Es ist aber nicht möglich, eine Gleitzeitsaldo - ein positives oder ein negatives - auf eine andere Woche zu übertragen. - Wenn 50 Stunden in einer Woche überschritten worden sind, handelt es sich dabei um Überzeit und nicht mehr um ein Gleitzeitsaldo. Ein Überschreiten der 50 Stunden ist auch nur zulässig, wenn die Voraussetzungen von Art. 12 ArG erfüllt sind.

**3.5.** Betriebsferien und Betriebsschliessungen zwischen Feiertagen sind immer mindestens ein Jahr im Voraus bekannt und von daher vollständig ungeeignet als Argument für ein kapazitätsorientiertes Arbeitszeitmodell. Betriebsferien können zu einem Vor- oder Nachholbedürfnis nur führen, wenn die Arbeitszeit über das Jahr unregelmässig verteilt ist. Eine solche unregelmässige Verteilung ist aber aus tatsächlichen Gründen nur möglich, wenn die Sollarbeitszeit tiefer ist als die maximal zulässig wöchentliche Arbeitszeit. Andernfalls müsste die ordentliche Arbeitszeit zu gewissen Perioden mehr als die zulässige Maximalarbeitszeit betragen. Das ist aber in jedem Fall unzulässig. Geht es darum Zeiten auszugleichen, die einem Arbeitnehmer auf seinen Wunsch arbeitsfrei gewährt wurden, ist die Minder- und die Mehrarbeit nicht an den wirtschaftlichen Bedürfnissen des Unternehmens, sondern den Wünschen des Arbeitnehmers ausgerichtet. Nur der Ausgleich von Arbeitszeit, die wegen einer Betriebsstörung ausgefallen ist, wird sich nach der Auslastung des Betriebes richten.

**3.6.** Die Regelung von Art. 11 ArG ist von den Voraussetzungen her im vorliegenden Zusammenhang indessen ohne Bedeutung. Spitäler kennen in der Regel weder die Schliessung zwischen Feiertagen noch Betriebsferien. Auch die anderen Sachverhalte sind für die Frage des allgemeinen Umgangs mit den Arbeitszeiten in Spitälern nicht von Bedeutung. Ich gehe deshalb im Folgenden auf diese Bestimmung nicht weiter ein.

## 3.2. Überzeitarbeit

**3.7.** Art. 12 ArG erlaubt es ausnahmsweise die maximale wöchentliche Arbeitszeit zu überschreiten. Allerdings müssen dafür ganz bestimmte Voraussetzungen gegeben sein. Die Überschreitung ist nur zulässig, wenn dies wegen Dringlichkeit der Arbeit oder ausserordentlichen Arbeitsandranges, für Inventaraufnahmen, Rechnungsabschlüsse und Liquidationsarbeiten und zur Vermeidung oder Beseitigung von Betriebsstörungen nötig ist. Im vorliegenden Zusammenhang sind nur die Dringlichkeit der Arbeit und der ausserordentliche Arbeitsandrang relevant. Zu beachten ist, dass ein voraussehbarer Arbeitsandrang die Leistung von Überzeit nicht rechtfertigen kann, weil dieser nicht «ausserordentlich» ist. Es muss um momentane Umstände gehen, die nicht vorhergesehen werden konnten.<sup>12</sup> Die Überzeit kann von daher auch nur ausnahmsweise und selten anfallen. Muss regelmässig Überzeit

---

<sup>10</sup> MÜLLER, Art. 11 ArG N. 8; NORMANN/HILL, Art. 11 ArG N. 32; GEISER, AJP 1979, S. 1330 ff.

<sup>11</sup> BIGLER, S. 57; vgl. auch BREGNARD-LUSTENBERGER, S. 314.

<sup>12</sup> DUNAND, Art. 12 ArG N. 15; NORMANN/HILL, Art. 12 N. 16.

geleistet werden, ist dies ein Beleg für die Voraussehbarkeit, was auf einen nicht ausserordentlichen Arbeitsaufwand hinweist.

**3.8.** Klarer Weise ist das Fehlen von Arbeitskräften, sei es wegen eines Fachkräftemangels oder wegen fehlender Mittel kein Grund für Überzeit. Die Anordnung von Überzeit ist subsidiär zu jeder anderen Lösung des betrieblichen Problems.<sup>13</sup> Entsprechend hat die Arbeitgeberin in erster Linie mehr Personal einzustellen, wenn die Arbeit mit dem bisherigen Personalbestand nicht geleistet werden kann oder die Arbeit effizienter zu organisieren ist. So hart das klingen mag. Das gilt auch, wenn durch mehr Personal der Betrieb unrentabel wird und geschlossen werden muss. Das ist durchaus gewollt. Unrentable Betriebe sollen nicht auf Kosten der Gesundheit der Arbeitnehmenden aufrechterhalten werden.

**3.9.** Wird in Arbeitsverträgen die Sollarbeitszeit gleich hoch angesetzt, wie die maximal zulässige wöchentliche Arbeitszeit, wird dies regelmässig zur Folge haben, dass die Arbeitnehmer viel Arbeitszeiten ohne Arbeit haben werden. Diesfalls darf bei einer durchaus vorhersehbaren und letztlich auch gewünschten Spitzenbelastung keine Überzeit geleistet werden. Das Leisten von Überzeiten ist an klare Voraussetzungen gebunden<sup>14</sup> und nicht zulässig bloss aus dem Grund, weil einmal mehr Arbeit anfällt. Folglich müssen sich die Anzahl Personal wie auch die Organisation des Betriebs nach der höchsten zu erwartenden Belastung richten. Ein Betrieb, in dem die Arbeitnehmer immer einer Spitzenbelastung ausgesetzt sind, besteht folglich keinerlei Reserve, um anfallende Mehrarbeit zu leisten. Vielmehr sind dann die ordentlichen Arbeitszeiten strikt einzuhalten. Das widerspricht aber jeglicher Betriebsorganisation, weil nur in seltenen Fällen auf die Minute genau vorauszusehen ist, wann die Arbeit endet. Sieht ein Betrieb als ordentliche Arbeitszeiten die maximal zulässigen Arbeitszeiten vor, muss er folglich so viel Personal anstellen, dass auch Leerzeiten bestehen. Andernfalls kann der Betrieb gar nicht ordentlich geführt werden.

Da aber kaum immer eine Spitzenbelastung bestehen wird, ergeben sich unvermeidlich Leerzeiten. Anders verhält es sich nur in Betrieben mit einer vollständig regelmässigen Auslastung. Solche Betriebe sind aber äusserst selten und sicher nicht im Spitalbereich anzutreffen. Auch dort kann dies allerdings für einzelne Arbeitsverhältnisse gelten.

**3.10.** Zu beachten ist schliesslich, dass es für die Leistung von Überzeit weitere Einschränkungen gibt. Beträgt die wöchentliche Höchstarbeitszeit 50 Stunden dürfen im Kalenderjahr nicht mehr als 140 Überzeitstunden geleistet werden.<sup>15</sup> Dabei geht es um die geleisteten Zeiten. Diese Zeiten reduzieren sich nicht dadurch, dass ein Teil bereits im laufenden Jahr durch Freizeit kompensiert worden ist.<sup>16</sup> Zudem darf die Überzeit für den einzelnen Arbeitnehmer zwei Stunden im Tag nicht überschreiten, ausser an arbeitsfreien Werktagen oder in Notfällen.<sup>17</sup> Schliesslich ist das Leisten von Überzeit in der Nacht grundsätzlich verboten.<sup>18</sup> Allerdings ist nicht immer einfach die Geleistete Arbeit der ordentlichen Arbeitszeit und der Überzeit zuzuordnen, da erst Ende Woche feststeht wie viele Stunden gearbeitet wurde und damit ob überhaupt Überzeit vorliegt. Liegt solche vor, ist die planmässige Arbeit der ordentlichen und die ausserplanmässige der Überzeit zuzuordnen. Die Arbeitszeiterfassung muss aber

---

<sup>13</sup> DUNAND, Art. 12 ArG N. 16.

<sup>14</sup> Art. 12 ArG.

<sup>15</sup> Ar. 12 Abs. 2 Bst. b ArG

<sup>16</sup> DUNAND, Art. 12 ArG N. 22.

<sup>17</sup> Art. 12 Abs. 2 Ingress ArG.

<sup>18</sup> Art. 25 f. ArGV1.

nachvollziehbar dokumentieren, was ordentliche Arbeitszeiten und was Überzeiten sind. Es muss auch ersichtlich sein, wann gegebenenfalls eine Kompensation von Überzeiten erfolgt ist und um welche Überzeiten es sich dabei gehandelt hat.

### 3.3. Fazit

**3.11.** Unabhängig vom Arbeitszeitmodell ist die Arbeitgeberin für die Einhaltung der Arbeitszeitvorschriften des Arbeitsgesetzes verantwortlich. Sie hat folglich die Arbeit auch so zu organisieren und namentlich auch allfällige Einsatzpläne so zu gestalten, dass grundsätzlich die Arbeit im Rahmen von 50 Stunden pro Woche geleistet werden kann. Überzeit ist selbstverständlich ausnahmsweise zulässig. Diese ist aber an Strenge Voraussetzungen gebunden. Sie kann namentlich nicht dazu dienen, vorhersehbare Arbeitsspitzen auszugleichen. Von daher ist es zwar rechtlich zulässig, als Sollarbeitszeit die wöchentlich maximal zulässige Arbeitszeit vorzusehen. Betriebswirtschaftlich ist das aber ziemlich unsinnig, weil dies bei einem korrekten Einhalten der Arbeitszeitregeln des ArG zu vielen Leerzeiten führen muss.

## 4. Ausgleich der Überzeit

### 4.1. Ausgangslage

**4.1.** Art. 13 ArG bestimmt, dass Überzeit entweder mit einem Zuschlag von 25%, d.h. mit 125% des auf die entsprechende Zeiteinheit entfallenden Lohnes zu vergüten oder in Freizeit mit gleicher Dauer auszugleichen ist. Vom Zweck der Festsetzung einer wöchentlichen Höchst Arbeitszeit her, nämlich dass der Arbeitnehmer sich nicht überarbeiten und ihm genügend Freizeit verbleiben sollte, steht der Ausgleich mit Freizeit im Vordergrund.

**4.2.** Allerdings zeigt die systematische Stellung des Ausgleichs in Freizeit in Absatz 2 und die Vergütung im ersten Absatz, dass offenbar der Zeitausgleich nur beschränkt möglich ist. Es bestehen zwei entscheidende Einschränkungen:

- Der Ausgleich mit Freizeit ist nur im Einverständnis mit dem einzelnen Arbeitnehmer zulässig und muss
- Innert eines angemessenen Zeitraumes erfolgen.

### 4.2. Einverständnis

**4.3.** In der Annahme, dass der Text klar sei, präzisiert weder das Gesetz noch die Verordnung, was mit dem Einverständnis des einzelnen Arbeitnehmers gemeint ist. Die Wegleitung des SECO bezeichnet das Einverständnis als «Vereinbarung», die an keine Form gebunden ist, was sich ohne weiteres aus dem Grundsatz der Formfreiheit aller rechtsgeschäftlichen Äusserungen ergibt, sofern das Gesetz nichts anderes vorschreibt. Die Wegleitung präzisiert aber nicht, wann das Einverständnis zu erteilen ist. Damit stellt sich die Frage, ob das Einverständnis immer nur nach Vorliegen der Überzeit und für einen bestimmten Kompensationszeitpunkt gegeben werden kann, oder auch bereits im Voraus in allgemeiner Form im Arbeitsvertrag.

**4.4.** Jedes private Arbeitsverhältnis beruht auf einem Vertrag.<sup>19</sup> Das gilt in den meisten Kantonen heute auch für die öffentlich-rechtlichen Anstellungen. In den anderen Kantonen beruht es auf einer Verfügung, die allerdings in jedem Fall der Zustimmung des einzelnen Arbeitnehmers bedarf. Insofern braucht jede Anordnung der Arbeitgeberin wenigstens im Voraus und in allgemeiner Weise der Zustimmung des Arbeitnehmers. Mit dem Erfordernis des «Einverständnisses» des einzelnen Arbeitnehmers kann folglich nicht gemeint sein, dass bereits im Arbeitsvertrag in allgemeiner Form das Einverständnis gegeben wird. Vielmehr kann dieses Erfordernis nur dahin verstanden werden, dass der einzelne Arbeitnehmer bezüglich des genauen Zeitpunkts des Ausgleichs im Einzelfall die Zustimmung geben muss.

**4.5.** Im Arbeitsvertrag – und in der zustimmungsbedürftigen Anstellungsverfügung – ist festzulegen, wie der Umfang und die genaue Lage der Arbeitsleistung bestimmt wird. Die Festsetzung kann gemeinsam erfolgen, was beispielsweise bei festen Arbeitszeiten zutrifft. Die Zeitsouveränität kann aber auch der einen oder anderen Partei zugewiesen werden. Besteht Gleitzeit, welche der Arbeitnehmer selber zu verwalten hat, liegt die Zeitsouveränität bei ihm. Erlässt die Arbeitgeberin regelmässig Einsatzpläne, ist die Zeitsouveränität bei ihr.

**4.6.** Aus dem Wortlaut von Art. 13 Abs. 2 ArG ist zu schliessen, dass der Gesetzgeber die Frage, wem die Zeitsouveränität zusteht, nicht regeln wollte, aber sehr wohl vom Bild ausgegangen ist, dass diese bei der Arbeitgeberin liegt. Damit eine «Zustimmung» gegeben werden kann, muss etwas vorliegen, dem zugestimmt werden kann. Das ist offenbar eine Anordnung der Arbeitgeberin, in einem bestimmten Zeitpunkt frei zu nehmen und damit die Überzeit zu kompensieren. Die Bestimmung hat folglich die Bedeutung, dass eine solche einseitige Anordnung nur verbindlich ist, wenn der Arbeitnehmer ihr zugestimmt hat. Damit ist aber auch klar, dass eine Zustimmung solange nicht möglich ist, wie gar keine Anordnung vorliegt, in einem bestimmten Zeitpunkt keine Arbeit zu leisten. Die Zustimmung ist an keine besondere Form gebunden. Sie kann folglich auch konkludent erfolgen.<sup>20</sup> Es ist folglich ohne weiteres möglich, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer einen Einsatzplan schickt, in dem die Kompensation vorgesehen ist. Es handelt sich dann allerdings nur um einen Vorschlag, den der Arbeitnehmer annehmen oder ablehnen kann. Reagiert der Arbeitnehmer nicht und leistet die Arbeit gemäss Einsatzplan, kann darin die Zustimmung gesehen werden.

**4.7.** Der Arbeitnehmer kann grundsätzlich nach seinem freien Ermessen entscheiden, ob er dem Ausgleich in einem bestimmten Zeitpunkt zustimmen will oder nicht. Eine wesentliche Einschränkung dieser freien Entscheidung ergibt sich allerdings aus der arbeitsvertraglichen Treuepflicht. Der Arbeitnehmer hat nicht nur die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen, sondern auch die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin in guten Treuen zu wahren.<sup>21</sup> Dazu gehört auch, dass er die Zustimmung zum Zeitausgleich nicht grundlos verweigert werden darf, sondern der Arbeitnehmer bei seiner Entscheidung die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin berücksichtigen muss. In diesem Umfang hat die Arbeitgeberin das Recht die Zustimmung des Arbeitnehmers zu einem die Interessen des Arbeitnehmers nicht verletzenden Ausgleich der Überzeit in einer angemessenen Frist zu verlangen.<sup>22</sup> Weil der Ausgleich in Freizeit vom Zweck der Beschränkung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit her vor der Entschädigung in Geld Vorrang

---

<sup>19</sup> Eine Ausnahme ergibt sich aus Art. 320 Abs. 3 OR.

<sup>20</sup> DUNAND, Art. 13 ArG N. 15.

<sup>21</sup> Art. 321a Abs. 1 OR.

<sup>22</sup> So auch SECO in Wegleitung zu Art. 25 Abs. 2 ArGV1.



hat, ist ein monetäres Interesse des Arbeitnehmers kein berechtigtes Interesse, die Zustimmung zu verweigern. Sehr wohl kann aber der Arbeitnehmer die Zustimmung zum Ausgleich in einem bestimmten Zeitpunkt verweigern, weil die Freizeit zu diesem Zeitpunkt ihm nicht die Erholung bietet, die als Ausgleich notwendig ist. Was insoweit der richtige Moment für den Ausgleich ist, liegt in der subjektiven Beurteilung des Arbeitnehmers. Mit der Annahme einer treuwidrigen Ablehnung eines Ausgleichsangebotes ist Zurückhaltung zu üben.<sup>23</sup>

**4.8.** Soweit in der Lehre teilweise entgegen der hier vertretenen Meinung auch eine allgemeine Zustimmung zum Zeitausgleich im Voraus zugelassen wird, so dass die Arbeitgeberin dann einseitig den Ausgleich mit Freizeit anordnen kann,<sup>24</sup> wird verkannt, dass die Regelung bezüglich der Überstunden nach Arbeitsvertragsrecht nicht mit jener für die Überzeit übereinstimmt. Wohl lauten Art. 321c Abs. 2 OR und Art. 13 Abs. 2 ArG ähnlich. Der entscheidende Unterschied besteht aber darin, dass die Regelung im Arbeitsvertragsrecht dispositiven Charakter hat, während die Anordnung im Arbeitsgesetz zwingend ist. Nicht nur die Entschädigung, sondern auch der Ausgleich der Überstunden in Freizeit kann vertraglich wegbedungen werden. Entsprechend besteht kein Grund, warum nicht auch im Vertrag die Anordnung des Zeitausgleichs der Arbeitgeberin zugewiesen werden können sollte.<sup>25</sup> Das Arbeitsgesetz verweigert aber diese Parteiautonomie. Es bleiben zwar gewisse allgemeinen Regeln, wie beim Ausgleich vorzugehen ist, möglich. Es braucht dann aber doch immer noch die Zustimmung des Arbeitnehmers zum konkreten Ausgleich.<sup>26</sup>

**4.9.** Weil die Kompensation nicht einseitig angeordnet werden kann, sondern die Zustimmung des Arbeitnehmers zu jeder konkreten Kompensation notwendig ist, stellt sich die Frage nicht, wie lange im Voraus die Kompensation angekündigt werden muss. Vielmehr können die Parteien dies gemeinsam in jedem einzelnen Fall festlegen. Aus organisatorischen Gründen haben beide Parteien in der Regel ein Interesse an einer gewissen Vorlaufzeit. Diese kann aber von Fall zu Fall unterschiedlich sein. Der Arbeitnehmer wird der Kompensation nur zustimmen, wenn ihm im konkreten Einzelfall genügend Vorlaufzeit für eine sinnvolle Nutzung dieser Freizeit bleibt. Organisatorisch kann dies so ablaufen, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer einen Einsatzplan mit einer Kompensation in Freizeit sendet und der Arbeitnehmer diesen stillschweigend annimmt oder ohne Verzug einwendet, zu dieser Kompensation nicht bereit zu sein. Die Arbeitgeberin kann dann den Einsatzplan ändern oder daran festhalten. Hält sie am Einsatzplan fest, ist aber mit der eingeplanten Freizeit die Überzeit nicht kompensiert und muss entweder später noch kompensiert oder mit Zuschlag ausbezahlt werden.

### 4.3. Zeitraum für Ausgleich

**4.10.** Der Ausgleich in Freizeit hat sodann in einem angemessenen Zeitraum zu erfolgen.<sup>27</sup> In Art. 25 Abs. 2 ArGV1 wird dies dann dahingehend konkretisiert, dass der Ausgleich von Überzeitarbeit durch Freizeit innert 14 Wochen vorzunehmen ist. Die Parteien können diese Frist allerdings einverständlich auf maximal zwölf Monate ausdehnen. Die Verlängerung

---

<sup>23</sup> BGE 123 III 85.

<sup>24</sup> NORDMANN/HILL, Art. 13 ArG, N. 42 ff.

<sup>25</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321c OR, N. 11.

<sup>26</sup> Vgl. RUDOLPH, S. 411 ff.

<sup>27</sup> Art. 13 Abs. 2 ArG.

des für die Kompensation vorgesehenen Rahmens kann wohl in allgemeiner Form und im Voraus vertraglich erfolgen. Die gesetzliche Frist zeigt aber auch, dass eine Kompensation der Überzeiten nicht im Voraus, d.h. bevor sie geleistet wurden, erfolgen kann. Eine Verrechnung mit aufgelaufenen Minusstunden ist von daher klarer Weise ausgeschlossen.

**4.11.** Ist die Frist für die Kompensation abgelaufen, ist ein Ausgleich durch Freizeit nicht mehr möglich. Die Überzeit ist dann gemäss Gesetz und Verordnung zwingend mit dem Zuschlag von 25% auszubezahlen.<sup>28</sup> Wird die Entschädigung der Überzeit trotz fehlenden gültigen zeitlichen Ausgleichs nicht bezahlt, kann der Arbeitnehmer den entsprechenden Anspruch gerichtlich durchsetzen. Zudem kann dies für die Arbeitgeberin verwaltungsrechtliche und strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen.<sup>29</sup>

#### 4.4. Qualität der Freizeit

**4.12.** Der Ausgleich der Überzeit erfolgt durch Freizeit. Freizeit ist das Gegenteil von Arbeitszeit. «Arbeitszeit» ist die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer zur Verfügung der Arbeitgeberin zu halten hat.<sup>30</sup> Als «Freizeit» gilt folglich jene Zeit, während der sich der Arbeitnehmer nicht zur Verfügung der Arbeitgeberin halten muss. Die Zeit, über die er vollständig frei verfügen kann, selber bestimmt, wo er sich aufhält und was er tut. Bereitschaftsdienst und Pikettdienst<sup>31</sup> können in diesem Zusammenhang nicht als Freizeit gelten. Demgegenüber gelten Pausen, wenn sie nicht am Arbeitsplatz verbracht werden müssen und nicht mit einem Bereitschaftsdienst verbunden sind, als Freizeit.<sup>32</sup>

**4.13.** Das Gesetz verlangt keine besondere Qualität der Freizeit, damit sie als Ausgleich gelten kann. Sie braucht kein besonderes zusammenhängendes Ausmass zu haben. Es muss sich nicht um ganze Halbtage oder gar grössere zusammenhängende Einheit handeln. Eine solche gesetzliche Regelung ist auch nicht nötig, weil die Kompensation nur im gegenseitigen Einverständnis möglich ist. Der Arbeitnehmer kann somit sehr wohl selber bestimmen, welches Mindestmass zusammenhängender Freizeit notwendig ist, damit der gesundheitliche Ausgleich tatsächlich möglich ist. In aller Regel wird der Arbeitnehmer ganze Tage oder wenigstens halbe Tage benötigen, um den Ausgleich zu schaffen. Es ist aber auch ohne weiteres möglich, dass einem Arbeitnehmer unter Umständen mehr mit einer längeren Mittagspause oder einem kürzeren Arbeitstag gedient ist. Auch so ist eine Kompensation der Überzeit möglich, *wenn der Arbeitnehmer damit im Einzelfall einverstanden ist.*

### 5. Aufzeichnung der Arbeitszeiten

**5.1.** Die Einhaltung der Arbeitszeitvorschriften steht nicht nur im individuellen Interesse des einzelnen Arbeitnehmers. Vielmehr besteht die Regelung im öffentlichen Interesse. Damit ist aber auch unumgänglich, dass gewisse Kontrollen stattfinden und der Staat für die Durchsetzung dieser Regeln besorgt ist. Will der Staat die Einhaltung kontrollieren, müssen

---

<sup>28</sup> SECO, Wegleitung zu Art. 25 Abs. 2 ArGV1; **NORDMANN/HILL**, Art. 13 ArG, N 49; **DUNAND**, Art. 13 ArG N.

16.

<sup>29</sup> **NORDMANN/HILL**, Art. 13 ArG, N 33.

<sup>30</sup> Art. 13 Abs. 1 ArGV1.

<sup>31</sup> Vgl. Art. 14 ArGV1.

<sup>32</sup> Art. 15 Abs. 2 ArG e contrario.

die Arbeitszeiten auch dokumentiert werden, damit Arbeitsinspektoren die Einhaltung der Normen prüfen können. Entsprechend ist die Arbeitgeberin verpflichtet für den Gesetzes- bzw. Verordnungsvollzug massgebliche Verzeichnisse und Unterlagen und die darin enthaltenen Angaben den Vollzugs- und Aufsichtsbehörden während mindestens fünf Jahren zur Verfügung zu halten.<sup>33</sup> Die Verzeichnisse müssen insbesondere Aufschluss über die geleistete (tägliche und wöchentliche) Arbeitszeit inkl. Ausgleichs- und Überzeitarbeit sowie ihre Lage, die gewährten wöchentlichen Ruhe- oder Ersatzruhetage, die Lage und Dauer der Pausen von einer halben Stunde und mehr und die nach Gesetz geschuldeten Lohn- und/oder Zeitzuschläge geben.<sup>34</sup> Für die Erfassung ist die Arbeitgeberin verantwortlich, wobei sie die Dokumentation auch an den Arbeitnehmer delegieren kann. Die Verantwortung verbleibt aber auch dann bei der Arbeitgeberin.<sup>35</sup>

**5.2.** Die Arbeitgeberin ist folglich verpflichtet, klar zu dokumentieren;

- Wann gearbeitet wird und wann nicht;
- Welche Arbeitszeit ordentliche Arbeitszeit war und welche Überzeit ist,
- Welche Freizeit gewöhnliche Freizeit war und mit welcher Freizeit Überzeit kompensiert wurde und
- Welche Überzeiten mit dieser Freizeit kompensiert wurden.

**5.3.** Mit der Revision der ArGV1 vom 4. Nov. 2015, in Kraft seit 1. Jan. 2016, wurde unter gewissen Voraussetzungen eine Vereinfachung bei der Arbeitszeiterfassung eingeführt.<sup>36</sup> Die Neuerung betrifft allerdings nur die Erfassung der Arbeitszeiten und nicht auch die Einhaltung der Arbeitszeitvorschriften des ArG. Im vorliegenden Zusammenhang relevant kann insbesondere die Regelung von Art. 73a ArGV1 sein, nach der Arbeitgeberinnen unter gewissen Voraussetzungen nicht durch das ArG verpflichtet sind, die Arbeitszeiten aufzuzeichnen. Dann ist es den Parteien grundsätzlich freigestellt, ob und gegebenenfalls wie, sie die Arbeitszeiten erfassen und aufzeichnen wollen. Dem Arbeitnehmer ist es immer möglich, die Arbeitszeiten selber aufzuzeichnen. Im Streitfall hat das Gericht dann diese Aufzeichnungen als Beweis frei zu würdigen. Verfügt die Arbeitgeberin über gar keine Aufzeichnungen, hat sie dann unter Umständen erhebliche Schwierigkeiten beim Gericht Zweifel an der Richtigkeit der Aufzeichnungen des Arbeitnehmers aufkommen zu lassen. Zu beachten ist, dass falsche Aufzeichnungen – durch den Arbeitnehmer oder die Arbeitgeberin – unter Umständen strafrechtlich relevant sein können. Irgendwelche Formvorschriften für die Aufzeichnungen gibt es nicht. Zu beachten ist zudem, dass die Arbeitgeberin immer für die gesetzes- bzw. ordnungskonforme Aufzeichnung der Arbeitszeiten verantwortlich ist. Dies bleibt sie auch dann, wenn im Arbeitsvertrag die Aufzeichnung der Arbeitszeiten den Arbeitnehmenden übertragen und diesen überlassen wird, wie sie die Aufzeichnung vornehmen wollen.

**5.4.** Soweit die Arbeitgeberin in irgendeiner Weise die Arbeitszeiten, einschliesslich Überzeiten und deren Ausgleich erfasst und damit eine entsprechende Dokumentation besteht, hat der Arbeitnehmer jeder Zeit Anspruch auf Einsicht in diese Unterlagen. Dies ergibt

---

<sup>33</sup> Art. 46 ArG i.V.m. Art. 73 ArGV 1.

<sup>34</sup> Art. 73 Abs. Bst. c bis h ArGV1.

<sup>35</sup> GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz. 955; MÜLLER/MADUZ, (FN 62), Art. 46 ArG, N 2.

<sup>36</sup> Art. 73a und Art. 73b ARGV1.

sich im Anwendungsbereich des DSG aus Art. 8 DSG.<sup>37</sup> Die kantonalen Gesetze kennen in der Regel gleiche Bestimmungen. Eine Rechtsgrundlage für diese Auskunftspflicht bildet auch Art. 328 OR.

---

<sup>37</sup>

Art. 25 rev. DSG.

## 6. Folgerungen

1. Wie ist mit der wöchentlich entstandenen Überzeit korrekt zu verfahren?

**6.1.** Wie dargelegt ist sie entweder mit Zustimmung des Arbeitnehmers im konkreten Einzelfall mit Freizeit innert der gesetzlichen (oder vertraglich verlängerten) Frist zu kompensieren oder mit einem Ansatz von 125% zu vergüten.

2. Wie ist die wöchentlich entstandene Überzeit zu dokumentieren (betreffend ersichtlichem Freizeitanspruch)?

**6.2.** Soweit nicht die Ausnahme nach Art. 73a ArGV1 greift, muss die Arbeitgeberin zwingend die Arbeitszeiten einschliesslich deren Lage und der Pausen dokumentieren. Aus diesen Dokumenten muss ersichtlich sein, was ordentliche Arbeitszeit und was Überzeit ist. Zudem muss ersichtlich sein, durch welche Freizeit allfällige Überzeiten kompensiert wurden, falls eine Kompensation erfolgt ist. Die Dokumentation ist fünf Jahre aufzubewahren. Sie muss genügend genau sein, um auch zu sehen, was an Überzeiten angefallen ist und wann diese kompensiert worden sind. Die Arbeitgeberin wird regelmässig bestimmte Personen bzw. Hierarchiestufen mit der Erfassung beauftragen. Für die Erfassung verantwortlich bleibt aber immer die Arbeitgeberin selber.

3. Wie ist die wöchentlich entstandene Überzeit gegenüber den Mitarbeitenden auszuweisen?

**6.3.** Die Mitarbeitenden haben selbstverständlich Anspruch jederzeit die Aufzeichnungen, wie sie für die Arbeitsinspektorate geführt werden müssen,<sup>38</sup> einzusehen. Insofern haben sie Anspruch jederzeit darüber informiert zu werden, wie viele Überzeiten entstanden sind und welche Überzeiten durch Freizeit ausgeglichen worden sind.

4. Darf Überzeit mit Minuszeit (welche aufgrund arbeitsgesetzlicher Vorgaben unverschuldet oder auch bei effizienter Arbeitserledigung entstehen kann) verrechnet werden?

**6.4.** Eine eigentliche Verrechnung ist nicht zulässig. Hingegen ist eine Kompensation der Überzeiten mit nachher entstehenden Minuszeiten zulässig, wenn der Arbeitnehmer dieser Kompensation im Einzelfall zustimmt. Demgegenüber ist die Kompensation mit früher entstandenen Minusstunden nicht zulässig, weil die Kompensation nur im Nachhinein erfolgen kann und nicht auf Vorrat.

5. Das Gesetz sieht den Abbau von Überzeit durch finanzielle Entschädigung mit Zuschlag oder in Absprache mit dem Mitarbeitenden durch Freizeit von gleicher Dauer vor. Kann im Einzelarbeitsvertrag oder via Personalreglement bzw. GAV auf diesen Grundsatz verzichtet und primär dem Abbau von Überzeit durch Kompensation zugestimmt werden?

**6.5.** Vom Zweck der gesetzlichen Beschränkung auf eine wöchentliche Maximalarbeitszeit, steht die Kompensation mit Freizeit im Vordergrund. Damit die Zulässigkeit einer gewissen Überzeit nicht zu einer Flexibilisierung der Arbeitszeiten verkommt, hat der Gesetzgeber einerseits die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Überzeitarbeit durch strenge Voraussetzungen eingeschränkt und andererseits die Zeitkompensation von der Zustimmung des Arbeitnehmers abhängig gemacht. Wie vorn ausgeführt, muss die Zustimmung bei jeder einzelnen Kompensation gegeben werden und kann nicht im Voraus in allgemeiner Form erfolgen. Entsprechend ist es nicht möglich im Arbeitsvertrag oder gar in allgemeinen Anstellungsbedingungen, die als Bestandteil des Arbeitsvertrages bezeichnet werden,

---

<sup>38</sup>

Siehe Rz. 6.2.

der Arbeitgeberin das Recht einzuräumen, einseitig die Kompensation anzuordnen.

**6.6.** Selbst wenn man entgegen der hier vertretenen Meinung eine Zustimmung in allgemeiner Form im Voraus zuliesse, könnte diese nicht in einem GAV vorgesehen werden. Das Gesetz verlangt ausdrücklich das Einverständnis des *einzelnen* Arbeitnehmers. Eine kollektive Zustimmung ist folglich ungenügend.

6. Inwiefern braucht es das Einverständnis des Mitarbeitenden bei der jeweiligen Kompensation durch Freizeit, wenn Mitarbeitende vertraglich dem Grundsatz Kompensation vor Auszahlung zugestimmt haben?

**6.7.** Die Zustimmung des Vorranges der Kompensation gegenüber der Auszahlung bedeutet nur, dass sich die Parteien darauf geeinigt haben, dass wenn immer möglich die Überzeiten durch Freizeit ausgeglichen werden sollten. Die Vereinbarung betrifft aber nicht das Zustimmungserfordernis als solches. Es ist immer noch notwendig, dass der Arbeitnehmer der konkreten Kompensation im Einzelfall zustimmt. Es ist ohne weiteres möglich, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer einen Einsatzplan zustellt. Dies kann aber bezüglich der Kompensation von Überzeiten nur ein Vorschlag sein, den der Arbeitnehmer annehmen oder ablehnen kann. Allerdings ist er auf Grund der Treupflicht gehalten, diese Zustimmung zu erteilen, wenn die Kompensation für ihn im entsprechenden Zeitpunkt zumutbar ist. Er hat eine Interessenabwägung vorzunehmen, bei der die Interessen der Arbeitgeberin sehr wohl zu berücksichtigen sind. Eigene finanzielle Interessen des Arbeitnehmers haben dabei in den Hintergrund zu treten. Die Überzeitenschädigung hat nicht den Zweck, dem Arbeitnehmer ein höheres Einkommen zu verschaffen, sondern der Arbeitgeberin die entsprechende Arbeitsleistung zu verteuern. Entsprechend können aber auch finanzielle Interessen der Arbeitgeberin keine Rolle spielen.

7. Kann dieses Einverständnis seitens Mitarbeitenden wegbedungen werden?

**6.8.** Wie dargelegt kann das Erfordernis des Einverständnisses des Mitarbeiters nicht wegbedungen werden. Die Bestimmung ist absolut zwingend. Anders verhält es sich bei den Überstunden. Die Bestimmung schützt nicht nur die Interessen der Arbeitnehmer, sondern auch öffentliche Interessen.

8. Kann der Arbeitgeber die Freizeitkompensation einseitig anordnen?

**6.9.** Wie dargelegt kann die Arbeitgeberin die Kompensation nicht einseitig anordnen. Der Ausgleich in Freizeit setzt die Zustimmung des Arbeitnehmers im Einzelfall voraus.

9. Wie hat die Kompensation zu erfolgen?

**6.10.** Aus dem Gesetz ergibt sich ausschliesslich, dass es sich um echte Freizeit handeln muss, d.h. um Zeiten, in denen der Arbeitnehmer nicht seine Arbeit für die Arbeitgeberin bereithalten muss. Es kann sich folglich auch nicht um Pikettdienst und ähnliches handeln.

**6.11.** Es kann sich sowohl um zusammenhängende Tage wie auch um einzelne Tage oder Halbtage oder gar einzelne Stunden handeln. Was sinnvoll ist, hängt sowohl vom Umfang der Überzeit wie auch von den Bedürfnissen der Parteien ab. Eine gesetzliche Regelung ist nicht notwendig, weil die Kompensation bezüglich Umfangs und Zeitpunkt die Einwilligung beider Parteien voraussetzt.

10. Kann die Kompensation, stundenweise oder(halb-)tagesweise erfolgen?

**6.12.** Wenn beide Parteien das so wollen, ist nichts dagegen einzuwenden. Das Gesetz schreibt nicht ein Mindestmass von Kompensationszeit voraus.

11. Wie kurzfristig darf die Kompensation angeordnet werden, falls sie überhaupt angeordnet werden darf?

**6.13.** Da die Kompensation nicht einseitig angeordnet werden kann, sondern nur mit dem Einverständnis des Arbeitnehmers möglich ist, sieht das Gesetz auch keine minimale Ankündigungsfrist vor. Es gilt nur insofern eine Maximalfrist, als die Kompensation grundsätzlich in 14 Wochen erfolgen muss. Die Parteien können diese Frist auf 12 Monate verlängern. Nach 12 Monaten ist aber eine Kompensation in keinem Fall mehr möglich.

12. Was sind die Anforderungen, damit die kompensierte Zeit Freizeit entspricht und dem Mitarbeitenden zur Erholung und damit zur Kompensation der Überzeit dient?

**6.14.** Vom Gesetz her ist klar, dass es sich um eigentliche Freizeit handeln muss.<sup>39</sup> Was zur Erholung notwendig ist, hängt zweifellos von der Dauer der Überzeit und den individuellen Bedürfnissen des Arbeitnehmers ab. Es ist grundsätzlich am Arbeitnehmer zu bestimmen, wie der Ausgleich beschaffen sein muss, damit er sich entsprechend erholen kann.

\*\*\*\*\*  
\*\*\*  
\*



Minusio, 1. Oktober 2023

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Thomas Geiser

---

<sup>39</sup>

Vorn Rz. 6.10.