

# Flexible Arbeitszeitmodelle – verschiedene Rechtsgrundlagen

Wir leben in einer Zeit, in der Begriffe wie «Umstrukturierung», «Personalkostenoptimierung» und «Massenentlassung» oft in einem Atemzug genannt werden. Solches Denken spiegelt die Wahrnehmung alltäglicher Wirtschaftsnachrichten. Gerade KMU können durch schwankende Auslastung schnell unter Druck geraten.

**Flexible Arbeitszeitmodelle bieten Alternativen** zur Kostenbegrenzung durch Personalabbau. Aus juristischer Sicht birgt die Gestaltung flexibler Arbeitszeit allerdings gewisse Tücken. Betrachten wir den Fall einer Gleitzeitarbeitenden, der gekündigt wurde – bei Freistellung während der Kündigungsfrist. Zum Zeitpunkt der Kündigung überschritt die ausgewiesene Arbeitszeit der Mitarbeiterin das vertragliche Soll um 23 Tage. Diese Mehrarbeit erachtete die Arbeitnehmerin als Überstunden, welche mit einem Zuschlag von 25 Prozent zum ordentlichen Stundenansatz zu vergüten seien. Die Arbeitgeberin dagegen qualifizierte die Mehrarbeit als nicht abgeltungspflichtigen Gleitzeitüberhang, welcher mit der Freistellung der Arbeitnehmerin kompensiert worden sei. Man prozessierte über alle Instanzen. Schliesslich befasste sich das Bundesgericht mit der Frage.

**Über die letzten Jahrzehnte** lässt sich die Entwicklung einer breiten Palette von flexiblen Arbeitszeitmodellen beobachten. Im Vordergrund steht dabei das Gleitzeitmodell, bei dem ein gewisses Wochen-, Monats-, Jahres-, ja Lebensarbeitszeitsoll vorgegeben wird, wobei grundsätzlich keine fixen Arbeitszeiten einzuhalten sind. Besonderen Bedürfnissen, etwa bei Unternehmen mit feststehenden Öffnungszeiten für das Publikum, kann durch Blockzeiten entsprochen werden.

**Bei voller Zeitautonomie** können Gleitzeitarbeitende Arbeitsbeginn, Arbeitsende und Pausen selber und frei bestimmen. Entsprechend tragen sie Verantwortung. Wird zu wenig Arbeit geleistet, darf die Lohnzahlung im entsprechenden Umfang verweigert werden. Gegen ein Übermass an Plusstunden helfen Vereinbarungen, wonach nur eine bestimmte Anzahl Mehrstunden von einem Geschäftsjahr auf das andere übertragen werden können und das Zeitgut haben im Übrigen verfällt. Wird die Sollarbeitszeit allerdings überschritten, weil die Mehrarbeit arbeitgeberseitig angeordnet war oder betrieblich notwendig erschien, kann die Arbeitszeit nicht autonom von den Mitarbeitenden bestimmt werden. Der entsprechende Gleitzeitüberhang stellt Überstunden- oder allenfalls Überzeitarbeit dar, die grundsätzlich zu vergüten ist.

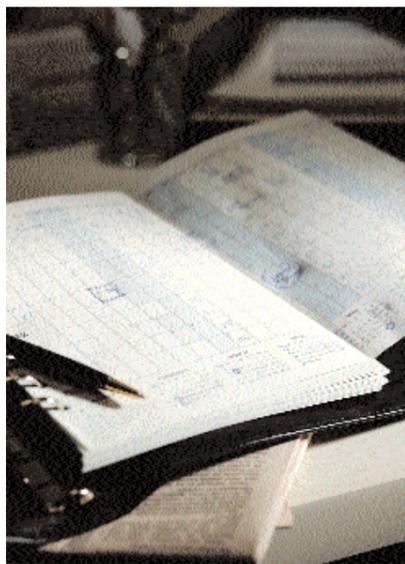
**Dabei erweist sich die Unterscheidung** zwischen Überstunden und Überzeit regelmässig



#### Der Autor

Dr. iur. **Heinz Heller**, auf Arbeitsrecht spezialisierter Rechtsanwalt, betreut KMU im Grossraum Zürich. Weiter tritt er als Referent in Arbeitsrechtseminaren auf und zeichnet als Mitglied der Fachgruppe Arbeitsrecht des Zürcher Anwaltsverbands.

[www.rechtsanwalt-zuerich.ch](http://www.rechtsanwalt-zuerich.ch)



als schwer verständlich. Eine Sekretärin, die gemäss Arbeitsvertrag 40 Stunden pro Woche arbeiten soll, erbringt Überstunden, wenn sie auf Anordnung hin mehr arbeitet (Art. 321c OR). Überzeitarbeit dagegen wird erbracht, wenn die Überstunden die gemäss Arbeitsgesetz zulässige Höchstarbeitszeit pro Woche überschreiten – in unserem Beispiel 45 Stunden (Art. 9 Abs. 1 lit. a des Arbeitsgesetzes). Leistet die Sekretärin in einer Woche auf Anordnung hin 47 Arbeitsstunden, erbringt sie somit fünf Überstunden und zwei Stunden Überzeit. Bei der Gestaltung flexibler Arbeitszeit ist der Tatsache besondere Beachtung zu schenken, dass die Rechtsfolgen von Mehrarbeit (zuschlagspflichtige Entschädigung, vereinbartfalls bezahlte Freizeit) bei Überstunden vertraglich ausgeschlossen werden können, bei Überzeit dagegen nicht. Je nach Ausmass der Mehrarbeit melden Mitarbeitende manchmal hohe Forderungen an – nicht selten im Umfeld einer Kündigung. Manche Unternehmen versuchen sich zu schützen, indem sie auf die Erfassung der Mehrarbeit verzichten.

**Nach Gesetz darf auf die Erfassung der Arbeitszeit** von Gleitzeitarbeitenden allerdings nicht verzichtet werden. Selbst manchen Arbeitsrechtlern ist nicht geläufig, dass das Arbeitsgesetz Arbeitgebenden zwingend vorschreibt, «die geleistete (tägliche und wöchentliche) Arbeitszeit inklusive Ausgleichs- und Überzeitarbeit sowie ihre Lage» zu erfassen (Art. 73 Abs. 1 lit. c der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz). Die Ahndung von Verstössen gegen diese Vorschrift steht allerdings nicht im Fokus des Interesses der kantonalen Arbeitsinspektorate, die über die Einhaltung des Arbeitsgesetzes zu wachen haben. Unterlassung der Arbeitszeiterfassung schützt

zudem nicht vor Prozessrisiken bei Streitigkeiten über Mehrarbeit. So kann das fehlende Zeiterfassungsformular etwa durch richterliche Schätzung ersetzt werden. Arbeitszeiterfassung fördert schliesslich die Rechtssicherheit und damit das gegenseitige Vertrauen. Bei richtig verstandener «Vertrauensarbeitszeit» wird übrigens nicht auf die Erfassung der Arbeitszeit verzichtet, sondern einzig auf die Kontrolle der Arbeitszeit durch das Unternehmen.

**Wem im Einzelfall das flexible Arbeitszeitmodell mehr Vorteile bringt**, hängt somit wesentlich davon ab, ob die Mitarbeitenden oder das Unternehmen massgeblich bestimmen können, wann und in welchem Umfang Arbeit zu leisten ist. Wenn bei Arbeit auf Abruf etwa vereinbart wird, die Arbeitnehmenden seien vorbehaltlos verpflichtet, dem Ruf jederzeit Folge zu leisten, liegen die Vorteile offensichtlich nur auf Seiten des Unternehmens, das kapazitätsorientiert Arbeitskräfte mobilisiert beziehungsweise Personalkosten einspart. Viele Unternehmen, die flexible Arbeitszeit einführen, gestalten das Modell instinktiv so, dass auf Arbeitgeberseite alle Optionen offen bleiben. Dabei wird in der Regel übersehen, dass die Zuteilung der Zeitautonomie die entscheidende Vorfrage bildet für die Regelung von Überstunden- und Überzeitgut haben. Zudem besteht die Gefahr, dass sich Mitarbeitende bei asymmetrischen Regelungen gegen die Einführung flexibler Arbeitszeit zur Wehr setzen.

**Wie hat nun das Bundesgericht entschieden?** Im konkreten Einzelfall (BGE 123 III 469 ff.) kam das Bundesgericht zur Erkenntnis, der Gleitzeitüberhang der Gekündigten könne durch Freistellung kompensiert werden, weil die Mehrarbeit weder angeordnet noch betrieblich erforderlich gewesen sei und deshalb keine Überstunden oder Überzeit darstelle. Die Klage der Arbeitnehmerin wurde abgewiesen.

**Vorsicht ist übrigens auch bei der Einführung flexibler Arbeitszeit geboten:** In der Regel überschreiten die arbeitszeitlichen Neuerungen den vertraglichen Spielraum des Unternehmens – also dessen Weisungsrecht. Dann versteht sich die Einführung flexibler Arbeitszeit als einseitige Vertragsänderung, die möglicherweise einer Änderungskündigung bedarf. Je nach Anzahl der Betroffenen kann dies die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Massenentlassung zur Folge haben, was häufig übersehen wird. Um Änderungskündigungen zu vermeiden, werden in jüngster Zeit vermehrt generelle einseitige Abänderungsvorbehalte in Personalreglemente aufgenommen. Diese Klauseln sind umstritten und könnten sich im Streitfall als nicht durchsetzbar erweisen, weil sie als Einfallstor für willkürliches Arbeitgeberhandeln die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden übermässig einschränken können.

Heinz Heller