



Wyler Wolf Luchsinger Nötzli

RA Dr. iur. Harry Nötzli

WWLN Rechtsanwälte, Stadthausquai 1, 8001 Zürich

Telefon +41 44 212 70 70, Fax +41 44 212 70 80, [www.arbeitsrechtfachanwalt.ch](http://www.arbeitsrechtfachanwalt.ch),  
[info@arbeitsrechtfachanwalt.ch](mailto:info@arbeitsrechtfachanwalt.ch)

---

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>I. Arbeitszeit im Allgemeinen</b> .....	<b>4</b>
1. Gesetzliche Grundlagen.....	4
a) Obligationenrecht (OR).....	4
b) Arbeitsgesetz (ArG).....	4
aa) Verhältnis zwischen Arbeitsgesetz und Gesamtarbeitsvertrag.....	5
bb) Verhältnis zwischen Arbeitsgesetz und Einzelarbeitsvertrag.....	5
cc) Geltungsbereich.....	6
2. Was gehört zur Arbeitszeit?.....	6
a) Arbeitsweg.....	6
b) Pausen.....	7
c) Pikettdienst.....	7
<b>II. Höchstarbeitszeit und Überzeit</b> .....	<b>7</b>
1. Höchstarbeitszeit.....	7

2.	Überzeit.....	8
3.	Ansprüche des Arbeitnehmers bei zulässiger Überzeit .....	8
<b>III.</b>	<b>Tages-, Abend- und Nachtarbeit .....</b>	<b>8</b>
<b>IV.</b>	<b>Sonntagsarbeit.....</b>	<b>9</b>
<b>V.</b>	<b>Feiertage .....</b>	<b>9</b>
<b>VI.</b>	<b>Ferien .....</b>	<b>10</b>
1.	Feriendauer .....	10
2.	Festlegung der Ferien.....	10
3.	Ferien und Feiertage .....	11
4.	Ferien und Krankheit .....	11
5.	Pflicht zum Vorbezug von Ferien? .....	11
6.	Rückzahlung zu viel bezogener Ferien? .....	11
7.	Ferienbezug während der Kündigungsfrist.....	12
8.	Kürzung der Ferien .....	13
9.	Abgeltungsverbot.....	13
10.	„Ferienlohn inbegriffen“ .....	14
11.	Ferienlohn .....	14
<b>VII.</b>	<b>Arbeitsverträge mit besonderer Arbeitszeit.....</b>	<b>14</b>
1.	Teilzeit .....	14
a)	Rechtsgrundlage .....	15
b)	Mehrfachbeschäftigung .....	15
c)	Überstunden.....	15
d)	Lohnfortzahlung.....	16
e)	Freizeit und Feiertage .....	16
f)	Ferien .....	17

g) Arbeits- und Ruhezeit .....	17
2. Arbeit auf Abruf.....	17
a) Arbeit auf Abruf mit Befolgungspflicht .....	17
b) Arbeit auf Abruf ohne Befolgungspflicht.....	18
3. Jahresarbeitszeit .....	19
4. Gleitzeit.....	19
<b>VIII. Anhänge.....</b>	<b>20</b>
<b>IX. Redaktionelles .....</b>	<b>21</b>

## **I. Arbeitszeit im Allgemeinen**

### **1. Gesetzliche Grundlagen**

#### **a) Obligationenrecht (OR)**

Die Arbeitszeit umschreibt die konkrete zeitliche Beanspruchung des Arbeitnehmers pro Tag, Woche, Monat oder Jahr. Wer indes im OR nach der Regelung der Arbeitszeit sucht, wird das Gesetzbuch bald ratlos zur Seite legen. Denn das OR regelt die Arbeitszeit nicht. Das bedeutet, dass die Vertragsparteien grundsätzlich in der Gestaltung der Arbeitszeit frei sind. Die Arbeitszeit kann durch Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag festgesetzt werden. So können die Parteien z.B. die wöchentliche Arbeitszeit oder auch die Gesamtjahreszeit vertraglich festlegen (42-Stunden-Woche/5-Tage-Woche etc.), sie können Gleitzeitreglemente einführen, sie können Arbeit auf Abruf vorsehen, sie können kapazitätsorientierte Arbeitszeit vereinbaren etc. Nicht nur in der Regelung der Arbeitszeit, auch in der Festsetzung ihrer Lage sind die Parteien autonom. Sie können Arbeitsbeginn und Arbeitsende sowie die Pausen vertraglich regeln.

Diese Vertragsfreiheit wird allerdings durch *zwingende Schutzvorschriften* des Arbeitsgesetzes beschränkt. Insbesondere dessen Bestimmungen über die wöchentliche Höchstarbeitszeit, über Tages-, Abend-, Nacht und Sonntagsarbeit sowie über die freien Tage und Pausen sind einzuhalten.

#### **b) Arbeitsgesetz (ArG)**

Vorab sei ein Benutzerhinweis erlaubt: Das Arbeitsgesetz ist ein ziemlich unübersichtliches Gesetz, das von vielen Grundsätzen, aber noch mehr Ausnahmen geprägt ist und durch mehrere Verordnungen (insbesondere die Verordnungen 1-5 zum ArG) ergänzt und präzisiert wird. Wer sich z.B. mühsam durch die Regelungen bezüglich Sonntagsarbeit in Art. 20 ArG gekämpft hat, wird bei der weiteren Lektüre des Gesetzes vielleicht feststellen, dass diese Regeln für seinen Betrieb gar nicht gelten. So können nach Art. 27 ArG bestimmte Gruppen von Betrieben Sondervorschriften unterstellt werden. Die Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz enthält einen Katalog von solchen Betrieben, auf welche die Regelungen des ArG keine oder nur eingeschränkte Anwendung finden (z.B. Gastbetriebe, Spitäler, Bäckereien, Geleiseunternehmen etc.).

Neben den allgemeinen Bestimmungen über den Anwendungsbereich des Gesetzes (Art. 1 bis 5 ArG) sollte Art. 27 ArG und die Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz also immer vorab konsultiert werden.

**aa) Verhältnis zwischen Arbeitsgesetz und Gesamtarbeitsvertrag**

Das Arbeitsgesetz und die Gesamtarbeitsverträge können die gleichen Materien, insbesondere die Arbeits- und Ruhezeit, regeln. Dies geschieht indes mit unterschiedlicher Wirkung, einerseits als öffentliches Recht mit staatlicher Kontrolle (Arbeitsgesetz) und andererseits als Privatrecht, das vom einzelnen Arbeitnehmer oder Arbeitgeber durchgesetzt werden muss (GAV). Nach der vorherrschenden Meinung verdient die gesamtarbeitsvertragliche Regelung der Arbeitsbedingungen den Vorzug, weil sie dem Willen der Sozialpartner entspricht und weil sie den örtlichen Gegebenheiten und den Verhältnissen in den einzelnen Berufen Rechnung tragen kann. Ihre Schwäche liegt im begrenzten Geltungsbereich. Sodann zeigen sich Mängel bei der Durchsetzung. Deshalb muss ein Mindeststandard, der im Interesse der Persönlichkeit, der Gesundheit und der öffentlichen Ordnung als unerlässlich erscheint, durch öffentlich-rechtliche Normen gesichert und durch staatliche Organe vollzogen werden.

Das Arbeitsgesetz behält deshalb unabhängig vom Bestehen eines Gesamtarbeitsvertrags seine Bedeutung.

**bb) Verhältnis zwischen Arbeitsgesetz und Einzelarbeitsvertrag**

Da das Arbeitsgesetz öffentlichrechtliches Arbeitsschutzrecht enthält, stehen die entsprechenden Ansprüche auf Einhaltung und Durchsetzung dieses Gesetzes gegenüber dem Arbeitgeber in erster Linie dem Staat zu, der Arbeitsinspektoren einsetzt. Es wäre aber unbefriedigend, wenn die Arbeitnehmer unbeteiligt wären an Schutznormen, die zu ihren Gunsten aufgestellt worden sind. Sie haben das primäre Interesse an deren Vollzug. Dieses Problem ist durch Art. 342 Abs. 2 OR gelöst worden. Die Arbeitnehmer haben gestützt auf diese Bestimmung einen zivilrechtlichen Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber auf Einhaltung der Arbeitsschutzvorschriften des Arbeitsgesetzes. Weniger aufwendig für den Arbeitnehmer ist aber eine Anzeige an das Arbeitsschutzinspektorat; er kann es dann diesem überlassen, für die Einhaltung des Gesetzes besorgt zu sein.

Das Arbeitsgesetz ist ein eigentliches Arbeitsschutzgesetz. Das Arbeitsgesetz bezweckt demnach in *erster Priorität* den Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers und regelt erst in zweiter Priorität allfällige finanzielle Ansprüche des Arbeitnehmers.

### **cc) Geltungsbereich**

Der Geltungsbereich des ArG erstreckt sich in sachlicher Hinsicht - von einigen im Gesetz explizit aufgezählten Ausnahmen abgesehen (Art. 2 ArG) - grundsätzlich auf alle öffentlichen und privaten Betriebe.

Vom persönlichen Geltungsbereich ausgenommen sind die höheren leitenden Angestellten (Art. 3 ArG). Sie unterliegen zwar dem Gesundheitsschutz (Art. 6 ArG), nicht aber den Höchstarbeitszeitvorschriften. Nach einer einprägsamen Formel gilt als „höherer Angestellter“ ein Arbeitnehmer an den „Schalthebeln der Macht“; er muss also arbeitgeberähnliche Funktionen ausüben (z.B. selbständiges Einstellen und Entlassen von Personal).

## **2. Was gehört zur Arbeitszeit?**

Auch das ArG definiert den Begriff der Arbeitszeit nicht. Eine Definition findet sich indes in der Verordnung 1 zum ArG. „Als Arbeitszeit im Sinne des Gesetzes gilt die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat“ (Art. 13 Abs. 1 ArGV1). Jede Zeitspanne, die der Arbeitnehmer mit Willen des Arbeitgebers in dessen hauptsächlichem Interesse verbringt, ist Arbeitszeit. Die Arbeitszeit ist keine örtlich bestimmte Grösse und setzt auch kein Tätigsein voraus; der Arbeitnehmer hält sich auch z.B. in einem Bereitschaftsdienst oder durch untätige Präsenz zur Verfügung des Arbeitgebers<sup>1</sup>.

### **a) Arbeitsweg**

Der Arbeitsweg ist in der Regel keine Arbeitszeit. Insbesondere stellt die Reisezeit bei langen Auslandsreisen weder Arbeits- noch Ruhezeit dar<sup>2</sup>. Verrichtet dagegen ein Arbeitnehmer, der normalerweise über einen festen Arbeitsort verfügt, Arbeit ausserhalb desselben, so stellt eine allfällige Mehrzeit für den längeren Arbeitsweg Arbeitszeit dar (Art. 13 Abs. 2 ArGV1; diese Bestimmung ist auf die Schweiz und die nähere Umgebung ausgerichtet, nicht aber für längere Reisen). Wenn der Arbeitnehmer keinen festen Arbeitsort hat, so gilt die Reisezeit zum Arbeitsort immer als Arbeitszeit (z.B. bei Monteuren, Vertretern etc.).

---

<sup>1</sup> Adrian von Kaenel, Stämpflis Handkommentar, ArG 9 N 5).

<sup>2</sup> Seco, Wegleitung, 113-2

## **b) Pausen**

Pausen gelten nicht als Arbeitszeit. Anders verhält es sich dann, wenn der Arbeitnehmer während der Pause den Arbeitsplatz nicht verlassen darf<sup>3</sup>.

## **c) Pikettdienst**

Pikettdienst im Sinne von Art. 14f. ArGV1 bedeutet, dass sich der Arbeitnehmer neben der normalen Arbeitszeit für allfällige Arbeitseinsätze bei besonderen Ereignissen bereit hält. Ob Pikettdienst als Arbeitszeit gilt, hängt davon ab, ob er im Betrieb geleistet werden muss und ob ein Arbeitseinsatz erfolgt. Pikettdienst, der im Betrieb geleistet wird, ist immer Arbeitszeit. Wird der Pikettdienst dagegen ausserhalb des Betriebs geleistet (=Rufbereitschaft), gilt er nur dann als Arbeitszeit, wenn tatsächlich ein Arbeitseinsatz erfolgt. Diesfalls gilt auch die Wegzeit als Arbeitszeit<sup>4</sup>.

# **II. Höchstarbeitszeit und Überzeit**

## **1. Höchstarbeitszeit**

Die wöchentliche Höchstarbeitszeit beträgt für Arbeitnehmer in industriellen Betrieben sowie für Büropersonal, technische und "andere" Angestellte, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels, 45 Stunden (Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG).

Für alle "übrigen" Arbeitnehmer beträgt die Höchstarbeitszeit 50 Stunden (Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG). Von dieser letzteren Bestimmung sind vor allem Arbeitnehmer erfasst, die ausserhalb der Industrie manuelle Tätigkeiten ausführen ("gewerbliche Handwerker"). Die Unterscheidung zwischen „anderen“ Angestellten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG (=45 Stunden) und allen „übrigen“ Arbeitnehmern im Sinne von Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG (=50 Stunden) kann schwierig sein. Gemäss seco, deren Ansicht vom Bundesgericht bestätigt wurde<sup>5</sup>, umfasst der Begriff technisches Personal und "andere" Angestellte Arbeitnehmer, die im Wesentlichen mit so genannten geistigen Arbeiten im Büro oder an ähnlichen Arbeitsplätzen betraut sind. Dagegen bezeichnet "alle übrigen Arbeitnehmer" Arbeitnehmer, deren Aufgaben hauptsächlich in manuellen Arbeiten bestehen, wie z.B. das Handwerk<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Adrian von Kaenel, a.a.O., ArG 9 N 16.

<sup>4</sup> Adrian von Kaenel, a.a.O., Art. 9 N 9 ff.

<sup>5</sup> BGer, Urteil vom 14. Februar 2004, 4C.310/2002

<sup>6</sup> Jean-Philipp Dunand, Stämpfli Handkommentar, ArG 12 N 21.

## **2. Überzeit**

Die wöchentliche Höchstarbeitszeit darf überschritten werden, soweit die Voraussetzungen für die Leistung von Überzeit gegeben sind. Das ist der Fall bei Dringlichkeit der Arbeit oder ausserordentlichen Arbeitsandrang, bei Inventaraufnahmen, Rechnungsabschlüssen und bei Liquidationsarbeiten zur Vermeidung oder Beseitigung von Betriebsstörungen, soweit dem Arbeitgeber nicht andere Vorkehren zugemutet werden können (Art. 12 Abs. 1 ArG).

Das zulässige Höchstmass der Überzeitstunden pro Kalenderjahr knüpft an die Wochenarbeitszeit des Art. 9 Abs. 1 ArG an: 140 Stunden für Arbeitnehmer mit einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 50 Stunden und 170 Stunden für Arbeitnehmer mit einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 45 Stunden (Art. 12 Abs. 2 ArG).

## **3. Ansprüche des Arbeitnehmers bei zulässiger Überzeit**

Die geleistete Überzeit ist zwingend mit einem Lohnzuschlag von 25% ausbezahlen. Die Arbeitnehmer, für die eine Höchstarbeitszeit von 45 Stunden pro Woche vorgesehen ist, werden aber nur dann mit diesem Zuschlag entschädigt, wenn die Überzeitarbeit 60 Stunden im Kalenderjahr übersteigt (Art. 13 Abs. 1 ArG). Das bedeutet also, dass für die ersten 60 Stunden geleisteter Überzeit kein Zuschlag geschuldet ist.

Zulässig ist es, anstelle der Auszahlung von Überzeit diese im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer innert eines angemessenen Zeitraums durch Freizeit von gleicher Dauer auszugleichen (Art. 13 Abs. 2 ArG). Eine vollständige vertragliche Wegbedingung – also weder Zuschlag noch Kompensation – ist aber nicht möglich.

## **III. Tages-, Abend- und Nachtarbeit**

Das Arbeitsgesetz unterscheidet zwischen Tages-, Abend- und Nachtarbeit. Die Arbeit von 6 Uhr bis 20 Uhr gilt als Tagesarbeit, diejenige von 20 Uhr bis 23 Uhr als Abendarbeit und diejenige von 23 Uhr bis 6 Uhr als Nachtarbeit (Art. 10 Abs. 1 ArG). Für Tages- und Abendarbeit braucht es selbstverständlich keine Bewilligung. Für die Nachtarbeit benötigt der Arbeitgeber dagegen eine Bewilligung (Art. 17 Abs. 1 ArG). Arbeitnehmer, die nur vorübergehend, d.h. weniger als 25 Nächte pro Kalenderjahr Nachtarbeit verrichten, haben Anspruch auf Ausbezahlung der geleisteten Nachtarbeit mit einem Lohnzuschlag von 25% (Art. 17b Abs. 1 ArG). Arbeitnehmer, die dauernd oder regelmässig wiederkehrend Nachtarbeit leisten, haben Anspruch auf Zeitkompensation von 10% der Zeit, während der sie Nachtarbeit leisten (Art.



17b Abs. 2 ArG). Davon gibt es aber Ausnahmen. Kein Anspruch auf Zeitkompensation besteht z.B., wenn der Arbeitnehmer nur in vier Nächten pro Woche beschäftigt wird.

Für die Abendarbeit vom 20 Uhr bis 23 Uhr bestehen keine besonderen Regelungen. So hat ein Arbeitnehmer, der bis 23.00 Uhr arbeitet, keinen Anspruch auf spezielle Entschädigung.

#### **IV. Sonntagsarbeit**

Grundsätzlich ist Sonntagsarbeit untersagt (Art. 18 Abs. 1 ArG). Aber auch von diesem Verbot gibt es angesichts der wirtschaftlichen und betrieblichen Notwendigkeit Ausnahmen, die aber bewilligt werden müssen (Art. 19 Abs. 1-3 ArG).

In Betrieben, in denen nur vorübergehende Sonntagsarbeit geleistet wird, haben die Arbeitnehmer einen Anspruch auf einen Lohnzuschlag von 50%. Als vorübergehende Sonntagsarbeit gilt Sonntagsarbeit, welche bei sporadisch vorkommenden Einsätzen nicht mehr als 6 Sonntage, gesetzliche Feiertage inbegriffen, pro Betrieb und Kalenderjahr erfasst (Art. 40 Abs. 3 lit. a ArGV 1). Aber nicht nur das. Der Lohnzuschlag von 50% besteht *kumulativ* zur Gewährung des Freizeitausgleichs oder des Ersatzruhetags nach Art. 20 Abs. 2 ArG. Eine Kompensation der geleisteten Arbeitszeit während des Sonntags durch die Gewährung von Freizeit ist damit nicht möglich. Vielmehr hat der Arbeitnehmer Anspruch auf einen Zuschlag von 50% *und* die Gewährung von Freizeit nach Massgabe von Art. 20 Abs. 2 ArG.

#### **V. Feiertage**

Der 1. August ist der einzige eidgenössische Feiertag und wird sogar in der Verfassung geregelt. Er ist den Sonntagen gleichgestellt und wird bezahlt (Art. 110 Abs. 3 BV). Es ist also der *einzige* Feiertag, für den von Gesetzes wegen eine Lohnzahlungspflicht besteht. Die Kantone sind berechtigt, höchstens acht weitere Feiertage im Jahr den Sonntagen gleichzustellen (Art. 20a ArG). Aber: Die Kantone sind nicht befugt, Lohnzahlung für die Feiertage zu legiferieren. Die Feiertage müssen ausser dem 1. August also nicht entlöhnt werden. Nun wird der vereinbarte Monatslohn natürlich wegen eines Feiertags, der eigentlich nicht entlöhnt werden müsste, deswegen nicht gekürzt. Betroffen sind aber die im Stundenlohn angestellten Arbeitnehmer, die nach der gesetzlichen Konzeption leer ausgehen.

Für die Stundenlöhner kann aber selbstverständlich vertraglich eine Lösung gefunden werden. So wird in vielen GAV und auch in vielen Arbeitsverträgen eine Lohnzahlung für Feiertage auch für im Stundenlohn angestellte Arbeitnehmer vorgesehen.

## **VI. Ferien**

### **1. Feriendauer**

Die rechtlichen Bestimmungen zu den Ferien finden sich in den Art. 329a–d OR. Arbeitnehmer bis zum vollendeten 20. Altersjahr haben einen Ferienanspruch von mindestens fünf Wochen, danach einen solchen von vier Wochen. Diese gesetzliche Mindestdauer darf nicht unterschritten werden. Dagegen darf eine längere Feriendauer selbstverständlich vereinbart werden. Auch Teilzeitmitarbeiter haben Anspruch auf die volle Feriendauer (dazu hinten VII.1). Bei Arbeitsantritt oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses während des Kalenderjahrs muss der Ferienanspruch pro rata temporis berechnet werden. Bei fünf Ferienwochen rechnet man pro Arbeitsmonat mit 2.08 Tagen, bei vier Ferienwochen mit 1.67 Tagen, je basierend auf der 5-Tage-Woche<sup>7</sup>.

### **2. Festlegung der Ferien**

Der Arbeitgeber hat das Recht, den Zeitpunkt der Ferien festzulegen. Er muss aber auf die Wünsche des Arbeitnehmers soweit Rücksicht nehmen, als dies mit den Interessen des Betriebes vereinbar ist (Art. 329c Abs. 2 OR). Dem Arbeitnehmer muss auch genügend Zeit für die Ferienplanung eingeräumt werden. Nach der Rechtsprechung müssen deshalb Ferien in der Regel mindestens drei Monate im Voraus angekündigt werden, wobei der Arbeitgeber grundsätzlich an die einmal vorgenommene Ferienzuteilung gebunden ist. Allerdings können sich Ausnahmen von der üblichen Ankündigungsfrist von drei Monaten ergeben, etwa dann, wenn nur noch der Bezug der Ferien in der Kündigungsfrist offensteht.

Auch muss aus dringlichem und unvorhergesehenem, betrieblichem Bedürfnis eine Änderung des Ferienzeitpunkts, in Ausnahmefällen sogar ein Rückruf aus den Ferien, akzeptiert werden. Dem Arbeitnehmer ist dann allerdings der entstandene Schaden vom Arbeitgeber zu ersetzen<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 329a N 3.

<sup>8</sup> Adrian von Kaenel, a.a.O., Art. 329c N 7.

### **3. Ferien und Feiertage**

Fallen Feiertage in die Ferien, verlängert sich der Ferienanspruch entsprechend, weil der Tag ohnehin frei ist. So kann verhindert werden, dass der Arbeitgeber, welcher den Ferienzeitpunkt primär bestimmt, die Ferien bewusst so anordnet, dass möglichst viele Feiertage in sie fallen.

### **4. Ferien und Krankheit**

Krankheit und Unfall können die Ferientage entsprechend verlängern. Entscheidend und von Fall zu Fall zu beurteilen ist, ob der Zustand des Arbeitnehmers der Erholung entgegen steht oder nicht. So ist z.B. eine Erholung sicherlich nicht möglich bei Bettlägerigkeit; dagegen steht ein kürzeres Unwohlsein der Erholung nicht entgegen.

Wenn ein Arbeitnehmer in die Ferien geht und zu 50% krank geschrieben ist, verlängert sich sein Anspruch nicht auf das Doppelte. Entweder verhindert die Krankheit die Erholung des Arbeitnehmers; dann muss er aber am Arbeitsort bleiben und die hälftige Leistung erbringen. Oder die Erholung wird durch die Erkrankung nicht verhindert; dann zählen die Ferien voll<sup>9</sup>.

### **5. Pflicht zum Vorbezug von Ferien?**

Damit ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer in die Ferien schicken kann, muss der Arbeitnehmer über einen Ferienanspruch bzw. Feriensaldo verfügen. So darf ein frisch eingetretener Arbeitnehmer nicht zu dazu gezwungen werden, sofort Ferien zu beziehen, auch keine Betriebsferien (ausser das wäre vertraglich von an Anfang an so vereinbart worden), weil sich sein Ferienanspruch noch nicht geäußert hat. Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer also in diesem Fall beschäftigen oder ihn bei voller Lohnzahlung freistellen.

### **6. Rückzahlung zu viel bezogener Ferien?**

Oftmals kommt es vor, dass der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mehr Ferien bezogen hat, als ihm eigentlich zustehen, etwa wenn er vier Wochen Sommerferien verbracht hat und das Arbeitsverhältnis Ende September endet. Es stellt sich dann die Frage, ob den Arbeitnehmer eine Rückzahlungspflicht für zu viel bezogene Ferien trifft. Einer vertraglichen Regelung, dass der Ferienlohn von zu viel bezogenen Ferien zurück erstattet werden muss, steht nichts entgegen. Wurde zwischen den Parteien nichts Derartiges vereinbart, ist

---

<sup>9</sup> Adrian von Kaenel, a.a.O.. Art. 329a N 6.

zu differenzieren: Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in die Ferien geschickt, so kann er bei Austritt vor dem Jahresende den Lohn nicht zurückverlangen. Hat der Arbeitnehmer dagegen ein Gesuch um Ferien gestellt und ist diesem stattgegeben worden, muss er einen entsprechenden Abzug vom Lohn grundsätzlich hinnehmen<sup>10</sup>.

## **7. Ferienbezug während der Kündigungsfrist**

Ferien dienen der Erholung des Arbeitnehmers und sind grundsätzlich real zu beziehen. Wenn nun der Arbeitgeber den Bezug der Ferien in der Kündigungsfrist anordnet, können sich verschiedene Konflikte ergeben. Einmal ist die Ankündigungsfrist sehr kurz; dem Arbeitnehmer fehlt die Zeit für eine genügende Vorbereitung der Ferien. Allenfalls hat er bereits Dispositionen für den Bezug der Ferien zu einem späteren Zeitpunkt getroffen. Er muss sich in der Kündigungsfrist sodann um eine neue Stelle bemühen. Der Ferienzweck, nämlich die Erholung des Arbeitnehmers, kann durch das Durchsetzen des Ferienbezugs also vereitelt werden. Das ist vor allem dann der Fall, wenn die Kündigungsfrist sehr kurz ist. Es stellt sich in solchen Fällen immer wieder die Frage, ob ein Ferienbezug zulässig ist oder ob der Ferienanspruch nicht ausnahmsweise in Geld ausbezahlt werden müsste. Dazu existiert eine sehr vielschichtige Rechtsprechung, die vor allem eines zeigt: Es kommt auf den Einzelfall darauf an (also etwa wie lange die Kündigungsfrist im konkreten Fall ist, wie hoch der Feriensaldo im konkreten Fall ist, die Intensität der Stellensuche etc.). Immerhin hat das Bundesgericht festgehalten, dass eine Kündigungsfrist von 2-3 Monaten den Ferienbezug in der Regel ausschliesse, wenn eine Stelle gesucht werden müsse (BGE 117 II 270). Es hat aber auch darauf hingewiesen, dass die kantonalen Richter ein weites Ermessen hätten.

Von dieser Konstellation zu unterscheiden ist der Ferienbezug während der *Freistellung*. Wenn der Arbeitgeber den Ferienbezug in der Freistellungsdauer anordnet und die Freistellung das restliche Ferienguthaben sehr stark übersteigt, geht der Ferienanspruch durch Kompensation unter. Gemäss einem neueren Entscheid des Bundesgerichts (BGE 128 III 271) soll das sogar dann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht explizit zum Ferienbezug während der Freistellungsdauer auffordert. Die Treuepflicht des Arbeitnehmers, die auch während der Freistellungsdauer gilt, gebiete es, so das Bundesgericht, dass der Arbeitnehmer auch ohne Aufforderung durch den Arbeitgeber während der Freistellungsdauer die Ferien bezieht. Das gilt selbstverständlich aber auch nur dann, wenn die

---

<sup>10</sup> Adrian von Kaenel, a.a.O., Art. 329a N 9.

Freistellungsdauer das restliche Ferienguthaben sehr stark übersteigt. Wann dies der Fall ist, kann wiederum nicht mathematisch exakt bestimmt werden (jedenfalls weigern sich die Gerichte, das zu tun). Als Faustregel, die vom Zürcher Arbeitsgericht angewendet wird, kann gelten, dass die Ferien dann als während der Freistellungsdauer kompensiert zu betrachten sind, wenn sie nicht mehr als einen Drittel der Freistellungstage ausmachen. Aber auch hier kommt es selbstverständlich auf den Einzelfall an, insbesondere auf die Dauer der Freistellung und die tatsächlichen Bemühungen des betroffenen Arbeitnehmers um eine andere Stelle).

## **8. Kürzung der Ferien**

Ferien dürfen unter Umständen gekürzt werden (Art. 329b OR). Bei einer durch den Arbeitnehmer selbstverschuldeten Arbeitsverhinderung darf eine Ferienkürzung bereits ab dem ersten vollen Abwesenheitsmonat erfolgen. Eine verschuldete Arbeitsverhinderung liegt z.B. vor, wenn ein Arbeitnehmer alkoholisiert einen Unfall verursacht und in der Folge arbeitsunfähig ist. Ist die Arbeitsverhinderung unverschuldet (z.B. Krankheit), darf eine entsprechende Ferienkürzung erst ab dem zweiten vollen Monat der Arbeitsverhinderung erfolgen (so genannte Schonfrist von einem Monat; bei Schwangeren beträgt diese Schonfrist 2 Monate).

Ist ein Arbeitnehmer nur teilweise an der Arbeit verhindert, z.B. 50%, verlängert sich die Schonfrist entsprechend. Die Kürzung um einen Zwölftel tritt bei 50%iger Krankheit erst nach 4 Monaten ein. Erst dann ist ein ganzer zweiter Monat an Arbeitsleistung ausgefallen<sup>11</sup>.

## **9. Abgeltungsverbot**

Die Ferien müssen grundsätzlich real bezogen werden. Werden die Ferien durch eine Geldzahlung abgegolten, ist die diesbezügliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nichtig mit der Konsequenz, dass die Ferien am Ende des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber noch einmal zu bezahlen sind. Von diesem strikten Verbot existieren aber gewisse Ausnahmen, etwa dann, wenn die Ferien während der Kündigungsfrist oder während der Freistellungsdauer nicht mehr bezogen werden können (oben Ziff. 7). Die Ferien sind in diesem Fall auszubezahlen.

---

<sup>11</sup> Adrian von Kaenel, a.a.O., Art. 329b N 6.

## **10. „Ferienlohn inbegriffen“**

Grundsätzlich läuft der ordentliche Lohn während der Ferien einfach weiter. Wer im August in die Ferien geht, erhält Ende August seinen ganz normalen Lohn. Es ist daher nicht zulässig, den Lohn für die Ferienzeit in die regulären Lohnzahlungen einzurechnen („Ferienlohn inbegriffen“). Eine Ausnahme lassen die Gerichte bei unregelmässigen Arbeitsverhältnissen zu. Allerdings sind zwei Formalien strikte zu beachten: Der auf die Ferien entfallende Lohnzuschlag muss sowohl im Arbeitsvertrag als auch in jeder einzelnen Lohnabrechnung gesondert ausgewiesen werden (z.B. 8.33% bei vier Wochen Ferien), wobei Formulierungen wie «Ferien inbegriffen» nicht genügen. Andernfalls läuft der Arbeitgeber Gefahr, die Ferien noch einmal nachzuzahlen, sollte der Arbeitnehmer derartige Forderungen stellen.

## **11. Ferienlohn**

Art. 329d OR gesteht den Arbeitnehmern für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn und eine angemessene Entschädigung für ausfallenden Naturlohn zu und darf nicht zuungunsten der Arbeitnehmer abgeändert werden. Hinsichtlich des Salärs sind Arbeitnehmer während der Ferien gleich zu behandeln, wie wenn sie arbeiten. Sofern Zulagen für effektiv geleistete Nacht- oder Sonntagsarbeit ausbezahlt werden, sind diese auch in die Ferienlohnberechnung einzubeziehen, sofern sie regelmässigen und dauernden Charakter haben.

Grundsätzlich soll der Arbeitnehmer wirtschaftlich so gestellt werden, wie wenn er gearbeitet hätte. Bei unregelmässigen Einkommen können sich diesbezüglich Schwierigkeiten ergeben. In solchen Fällen wird zur Berechnung des Ferienlohns auf das durchschnittliche Einkommen während einer bestimmten Referenzperiode abgestellt, in der Regel auf das Dienstjahr vor dem Ferienbezug.

## **VII. Arbeitsverträge mit besonderer Arbeitszeit**

In der Praxis werden immer mehr Arbeitszeitmodelle eingeführt, die nicht mehr auf einer festen und regelmässigen Arbeitszeit basieren, sondern eine flexible Verteilung oder sogar einen variablen Umfang der Arbeitszeit ermöglichen. Die wichtigsten werden nachfolgend dargestellt.

### **1. Teilzeit**

Regelmässige Teilzeitarbeit oder eigentliche Teilzeitarbeit liegt vor, wenn z.B. ein Arbeitsumfang von 70% der vollen wöchentlichen Arbeitszeit oder zwei Tage pro Woche vereinbart worden sind. Von unregelmässiger oder uneigentlicher

Teilzeitarbeit spricht man, wenn der Einsatz sehr unregelmässig erfolgt, also wenn z.B. ein Arbeitnehmer in einer bestimmten Woche 10 Stunden, in der folgenden Woche 16 Stunden und in der übernächsten Woche gar nicht arbeitet. Von der Teilzeit zu unterscheiden ist die Aushilfs- oder Gelegenheitsarbeit. Diese besteht nicht wie die Teilzeit auf einem *fortdauernden* Arbeitsverhältnis, sondern in einer Folge von *einzelnen*, in sich abgeschlossenen Arbeitsverhältnissen. Eine Art von Teilzeit stellt die Arbeit auf Abruf dar, die aufgrund ihrer Besonderheiten separat dargestellt wird (hinten Ziff. 2).

## **a) Rechtsgrundlage**

Das Arbeitsvertragsrecht regelt die Teilzeit nicht explizit. Dies hat zur Folge, dass Teilzeitarbeitsverhältnisse grundsätzlich den gleichen Bestimmungen wie Vollzeitarbeitsverhältnisse unterliegen. Weil die Art. 319 ff. OR aber auf Vollzeitarbeitsverhältnisse zugeschnitten sind, können sich bei ihrer Anwendung auf Teilzeitverhältnisse gelegentlich gewisse Schwierigkeiten ergeben, die nachfolgend behandelt werden.

## **b) Mehrfachbeschäftigung**

Mehrere Arbeitsverhältnisse mit verschiedenen Arbeitgebern sind grundsätzlich zulässig, soweit kein Verstoß gegen Art. 321a Abs. 3 OR vorliegt. Ist ein Teilzeitarbeiter für verschiedene Arbeitgeber mit verschiedenen Pensen tätig, besteht die Gefahr, dass seine Leistungsfähigkeit beeinträchtigt wird und er nicht mehr vollen Arbeitseinsatz leisten kann.

Umstritten ist, ob ein Teilzeitarbeiter einer konkurrenzierenden Tätigkeit nachgehen darf oder nicht. M.E. bestehen hier keine Gründe, von der auch für Vollzeitbeschäftigte geltenden Regelung des Konkurrenzverbots während der Dauer des Arbeitsverhältnisses abzuweichen. Portmann/Stöckli vertreten eine andere Auffassung: Wenn der Arbeitgeber nach den Umständen nicht davon ausgehen darf, dass der Arbeitnehmer für ihn tätig sein wird, kann regelmässig eine stillschweigende Wegbedingung des Konkurrenzverbots angenommen werden<sup>12</sup>.

## **c) Überstunden**

Nach Art. 321c OR ist auch ein Teilzeitangestellter verpflichtet, Überstunden zu leisten, sofern er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden können. Überstunden liegen dann vor, wenn über die vertraglich

---

<sup>12</sup> Portmann/Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf, N 839.

vereinbarte Arbeitszeit oder über die betriebsübliche Normalarbeitszeit hinaus Mehrarbeit geleistet wird. Eine Arbeitnehmerin, die in einem Teilzeitpensum von 10 Stunden pro Woche angestellt ist, aber 14 Stunden arbeitet, leistet also vier Überstunden. Sofern diese Überstunden nicht durch Freizeit ausgeglichen werden und nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist, müssen diese Überstunden mit einem Zuschlag von 25% ausbezahlt werden (Art. 321c Abs. 3 OR).

#### **d) Lohnfortzahlung**

Wenn das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen ist, hat der Teilzeitbeschäftigte, der unverschuldet aus persönlichen Gründen an der Arbeit verhindert ist (z.B. Krankheit), einen Anspruch auf beschränkte Lohnfortzahlung (Art. 324a Abs. 1 OR), und zwar unabhängig davon, ob er im Stunden- oder im Monatslohn angestellt ist.

Wenn keine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen worden ist, bestimmt sich die Dauer der Lohnfortzahlung nach der anwendbaren Zürcher, Berner oder Basler Skala. Gemäss Zürcher Skala beträgt die Lohnfortzahlung im ersten Dienstjahr 3 Wochen, im zweiten Dienstjahr 8 Wochen etc. Bei einer Teilzeitarbeit mit schwankendem Einkommen stellt sich die Frage, welcher Lohn zur Berechnung der Lohnfortzahlung zugrunde zu legen ist. Abzustellen ist auf den vorher erzielten Durchschnittslohn während einer gewissen Zeit, wobei dieser Zeitrahmen in Anbetracht möglicher saisonaler oder sonstiger Schwankungen wenn möglich grosszügig bemessen sein sollte (z.B. der Durchschnittslohn der letzten zwölf Monate).

#### **e) Freizeit und Feiertage**

Fällt ein Feiertag auf einen Werktag, an dem der teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer üblicherweise nicht arbeitet, hat er keinen Anspruch auf die Gewährung entsprechender Freizeit. Er muss umgekehrt aber Feiertage, die in seine Arbeitszeit fallen, nicht nachholen (zur Lohnzahlung vgl. oben Ziff. V). Bei wechselnden Einsatzplänen ist hingegen eine Lohnzahlungspflicht im Verhältnis zum Beschäftigungsgrad anzunehmen.

Es stellt sich ferner die Frage, ob ein Teilzeitmitarbeiter auch Anspruch auf kurzfristige Arbeitsbefreiung zur Erledigung einer persönlichen Angelegenheit im Sinne von Art. 329 Abs. 3 OR hat (z.B. Arztbesuch). Die Beantwortung dieser Frage



hängt davon ab, ob ihm die Verrichtung während der arbeitsfreien Zeit zumutbar ist, was in der Regel der Fall sein dürfte.

#### **f) Ferien**

Bezüglich Ferien ist zu differenzieren zwischen dem Ferienanspruch und dem Ferienlohn. Die Ferienansprüche richten sich auch für Teilzeitbeschäftigte nach Art. 329a OR. *Wichtig:* Die Feriendauer reduziert sich *nicht* proportional zur Arbeitszeitverkürzung. Wer nur 4 Stunden pro Woche arbeitet, hat trotzdem Anspruch auf mindestens vier Wochen Ferien pro Dienstjahr. Der Ferienlohn nach Art. 329d Abs. 1 OR bemisst sich danach, was der Arbeitnehmer verdient hätte, wenn er während der Ferienzeit gearbeitet hätte (vgl. dazu Ziff. VI.11).

#### **g) Arbeits- und Ruhezeit**

Teilzeitbeschäftigte gehen oftmals mehreren Tätigkeiten nach. Es muss beachtet werden, dass die kumulierte Arbeitszeit die vom Arbeitsgesetz vorgeschriebene Höchstarbeitszeit nicht überschreitet. Diese beträgt je nach Art der Arbeit 45 bzw. 50 Stunden pro Woche. Eine Verletzung der Höchstarbeitszeit liegt z.B. vor, wenn der Arbeitnehmer für zwei Unternehmen je 26 Stunden pro Woche tätig ist. Die Vorschriften zu den Pausen (Art. 15 ArG) und täglicher Ruhezeit (Art. 15a ArG) sind auch dann einzuhalten, wenn der Arbeitnehmer am gleichen Tag für mehrere Arbeitgeber tätig ist. Allerdings kann der Arbeitgeber selbstverständlich nur dann für die Einhaltung der Höchstarbeitszeiten sorgen, wenn er von der Mehrfachbeschäftigung seines Arbeitnehmers weiss.

## **2. Arbeit auf Abruf**

Arbeit auf Abruf liegt vor, wenn der Arbeitseinsatz des Arbeitnehmers auf Veranlassung des Arbeitgebers hin erfolgt. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Arbeit auf Abruf mit Befolgungspflicht und Arbeit auf Abruf ohne Befolgungspflicht.

#### **a) Arbeit auf Abruf mit Befolgungspflicht**

Bei dieser Art von Arbeit auf Abruf ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Abruf des Arbeitgebers Folge zu leisten. Die wichtigste derartige Arbeitsform ist die Arbeit mit kapazitätsorientierter variabler Arbeitszeit (KAPOVAZ). Der Arbeitgeber hat das vertraglich vereinbarte Recht, den Arbeitnehmer für konkrete Arbeitseinsätze einseitig abzurufen. Der Arbeitnehmer muss dem Einsatz Folge leisten. Daraus folgt, dass er sich ausserhalb des Betriebs für einen Einsatz zur Verfügung halten muss. Er leistet also Bereitschaftsdienst. Dieser Bereitschaftsdienst ist entschädigungspflichtig,

allerdings zu einem tieferen Ansatz als zum Lohn für den effektiven Arbeitseinsatz (BGE 124 III 251).

Mit den Abrufen kommen nicht etwa neue Arbeitsverträge zustande wie z.B. bei der Gelegenheitsarbeit, sondern es liegt ein fortdauerndes Arbeitsverhältnis vor, das indes aktive und latente Phasen aufweist. Allerdings ist es in der Praxis mangels unklarer vertraglicher Grundlagen oder aufgrund des tatsächlich gelebten Arbeitsverhältnisses oftmals schwierig, eine genaue Unterscheidung zu treffen; die Grenzen verlaufen fließend.

Für den Arbeitgeber kann sich die Arbeit auf Abruf als sehr attraktiv erweisen, weil er den Einsatz des Arbeitnehmers optimal an seine Kapazitäten und Bedürfnisse anpassen kann. Der Abruf des Arbeitnehmers nach dem Bedürfnis des Arbeitgebers führt aber zu Arbeitseinsätzen mit schwankendem Umfang und Lohn und damit auch zu einem Risiko für den Arbeitnehmer; er läuft Gefahr, keine existenzsicherndes Mindesteinkommen zu erzielen, wenn er während einer gewissen Zeit kaum zum Einsatz kommt und sich dennoch für den möglichen Einsatz bereit halten muss. Diesem Problem kann mit der vertraglichen Vereinbarung einer Mindesteinsatzdauer begegnet werden.

Der Arbeitnehmer muss immerhin eine abrupte und erhebliche Reduktion seines gewohnten Pensums nicht hinnehmen (BGE 125 III 65). So befand das Bundesgericht, dass eine derartige Reduktion im Ergebnis einer Umgehung der Kündigungsfrist gleichkomme, weshalb entsprechende Lohnforderungen des Arbeitnehmers, die im Ausmass dem Lohn während der Kündigungsfrist entsprachen, anerkannt wurden.

Kapazitätsorientierte variable Arbeitsezeit ist eine Form der Teilzeitarbeit, weshalb grundsätzlich die gleichen Regeln zur Anwendung gelangen (vgl. oben Ziff. 1).

## **b) Arbeit auf Abruf ohne Befolgungspflicht**

Arbeit auf Abruf ohne Befolgungspflicht liegt vor, wenn einzelne Arbeitseinsätze auf Veranlassung des Arbeitgebers erfolgen, der Arbeitnehmer aber nicht verpflichtet ist, dem Abruf des Arbeitgebers Folge zu leisten. Der Abruf des Arbeitgebers ist nichts anderes als die Offerte zum Vertragsabschluss, die der Arbeitnehmer annehmen kann oder nicht. Nimmt er sie an, kommt mit jedem Arbeitseinsatz ein neuer Arbeitsvertrag zustande. Die Bedingungen dieses Arbeitseinsatzes können indes in einem Rahmenvertrag geregelt werden.

### **3. Jahresarbeitszeit**

Jahresarbeitszeit kann durch Einzel- oder Gesamtarbeitsvertrag festgelegt werden. So kann z.B. eine gewisse Stundenzahl festgelegt werden, die im Jahr geleistet werden muss. Ein solches Modell ermöglicht es dem Arbeitgeber, die saisonalen Auftrags- und Produktionsschwankungen optimal auf den Arbeitseinsatz seiner Angestellten abzustimmen. Er kann innerhalb eines solchen Modells z.B. pro Saison die tägliche oder wöchentliche Höchstarbeitszeit zu bestimmen, wobei er selbstverständlich den Rahmen des Arbeitsgesetzes, soweit dieses auf ihn Anwendung findet, zu beachten hat. Er muss für die rechtzeitige Bekanntgabe und den notwendigen Ausgleich innerhalb des Jahres sorgen.

### **4. Gleitzeit**

Die Parteien können auch so genannte Gleitzeit vereinbaren. Der Arbeitnehmer ist berechtigt, in einem bestimmten Rahmen Arbeitszeit vor- oder nachzuholen. Sehr häufig kommt es vor, dass an gewisse Stunden pro Tag zwingend gearbeitet werden muss (Blockzeiten). Während der übrigen Zeit ist der Arbeitnehmer frei. Er muss sich aber so einrichten, dass er die für einen bestimmten Zeitabschnitt vorgeschriebene Arbeitszeit nicht über ein bestimmtes Mass hinaus über- oder unterschreitet. Bei der Berechnung des Ferienlohns nach Art. 329d Abs. 1 OR und des Lohnfortzahlungsanspruchs gemäss Art. 324a OR ist grundsätzlich die vereinbarte durchschnittliche Arbeitszeit zugrunde zu legen. Die Arbeitszeitkontrolle erfolgt üblicherweise mittels eines Zeiterfassungsgeräts (BGE 123 III 469).

Der Arbeitnehmer hat also eine gewisse Zeitautonomie. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unterliegt es deshalb auch seiner Verantwortung, dass Gleitzeitsaldi im gekündigten Arbeitsverhältnis während der ordentlichen Kündigungsfrist abgebaut werden können. Ist dies nicht mehr möglich, *verfallen sie entschädigungslos*. Anders verhält es sich nur dann, wenn die Kompensation wegen betrieblicher Bedürfnisse oder Weisungen des Arbeitgebers in der ausserhalb der Blockzeiten zur Verfügung stehenden Gleitzeit nicht mehr möglich ist. Dann wandeln sich ein positiver Gleitzeitsaldo in zuschlagspflichtige Überstunden (BGE 123 III 469). In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass dies auch vor einer Kündigung gelten muss, wenn ein Arbeitnehmer Gleitzeit kompensieren will, dies jedoch wegen betrieblicher Notwendigkeit nicht kann<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Adrian von Kaenel, a.a.O., Art. 321c N 4.

Was aber, wenn der umgekehrte Fall vorliegt, wenn der Arbeitnehmer also bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu wenig Arbeitsstunden geleistet hat und im Minus liegt? Das Bundesgericht hat entschieden, dass der Arbeitgeber für Minusstunden keinen Lohn schuldet, sofern der Arbeitnehmer weniger Stunden geleistet hat, als gemäss der vertraglichen Vereinbarung hätten geleistet werden müssen, und diese Nichtleistung weder auf einen Annahmeverzug des Arbeitgebers im Sinne von Art. 324 OR zurückzuführen ist noch eine Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a oder 324b OR bestand (BGE 4A\_291/2008 E. 3.3.).

Es stellt sich die Frage, ob das in der Praxis immer wieder anzutreffende System, bei dem Ende Jahr der eine bestimmte Grenze überschreitende Gleitzeitüberhang abgeschnitten wird, zulässig ist. Die herrschende Lehre bejaht dies. Der Arbeitnehmer muss deshalb seinen Gleitzeiteinsatz über das Jahr so einrichten, dass er Ende Jahr innerhalb der zulässigen Bandbreite bleibt. Andernfalls gehen ihm Stunden verloren oder er hat im umgekehrten Fall einen Lohnabzug zu gewärtigen.

Oftmals können sich schwierige Abgrenzungsfragen stellen, ob Überstunden oder Gleitzeit vorliegen. Als Abgrenzungskriterium dient die *Zeitsouveränität*. Liegt diese beim Arbeitnehmer, liegt Gleitzeit vor. Überstunden werden dagegen aufgrund betrieblicher Notwendigkeit oder Anordnung geleistet. Wiederum anders verhält es sich dann, wenn ausserordentliche Stunden weder auf freie Initiative des Arbeitnehmers noch auf Anordnung des Arbeitgebers, sondern aufgrund einer Vereinbarung geleistet werden, etwa wenn die Zeit zwischen Weihnachten und Neujahr vorgeholt wird. Es liegt eine Verlagerung der Arbeitszeit vor, für die kein Zuschlag geschuldet ist.

## **VIII. Anhänge**

### **Anhang 1**

Arbeit auf Abruf, Entschädigung des Bereitschaftsdienstes/BGE 124 III 251

### **Anhang 2**

Arbeit auf Abruf, Lohnanspruch bei plötzlicher, abrupter Reduktion des Arbeitspensums/BGE 125 III 65

### **Anhang 3**

Wandlung des Gleitzeitsaldos in zuschlagspflichtige Überstunden/BGE 123 III 469

### **Anhang 4**

Kein Lohn bei Minusstunden, Urteil des Bundesgerichts vom 2. Dezember 2008,  
4A\_291/2008

## **IX. Redaktionelles**

Der Einfachheit halber und zwecks besserer Lesbarkeit wurden lediglich die männlichen Formen verwendet. Die weiblichen Formen sind dabei selbstverständlich mitgemeint.

Zürich, 26. März 2009