

Anmerkung zu BGE 4C.255/2006

von Martin Farner

Die Abrechnung von Ansprüchen im Bereich der Gastronomie ist eine Sache für Spezialisten. Das hängt vor allem damit zusammen, dass die unregelmässige Arbeitsweise in diesem Wirtschaftszweig Verfahrensweisen notwendig macht, die anderswo nicht üblich sind¹.

Insbesondere ist es im Gastgewerbe wichtig, über die Einhaltung der 5-Tage-Woche Buch zu führen, da sich Arbeitstage und Ruhetage nicht durch kalendarische Gegebenheiten unterscheiden lassen. Folglich berechnet man den Ruhetageanspruch in einem Intervall von n Kalendertagen so: $n/7*2^2$.

Arbeitet ein Arbeitnehmer mehr als die vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit³, so generiert er Überstunden. Diese Überstunden können dadurch entstehen, dass die Arbeitszeiten an einzelnen Tagen sehr lang sind, ohne dass durch die Überstunden mehr Arbeitstage beansprucht werden. Arbeitet ein Arbeitnehmer in der Gastronomie während 5 Tagen zehn Stunden, so ergeben sich 8 Überstunden. Macht er danach zwei Tage frei, bezieht er sein Ruhetageguthaben. Die Überstunden beeinträchtigen hier den Bezug von Ruhetagen nicht.

Anders dagegen, wenn der Arbeitnehmer an 6 Tagen 8,24 Stunden arbeitet. Hier entstehen ebenfalls Überstunden (8,24 Stunden), aber es wird zusätzlich ein Ruhetag beansprucht. Der Mitarbeiter erwirbt so zum Überstundenguthaben den Ruhetageanspruch hinzu. Diese Duplizität von Ansprüchen ist für den Aussenstehenden etwas Merkwürdiges, gehört aber zum System der Buchführung über die Ruhetage⁴. Dasselbe gilt für den Abbau von Überstunden durch zusätzliche Freizeit: Es werden Überstunden und zusätzlich Ruhetageansprüche abgebaut.

Betrachten wir nun ein Intervall von zwei Wochen. In der ersten Woche arbeitet der Mitarbeiter fünf Tage zu 10 Stunden, somit 50 Stunden pro Woche und produziert 8 Überstunden. In der Folgewoche arbeitet er nur 4 Tage und kommt auf 34 Stunden. Somit hat er in diesen zwei Wochen per Saldo keine Überstunden ($50 + 34 = 84$), aber er hat einen Ruhetag zu viel bezogen. Dieser Mehrbezug war nötig, um den Überstundenanspruch zu eliminieren. Müsste man dieses Arbeitsverhältnis abrechnen, so sieht man sofort, dass es unangemessen ist, den Mehrbezug an Ruhetagen dem Mitarbeiter zu belasten, weil ohne ihn Überstunden resultieren würden. Ein Mitarbeiter, der in einem gegebenen Intervall die Arbeitszeit leistet, die diesem Intervall zugeordnet ist, erfüllt seine Pflichten vollumfänglich und braucht sich keine Abzüge gefallen zu lassen.

Genau so verhielt es sich im vorliegenden Fall. Der Mitarbeiter generierte nach den Feststellungen der zweiten kantonalen Instanz 573 Überstunden. Er arbeite also mehr, als dem Intervall als Normalarbeitszeit zugeordnet worden war. Hätte er auch an den ihm nun abgezogenen 18,71 Ruhetagen noch gearbeitet, hätte sich sein Überstundenguthaben entsprechend erhöht. Daher lehnte die erste Instanz den Abzug von Ruhetagen mit der Begründung ab, die zuviel bezogenen Ruhetage verminderten bereits das Überstundenguthaben, da insoweit einer Sollzeit keine

¹ Vgl. dazu meinen Aufsatz Ruhetage, Feiertage und Überstunden im Gastgewerbe, publiziert in www.farnerlaw.ch.

² Details in meinem soeben zitierten Aufsatz.

³ Art. 15 L-GAV

⁴ Bei Maurern oder Gipsern ist das anders: In diesen Berufen ist klar, dass Montag bis Freitag Arbeitstage sind und Samstag und Sonntag Ruhetage. Arbeitet der Maurer am Samstag, erwirbt er einen Überstundenanspruch, aber keinen weiteren Ruhetageanspruch, weil darüber gar nicht Buch geführt werden muss, da sich die Ruhetage aus dem Kalender ergeben.

Istzeit gegenüberstehe⁵. Die erste Instanz stellte darauf ab, dass der Arbeitnehmer mehr als die volle Arbeitszeit des massgebenden Intervalls geleistet hatte.

Von diesen Einsichten ist zwei Instanzen weiter oben wenig übrig geblieben. Zunächst fällt auf, dass das Bundesgericht wie auch das Obergericht Ferientage und Ruhetage 1:1 verrechnet. Das ist falsch. Der Gesamtarbeitsvertrag für das Gastgewerbe schreibt vor, dass der Ferienanspruch nach Kalendertagen zu berechnen ist⁶. Auch das ist anders als in anderen Branchen mit regelmässiger Verteilung von Arbeits- und Ruhetagen, bei welchen er Ferienanspruch mit Arbeitstagen berechnet wird. Das ist ebenfalls eine Folge der unregelmässigen Verteilung von Arbeits- und Ruhetagen.

Wenn man sich fragt, was ein Ruhetag wert ist, kann man nicht der Kalendertageoptik der Ferientage folgen, denn der Ruhetag ist der Gegensatz des Arbeitstags. Wenn ein Arbeitnehmer 7 Tage beschäftigt ist, muss er dafür 5 Tage arbeiten und erwirbt sich damit 2 Ruhetage. Im Monatslohn bedeutet das mindestens 8 arbeitsfreie Tage pro Monat. Mit 22 Arbeitstagen erwirbt man sich daher 8 Ruhetage⁷. Folglich ist der Ruhetageanspruch für einen Ruhetag im Verhältnis zu den Arbeitstagen zu bestimmen und beträgt im Minimum 1/22. Dasselbe gilt für den Feiertageanspruch⁸.

Man kann Ferientage also nicht 1:1 mit Ruhetagen verrechnen. Der Arbeitnehmer ist, abgesehen davon, dass ein Ruhetage minus dann nicht zu berücksichtigen ist, wenn die Arbeitszeit des Intervalls eingehalten ist, gut gefahren, weil bei richtiger Gewichtung der Ruhetage diese wohl die Ferientage völlig kompensiert hätten⁹.

Richtig ist auch, dass man – wenn überhaupt – zuerst die Ruhetage mit den Feiertagen hätte verrechnen müssen. Denn der Mitarbeiter hatte an vielen Feiertagen gearbeitet und der Feiertageanspruch hinkt hinter den aktuellen Feiertagen hinterher¹⁰.

Der Überschuss an Ruhetagen hat auch gar nichts mit Annahmeverzug zu tun¹¹, sondern ist die direkte Folge davon, dass mehr Ruhetage, als der Ruhetageanspruch beträgt, zur wenigstens teilweisen Kompensation von Überstunden benötigt werden.

Ruhetage sind auch keine Ferientage. Der Ferienanspruch wird aus der Dauer des Arbeitsverhältnisses in Kalendertagen ermittelt. Der Ferienbezug geht dem Ruhetagebezug vor, indem der Ferienbezug jeweils zu definieren, anzuordnen ist, während der Ruhetagebezug eine Auffangkategorie ist.

Alles in allem also eine bedauerliche Entscheidung, die Fachwissen, das leicht abrufbar gewesen wäre, vermissen lässt.

⁵ Das Arbeitsgericht berechnete die Ansprüche mit dem Programm Gastroplan, welches sämtliche Tage, die nicht Arbeitstage oder bezahlte Abwesenheiten sind, als Ruhetage betrachtet. Dieser Ruhetagebezug wird mit dem Ruhetageanspruch verglichen.

⁶ Art. 17 Abs. 5 L-GAV.

⁷ Je nach Länge des Monats kann das Verhältnis etwas variieren 22:8 ist der für den Arbeitnehmer ungünstigste Fall.

⁸ Vgl. meinen Aufsatz Ruhetage, Feiertage... Fussnote 1.

⁹ 1/30 zu 1/22.

¹⁰ Vgl. meinen Aufsatz Ruhetage, Feiertage...Fussnote 1.

¹¹ Vgl. Erw. 3.1.