

Ruhetage, Feiertage und Überstunden im Gastgewerbe

Von Martin Farner

1 Arbeitstage und Ruhetage

Normalerweise werden Arbeitstage von Ruhetagen durch kalendarische Gegebenheiten unterschieden. In vielen Arbeitsverhältnissen sind Samstag und Sonntag Ruhetage und die übrigen Wochentage Arbeitstage. Man bestimmt daher die Ruhetage eines Monats aufgrund des Kalenders. Daher rechnet man hier meist mit Arbeitstagen, denn diese sind bekannt.

Im Gastgewerbe ist das anders. Hier sind potentiell alle Tage Arbeitstage, Ruhetage sind unregelmässig verteilt. Der Kalender ist daher keine Hilfe bei der Bestimmung der Ruhetage. Dennoch gilt im Gastgewerbe die Fünftagewoche¹. Das bedeutet, dass grundsätzlich auf fünf Arbeitstage zwei Ruhetage folgen sollten.

Betrachten wir ein Arbeitsverhältnis, das 7 Kalendertage dauert. Arbeitet der Mitarbeiter während 5 Tagen 8,4 Stunden, so erfüllt er genau das Wochensoll von 42 Stunden und hat Anspruch auf zwei Ruhetage. Bezieht er diese, ist alles in Ordnung. Arbeitet er dagegen während 6 Tagen 8,4 Stunden, so ergeben sich einerseits 8,4 Überstunden **und**, da er nur noch einen Ruhetag beziehen kann, ein Ruhetageguthaben von einem Ruhetag. Überstunden und Ruhetageanspruch erhöhen sich also in solchen Fällen im Gleichschritt, sofern sich die Überstunden aus Mehrarbeit an weiteren Tagen ergeben. Es ist anders, wenn nicht die Arbeitstage erhöht werden, sondern nur die Arbeitsstunden an Arbeitstagen.

Das ist bei regelmässigen Arbeitsverhältnissen anders. Hier führt die Arbeit am Samstag (einem Ruhetag) zwar zu Überstunden, aber nicht zu einem Ruhetageguthaben, weil über Ruhetage aufgrund ihrer kalendarischen Klarheit gar nicht Buch geführt werden muss. Es wird in solchen Fällen eine reine Überstundenbuchhaltung geführt, nicht auch eine Ruhetagebuchhaltung.

Da im Gastgewerbe jeder Tag potentiell ein Arbeitstag ist, muss über den Ruhetageanspruch ebenso Buch geführt werden wie über die Gewährung von Ruhetagen. Da man keine kalendarischen Anhaltspunkte für Ruhetage hat, kann man diese nur so bestimmen, dass man in einem Intervall von n Kalendertagen den Ruhetageanspruch als $n/7 \cdot 2$ definiert.

2 Bezahlte Abwesenheiten und Ruhetage

Bei regelmässigen Arbeitsverhältnissen werden Arbeitstage entschädigt. Ist ein Mitarbeiter vom Freitag Vormittag bis Montag Abend krank, werden ihm in der klassischen² 5-Tageweche zwei Arbeitstage entschädigt, die gleichen, die ihm auch bei Arbeit entschädigt werden. Krankheit am Wochenende ist das Risiko des Mitarbeiters.

Im Gastgewerbe kann man Arbeitstage von arbeitsfreien Tagen nicht kalendarisch unterscheiden. Daher rechnet man sämtliche bezahlten Abwesenheiten in der Wäh-

¹ Art. 16 L-GAV

² Samstag und Sonntag frei.

rung der Kalendertage ab. Wer vom Freitag Vormittag bis Montag Abend krank ist, bekommt daher 4 Kalendertage entschädigt, d.h. den Monatslohn geteilt durch dreisigmal die Kalendertage mal den Faktor für Krankheitstage (was durchaus mehr ausmachen kann als die zwei bezahlten Arbeitstage in der klassischen 5-Tage-woche³). Allerdings bezahlt man damit nicht nur Arbeitstage, sondern auch Ruhetage, weil Kalendertage entschädigt werden. Das bedeutet, dass bezahlte Abwesenheiten keine Ruhetage generieren. Ist ein Mitarbeiter eine Woche lang krank, so gilt der Krankenlohn auch das Ruhetageguthaben für diese Woche ab. Für die Berechnung des Ruhetageguthabens einer Periode von n Kalendertagen bedeutet das, dass bei bezahlten Abwesenheiten in dieser Periode sich das Ruhetageguthaben wie folgt berechnet:

$$(n - a)/7 \cdot 2,$$

wobei a die bezahlte Abwesenheit in Kalendertagen darstellt.

3 Ruhetage und Überstunden

Wir haben oben gesehen, dass die Arbeit am 6. Tag sowohl Überstunden generiert als auch ein Ruhetageguthaben, sofern an den 5 Tagen davor genau die Sollzeit gearbeitet wurde. Arbeitet ein Mitarbeiter an 6 Tagen 8,4 Stunden, so hat er einen Überstundensaldo von 8,4 Stunden und ein Ruhetageguthaben von einem Tag. Arbeitet er in der Folgewoche nur 4 Tage zu 8,4 Stunden, so kompensiert er die 8,4 Überstunden der Vorwoche **und** seinen Ruhetageanspruch.

Nun ergeben sich aber Überstunden nicht nur daraus, dass der Mitarbeiter an mehr Tagen arbeitet, sondern auch daraus, dass er an einzelnen Tagen sehr lange arbeitet. Nehmen wir an, der Mitarbeiter arbeitet an 5 Tagen in der Woche je 10,08 Stunden. Er generiert so ebenfalls 8,4 Überstunden, lässt aber sein Ruhetageguthaben unangetastet. Wenn er in der Folgewoche einen Tag zusätzlich frei macht (also 4 Tage zu 8,4 Stunden arbeitet), so bringt er seinen Überstundensaldo auf null, sein Ruhetageguthaben beträgt aber -1 Tag, da er nun in zwei Wochen 5 statt 4 Ruhetage bezogen hat. Überstunden und Ruhetage können sich also parallel entwickeln, müssen es aber keineswegs. Das bedeutet auch, dass eine Verrechnung von Überstunden und negativen Ruhetagesaldi durchaus falsch sein kann, wie in diesem Beispiel, wo der negative Ruhetagesaldo eine Folge der Überstundenkompensation ist. Allgemein lässt sich sagen, dass Überstunden und zuviel bezogene Ruhetage sich kaum je verrechnen lassen.

4 Ruhetage und Feiertage

Feiertage komplizieren dieses System zusätzlich. Der Kanton Zürich kennt 9 gesetzliche Feiertage (Neujahr, Karfreitag, Ostermontag, Auffahrt, 1. Mai, Pfingstmontag, 1. August, 25. und 26. Dezember). Der L-GAV entschädigt dagegen nur 6 Feiertage pro Jahr⁴. Das bedeutet: Hat der Betrieb an Feiertagen ohnehin geschlossen und kann der Mitarbeiter diese beziehen, so gibt es in der Regel keine zusätzliche Feiertagsentschädigung, aber auch keine Rückzahlung von (gegenüber dem L-GAV) zu viel bezogenen Feiertagen, weil Art. 18 L-GAV nur die nachträgliche Bezahlung von Feiertagen regelt, nicht deren Gewährung in natura und weil in solchen Fällen auch keine Arbeit an Feiertagen angeboten wird, somit Annahmeverzug gegeben ist. Arbeitet der Mit-

³ Vgl. zu Fragen der Kalender- und Arbeitstageberechnung meinen Aufsatz Lohnberechnung in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2004

⁴ Art. 18 L-GAV

arbeiter dagegen an allen Feiertagen während seines Arbeitsverhältnisses, so hat er nicht alle Feiertage zugut, an denen er gearbeitet hat, sondern nur 6 pro Jahr.

Arbeitet der Mitarbeiter an einem Feiertag nicht, so bezieht er ihn in natura. Er muss dafür keinen Ferientag einsetzen, da der Feiertag als solcher schon arbeitsfrei ist. Daher hat der Feiertagebezug vor dem Ferienbezug Vorrang. Ein arbeitsfreier Feiertag ist aber auch kein Ruhetagebezug, weil Ruhetage diejenigen arbeitsfreien Tage sind, welche in keine andere Kategorie fallen. Es handelt sich um eine Auffangkategorie. Die Feststellung des Kommentars zu Art. 18 L-GAV, wonach ein Feiertag, der auf einen regelmässigen Ruhetag fällt, nicht Feiertage- sondern Ruhetagebezug ist, kann allenfalls bei regelmässigen Arbeitsverhältnissen richtig sein, indem in Branchen mit kalendarisch bestimmbar Ruhezeiten auf Samstag fallende Feiertage nicht zusätzlich entschädigt werden. Liegt aber eine unregelmässige Abfolge von Arbeits- und Ruhetagen vor, so kann nicht gesagt werden, ein bestimmter arbeitsfreier Feiertag sei ohnehin ein Ruhetag.

Wir haben oben bereits gesehen, dass in Ermangelung kalendarischer Gegebenheiten die Berechnung des Ruhetageguthabens in einem Intervall von entscheidender Bedeutung ist. Die Formel dafür lautet:

$$(n - a) / 7 * 2,$$

wobei a für die Abwesenheiten in Kalendertagen steht.

Wie behandeln wir nun Wochen mit Feiertagen? Würden wir den Feiertag als bezahlte Abwesenheit behandeln, ergäbe sich folgender Ruhetageanspruch für Wochen mit einem Feiertag:

$$(7 - 1) / 7 * 2 = 1.714285714$$

Nun ist aber der Feiertag ein Tag, der **zusätzlich** frei ist. Der Ruhetageanspruch einer solchen Woche ist daher 2 Tage, obwohl dafür nur 4 statt 5 Tage gearbeitet werden muss. Folglich darf man den Ruhetageanspruch von Perioden mit Feiertagen nur so berechnen, dass man die Feiertage von den Kalendertagen nicht abzieht. In unserem Beispiel beträgt daher der Ruhetageanspruch 2. Für eine Woche mit Feiertag bedeutet das, dass das Arbeitstagesoll 4 Tage beträgt ($= 7 - 2 - 1$). Das führt dann zu einem Stundensoll von $4 * 8,4$ Stunden, so dass, wenn man nur diese Woche betrachten würde, die Arbeit am Feiertag bereits Überstunden darstellt. Dies ist keine Spezialität des Gastgewerbes, sondern wird in allen anderen Arbeitsverhältnissen gleich gehandhabt.

Nun gibt es Arbeitgeber, die eine Beeinflussung der Sollarbeitszeit durch Feiertage ablehnen. Wäre das richtig, so wäre damit der Feiertag überhaupt gestrichen, denn in diesem Fall müsste ein Mitarbeiter in einer Woche mit Feiertag ebenfalls 42 Sollstunden absolvieren, wie in Wochen ohne Feiertag. Richtigerweise hat aber eine Woche mit Feiertag ein tieferes Stundensoll als eine Woche ohne Feiertag. Bezieht der Mitarbeiter den Feiertag, so darf ihm daraus kein Minussaldo an Arbeitsstunden entstehen.

5 Die Berechnung von Überstunden

Überstunden sind der Überschuss der Iststunden über die Sollstunden. Bei kalendarisch regelmässigen Arbeitsverhältnissen berechnet man die Sollstunden eines Intervalls als Arbeitstage mal Sollstunden pro Tag. Im Gastgewerbe können wir, wie mehrfach gezeigt, Arbeits- von Ruhetagen nicht kalendarisch unterscheiden. Daher müssen wir zunächst das zu betrachtende Intervall in Kalendertagen zugrunde legen. Aus diesem, den darin enthaltenen Feiertagen und der Regel, dass pro Woche zwei

Ruhetage anfallen, können wir das Ruhetagesoll berechnen, wie im vorhergehenden Abschnitt gezeigt. Kalendertage minus Ruhetagesoll ergibt das Arbeitstagesoll des Intervalls. Eine ständige Quelle von Diskussionen ist der Kurzschluss, das Arbeitstagesoll lasse sich auch einfacher berechnen, nämlich mit $n/7 \cdot 5$ (wobei n die Länge des Intervalls in Kalendertagen ist). Richtig ist das aber nur für Intervalle ohne Feiertage. Daher rate ich von der Verwendung dieser „Abkürzung“ ab.

Die Sollzeit des Intervalls ergibt sich nun als Sollstunden pro Tag mal Sollarbeitstage. Dabei sind die Sollarbeitstage meistens keine ganzzahlige Grösse. Überstunden liegen dann vor, wenn im betrachteten Intervall die Iststunden die so berechneten Sollstunden übersteigen.

6 Verrechnung von Guthaben aus Überstunden, Ruhetagen und Feiertagen untereinander

6.1 Negatives Feiertageguthaben

Wie wir gesehen haben, hinkt der Feiertageanspruch hinter den tatsächlich bestehenden gesetzlichen Feiertagen hinterher. Wenn ein Restaurant z.B. an den gesetzlichen Feiertagen geschlossen hat, führt das zu einem Feiertagemehrbezug gegenüber Art. 18 L-GAV. Dass daraus kein Rückforderungsanspruch entsteht, ist unmittelbar einsichtig, denn wenn ein Arbeitgeber nur 6 Feiertage pro Jahr gewähren will, muss er an den übrigen Feiertagen Arbeit anbieten. Liegt ein solches Arbeitsangebot aber vor und ist es der Mitarbeiter, der einen zusätzlichen Feiertag beziehen möchte, kann eine Geltendmachung eines negativen Saldos ihm gegenüber in Frage kommen.

6.2 Negatives Ruhetageguthaben

Die Funktion des Ruhetageguthabens besteht darin, die 5-Tagewoche wenigstens im Durchschnitt eines Intervalls zu gewährleisten. Dass ein positives Ruhetageguthaben auszusahlen ist, ergibt sich aus Art. 16 Ziffer 5 L-GAV. Beim negativen Guthaben lässt sich zunächst sagen, dass eine Geltendmachung gegenüber dem Mitarbeiter dann ausgeschlossen ist, wenn die Sollzeit des Intervalls erreicht oder überschritten ist. Denn in diesem Fall hat der Mitarbeiter die ganze Sollzeit geleistet, die anfallen kann. Würde man von ihm zusätzliche Arbeitstage verlangen, ergäbe sich eine entsprechend höhere Arbeitszeit und daher mehr Überstunden. Ist dagegen auch die Sollzeit des Intervalls nicht erreicht worden, so liegt eine Minderleistung des Arbeitnehmers vor. Man muss sich in diesem Fall fragen, ob diese Minderleistung die Folge fehlender Arbeitszuteilung ist, d.h. auf Annahmeverzug des Arbeitgebers beruht, oder ob Freizeitwünsche des Mitarbeiters dafür verantwortlich sind. Nur im zweiten Fall kann eine Geltendmachung zu Lasten des Mitarbeiters in Frage kommen.

6.3 Negatives Ferienguthaben

Hier gelten die allgemeinen Regeln der Belastung solcher Ansprüche⁵. Sind die Voraussetzungen gegeben, kann ein Ferienrückforderungsanspruch gegenüber irgend welchen anderen Ansprüchen zur Verrechnung gebracht werden.

6.4 Minusstunden

Minusstunden bedeuten immer eine Minderleistung des Arbeitnehmers gegenüber den Sollstunden des Intervalls. Allerdings ist es in der Gastronomie kaum je so, dass der Mitarbeiter über Zeitsouveränität verfügt. Eine Serviceangestellte, ein Koch oder ein Concierge eines Hotels haben fixe Arbeitszeiten, weil sie Präsenzzeiten abdecken müssen. Das bedeutet, dass Minusstunden nicht der besonderen Arbeitszeitgestal-

⁵ Vgl. Streiff/von Kaenel N 9 zu Art. 329a OR.

tung der Arbeitnehmer zugeschrieben werden können, sondern dem Einsatzplan des Arbeitgebers. Eine Geltendmachung von Minusstunden dürfte daher nur bei besonderen Konstellationen in Frage kommen, nämlich nur dann, wenn der Mitarbeiter seine Arbeitszeit mitgestalten konnte, z.B. innerhalb eines Gleitzeitreglementes.

6.5 Zusammenfassung

Wenn man mehrere Guthaben miteinander verrechnen will, muss man zunächst jeden einzelnen Anspruch, der zur Verrechnung gebracht werden soll, ausreichend begründen können. Liegt eine genügende Begründung für den einzelnen Anspruch vor, so ist die Verrechnung mehrerer Ansprüche gegeneinander eine Sache der Arithmetik. Aufgrund der Eigenart der hier behandelten Ansprüche lässt sich nur sagen, dass die Gegenüberstellung von ausgewiesenen Überstunden einerseits und negativen Ruhetage- bzw. Feiertageansprüche kaum je möglich sein dürfte, da die Existenz von Überstunden zeigt, dass der Mitarbeiter die Sollzeit des betrachteten Intervalls überschritten hat.

7 Freistellungsperioden

Am Schluss eines Arbeitsverhältnisses kommt es häufig vor, dass die Mitarbeiterin freigestellt wird. Freistellung bedeutet Verzicht auf Arbeitsleistung bei vollem Lohnanspruch. Die Freistellungstage sind daher Ruhetage, wenn sie nicht zur Abgeltung von anderen arbeitsrechtlichen Ansprüchen wie Ferien oder Überstunden verwendet werden müssen. Das bedeutet, dass bei positivem Ruhetage- und Überstundenguthaben mit den Freistellungstagen beide gleichzeitig kompensiert werden. Ein Freistellungstag beeinflusst daher immer beide Ansprüche, Ruhetage und Überstunden.

Einige Arbeitgeber möchten in Freistellungsperioden zuerst Überstunden abbauen und erst dann Ferienansprüche in natura erfüllen. Das ist falsch. Da beim Ferienanspruch ein Abgeltungsverbot gilt, sie also nach Möglichkeit in natura gewährt werden müssen, sind zuerst Ferienansprüche in der Freistellungszeit zu erfüllen und erst danach die Überstunden.

27. März 2006