

Davide Cerutti / Alex Domeniconi

Überstunden im öffentlichen Personalrecht

Einige rechtliche Überlegungen zu den Merkmalen und zur Geltendmachung von Überstunden in einer öffentlich-rechtlichen Anstellung

Die Autoren analysieren, aufbauend auf dem Urteil des Bundesgerichts 8D_8/2019 vom 6. Februar 2020, die Thematik der Überstunden im öffentlichen Personalrecht, insbesondere im Hinblick auf die Frage der Verjährung und der Beweislast.

Beitragsart: Urteilsbesprechungen

Rechtsgebiete: Arbeitsrecht; Öffentliches Dienstrecht

Zitiervorschlag: Davide Cerutti / Alex Domeniconi, Überstunden im öffentlichen Personalrecht, in: Jusletter 26. Oktober 2020

Inhaltsübersicht

1. Definition und Merkmale von Überstunden
2. Die Eckpunkte des Bundesgerichtsurteils
3. Die Verjährung von Überstunden
 - 3.1. Verjährungsfrist
 - 3.1.1. Allgemeine Bemerkungen
 - 3.1.2. Analogie oder ergänzendes öffentliches Recht
 - 3.2. Verjährungseinrede
 - 3.3. Verjährungsunterbrechung
4. Die Beweislast von Überstunden
5. Fazit

1. Definition und Merkmale von Überstunden

[1] Das Urteil des Bundesgerichts 8D_8/2019 vom 6. Februar 2020 befasst sich mit der Thematik der Überstunden im öffentlichen Personalrecht. Eine einheitliche Definition dieses Begriffs wie im Privatrecht¹ existiert nicht, da er von der jeweils anwendbaren öffentlich-rechtlichen personalrechtlichen Regelung, die für das einzelne Arbeitsverhältnis gilt, abhängt.

[2] Im Allgemeinen können Überstunden jedoch auch im öffentlichen Personalrecht als diejenigen Arbeitsstunden definiert werden, die über die vereinbarte Arbeitszeit («Soll-Arbeitszeit») hinausgehen. Wie im privaten Arbeitsrecht besteht in der Regel auch im öffentlichen Personalrecht die Pflicht, notwendige Überstunden zu leisten, soweit dies dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben zumutbar ist.² Je nach massgebenden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen müssen die Überstunden angeordnet, genehmigt oder zumindest erkennbar sein. Meistens erfolgen Überstunden bei übermässigem Arbeitsanfall oder besonderer Dringlichkeit und haben als solche vorwiegend Ausnahmecharakter.

[3] Überstunden sind von der Überzeit, d.h. Arbeitszeit, welche die wöchentliche gesetzliche Höchstarbeitszeit gemäss Arbeitsgesetz (je nach Branche 45 bis 50 Stunden) überschreitet, abzugrenzen. Dabei ist zu bemerken, dass vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes verschiedene Ausnahmen vorgesehen sind, u.a. mit der Konsequenz, dass das Arbeitsgesetz in seinem Herzstück nur für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse gilt (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ArG). Nichtsdestotrotz hat das Arbeitsgesetz, gerade im Zusammenhang mit Überstunden, aufgrund der Vorschriften über den Gesundheitsschutz³ ebenfalls im öffentlichen Personalrecht eine eigene Relevanz. Das Arbeitsgesetz erlaubt nämlich auch im Rahmen von öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen bei offensichtlich missbräuchlichen Arbeitszeiten einzuschreiten und setzt dementsprechend auch Grenzen für die Möglichkeit, einen übermässigen Arbeitsanfall durch Überstunden aufzuholen.⁴

¹ Das Bundesgericht definiert die Überstunden im Privatrecht wie folgt (BGE 116 II 69 E. 4.a): «*Les heures supplémentaires représentent le temps de travail qui dépasse le temps de travail normalement convenu par le contrat ou la convention collective; elles sont exprimées par la différence positive entre l'un et l'autre*».

² MICHAEL MERKER/PHILIPP CONRADIN/RETO HÄGGI FURRER, in: Urs Bürgi/Gudrun Bürgi-Schneider (Hrsg.), Handbuch öffentliches Personalrecht, Zürich 2017, S. 449.

³ Art. 6, Art. 35 und Art. 36a ArG.

⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.251/2001 vom 14. Juni 2002 Erw. 5.3, wonach Arbeitspensen von gegen 100 Stunden pro Woche mit Sicherheit gegen die Gesundheitsschutzbestimmungen des Arbeitsgesetzes und seiner Verordnung verstossen.

2. Die Eckpunkte des Bundesgerichtsurteils

[4] Der Fall, welcher das Bundesgericht zu beurteilen hatte, betrifft den finanziellen Ausgleich von Überstunden, die von einem Gemeindesekretär (nachfolgend auch «Arbeitnehmer») während seiner mehrjährigen Anstellung bei einer Tessiner Gemeinde geleistet wurden.⁵

[5] Am 20. April 2012 hat der Gemeindesekretär dem Gemeinderat («Municipio») erstmals eine Abrechnung vorgelegt, laut welcher er insgesamt 702.80 Überstunden geleistet hatte. Dazu kamen noch 39.25 nicht genossene Ferientage. Die geleisteten Überstunden wurden durch den Arbeitnehmer im Computersystem der Gemeindekanzlei erfasst.

[6] Das Arbeitsverhältnis endete am 31. Mai 2012. Mit Schreiben vom 3. Februar 2013 forderte der Arbeitnehmer den Gemeinderat formell zur Bezahlung der Überstunden in Höhe von insgesamt CHF 58'791.76 auf. Mit Beschluss vom 22. März 2013 lehnte der Gemeinderat den Antrag ab, mit der Begründung, der Arbeitnehmer hätte die Anstellungsbehörde nicht rechtzeitig über die Überstunden informiert. Laut Gemeinderat hat die Verzögerung bei der Geltendmachung der Überstunden dazu geführt, dass die Überstunden nicht durch Urlaubsstunden ausgeglichen werden konnten.

[7] Der Arbeitnehmer focht den Gemeinderatsbeschluss danach vor dem Regierungsrat («Consiglio di Stato») des Kantons Tessin an, der ihm – nach einer ersten Rückweisung seitens des kantonalen Verwaltungsgerichts zwecks Sachverhaltsabklärung – ein Anrecht auf CHF 44'761.20 zubilligte. Dagegen betrachtete der Regierungsrat die Überstunden, welche der Arbeitnehmer vor dem 20. April 2007 geleistet hatte, als verjährt; dies mit der Begründung, dass sie nach mehr als 5 Jahren seit deren Leistung geltend gemacht wurden. Einige weitere Überstunden wurden als nicht ausreichend nachgewiesen angesehen, da sie nicht aus den Protokollen der Sitzungen, an denen der Arbeitnehmer teilgenommen hatte, abgeleitet werden konnten. Das kantonale Verwaltungsgericht hat die Beschwerde des Arbeitnehmers gegen den (zweiten) Regierungsratsbeschluss abgewiesen. Demzufolge reichte der Arbeitnehmer beim Bundesgericht eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde ein und verlangte die Reform des kantonalen Urteils und die Anerkennung von CHF 58'791 plus Zinsen.

[8] Das Bundesgericht hat seitens der Unterinstanzen keine Verletzung von verfassungsmässigen Rechten, insbesondere des Willkürverbots ersehen. Die Überstunden-Tabelle, welche vom Arbeitnehmer erstellt wurde, war im Computersystem der Gemeinde gespeichert und dem Bürgermeister zugänglich. Der Bürgermeister wusste sogar sowohl von der Existenz der Tabelle als auch von der Tatsache, dass der Arbeitnehmer Überstunden geleistet hat. Das tatsächliche Ausmass dieser Überstunden wurde dem Gemeinderat jedoch erst mit der am 20. April 2012 vorgelegten Abrechnung bekannt. Vor diesem Hintergrund konnte das kantonale Verwaltungsgericht zu Recht und ohne Willkür zum Schluss kommen, dass die Verjährungsfrist nicht vor dem 20. April 2012 unterbrochen wurde.

[9] Die kantonalen Richter waren der Meinung, dass die vom Arbeitnehmer erstellte Tabelle lediglich eine Parteiaussage sei, die ungeeignet ist, die tatsächlich geleisteten Überstunden zu beweisen.⁶ Bei fehlendem Beweis ist es grundsätzlich Sache der Partei, die daraus ein Recht ableiten

⁵ Urteil des Bundesgerichts 8D_8/2019 vom 6. Februar 2020; weitere Details zum Sachverhalt sind aus den Entscheidungen Nr. 52.2015.120 und 52.2018.190 des Verwaltungsgerichts des Kantons Tessin zu entnehmen.

⁶ Urteil des Bundesgerichts 8D_8/2019 vom 6. Februar 2020 Erw. 4.3; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Tessin Nr. 52.2018.190 Erw. 5.

will, die Folgen des fehlenden Beweises zu tragen.⁷ Gerade weil die Beweislast beim Arbeitnehmer lag, kann den Kantonsrichtern laut Bundesgericht nicht vorgeworfen werden, mit Willkür entschieden zu haben, weil sie die Beweiskraft der im Computer der Gemeindekanzlei aufgetragenen Tabelle nicht anerkannt haben.⁸ Dabei schützte das Bundesgericht die Auffassung der unteren Instanzen auch im Hinblick auf die Frage der Beweislast, indem es eine Verletzung des Willkürverbotes verneinte.

3. Die Verjährung von Überstunden

3.1. Verjährungsfrist

3.1.1. Allgemeine Bemerkungen

[10] In diesem Fall waren die kantonalen Richter, unter Berücksichtigung des massgebenden Arbeitsvertrages, der ausdrücklich das Obligationenrecht als ergänzendes Recht vorsah, der Ansicht, dass die Ansprüche des Arbeitnehmers gemäss Art. 128 Ziff. 3 und 341 Abs. 2 OR innerhalb von fünf Jahren verjährten.⁹ Das Privatrecht wurde somit als *ergänzendes kommunales Recht* angewendet.

[11] Das Bundesgericht spricht in seinem Urteil jedoch von einer *analogischen* Anwendung von privatrechtlichen Bestimmungen.¹⁰ Gemäss Lehre¹¹ und Praxis¹² ist bei Fehlen gesetzlicher Bestimmungen über Verjährungsfristen auf öffentlich-rechtliche Regelungen für verwandte Sachverhalte abzustellen; wo es keine solchen gibt, so kann das Gericht privatrechtliche Bestimmungen (insbesondere Art. 127 und 128 OR) *analog* anwenden oder selbst eine Regelung aufstellen.

[12] Näher betrachtet stellt sich somit die Frage, ob das Privatrecht als Ergänzung des öffentlichen Rechts oder auf dem Weg der Analogie zur Anwendung kommt. Denn trotz der Tatsache, dass das Bundesgericht Analogie und ergänzendes Recht im vorliegenden Entscheid als Synonyme zu betrachten scheint, sind diese zwei unterschiedliche Rechtskonzepte. Das Bundesgericht selbst hat nämlich in einer anderen Entscheidung Analogie und ergänzendes Recht klar unterschieden (entweder-oder).¹³

⁷ Urteil des Bundesgerichts 8D_8/2019 vom 6. Februar 2020 Erw. 4.3.

⁸ Urteil des Bundesgerichts 8D_8/2019 vom 6. Februar 2020 Erw. 4.3; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Tessin Nr. 52.2018.190 vom 26. September 2019 Erw. 5.

⁹ Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Tessin Nr. 52.2018.190 vom 26. September 2019, Erw. 4.1.

¹⁰ Urteil des Bundesgerichts 8D_8/2019 vom 6. Februar 2020 Erw. 3.1.

¹¹ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016, Rz. 777 mit Verweis auf BGE 140 II 384, 396; CAMILLE DUBOIS, «Distinction droit public – droit privé et application du second en droit administratif», in: J.-Ph. Dunand/P. Mahon (Hrsg.), «Le droit décloisonné», interférences et interdépendances entre droit privé et droit public, Genf/Zürich/Basel 2009, S. 275 f.

¹² Urteil des Bundesgerichts 8D_8/2019 vom 6. Februar 2020, Erw. 3.1. Siehe auch Urteil des Bundesgerichts 2C.1/1996 vom 5. Februar 1998, Erw. 4a: «Les rapports de service de toute personne qui reçoit de l'Etat de Vaud un traitement pour exercer une fonction étaient plutôt régis par le droit public; dès lors que le contrat d'engagement renvoyait aux dispositions du Code des obligations, ce droit s'appliquait non pas comme tel, mais par analogie, comme droit public cantonal supplétif».

¹³ Urteil des Bundesgerichts 1P.201/2004 vom 2. Juli 2004, Erw. 2.2.

3.1.2. Analogie oder ergänzendes öffentliches Recht

[13] Die *Analogie* ist eine *a pari* Überlegung, denn sie besteht darin, zwei oder mehr Situationen, welche in ihren Merkmalen ähnlich sind, zu vergleichen.¹⁴ Laut Bundesgericht zieht die Analogie «eine Parallele».¹⁵ Die Analogie besteht in der Anwendung der gesetzlichen Regelung auf einen Fall, der nicht ausdrücklich im normativen Anwendungsbereich enthalten ist, aber ausreichend *ähnlich* erscheint, um die Anwendung einer Norm zu rechtfertigen.¹⁶ Es gibt also keine Identität und die Analogie besteht darin, das Unbekannte dem Bekannten,¹⁷ also die zu behandelnde strittige Situation einer bekannten (und geregelten) Situation anzugleichen. Angleichen bedeutet, ähnlich oder analog zu machen. Es ist daher begriffsnotwendig eine Vergleichung vorzunehmen.¹⁸

[14] Im öffentlichen Recht wird die Verjährungsfrist im Gegensatz zum Privatrecht von Amtes wegen berücksichtigt, wenn der Staat der Gläubiger ist.¹⁹ Erhebliche Unterschiede zwischen den zwei Rechtsgebieten bestehen jedoch auch bei den Möglichkeiten der Unterbrechung der Verjährung. Von einem dogmatischen Standpunkt aus scheint es daher problematisch, im öffentlichen Recht Analogien zum Privatrecht zur Frage der Verjährung herzustellen.²⁰

[15] *Ergänzendes Recht* liegt vor, wenn z.B. das öffentliche Recht auf die Bestimmungen des Privatrechts verweist.²¹ Materiell ist der fragliche Sachverhalt somit geregelt, wenn auch in einer ursprünglich für andere Situationen konzipierten Rechtsnorm, was eine Analogie ausschliesst.²² Es handelt sich mit anderen Worten um eine Verweisungsregel, wie z.B. Art. 7 ZGB.²³ Darüber hinaus ist die Frage auch unter dem Gesichtspunkt der Art des schlussendlich auf den einzelnen

¹⁴ Die Analogie ist ein logischer Prozess, der auch Kritik erfahren hat: MICHEL FOUCAULT, *Les mots et les choses*, Paris 1966, S. 65 : «*La similitude n'est plus la forme du savoir mais plutôt l'occasion de l'erreur*».

¹⁵ BGE 145 III 506 Erw. 2.3 : «*Plusieurs auteurs tirent un parallèle entre l'institution de l'appel en cause et la demande reconventionnelle. Ils plaident pour une application par analogie de l'art. 94 CPC*».

¹⁶ BGE 95 II 355 Erw. 4.

¹⁷ BENOÎT FRYDMAN, «*Les formes de l'analogie*» in *Droit prospectif: revue de la recherche juridique* 1995–4, S. 1054.

¹⁸ BGE 113 II 121 Erw. 3b; BGE 142 III 329 Erw. 4; BGE 143 III 640 Erw. 4.2; BGE 145 III 281. So ist z.B. beim Untergang der Nutzniessung Art. 259 Abs. 2 OR sinngemäss anzuwenden und der Eigentümer, der nun die umfassende Verfügungsgewalt über den Mietgegenstand erwirbt, bleibt, wie ein Käufer, bis zum nächsten gesetzlichen Kündigungstermin an den Mietvertrag gebunden; unterlässt er die Kündigung, wird davon ausgegangen, dass er den Mietvertrag fortführe (BGE 113 II 121 Erw. 3.).

¹⁹ BGE 138 II 169 Erw. 3.2.

²⁰ Siehe auch DAVIDE CERUTTI, «*Le droit décloisonné et la norme décloisonnante: un pont sans rives? Croisière sur le sens et la nature du décloisonnement*» in: J.-Ph. Dunand/P. Mahon (Hrsg.), «*Le droit décloisonné*», *interférences et interdépendances entre droit privé et droit public*, Genève/Zürich/Bâle 2009, S. 16.

²¹ BGE 126 III 370 Erw. 5; Urteil des Bundesgerichts 4A_34/2014 vom 19. Mai 2014 Erw. 4.3.

²² Im Urteil 2C_604/2018 vom 19. Juli 2018, Erw. 4.1 hat das BGer entschieden, dass «*En l'absence de dispositions de droit cantonal en matière de restitution de l'indu et de transfert des obligations résultant d'un contrat de droit administratif, les conditions d'exercice de l'action en restitution de l'indu et les dispositions des art. 2, 12, 18, 164 CO constituent du droit cantonal supplétif (cf. ATF 102 II 55 consid. 2 p. 58 s'agissant de l'art. 2 CC)*» Das BGer hat daher die Analogie oder gar die Lücke – das Fehlen einer gesetzlichen Regelung – mit ergänzendem öffentlichem Recht gleichgesetzt. Die Lückenfüllung ist jedoch noch ein weiteres Rechtskonzept. Manchmal verweisen die allgemeinen und abstrakten Regeln des öffentlichen Rechts analog auf das Privatrecht, z.B. Art. 6 Abs. 2 BPG: «*Soweit dieses Gesetz und andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen, gelten für das Arbeitsverhältnis sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts*» Für DUBOIS, op. cit., S. 282, in diesem Fall füllt die Analogie zum Privatrecht keine Lücke, da sie sich aus einer gerichtlichen Anordnung ergibt. Über das BPG und das Verhältnis zwischen öffentlichem und privatem Recht, s. BBl 1999 S. 1609.

²³ Für manche Autoren schafft eine Verschiebungsregel eine Lücke *intra legem*.

Fall anwendbaren Rechts interessant. Verweist nämlich das kantonale Recht auf Bestimmungen des Bundesrechts, so ändert dies nichts an seinem Wesen als kantonales Recht.²⁴

[16] Die Verwirrung über die tatsächliche Bedeutung der Anwendung von Normen, die für andere Rechtsgebiete konzipiert wurden, scheint eigentlich noch grösser, wenn man überlegt, dass das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung im Falle von Gesetzeslücken auch für eine ergänzende Anwendung des Privatrechts plädiert hat: «*Les règles relatives au contrat de travail sont seulement applicables à titre subsidiaire, en cas de lacunes dans la réglementation [de droit public cantonal] ou si celle-ci le prévoit*». ²⁵ Hier stellt sich neben den bisherigen Themen der Analogie und des Verweises somit auch die Frage nach der Lückenfüllung. Auch wenn das Bundesgericht in einer früheren Entscheidung erklärt hat, dass eine Lücke durch Analogie ausgefüllt werden kann,²⁶ scheint ein solches Vorgehen u.E. aus methodischer Sicht nicht ideal. Eine Lücke bedeutet nämlich, dass dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden kann (Art. 1 Abs. 2 ZGB), während der Richter bei Analogie eine juristische Regelung hat, für welche er den Anwendungsbereich (*a pari*) erstreckt.

[17] Zusammenfassend sind Analogie, ergänzendes Recht und Lückenfüllung drei verschiedene rechtliche Konzepte. In der Praxis werden die feinen Unterschiede *de facto* nicht immer wahrgenommen und das öffentliche Recht wird einfach mit privatrechtlichen Bestimmungen ausgeweitet, ohne grosse Überlegungen, auf welchem Weg dies erfolgt. Die Gerichte neigen nämlich dazu, zugunsten des Verständnisses und der Einfachheit eine gewisse epistemologische Genauigkeit beiseite zu lassen, insbesondere in Kontexten, in denen die beiden Rechtsgebiete deutliche Ähnlichkeiten zeigen und sich gegenseitig ergänzen können. Im Ergebnis sind die Grenzen zwischen öffentlichem Personalrecht und Privatrecht durchgängig, wenn auch meistens unidirektional, da es im Allgemeinen das öffentliche Personalrecht ist, welches sich auf das Privatrecht stützt, und nicht umgekehrt.

3.2. Verjährungseinrede

[18] Wie bereits hervorgehoben ist die Verjährung im öffentlichen Recht von Amtes wegen zu berücksichtigen, wenn das Gemeinwesen Gläubiger der Forderung ist.²⁷ Wenn jedoch ein Privater Gläubiger ist, muss die Verjährung nur auf Einrede des Schuldners, d.h. des Staates, beachtet werden.²⁸

[19] Dem kantonalen Entscheid ist zu entnehmen, dass die kommunale Behörde den Antrag des Arbeitnehmers auf Entschädigung u.a. mit der Begründung, dass «*möglicherweise auch die Verjährungsthematik*» von Relevanz war, abgelehnt hat. Dabei hat die Gemeinde jedoch eine falsche Verjährungsnorm und -frist angegeben. Das kantonale Gericht hat die angegebene Begründung trotzdem als wirksame Verjährungseinrede qualifiziert.²⁹

[20] Der Standpunkt des kantonalen Verwaltungsgerichts ist zu schützen. Der Bestimmtheit der Verjährungseinrede sind keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Es genügt, dass ein klarer

²⁴ BGE 126 III 370 Erw. 5; BGE 138 I 232 Erw. 2.4.

²⁵ BGE 139 I 57 Erw. 5.1.

²⁶ BGE 126 II 71 Erw. 6e; BGE 126 III 129 Erw. 4.

²⁷ BGE 133 II 366 Erw. 3.3.

²⁸ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016, Rz. 775.

²⁹ Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons Tessin (TCA) 52.2018.190 vom 26. September 2019, Erw. 4.2.

Bezug zwischen der Nichtanerkennung des Anspruchs und dem Zeitablauf erkennbar gemacht wird, was vorliegend eindeutig der Fall war.

3.3. Verjährungsunterbrechung

[21] Üblicherweise regeln die öffentlich-rechtlichen personalrechtlichen Bestimmungen weder, durch welche Handlungen die Verjährung unterbrochen wird, noch die Dauer der nach der Unterbrechung neu laufenden Frist. Im Privatrecht kann die Verjährung nur durch die in Art. 135 OR genannten Handlungen unterbrochen werden, insbesondere durch Schuldbetreibung, durch Schlichtungsgesuch, durch Klage oder Einrede vor einem Gericht. Im öffentlichen Recht genügen demgegenüber für die Unterbrechung der Verjährung neben den in Art. 135 OR genannten Handlungen alle Akten, namentlich einfache schriftliche Erklärungen, mit denen die Forderung gegenüber dem Schuldner in geeigneter Weise geltend gemacht wird, ausser wenn das anwendbare Gesetz etwas anderes vorsieht.³⁰

[22] Angesichts dieses wesentlichen Unterschieds zwischen öffentlichem und privatem Recht kann der Schluss gezogen werden, dass es den Personen in einer öffentlich-rechtlichen Anstellung im Allgemeinen erleichtert ist, eine etwaige Verjährungsfrist für Überstunden (und andere Forderungen) zu unterbrechen.

[23] Die vom öffentlichen Recht gewährte Freiheit in Bezug auf die Art und Weise, wie Verjährungsfristen unterbrochen werden können, kann u.U. jedoch zu Situationen der Rechtsunsicherheit führen. Im vorliegenden Fall haben die kantonalen Behörden die Ansicht vertreten, dass nur das schriftliche Gesuch vom 12. April 2012 eine Unterbrechung der Verjährungsfrist bewirkt hat, nicht jedoch die Aufzeichnungen im Computersystem der Gemeinde oder die einfache Vorlage einer Überstundenabrechnung ohne Antrag auf Angleichung. Auch wenn die Unterbrechungsgründe zahlreicher sind als im Privatrecht, müssen gewisse Bestimmtheits- und Formerfordernisse beachtet werden. Es braucht eine Handlung, die zur Vollstreckung des verjähren Rechts dient. Mit spezifischem Bezug auf die Geltendmachung von Überstunden benötigt die Verjährungsunterbrechung zumindest einen klaren Antrag des Arbeitnehmers an den Arbeitgeber, mit welchem die Überstundenansprüche geltend gemacht werden.³¹ Die Ansprüche sind somit zu fördern. Schriftliche Form wird verlangt, wobei eine bloss mündliche Geltendmachung jedenfalls dann genügt, wenn sie schriftlich bestätigt wird.³²

4. Die Beweislast von Überstunden

[24] Die Beweislast von Überstunden im öffentlichen Personalrecht trägt der Arbeitnehmer aufgrund von Art. 8 ZGB, welcher einen Rechtsgrundsatz von allgemeiner Bedeutung enthält.³³

³⁰ BGE 133 V 579 Erw. 4.3.1. Siehe auch ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016, Rz. 765.

³¹ Vgl. auch Verwaltungspraxis der Bundesbehörden 63 [1999] Nr. 72.

³² Urteil des Bundesgerichts 1C_98/2010 vom 13. August 2010 Erw. 3.2.

³³ Vgl. auch LARDELLI/VETTER, BSK ZGB, Art. 8 ZGB N 27; Urteil des Bundesgerichts 8C_794/2016 vom 28. April 2017 Erw. 4.3.1; BGE 138 II 465 Erw. 6.8.2.

[25] Macht ein Arbeitnehmer eine Entschädigung für Überstunden geltend, so hat er zu beweisen, dass er Überstunden geleistet hat.³⁴ Dementsprechend muss der Arbeitnehmer, analog zum Privatrecht, die (i.) Anzahl geleisteter Überstunden und (ii.) die Erfüllung der objektiven Voraussetzungen für die Angleichungsfähigkeit gemäss den jeweiligen anwendbaren öffentlich-rechtlichen Bestimmungen (i.d.R. die Anordnung, die Genehmigung oder die Erkennbarkeit der Überstunden) beweisen.

[26] Der Nachweis kann dem Arbeitnehmer erleichtert werden, sofern nach der Natur der Sache ein strikter Beweis nicht möglich oder nicht zumutbar ist.³⁵ Insbesondere braucht der Arbeitnehmer nicht jede einzelne Überstunde konkret nachzuweisen, wenn feststeht, dass er regelmässig weit über die normale Arbeitszeit hinaus gearbeitet hat; diesfalls ist die Anzahl der Überstunden in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR gerichtlich zu schätzen.³⁶ Der Beweis gilt nämlich als erbracht, wenn der Richter von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist, d.h. er muss nach objektiven Gesichtspunkten vom Vorliegen der Tatsache überzeugt sein beziehungsweise müssen allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen.³⁷

[27] Die Rechtsdurchsetzung darf nicht daran scheitern, dass zu hohe oder uneinheitliche Anforderungen an das Beweismass gestellt werden.³⁸ Gerade unter diesem Aspekt werfen die kantonalen Entscheide, welche dem Urteil des Bundesgerichts 8D_8/2019 zugrunde liegen, einige kritische Überlegungen auf. Es war tatsächlich von allen Parteien unbestritten, dass der Arbeitnehmer eine beträchtliche Anzahl von Leistungen über seine normale Arbeitszeit hinaus erbracht hatte, indem er an Sitzungen des Gemeinderats und der Gemeindelegislative sowie an Abstimmungen und Wahlen teilgenommen hatte.³⁹ Seine Überstunden wurden jedoch nur im Rahmen der in den Protokollen der Legislative und Exekutive angegebenen Sitzungszeiten anerkannt und dies, obwohl der Arbeitnehmer in nachvollziehbarer Weise behauptete, dass die Arbeit länger als die Sitzungen gedauert hat, da er z.B. die Aufräumarbeiten übernehmen musste. Anstatt eine Schätzung der geleisteten, aber nicht in den Protokollen nachgewiesenen Überstunden vorzunehmen, befand das kantonale Gericht diese Überstunden einfach als unbewiesen. Unter diesem Gesichtspunkt erachten wir den kantonalen Entscheid als unbefriedigend, da die nicht ziffernmässig nachweisbaren Überstunden nach den Sitzungen bzw. anlässlich von Wahlen und Abstimmungen aufgrund der Funktion des Arbeitnehmers als Gemeindesekretär mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit geleistet wurden. Die Hürden zur Anwendung der richterlichen Schätzung der nicht anerkannten Überstunden waren u.E. somit klarerweise erreicht, umso mehr, weil die Gemeinde dem Arbeitnehmer ein sehr rudimentäres (oder sogar kein) Zeiterfassungssystem zur Verfügung gestellt hat. Der Entscheid des Bundesgerichts ist jedoch nicht zu beanstanden, da es sich hier um eine Angelegenheit handelt, welche nicht von den Beschwerdegründen einer subsidiären Verfassungsbeschwerde gedeckt ist.

³⁴ BVGE 2015/31 Erw. 6.2.1.

³⁵ BVGE 2015/31 Erw. 6.2.1.

³⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_42/2011 vom 15. Juli 2011 Erw. 6; BVGE 2015/31 Erw. 6.2.1. mit Verweis auf BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl. 2014, Art. 321c N 13.

³⁷ BGE 128 III 217 Erw. 2.b.aa.

³⁸ BGE 128 III 217 Erw. 2.b.aa. m.w.H.

³⁹ Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Tessin Nr. 52.2018.190 vom 26. September 2019, Erw. 5.

5. Fazit

[28] Wie im Privatrecht sind Überstunden solche, die über die vereinbarte Normalarbeitszeit hinausgehen und grundsätzlich Ausnahmecharakter haben sollten. Im Vergleich zum Privatrecht gibt es im Allgemeinen keine wesentlichen Unterschiede bezüglich der Beweislast für Überstunden. Es gibt jedoch eine Reihe von Fragen im Zusammenhang mit der Verjährung von Überstundenansprüchen, da das öffentliche Personalrecht diesbezüglich oft keine spezifischen Bestimmungen enthält und die Grundsätze für die Unterbrechung der Verjährungsfrist beziehungsweise für die Verjährungseinrede im öffentlichen und privaten Recht anders sind. Nichtsdestotrotz wird das öffentliche Recht zum Thema Verjährung regelmässig durch das Privatrecht ausgeweitet, wobei nicht immer klar ist, ob diese Ausweitung auf dem Weg der Analogie, des Verweises (ergänzendes Recht) oder der Lückenfüllung geschieht. *De lege ferenda* wäre es wünschenswert, dass die öffentlich-rechtlichen Personalvorschriften eigene Bestimmungen zum Thema Verjährung enthalten. Es besteht sonst die Gefahr, dass Rechtsunsicherheitssituationen entstehen, z.B. in Bezug auf die Frage, wie eine Verjährungsfrist für Überstunden unterbrochen werden kann. In diesem Zusammenhang reicht es nicht aus, eine Überstundenabrechnung zu erstellen und dem Arbeitgeber zu übergeben, sondern es braucht einen schriftlichen Antrag auf Angleichung.

Prof. Dr. iur. RA DAVIDE CERUTTI, *Counsel* bei Walder Wyss AG (Lugano und Lausanne), *professeur remplaçant* an der Universität Lausanne und Lehrbeauftragter an der Università della Svizzera italiana.

Dr. iur. RA ALEX DOMENICONI, *Senior associate* bei Walder Wyss AG (Lugano), Referent an der Scuola universitaria professionale della Svizzera Italiana.