

AUS DEM ALLTAG DES PERSONALCHEFS

Dr. Andreas Jöst, CMS (Senior Lawyer)/Hon.-Prof. Dr. Christoph Wolf, CMS (Partner)

Wie ist das Arbeiten am „persönlichen Feiertag“ bei Gleitzeit zu verbuchen?

» PVP 2019/47

Der „persönliche Feiertag“ war schon mehrfach Gegenstand arbeitsrechtlicher Diskussionen. In diesem Beitrag soll einer weiteren Frage nachgegangen werden, und zwar jener, wie der **persönliche Feiertag bei Gleitzeitmodellen** zu handhaben ist.

Nach dem **neuen § 7a ARG** kann jeder Dienstnehmer den **Zeitpunkt** des Antritts eines **Urlaubstages** einmal pro Urlaubsjahr **einseitig** bestimmen.

Er muss dies dem **Dienstgeber** jedoch **mindestens 3 Monate im Vorhinein bekannt** geben. Nach § 7a Abs 2 ARG steht es dem **Dienstnehmer** allerdings **frei**, auf Ersuchen des Dienstgebers den bekannt gegebenen **Urlaubstag nicht anzutreten**.

In diesem Fall wird (a) der **Urlaubstag nicht verbraucht** und (b) der Dienstnehmer hat außer dem **Urlaubsentgelt** Anspruch auf das für die geleistete **Arbeit gebührende Entgelt**, „**insgesamt daher [so der Gesetzeswortlaut weiter] auf das doppelte Entgelt**“. Dass diese Regelung zahlreiche **Auslegungsfragen** aufwirft, hat die arbeitsrechtliche Literatur bereits aufgezeigt (siehe ua *Glowacka*, ASoK 2019, 122). **Verwirrend** ist dabei schon die **Bezeichnung** als „**Feiertag**“. Denn nach dem Gesetzestext handelt es sich nicht um einen Feiertag, sondern um einen Urlaubstag, der bei rechtzeitiger Bekanntgabe einseitig angetreten werden kann.

In der Folge wird daher einheitlich von „**selbstbestimmtem Urlaubstag**“ gesprochen. Dieser Beitrag **beantwortet** die Frage: **Wie ist der selbstbestimmte Urlaubstag in der Gleitzeit zu verbuchen?**

Verwendete Abkürzungen in diesem Beitrag:

ARG ... Arbeitsruhegesetz//**DG** ... Dienstgeber//**DN** ... Dienstnehmer//**ds** ... das sind//**DV** ... Dienstvertrag bzw Dienstverhältnis//**GKK** ... Gebietskrankenkasse//**idR** ... in der Regel//**iHv** ... in Höhe von//**iSd** ... im Sinne des//**KV** ... Kollektivvertrag//**SV** ... Sozialversicherung//**ua**... unter anderem//**uE** ... unseres Erachtens

A) Wie ist der selbstbestimmte Urlaubstag am Gleitzeitkonto zu verbuchen, wenn er angetreten wird?

Einfach ist die Frage, wie der **selbstbestimmte Urlaubstag** am Gleitzeitkonto zu verbuchen ist, zu beantworten, wenn er **angetreten** wird und der DN daher an diesem Tag **nicht arbeitet**.

In so einem Fall wird ein **Urlaubstag verbraucht** und es sollte nicht weiter strittig sein, dass dieser Tag, wie jeder andere Urlaubstag, mit der **fiktiven Normalarbeitszeit** in die **Gleitzeit** eingebucht wird.

Die Gleitzeit schließt an diesem Tag daher mit +/- Null ab und es entsteht **weder** ein **Gleitzeitgut-haben** noch eine **Gleitzeitschuld**.

B) Wie ist der selbstbestimmte Urlaubstag am Gleitzeitkonto zu verbuchen, wenn er nicht angetreten wird?

Wesentlich schwieriger ist hingegen die Frage, wie der selbstbestimmte Urlaubstag am Gleitzeitkonto zu verbuchen ist, zu beantworten, wenn er **nicht angetreten** wird und der DN daher an diesem Tag **arbeitet**.

Dies soll anhand des folgenden **Beispiels analysiert** werden:

*Ein DN arbeitet im Schnitt **8 Stunden pro Tag**. Diese 8 Stunden entsprechen der laut Gleitzeitregelung vorgesehenen **fiktiven Normalarbeitszeit**.*

*Auf Ersuchen des DG tritt der DN den von ihm **selbstbestimmten Urlaubstag** nicht an und **arbeitet** an diesem Tag innerhalb des Gleitzeitrahmens 4 Stunden.*

Frage: Wie ist **dieser Tag** nunmehr am **Gleitzeitkonto** zu verbuchen?

Theoretisch gibt es zur Lösung dieser Frage **2 Varianten**:

Variante 1:	Der Tag wird als normaler Arbeitstag , wie jeder andere, gewertet und es wird die Ist-Zeit (= Arbeitszeit am selbstbestimmten Urlaubstag) an diesem Tag nach Maßgabe der sonstigen Gleitzeitparameter (also insbesondere innerhalb der selbstbestimmbaren Normalarbeitszeit) am Gleitzeitkonto verbucht .
Variante 2:	Der Tag wird nicht als Arbeitstag , sondern als Ausfallstag gewertet und das Gleitzeitkonto schließt an diesem Tag mit +/- Null ab. Es wird also nicht die Ist-Zeit, sondern die Soll-Zeit (= fiktive Normalarbeitszeit) am Gleitzeitkonto verbucht .

■ Argumente, die für die Variante 1 sprechen

Für die **Variante 1** spricht, dass der DN auch **keinen Urlaubstag verbraucht**, wenn er den selbstbestimmten Urlaubstag nicht antritt. Dies regelt der **2. Satz des § 7a Abs 2 ARG**: „In diesem Fall hat der Arbeitnehmer weiterhin Anspruch auf diesen Urlaubstag“.

Folgt man dieser Auslegungsvariante, dann ist **dieser Tag** – soweit es keine weitergehenden Vorgaben seitens des DG gibt – nach Maßgabe der vereinbarten Gleitzeitparameter ganz normal, **wie jeder andere Arbeitstag**, bis zur Grenze der selbstbestimmbaren Normalarbeitszeit (im Basis-Gleitzeitmodell mit einer selbstbestimmbaren Normalarbeitszeit bis 10 Stunden am Tag also bspw bis einschließlich der 10. Stunde) am **Gleitzeitkonto** zu verbuchen.



Hinweis

Bezüglich unterschiedlicher Gleitzeitmodelle verweisen wir auf *Jöst*, Die „neue“ Gleitzeit, *ecolex* 2018, 796.

Im Beispielsfall entsteht daher an diesem Tag ein Zeitminus von 4 Stunden.

§ 4b Abs 5 AZG, wonach es bei **Eingriffen** des **DG** in das zeitliche **Selbstbestimmungsrecht** des **DN** bereits dann zu Überstunden kommt, wenn die Arbeitszeit 8 Stunden am Tag überschreitet, ist auf diesen Fall **nicht anzuwenden**. Denn § 4b Abs 5 AZG **setzt voraus**, dass Arbeitsleistungen durch den DG **angeordnet** wurden.

Nach **§ 7a Abs 2 ARG** kann der DG den DN aber nur **ersuchen**, den Urlaubstag nicht anzutreten. Ob der DN dem DG-Ersuchen nachkommt oder nicht, entscheidet allein er.

Dem „**Ersuchen**“ kommt daher – anders als dem „Anordnen“ – **keinerlei Verpflichtungscharakter** zu. Und auch schon begrifflich ist ein „Ersuchen“ etwas ganz anderes als ein „Anordnen“, sodass ein „Eingreifen“ iSd § 4b Abs 5 AZG nicht vorliegt.

Anderes gilt freilich dann, wenn der DN nach der Entscheidung, am selbstbestimmten Urlaubstag zu arbeiten, vom **DG Vorgaben zur Arbeitszeit** an diesem Tag bekommt.

■ Argumente, die für die Variante 2 sprechen

Für die **Variante 2** (der selbstbestimmte Urlaubstag, an dem der DN arbeitet, wird als **Ausfallstag** gewertet) spricht, dass (vergleichbar der Arbeit an gesetzlichen Feiertagen) auch dann, wenn der DN den selbstbestimmten Urlaubstag nicht antritt, sondern arbeitet, ihm neben dem **Arbeitsentgelt** auch ein **Urlaubsentgelt** zu bezahlen ist, womit nach dem Gesetzeswortlaut das Recht auf einen **selbstbestimmten Urlaubstag** in diesem Urlaubsjahr **verbraucht** ist.

Dies kann man dem **letzten Satzteil** in **§ 7a Abs 2 ARG** entnehmen: „... womit das Recht gem. Abs 1 erster Satz [gemeint ist das Recht des Arbeitnehmers den Zeitpunkt des Antritts eines Urlaubstages pro Urlaubsjahr einseitig zu bestimmen] konsumiert ist“.

■ Variante 1 oder Variante 2? – Unser Auslegungsergebnis

Insgesamt sprechen uE **mehr Argumente für Variante 1**. Denn der **Nichtantritt** des selbstbestimmten Urlaubstages ist arbeitsrechtlich nicht anders zu bewerten als das (**einvernehmliche**) **Abgehen** von einer einmal getroffenen **Urlaubsvereinbarung**.

Beide Male wird **kein Urlaubstag verbraucht** und es liegt ein ganz **normaler Arbeitstag** vor. Einziger Unterschied hierbei ist, dass die Entscheidung, den Urlaub nicht anzutreten, im Fall des § 7a ARG allein der DN trifft.

In **Variante 2** müsste hingegen eine Art „**nachwirkender**“ **Urlaubstag konstruiert** werden, um diesen **Tag** weiterhin als **Ausfallstag** zu werten. Für eine derartige „Nachwirkung“ gibt es im **Gesetzestext** aber **keine Anhaltspunkte**.

§ 7a Abs 2 ARG geht eindeutig davon aus, dass **kein Urlaubstag verbraucht** wird, und schafft damit lediglich einen **entgeltrechtlichen Sondertatbestand**.

Insofern stellt **§ 7a Abs 2 ARG** daher eine **lex specialis** zu den sonst geltenden **Entgeltregelungen** dar. Davon gehen auch die Gesetzesmaterialien aus: „... Diese Regelung ist eine **lex specialis** zu anderen Regelungen im Zusammenhang mit Freistellungen an Feiertagen und geht daher diesen Regelungen vor ...“ (AA-74 26. GP, 5).

C) Wie ist das Entgelt am nicht angetretenen, selbstbestimmten Urlaubstag zu bemessen?

1. Allgemeines

Von der **arbeitszeitrechtlichen Bewertung** des nicht angetretenen, selbstbestimmten Urlaubstages bei Gleitzeit ist die **entgeltrechtliche Frage** der **Abgeltung der Arbeit** am nicht angetretenen, selbstbestimmten Urlaubstag zu **unterscheiden**.

Nach **§ 7a Abs 2 ARG** hat der DN außer dem **Urlaubsentgelt** Anspruch auf das für die geleistete Arbeit gebührende Entgelt (= **Arbeitsentgelt**), „**insgesamt daher** [so der Gesetzeswortlaut weiter] **auf das doppelte Entgelt**“.

Fraglich ist daher, wie der Verweis auf das „**doppelte Entgelt**“ zu verstehen ist. UE kommt diesem Verweis kein eigener materieller Norminhalt zu (vgl auch *Glowacka*, ASoK 2019, 122), was vor allem das Wort „**daher**“ nahelegt.

Wird am nicht angetretenen, selbstbestimmten Urlaubstag gearbeitet, steht dem DN daher **Urlaubsentgelt + Arbeitsentgelt** zu. Diese Auslegung deckt sich mit den Gesetzesmaterialien (AA-74 26. GP, 5), wonach dann, wenn am selbstbestimmten Urlaubstag nur 50 % der sonst üblichen Arbeitsleistung (also bspw nur 4 Stunden von üblicherweise 8 Stunden) erbracht wird, nicht ein Entgelt von 200 %, sondern insgesamt nur ein Entgelt von 150 % gebührt.

2. Abgeltung bei Gleitzeit

Bei der Gleitzeit besteht nunmehr die Besonderheit, dass sich das **Arbeitsentgelt**, soweit sich die **Arbeitsleistung innerhalb** des **Gleitzeitmodells** bewegt, aus der am **Gleitzeitkonto verbuchten Arbeitszeit ergibt**. Es kann daher ein Plus oder ein Minus entstehen, das, soweit es nicht ausgeglichen wird, am Ende der Gleitzeitperiode (wenn dies in der Gleitzeitregelung vereinbart ist) entweder übertragen oder sonst abgerechnet wird.

Fall a): Dienstgeber greift nicht in das Selbstbestimmungsrecht des Dienstnehmers ein

Greift der **DG** an diesem Tag daher **nicht** in das **Selbstbestimmungsrecht des DN ein** und bestimmt der DN selbst, wie viel er arbeitet, wird die **Arbeitszeit innerhalb** des **Gleitzeitrahmens** bis zur Grenze der selbstbestimmbaren Normalarbeitszeit (im Basis-Gleitzeitmodell mit einer selbst bestimmbaren Normalarbeitszeit bis 10 Stunden, also bis zur 10. Stunde) am **Gleitzeitkonto** verbucht.

Neben diesem Arbeitsentgelt gebührt dem DN aufgrund der lex specialis des § 7a Abs 2 ARG weiters Urlaubsentgelt.

Fall b): Dienstgeber greift in das Selbstbestimmungsrecht des Dienstnehmers ein

Greift der DG hingegen an diesem Tag in das zeitliche **Selbstbestimmungsrecht des DN ein** und **gibt die Arbeitszeit an diesem Tag vor**, ist § 4b Abs 5 AZG anzuwenden und es kommt bereits dann zu **Überstunden**, wenn die Arbeitszeit **8 Stunden** überschreitet.

Neben diesem Arbeitsentgelt gebührt dem DN aufgrund der lex specialis des § 7a Abs 2 ARG weiters Urlaubsentgelt.

Foto Michael Sazael



Der Autor:

Dr. **Andreas Jöst** ist Senior Lawyer der internationalen Rechtsanwaltskanzlei CMS Reich-Rohrwig Hainz. Er berät Unternehmen in gerichtlichen und außergerichtlichen Arbeitsrechtsangelegenheiten, eines seiner Spezialgebiete ist das Arbeitszeitrecht. Vor seinem Einstieg bei CMS war Andreas Jöst als Assistent am Institut für Arbeitsrecht der Universität Wien sowie als Konzernpersonalchef eines großen Energie- und Infrastrukturkonzerns tätig. Er ist Autor zahlreicher Fachpublikationen und Vortragender bei diversen Tagungen und Konferenzen.

 lesen.lexisnexis.at/autor/Jost/Andreas

Foto Michael Sazael



Der Autor:

Hon.-Prof. Dr. **Christoph Wolf** ist Partner der internationalen Rechtsanwaltskanzlei CMS Reich-Rohrwig Hainz; er berät seit rund 20 Jahren vor allem Unternehmen in gerichtlichen und außergerichtlichen Arbeitsrechtsangelegenheiten, inkl Durchführung von Restrukturierungsmaßnahmen, Verhandlung von Betriebsvereinbarungen, etc. Weiterer Schwerpunkt seiner Tätigkeit neben dem Arbeitszeitrecht ist die Beratung von aus der staatlichen Verwaltung ausgegliederten Unternehmen. Darüber hinaus lehrt Christoph Wolf am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien.

 lesen.lexisnexis.at/autor/Wolf/Christoph