

Per E-Mail: F.Peterhans@lch.ch

Dachverband Schweizer
Lehrerinnen und Lehrer (LCH)
Franziska Peterhans
Zentralsekretärin
Pfungstweidstrasse 16
8005 Zürich

OBERSTADTSTRASSE 7
POSTFACH 2060
CH-5402 BADEN

8. April 2020 MER

Weisungsrecht «Schulferienbetreuung der Schülerinnen und Schüler durch Lehrpersonen»; Zulässigkeit und Auswirkungen

Sehr geehrte Frau Peterhans

Zu Ihrer Anfrage äussere ich mich wie folgt:

I. Ausgangslage

Der Kanton Basel-Stadt beabsichtigt, bei Bedarf an allen Schulstandorten eine Kinderbetreuung während den Schulferien sowie an den Wochenenden und Feiertagen (für Eltern, die im Gesundheitswesen arbeiten) anzubieten. Dafür sollen insbesondere Primarlehrerinnen und –lehrer herangezogen werden. Andere Kantone sehen noch weitergehende Einbindungen der Lehrpersonen in die Betreuung von Schülerinnen und Schülern vor.

II. Zusammenfassung

1. Zulässigkeit der Zuweisung von «Betreuungsarbeit» während der Schulfrühlingsferien

Die Schulfrühlingsferien sind für die Lehrperson *unterrichtsfreie Zeit* oder, wenn geplant, *Ferien*. Die unterrichtsfreie Zeit dient der Vor- und Nachbereitung der Schullektionen, nicht der Betreuung der Schülerinnen und Schüler in den Schulfrühlingsferien; die Ferien der Lehrperson dienen der Erholung.

DR. IUR. ROLAND HÜRLIMANN
Rechtsanwalt, LL.M. (Berkeley)

DR. IUR. ERICH RÜEGG
Rechtsanwalt und Notar
LL.M., M.B.A. (Chicago)

LIC. IUR. MARTIN IMTHURN
Rechtsanwalt (2)

DR. IUR. DANIEL HUNKELER
Rechtsanwalt, LL.M.

DR. IUR. THOMAS ENDER
Rechtsanwalt und Notar (1, 3)

DR. IUR. MICHAEL MERKER
Rechtsanwalt

LIC. IUR. SALVATORE PETRALIA
Rechtsanwalt

DR. IUR. OLIVER BUCHER
Rechtsanwalt, LL.M. (Sydney) (3)

LIC. IUR. SERAINA BAZZANI-TESTA
Rechtsanwältin (3)

LIC. IUR. GEORG J. WOHL
Rechtsanwalt, LL.M. (Budapest)

LIC. IUR. GEORG KLINGLER
Rechtsanwalt und Notar (1)

DR. IUR. ANDREA DOMANIG
Rechtsanwältin

MLAW CAROLE SCHENKEL
Rechtsanwältin

LIC. IUR. ZENO SCHÖNMANN
Rechtsanwalt

DR. IUR. DANIEL WUFFLI
Rechtsanwalt

LIC. IUR. CHRISTINE ZANETTI
Rechtsanwältin

MLAW MATTHIAS BRUNNER
Rechtsanwalt

MLAW BEAT BIRCHMEIER
Rechtsanwalt

MLAW LEA STURM
Rechtsanwältin

MLAW KATJA KÄUFELER
Rechtsanwältin

Eingetragen im Anwaltsregister

Konsulent:

PROF. DR. IUR. LUKAS HANDSCHIN
Rechtsanwalt (4)

- 1 Urkundsperson des Kantons Aargau
- 2 Fachanwalt SAV Erbrecht
- 3 Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht
- 4 Nicht im Anwaltsregister eingetragen

BAUR HÜRLIMANN AG
CHE-115.606.778 MWST

Bahnhofplatz 9
Postfach 1175
CH-8021 Zürich 1
Tel + 41 - 44 218 77 77
Fax + 41 - 44 218 77 70
UID: CHE-115.606.778

Oberstadtstrasse 7
Postfach 2060
CH-5402 Baden
Tel + 41 - 56 200 07 07
Fax + 41 - 56 200 07 00
UID: CHE-481.481.510

www.bhlaw.ch

Die der Betreuung der Schülerinnen und Schüler in den Schulfrühlingsferien gehört nicht zum Berufsauftrag.

Dem Arbeitgeber kommt im Arbeitsverhältnis ein *Weisungsrecht* zu. Das Weisungsrecht geht so weit wie die Treuepflicht des Arbeitnehmers. Das Weisungsrecht steht dem Arbeitgeber nur für *betriebliche Bedürfnisse* zur Verfügung (funktionale Bindung).

Genau hier beginnt das Problem: Die Weisung, in den Schulfrühlingsferien Schülerinnen und Schüler zu betreuen, erfolgt *nicht* im betrieblichen Interesse der Schule (unterrichtet werden soll in den Schulfrühlingsferien nicht, es geht nur um die Beaufsichtigung), sondern *im betrieblichen Interessen der jeweiligen Arbeitgeber der Eltern dieser Schülerinnen und Schüler*.

Das ist kein Interesse, das sich die Lehrpersonen im Rahmen des Weisungsrechts entgehen lassen müssen – wenn auch klar ist, dass sich alle Lehrpersonen moralisch verpflichtet fühlen, zu helfen. Der Beizug der Lehrpersonen ist einfach praktisch. Mit derselben Argumentation liessen sich auch andere Mitarbeitende im öffentlichen Dienst zu dieser Betreuungsarbeit verpflichten (mit der – anders als bei den Lehrpersonen – zusätzlichen Begründung, ihr Aufgabenfeld habe sich zurzeit tatsächlich reduziert).

Die Zuweisung von Betreuungsarbeit an die Lehrpersonen während der Schulfrühlingsferien ist im konkreten Fall (COVID-19) im Rahmen des Weisungsrechts unzulässig.

Vorbehalten bleibt eine Änderung des kantonalen Personalrechts durch den Gesetzgeber, indem der *Inhalt* des Anstellungsverhältnisses geändert wird. Die Zulässigkeit einer solchen Anpassung ist im (kantonalen) Einzelfall zu prüfen.

2. Bei hypothetischer Zulässigkeit der Weisung (wurde in Ziff. 1 verneint)

a. Weisungsrecht

Geht man davon aus, es besteht (im vorliegenden COVID-19-Zusammenhang) trotz fehlendem betrieblichen Bedürfnis ein Weisungsrecht, wäre die Weisung, Betreuungsarbeit während der unterrichtsfreien Zeit zu leisten, ungeachtet der hohen Zeitautonomie der Lehrpersonen, zulässig.

Die Lehrpersonen müssen dem Arbeitgeber auch während der unterrichtsfreien Zeit zur Verfügung stehen; der Arbeitgeber kann gestützt auf das Weisungsrecht verbindliche Vorgaben machen. Die Zulässigkeit der Vorgaben bestimmt sich an der Eingriffsintensität einerseits und der Gewichtung der Bedürfnisse des Arbeitgebers andererseits.

In der vorliegenden Notsituation wäre dieses Interesse (unter dem Vorbehalt der Ausführungen in Ziff. 1 hiavor – fehlendes betriebliches Interesse) an der Gestaltung der unterrichtsfreien Zeit wohl zu bejahen. Auch hier sind die kantonalen Regelungen im Einzelfall zu prüfen.

b. Umfang des Weisungsrechts und Entschädigungspflicht

Das Weisungsrecht erstreckt sich nur auf die unterrichtsfreie Zeit.

Das Weisungsrecht erstreckt sich *nicht* auf die *private Zeit* der Lehrperson (von besonderen Fällen abgesehen). Das Wochenende gehört *nicht* zur Arbeitszeit. Weisungen, die das Wochenende beinhalten, sind unzulässig. Dasselbe gilt für Feiertage.

Die Weisung, Betreuungsarbeit zu leisten, hat Auswirkungen auf die *Arbeitszeit*. Die Weisung, während der Schulfrühlingsferien Betreuungsarbeit in der Schule zu leisten, ist Mehrbelastung, die sich in Überstunden konkretisiert. Die Überstunden müssen kompensiert werden (können) oder sind zu entschädigen.

III. Begründung

A. Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung-2) vom 13. März 2020

- 1 Art. 5 Abs. 3 COVID-19-Verordnung-2 sieht vor, dass die Kantone für die notwendigen Betreuungsangebote für Kinder, die nicht privat betreut werden können, zu sorgen haben. Wie diese Betreuung zu erfolgen hat, wird nicht geregelt.

Art. 5 Schulen, Hochschulen und weitere Ausbildungsstätten

¹ Präsenzveranstaltungen in Schulen, Hochschulen und übrigen Ausbildungsstätten sind verboten.

² Prüfungen, für die bereits ein Termin festgelegt wurde, können unter Einhaltung geeigneter Schutzmassnahmen durchgeführt werden.

³ Die Kantone sorgen für die notwendigen Betreuungsangebote für Kinder, die nicht privat betreut werden können. Besonders gefährdete Personen dürfen dazu nicht eingebunden werden.⁴²

⁴ Kindertagesstätten dürfen nur geschlossen werden, wenn die zuständigen Behörden andere geeignete Betreuungsangebote vorsehen.⁴³

- 2 Die Kantone haben dafür eine Betreuung an den Schulen während der Unterrichtszeit unter Einbindung der Lehrpersonen organisiert. Der Kanton Basel-Stadt¹ plant nun, die Betreuung an den Schulen auch in den Frühlingsferien weiterlaufen zu lassen. Gleiches sehen der Kanton Aargau² oder die Stadt Zürich³ vor.
- 3 Der Kanton Bern regelt, dass die Kinder während den Schulfrühlingsferien unter anderem durch den Einsatz von freiwilligen Lehrpersonen betreut werden können und hierfür eine zusätzliche Entschädigung geschuldet ist. Das ist soweit korrekt. Sofern sich nicht genügend freiwillige Lehrpersonen zur Verfügung stellen, können sie nach Auffassung des Kantons Bern im Rahmen ihres Berufsauftrags und gestützt auf Art. 8 des Gesetzes über die Anstellung der

1 <https://www.coronavirus.bs.ch/schulen.html>; abgerufen am 5. April 2020

2 <https://www.schulen-aargau.ch/regelschule/schulorganisation/information-kommunikation/notfall-krisismanagement/coronavirus-informationen-fuer-schulen-im-aargau/betreuungsangebot?sectionId=section721048&accordId=7>, abgerufen am 5. April 2020

3 <https://www.stadt-zuerich.ch/gud/de/index/gesundheitsversorgung/public-health/coronavirus-sars-cov-2/schulen.html>, abgerufen am 5. April 2020

Lehrkräfte (LAG) vom 20. Januar 1993 («Übernahme anderer Aufgaben und Funktionen») zur Übernahme dieser Aufgabe verpflichtet werden.⁴

B. Zulässigkeit der Zuweisung von «Betreuungsarbeit» während der Schulfrühlingsferien

1. Umfang des Weisungsrechts im Grundsatz

- 4 Dem Arbeitgeber kommt ein Weisungsrecht zu (Art. 321d OR; dieses Recht gilt, selbst wenn im Personalgesetz nicht explizit festgehalten, auch im öffentlichen Personalrecht). Danach darf der Arbeitgeber über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmenden allgemeine Anordnungen erlassen und besondere Weisungen erteilen. Der Arbeitnehmer hat die ihm erteilten Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen (sofern die Weisung rechtmässig erteilt wurde).
- 5 Das Weisungsrecht ist ein spiegelbildlicher Anwendungsbereich der Treuepflicht. Weisungen sind nur so weit zulässig oder verbindlich, wie die Treuepflicht des Arbeitnehmers reicht. Das Ausmass des Weisungsrechts hängt auch von der Stellung, insbesondere der Selbständigkeit des Arbeitnehmers ab (AppG BS in SJZ 1989 S. 83 = BJM 1988 S. 199; Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. A. 2012, Art. 321d OR, S. 237). Es besteht eine funktionale Bindung des Weisungsrechts – das Weisungsrecht steht dem Arbeitgeber nur im Rahmen der *betrieblichen Bedürfnisse* zur Verfügung. Für Lehrpersonen bedeutet dies, dass die relativ grosse Freiheit in der Gestaltung der Lehrtätigkeit (abgesehen von der Präsenz) das Weisungsrecht einschränkt und dieses dort greift, wo die betrieblichen Bedürfnisse klar betroffen sind.

Das Weisungsrecht findet seine Schranke im *zwingenden Recht*. Dazu gehören öffentlich-rechtliche Bestimmungen (Arbeitnehmerschutz, Strassenverkehrsregeln, kantonale und kommunale Ruhezeitvorschriften etc.), andererseits Normen des Privatrechts wie Art. 27 f. ZGB (Persönlichkeitsschutz); beim Persönlichkeitsschutz ist eine Interessenabwägung vorzunehmen; «man kann von einer dynamischen Begrenzung sprechen, soweit nicht der Vertrag oder die

⁴ https://www.erz.be.ch/erz/de/index/kindergarten_volksschule/kindergarten_volkschule/corona/fruehlingsferien.assetref/dam/documents/ERZ/AKVB/de/00_Allgemeines/allgemeines_volksschule_corona_faq_fruehjahrsferien_d.pdf; abgerufen am 5. April 2020

Rechtsordnung einschliesslich Art. 27 ZGB absolute Grenzen setzen: Je intensiver das betriebliche Interesse, desto weiter darf in Persönlichkeitsrechte eingegriffen werden» (Streiff/ von Kaenel/Rudolph, a.a.O. S. 240). Persönlichkeitsverletzend können auch Weisungen sein, die das angestammte Tätigkeitsfeld des Arbeitnehmers beschränken und ihn insbesondere hierarchisch zurückstufen, sofern sachliche Gründe dafür fehlen oder der Arbeitnehmer nicht gehörig angehört wurde (BGE 4C.189/2006 vom 4.8.2006 E.2 = ARV 2006 S. 269).

- 6 In allen Fällen ist der öffentliche Arbeitgeber an das Verhältnismässigkeitsprinzip gebunden. Das bedeutet, dass Weisungen nur soweit gehen dürfen, wie das betrieblich notwendig ist, wenn auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass sich die Lehrperson vertraglich verpflichtet hat, im Dienst des öffentlichen Arbeitgebers tätig zu werden und damit auch an die Treupflicht gebunden ist.

2. Fragestellungen / Differenzierungen

- 7 Zu den *Schulfrühlingsferien*: Der Arbeitgeber Basel-Stadt beabsichtigt, die Weisung zu erteilen, dass die betroffenen Lehrpersonen während den *Schulferien*, an *Wochenenden* und *Feiertagen* Betreuungsaufgaben wahrzunehmen haben.
- 8 Es sind verschiedene Fragestellungen / Differenzierungen auseinanderzuhalten:
 - Lehrpersonen unterrichten. Das war bis anhin *Präsenzunterricht* und ist jetzt *Fernunterricht*, soweit bezogen auf die Schulstufe oder das Schulfach möglich (mit Einschränkungen insbesondere bei Kindern mit besonderen Unterstützungsbedürfnissen).
 - Lehrpersonen haben *unterrichtsfreie Zeit*, die zur Vorbereitung der Lektionen, Korrektur der Prüfungen, Vorbereitung von Intensivwochen, Lagern und dergleichen genutzt werden müssen.
 - Lehrpersonen haben aber auch *Ferien*, wie alle anderen Arbeitnehmenden auch. In den Ferien können sie, wenn die Ferien bewilligt oder angekündigt sind, nicht ohne Weiteres zur Arbeit angehalten werden.

- Lehrpersonen sind zum Unterrichten und zur Vorbereitung dieses Unterrichts angestellt. Sie sind nur während der Unterrichtszeit für die Betreuung der Schülerinnen und Schüler verpflichtet, nicht aber während der unterrichtsfreien Zeit.

Gestützt auf diese Differenzierung sind die Fragen wie folgt zu prüfen.

3. Umfang des Weisungsrechts im konkreten Fall

a. Betreuung, Beaufsichtigung und Weisungsrecht

- 9 Lehrpersonen sind zur Lehrtätigkeit verpflichtet. Während der Lehrtätigkeit beaufsichtigen sie insoweit, als dies zur Durchführung der *Lehrtätigkeit* nötig ist.
- 10 Die Pflicht zur «Beaufsichtigung» hängt auch von der Schulstufe ab. Die Beaufsichtigung von Schülerinnen und Schülern während der Frühlingsferien ist offensichtlich etwas anderes als die Beaufsichtigung während der Schulstunden oder der Pausen zwischen den Schulstunden. In *keinem* Anstellungsvertrag dürfte vorgesehen sein, dass die Lehrperson die Schülerinnen und Schüler während der Schulferien zu beaufsichtigen hat, wenn dies nötig ist. Im Gegenteil; die Schule lehnt Verantwortlichkeiten für Schülerinnen und Schüler ausserhalb der Schulzeit immer ab.
- 11 Das öffentliche Personalrecht in den Kantonen und Gemeinden ist kein Bundesrecht, sondern Sache der Kantone und Gemeinden und unterschiedlich geregelt. Das Mass der (Betreuungs)Pflichten und der Umfang des Weisungsrechts ist deshalb an der jeweiligen (in der Regel kantonalen, nicht kommunalen) Gesetzgebung zu konkretisieren; dieser Vorbehalt ist anzubringen.
- 12 Im Kanton Basel-Stadt ist die Tätigkeit der Lehrpersonen relativ grosszügig umschrieben und beinhaltet auch den Begriff der «Betreuung» (vgl. § 2 lit. a der Ordnung über Auftrag und Arbeitszeit der Lehrpersonen vom 14. März 1994 des Kantons Basel-Stadt):

§ 2.⁶⁾ *Tätigkeit der Lehrpersonen*

¹ Die Tätigkeit der Lehrpersonen besteht in der Erfüllung eines ganzheitlich zu verstehenden Auftrages, der sich in folgende Aufgabenfelder gliedert:

a) Unterricht, Vor- und Nachbereitung:

- Unterricht, Erziehung, Betreuung, Förderung
- Exkursionen, Lager und andere Klassenanlässe
- Vorbereitung einschliesslich Bereitstellung von Materialien, Prüfungskorrekturen, Lernberichte und Zeugnisse, Orientierungsarbeiten und Abschlussprüfungen (individuell und im Team)
- Planung und Evaluation Unterricht (individuell und im Team)

b) Schüler- und Schülerinnenberatung, Elternzusammenarbeit, Klassenleitung:

- Gespräche mit Schülern und Schülerinnen, soziale und disziplinarische Problemlösung, Absenzenkontrolle, Erstellen von Berichten, Zusammenarbeit mit Tagesbetreuung, Supportstellen, Externen und Ausbildungsbetrieben
- Elterngespräche, Elternanlässe
- Klassenleitung

c) Gremienarbeit, Schulentwicklung, Schulverwaltung:

- Arbeit in verschiedenen Teams und Gremien, Lehrpersonenkonferenzen, Fachkonferenzen, Arbeitsgruppen, Informationsveranstaltungen
- Schulentwicklung, Mitarbeit in schulischen kantonalen und ausserkantonalen Projekten

- 13 Die «Betreuung» im Sinn von § 2 lit. a meint aber offensichtlich nicht die Tagesbetreuung ohne Schulstunden (vgl. die Pflicht zur «Zusammenarbeit mit der Tagesbetreuung» gemäss § 2 lit. b), sondern die *fachliche* Betreuung. Die gesetzliche Grundlage erlaubt deshalb keine Anordnung von Betreuungspflichten in der schulfreien Zeit.
- 14 Damit ist auf das *Weisungsrecht* des Arbeitgebers zurückzugreifen.
- 15 Die *Betreuung* (als Aufgabe und Funktion) im Sinn einer Tagesbetreuung (hier allerdings während der Schulferien) hat einen gewissen (wenn auch nur sehr untergeordneten) Zusammenhang mit der vertraglich vereinbarten Tätigkeit einer Lehrperson. Je nach Schulstufe (steigend) verliert sich dieser Zusammenhang immer mehr (im Gymnasium wird diese Betreuung nicht mehr vorliegen). Obwohl ein Zusammenhang erkennbar ist, ist die Betreuung nicht die vereinbarte, vertragliche Tätigkeit. Damit stellt sich die Frage, ob das Weisungsrecht erlaubt, Betreuung anzuordnen, die vertraglich nicht vereinbart wurde. Die

Pandemie ist ein ausserordentlicher Vorfall; gestützt auf Lehre und Rechtsprechung können Weisungen relativ weit gehen, wenn sich Weisungsrecht und Treuepflicht immer noch äquivalent gegenüberstehen. Anders gesagt: je *intensiver das betriebliche Interesse*, desto einschneidender kann die Weisung sein.

- 16 Genau hier beginnt das Problem: Die Weisung erfolgt *nicht* im betrieblichen Interesse der Schule (gelehrt werden muss in den Schulfrühlingsferien nicht, es geht lediglich um die Beaufsichtigung), sondern im betrieblichen Interessen der jeweiligen Arbeitgeber der Eltern dieser Schülerinnen und Schüler. Das ist kein Interesse, das sich die Lehrpersonen in rechtlicher Hinsicht entgegenhalten lassen müssen – wenn auch klar ist, dass sich alle Lehrpersonen moralisch verpflichtet fühlen, zu helfen.
- 17 Gleich ist zu entscheiden, wenn man davon ausgeht, der Kanton wolle mit dieser Weisung die vom Bund den Kantonen überbundene Betreuungspflicht via Notverordnungsrecht erfüllen. Es käme ja niemand auf die Idee, irgendwelche Drittpersonen zu einem Betreuungseinsatz zu verpflichten; nein, man würde entsprechende Aufträge vergeben. Die Anordnung ist einfach praktisch. Hinzu kommt, dass der Bund keine Einrichtung von Betreuungsdiensten während der Schulferien notverordnungsrechtlich angeordnet hat, sondern meines Erachtens nur *während der Schulzeit*. Der Kanton Aargau hat dies dann in seinen Weisungen zum Notverordnungsrecht auch auf die Ferien ausgedehnt (ohne es in der Notverordnung selber vorzusehen, sondern nur durch eine Weisung); ich habe im Moment Mühe, hier die genügende gesetzliche Grundlage zu erkennen.
- 18 Der Einsatz der Lehrpersonen beruht damit auf *Freiwilligkeit*. Voraussetzung für die rechtlich durchsetzbare Anordnung ist der Erlass von Notverordnungsrecht, welches den Inhalt der Gesetzgebung über die Lehrpersonen (öffentliches Personalrecht) kurzfristig abändert. Ob das zulässig wäre, ist anhand der konkreten kantonalen Regelung zu prüfen.

b. Zulässigkeit des Weisungsrechts als Eingriff in die unterrichtsfreie Zeit

- 19 Lässt man die Tatsache, dass kein betriebliches Bedürfnis der Schule erfüllt wird, einmal ausseracht, ist zu prüfen, ob die Anordnung der Betreuungspflichten während der Schulfrühlingsferien zulässig *wäre*.
- 20 Die Schulfrühlingsferien sind für die Lehrpersonen entweder *Ferien* (wenn geplant) oder *unterrichtsfreie Zeit*, in der die kommenden Lektionen vorbereitet

oder bisherige Lektionen und Prüfungen nachbereitet werden. Die Lehrpersonen müssen dem Arbeitgeber aber auch während der unterrichtsfreien Zeit zur Verfügung stehen; trotz der recht hohen Zeitautonomie können hier über das Weisungsrecht verbindliche Vorgaben gemacht werden, wenn die Intensität der Bedürfnisse des Arbeitgebers hoch genug ist (wobei der Eingriff bei vorgesehenen Ferien schwerwiegend ist als wenn es sich um unterrichtsfreie Zeit handelt – dies ist im Einzelfall abzuklären).

- 21 Im Fall der vorliegenden Notsituation ist dieses Interesse (unter dem Vorbehalt der Ausführungen unter lit. a hiervor) für die Gestaltung der unterrichtsfreien Zeit wohl zu bejahen. Diese Weisung hätte allerdings Auswirkungen auf die Arbeitszeit (vergleiche dazu lit. C nachfolgend).

c. Zulässigkeit des Weisungsrechts als Eingriff in die private Zeit der Lehrperson

- 22 Das Weisungsrecht erstreckt sich *nicht* auf die private Zeit der Arbeitnehmenden (von besonderen Fällen abgesehen). Das Wochenende gehört bei den Lehrpersonen *nicht* zur Arbeitszeit. Weisungen, die das Wochenende beinhalten, sind unzulässig. Dasselbe gilt für Feiertage.

C. Arbeitspensum

- 23 Mit Art. 5 Abs. 2 COVID-19 Verordnung 2 wurden Präsenzveranstaltungen in Schulen verboten. Verboten ist damit der Präsenzunterricht. Die Lehrtätigkeit, sofern nicht in Form von Präsenzunterricht, ist davon nicht betroffen. Dies hat zur Folge, dass die Lehrpersonen verpflichtet sind, so schnell wie möglich auf eine webbasierte Unterrichtung umzustellen, sei es in Form von zoom- oder microsoft teams-Sitzungen (Live-Unterricht), durch Aufgabenstellungen auf Schulplattformen, per E-Mail oder in anderen elektronischen Gefässen.
- 24 Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass diese Umstellung ohne Aufwand möglich ist. Natürlich, es ist im Einzelfall zu klären, ob die einzelne Lehrperson durch das Verbot von Präsenzunterricht erheblich weniger belastet wurde oder wird - bei der Mehrheit der Lehrpersonen dürfte dies nicht der Fall sein. Diese Lehrpersonen haben die vereinbarte Arbeitsleistung vollumfänglich erbracht. Das ergibt sich beispielhaft aus der Gesetzgebung des Kantons Aargau:

- 25 Gemäss § 28 Abs. 1 des Gesetzes über die Anstellung von Lehrpersonen (GAL) vom 17. Dezember 2002 basiert die Anstellung von Lehrpersonen auf einer durch den Grossen Rat festgelegten Jahresarbeitszeit und nach § 30 der Verordnung über die Anstellung und Löhne der Lehrpersonen (VALL) vom 13. Oktober 2004 erfolgt die Erfüllung des Berufsauftrags im Rahmen der festgelegten Jahresarbeitszeit.

§ 30 Allgemeiner Berufsauftrag

¹ Die Erfüllung des Berufsauftrags erfolgt im Rahmen der festgelegten Jahresarbeitszeit.

- 26 Die Formulierung ist klar.
- 27 Gestützt auf § 30 des Dekrets über die Löhne der Lehrpersonen vom 24. August 2004 (Lohndekret Lehrpersonen, LDLP; SAR 411.210) entspricht die Jahresarbeitszeit der Lehrpersonen grundsätzlich derjenigen des dem Personalgesetz unterstellten Staatspersonals (vgl. dazu auch Botschaft 00.187, S. 25). Für Letzteres gilt eine Sollarbeitszeit von 42 Wochenstunden (§ 5 der Arbeitszeitverordnung vom 1. September 1999 [AZV; SAR 161.115]).
- 28 Das Departement Bildung, Kultur und Sport (BKS) des Kantons Aargau und die Rektorenkonferenz der Kantonsschulen (RK) haben für die Lehrpersonen an eine Kantonsschule (dies als Beispiel) gemeinsam beschrieben, wie die Jahresarbeitszeit auszurechnen sei. BKS/RK gehen in ihren Berechnungen von einer Bruttojahresarbeitszeit von rund 2100 Stunden und unter Berücksichtigung der Ferien einer Nettojahresarbeitszeit von rund 1900 Stunden. BKS/RK sehen für die Kantonsschulen Folgendes:

	Netto-Jahresarbeitszeit	Berufsfelder		
		Unterricht / Klasse	Lehrpersonen	Schülerinnen Schule
Arbeitszeitanteile	100%	rund 87%	rund 5%	rund 8%
Lehrpersonen bis 49. Lebensjahr ¹	1900 h	1655 h	95 h	150 h
Lehrpersonen ab 50. bis 59. Lebensjahr ²	1875 h	1630 h	95 h	150 h
Lehrpersonen ab 60. Lebensjahr ³	1850 h	1610 h	90 h	150 h

Damit ist klar: Wer den *Berufsauftrag erfüllt*, leistet damit sein vertraglich geschuldetes Pensum. Wer ein Normalpensum von 23 Lektionen erfüllt, arbeitet (im Kanton Aargau) im Grundsatz zu 100%.

- 29 Ist das so, beinhaltet die Weisung, während der Schulfrühlingsferien Betreuungsarbeit in der Schule zu leisten, eine *Mehrbelastung*, sprich *Überstunden* (vgl. dazu lit. D nachfolgend). Das wird in anderen Kantonen genau gleich sein.
- 30 Es ist deshalb zu prüfen, ob Überstunden angeordnet werden können und mit welchen Folge dies verbunden ist.

D. Mehrleistungen

1. Leistung von Überstunden

- 31 Im privaten Arbeitsrecht (Art. 321c OR) wie auch im öffentlichen Personalrecht besteht die *Pflicht*, *notwendige Überstunden* zu leisten, soweit dies dem Angestellten nach Treu und Glauben zumutbar ist.
- 32 Ob die Leistung von Überstundenarbeit nach Treu und Glauben zumutbar ist, hängt stark von den persönlichen Verhältnissen ab. Unter Überstunden versteht man *zusätzliche* Arbeitszeit, die entweder durch den Vorgesetzten vorgängig angeordnet wird oder dienstlich notwendig war und nachträglich genehmigt wurden. Solche Überstunden sind durch die Gewährung von Freizeit in gleichen Umfang zu kompensieren. Ist dies aus betrieblichen Gründen nicht innert nützlicher Frist möglich, erfolgt ausnahmsweise eine Auszahlung. Wie sich das im konkreten Einzelfall verhält, muss für das jeweilige kantonale oder kommunale Recht einzelnen abgeklärt werden, da sich die Regelung von Art. 321 OR nicht im Sinn eines Grundsatzes in den kantonalen Regelungen niedergeschlagen haben, sondern unterschiedlich sind (und insbesondere regelmässig die Kompensationspflicht vorschrieben wird).
- 33 Diese Regelungen sind durchaus vielfältig:
- § 38d Abs. 2 der Verordnung über die Anstellung und Löhne der Lehrpersonen (VALL) vom 13. Oktober 2004 des Kantons Aargau sieht vor, dass von der Schulleitung angeordnete und vom zuständigen Departement vorab bewilligte Überstunden auf das folgende Schuljahr übertragen oder ausbezahlt werden.
 - § 11 der Lehrpersonalverordnung (LPVO) vom 19. Juli 2000 des Kantons Zürich hält fest, dass ein positiver Arbeitszeitsaldo beim Schuljahreswechsel auf das nächste Schuljahr übertragen werden kann, wenn entweder die Schulleitung der

Lehrperson zusätzliche Unterrichtslektionen oder Aufgaben übergibt oder die Lehrperson in Bezug auf die Tätigkeitsbereiche gemäss §§ 10 a und 10 b ausserordentliche, nicht vorgesehene Leistungen erbringen muss und darüber die Schulleitung innert zweier Wochen informiert hat.

- § 44 Abs. 2 der Verordnung des Regierungsrates über die Rechtsstellung der Lehrpersonen an den Volksschulen (RSV VS) vom 25. Januar 2005 des Kantons Thurgau bestimmt, dass Anspruch auf eine zusätzliche Entschädigung besteht, wo ein Auftrag erteilt wurde, welcher eine erhebliche Mehrbelastung mit sich bringt.

34 Diese drei Grundlagen zeigen exemplarisch zweierlei auf:

- Die Schulleitung kann (ausserordentliche) Mehrarbeit anordnen und von der Lehrperson dürfen zusätzliche Leistungen (Mehrarbeit) erwartet werden.
- Zum anderen ist aber auch klar, dass die ausserordentliche Mehrarbeit als Überstunden oder positiver Gleitzeitsaldo übertragen werden können, was zur Kompensation oder zum finanziellen Ausgleich berechtigt.

35 Die Regelung im Kanton Bern (Ferienbetreuung, vgl. Rz. 3) bildet dieses Ergebnis ab. Die Lehrpersonen können (nach Auffassung der Behörden) zwar zur Betreuung während der Schulfrühlingsferien herangezogen werden, zugleich wird der Einsatz entschädigt. Dieses Ergebnis entspricht auch dem im Arbeitsrecht geltenden Austauschverhältnis der Leistungen. Danach verspricht der Arbeitgeber Lohn für eine fixierte Arbeitszeit. Muss diese Arbeitszeit auf Anordnung des Arbeitgebers hin überschritten werden, ist Ersatz zu leisten.

36 Nicht in allen personalrechtlichen Regelungen finden sich Bestimmungen zu den Überstunden; dass Überstunden bezahlt werden müssen, ist gestützt auf Vertragsverhältnis zwischen den Parteien aber klar. Im Kanton Basel-Stadt regelt § 17 der Ordnung für die Lehrpersonen vom 10. November 1930 (Stand 18. August 2014), dass die Durchführung von Veranstaltungen, die der Weiterbildung der Lehrerschaft oder den Interessen der Schule dienen, während den Schulferien angeordnet werden können und diese, soweit sie mit erhebli-

chen Mehrleistungen verbunden sind, angemessenem abgegolten werden müssen. Eine Entschädigungspflicht für geleistete Überstunden lässt sich daraus zumindest sinngemäss ableiten.

Für Rückfragen stehe ich Ihnen zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'm. merker', with a stylized flourish at the end.

Dr. Michael Merker