

BVGer A-663/2017 vom 27. September 2018

Bundesverwaltungsgericht, 2018-09-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-663_2017

FR: TAF A-663/2017 du 27 septembre 2018

IT: TAF A-663/2017 del 27 settembre 2018

Regeste

Bundespersional

Erwägungen

E. 1.1

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz i.S.v. Art. 33 VGG entschieden hat. Bei der Arbeitgeberin handelt es sich um eine Vorinstanz gemäss Art. 33 Bst. d VGG (vgl. Anhang 1, B. Ziff. V 1.6 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV, SR 172.010.1]). Die Verfügung vom 30. Dezember 2016 ist ein zulässiges Anfechtungsobjekt und kann direkt beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (vgl. Art. 36 Abs. 1 BPG [SR 172.220.1]). Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

E. 1.2

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Der Beschwerdeführer ist als Adressat des angefochtenen Entscheids, mit dem der Abzug der durch ihn geleisteten Mehrarbeit von seinem Zeitsaldo verfügt wurde, beschwert. Er ist deshalb zur Beschwerde legitimiert.

E. 1.3.1

Der Anfechtungsgegenstand ergibt sich aus der angefochtenen Verfügung. Objekt des Beschwerdeverfahrens kann nur sein, was bereits Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war oder bei richtiger Rechtsanwendung hätte sein sollen. Gegenstände, über die die Vorinstanz nicht entschieden hat und über die sie nicht zu entscheiden hatte, sind aus Gründen der funktionellen Zuständigkeit durch die zweite Instanz nicht zu beurteilen. Innerhalb des Anfechtungsgegenstandes bestimmt sich der Streitgegenstand nach den von der Beschwerde führenden Partei gestellten Anträgen. Streitgegenstand ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, soweit es im Streit liegt. Die Rechtsmittelinstanz darf die Verfügung grundsätzlich nur insoweit überprüfen, als sie angefochten ist. Massgebend für die Bestimmung des Streitgegenstandes ist somit die rechtliche Wirkung, nicht die Begründung oder Herleitung. Soweit ein Antrag über den Anfechtungsgegenstand hinaus geht, tritt die Rechtsmittelbehörde auf die Beschwerde nicht ein (BGE 136 II 457 E. 4.2, 133 II 35 E. 2; Urteile des BGer 2A.121/2004 vom 16. März

2005 E. 2.1, 2C_642/2007 vom 3. März 2008 E. 2.2; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2080/2016 vom 26. Januar 2017 E. 2.1, A-7228/2015 vom 26. Mai 2016 E. 1.2, A-5099/2015 vom 20. Januar 2016 E. 1.2.1; Thomas Flückiger, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Aufl., Zürich 2016 [nachfolgend: Praxiskommentar VwVG], Art. 7 Rz. 18 f.; Frank Seethaler/Fabia Portmann, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 52 Rz. 38; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.8 mit Hinweisen).

E. 1.3.2

Die angefochtene Verfügung vom 30. Dezember 2016 legt fest, dass der Beschwerdeführer 45.3 Stunden ohne entsprechenden Auftrag und entgegen der Einsatzliste "Sport- und Schwimminstruktoren [...]" unberechtigt bezogen habe und dass daher auf Jahresende 2015 von seinem Zeitsaldo in diesem Umfang ein Abzug vorzunehmen sei. Demgegenüber stellt der Beschwerdeführer in seiner Beschwerdeschrift vom 31. Januar 2017 den Antrag, es seien ihm 53.65 Stunden im Zeitsaldo gutzuschreiben. Gemäss den oben gemachten Ausführungen übersteigt dieses Begehren den Anfechtungsgegenstand um 8.35 Stunden und liegt in diesem Umfang auch ausserhalb des - hier mit dem Anfechtungsgegenstand deckungsgleichen - Streitgegenstandes.

E. 1.3.3

Insofern als das Rechtsbegehren des Beschwerdeführers ausserhalb des Streitgegenstandes liegt, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (vgl. Seethaler/Portmann, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 52 Rz. 38).

E. 1.4

Die Beschwerde wurde im Übrigen frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG), weshalb mit obiger Einschränkung darauf einzutreten ist.

E. 2.1

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit voller Kognition und überprüft angefochtene Verfügungen auf Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Unangemessenheit (vgl. Art. 49 VwVG).

E. 2.2

Das Bundesverwaltungsgericht stellt den rechtserheblichen Sachverhalt, unter Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien (vgl. Art. 13 VwVG), von Amtes wegen fest (Art. 12 VwVG) und wendet das Recht grundsätzlich frei an, ohne an die Parteianträge oder die rechtlichen Begründungen der Parteien gebunden zu sein (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

E. 3

Vorliegend stellt sich die Frage, ob die vom Beschwerdeführer ausgewiesene Mehrarbeit von der Arbeitgeberin resp. der Vorinstanz angeordnet oder nachträglich anerkannt wurde. Hingegen ist unbestritten, dass die erfassten Arbeitszeiten tatsächlich geleistet wurden.

E. 3.1

Der Beschwerdeführer macht in seiner Beschwerdeschrift vom 31. Januar 2017 im Wesentlichen geltend, seine Vorgesetzten seien stets über die geleistete Mehrarbeit und seine Arbeitszeiten informiert gewesen. Es sei sodann ihre Pflicht, das Mehrarbeit- und Überzeitguthaben der Mitarbeiter laufend zu überwachen. Durch die Kenntnisnahme der erfassten sowie der per E-Mail an die Vorgesetzten mitgeteilten Arbeitszeiten hätten diese ohne Widerspruch erhoben zu haben die Mehrarbeit konkludent anerkannt. Es widerspreche sodann Treu und Glauben, wenn Ende Jahr die bis anhin tolerierte Leistung von Mehrarbeit rückwirkend nicht mehr anerkannt und korrigiert werde. An der Sitzung vom 26. Februar 2015 sei sodann eine solche auch nicht Thema gewesen, sondern vielmehr, wie diese zu erfassen und wie mit ihr umzugehen sei.

E. 3.2

Die Vorinstanz macht demgegenüber in ihrer Vernehmlassung vom 6. März 2017 geltend, es obliege grundsätzlich nicht den Mitarbeitenden, ihre Arbeitszeiten selber zu bestimmen. Vielmehr mache der feste Dienstplan genaue Vorgaben, wann und wie lange jemand zu arbeiten habe. Diese Grundsätze, welche auch für Mitarbeitende, welche tageweise Dienst im AZL leisten, gelten würden und sich auf gesetzliche Grundlagen sowie die detaillierten Personalvorschriften der EZV stützten, seien dem Beschwerdeführenden kommuniziert worden. Dieser habe nicht akzeptiert, dass sich die Einsätze im AZL ausschliesslich auf die Durchführung der definierten Lektionen beziehen würden, weshalb am 26. Februar 2015 eine Sitzung einberufen worden sei. Dabei sei der Beschwerdeführer nochmals darauf hingewiesen worden, dass der vorgeschriebene Einsatz im AZL nur dann Mehrarbeit generiere, wenn dieser durch die Führung des AZL oder durch die Postenführung angeordnet werde. Ohne eine solche Anordnung sei nur die Einsatzliste verbindlich und gelte als fester Dienstplan. Im Übrigen führt die Vorinstanz aus, die vom Beschwerdeführer eingereichten Spesenblätter hätten keine Rückschlüsse über geleistete Mehrarbeit zugelassen. Eine solche hätte sodann vom Teamchef (auf dem Grenzwachposten) im PEP kontrolliert werden müssen. Aufgrund der physischen Abwesenheit des Beschwerdeführers vom Grenzwachposten sei man im Vertrauen davon ausgegangen, dass die Zeiten korrekt und gemäss Abmachung von diesem erfasst würden.

E. 3.3

Für die Angehörigen des Grenzwachtkorps richtet sich der Umgang mit Mehrarbeit und Überzeit nach dem Dienstdokument "Personalvorschriften D52", welches sich auf Art. 17a Abs. 2 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) sowie dessen Ausführungsbestimmung Art. 65 der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV, SR 172.220.111.3) stützt. Demnach werden Mehrarbeit und Überzeit nur abgegolten, wenn sie angeordnet oder nachträglich anerkannt wurden (Art. 17a Abs. 2 BPG), wobei die Kompetenz zu deren Anordnung, Bewilligung und Anerkennung bei den Kreisdirektionen, den Grenzwachtkommandos und den (Haupt-)Abteilungen 1-6 der Oberzolldirektion liegt (Ziff. 5.1.2 der Personalvorschriften D52). Aufgrund von Art. 6 Abs. 2 BPG kommen bei der Beurteilung von Fragen betreffend Überstunden bzw. Überzeit in Bezug auf Arbeitsverhältnisse des Bundespersonals ohne weiteres die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220), d.h. insbesondere auch die betreffende Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung.

E. 3.3.1

Erhebt ein Arbeitnehmer Anspruch auf eine Entschädigung für Überstunden bzw. Überzeit (als solche hat auch die Anrechnung von Mehrarbeit an das Zeitguthaben ohne finanzielle Abgeltung zu gelten), so hat er zu beweisen, dass er diese geleistet hat (Urteil des BGer 4A_42/2011 und 4A_68/2011 vom 15. Juli 2011 E. 6; Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015 [nachfolgend: BSK-OR], Art. 321c Rz. 13, 17). Vorliegend ist nicht bestritten, dass der Beschwerdeführer die Mehrarbeit tatsächlich geleistet und seine Arbeitszeiten wahrheitsgemäss erfasst hat. Jedenfalls macht die Vorinstanz nicht geltend, die Erbringung der vom Beschwerdeführer notierten Mehrarbeit werde an sich bezweifelt (Urteil des BGer 4C.142/2005 vom 15. Juni 2006 E. 5).

E. 3.3.2

Der Nachweis, die entsprechende Mehrarbeit erbracht zu haben, reicht für sich alleine nicht dafür aus, eine Entschädigung zu erlangen (Urteil des BGer 4C.75/2002 vom 10. Januar 2003 E. 2.1). Vielmehr muss aufgezeigt werden, dass es sich um Überstunden bzw. Überzeit im Sinne von Art. 321c OR handelt, die Mehrleistung also notwendig war (vgl. Urteil des BGer 4C.110/2000 vom 9. Oktober 2000 E. 2a/aa). Dies ist zum einen der Fall, wenn der Arbeitgeber die Überstunden ausdrücklich angeordnet hat (Urteil des BGer 4C.133/2000 vom 8. September 2000 E. 3b), oder wenn die Überstunden nachträglich vom Arbeitgeber bewilligt wurden (Jürg Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag: Kommentar zu den Art. 319-343 OR, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 321c Rz. 12b). Eine solche Genehmigung kann auch stillschweigend erfolgen, indem der Arbeitgeber auf gemeldete Überstunden keinen Einspruch erhebt (Urteil 4C.110/2000 E. 2a/aa; vgl. auch BGE 86 II 155; Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012 (nachfolgend: Praxiskommentar Arbeitsvertrag), Art. 321c Rz. 10 S. 224; Adrian STAEHELIN, in: Zürcher Kommentar, Bd. V/2c, Art. 319-230a OR, 4. Aufl. 2006, Art. 321c Rz. 13 f.). Den Nachweis der Notwendigkeit der Überstunden hat der Arbeitnehmer nicht zu erbringen, wenn er beweist, dass der Arbeitgeber über die Leistung der Überstunden informiert war (Urteil des BGer 4A_338/2011 E. 2.2; Entscheid des Zürcher Obergerichts vom 5. Juli 2017 LA170003 E. 11).

E. 3.3.3

Aufgrund seiner Treuepflicht (Art. 20 Abs. 1 BPG) hat der Arbeitnehmer Überstunden, die er ohne Wissen des Arbeitgebers leistet, grundsätzlich innert nützlicher Frist anzuzeigen, sodass der Arbeitgeber darauf reagieren kann (BGE 129 III 171 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch BGE 86 II 155 E. 2 S. 157). Innerhalb welchen Zeitraums die Anzeige zu erfolgen hat, ist umstritten. Zu beachten ist dabei, dass die Anzeige nicht der zeitnahen Überprüfung der geltend gemachten Überstunden dient, sondern dem Arbeitgeber ermöglichen soll, organisatorische Massnahmen zur Verhinderung künftiger Mehrarbeit vorzukehren (BGE 129 III 171 E. 2.4). Aus welchem Grund bzw. in welcher Form der Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber die geleisteten Überstunden kommuniziert, ist unerheblich. Wesentlich ist, dass dem Arbeitgeber anhand der Rapporte die Möglichkeit zur Kenntnisnahme offen steht. Ob er diese effektiv wahrnimmt, ist irrelevant. (BVGE 2015/31, 445 E. 6.2.3, vgl. auch Urteil des BGer 4C.133/2000 vom 8. September 2000 E. 3b; Judith Bregnard-Lustenberger, Überstunden- und Überzeitarbeit, Diss., Bern 2006, S. 70 f. mit weiteren Hinweisen).

E. 3.3.4

Keine Überstunden sind Mehrleistungen des Arbeitnehmers, welche gegen den ausdrücklichen Willen des Arbeitgebers erbracht werden (vgl. Urteil des BGer 4C.110/2000 E. 2a/aa). Dies gilt auch dann, wenn die Mehrarbeit betrieblich notwendig ist, mithin im objektiven Interesse des Arbeitgebers liegt. Gibt der Arbeitgeber klar zu verstehen, dass keine Überstunden zu leisten sind, so hat sich der Arbeitnehmer an eine solche Weisung zu halten, allenfalls mit der Konsequenz, dass gewisse Aufgaben mangels zur Verfügung stehender Zeitressourcen nicht mehr wahrgenommen werden, was dem Arbeitnehmer jedoch nicht im Nachhinein vorgeworfen werden darf (vgl. Urteile des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2014.00089 vom 16. April 2014 E. 3.5.2 und VB.2013.00242 vom 23. Oktober 2013 E. 2.7.2). Leistet der Arbeitnehmer dennoch gegen den Willen des Arbeitgebers Überstunden, so müssen ihm diese nicht entschädigt werden. Umgekehrt kann sich der Arbeitgeber, der die Leistung von Überstunden zwar einer expliziten Anordnung unterstellt oder untersagt hat, ihre spätere Erbringung jedoch vorbehaltlos duldet, nicht von seiner Pflicht zur Entschädigung der Überstunden befreien (Urteil des BGer 4C.110/2000 E. 2a/aa; Streiff/von Kaenel/Rudolf, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, Art. 321c Rz. 10 S. 225 mit weiteren Hinweisen). Das Einverständnis des Arbeitgebers ergibt sich in einem solchen Fall aus seinem Verhalten, mit dem er sich in Widerspruch zu seiner früheren Anordnung setzt (vgl. Urteil des BGer 4C.110/2000 E. 3d; Bregnard-Lustenberger, a.a.O., S. 72 mit weiteren Hinweisen).

E. 3.4

Gemäss dem vorliegend durch die Parteien übereinstimmend dargestellten Sachverhalt kamen nach der Aufnahme der Tätigkeit als Sport- und Schwimminstruktor am AZL durch den Beschwerdeführer im Frühjahr 2014 vermehrt Fragen zur Zeiterfassung betreffend die Einsätze im AZL und auf dem Grenzwachtposten zur Sprache.

E. 3.4.1

Der Beschwerdeführer macht diesbezüglich im Wesentlichen geltend, er habe sich im Glauben befunden, die Mehrarbeit sei im Interesse der Vorinstanz notwendig oder gelte als angeordnet. Anlässlich der Sitzung vom 26. Februar 2015 sei ihm sodann auch nicht mitgeteilt worden, dass die bisher geleistete Mehrarbeit nicht anerkannt werde, auch sei sein Zeitsaldo nie berichtigt worden. Erst Ende Jahr sei die Vorinstanz auf die geleistete Mehrarbeit zurückgekommen und habe eine Korrektur vorgenommen. Diese Vorgehensweise erweise sich deshalb als widersprüchlich.

E. 3.4.2

Die Vorinstanz führt demgegenüber aus, die Unklarheiten seien mit dem Verweis auf die geltenden rechtlichen Grundlagen gemäss BPG, BPV und Personalvorschriften (D52) geklärt worden. Ebenso sei kommuniziert worden, dass sich die Einsätze auf die festgelegten Ausbildungszeiten und Tagesleistungen gemäss Einsatzliste "Sport- und Schwimminstruktoren [...]" beschränken würden und keine zusätzlichen Aufgaben zu übernehmen seien. Die Vorinstanz bemängelt in erster Linie, das Verhalten des Beschwerdeführers habe sich auch aufgrund dieser Erklärungen und Präzisierungen zur Vorgehensweise bei der Zeiterfassung nicht geändert. Dies habe sie letztendlich dazu veranlasst, die Sitzung vom 26. Februar 2015 einzuberufen.

E. 3.4.3

Wie den Akten zu entnehmen ist, summierte sich die im Jahr 2015 bis zu diesem Datum durch den Beschwerdeführer geleistete und durch die vorgesetzte Stelle festgestellte - sowie

aberkannte und damit bestrittene - Mehrarbeit auf 31.9 Stunden. Von diesem Betrag zu subtrahieren sind insgesamt 3.6 Stunden Mehrarbeit, welche am 12., 24. und 25. Februar 2015 erbracht und durch die Vorinstanz mit Stellungnahme vom 6. März 2017 nachträglich anerkannt wurden. Vom Streit betroffen sind demzufolge insgesamt 28.3 Stunden Mehrarbeit, welche vor dem 26. Februar 2015 geleistet wurden.

E. 3.4.4

Es stellt sich die Frage, ob die Mehrarbeit in diesem Umfang zu Recht aberkannt und vom Zeitsaldo abgezogen wurde und wie sich die Vorgehensweise der Vorinstanz mit dem Prinzip von Treu und Glauben verhält. Der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101] bzw. Art. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]) gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr und ist für Beziehungen unter den Privaten wie für das Verhältnis zwischen dem Gemeinwesen und Privaten elementar. Dies bedeutet für den Bereich des öffentlichen Rechts, dass Behörden und Private in ihren Rechtsbeziehungen gegenseitig aufeinander Rücksicht zu nehmen haben und sich nicht widersprüchlich oder rechtsmissbräuchlich verhalten dürfen (BGE 136 II 187 E. 8.1, Urteil des BGer 1C_502/2009 vom 16. März 2010 E. 3.2; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St.Gallen 2016, Rz. 620 f.). Ein widersprüchliches Verhalten liegt insbesondere dann vor, wenn ein Handeln inkonsequent oder schwankend ist, d.h. wenn ein bestimmtes Vorgehen der Behörde durch den Gegenpart als sachlich unbegründet oder früheren Aussagen entgegen stehend wahrgenommen wird (vgl. Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, §22 Rz. 21 f.; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 712 ff.). Letztendlich gilt widersprüchliches Verhalten als rechtsmissbräuchlich (vgl. Christoph Rohner, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St.Gallen 2014, Art. 9 Rz. 53 ff.; Baumann, in: Zürcher Kommentar zum ZGB, Art. 2 Rz. 380 ff. und 385 ff.).

E. 3.4.5

Wie den Akten zu entnehmen ist, hat sich die Mehrarbeit des Beschwerdeführers tatsächlich über die Monate Januar und Februar 2015 kontinuierlich angesammelt. Diese Zunahme lässt sodann auch nicht erkennen, dass der Beschwerdeführer sein Verhalten aufgrund der von ihm bestrittenen Erklärungen und Präzisierungen der Vorinstanz zur Zeiterfassung geändert hätte. Das Thema der Leistung von Mehrarbeit wurde sodann anlässlich der Sitzung vom 26. Februar 2015 aufgegriffen und - wie die Vorinstanz ausführt - wurde dem Beschwerdeführer begreiflich gemacht, dass Mehrarbeit unerwünscht sei und dass allein die in der Einsatzliste vorgesehenen Einsatzzeiten als Arbeitszeit zu erfassen seien. Hingegen ist nicht behauptet und nicht belegt, dass die Vorinstanz anlässlich dieser Sitzung eine Streichung der bis dahin geleisteten Mehrstundenangeordnet oder in Aussicht gestellt hätte. Stattdessen liess sie die bestehenden Überstunden im Zeitsaldo stehen und kam erst im Oktober 2015 aufgrund einer Anfrage des Beschwerdeführers betreffend die Anrechnung zweier Anlässe wieder darauf zurück, was schlussendlich am Jahresende 2015 zu einer Aberkennung u.a. dieser vor dem 26. Februar 2015 geleisteten Überstunden resp. zu einer Korrektur des Zeitsaldos führte.

E. 3.4.6

Dieses Vorgehen bzw. Verhalten der Vorinstanz ist widersprüchlich und verletzt den Grundsatz von Treu und Glauben. Mit dem Verzicht auf eine Berichtigung anlässlich der Sitzung vom 26. Februar 2015 wurde demzufolge die vor diesem Datum geleistete Mehrarbeit im Umfang von 28.3 Stunden stillschweigend anerkannt. Sie ist dem Beschwerdeführer erneut in seinem Zeitsaldo gutzuschreiben.

E. 3.5.1

Der Beschwerdeführer führt weiter aus, es sei vor allem Thema der Sitzung vom 26. Februar 2015 gewesen, wie die Arbeitszeiten künftig erfasst werden sollten, wie mit der Mehrarbeit umzugehen sei und dass die gemäss Einsatzliste vorgesehenen sowie zusätzlichen z.T. administrativen Tätigkeiten nicht in der von der Vorinstanz vorgegebenen Zeitrahmen zu erledigen gewesen seien, weshalb Mehrarbeit entstanden sei. Man sei deshalb darin überein gekommen, dass er zur transparenten Erfassung seiner Arbeitszeiten künftig die Mehrzeiten immer mit einem blauen und Minderzeiten mit einem roten Balken in der Personaleinsatzplanung markiere, wobei die Zeiterfassung so geführt werden solle, dass sich rote und blaue Balken ausgleichen würden. Zusätzlich sei vereinbart worden, dass aussergewöhnliche Mehrzeiten per Mail an die vorgesetzte Stufe begründet werden sollten. Auf diese Weise seien seine Vorgesetzten jederzeit über seine Arbeitszeiten und die Mehrarbeit informiert gewesen, weshalb diese als anerkannt zu gelten habe.

E. 3.5.2

Betreffend Ziel und Zweck der Sitzung vom 26. Februar 2015 stimmt die Sachverhaltsdarstellung der Vorinstanz weitgehend mit jener des Beschwerdeführers überein. Dieser sei nochmals mit Nachdruck darauf hingewiesen worden, dass der vorgeschriebene Einsatz im AZL nur dann Mehrarbeit generiere, wenn dieser durch die Führung AZL oder durch die Postenführung angeordnet worden sei. Ohne explizite Anordnung der Leistung von Mehrarbeit sei nur die Einsatzliste verbindlich und gelte als fester Dienstplan, nach welcher die Angehörigen des GWK ihren Dienst zu verrichten hätten. Auf diese Weise sei detailliert erläutert worden, wie die Einsätze der Sport- und Schwimminstruktoren sowie deren Zeitanrechnung zu vollziehen seien. Auch sei durch das Kommando [...] eine ergänzende Erläuterung zu den bestehenden Vorschriften gemäss D52 abgegeben worden. Von einem zeitlichen Ausgleich zwischen roten und blauen Balken sei hingegen nicht die Rede gewesen. Allerdings bestätigt die Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer seine Mehr- und Minderzeiten in der Personaleinsatzplanung eingetragen habe und dass sowohl Vorgesetzte als auch Schulleitung so indirekt betreffend der geleisteten Mehrarbeit informiert gewesen seien. Aufgrund einer Anfrage des Beschwerdeführers bezüglich der Anrechnung zweier Anlässe habe sie sich sodann im Oktober 2015 veranlasst gesehen, rückwirkend dessen Zeiterfassung zu überprüfen. Dabei habe sie festgestellt, dass der Beschwerdeführer zwischen Ende Januar und Ende Oktober 2015 ca. 60 Stunden Mehrarbeit unberechtigt eingegeben habe.

E. 3.5.3

Wie den Akten zu entnehmen ist, leistete der Beschwerdeführer auch nach der Sitzung vom 26. Februar 2015 immer wieder Mehrarbeit, was er damit begründet, die Arbeit sei nicht in dem von der Vorinstanz vorgegebenen Zeitrahmen zu erledigen gewesen. Dabei hielt er sich jedoch - von den Parteien nicht bestritten - an die Abmachungen, seine effektiv erbrachten Arbeitsleistungen gemäss Usanz beim Grenzwachtkorps (GWK) in der Personaleinsatzplanung, dem Einsatzplanungs- und Zeiterfassungssystem des GWK,

festzuhalten und mit den entsprechenden farblichen Markierungen zu versehen. Nach der Darstellung des Beschwerdeführers hat er auch immer wieder seine Vorgesetzten via E-Mail über ausserordentliche Mehrarbeitszeiten informiert, was u.a. auch der durch die Vorinstanz zu den Akten gereichten Arbeitszeitkontrolle des Beschwerdeführers entnommen werden kann. Der streitbare Umfang dieser Mehrarbeit leitet sich aus dem Streitgegenstand von 45.3 Stunden und den vor dem 26. Februar 2015 geleisteten 31.9 Stunden ab. Davon abzuziehen sind wiederum 2.4 Stunden, welche am 20. und am 28. August 2015 geleistet und von der Vorinstanz mit Vernehmlassung vom 6. März 2017 anerkannt wurden. Es verbleiben deshalb restliche 11 bestrittene Stunden, über welche zu entscheiden ist.

E. 3.5.4

Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 6. März 2017 ausführt, wurde dem Beschwerdeführer anlässlich der Sitzung vom 26. Februar 2015 klar dargelegt, wie er seine Arbeitszeit zu erfassen habe. Dabei sei ihm auch begreiflich gemacht worden, dass Mehrarbeit weder verlangt, noch erwünscht sei. Dieser Darstellung widerspricht der Beschwerdeführer und führt in seinen Schlussbemerkungen vom 21. April 2017 aus, er sei bis Oktober 2015 nie aufgefordert worden, die Mehrarbeit zu unterlassen. Auch macht er geltend, die bis dahin akkumulierte Mehrarbeit hätte ihm bereits während des Jahres aberkannt werden müssen und nicht erst Ende 2015. Aufgrund der durch die Vorinstanz zum Inhalt der Sitzung vom 26. Februar 2015 gemachten Ausführungen ist durchaus davon auszugehen, dass dem Beschwerdeführer mit Abschluss dieser Sitzung bekannt war, wie die Arbeitszeiterfassung des GWK funktioniert. Er wurde erneut darauf hingewiesen, dass sich die in der Personaleinsatzkontrolle einzutragende Arbeitszeit gemäss der Personalvorschrift D52 nach der Einsatzliste richtet und dass Abweichungen davon ausschliesslich von der vorgesetzten Stelle angeordnet oder im Nachhinein anerkannt werden müssen. Dies gilt umso mehr, als dem Beschwerdeführer Erläuterungen des [...] Kommando [...] ausgehändigt wurden, welche diese Grundsätze der Zeiterfassung festhalten. Selbst wenn ein Verbot der Leistung von Mehrarbeit gegenüber dem Beschwerdeführer nicht ausdrücklich ausgesprochen wurde, musste der Beschwerdeführer jedoch erkennen, dass die Leistung von Mehrarbeit von der Vorinstanz unerwünscht ist. Dennoch leistete er entgegen den Anweisungen der vorgesetzten Stufe Mehrarbeit. Grundsätzlich gelten vor diesem Hintergrund erbrachte Überstunden nicht als entschädigungsfähig resp. anrechenbar (vgl. E. 3.3.4), selbst wenn der Beschwerdeführer geltend macht, er habe die zu erledigenden Aufgaben nicht in der durch die Einsatzliste vorgegebenen Zeitspanne erledigen können und die Arbeitsleistungen seien im Interesse der Vorinstanz erfolgt.

E. 3.5.5

Anders präsentiert sich die Rechtslage allerdings dann, wenn trotz Verbot weiterhin Mehrarbeit geleistet, dies jedoch vom Arbeitgeber geduldet wird (vgl. E. 3.3.1 ff.): Aus den Akten ist ersichtlich, dass sich der Beschwerdeführer insofern an die Abmachungen vom 26. Februar 2015 gehalten hat, als er geleistete Mehrarbeit per E-Mail (z.B. vom 27. Februar 2015, vom 21. April 2015 und vom 30. April 2015) dem Dienstchef Personal- und Qualitätsmanagement Grenzwachtregion [...] sowie dem Direktvorgesetzten zur Kenntnis brachte. Auch hat er seine geleistete Mehrarbeit in der Personaleinsatzkontrolle vorgenommen und mit blauen Balken versehen. Wiederholt hat er offenbar auch versucht, dieser Mehrarbeit durch rote Balken markierte Minderzeiten entgegenzusetzen, um den Zeitsaldo auszugleichen. Dem Beschwerdeführer kann somit auch für die Zeit nach dem 26.

Februar 2015 nicht vorgeworfen werden, er habe es darauf angelegt, durch Anhäufung von Überstunden zusätzliche Freizeit zu generieren. Ebenso geht aus den Akten hervor, dass der Beschwerdeführer immer wieder die vorgesetzte Stelle über erbrachte Mehrarbeit informiert hat. Mit der Führung der Zeiterfassung - und erst recht mit den betreffenden E-Mails - hat der Beschwerdeführer jedenfalls der vorgesetzten Stufe die Mehrarbeit angezeigt und ist damit seiner Treuepflicht nachgekommen. Damit wird ihm der Nachweis der Notwendigkeit der Überstunden abgenommen (vgl. Entscheid des Zürcher Obergerichts vom 5. Juli 2017 LA170003 E. 11; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, Art. 321c OR, Rz. 10, S. 224 f.).

E. 3.5.6

Demnach bestand für die vorgesetzte Stelle jederzeit die Möglichkeit, die Arbeitszeiterfassung des Beschwerdeführers einzusehen und Unregelmässigkeiten in Bezug auf angeblich ungerechtfertigt geleistete Mehrarbeit des Beschwerdeführers festzustellen (vgl. BVGE 2015/31, 445 E. 6.2.3). Ob die Kenntnisnahme - wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht, jedoch von der Vorinstanz bestritten - aufgrund der Spesenblätter erfolgen konnte oder nicht, ist sodann irrelevant (vgl. E. 3.3.2 f.). Aufgrund der mit diesem geführten Diskussionen, der Sitzung vom 26. Februar 2015 sowie der Pflicht, die Arbeitszeiten ihrer Mitarbeitenden laufend zu kontrollieren (vgl. Ziff. 5.1.2 der Personalvorschriften D52), musste sich die Vorinstanz jedenfalls der Problematik der generierten Mehrarbeit bewusst sein. Wie sie selber ausführt, wäre es Aufgabe des vorgesetzten Teamchefs gewesen, die Einträge des Beschwerdeführers zu kontrollieren, doch räumt sie ein, dies sei unterlassen worden. Zwar bringt die Vorinstanz vor, die Vorgesetzten hätten den Beschwerdeführer mehrmals mündlich darauf hingewiesen, wie er die Arbeitszeit korrekt zu erfassen habe, dass die tägliche Maximalarbeitszeit 8.3 Stunden betrage und dass keine unbewilligte Mehrarbeit zu leisten sei. Trotz dieser klaren Vorgaben habe der Beschwerdeführer jedoch diese Weisungen missachtet, was durchaus auch disziplinarische Massnahmen hätte nach sich ziehen können. Ein schriftlicher Beleg für diese Ermahnungen liegt indessen nicht vor. Angesichts der Tragweite des Verstosses gegen Dienstanweisungen und der möglichen Ahndung mittels einer Disziplinarstrafe wäre die Erstellung eines solchen allerdings angebracht gewesen. Vielmehr wurde die Mehrarbeit des Beschwerdeführers erst im Oktober 2015 wieder aufgrund einer Anfrage betreffend die Anrechnung seines Einsatzes zugunsten des Rheinschwimmens sowie des Städtlilaufs thematisiert. Es ist demzufolge davon auszugehen, dass die Vorinstanz - entgegen ihrer Verpflichtung zur laufenden Kontrolle und im Wissen um die Problematik - den Beschwerdeführer in der Zeit zwischen dem 26. Februar 2015 und Ende Oktober 2015 bei der Arbeitszeiterfassung - und damit bei der Leistung weiterer Mehrarbeit - gewähren liess. Sie unterliess es sodann, eine sofortige Bereinigung des Zeitsaldos (z.B. jeweils Ende Monat) durch Aberkennung der angefallenen Mehrzeiten vorzunehmen und ihren Standpunkt, es dürften keine Überstunden geleistet werden, konsequent zu bekräftigen. Wie der Beschwerdeführer zutreffend geltend macht, wurde erst Ende des Jahres 2015 (resp. mit Schreiben vom 5. Januar 2016) eingegriffen, indem ein Abzug vom Zeitsaldo vorgenommen wurde. Dieses Verhalten erweist sich gemäss der oben ausgeführten Rechtsprechung und Lehre offensichtlich als widersprüchlich, musste der Beschwerdeführer doch im Dulden der sich weiter akkumulierenden Mehrarbeit durch die Vorinstanz deren Einverständnis mit seinem Handeln erkennen (vgl. E. 3.3.4).

E. 3.5.7

Die Vorinstanz hat sich mit ihrem Verhalten in Widerspruch zu ihrer ursprünglichen Weisung gesetzt, indem sie die weitere Generierung von Überstunden toleriert hat. Auch die nach der Sitzung vom 26. Februar 2015 geleisteten Überstunden haben deshalb im Umfang von 11 Stunden als stillschweigend anerkannt zu gelten und sind dem Beschwerdeführer in seinem Zeitsaldo wieder gutzuschreiben.

E. 4

Wenn der Beschwerdeführer sodann vorbringt, die zu erbringenden Lektionen seien an einzelnen Tagen derart über den Tag hinweg verteilt gewesen, dass ihm eine Verschiebung auf den Grenzwachtposten nicht möglich war und dadurch eine "Totzeit" am AZL entstanden sei, welche er zwar im Interesse des AZL eingesetzt habe, ihm als geleistete Mehrarbeit jedoch aberkannt wurde, wirft er implizit die Frage nach dem Annahmeverzug des Arbeitgebers auf. Ein solcher Fall liegt vor, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung gehörig anbietet, der Arbeitgeber diese jedoch - z.B. aus betriebstechnischen oder wirtschaftlichen Gründen - verschuldet oder unverschuldet ablehnt. Dabei gerät der Arbeitnehmer in Annahmeverzug und bleibt gemäss Art. 324 Abs. 1 OR aber leistungspflichtig (vgl. BGE 124 III 346 E. 2a.; Urteil des BGer 8C_526/2017 vom 15. Mai 2018 E. 6.1.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5358/2016 vom 1. Mai 2017 E. 2.4; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, Art. 324 Rz. 3 f., 9; Portmann/Rudolph, BSK-OR, Art. 324 Rz. 3 ff.). Der Beschwerdeführer ist mit einem Beschäftigungsgrad von 100% angestellt, wobei eine Tagesleistung - wie die Vorinstanz selber verschiedentlich ausführt - 8.3 Stunden beträgt. Demzufolge hat der Arbeitnehmer auch das Recht, dass ihm pro Tag Arbeit in diesem Ausmass zugewiesen wird. Ob die Vorinstanz mit ihrem gekürzten Angebot von weniger Stunden - beispielsweise dann, wenn der Beschwerdeführer nicht mehr auf den Grenzwachtposten zu verschieben hatte - in Annahmeverzug geraten ist, kann vorliegend allerdings offengelassen werden, ist die Beschwerde doch bereits aus anderem Grund gutzuheissen.

E. 5

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz Kenntnis von der Mehrarbeit des Beschwerdeführers hatte oder die Möglichkeit bestand, diese zur Kenntnis zu nehmen. Ob sie dies auch tatsächlich tat, ist irrelevant. Dennoch liess sie ihn bei der weiteren Leistung von Mehrarbeit gewähren, indem sie die Mehrarbeit sich über das Jahr weiterhin akkumulieren liess und nicht durch eine sofortige Kürzung des Zeitsaldos einschritt. Selbst bei Kenntnis des Beschwerdeführers, dass die Mehrarbeit unerwünscht ist, muss sich die Vorinstanz ihr Verhalten deshalb als widersprüchlich anrechnen lassen. Die Mehrarbeit hat deshalb als durch sie nachträglich anerkannt zu gelten. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist und der Zeitsaldo des Beschwerdeführers im Umfang von insgesamt +45.3 Stunden zu berichtigen.

E. 6.1

Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist in personalrechtlichen Angelegenheiten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens kostenlos, ausser bei Mutwilligkeit (Art. 34 Abs. 2 BPG). Es sind deshalb bereits aus diesem Grund keine Verfahrenskosten zu erheben.

E. 6.2.1

Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei ist für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und

verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung und allfällige Auslagen der Partei. War der obsiegende Beschwerdeführer bereits in einem vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren vertreten, ist auch der in jenem Verfahren entstandene Aufwand zu entschädigen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-73/2014 vom 14. Juli 2014 E. 14 mit weiteren Hinweisen). Für die allfällige Vertretung im Rahmen eines erstinstanzlichen Verfahrens oder einem Einspracheverfahren vor einer Verwaltungsbehörde des Bundes kann das Bundesverwaltungsgericht dagegen selbst bei Obsiegen im Beschwerdeverfahren nur dann eine Parteientschädigung zusprechen, wenn ausnahmsweise eine ausdrückliche entsprechende gesetzliche Grundlage vorliegt (vgl. Marcel Maillard, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 64 Rz 1); Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 4.87). Das Anwaltshonorar wird dabei nach dem notwendigen Zeitaufwand bemessen, wobei der Stundenansatz für Anwälte mindestens Fr. 200.-- und höchstens Fr. 400.-- beträgt (Art. 10 Abs. 1 und 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]).

E. 6.2.2

Der Rechtsvertreter hat eine Kostennote in der Höhe von Fr. 5'537.15 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) eingereicht, wobei er auch Aufwendungen im Zusammenhang mit dem vorinstanzlichen Verfahren geltend macht, welches als Verwaltungsverfahren zu gelten hat. Im Bundespersonalrecht ist gestützt auf Art. 64 VwVG nur der Aufwand für ein Verfahren vor einer Beschwerdeinstanz zu entschädigen. Da es sich beim vorinstanzlichen Verfahren nicht um ein Beschwerdeverfahren handelte, ist die Kostennote entsprechend angemessen zu reduzieren. Der im Übrigen in der Kostennote geltend gemachte Aufwand für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht ist am erforderlichen Aufwand gemessen nachvollziehbar. Nach Abzug des Aufwandes für das Einigungsgespräch (3 h) sowie für die im Vorverfahren erfolgte Korrespondenz mit der Vorinstanz (1.5 h), ist die Parteientschädigung für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht auf insgesamt Fr. 4'322.15 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen. Die Parteientschädigung ist der Vorinstanz zur Bezahlung aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.