

Überstunden



Dr. iur. CHRISTOPH SENTI,
Rechtsanwalt, Altstätten/
St. Gallen

Inhaltsübersicht:

1. Vorbemerkungen
2. Voraussetzungen zur Leistungspflicht von Überstunden
 - 2.1. Notwendigkeit
 - 2.2. Zumutbarkeit
 - 2.3. Entscheide zur Frage der Notwendigkeit und Zumutbarkeit
3. Anordnung von Überstunden
 - 3.1. Anordnung durch den Arbeitgeber als Grundsatz
 - 3.2. Überstunden ohne ausdrückliche Anordnung des Arbeitgebers
 - 3.2.1. Notwendigkeit
 - 3.2.2. Meldepflicht
 - 3.2.3. Geltendmachung geleisteter Überstunden
 - 3.2.4. Arbeitszeitrapporte
 - 3.3. Vertragsklausel: Überstunden nur bei Anordnung durch den Arbeitgeber?
 - 3.4. Projektorientierte Entlohnung ohne Überstundenabgeltung
4. Art der Tätigkeit: mehrere Arbeitsverträge?
5. Vertragliche Vereinbarungen
 - 5.1. Zustimmung zur Kompensation von Überstunden
 - 5.2. Schriftform für Abreden betreffend Überstundenabgeltung
6. Überstunden inbegriffen bei leitenden Angestellten?
 - 6.1. Im Grundsatz gilt: Überstunden inbegriffen
 - 6.2. Ausnahmen
 - 6.2.1. Vereinbarung einer Überstundenentschädigung
 - 6.2.2. Vereinbarung einer bestimmten Arbeitszeit
 - 6.2.3. Übernahme anderer oder zusätzlicher Aufgaben
 - 6.3. Dringend empfohlen: ausdrückliche Vertragsvereinbarung
 - 6.4. Überstunden inbegriffen bei nicht-leitenden Angestellten
7. Überstunden und Überzeit
 - 7.1. Allgemeines
 - 7.2. Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes (höhere leitende Angestellte)
 - 7.2.1. Gesetz und Verordnung
 - 7.2.2. Lehre und Rechtsprechung
 - 7.2.3. Leitende und höhere leitende Angestellte
 - 7.2.4. Zuständigkeit von Gericht oder kantonaler Behörde?
 - 7.2.5. Anwendbarkeit der Vorschriften über den Gesundheitsschutz

8. Überstundenkompensation
 - 8.1. Zustimmung des Arbeitnehmers
 - 8.2. Zeitraum der Kompensation
 - 8.3. Überstunden und gleitende Arbeitszeit
 - 8.3.1. Gleitzeitüberhang oder Überstunden?
 - 8.3.2. Höhe des maximalen Gleitzeitüberhangs
 - 8.4. Überstundenkompensation und Kündigung
9. Berechnung und Auszahlung von Überstunden
 - 9.1. Allgemeines
 - 9.2. Vom Jahreslohn zum Stundenlohn
 - 9.2.1. Jährliche Anzahl Arbeitsstunden
 - 9.2.2. Mit oder ohne Ferien und Feiertage?
 - 9.3. Vom Monatslohn zum Stundenlohn
 - 9.4. Durchschnittliche oder genaue Berechnung?
 - 9.5. Abgrenzungen
 - 9.5.1. Monatslohn im Zeitpunkt der geleisteten Überstunden
 - 9.5.2. Berechnung gemäss Art. 33 ArGV 1
 - 9.5.3. 13. Monatslohn
 - 9.5.4. Gratifikation
 - 9.5.5. Leistungslohn
 - 9.5.6. Naturallohn
 - 9.6. Zuschlag von 25 %
 - 9.7. Abzug von Sozialversicherungsbeiträgen
10. Neuregelung während des laufenden Arbeitsverhältnisses
 - 10.1. Einführung der neuen Regelung mittels Änderungskündigung
 - 10.2. Verzichtverbot für bereits bestehende Ansprüche
11. Überstunden im Angestellten- oder Arbeitszeitreglement
 - 11.1. Gültige Fassung und Abänderung des Reglementes
 - 11.2. Formbedürftige Vereinbarungen
 - 11.3. Vorrang des Arbeitsvertrages
12. Bilanzierungsvorschriften
13. Fazit

1. Vorbemerkungen

Die erwerbstätige Bevölkerung der Schweiz leistete im Jahre 1998 6,2 Millionen Überstunden *pro Woche*¹. Dies und die Vielzahl von Gerichtsurteilen zu Art. 321c OR zeigen deutlich, dass Überstunden im beruflichen Alltag auch heute noch ein häufiges Thema sind. Die vorliegende Publikation zeigt einen Querschnitt durch die Rechtsprechung und bespricht einige aktuelle Rechtsprobleme.

1 ALFONSO SOUSA-POZA/FRED HENNEBERGER, Arbeitszeitpolitik: Eine Analyse der Arbeitszeitwünsche, Überstunden und Stundenrestriktionen in der Schweiz; in: Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (MittAB), 33(2), 277–289. Die Erkenntnis stützt sich auf Daten der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE) 1998.

2. Voraussetzungen zur Leistungspflicht von Überstunden

Die Pflicht zur Leistung von Überstunden ist gemäss Art. 361 OR absolut zwingend, kann also nicht vertraglich wegbedungen werden. VISCHER bezeichnet die Pflicht zur Überstundenarbeit als positivierte Konkretisierung der Treuepflicht². Der Arbeitnehmer hat Überstunden zu leisten, wenn diese notwendig sind, er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden können³. Dem Kriterium des "Leistungsvermögens"⁴ kommt keine selbständige Bedeutung zu⁵, womit lediglich die beiden Kriterien der Notwendigkeit und der Zumutbarkeit von näherem Interesse sind.

2.1. Notwendigkeit

Die Leistung von Überstunden muss notwendig sein⁶. Dies ist der Fall, wenn nicht voraussehbare oder andere, vorübergehende Umstände wie bspw. Weihnachten, Inventaraufnahme etc. dazu führen, dass die ordentliche Arbeitszeit zur Erledigung der Aufgaben nicht mehr ausreicht⁷. Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, dass die Leistung von Überstunden dann nicht notwendig ist, wenn die Mehrarbeit voraussehbar war oder regelmässig anfällt, und zu deren Bewältigung somit eine Hilfskraft eingestellt werden könnte⁸. Damit wird die Arbeitgeberin verpflichtet, die betrieblich notwendigen Massnahmen vorzukehren, um Überstunden zu vermeiden. Wie weit diese Pflicht gehen kann, wird nachfolgend anhand von Gerichtsentscheiden dargelegt⁹.

2.2. Zumutbarkeit

Die Leistung von Überstunden muss dem Angestellten zumutbar sein¹⁰. Die Antwort auf die Frage der Zumutbarkeit ergibt sich aus einer Abwägung der Interessen von Arbeitgeber und -nehmer im konkreten Einzelfall¹¹. Während der Arbeitnehmer vor allem private Interessen wie Familie, Hobby etc. geltend machen wird, beruft sich der Arbeitgeber auf betriebswirtschaftliche Gründe wie bspw. die Verzögerung oder den Schaden, welcher ihm bei Nichtleistung von Überstunden entsteht (verspätete Lieferungen, verdorbene Ware, verpasste Vertragsabschlüsse etc.). Letzteres entspricht an sich dem Kriterium der Notwendigkeit von Überstunden, denn wenn die Arbeitgeberin kein überwiegendes Interesse an der Leistung von Überstunden geltend machen kann, sind diese auch nicht betrieblich notwendig. Notwendigkeit und Zumutbarkeit sind m.E. nur sehr schwer voneinander zu trennen¹². Selbstverständlich ist die Leistung von Überstunden immer dann abzulehnen, wenn überhaupt keine Notwendigkeit dazu besteht¹³. In solchen Fällen ist es dem Arbeitgeber aber überhaupt untersagt, Überstunden anzuordnen.

2.3. Entscheide zur Frage der Notwendigkeit und Zumutbarkeit

Nachfolgend verschiedene Gerichtsurteile, welche sich mit der Frage der Zumutbarkeit und/oder Notwendigkeit von

Überstunden befassen. Dabei machen auch die Gerichte keine saubere Trennung zwischen diesen beiden Kriterien.

1. Das Obergericht Luzern hielt im Entscheid vom 17. Mai 1993 fest, dass eine schlechte Betriebsorganisation des Arbeitgebers gegen die Pflicht zur Leistung von Überstunden spricht¹⁴. In jenem Fall waren Überstunden notwendig, weil die für die Beendigung der Arbeit notwendigen Materialien noch nicht eingetroffen waren. Das Gericht hielt dem Arbeitgeber entgegen, mit der Bestellung einer Expresssendung hätten die Arbeiten rechtzeitig beendet werden können. Zudem konnte der Arbeitnehmer geltend machen,

2 FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag; in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, III (OR – Besondere Vertragsverhältnisse – Der Arbeitsvertrag); 2. A.; Basel 1994; 73; Gl. M. MANFRED REHBINDER (zit.: BK-REHBINDER): Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1. Abschnitt; Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330a OR; Bern 1985; Art. 321c N 3.

3 Art. 321c Abs. 1 OR.

4 "(...) wenn er sie zu leisten vermag (...)" Art. 321c OR.

5 BGE vom 13.6.2000 in JAR 2001, 164; THOMAS GEISER (zit.: TH. GEISER, Flexible Arbeitszeiten): Grundlagen und Schranken flexibler Arbeitszeiten im Einzelarbeitsvertragsrecht; in: AJP/PJA 1997, 1327 ff., 1330 und TH. GEISER (zit.: TH. GEISER, Flexibilisierung): Flexibilisierung der Arbeitszeit und des Lohnes; in ArbR, Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, 1998, 77 ff., 89, je m.V.a. BK-REHBINDER (FN 2), Art. 321c N 4.

6 Art. 321c Abs. 1 OR; TH. GEISER, Flexible Arbeitszeiten (FN 5), 1330; TH. GEISER, Flexibilisierung (FN 5), 89; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertrag; 5. A.; Zürich 1992; Art. 321c N 2; BK-REHBINDER (FN 2), Art. 321c N 2; F. VISCHER (FN 2), 73.

7 WILHELM SCHÖNENBERGER/ADRIAN STAEHELIN (zit.: ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN), (Zürcher) Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch; Obligationenrecht, Teilband V 2c; Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362; Zürich, ab 1983; Art. 321c N 7.

8 MANFRED REHBINDER (zit.: M. REHBINDER, Arbeitsrecht): Schweizerisches Arbeitsrecht; 15. A.; Bern 2002; Rz 106 (wobei er in diesem Fall von der Unzumutbarkeit ausgeht); TH. GEISER, Flexibilisierung (FN 5), 90; TH. GEISER, Flexible Arbeitszeiten (FN 5), 1330; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (FN 7), Art. 321c N 7.

9 Vgl. nachfolgend, Ziff. 2.3.

10 Art. 321c Abs. 1 OR.

11 U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 2; TH. GEISER, Flexible Arbeitszeiten (FN 5), 1330; TH. GEISER, Flexibilisierung (FN 5), 90; M. REHBINDER, Arbeitsrecht (FN 8), Rz 106; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (FN 7), Art. 321c N 9.

12 Vgl. bspw. die diesbezügliche Systematik von M. REHBINDER, Arbeitsrecht (FN 8), Rz 106. Interessant wäre die Frage, ob dem Kriterium der Notwendigkeit überhaupt eine eigenständige Bedeutung zukommt.

13 Bspw. weil sich die Arbeit auch am Folgetag noch fristgerecht erledigen lässt.

14 JAR 1994, 131.

dass er an jenem Tag um 19 Uhr an einem Spezialtraining als Vorbereitung für die Judo-Schweizermeisterschaften teilnehmen wollte und aus diesem Grund – nach Ansicht des Gerichts zu Recht – die Leistung von Überstunden verweigerte¹⁵.

2. In einem anderen Fall wurde das Verhalten einer Servier-tochter als rechtmässig anerkannt, welche sich weigerte, zum dritten Mal hintereinander am Samstagmorgen zu arbeiten. Dies, obwohl sie bereits bei Beginn des Arbeitsverhältnisses mitgeteilt hatte, an jenem Samstag verhindert zu sein und im Arbeitsvertrag zudem vereinbart wurde, dass sie am Samstagmorgen in der Regel frei hätte¹⁶.

3. In einer Bundesgerichtsentscheid jüngerer Datums ging es um die Zulässigkeit der Anweisung des Arbeitgebers, während der kommenden 4 bis 6 Wochen pro Tag 1,6 Überstunden zu leisten¹⁷. Vereinbart war eine wöchentliche Arbeitszeit von 42 Stunden; die geplante tägliche Arbeitszeit betrug rund 10 Stunden. Das Bundesgericht äusserte sich kritisch über die Zulässigkeit dieser Anordnung. Bei solchen Verhältnissen "(...) stellt sich nämlich die Frage, ob es sich tatsächlich um notwendige Überstunden handelt oder ob nicht vielmehr der gewöhnliche Arbeitsanfall innerhalb der normalen Arbeitszeit nicht mehr bewältigt werden kann und deshalb organisatorische Massnahmen zu ergreifen sind, wie zum Beispiel die Einstellung zusätzlichen Personals."¹⁸

Geschützt wurde die Arbeitsverweigerung des Arbeitnehmers aber darum nicht, weil dieser sich von Beginn weg zur Leistung von Überstunden weigerte, ohne dass er dafür besondere persönliche Gründe geltend machen konnte. Nach Ansicht des Bundesgerichts wäre er – mindestens für eine beschränkte Zeit – zur Leistung von Überstunden verpflichtet gewesen und hätte dem Arbeitgeber mitteilen müssen, ab welchem Zeitpunkt ihm weitere Überstunden als nicht mehr zumutbar erschienen¹⁹.

Die Gerichtsurteile tangieren die Autonomie des Arbeitgebers bei der Festlegung der betrieblichen Organisation. Sind Überstunden absehbar und dauern diese über längere Zeit an, so wird sich die Arbeitgeberin rechtfertigen müssen, weshalb keine organisatorischen Vorkehrungen zur Minderung der Arbeitslast getroffen wurden²⁰. Dieser Druck ist umso grösser, je:

- länger im Voraus dem Arbeitgeber die Notwendigkeit von Überstunden bekannt ist;
- länger die zu leistenden Überstunden andauern werden;
- einfacher organisatorische Vorkehrungen zu deren Vermeidung sind (Beizug von Hilfspersonal, Umdisposition im Betrieb, andere Festlegung der Ferien etc.);
- stichhaltiger die Gründe des Arbeitnehmers sind, weshalb ihm die Leistung von Überstunden nicht zuzumuten ist.

Trotzdem ist es m.E. wichtig zu erwähnen, dass gestützt auf das im dritten Beispiel erwähnte Bundesgerichtsurteil der Arbeitnehmer nicht von Beginn weg Überstunden verweigern darf. Vielmehr hat er diese Mehrarbeit zu leisten, bis sie ihm (infolge ihrer Dauer oder aus persönlichen Gründen) nicht mehr zuzumuten ist²¹.

3. Anordnung von Überstunden

Überstunden sind nur dann zu leisten, wenn diese vom Arbeitgeber angeordnet werden²². Als angeordnet gelten Überstunden auch dann, wenn eine Arbeitskraft mit Wissen des Arbeitgebers Überstunden leistet und letzterer nicht dagegen einschreitet (Duldung der Mehrarbeit)²³.

3.1. Anordnung durch den Arbeitgeber als Grundsatz

Von Interesse ist die Frage, wie weit im Voraus der Arbeitgeber die zu erwartenden Überstunden anordnen muss. In einem älteren Entscheid stellte das Arbeitsgericht Zürich fest, dass es Sache des Arbeitgebers sei, die Leistung von Überstunden rechtzeitig anzuordnen²⁴. "Andernfalls muss er damit rechnen, dass der Arbeitnehmer dazu (zur Leistung von Überstunden) nicht mehr in der Lage ist."²⁵ Im erwähnten Entscheid hätte die Arbeitnehmerin bis 21:00 Uhr arbeiten sollen, ihre ordentliche Arbeitszeit endete um 19:00 Uhr. Das Arbeitsgericht machte dem Arbeitgeber zum Vorwurf, dass er die Überstunden erst um 16:00 Uhr desselben Tages ankündigte. Bei einer derart späten Ankündigung musste der Arbeitgeber "(...) damit rechnen, dass der Arbeitnehmer – aus welchen Gründen auch immer – nicht in der Lage ist, länger zu arbeiten."²⁶

M.E. gibt es keine absolute Frist, bis wann die Leistung von Überstunden spätestens anzuordnen ist. Ob der Arbeitnehmer Überstunden zu leisten hat, ergibt sich aus einer Abwägung der Interessen²⁷. Je gewichtiger die Einwände des Angestellten, umso eher werden seine Interessen diejenigen des Arbeitgebers überwiegen. Je früher der Arbeitgeber die Überstunden ankündigt, umso eher kann sich der Angestellte auf diese Mehrarbeit bzw. den Termin einrichten²⁸. Ist der Arbeitnehmer bei Ankündigung der Überstunden noch nicht verplant, hat er jenen Zeitraum freizuhalten,

15 Zustimmend: M. REHBINDER, Arbeitsrecht (FN 8), Rz 106.

16 U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 2, m.w.V.

17 BGE vom 13.6.2000, in: JAR 2001, 164 ff.

18 BGer in JAR 2001, 167.

19 BGer in JAR 2001, 167 f.

20 Gerechtfertigt wäre m.E. bspw. der Einwand, dass es im Hinblick auf einen konkreten Auftrag gar nicht möglich ist, für qualifizierte Arbeiten eine Hilfsperson zu suchen, *einzuarbeiten und wieder zu entlassen*.

21 BGE vom 13.6.2000, in: JAR 2001, 164 ff.

22 U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 10; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (FN 7), Art. 321c N 10; BK-REHBINDER (FN 2), Art. 321c N 2.

23 U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 10.

24 ZR 89 (1990), 44.

25 ZR 89 (1990), 44.

26 ZR 89 (1990), 44 f.

27 Vgl. oben, Ziff. 2.2.

28 TH. GEISER, Flexibilisierung (FN 5), 91.

sofern er eigene Termine auf einen anderen Zeitpunkt festlegen kann²⁹.

Aus diesen Überlegungen lassen sich zwei Schlussfolgerungen ziehen: Erstens werden bei der Abwägung der Interessen diejenigen des Arbeitgebers umso eher überwiegen, je früher er die Mehrarbeit angekündigt hat. Zur Verweigerung von Überstunden wird der Arbeitnehmer nur noch diejenigen persönlichen Gründe geltend machen können, welche sich terminlich nicht verschieben oder anders planen lassen. Die frühzeitige Ankündigung von Überstunden liegt also im eigenen Interesse des Arbeitgebers. Zweitens ist es bei der Interessenabwägung dem Arbeitgeber anzulasten, wenn dieser über den Anfall von Überstunden Bescheid wusste, es jedoch unterliess, die betroffenen Arbeitnehmer umgehend zu informieren³⁰.

3.2. Überstunden ohne ausdrückliche Anordnung des Arbeitgebers

Überstunden gelten auch dann als angeordnet, wenn der Arbeitgeber von der Mehrarbeit des Angestellten weiss und nicht dagegen einschreitet³¹. Es kommt vor, dass der Arbeitnehmer ohne ausdrückliche Weisung seines Vorgesetzten Überstunden leistet³².

3.2.1. Notwendigkeit

Die Arbeitgeberin muss sich die vom Arbeitnehmer ohne ihr Wissen geleisteten Überstunden nur dann anrechnen lassen, wenn diese notwendig waren³³. Notwendigkeit setzt in diesem Fall auch voraus, dass die Leistung von Überstunden im Interesse der Arbeitgeberin liegt³⁴. Eine Notwendigkeit bzw. ein Interesse der Arbeitgeberin wird in der Gerichtspraxis sehr schnell als gegeben angenommen, wenn der Arbeitnehmer von sich aus und ohne ausdrückliche Anordnung Mehrarbeit leistet. Im Entscheid vom 27. März 1990 erklärte das Bundesgericht, dass auch diejenige Mehrarbeit als Überstunden zu betrachten ist, die auf Wunsch des Arbeitnehmers angeordnet wurde³⁵. Zu beachten ist allerdings, dass in jenem Entscheid ein Gesamtarbeitsvertrag die maximale Arbeitszeit verbindlich festlegte, womit die Vertragsparteien keine andere Abrede treffen konnten³⁶.

3.2.2. Meldepflicht

Hat der Arbeitnehmer ohne ausdrückliche Anordnung Überstunden geleistet, so muss er diese und insbesondere das Ausmass der geleisteten Mehrarbeit seinem Arbeitgeber mitteilen. Die Frage, wie schnell dies zu geschehen hat, ist umstritten. Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, ohne ausdrückliche Weisung des Arbeitgebers geleistete Überstunden seien sofort zu melden, damit der Arbeitgeber die notwendigen Dispositionen treffen kann³⁷. "Die Anzeige muß in der Regel bis zum nächsten Zahltag (Art. 323) erfolgen, andernfalls gilt die vorbehaltlose Entgegennahme des gewöhnlichen Lohnes als Verzicht auf Abgeltung (...)"³⁸. Diese Meinung wird zum Teil kritisiert³⁹, indem auf das Verbot nach Art. 341 OR und die allgemeinen Verjährungsregeln nach Art. 128 Ziff. 3 OR verwiesen wird⁴⁰.

M.E. ist in dieser Frage zu unterscheiden zwischen der Pflicht des Arbeitnehmers zur Mitteilung an die Arbeitgeberin, dass Überstunden geleistet wurden, einerseits, und dem Recht des Arbeitnehmers, geleistete Überstunden zu kompensieren oder auszahlen zu lassen, andererseits⁴¹. Der Arbeitgeber hat die Pflicht, Überstunden so weit als möglich zu verhindern⁴². Leistet eine Arbeitnehmerin ohne Wissen des Arbeitgebers Überstunden, so hat sie ihm dies *umgehend* mitzuteilen. Andernfalls hat letzterer gar keine Möglichkeit, die betriebswirtschaftlich notwendigen Vorkehrungen zur Vermeidung von Mehrarbeit zu treffen. Mit Verweis auf BGE 116 II 71 bestätigte das Bundesgericht in einem neueren Entscheid, dass keine Überstunden vorliegen, wenn der Arbeitgeber keine Kenntnis davon haben konnte, dass der Arbeitnehmer auf eigene Initiative Überstunden leistete⁴³.

Anders beurteilt sich m.E. die Frage, wie lange ein Angestellter die Kompensation oder Auszahlung geleisteter (und

- 29 Bsp.: Der Arbeitgeber weiss, dass ein Auftrag in einer Woche beendet werden muss und sehr wahrscheinlich Überstunden notwendig werden. Kündigt er diese Überstunden frühzeitig an, so darf der Arbeitnehmer nicht im Nachhinein einen eigenen Termin genau auf jenen Zeitpunkt festlegen, wenn andere Daten ebenfalls möglich sind. Tut er dies trotzdem, so ist bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen, dass er sich trotz Kenntnis der in jenem Zeitpunkt notwendigen Überstunden privat verplante.
- 30 Prüfwert wäre, ob sich eine solche Informationspflicht des Arbeitgebers nicht schon aus Art. 328 OR oder aus dem Mitwirkungsgesetz (Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben; SR 822.14) ergibt.
- 31 U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 10 m.V.a. BGE 116 II 71 (= Pra 79 [1990], Nr. 170, 603 ff. und JAR 1991, 110 ff.); BGE 4C.133/2000 E. 3 b.
- 32 Vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts vom 27.3.1990, in JAR 1991, 110 ff. (BGE 116 II 69 = Pra 79 [1990], Nr. 170, 603 ff.).
- 33 Art. 321c Abs. 1 OR.
- 34 JÜRIG BRÜHWILER: Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, OR Art. 319–343, 2. A., Bern 1996; Art. 321c N 12 lit. b.
- 35 BGE 116 II 69 = Pra 79 (1990), Nr. 170, 603 ff. = JAR 1991, 110; vgl. auch U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 10.
- 36 Pra 79 (1990), Nr. 170, 605.
- 37 ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (FN 7), Art. 321c N 10; Zustimmung: BK-REHBINDER (FN 2), Art. 321c N 3; J. BRÜHWILER (FN 34), Art. 321c N 12 lit. b.
- 38 ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (FN 7), Art. 321c N 14, m.w.V.; Zustimmung: J. BRÜHWILER (FN 34), Art. 321c N 12 lit. b.
- 39 U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 15; F. VISCHER (FN 2), 75.
- 40 U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 10.
- 41 MATTHIAS MÜLLER (zit.: M. MÜLLER): Die rechtliche Behandlung der Überstundenarbeit, Diss Zürich, 1986; 27 (FN 3).
- 42 In JAR 1994, 131 machte ihm das Gericht zum Vorwurf, dass mit einer Expresssendung Überstunden hätten verhindert werden können.
- 43 BGE 4C.110/2000, vom 9.10.2000; in SAR 1/2001, 1139.

gemeldeter!) Überstunden geltend machen kann. Die Verjährung der Auszahlung solcher Mehrarbeit richtet sich nach Art. 128 Ziff. 3 OR, einer Regelung, welche für angeordnete Überstunden unbestritten ist⁴⁴. Die Verjährungsfrist von 5 Jahren gilt selbst dann, wenn im Vertrag vereinbart wurde, dass Überstunden innerhalb einer bestimmten Zeit zu kompensieren sind⁴⁵. Eine solche Vereinbarung führte im Ergebnis zu einer unzulässigen Abänderung der Verjährungsfristen⁴⁶.

3.2.3. Geltendmachung geleisteter Überstunden

Das alleinige Zuwarten des Arbeitnehmers mit der Geltendmachung der Auszahlung bedeutet für sich allein noch keinen Rechtsmissbrauch⁴⁷. Die Forderung nach Auszahlung von Überstunden betrachten die Gerichte erst dann als rechtsmissbräuchlich, wenn – neben dem Zuwarten – weitere Elemente hinzukommen⁴⁸. In einem älteren, aber durchaus informativen Entscheid erklärte das Arbeitsgericht Zürich die Forderung des Arbeitnehmers auf Auszahlung der geleisteten Überstunden mit folgenden Argumenten als rechtsmissbräuchlich⁴⁹:

- der Arbeitnehmer war leitender Angestellter und hatte die Möglichkeit, seine Arbeitszeit frei einzuteilen;
- ihm stand die Kompetenz zur Einstellung und Entlassung von zusätzlichem Personal zu;
- die Arbeitgeberin hatte über all die Jahre keine Kenntnis davon, dass Überstunden geleistet wurden (Verletzung der Meldepflicht), womit gleichzeitig auch fest stand, dass sie seine Arbeitszeiten nicht kannte oder diese rapportiert wurden.

BRÜHWILER und SCHÖNENBERGER/STAEHELIN vertreten die Meinung, das Einfordern einer Überstundenentschädigung könne auch dann rechtsmissbräuchlich sein, wenn dem Arbeitnehmer andere Vorteile wie bspw. ein hoher Lohn, Sondervergütungen, längere Ferien und anderes zustanden⁵⁰. M.E. sind solche 'Sondervorteile' nur dann von Bedeutung, wenn fraglich ist, was Arbeitnehmer und -geber bezüglich Überstunden vertraglich vereinbart haben. Steht jedoch fest, dass gemäss Arbeitsvertrag Überstunden separat zu entschädigen sind, und wurden Überstunden geleistet, so spielen bezüglich der Frage einer Entschädigungspflicht Lohnhöhe oder Lohnnebenleistungen keine Rolle mehr.

In verschiedenen Fällen, in welchen ein Gericht auf Rechtsmissbrauch erkannte, wurde dem Arbeitnehmer vorgeworfen, er habe die nicht angeordneten und von sich aus geleisteten Überstunden nicht gemeldet⁵¹. Auferlegt man dem Arbeitnehmer eine Meldepflicht, stellt sich natürlich auch die Frage nach den Rechtsfolgen, falls er dieser Pflicht nicht Folge leistet. Die Gerichte verweigern in solchen Fällen die Überstundenentschädigung vollumfänglich. M.E. hat sich in diesem Fall der oder die Angestellte denjenigen Schaden anrechnen zu lassen, welcher durch die Unterlassung entstanden ist. Dies bedeutet, dass der Arbeitgeber bei einer allfälligen Auszahlung von Überstunden die Mehrkosten in Abzug bringen darf, die ihm entstanden sind, weil er nicht rechtzeitig reagieren konnte⁵². Folglich wäre eine vollständige Verweigerung der Überstundenentschädigung

nur dann angebracht, wenn die Arbeitgeberin die Leistung dieser Mehrarbeit, von welcher sie ja auch profitierte, durch kostenneutrale Massnahmen hätte verhindern können.

Zur Frage der rechtsmissbräuchlichen Geltendmachung geleisteter Überstunden sei auf BGE 4C.110/2000 E. 5 vom 9. Oktober 2000⁵³ verwiesen, welcher den aktuellen Stand der Rechtsprechung wie folgt zusammenfasst: "Auch die Geltendmachung der Überstundenentschädigung ist an die Schranke des Rechtsmissbrauchsverbots bzw. des Gebots von Treu und Glauben gebunden. Das blosses Zuwarten mit der Geltendmachung eines Anspruchs ist indessen nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts kein Rechtsmissbrauch (BGE 125 I 14 E. 3g, 19; 110 II 273 E. 2, 275; 105 II 39 E. b, 42). Generell darf innerhalb der Verjährungsfrist die Verwirkung des Anspruchs wegen rechtsmissbräuchlicher Verzögerung der Geltendmachung nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden (BGE 94 II 37 E. 6b, 41). Zum Zeitablauf hinzu müssen weitere Umstände treten, welche die Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit des Berechtigten in einem unvereinbaren Widerspruch erscheinen lassen (BGE 125 I 14 E. 3g, 19; 124 II 436 E. 10e/dd, 453; 116 II 428 E. 2, 431). Dieser Auffassung hat sich auch die Lehre angeschlossen (STREIFF/VON KAENEL; a.a.O., N 10 zu Art. 321c OR; STAEHELIN, a.a.O., N 20 zu Art. 341 OR; REHBINDER, Berner Kommentar, N 11 zu Art. 321c OR; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 2. A., N 12 zu Art. 321c OR; BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 1996, N 12d zu Art. 321c OR)."

M.E. beachtenswert ist, dass das Bundesgericht beim Arbeitgeber einen strengeren Massstab ansetzt, wenn es um die Geltendmachung noch ausstehender Forderungen gegenüber dem Angestellten geht. Zur Frage eines Schadenersatzanspruches gegenüber dem Arbeitnehmer führte es aus⁵⁴: "Der Arbeitnehmer, dessen Arbeitsvertrag sich dem Ende nähert, darf daher darauf zählen, dass der Arbeitgeber Ansprüche, die ihm dem Betrag oder dem Grundsatz nach bekannt sind, zur Sprache bringen wird, bevor er die Hand-

44 U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 10; M. MÜLLER (FN 41), 150; J. BRÜHWILER (FN 34), Art. 321c N 12 lit. b; JAR 1991, 129.

45 OGer Basel-Land, vom 7.3.1989, in JAR 1991, 129.

46 Art. 129 OR.

47 U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 10, m.w.V.

48 U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 10; JAR 1990, 129; J. BRÜHWILER (FN 34), Art. 321c N 12 lit. d, m.w.V.

49 Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 15.11.1979; in: JAR 1981, 232.

50 J. BRÜHWILER (FN 34), Art. 321c N 12 lit. b; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (FN 7), Art. 321c N 15.

51 JAR 1981, 232; J. BRÜHWILER (FN 34), Art. 321c N 12 lit. d, m.w.V.

52 Reorganisation der Tätigkeit, Einstellung einer günstigeren Aushilfe zur Entlastung der teureren Arbeitskraft etc.

53 SARB, 1/2001, 1139.

54 Pra 74 (1985), 162 = BGE 110 II 344.

lungen vollzieht, welche die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu begleiten pflegen, wie Auszahlung des letzten Lohnes oder anderweitige Abrechnung, ev. Formalitäten hinsichtlich der Fürsorgeleistungen, Ausstellung eines Arbeitszeugnisses, Abschiedszeremonie."

3.2.4. Arbeitszeitrapporte

Eine für Arbeitgeber häufige Fussangel sind die Arbeitszeitrapporte des oder der Angestellten. "Erhebt ein Arbeitgeber gegen den wöchentlichen Überstundenrapport keine Einwände, so kann er die Vergütung der Überstunden nicht im Nachhinein mit der Begründung ablehnen, diese seien nicht nötig gewesen."⁵⁵ Sobald die Arbeitszeit registriert wird und die Protokolle im Besitze der Arbeitgeberin sind, wird dieser die Kenntnis der geleisteten Arbeitszeit und damit auch die Kenntnisnahme der vom Angestellten geleisteten Überstunden angelastet⁵⁶. Dabei spielt es keine Rolle, zu welchem Zweck die Arbeitszeit erfasst wurde⁵⁷. Insofern gelten die geleisteten Überstunden auch dann als bekannt, wenn die Arbeitszeiterfassung lediglich zum Zweck der Lohn- oder Ferienabrechnung erfolgt. Sofern also mit Arbeitszeitrapporten, Stempelkarten oder anderen Instrumenten in der Unternehmung die Arbeitszeit erfasst und der Arbeitgeberin zur Kenntnis gebracht wird, entbindet dies die Arbeitnehmenden von der Meldepflicht geleisteter Überstunden.

Die Präsenzzeit eines Angestellten lässt sich mit den heute zur Verfügung stehenden Informationssystemen auf vielfältige Weise erfassen. Zu nennen sind bspw. "Log-In-Protokolle" bei Computernetzwerken, persönliche Zugangskarten für Geschäftsgebäude oder Parkgaragen. Selbstverständlich lässt sich anhand solcher Informationssysteme nicht direkt auf die effektive "Arbeitstätigkeit" eines Angestellten schliessen⁵⁸. Streng genommen sagt aber auch eine Stempelkarte wenig über die effektiv produktive Tätigkeit aus, obwohl im Gerichtsfall dem Arbeitgeber kaum der Nachweis gelingen dürfte, dass der Angestellte nur präsent war, jedoch gar keine Arbeitsleistung erbrachte und daher auch keine Überstunden leistete.

Wichtig ist an dieser Stelle zu bemerken, dass der Arbeitgeber gegen nicht angeordnete, vom Angestellten aber geleistete Überstunden so schnell als möglich protestieren muss. Tut er dies nicht, so gilt sein Schweigen als nachträgliche Genehmigung und die Mehrarbeit ist zu entschädigen oder kann kompensiert werden⁵⁹.

3.3. Vertragsklausel: Überstunden nur bei Anordnung durch den Arbeitgeber?

Nicht selten trifft man in Arbeitsverträgen auf die Klausel, wonach Überstunden nur bei *ausdrücklicher* Anordnung der Arbeitgeberin geleistet werden dürfen. Die Arbeitgeberin beruft sich im Prozess dann häufig auf diese Vereinbarung und macht geltend, dass Überstunden darum nicht zu entschädigen sind, weil dem Angestellten – mangels förmlicher Anordnung – gar keine Kompetenz zur Leistung von Überstunden zustand, letzterer sich also vertrags- bzw. weisungswidrig verhalten hätte. Was ist von einer solchen Begründung zu halten?

Im Entscheid vom 15. September 1992⁶⁰ hatte das Bundesgericht die Vertragsklausel zu beurteilen, gemäss derer nur angeordnete Überstunden entschädigungspflichtig sind. Die Arbeitgeberin machte vergeblich geltend, dass die nicht angeordneten bzw. vom Arbeitnehmer auf eigene Initiative geleisteten Überstunden als im Monatslohn inbegriffen zu gelten haben, da eben gemäss Arbeitsordnung nur die "angeordneten" Überstunden entschädigt würden. Das Bundesgericht verwarf diese Vertragsinterpretation und erklärte, dass die vom Arbeitgeber stillschweigend akzeptierten Überstunden den ausdrücklich angeordneten gleichzusetzen sind⁶¹.

Mir ist kein Gerichtsentscheid bekannt, in welchem diese Begründung geschützt wurde, und eine Antwort auf diese Frage ergibt sich m.E. nur aufgrund weiterer Umstände des konkreten Einzelfalls: Gehen wir davon aus, ein Arbeitsvertrag enthalte eine solche Klausel und die Mitarbeiterin leistet nicht ausdrücklich angeordnete Überstunden. Falls die Arbeitnehmerin die geleistete Mehrarbeit meldet⁶², so hat der Arbeitgeber gegen diese Mehrarbeit *sofort* zu protestieren, andernfalls gelten diese als stillschweigend genehmigt⁶³. In diesem Zeitpunkt handelte die Angestellte zwar entgegen der vertraglichen Vereinbarung, ein Vertrag kann aber jederzeit konkludent geändert werden, sofern keine Schriftform erforderlich ist. Das Bundesgericht hat dazu festgestellt: "Reagiert der Arbeitgeber nicht auf diese Mitteilungen, so darf die Arbeitnehmerin dies als nachträgliche Genehmigung der Überstunden verstehen. Überdies darf sie für die Zukunft annehmen, dass bezüglich der Überstunden gleich vorgegangen werde wie in der Vergangenheit. Das Dulden einer vom schriftlichen Vertrag abweichenden betrieblichen Praxis führt somit zu einer Vertragsänderung."⁶⁴ Mit anderen Worten führt die nachträgliche, protestlose Kenntnisnahme der geleisteten Mehrarbeit zur Genehmigung der Überstunden und zur Vertragsänderung. Falls der

55 BK-REHBINDER (FN 2), Art. 321c N 3, m.V.a. JAR 1981, 229 f.

56 U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 10; BGE 4C.133/2000, vom 8.9.2000.

57 JAR 1987, 153.

58 So kommt es häufig vor, dass der Computer während der Mittagspause nicht abgeschaltet, sondern nur gesperrt wird.

59 "Reagiert der Arbeitgeber nicht auf diese Mitteilungen (in casu Arbeitszeitrapporte), so darf die Arbeitnehmerin dies als nachträgliche Genehmigung der Überstunden verstehen." BGE 4C.110/2000, vom 9.10.2000 E. 3 b. (SARB, 1/2001, 1139); U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 10; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (FN 7), Art. 321c N 13 f.

60 JAR 1994, 140.

61 JAR 1994, 141, m.V.a. BGE 116 II 71 = JAR 1991, 111.

62 Bspw. ausdrücklich oder aufgrund von Zeiterfassungssystemen.

63 U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 10; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (FN 7), Art. 321c N 13 f.; BGE 4C.110/2000 E. 2 a aa (SARB, 1/2001, 1139).

64 BGE 4C.110/2000 E. 3 d (SARB, 1/2001, 1142 f.).

Arbeitgeber keine Kenntnis davon haben konnte, dass die Angestellte auf eigene Initiative Überstunden leistet, gilt diese Mehrarbeit nicht als Überstunden und ist auch nicht zu bezahlen oder auszugleichen⁶⁵.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass es weniger auf die vertragliche Vereinbarung als vielmehr auf das Verhalten des Arbeitgebers ankommt. Ihm obliegt die Pflicht, gegen die ihm zur Kenntnis gebrachten, nicht angeordneten Überstunden unverzüglich einzuschreiten. Dieses Ergebnis ist m.E. richtig und sinnvoll. Zum einen werden dadurch für beide Vertragsparteien sofort klare Verhältnisse geschaffen. Zum andern aber kann es auch für den Arbeitgeber sinnvoll sein, bei der Frage der geleisteten Überstunden nicht einzig auf die formelle Anordnung abzustellen. Andernfalls hätte ein Angestellter das Recht, seine Arbeitszeit auf die Minute genau zu beenden und alles stehen und liegen zu lassen, sofern nicht eine ausdrücklich anderslautende Weisung erfolgt.

3.4. Projektorientierte Entlohnung ohne Überstundenabgeltung

Vor allem bei höher qualifizierten Arbeiten orientiert sich die Arbeitgeberin weniger an der Präsenzzeit des Angestellten, als vielmehr an dessen Arbeitsleistung, bzw. dem Arbeitsergebnis. Diese "ergebnisorientierte" Anstellung findet ihren Niederschlag auch in der Entlohnung, indem ein Monatsgehalt für die Erledigung einer bestimmten Arbeit vereinbart wird, und die dabei anfallenden Überstunden im Monatslohn enthalten sein sollen.

Beim Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur Leistung von Arbeit und der Arbeitgeber zur Entrichtung eines Lohnes⁶⁶. Der Arbeitnehmer schuldet nur eine *Tätigkeit* im Interesse des Arbeitgebers, nicht aber einen *Erfolg*⁶⁷. Auch wenn bei der Entlohnung gewisse "Erfolgselemente"⁶⁸ zulässig sind, hat die Arbeitgeberin das Betriebsrisiko zu tragen⁶⁹. Unzulässig ist daher eine ausschliesslich erfolgsorientierte Entlohnung des Arbeitnehmenden, sofern dabei ein gewisser Grundlohn nicht gewährleistet ist⁷⁰.

Einer erfolgsorientierten Entlohnung gleichzustellen ist m.E. die projektorientierte Entlohnung. Während bei ersterer aufgrund des unsicheren Erfolges das Monatsgehalt schwanken kann, ergeben sich die Schwankungen bei der projektorientierten Entlohnung aufgrund des für das Projekt unbestimmten Zeitaufwandes⁷¹. Folgt man diesem Gedanken, führte dies an sich zur Unzulässigkeit einer "projektorientierten" Entlohnung, indem dem Angestellten für die Erledigung einer bestimmten Arbeit eine Lohnpauschale entrichtet wird⁷². Auf der anderen Seite aber sind die meisten hoch qualifizierten Arbeitsplätze insofern "projektorientiert", als dem Arbeitnehmer zu einem bestimmten Gehalt eine konkrete Funktion zugewiesen wird⁷³. Wird zudem vertraglich vereinbart, dass die üblicherweise anfallenden Überstunden im Lohn bereits enthalten sind, so trägt der Arbeitnehmer das Betriebsrisiko insoweit, als er zu einem bestimmten Lohn eine ungewisse Anzahl Arbeitsstunden zu leisten hat. Sicherlich wäre es nun aber nicht angemessen, von der Unzulässigkeit all jener Vertragsabreden auszuge-

hen, bei denen der Arbeitnehmer projektorientiert und in Form von "Überstunden inklusive" entlohnt wird.

Die Grenze der Zulässigkeit richtet sich m.E. nach den konkreten Verhältnissen im Einzelfall. Vereinbaren Arbeitgeber und -nehmer eine projektorientierte Entlohnung in Form einer Pauschalzahlung, so ist dies m.E. – analog zum Leistungslohn⁷⁴ – nur dann zulässig, wenn dabei ein gewisser Minimallohn bzw. ein angemessenes Entgelt erwirtschaftet wird. Zulässig ist eine projektorientierte Entlohnung m.E. dann, wenn beide Parteien die zu erfüllende Aufgabe und den daraus üblicherweise anfallenden Aufwand kennen. Diese Voraussetzung kann gegeben sein, weil der Arbeitnehmer die Tätigkeit bereits kennt⁷⁵ oder weil der Arbeitsaufwand für die zu erbringende Leistung absehbar ist.

Unzulässig ist m.E. der Ausschluss für sämtliche, aus beliebigen Gründen und im beliebigen Ausmass anfallenden Überstunden bzw. eine vollumfassende, projektorientierte Entlohnung des Arbeitnehmers. Erklärt sich eine Arbeitnehmerin bereit, unabhängig vom Ausmass der Mehrarbeit zu einem im Voraus bestimmten Lohn zu arbeiten, trägt sie –

65 BGE 4C.110/2000 E. 2 a aa (SARB, 1/2001, 1139), m.V.a. BGE 116 II 71.

66 Art. 319 OR.

67 F. VISCHER (FN 2), 30.

68 Bspw. Umsatzbeteiligung (Art. 322a OR) oder Provisionsabreden (Art. 322b OR).

69 BGE 114 II 274; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (FN 7), Art. 324 N 13; F. VISCHER (FN 2), 122; BK-REHBINDER (FN 2), Art. 324 N 29, U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 324 N 5.

70 CHRISTOPH SENTI: Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation, in: AJP/PJA 2002, 669 ff., 671 f.

71 Wurde bspw. für ein Projekt von einem Monat ein Betrag von Fr. 5000.– vereinbart, ergibt dies eine Reduktion des Monatslohnes um 2500.–, wenn der Arbeitnehmer für das Projekt 1.5 Monate investieren musste.

72 Im Extremfall entspricht eine solche Abgeltung der Arbeitsleistung dem System des Werkvertrages, indem der Arbeitnehmer (Unternehmer) eine Leistung (Erfolg) erbringt, welche ihm vom Arbeitgeber (Besteller) bei "Ablieferung" vergütet wird (Art. 363 OR). Indirekt bestätigt wird diese Auffassung auch durch das Bundesgericht in BGE 4C.133/2000 E. 3 b. Dabei ging es um die Vergütung von Überstunden, als Folge einer beschränkten Arbeitsfähigkeit, welche dazu führte, dass die Arbeit nicht mehr innert der ordentlichen Arbeitszeit erledigt werden konnte: "Der Beklagte erkennt, dass ein Arbeitnehmer sich durch einen Arbeitsvertrag nicht zur Bewältigung eines bestimmten Arbeitsanfalls verpflichtet, sondern dazu, seine Arbeitskraft während einer bestimmten Zeit zur Verfügung zu stellen."

73 Bsp.: Chefredaktor einer Zeitung.

74 CH. SENTI (FN 70), 672.

75 Bsp.: Ein Chefredaktor, dessen Überstunden bisher separat vergütet wurden, vereinbart neu ein höheres monatliches Gehalt, wobei die üblicherweise anfallenden Überstunden darin enthalten sind. In diesem Fall kennt der Angestellte seine Tätigkeit und das Ausmass der üblicherweise anfallenden Überstunden womöglich besser als seine Arbeitgeberin.

im Extremfall – das Betriebsrisiko⁷⁶. Wo die Grenze zwischen zumutbaren Überstunden und unzulässiger Überwälzung des Betriebsrisikos liegt, ist schwer festzustellen. Abgestellt werden darf dabei m.E. aber nur und ausschliesslich auf das Ausmass der anfallenden Mehrarbeit. Der Grund für diese Mehrarbeit ist unerheblich, da auch bei den üblicherweise zu leistenden Überstunden nicht auf deren Ursache, sondern nur auf die Zumutbarkeit der Leistung abgestellt wird⁷⁷. Wie hoch ein solcher Mehraufwand maximal sein darf, lässt sich analog aus der Rechtsprechung zum Thema Zumutbarkeit von Überstunden ableiten⁷⁸.

Formulierungsvorschlag:

a. Tätigkeit

Herr Peter Muster wird als ... eingestellt. Umfang und Gegenstand seiner Aufgaben und Funktion ergeben sich aus dem Arbeitsplatzbeschreibung.

Die X-AG kann Peter Muster vorübergehend auch eine andere, ihm zumutbare Tätigkeit zuweisen.

...) Überstunden

Im Monatsgehalt sind die üblicherweise anfallenden Überstunden für die unter lit. a) erwähnte Tätigkeit inbegriffen. Der Arbeitnehmer erklärt ausdrücklich, sowohl die Tätigkeit selbst zu kennen als auch sich über den zeitlichen Bedarf zur Erledigung dieser Arbeit bewusst zu sein.

4. Art der Tätigkeit: mehrere Arbeitsverträge?

Vereinbarten Arbeitgeber und -nehmer eine maximale wöchentliche Arbeitszeit, so liesse sich ein zusätzliches Arbeitspensum oder eine andere Tätigkeit mit einem separaten Arbeitsvertrag als normale Arbeitszeit deklarieren. Inwieweit ist es möglich, mittels eines zweiten Arbeitsvertrags vom Angestellten zusätzliche Arbeitskapazitäten zu erhalten?

Bevor auf diese Frage eingegangen wird, sei die Bemerkung erlaubt, dass bei einem Vertrag immer eine gegenseitige Willensübereinkunft und damit die Zustimmung der Gegenpartei notwendig ist⁷⁹. Geht es einer Arbeitgeberin darum, gegen den Willen des Arbeitnehmers zusätzliche Arbeitskapazitäten zu generieren, so kann sie dies nicht mit Hilfe eines weiteren Arbeitsvertrages tun. Im Unterschied zur Leistung von Überstunden⁸⁰ kann die Arbeitnehmerin den Vertragsabschluss verweigern. In solchen Fällen wird sich der Arbeitgeber vielmehr des Instruments der Änderungskündigung bedienen und die bereits vereinbarte Arbeitszeit im bestehenden Vertrag auf den nächsten Kündigungstermin heraufsetzen⁸¹.

In den nachfolgend erwähnten Urteilen zur Thematik "multipler Arbeitsverträge" geht es immer um Fälle, bei denen der Arbeitnehmer seine Zustimmung zu einem "zweiten" Arbeitsvertrag gab, eine solche Abrede jedoch gegen zwingendes Recht versties, namentlich wegen in casu anwendbarer Gesamtarbeitsverträge⁸². Auch wenn ein Arbeitnehmer mehrere Arbeitsverträge (möglicherweise sogar mit verschiedenen Arbeitgebern) vereinbart hat, sind die

maximal zulässigen Arbeitszeiten zu respektieren. Dies gilt nicht nur für die im Einzelfall anwendbaren Gesamtarbeitsverträge, sondern vor allem auch für die wöchentlichen Höchstleistungszeiten gemäss Arbeitsgesetz⁸³.

In BGE 110 II 358 ff. urteilte das Bundesgericht über einen Sachverhalt, gemäss welchem ein Angestellter für eine Einzelfirma als Chauffeur und Magaziner tätig war. Die Entlohnung betrug monatlich Fr. 2300.–. Hinzu kam die Vereinbarung, wonach er sich um die tägliche Pflege der Pferde des Firmeninhabers kümmerte, wofür ihm der Arbeitgeber den monatlichen Lohn von Fr. 2300.– auf Fr. 3000.– erhöhte. Das Bundesgericht stellte fest, dass es nicht darauf ankommt, ob der Angestellte zusätzliche Arbeiten für den Inhaber persönlich (und nicht zum Zwecke der Einzelfirma) verrichtet⁸⁴. Weiter stellte es fest: "Ob Überstundenarbeit im Sinn von Art. 321c OR und des Gesamtarbeitsvertrages vorliegt, entscheidet sich nicht nach der Art der Tätigkeit, sondern allein nach der Normalarbeitszeit und deren Überschreitung im Interesse des Arbeitgebers (STAEHELIN und REHBINDER, je N. 1 zu Art. 321c OR)."⁸⁵ Es kommt also weniger auf die Natur der zusätzlich geleisteten Arbeit an, als vielmehr auf die vereinbarte Arbeitszeit und die Tatsache, dass diese im Interesse des Arbeitgebers überschritten wurde⁸⁶.

Zum gleichen Schluss kam das Bundesgericht in einem späteren Urteil⁸⁷. Auch dort schrieb der Gesamtarbeitsvertrag eine maximale Arbeitszeit von 45 Stunden pro Woche sowie die Auszahlung von Überstunden mit einem Zuschlag von 25 % vor. Zwar führten auch in jenem Urteil die Angestellten eine von der eigentlichen Arbeit abweichende Tätigkeit aus⁸⁸, aber immerhin lag die Arbeit im unmittelbaren

76 Bsp.: Aufgrund eines Computerabsturzes wird eine erneute Dateneingabe notwendig, was für das Projekt notwendig jedoch sehr aufwendig ist. Ist in diesem Fall die Entlohnung des Arbeitnehmers vom Erfolg des Projektes abhängig, so trägt er die Kosten bzw. den Aufwand für die Dateneingabe bzw. das Risiko für das Funktionieren des Computers beim Arbeitgeber.

77 Bsp.: Würde auf die Ursache der Mehrarbeit abgestellt, so müsste eine Angestellte nicht einmal 5 Minuten Überstunden leisten, wenn der Grund für diese Mehrarbeit vom Arbeitgeber zu vertreten ist (Gründe nach Art. 324 OR).

78 Vgl. dazu oben, Ziff. 2.2.

79 Art. 1 OR.

80 Art. 321c Abs. 1 OR.

81 Vgl. dazu U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 335 N 3.

82 BGE 111 II 358 ff.; BGE 116 II 69 = Pra 79 (1990), Nr. 170 = JAR 1991, 110.

83 Die maximale wöchentliche Arbeitszeit gemäss Art. 9 ArG gilt insgesamt (F. VISCHER [FN 2], 7).

84 BGE 111 II 362.

85 BGE 111 II 363.

86 Pra 79 (1990), Nr. 170, 604, m.V.a. BGE 111 II 363.

87 BGE 116 II 69 = Pra 79 (1990), Nr. 170 = JAR 1991, 110.

88 Angestellte eines Reinigungsunternehmens führten unter anderem Unterhaltsarbeiten, Kehrtafelabfuhr, Hauswartsarbeiten aus.

Interesse der Unternehmung⁸⁹. In beiden Entscheiden findet sich die Bemerkung, dass es gefährlich sei, die Anwendung der (GAV-)Normen davon abhängig zu machen, dass der Arbeitnehmer auch bei Überschreitung der Normalarbeitszeit nur eigentliche Berufsarbeiten ausführt; ausserordentliche Umstände können die Erbringung einer anderen als der vertraglich vereinbarten Arbeitsleistung nötig machen⁹⁰.

"Einzig eine gesonderte Nebenbeschäftigung könnte ein Abweichen von diesem Grundsatz rechtfertigen."⁹¹ Wann eine solche "gesonderte Nebenbeschäftigung" vorliegt, liess das Bundesgericht offen und begründete auch nicht, weshalb im zitierten Entscheid keine solche vorlag. Dort handelte es sich immerhin um eine Tätigkeit für die privaten Interessen des Arbeitgebers, weit weg von beruflichen Anforderungen gemäss Arbeitsvertrag, und es lagen keine aussergewöhnlichen Umstände vor⁹².

M.E. ist die Frage nach dem Vorliegen eines separaten Arbeitsvertrages differenziert zu beantworten. Handelt es sich beim Arbeitgeber um zwei verschiedene (juristische oder natürliche) Personen, so sind zwei verschiedene Arbeitsverträge zu vermuten. Dies gilt möglicherweise nicht, wenn die Arbeitgeber 'wirtschaftlich' identisch sind, bspw. in dem vom Bundesgericht erwähnten Fall einer Einzelfirma⁹³ oder bei bestimmten Konstellationen von Aktiengesellschaften⁹⁴. Im Weiteren ist m.E. – entgegen der Ansicht des Bundesgerichts⁹⁵ – eben doch auf die Art der Tätigkeit abzustellen. Die Begründung, wonach in aussergewöhnlichen Fällen dem Angestellten auch eine andere Arbeit zugewiesen werden kann⁹⁶, ist nicht stichhaltig, wenn eben gerade kein aussergewöhnlicher Fall vorliegt. Selbstverständlich darf nur mit Zurückhaltung von einer separaten Tätigkeit ausgegangen werden. M.E. aber überspannt das Bundesgericht den Bogen, wenn es die Pflege und Betreuung von Pferden zur arbeitsvertraglichen Tätigkeit eines Chauffeurs und Magaziniers zählt⁹⁷. Sofern es sich jedoch wirklich um eine andersartige Tätigkeit handelt und der Arbeitgeber einmal als Einzelfirma und einmal als Privatperson auftritt, sollte diese Trennung natürlich auch konsequent gehandhabt werden, namentlich in Bezug auf die Abrechnung der Entlohnung⁹⁸.

5. Vertragliche Vereinbarungen

Von Art. 321c OR ist nur Absatz 1 absolut zwingender Natur⁹⁹. Sowohl die Kompensation von Überstunden mit Freizeit von gleicher Dauer als auch die Frage der Entschädigung kann durch vertragliche Vereinbarung der Parteien abgeändert werden.

5.1. Zustimmung zur Kompensation von Überstunden

Die Zustimmung des Arbeitnehmers, Überstunden zu kompensieren anstatt sich diese auszahlen zu lassen, kann formfrei erfolgen¹⁰⁰. Die Zustimmung der Angestellten kann sowohl im konkreten Einzelfall, als auch zu Beginn des Arbeitsverhältnisses, bspw. im Arbeitsvertrag selbst erfolgen. Ebenso ist ein stillschweigendes Einverständnis mög-

lich, indem der betrieblichen Übung entsprochen wird und der Angestellte – ohne vorgängige Abrede – Überstunden kompensiert, wie dies seine Kollegen und Kolleginnen tun. Ohne Zustimmung des Arbeitnehmers kann die Arbeitgeberin keine Kompensation der Überstunden verlangen. Dies gilt unter Umständen sogar dann, wenn letztere gekündigt und eine Freistellung ausgesprochen hat, worauf der Angestellte trotz vollem Lohn keine Arbeitsleistung mehr erbringt¹⁰¹.

Formulierungsvorschlag:

Die wöchentliche Arbeitszeit beträgt 42 Stunden. Überstunden sind nur auf Anweisung des Vorgesetzten zu leisten. Wurden Überstunden ohne ausdrückliche Anweisung geleistet, so ist dies dem Vorgesetzten umgehend zu melden. Überstunden sind mit Freizeit von gleicher Dauer zu kompensieren. Soweit dies nicht möglich ist, erfolgt eine Auszahlung ohne Zuschlag.

5.2. Schriftform für Abreden betreffend Überstundenabgeltung

Der Schriftform bedarf die Abrede zur Höhe der Entschädigung von Überstunden, sofern diese nicht kompensiert werden¹⁰². Wichtig ist zu erwähnen, dass nicht nur die Wegbedingung des Zuschlages von 25 % der Schriftform bedarf, sondern *sämtliche* Abreden, welche eine andere als die in Art. 321c Abs. 3 OR vorgesehene Entlohnung betreffen. Zu denken ist dabei an Pauschalabgeltungen¹⁰³, an Vereinbarungen, wonach Überstunden im Monatsgehalt inbegriffen sind¹⁰⁴ oder erst ab einem bestimmten Ausmass ausbezahlt

89 Pra 79 (1990), Nr. 170, 604.

90 Pra 79 (1990), Nr. 170, 604; BGE 111 II 363.

91 Pra 79 (1990), Nr. 170, 604.

92 Vgl. BGE 111 II 362.

93 Der Firmeninhaber (Arbeitgeber 1) war als Privatperson gleichzeitig auch der zweite Arbeitgeber.

94 Hier ist bspw. an "Einmann-Gesellschaften" zu denken, bei denen der Alleinaktionär und VR-Präsident (Arbeitgeber 1) auch als Privatperson (Arbeitgeber 2) involviert ist. Oder auch Holdingstrukturen, bei welchen ein Geschäftsführer oder sonstiger Angestellter gleichzeitig für mehrere Aktiengesellschaften tätig ist und alle Gesellschaften zu einer Holding, bzw. Muttergesellschaft gehören.

95 Vgl. das Zitat in FN 85.

96 Pra 79 (1990), Nr. 170, 604; BGE 111 II 363.

97 BGE 111 II 362.

98 Was eben in BGE 111 II 358 ff. nicht der Fall war.

99 Art. 321c Abs. 1 i.V.m. Art. 361 OR.

100 ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (FN 7), Art. 321c N 17.

101 Vgl. dazu unten, Ziff. 8.4.

102 Art. 321c Abs. 3 OR.

103 Bspw. die Vereinbarung, wonach mit einer Pauschale von monatlich Fr. 500.– sämtliche, im Normalfall anfallenden Überstunden abgegolten sind (ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (FN 7), Art. 321c N 21).

104 Vgl. nachfolgend, Ziff. 6.

werden¹⁰⁵. Insofern sind Vereinbarungen, wonach Überstunden im Lohn inbegriffen oder ohne Zuschlag ausbezahlt werden, in den schriftlichen Arbeitsvertrag aufzunehmen.

Insbesondere beim Verweis auf nicht unterzeichnete Arbeitszeit- oder Angestelltenreglemente stellt sich die Frage, ob diese dem Formerfordernis der Schriftlichkeit genügt¹⁰⁶.

6. Überstunden inbegriffen bei leitenden Angestellten?

"Leitende Angestellte haben keinen Anspruch auf eine Überstundenentschädigung." In der Praxis ist diese Aussage häufig zu hören, welche allerdings nur unter ganz bestimmten Umständen richtig ist.

6.4. Im Grundsatz gilt: Überstunden inbegriffen

Im Grundsatz ist es zutreffend, dass leitenden Angestellten keine Überstundenentschädigung zu bezahlen ist¹⁰⁷. SCHÖNENBERGER/STAEHELIN begründen diese Auffassung mit der grösseren Freiheit des oder der Angestellten am Arbeitsplatz (Arbeitszeitautonomie), der höheren Verantwortung und der für eine leitende Position gewährten Gegenleistung (hoher Lohn, vermehrte Ferien etc.)¹⁰⁸.

Höhere leitende Angestellte sind vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausdrücklich ausgenommen¹⁰⁹, womit die Vorschriften betreffend Überzeit nicht anwendbar sind¹¹⁰. Das Einzelarbeitsvertragsrecht macht in Art. 321c OR allerdings keinen Vorbehalt für leitende Angestellte, womit die Regelung des Arbeitsgesetzes nicht unbesehen übernommen werden kann¹¹¹. Rechtlich wird der Ausschluss einer Überstundenentschädigung mit einer stillschweigenden Vereinbarung begründet, wonach auf der Stufe eines leitenden Angestellten regelmässig eine gewisse Anzahl Überstunden mit inbegriffen sei¹¹². Inwieweit eine solche Begründung Sinn macht, wenn man bedenkt, dass für die Wegbedingung des Überstundenzuschlages die Schriftform verlangt wird¹¹³, kann offen bleiben. Faktum ist, dass auch das Bundesgericht diesem Grundsatz folgt¹¹⁴ und leitenden Angestellten an sich keine Überstundenentschädigung zugesteht¹¹⁵.

Bestätigung findet diese Rechtspraxis vor allem dann, wenn diejenigen Umstände gegeben sind, welche als Begründung für die Regel "Überstunden inklusive" herangezogen werden:

- Überstunden gelten als im Monatslohn enthalten, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit selber frei einteilen kann und kaum kontrolliert wird¹¹⁶;
- ein relativ hoher Grundlohn, ein 14. Monatslohn oder mehr als die gesetzlich vorgesehenen Anzahl Ferienwochen sprechen gegen eine separate Überstundenentschädigung¹¹⁷.

6.2. Ausnahmen

Die Grundregel, wonach leitenden Angestellten keine Überstundenentschädigung zusteht, wurde in diversen Urteilen

relativiert. Leitende Angestellte haben in verschiedenen Fällen trotz ihrer Stellung in der Unternehmung einen Anspruch auf separate Vergütung der durch sie geleisteten Überstunden.

6.2.1. Vereinbarung einer Überstundenentschädigung

Verweist der (schriftliche) Arbeitsvertrag oder ein Reglement¹¹⁸ in Bezug auf die Überstundenentschädigung auf die gesetzliche Regelung¹¹⁹, so sind Überstunden – je nach Vereinbarung – mit oder ohne Zuschlag auszuzahlen oder können mit Freizeit von gleicher Dauer kompensiert werden¹²⁰.

6.2.2. Vereinbarung einer bestimmten Arbeitszeit

Vereinbaren die Parteien ausdrücklich eine bestimmte Arbeitszeit, so wird die Vermutung umgestossen, wonach die zu leistenden Überstunden im Monatsgehalt enthalten sein sollen¹²¹. Vereinbaren die Vertragsparteien ein bestimmtes Monatsgehalt und legen die zu leistende Arbeitszeit fest, so gilt die Entlohnung für die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit, und Überstunden sind darin nicht enthalten. Dieser Grundsatz gilt aber nur, sofern in Bezug auf die Überstunden keine separate vertragliche Vereinbarung getroffen wurde¹²².

105 Bsp.: "Überstunden bis zu 60 Stunden pro Jahr sind zu kompensieren, der darüber hinausgehende Anteil wird ohne Zuschlag ausbezahlt."

106 Vgl. dazu unten, Ziff. 11.2.

107 J. BRÜHWILER (FN 34), Art. 321c N 2; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (FN 7), Art. 321c N 3; U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 6; JAR 2001, 175; BGE vom 6.2.1997 in JAR 1998, 144; BGE vom 1.9.1992 in JAR 1994, 137.

108 ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (FN 7), Art. 321c N 3; Gl. M. U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 6; J. BRÜHWILER (FN 34), Art. 321c N 2.

109 Art. 3 lit. d ArG.

110 Vgl. dazu unten, Ziff. 7.2.

111 U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 3.

112 ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (FN 7), Art. 321c N 3; J. BRÜHWILER (FN 34), Art. 321c N 2.

113 Art. 321c Abs. 3 OR.

114 BGE vom 3.2.1992, in JAR 1994, 137 ff.; BGE vom 6.2.1997, in JAR 1998, 144.

115 Diese Rechtsprechung findet sich auch in den Kantonen, bspw. OGER LU, vom 16.8.2000, in JAR 2001, 175.

116 U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 6; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (FN 7), Art. 321c N 3.

117 U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 6; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (FN 7), Art. 321c N 3.

118 Angestelltenreglement, Arbeitszeitreglement etc.

119 Art. 321c OR.

120 BGE vom 1.9.1992, in JAR 1994, 138, m. V.

121 J. BRÜHWILER (FN 34), Art. 321c N 2 lit. e; BGE 4C.110/2000, E. 2 lit. a aa und lit. b; BGE vom 6.2.1997, in JAR 1994, 145; BGE vom 1.9.1992, in JAR 1994, 138, m. V.

122 BGE 4C.110/2000, E. 2 a aa; BGE vom 6.2.1997 in JAR 1998, 144.

6.2.3. Übernahme anderer oder zusätzlicher Aufgaben

Übernimmt der oder die Angestellte zusätzliche oder andersartige Aufgaben, so gelten die geleisteten Überstunden selbst dann nicht als inbegriffen, wenn dies im ursprünglichen Arbeitsvertrag schriftlich vereinbart wurde¹²³. Diese Ausnahme ist für Arbeitgeber insofern gefährlich, als die Funktion oder der Aufgabenbereich eines leitenden Angestellten über die Jahre hinweg ändern kann. Wird in solchen Fällen kein neuer Arbeitsvertrag aufgesetzt, bezieht sich die ursprünglich vereinbarte Überstundenregelung auf einen anderen oder kleineren Aufgabenbereich und ist möglicherweise ungültig.

6.3. Dringend empfohlen: ausdrückliche Vertragsvereinbarung

Um Zweifel oder Unklarheiten auszuschliessen, empfiehlt es sich, die Frage der Überstundenentschädigung ausdrücklich im Vertrag zu regeln. Eine entsprechende Klausel kann entweder unter der Rubrik "Arbeitszeit" oder bei den Lohnbestimmungen aufgenommen werden.

Es können jedoch nur diejenigen Überstunden als inbegriffen erklärt werden, welche im voraussehbaren Rahmen anfallen. Kommen neue oder ausserordentliche Aufgaben hinzu, so werden diese durch die pauschale Abgeltung im Monatslohn nicht gedeckt¹²⁴.

Formulierungsvorschlag:

Im Monatsgehalt sind die üblicherweise zu leistenden Überstunden enthalten. Dem Arbeitnehmer steht für allfällige Überstunden weder ein Anspruch auf Auszahlung noch auf Kompensation durch Freizeit zu.

6.4. Überstunden inbegriffen bei nicht-leitenden Angestellten

Häufig entspricht es dem Wunsch des Arbeitgebers, dass auch für "nicht-leitende Angestellte" eine Pflicht zur Leistung von Überstunden besteht und diese mit dem ordentlichen Monatslohn abgegolten werden sollen.

Die Pflicht des oder der Angestellten zur Leistung von Überstunden ergibt sich aus dem Gesetz und ist zwingendes Recht¹²⁵. Daraus ergibt sich zwingend die Notwendigkeit einer vertraglichen Abrede, wenn bei nicht-leitenden Angestellten die geleisteten Überstunden im Monatsgehalt enthalten sein sollen. Von grösserem Interesse ist allerdings, ob und inwieweit solche Vertragsabreden möglich bzw. zulässig sind.

Sofern weder gesetzliche¹²⁶ noch gesamt- oder normalarbeitsvertragliche Minimalvorschriften bestehen, können die Parteien einen Lohn in beliebiger Höhe vereinbaren¹²⁷. Ob nun ein durchschnittlicher Monatslohn bezahlt und zu leistende Überstunden separat abgerechnet werden, oder ob die in absehbarem Ausmass anfallenden Überstunden pauschal zum Monatslohn hinzugerechnet und als mitenthalten erklärt werden, ist aus wirtschaftlicher Sicht dasselbe.

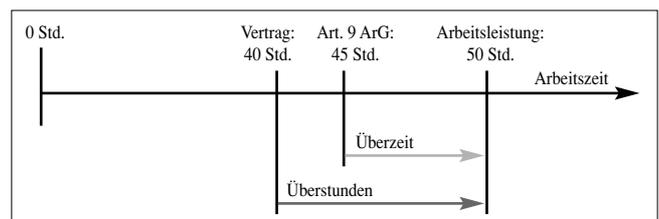
Insoweit ist eine entsprechende Vertragsvereinbarung m.E. auch bei nicht-leitenden Angestellten zulässig. Dabei ist aber zu betonen, dass auch bei den "normalen" Angestellten diejenigen Ausnahmen gelten, welche schon bei leitenden Angestellten dazu führen, dass die Überstunden als nicht enthalten gelten und separat zu vergüten sind¹²⁸.

7. Überstunden und Überzeit

7.1. Allgemeines

Gemäss Arbeitsgesetz beträgt die wöchentliche maximale Arbeitszeit 45 bzw. 50 Stunden¹²⁹. Übersteigt das Arbeitspensum des oder der Angestellten dieses Ausmass, so spricht man nicht von Überstunden, sondern von Überzeit¹³⁰. Die Arbeitnehmerin leistet Überstunden, sobald sie mehr als die vertraglich vereinbarte Zeit arbeitet. Überzeit liegt vor, wenn die im Arbeitsgesetz vorgeschriebene Höchstarbeitszeit überschritten wird.

Ausgehend von einer vereinbarten Arbeitszeit von 40 Stunden, einem gesetzlich vorgesehenen Maximum von wöchentlich 45 Stunden und einer geleisteten Arbeitszeit von 50 Stunden, lässt sich der Unterschied zwischen Überstunden und Überzeit grafisch darstellen:



Eine Kompensation von Überzeit mit Freizeit von gleicher Dauer setzt das Einverständnis des Arbeitnehmers voraus¹³¹, was der privatrechtlichen Regelung von Überstunden entspricht¹³². Im Unterschied zu den Überstunden kann aber bei der Auszahlung von Überzeitarbeit der Arbeitnehmer auf

123 TH. GEISER, flexible Arbeitszeiten (FN 5), 1331; U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 6, m.V.a. R. KUHN 6/2.2.1, 4 f.; J. BRÜHWILER (FN 34), Art. 321c N 2 e; BGE vom 6.2.1997, in JAR 1998, 144; Vgl. auch BGE 110 II 264 ff.

124 TH. GEISER, Flexible Arbeitszeiten (FN 5), 1331 m.V.a. BGE 110 II 267.

125 Art. 321c Abs. 1 i.V.m. Art. 361 OR.

126 Bspw. Art. 9 BVO (SR 823.21) oder Art. 8 Abs. 1 lit. b BoeB (SR 172.056.1).

127 Vgl. dazu BK-REHBINDER (FN 2), Art. 322 N 3 ff.

128 Vgl. oben, Ziff. 6.2.

129 Vgl. dazu Art. 9 lit. a und b ArG.

130 Vgl. die Marginalien zu Art. 12 f. ArG.

131 Art. 13 Abs. 2 ArG.

132 Art. 321c Abs. 2 OR.

den Lohnzuschlag von 25 % nicht verzichten¹³³. Mit anderen Worten ist ein Lohnzuschlag von 25 % trotz anderslautender Vertragsabrede zu bezahlen, sobald nicht Überstunden, sondern Überzeit ausbezahlt wird¹³⁴. Dies wirft die Frage auf, ob bei Angestellten, welche gleichzeitig Überstunden und Überzeit leisten, der Lohnzuschlag von je 25 % zu kumulieren ist, da sowohl das Obligationenrecht¹³⁵ als auch das Arbeitsgesetz¹³⁶ je einen solchen Zuschlag vorschreiben. Dem ist nicht so. Der Lohnzuschlag ist auch dann nur einmal zu bezahlen, wenn es zu einer Auszahlung von Mehrarbeit kommt, die sowohl Überstunden als auch Überzeit darstellt.

Ausgenommen von der Pflicht zur Zahlung eines Überstundenzuschlages sind gemäss Arbeitsgesetz das Büropersonal, technische und andere Angestellte mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels, sofern die Überzeitarbeit den Betrag von 60 Stunden pro Kalenderjahr nicht übersteigt¹³⁷.

Ebensowenig haben höhere leitende Angestellte einen Anspruch auf Ausrichtung einer Überzeitemtschädigung, da diese Gruppe von Arbeitnehmenden nicht unter den Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes fällt¹³⁸. Diesbezügliche Abgrenzungsprobleme ergeben sich häufig beim mittleren Kader einer Unternehmung, weshalb auf die Problematik näher eingegangen wird.

7.2. Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes (höhere leitende Angestellte)

7.2.1. Gesetz und Verordnung

Mit Ausnahme der Vorschriften über den Gesundheitsschutz ist das Gesetz nicht anwendbar auf Arbeitnehmer, die eine höhere leitende Tätigkeit ausüben¹³⁹. Gefordert wird – im Unterschied zur Thematik der im Lohn enthaltenen Überstunden bei leitenden Angestellten¹⁴⁰ – nicht nur eine leitende, sondern eine *höhere* leitende Tätigkeit. Art. 9 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz konkretisiert den Begriff wie folgt: "Eine höhere leitende Tätigkeit übt aus, wer auf Grund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebes über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann."

Der Wortlaut der Verordnung sollte den Begriff der höheren leitenden Tätigkeit eigentlich (er)klären. Verschiedene unbestimmte Begriffe machen die Umschreibung allerdings ziemlich schwammig. Welche Hierarchiestufe muss denn eine Arbeitnehmerin haben, bis sie unternehmerische Entscheide von *grosser* Tragweite *massgeblich* beeinflussen kann? Ab welchem Stadium wird der Arbeitnehmer *nachhaltigen* Einfluss auf die Struktur, den Geschäftsgang oder die Entwicklung des Betriebes nehmen? M.E. ist der Wortlaut von Art. 9 ArGV 1 unglücklich, weil er den Begriff der höheren leitenden Tätigkeit in einer allgemeinen Form einzugrenzen versucht, die Eingrenzung sich aber ihrerseits

wieder auf verschiedene unpräzise Ausdrücke abstützt. Hilfreicher ist diesbezüglich ein Blick auf Literatur und Rechtsprechung zu diesem Thema.

7.2.2. Lehre und Rechtsprechung

Ob ein Angestellter unter den Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes fällt, entscheidet sich nicht anhand der (formellen) Bezeichnung seiner Stelle oder Position¹⁴¹. Vielmehr sind die tatsächlich praktizierte Tätigkeit in der Unternehmung sowie die damit verbundenen Kompetenzen von Bedeutung¹⁴². Mit anderen Worten ist es möglich, dass ein als "Geschäftsführer" bezeichneter Arbeitnehmer in einem Fall als höherer leitender Angestellter qualifiziert wird, in einem anderen Fall aber nicht.

Allgemeine Anhaltspunkte für eine Beurteilung des Geltungsbereiches von Art. 3 lit. d ArG liefert das Bundesgericht in zwei Entscheidungen¹⁴³:

- der Sinn von Art. 3 lit. d ArG liegt darin, dass ein höherer leitender Angestellter aufgrund seiner besonderen Stellung im Betrieb keines öffentlich-rechtlichen Schutzes bedarf und für den Arbeitgeber vor allem in zeitlicher Hinsicht frei verfügbar sein soll¹⁴⁴;
- die Norm, d.h. Art. 3 lit. d ArG ist restriktiv auszulegen¹⁴⁵;
- die Beurteilung, ob eine höhere leitende Tätigkeit vorliegt, hat aufgrund des konkreten Einzelfalles und gestützt auf sämtliche Merkmale insgesamt zu erfolgen. Lohnhöhe, Zeichnungsberechtigung, Weisungsrecht, Stellenbezeichnung etc. bedeuten *je für sich allein* noch keine höhere leitende Tätigkeit¹⁴⁶.

133 U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 5; BGE 126 III 337.

134 BGE 126 III 337; THOMAS KOLLER (zit.: TH. KOLLER, Überstundenentschädigung): Überstunden- und Überzeitemtschädigung bei Kaderleuten? Ein klärendes Urteil des Bundesgerichts (Besprechung von BGE 126 III 337 ff.); in: Jusletter vom 11.12.2000, <http://www.weblaw.ch/jusletter/archiv.asp>; Rz 13.

135 Art. 321c Abs. 3 OR.

136 Art. 13 ArG.

137 Art. 13 ArG.

138 Art. 3 lit. d ArG.

139 Art. 3 lit. d und Art. 3a lit. b ArG.

140 Vgl. oben, Ziff. 6.

141 ROLAND MÜLLER (zit.: R. MÜLLER): Kommentar zum Arbeitsgesetz, mit ergänzenden Verordnungen; 6. A., Zürich 2001, 32.

142 R. MÜLLER (FN 141), 32.

143 BGE 98 Ib 344 ff.; BGE 126 III 340.

144 TH. KOLLER (FN 134), Überstundenentschädigung, Rz. 4.1, m.V.a. BGE 98 Ib 347 E. 2.

145 BGE 126 III 340.

146 BGE 98 Ib, 348; BGE 126 III 340; TH. KOLLER (FN 134), Überstundenentschädigung, Rz. 4.1.

MÜLLER umschreibt den höheren leitenden Angestellten als eine Person¹⁴⁷:

- welche Personal einstellen und entlassen darf (Leiter des Personalbüros);
- welche selbständig Dispositionen über An- und Verkauf treffen darf (Leiter des Ein- und Verkaufs);
- welche über das wesentliche Betriebsgeschehen selbständig entscheidet (Chefarzt einer Klinik, Produktionsleiter);
- welche den Betriebsinhaber nach Bedarf regelmässig vertritt und dabei wichtige Entscheidungen treffen darf.

Diese Zuordnung gilt seiner Ansicht nach unabhängig von der Ausbildung des Arbeitnehmers, seinem Auftreten gegen aussen (Zeichnungsberechtigung) oder der formellen Bezeichnung seiner Stellung im Betrieb¹⁴⁸.

Im Entscheid vom 16. August 2000 entschied das Obergericht des Kantons Luzern¹⁴⁹, dass der Kläger zwar einen verantwortungsvollen Tätigkeitsbereich innehatte, ihm bei der Ausübung dieser Funktion jedoch keine eigentliche Entscheidungskompetenz zukam¹⁵⁰. Der Aufgabenbereich des Arbeitnehmers umfasste die alleinige Führung von drei Buchhaltungen bis zu deren Abgabe an die Revisionsstelle, das Erstellen der Lohn-, Sozialversicherungs- und Mehrwertsteuerabrechnungen, die Personalbetreuung, die Führung der Kostenstellen, der Debitoren- und Kreditorenbuchhaltung, das Erstellen von Statistiken und Jahresrechnungen sowie die Installation neuer EDV-Programme, das Einrichten von Schnittstellen und den gesamten EDV-Support. Trotz dieses umfangreichen Aufgabenheftes kam das Gericht zum Schluss, dass dem Angestellten keine eigentlichen Entscheidungskompetenzen zustanden und er daher nicht als höherer leitender Angestellter zu qualifizieren sei¹⁵¹. Diesem Entscheid ist m.E. insoweit zuzustimmen, als es weniger auf die Grösse des Aufgabenkataloges selbst, sondern mehr auf die damit verliehenen *Entscheidungskompetenzen* ankommt. Selbstverständlich ist jeder Aufgabenkatalog mit gewissen Entscheidungsbefugnissen verbunden¹⁵². Zentrale Frage ist m.E. jedoch, ob diese Kompetenzen mit der *Führung des Betriebes* oder Betriebsteiles zusammenhängen¹⁵³.

Unter dem Aspekt der *Entscheidungskompetenz* ist zudem erwähnenswert, dass eine solche eben nicht gegeben ist, wenn dem Angestellten ein Antragsrecht an die nächst höhere Hierarchiestufe zusteht und dies selbst dann nicht, wenn er in jenem Gremium zusätzlich mitreden, aber eben nicht mitbestimmen darf¹⁵⁴. Insofern wäre der Einwand einer Arbeitgeberin unerheblich, wonach dem Angestellten aufgrund seiner überlegenen Fachkompetenz, seines Antragsrechts und dem Mitspracherecht im Entscheidungsgremium zwar nicht die formelle, aber eine faktische Entscheidungsbefugnis zukommt.

7.2.3. Leitende und höhere leitende Angestellte

Weiter oben wurde die Rechtsprechung des Bundesgerichts ausgeführt, wonach bei leitenden Angestellten eine angemessene Anzahl Überstunden bereits mit dem Monatsgehalt abgegolten sei¹⁵⁵. Inwieweit lässt sich aus der Rechtspre-

chung zu Art. 321c OR (leitende Angestellte) für die Unterstellung unter das Arbeitsgesetz etwas ableiten?

Interessant wäre vorweg zu klären, ob der Begriff des "leitenden Angestellten" gemäss Rechtsprechung zum Einzelarbeitsvertragsrecht¹⁵⁶ dem "leitenden Angestellten" gemäss Art. 3 lit. d ArG entspricht. Im Entscheid vom 24. Februar 1987¹⁵⁷ kommt das Arbeitsgericht Zürich zum Schluss, dass dem Kläger (Arbeitnehmer) keine Überstundenentschädigung nach Art. 321c OR zusteht, weil bei leitenden Angestellten stillschweigend von einer längeren als der betriebsüblichen Arbeitszeit auszugehen sei. Begründet wird die Qualifikation des Arbeitnehmers als leitender Angestellter unter Beizug der Vorschriften des Arbeitsgesetzes. Das Gericht kommt zum Schluss, dass der Angestellte eine höhere leitende Tätigkeit ausübt und darum auch als leitender Angestellter im Sinne der Rechtsprechung zum Einzelarbeitsvertragsrecht zu betrachten ist¹⁵⁸. Dieser Entscheid lässt die m.E. sinnvolle Schlussfolgerung zu, wonach jeder Angestellte, der eine höhere leitende Tätigkeit im Sinne des Arbeitsgesetzes ausübt, auch als leitender Angestellter im Sinne von Art. 321c OR betrachtet werden darf¹⁵⁹. Auf jeden Fall erscheint es sinnvoll, bei der Konkretisierung des Begriffes einer "leitenden" bzw. "höheren leitenden" Tätigkeit auf dieselben Kriterien abzustellen¹⁶⁰, d.h. auf Merkmale

147 R. MÜLLER (FN 141), 32.

148 R. MÜLLER (FN 141), 32.

149 JAR 2001, 174 ff.

150 JAR 2001, 175.

151 JAR 2001, 175 f.

152 Vorliegend wären dies bspw. Fragen im Zusammenhang mit der Verbuchung oder Bewertung, Verhalten gegenüber dem Personal oder Entscheidungen betreffend Weiterbildung, Ferieneinteilung etc.

153 Vgl. dazu den Wortlaut von Art. 9 ArGV 1: "(...) und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss (...)".

Welche Funktionen oder Kompetenzen in einer Unternehmung als Führungsaufgabe zu qualifizieren sind, liesse sich vermutlich mit Hilfe der Betriebswirtschaftslehre eingrenzen oder genauer bestimmen.

154 Dies betrifft bspw. das Antragsrecht eines Abteilungsleiters an das Direktorium oder der Antrag eines (faktisch unselbständigen) Geschäftsführers an einen (faktisch operativ tätigen) Verwaltungsrat.

155 Vgl. oben, Ziff. 6.4.

156 Bzw. zu Art. 321c OR.

157 JAR 1990, 127 ff.

158 JAR 1990, 128.

159 Unzulässig ist m.E. aber der Umkehrschluss, da das Arbeitsgesetz nicht nur von einer "leitenden", sondern von einer "höheren leitenden" Tätigkeit spricht.

160 Wenn auch mit einem anderen Massstab.

wie bspw. Entscheidungsbefugnis, Zeichnungsberechtigung, Anzahl unterstellter Personen etc.¹⁶¹.

7.2.4. Zuständigkeit von Gericht oder kantonaler Behörde?

"Bestehen Zweifel über die Anwendbarkeit des Gesetzes auf (...) einzelne Arbeitnehmer in industriellen oder nicht-industriellen Betrieben, so entscheidet die kantonale Behörde."¹⁶² Sofern im konkreten Einzelfall also Zweifel über die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes bestehen, liesse sich noch während des laufenden Arbeitsverhältnisses bei der verantwortlichen Behörde diesbezügliche Klarheit verschaffen.

Nach Ansicht von MÜLLER ist eine solche (rechtskräftige) Feststellungsverfügung für die Gerichte bindend, und diese haben im Zweifelsfall¹⁶³ einen Entscheid nach Art. 41 Abs. 3 ArG herbeizuführen¹⁶⁴. Dies entspricht vermutlich aber nicht der Meinung des Bundesgerichts, wenn es sich in BGE 98 Ib 344 ff. und BGE 126 III 340 f. ausführlich zur Frage des Anwendungsbereiches des Arbeitsgesetzes äussert.

7.2.5. Anwendbarkeit der Vorschriften über den Gesundheitsschutz

Mit der letzten Revision des Arbeitsgesetzes wurden die höheren leitenden Angestellten den Vorschriften des Arbeitsgesetzes über den Gesundheitsschutz unterstellt¹⁶⁵. Damit trifft die Arbeitgeberin die Pflicht "(...) zum Schutze der Gesundheit der Arbeitnehmer alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind."¹⁶⁶

Der Zusammenhang zwischen Gesundheitsschutz und Arbeitszeit ergibt sich aus dem nicht publizierten Bundesgerichtsurteil vom 14. Juni 2002¹⁶⁷. Zur Frage der höchstzulässigen Arbeitszeit von Assistenzärzten wird festgestellt, dass sich Art. 6 ArG nicht auf die Regelung der Höchstarbeitszeit bezieht und die Vorschriften des Gesundheitsschutzes einerseits und diejenigen der Arbeits- und Ruhezeit andererseits auseinanderzuhalten sind¹⁶⁸. Trotzdem ist es dem Arbeitgeber aufgrund von Art. 6 ArG verwehrt, den Arbeitnehmer in qualitativer und quantitativer Hinsicht derart zu belasten, dass seine physische oder psychische Gesundheit auf Dauer beeinträchtigt wird¹⁶⁹. "Auch wenn sich über das gesundheitlich tragbare quantitative Mass der Arbeitsbelastung nur schwerlich allgemeine Aussagen machen lassen, kann gegen offensichtlich missbräuchliche Arbeitszeiten gestützt auf Art. 6 ArG in Verbindung mit Art. 2 ArGV 3 eingeschritten werden."¹⁷⁰ Zur Frage, wann solche missbräuchliche Arbeitszeiten vorliegen, stellte das Bundesgericht schliesslich fest, dass Arbeitspensen von gegen 100 Stunden pro Woche, wie sie gemäss den (bestrittenen) Behauptungen der Beschwerdeführer in gewissen Krankenanstalten im Kanton Zürich vorkommen sollen, mit Sicherheit gegen die Gesundheitsschutzbestimmungen des Arbeitsgesetzes und seiner Verordnung verstossen¹⁷¹.

8. Überstundenkompensation

8.1. Zustimmung des Arbeitnehmers

Die Kompensation von Überstunden mit (bezahlter) Freizeit von gleicher Dauer bedarf der Zustimmung von Arbeitnehmer *und Arbeitgeber*¹⁷². Folglich kann ein Angestellter nicht gegen den Willen des Arbeitgebers Überstunden kompensieren.

Die Zustimmung bzw. Vereinbarung zur Kompensation muss nicht schriftlich sein, kann also auch stillschweigend erfolgen¹⁷³. Letzteres ist insbesondere dann der Fall, wenn der oder die Angestellte selbständig einer betrieblichen Praxis folgt. In aller Regel empfiehlt es sich, aus Gründen der Beweislast und der Rechtssicherheit, die Zustimmung zur Kompensation von Überstunden in den schriftlichen Arbeitsvertrag aufzunehmen¹⁷⁴.

8.2. Zeitraum der Kompensation

Werden geleistete Überstunden nicht ausbezahlt, so können diese innert eines angemessenen Zeitraumes mit Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen werden¹⁷⁵. Im Arbeitsgesetz findet sich eine analoge Regelung¹⁷⁶, wobei die Verordnung eine Dauer von 14 Wochen als "angemessenen Zeitraum" definiert¹⁷⁷. Den Parteien steht es frei, einen längeren Zeitraum zu vereinbaren, dieser darf die Dauer von 12 Monaten allerdings nicht überschreiten¹⁷⁸. Mit anderen Worten

161 Vgl. bspw. in Bezug auf Art. 321c OR den Entscheid des Obergerichts des Kantons Luzern vom 16.8.2000, in JAR 2001, 174 ff., und betreffend Art. 3 lit. d ArG: BGE 126 III 337 ff.

162 Art. 41 Abs. 3 ArG.

163 Bspw. wenn die Auszahlung einer Überzeitschädigung streitig ist.

164 R. MÜLLER (FN 141), 154.

165 Art. 3a lit. b ArG.

166 Art. 6 Abs. 1 ArG.

167 BGE 2P.251/2001 vom 14.6.2002, erwähnt in NZZ vom 12.7.2002; Abrufbar unter der Internetadresse: "<http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.jsp?ArticleNr=1785&Language=1>".

168 BGE 2P.251/2001, E. 5.2.

169 BGE 2P.251/2001, E. 5.3, m.w.V.

170 BGE 2P.251/2001, E. 5.3, m.w.V.

171 BGE 2P.251/2001, E. 5.3.

172 Art. 321c Abs. 2 OR; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (FN 7), Art. 321c N 17.

173 U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 11; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (FN 7), Art. 321c N 17.

174 ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (FN 7), Art. 321c N 17.

175 Art. 321c Abs. 2 OR.

176 Art. 13 Abs. 2 ArG: Kompensation von Überzeit innert eines angemessenen Zeitraumes und mit Zustimmung des Arbeitnehmers.

177 Art. 25 Abs. 2 ArGV 1.

178 Art. 25 Abs. 2 ArGV 1.

muss die im Betrieb geleistete Überzeit zwingend innerhalb eines Jahres kompensiert werden.

Ob die maximale Frist zur Kompensation der Mehrarbeit nicht nur für die Überzeit, sondern auch für Überstunden gilt, ist m.E. unklar. STREIFF/VON KAENEL vertreten die Ansicht, dass die (vereinbarte) Kompensation analog zu Art. 25 Abs. 2 ArGV bis spätestens innerhalb eines Jahres zu geschehen hat. Erfolgte dies nicht, so steht dem oder der Angestellten auch dann ein Anspruch auf Auszahlung zu, wenn ursprünglich die Kompensation vereinbart war¹⁷⁹. Art. 321c Abs. 2 OR ist zweifellos dispositives Recht¹⁸⁰. Dass eine Vereinbarung der Parteien betreffend dem "angemessenen Zeitraum" trotzdem auf 12 Monate beschränkt sein soll, ist m.E. nicht zwingend, da das Einzelarbeitsvertragsrecht mehr Gestaltungsspielraum offen lässt als das Arbeitsgesetz. Zudem ist unbestritten, dass bei Ausbleiben oder Unmöglichkeit einer Kompensation die geleisteten Überstunden zu vergüten sind¹⁸¹, und die Verjährungsfrist solcher Ansprüche 5 Jahre beträgt¹⁸². Somit liesse sich m.E. auch die Meinung vertreten, dass der angemessene Zeitraum gemäss Art. 321c Abs. 2 OR mehr oder weniger frei vereinbart werden kann¹⁸³; falls jedoch nicht innert dieser Zeit kompensiert wird, sind die Überstunden auszuzahlen.

Ob in diesem Fall ein Lohnzuschlag geschuldet ist – wie dies verschiedene Autoren vertreten¹⁸⁴ – hängt m.E. von der vertraglichen Vereinbarung ab. Wurde lediglich die Kompensation vereinbart, jedoch der Zuschlag im Falle einer Auszahlung nicht wegbedungen, so ist dieser geschuldet. Denkbar wäre m.E. aber auch eine vertragliche Regelung, wonach im Falle einer Auszahlung kein Zuschlag ausgerichtet wird. Dies aufgrund der Überlegung, dass die Wegbedingung des Zuschlages bei "direkter"¹⁸⁵ Auszahlung zulässig ist¹⁸⁶ und sogar vereinbart werden kann, eine angemessene Anzahl Überstunden sei im Monatslohn enthalten¹⁸⁷. Angesichts solcher Freiheiten muss m.E. auch die Regelung Platz haben, dass Überstunden primär kompensiert werden, und falls keine Kompensation möglich ist, eine Auszahlung ohne Zuschlag erfolgt¹⁸⁸.

Formulierungsvorschlag:

Überstunden sind innerhalb eines Jahres mit Freizeit von gleicher Dauer zu kompensieren. Der Mitarbeiter hat dafür zu sorgen, dass die Kompensation so schnell wie möglich erfolgt und den Arbeitgeber zu informieren, falls eine Kompensation innerhalb eines Jahres nicht möglich scheint. Können Überstunden nicht innert Jahresfrist kompensiert werden, so erfolgt deren Auszahlung ohne Zuschlag.

8.3. Überstunden und gleitende Arbeitszeit

Überstunden werden entweder vom Arbeitgeber angeordnet oder vom Angestellten aus einer betrieblichen Notwendigkeit heraus geleistet. Bei der gleitenden Arbeitszeit liegt die so genannte Zeitsouveränität beim Arbeitnehmer, d.h. dieser kann sich – bis zu einem bestimmten Grad – die Arbeitszeit selber einteilen¹⁸⁹. Welche Probleme ergeben sich aus dem Spannungsverhältnis zwischen Weisungsrecht des Arbeitgebers und Anspruch auf selbständige Arbeitszeiteinteilung?

8.3.1. Gleitzeitüberhang oder Überstunden?

Bei Gleitzeitarbeit obliegt dem Angestellten die Pflicht, um einen ausgeglichenen Arbeitszeitsaldo besorgt zu sein. Aufgrund dieser Autonomie trägt der Angestellte aber auch das Risiko einer falschen oder vertragswidrigen Zeiteinteilung: Erstens ist die vertragliche Regelung zulässig, wonach nur ein bestimmter Teil des Gleitzeitüberhangs in die nachfolgende Berechnungsperiode hinübergenommen werden darf¹⁹⁰. Zweitens fällt ein Gleitzeitüberhang entschädigungslos dahin, wenn der Angestellte seinen positiven Überhang derart anwachsen lässt, dass dieser bis zum Ende der Kündigungsfrist nicht mehr kompensiert werden kann¹⁹¹. Diese beiden Grundsätze gelten allerdings nur, wenn es sich um Mehrarbeit handelt, die der Angestellte auf eigene Faust leistete, d.h. die nicht angeordnet wurde und nicht betrieblich notwendig war. "Notwendig" bedeutet dabei nicht, dass die Arbeit der Unternehmung nicht dienlich bzw. nützlich sein darf. Vielmehr geht es darum, dass die Arbeit *im betreffenden Zeitpunkt* erledigt werden muss, sich also nicht aufschieben lässt. Bei angeordneter oder notwendiger Mehrarbeit qualifiziert das Bundesgericht diese Arbeit als entschädigungspflichtige Überstunden¹⁹².

Man kann sich unschwer vorstellen, dass vor allem die Unterscheidung zwischen Gleitzeitüberhang und stillschweigend geduldeten Überstunden in der Praxis äusserst schwierig, vermutlich sogar unmöglich ist. Die Problematik verschärft sich zusätzlich, wenn bspw. eine Angestellte im ersten Halbjahr in guten Treuen einen Gleitzeitüberhang

179 U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 11.

180 U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 11; BK-REHBINDER (FN 2), Art. 321c N 10.

181 Art. 321c Abs. 3 OR, erster Halbsatz; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (FN 7), Art. 321c N 20. Unmöglich ist die Kompensation bspw. im Falle eines positiven Saldos am Ende des Arbeitsverhältnisses.

182 Art. 128 Ziff. 3 OR; U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 10.

183 Oberste Grenze ist jedoch sicherlich die 5-jährige Verjährungsfrist.

184 U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 11; BK-REHBINDER (FN 2), Art. 321c N 10.

185 "Direkt" in dem Sinne, dass alle Überstunden nicht kompensiert, sondern immer 1 zu 1 ausbezahlt werden.

186 Art. 321c Abs. 3 OR.

187 Vgl. oben, Ziff. 6.4.

188 Ein diesbezüglich interessanter Entscheid ist derjenige des Tribunal cantonal jurassien vom 11.12.1995 (JAR 1996, 123 ff.): Gemäss dem in jenem Fall anwendbaren Reglement waren Überstunden "grundsätzlich" (en principe) innerhalb von 3 Monaten zu kompensieren. In casu lagen jedoch besondere Verhältnisse vor, und das Gericht schützte die angeordnete Kompensation auch nach Ablauf dieser Frist.

189 TH. GEISER, Flexibilisierung (FN 5), 87.

190 TH. GEISER, Flexibilisierung (FN 5), 87.

191 BGE 123 III 471 (= JAR 1998, 124).

192 BGE 123 III 471 f.

aufbaut, welchen sie im geplanten Zeitpunkt infolge ausdrücklich angeordneter Überstunden nicht mehr kompensieren kann. In diesem Fall kommt es zu einer Vermischung von entschädigungslosem Gleitzeitüberhang und entschädigungspflichtigen Überstunden.

Entschärfen lässt sich diese Problematik durch eine klare, vertragliche Regelung und deren Überprüfung durch den Arbeitgeber. Solange sich ein Gleitzeitüberhang inklusive allfälliger Überstunden während der Kündigungsfrist kompensieren lässt, besteht kein Anlass zur Sorge. Wichtig scheinen mir vor allem zwei Aspekte: Erstens müssen Abgrenzungsprobleme sofort besprochen und gelöst werden, und ein übermässiger Gleitzeitüberhang ist so rasch als möglich abzubauen. Zweitens ist es sinnvoll, bei Gleitzeitarbeit generell auch die Abgeltung von Überstunden durch Kompensation und nicht durch Auszahlung (mit oder ohne Zuschlag) zu vereinbaren. Wenn ein Gleitzeitüberhang kompensiert bzw. ausgeglichen werden muss und Überstunden entschädigt werden, müssen diese beiden Arbeitszeiten klar getrennt werden, was ein praktisches Problem darstellen kann.

*Formulierungsvorschlag*¹⁹³:

Der Gleitzeitüberhang darf am Ende des Monats den Betrag von plus ... und minus ... Stunden nicht übersteigen bzw. unterschreiten. Zuviel geleistete Arbeitszeit verfällt entschädigungslos; bei zuwenig geleisteter Arbeitszeit erfolgt ein Lohnabzug.

Werden Überstunden angeordnet oder deren Leistung notwendig, so hat der Angestellte dies bei der Einteilung seiner Arbeitszeit so zu berücksichtigen, dass der monatlich maximale Saldo trotzdem nicht überschritten wird. Ist eine Kompensation nicht möglich, ist dies dem Arbeitgeber zu melden.

Bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses obliegt es dem Angestellten, um einen ausgeglichenen Gleitzeitsaldo bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses besorgt zu sein. Ist ein Ausgleich nicht möglich, bspw. infolge angeordneter Überstunden, hat dies der Angestellte so schnell als möglich der Arbeitgeberin mitzuteilen, damit noch vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine einvernehmliche Lösung getroffen werden kann.

8.3.2. Höhe des maximalen Gleitzeitüberhanges

In BGE 123 III 469 ff. macht das Bundesgericht sehr konkrete Angaben über die sinnvolle, maximale Höhe eines Gleitzeitüberhanges¹⁹⁴: "Da schweizerischem Recht unterstehende Arbeitsverhältnisse nur einen beschränkten Bestandesschutz geniessen und innert vertraglich vereinbarter oder gesetzlich normierter Kündigungsfrist grundsätzlich jederzeit aufgelöst werden können, sollten Gleitzeitguthaben kein derartiges Ausmass erreichen, dass sie nicht innerhalb des für die ordentliche Kündigungsfrist definierten Zeitrahmens während der festgelegten Gleitzeit wieder ausgeglichen werden können." Mit anderen Worten sollte der maximal zulässige Gleitzeitüberhang im Arbeitsvertrag oder Reglement so gewählt werden, dass dieser während der Kündigungsfrist abgebaut werden kann¹⁹⁵.

8.4. Überstundenkompensation und Kündigung

In der Praxis wurde schon mehrfach die Frage aufgeworfen, ob ein Angestellter die Zustimmung zur Kompensation verweigern darf, wenn er gekündigt und freigestellt wird. Die Zürcher Gerichte betrachteten die Verweigerung der arbeitnehmerseitigen Zustimmung als rechtsmissbräuchlich, wenn dies bei Freistellung und ohne besonderen Grund erfolgt¹⁹⁶. Als besondere Gründe gelten der Bezug von Ferien, Krankheit oder die Stellensuche¹⁹⁷. "Wenn der Arbeitnehmer aber für eine sehr lange Frist freigestellt wird, kann ausnahmsweise die Weigerung der Überzeitkompensation rechtsmissbräuchlich sein."¹⁹⁸ Bestätigt wurde diese Meinung in einem Urteil des Bundesgerichts insofern, als eine treuwidrige Ablehnung eines Kompensationsangebotes nicht von vornherein ausgeschlossen ist¹⁹⁹. Allerdings ist bei einer solchen Annahme Zurückhaltung zu üben, und sie ist sicherlich dann nicht angebracht, wenn der Arbeitgeber kündigte und der Arbeitnehmer während der Freistellung eine neue Stelle suchen muss²⁰⁰.

Eine rechtsmissbräuchliche Verweigerung der Zustimmung bejahte das Arbeitsgericht Zürich im Entscheid vom 15. Februar 1993, wo der Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist aus Mangel an Arbeit freigestellt wurde²⁰¹. Kann der Arbeitgeber seinen Angestellten mangels Arbeit nicht mehr beschäftigen, befindet sich ersterer in Annahmeverzug²⁰². Art. 324 Abs. 2 OR auferlegt dem Angestellten in solchen Fällen eine Schadensminderungspflicht. Verweigert der Angestellte unter diesen Umständen die Zustimmung zur Überstundenkompensation, verstösst er gegen diese Pflicht²⁰³.

193 In Anlehnung an TH. GEISER, Flexibilisierung (FN 5), 111 f. *Beachte*: Diese Regelung ist nur dann sinnvoll, wenn eine Überstundenkompensation und nicht deren Auszahlung vorgesehen ist!

194 BGE 123 III 471.

195 Bsp.: Tägliche Arbeitszeit: 8 Stunden, Blockzeiten 5 Stunden (9–11:30 und 14–16:30 Uhr); tägliche Gleitzeit 3 Stunden. Bei einer Kündigungsfrist von einem Monat resultiert ein maximal zulässiger Überhang von ca. 65 Stunden (3 Std. während 21,75 Tagen).

196 ZR 97 (1998), 170 (Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich vom 20.9.1996).

197 ZR 97 (1998), 170.

198 U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 11. Wobei diese Aussage vermutlich auch für *Überstunden* gilt.

199 BGE 123 III 84, in JAR 1998, 146 ff.

200 BGE 123 III 85, in JAR 1998, 147.

201 ZR 96 (1997), 165.

202 Art. 324 OR.

203 ZR 96 (1997), 165.

9. Berechnung und Auszahlung von Überstunden

9.1. Allgemeines

Nachfolgend soll eine möglichst konkrete Berechnung des Stundenlohnes aufgezeigt werden, welcher als Basis für die Bemessung der Überstundenentschädigung dient. Dabei wird folgender Sachverhalt unterstellt: Eine Angestellte verdient Fr. 5000.– pro Monat brutto. Die vereinbarte, wöchentliche Arbeitszeit beträgt 40 Stunden (5 Tage zu je 8 Stunden). Pro Jahr hat sie 4 Wochen Ferien. Am Schluss des Jahres erhält sie einen 13. Monatslohn in der Höhe von Fr. 5000.–, woraus sich eine jährliche Lohnsumme von Fr. 65000.– ergibt.

9.2. Vom Jahreslohn zum Stundenlohn

9.2.1. Jährliche Anzahl Arbeitsstunden

Ausgehend von 365 Tagen im Jahr resultieren nach Abzug der Wochenenden 261 Werktag²⁰⁴. Darin enthalten sind sowohl 4 Wochen Ferien als auch die kantonalen und bundesrechtlichen Feiertage. Von sämtlichen Feiertagen im Kanton St. Gallen²⁰⁵ fallen deren 3 immer auf einen Sonntag²⁰⁶, deren 4 immer auf einen Werktag²⁰⁷ und die übrigen 5 Feiertage sind "variabel"²⁰⁸. Folglich leistet ein Angestellter pro Jahr zwischen 46 und 47 Arbeitswochen²⁰⁹. Ausgehend von 261 Werktagen ergibt sich ein jährliches Arbeitspensum von 2088 Stunden. Unter Berücksichtigung der Ferien und Feiertage kommt man, bei durchschnittlich 46.5 Wochen²¹⁰ Arbeitszeit, zu einem jährlichen Stundenpensum von 1860 Stunden²¹¹. Sind bei der Berechnung des Stundenlohnes die Ferien und Feiertage mitzuberechnen?

9.2.2. Mit oder ohne Ferien und Feiertage?

Verteilt man das Jahressalär auf die effektiv geleistete Arbeitszeit²¹², so führt dies zu einem "höheren" Stundenlohn von Fr. 34.95²¹³ mit Berücksichtigung des 13. Monatslohnes²¹⁴. In diesem Fall sind die Ferien und Feiertage im Stundenlohn inbegriffen: Das jährliche Einkommen wurde durch die tiefere Gesamtarbeitszeit²¹⁵ geteilt, womit ein höherer Stundenlohn resultiert. Mit jeder Stunde Arbeit zu diesem Ansatz werden auch die Ferien und Feiertage mitabgegolten.

Teilt man den Jahreslohn mit dem höheren Wert²¹⁶, so resultiert ein Stundenlohn von Fr. 31.15²¹⁷ mit Berücksichtigung des 13. Monatslohnes. In diesem Falle liegt der Stundenlohn tiefer, weil er über das ganze Jahr verteilt und damit – statistisch – auch während der Ferien und Feiertage ausbezahlt wird. Mit anderen Worten sind bei diesem Stundenlohn die Ferien und Feiertage *nicht* enthalten.

Durch die Leistung von Überstunden nimmt der Ferienanspruch des Arbeitnehmers nicht zu. Ebenso wenig müssen mit der Auszahlung von Überstunden irgendwelche Feiertage abgegolten werden. Aus diesem Grund ist für die Berechnung des Stundenlohnes m.E. vom tieferen Wert auszugehen, da

die Ferien bereits bezahlt sind und der Arbeitnehmerin während der Ferien der ordentliche Monatslohn ausbezahlt wird. Zu demselben Ergebnis gelangt man, wenn der Arbeitnehmer die Überstunde nicht ausbezahlt erhält, sondern kompensiert. Eine geleistete Überstunde wird mit einer bezahlten Stunde "Absenz" beglichen, bei den Ferien oder Feiertagsansprüchen ändert sich nichts.

Damit ergibt sich – ausgehend vom Jahressalär – folgende Formel²¹⁸:

$$\text{Stundenlohn} = \frac{\text{Jahressalär}}{\text{tägliche Arbeitszeit} \cdot 261}$$

9.3. Vom Monatslohn zum Stundenlohn

Häufig wird für die Berechnung nicht auf den Jahres-, sondern auf den Monatslohn abgestellt. Bei einer 5-Tage-Woche leistet der Arbeitnehmer im Durchschnitt 21.75 Arbeitstage pro Monat²¹⁹. Teilt man den monatlichen Bruttolohn durch diese Zahl und anschliessend durch die vertraglich vereinbarte Anzahl Arbeitsstunden pro Tag, ergibt dies den Bruttolohn pro Stunde. Ausgehend von obenstehendem Beispiel ergibt sich nach dieser Berechnung ein Stundenlohn von Fr. 31.15²²⁰ mit Berücksichtigung des 13. Monatslohnes. Die Formel lautet also²²¹:

$$\text{Stundenlohn} = \frac{\text{abgegrenzter Monatslohn}}{\text{tägliche Arbeitszeit} \cdot 21.75}$$

204 52 Wochen ergibt 104 Samstage und Sonntage. 365 minus 104 = 261.

205 Vgl. dazu Art. 2 f. des kantonalen Ruhetagsgesetzes, sGS 454.1 und Art. 110 Abs. 3 BV.

206 Oster- und Pfingstsonntag, Eidgenössischer Bettag.

207 Karfreitag, Oster- und Pfingstmontag, Auffahrt.

208 Neujahr, 1. August, 1. November, Weihnachten und Stephans-tag.

209 52 Wochen pro Jahr, abzüglich 4 Wochen Ferien und abzüglich 4 bis 9 Arbeitstage.

210 Als Mittelwert von 46 und 47 Wochen.

211 46.5 Wochen multipliziert mit 40 Stunden.

212 Also 1860 Stunden.

213 Fr. 65000.–/1860.

214 Wie nachfolgend aufgezeigt wird (vgl. unten 28), ist der 13. Monatslohn als fester Lohnbestandteil bei der Berechnung des Stundenlohnes zu berücksichtigen. Aus diesem Grund wird auf die Berechnungsvariante "ohne 13. Monatslohn" verzichtet.

215 1860 und nicht 2088.

216 2088.

217 Fr. 65000.–/2088.

218 Nicht ausdrücklich, aber im Ergebnis gleich: M. MÜLLER (FN 41), 142.

219 261 Tage geteilt durch 12 Monate = 21.75; M. MÜLLER (FN 41), 142; U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 12, m.w.V.

220 (Fr. 5000.– * 13/12)/21.75/8.

221 M. MÜLLER (FN 41), 142.

Um Missverständnisse zu vermeiden, wurde in der Formel der Begriff "abgegrenzter Monatslohn" verwendet. Wie weiter unten dargestellt²²², ist der ausbezahlte Monatslohn (hier Fr. 5000.–) zusätzlich abzugrenzen (13. Monatslohn, Gratifikation, Leistungslohn etc.). In einem ersten Schritt ist also der abgegrenzte Monatslohn zu bestimmen, bevor anhand des Monatslohnes der für die Überstunden massgebende Stundenlohn berechnet wird.

9.4. Durchschnittliche oder genaue Berechnung?

Je kürzer das Arbeitsverhältnis, umso eher könnten anstelle einer abstrakten Berechnungsmethode auch die im ganz konkreten Einzelfall zu leistenden Arbeitsstunden und entsprechend auch der genaue, in diesem Fall bezahlte Stundenlohn ausgerechnet werden²²³. Wann ist auf eine konkrete und wann auf eine durchschnittliche Berechnungsmethode abzustellen? M.E. gilt der Grundsatz, je konkreter desto besser. Natürlich aber wäre es unverhältnismässig, bei einem mehrjährigen Arbeitsverhältnis sämtliche einzelnen Arbeitstage zusammenzuzählen und so den genauen Stundenlohn zu ermitteln. Dies vor allem darum, weil es hochgerechnet auf ein Jahr – wenn überhaupt – schwerlich zu einer Abweichung von mehr als 2 bis 3 Arbeitstagen kommt. Doch selbst in diesem Fall ändert sich der Stundenlohn nur minimal²²⁴.

9.5. Abgrenzungen

9.5.1. Monatslohn im Zeitpunkt der geleisteten Überstunden

Wichtiger als die Frage einer durchschnittlichen oder konkreten Berechnung scheint mir, dass bei der Bestimmung des Stundenlohnes von dem, zum Zeitpunkt der geleisteten Überstunden relevanten Lohn ausgegangen wird. Macht der Arbeitnehmer im März Überstunden und erhält er auf Mitte des Jahres eine Gehaltserhöhung, so ist nicht auf das effektive Jahressalar abzustellen. Die Vergütung der Überstunden richtet sich m.E. nach dem Lohn zu demjenigen Zeitpunkt, in welchem die Überstunden geleistet wurden.

9.5.2. Berechnung gemäss Art. 33 ArGV 1

Die Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz²²⁵ regelt ausdrücklich, wie der Stundenlohn und damit auch der Lohnzuschlag von 25% zu berechnen ist, falls ein solcher ausbezahlt wird. Gemäss jenen Vorschriften ist ein Stundenlohn ohne Orts-, Haushaltungs- und Kinderzulagen zu bezahlen²²⁶.

9.5.3. 13. Monatslohn

Der 13. Monatslohn stellt einen festen Lohnbestandteil dar, welcher am Ende des Jahres unabhängig vom Geschäftsgang der Unternehmung ausgerichtet wird²²⁷. Erhält der Angestellte einen 13. Monatslohn, so ist dieser bei der Berechnung des Stundenlohnes mitzuberechnen²²⁸. Bei gleichbleibenden Monatslöhnen erfolgt die Hinzurechnung

des Dreizehnten durch Multiplikation des Monatslohnes mit 13 und Division durch 12. Zu demselben Ergebnis kommt man aber auch durch Anrechnung eines Zuschlages von 8.33%²²⁹.

Zu beachten ist natürlich, dass bei der Berechnung des 13. Monatslohnes am Ende des Jahres die bereits ausbezahlten Überstunden nicht zur Lohnsumme hinzugezählt werden dürfen, sofern bei der Berechnung der Überstundenentlohnung der Dreizehnte bereits Berücksichtigung fand. Andernfalls käme es zu einer doppelten Aufrechnung, weil der in den ausbezahlten Überstunden enthaltene Zuschlag für den 13. Monatslohn am Schluss des Jahres wieder in die Berechnung des 13. Monatslohnes einfliesst.

9.5.4. Gratifikation

Die Gratifikation ist eine freiwillige oder vereinbarte Sonderentschädigung, deren Höhe im mehr oder weniger freien Ermessen des Arbeitgebers liegt²³⁰. Auszahlung und Höhe der Gratifikation hängen meistens vom Geschäftsergebnis oder der persönlichen Leistung des Arbeitnehmers ab. Da die Höhe der Gratifikation vom Arbeitgeber bestimmt werden kann und es sich nicht um einen Lohnbestandteil handelt²³¹, ist diese Leistung bei der Berechnung des Stundenlohnes nicht zu berücksichtigen²³².

Berücksichtigung finden geleistete Überstunden bei der Gratifikation möglicherweise dann, wenn die Höhe der Zahlung vom persönlichen Einsatz des Angestellten abhängt. Bedeuten eine hohe Anzahl Überstunden auch einen hohen persönlichen Einsatz, so führt dies zu einer höheren Gratifikation. Für die Bemessung des Stundenlohnes spielt dieser Konnex allerdings keine Rolle, weil die Gratifikation durch die Überstunden beeinflusst wird und nicht umgekehrt²³³.

222 Vgl. unten, Ziff. 9.5.

223 Bspw. ein Arbeitnehmer wird während lediglich 2 Monaten beschäftigt, und es ist die Auszahlung von 5 geleisteten Überstunden zu berechnen.

224 Bei 261 Tagen resultiert ein Stundenlohn von: Fr. 60000.–/8/261 = Fr. 28.75; bei 264 Tagen ergibt die Rechnung Fr. 60000.–/8/264 = Fr. 28.40, also einen Unterschied von 35 Rappen.

225 SR 822.11.

226 Art. 33 ArGV 1.

227 CH. SENTI (FN 70), 670, m.V.a. ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (FN 7), Art. 322 N 12.

228 M. MÜLLER (FN 41), 142; U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 12, m.V.a. R. KUHN 6/4.1.4.

229 M. MÜLLER (FN 41), 142; U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 12.

230 Art. 322d OR. Vgl. dazu CH. SENTI (FN 70), 675.

231 CH. SENTI, (FN 70), 675 f.

232 M. MÜLLER (FN 41), 143; U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 12, welche eine Leistung dann als "stundenlohnrelevant" betrachten, wenn es sich um einen festen Lohnbestandteil handelt.

233 Andernfalls führte dies zu einer doppelten Berücksichtigung, indem bei der Berechnung des Stundenlohnes die Gratifikation einbezogen wird, welche ihrerseits wieder den Überstundenlohn erhöht.

9.5.5. Leistungslohn

Beim Leistungslohn besitzt der Angestellte einen klagbaren Anspruch auf Zahlung. Ist der Erfolg eingetreten, so ist die vereinbarte Prämie geschuldet²³⁴. Insofern handelt es sich um einen Lohnbestandteil, woraus abgeleitet werden könnte, dass diese Zahlung bei der Berechnung des Stundenlohnes zu berücksichtigen ist²³⁵. Bei dieser Lohnart lässt sich zwischen echtem und unechtem Leistungslohn unterscheiden²³⁶.

9.5.5.1. Echter Leistungslohn

Echter Leistungslohn sind diejenigen Vergütungen, deren Erfolg der Arbeitnehmer direkt beeinflussen kann, wie bspw. Akkordlohn²³⁷ oder Provision²³⁸. Errechnet sich eine jährliche Provision direkt aus dem erarbeiteten Umsatz, so spielt es keine Rolle, ob dieser Umsatz während der ordentlichen Arbeitszeit oder während der Überstunden erarbeitet wurde. In beiden Fällen bedeutet der grössere Erfolg eine höhere Provision am Ende der Abrechnungsperiode und führt zu einer höheren Zahlung. Eine Berücksichtigung dieser Provision bei der Berechnung des Stundenlohnes führte somit zu einer doppelten Leistung: Der Provisionszuschlag erhöht den Stundenlohn und am Ende der Abrechnungsperiode wird dem Angestellten für den während der Überstunden erarbeiteten Umsatz noch einmal eine Provision ausbezahlt. Sofern sich also ein Leistungslohn direkt aus einer erarbeiteten bzw. messbaren Leistung des Arbeitnehmers ergibt, ist dieser bei der Berechnung des Stundenlohnes nicht zu berücksichtigen.

9.5.5.2. Unechter Leistungslohn

Beim unechten Leistungslohn bemisst sich die Prämie auch am eingetretenen Erfolg, welchen der Angestellte jedoch nur mittelbar beeinflusst bzw. beeinflussen kann (Anteil am Geschäftsergebnis, Umsatz- oder Gewinnbeteiligung einer Abteilung oder der gesamten Unternehmung²³⁹). Ob in diesem Fall für die Berechnung des Stundenlohnes von einem Jahressalär mit oder ohne Erfolgsbeteiligung ausgegangen werden muss, ist m.E. unklar.

Vertreten liesse sich auch hier die Meinung, dass der Angestellte während der Leistung von Überstunden zum Unternehmenserfolg beigetragen hat, welcher am Ende des Jahres abgerechnet bzw. ausbezahlt wird. Berücksichtigt man diese Prämie bei der Berechnung des Stundenlohnes, kommt es – wie beim echten Leistungslohn – zu einer Doppelzahlung.

Umgekehrt aber kann der betreffende Angestellte die Höhe des ausbezahlten Leistungslohnes nur mittelbar beeinflussen, d.h. ein weniger tüchtiger Arbeitskollege kann durch sein Verhalten die vom Tüchtigen erarbeitete Jahresprämie reduzieren²⁴⁰. Überstunden leistet der Angestellte nur, wenn diese notwendig sind und vom Arbeitgeber angeordnet werden, mit anderen Worten also (im Grundsatz) *nicht freiwillig*. Dies kann – überspitzt formuliert – dazu führen, dass der tüchtige Angestellte mit dem während der angeordneten Überstunden erreichten Erfolg zum Leistungslohn beiträgt, welcher dem weniger tüchtigen Angestellten, welcher keine

Überstunden leistet, am Schluss der Abrechnungsperiode ausbezahlt wird.

Unabhängig davon, für welche Lösung man sich entscheidet, ist es von wesentlicher Bedeutung, dass solche Fragen zu Beginn des Arbeitsverhältnisses vertraglich geregelt werden.

9.5.6. Naturallohn

Für die Bewertung des Naturallohnes oder der Bedienung- und Trinkgelder gelten die Vorschriften des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung sinngemäss²⁴¹. Damit wird implizit auch festgestellt, dass bei Auszahlung von Überstunden nicht nur der in Geld ausgerichtete, sondern auch der Naturallohn zu berücksichtigen ist.

9.6. Zuschlag von 25 %

Sofern nicht schriftlich wegbedungen, hat der Arbeitgeber einen Zuschlag von mindestens einem Viertel zu bezahlen²⁴². Als Berechnungsgrundlage für den Zuschlag gilt der oben erwähnte Stundenlohn. Ist dieser berechnet und sauber abgegrenzt, wirft die Hinzurechnung des Zuschlages keine Probleme mehr auf.

9.7. Abzug von Sozialversicherungsbeiträgen

Überstundenentschädigungen gelten als Lohn, weshalb sowohl beim ausbezahlten Stundenlohn als auch beim Zuschlag die Sozialversicherungsbeiträge abzuziehen sind²⁴³.

10. Neuregelung während des laufenden Arbeitsverhältnisses

Stellt sich eine bestehende Überstundenregelung als nicht praktikabel oder sinnvoll heraus, wird die Unternehmens-

234 CH. SENTI (FN 70), 673 und 675.

235 M. MÜLLER (FN 41), 143; U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 12, welche eine Hinzurechnung bejahen, sofern es sich um einen festen Lohnbestandteil handelt.

236 CH. SENTI (FN 70), 671.

237 Art. 326 OR.

238 Art. 322b OR.

239 Art. 322a OR. Diese Kennzahlen kann der Angestellte nur mittelbar beeinflussen, weil sein Beitrag zum Erfolg bspw. durch einen schlechter arbeitenden Kollegen wieder geschmälert werden kann (CH. SENTI [FN 70], 673).

240 Bspw. indem ein Angestellter durch seine Unfähigkeit einen Verlust erarbeitet, welcher den Gewinn seines Kollegen und damit auch den Gesamtgewinn der Abteilung reduziert.

241 Art. 33 Abs. 3 ArGV 1; Art. 5 AHVG.

242 Art. 321c Abs. 3 OR.

243 Alters- und Hinterlassenenversicherung: Art. 5 AHVG i.V.m. Art. 7 lit. a AHVV; Arbeitslosenversicherung: Art. 3 AVIG i.V.m. Art. 5 AHVG; Invalidenversicherung: Art. 3 IVG i.V.m. Art. 5 AHVG; Unfallversicherung: Art. 22 UVV i.V.m. Art. 5 AHVG.

leitung eine Praxisänderung oder gar die Neufassung der Arbeitsverträge in Betracht ziehen. Wie ist dabei vorzugehen bzw. wo liegen die rechtlichen Fallstricke?

10.1. Einführung der neuen Regelung mittels Änderungskündigung

Soll für die gesamte Belegschaft eine neue oder einheitliche Überstundenregelung eingeführt werden, so ist in aller Regel eine Abänderung der Arbeitsverträge notwendig. Wurde ein Angestellten- oder Arbeitszeitreglement zum Bestandteil des Arbeitsvertrages erklärt und soll dieses geändert werden, bedeutet auch dies eine Vertragsänderung.

Ein in der Regel sinnvolles Vorgehen ist die Mitteilung der geänderten Bedingungen an die Belegschaft, mit dem Ersuchen um Zustimmung. Erfolgt diese (schriftliche) Zustimmung, so liegt eine einvernehmliche Vertragsänderung vor, welche per sofort in Kraft treten kann. Sofern eine Zustimmung ausbleibt, führt dies zur Notwendigkeit einer Kündigung der Arbeitsverträge unter gleichzeitigem Anbieten eines neuen Arbeitsvertrages mit den geänderten Bedingungen (Änderungskündigung)²⁴⁴. In diesem Fall ist zu beachten, dass die Vorschriften über die Massenentlassung nach Art. 335d ff. OR Anwendung finden²⁴⁵!

10.2. Verzichtverbot für bereits bestehende Ansprüche

Nicht selten stellt sich bei einer Neuregelung der Überstundenkompensation die Frage, wie mit den bestehenden (finanziellen) Altlasten zu verfahren ist. Mitarbeitende können während des laufenden Arbeitsverhältnisses nicht rechtsgültig auf bereits entstandene Forderungen verzichten, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben²⁴⁶. Die zwingenden bzw. unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes ergeben sich vorweg aus Art. 361 f. OR.

Bei der gesetzlichen Überstundenregelung ist lediglich der erste Absatz zwingendes Recht²⁴⁷. Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre leiten aus Art. 341 OR aber ab, dass der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses und eines Monats danach nicht rechtsgültig auf die Auszahlung selbst oder die Auszahlung mit Lohnzuschlag für bereits geleistete Überstunden verzichten kann²⁴⁸. "Vertraglich kann allerdings nur die Entschädigung für künftige Überstunden wegbedungen werden. Soweit die Überstunden bereits geleistet worden sind und der entsprechende Lohnanspruch deshalb schon entstanden ist, kann während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und während eines Monats nach dessen Beendigung darauf nicht verzichtet werden (...)"²⁴⁹

Auch wenn die Absicht des Arbeitnehmerschutzes verständlich erscheint, führt das Verzichtverbot bei einer Neufassung der Arbeitsverträge zu erheblichen Schwierigkeiten. Soweit die Arbeitszeiten der einzelnen Angestellten einheitlich erfasst werden, lässt sich der Anspruch jedes Einzelnen berechnen und saldieren. Nicht selten aber ist die Neufassung von Arbeitsverträgen ja gerade darum notwendig, weil sich die vertragliche Regelung in der Praxis

nicht bewährt hat und die Ansprüche nicht klar definiert sind. Dies führt denn auch zu entsprechenden Schwierigkeiten für die Berechnung der bestehenden Ansprüche der Belegschaft. In solchen Fällen ist es aber wegen des Verzichtverbots schlicht unmöglich, die vergangene betriebliche Praxis zu saldieren und abzuschliessen²⁵⁰. Wie lässt sich dieses Problem lösen?

Eine m.E. ähnliche Problemstellung findet sich im Bereich von arbeitsrechtlichen Vergleichen. Es gibt verschiedene Urteile, wo ein Angestellter die Ungültigkeit eines bereits abgeschlossenen Vergleiches geltend machte²⁵¹. Diesbezüglich ist die Rechtslage jedoch klar: "Nicht anfechtbar unter Berufung auf Art. 341 sind Vergleiche zwischen den Parteien, mit denen ein streitiges oder unsicheres Rechtsverhältnis bereinigt wird und bei denen eindeutig beide Seiten Konzessionen gemacht haben"²⁵². Diese Regelung liesse sich m.E. analog auf die vorliegende Problematik übertragen: Erfolgt mit der Zustimmung des Arbeitnehmers eine Neuregelung des Überstundenregimes, so fallen diese Vertragsänderung und der damit verbundene Verzicht auf vergangene Ansprüche nicht unter das Verzichtverbot nach Art. 341 OR, wenn sich die Ansprüche nicht klar bemessen lassen und bei Betrachtung der Gesamtlösung von beiden Seiten Konzessionen gemacht wurden, d.h. die getroffene Lösung insgesamt als angemessen erscheint.

11. Überstunden im Angestellten- oder Arbeitszeitreglement

Um Umfang und Inhalt des Arbeitsvertrages zu entlasten, wird häufig ein Angestellten-, Arbeitszeit- oder Betriebs-

244 Vgl. dazu U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 335 N 3.

245 THOMAS GEISER (zit.: TH. GEISER, Massenentlassung): Massenentlassung: Anwendungsbereich, Voraussetzungen und Verfahren, in: AJP/PJA 1995, 1411 ff., 1414 (FN 33), m.V.a. FRANK VISCHER, Fragen aus dem Kollektivarbeitsrecht; AJP/PJA 1995, 554.

246 Art. 341 Abs. 1 OR.

247 Art. 321c Abs. 1 i.V.m. Art. 361 OR.

248 BGE 124 III 473; BGE 4C/110 2000, in SARB 1/2001, Nr. 174, 1140; U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 341 N 6 m.w.V.

249 BGE 4C.110/2000, E. 2 a cc; in SARB 1/2001, Nr. 174, 1140.

250 Bsp.: Eine Lieferfirma verzichtet auf die Arbeitszeiterfassung mittels Stempeluhr, damit die Chauffeure abends direkt nach der letzten Lieferung nach Hause fahren können und nicht mehr in die Unternehmung zum Abstempeln müssen. Gemäss vertraglicher Regelung ist eine "angemessene Anzahl" Überstunden im (überdurchschnittlichen) Monatssalär enthalten. Aufgrund bestimmter Lieferungen entstehen bei einzelnen Angestellten massiv zuviel Überstunden und eine Stempeluhr kann dank moderner Technologie neu auch dezentral eingeführt werden. Die Zeiterfassung wird vertraglich neu geregelt. Eine rechtsgültige Erledigung der Altlasten ist aber gar nicht möglich (auch nicht in Form einer Pauschalvergütung)!

251 BGE 106 II 222.

252 U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 341 N 5, m.w.V.

reglement verfasst und zum integrierenden Bestandteil des Arbeitsvertrages erklärt. Diesbezüglich sind einige Angel-punkte zu beachten, welche zum Teil bereits erwähnt wurden.

11.1. Gültige Fassung und Abänderung des Reglementes

Im konkreten Einzelfall gilt dasjenige Reglement, welches im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zwischen Arbeit-nehmer und -geber vereinbart wurde. Neue oder abgeänderte Fassungen müssen entweder einvernehmlich vereinbart oder mittels einer Änderungskündigung in Kraft gesetzt werden²⁵³. Wie bereits erwähnt, sind im Falle einer Änderungs-kündigung grundsätzlich die Bestimmungen über die Mas-senentlassung (Art. 335d ff. OR) zu berücksichtigen.

Unsicher ist m.E. die Zulässigkeit von Vertragsklauseln, welche dem Arbeitgeber das Recht verleihen, einzelne Vor-schriften oder das gesamte Angestelltenreglement einseitig abzuändern. Solche Generalvollmachten sind umstritten, da sie dem Arbeitgeber ein einseitiges Recht einräumen, wesentliche Bestandteile des Arbeitsvertrages abzuändern oder aufzuheben.

11.2. Formbedürftige Vereinbarungen

Soll ein Angestelltenreglement gültig vereinbart werden, so ist dies im (unterzeichneten) Arbeitsvertrag ausdrücklich festzuhalten. Üblich ist die Klausel, wonach das Reglement zum integrierenden Bestandteil des Arbeitsvertrages erklärt wird. Häufig kommt noch die Bestätigung des Arbeitneh-mers hinzu, wonach dieser ein Reglement erhalten, dieses gelesen hat und mit dessen Inhalt einverstanden ist.

Der Schriftform bedarf die Abrede zur Höhe der Ent-schädigung von Überstunden, sofern diese nicht kompen-siert werden²⁵⁴. Schriftform bedeutet, dass die sich verpflichtende Person unterschreiben muss²⁵⁵: "Die Unterschrift muss nach ihrer räumlichen Stellung den Inhalt der Urkunde decken, d.h. i.d.R. in der Schriftrichtung dem Text nachfolgen"²⁵⁶. Sofern sich die Unterschrift auf mehrere Urkunden erstreckt, ist Schriftlichkeit nur dann gegeben, wenn der unterzeichnete Teil ausdrücklich oder sinngemäss auf diese Ergänzungen oder Zusätze verweist²⁵⁷.

Findet sich die Wegbedingung des Überstundenzuschla-ges in einem Angestellten- oder Arbeitszeitreglement, so ist die Formvorschrift nur dann erfüllt, wenn im unterzeich-neten Arbeitsvertrag (ausdrücklich) auf das Reglement ver-wiesen, bzw. dieses zum integrierenden Bestandteil des Arbeitsvertrages erklärt wird. Bestätigt wurde diese Mei-nung im Entscheid des Bundesgerichts vom 4. Januar 1994²⁵⁸. Sofern die (nicht unterzeichneten) allgemeinen Arbeitsbe-dingungen nichts Ungewöhnliches enthalten und bei der Vertragsunterzeichnung zur Kenntnis genommen wurden, gilt die darin enthaltene Wegbedingung einer Überstunden-abgeltung für Kadermitarbeiter als formgültig ausgeschlos-sen²⁵⁹. Trotz dieses Urteils findet sich in der Lehre die Mei-nung, dass ein bloss allgemeiner Verweis auf ein nicht unterzeichnetes Reglement ungenügend ist²⁶⁰. Es empfiehlt sich, solche formbedürftigen Vereinbarungen in den Arbeits-

vertrag selbst aufzunehmen. Ist dies nicht möglich, lohnt sich in jedem Fall am Schluss des Vertrages ein *ausdrück-licher* Hinweis.

Formulierungsvorschlag:

Das Angestelltenreglement bildet einen integrierenden Be-standteil dieses Arbeitsvertrages. Der Mitarbeiter bestätigt, dieses erhalten und gelesen zu haben und nimmt insbeson-dere folgende Bestimmungen zur Kenntnis:

– ...
– *Ziff. 4.1: Wegbedingung des Überstundenzuschlages von 25%;*

11.3. Vorrang des Arbeitsvertrages

Obwohl in den meisten Fällen nur ein einziges Angestellten-reglement existiert, hat dieses verschiedenen Bedürfnissen zu genügen. Es macht einen erheblichen Unterschied, ob die Überstundenregelung für sämtliche Arbeitnehmer, nur das Kader oder auch für Teilzeitangestellte gültig sein soll. Hat das Reglement verschiedenen Ansprüchen zu genügen, ist es entsprechend flexibel auszuformulieren.

Vor allem aber empfiehlt es sich, im Arbeitsvertrag und im Reglement festzustellen, dass im Zweifelsfall bzw. bei Widersprüchen der Arbeitsvertrag Vorrang genießt²⁶¹. Auf diese Weise kann auch sichergestellt werden, dass bei beson-deren Verhältnissen eine gewünschte Regelung im Arbeits-vertrag getroffen werden kann, ohne dass insgesamt auf die Gültigkeit des Reglementes verzichtet werden muss.

253 TH. GEISER, Massenentlassung (FN 245), 1414 (FN 33), m.V.a. FRANK VISCHER, Fragen aus dem Kollektivarbeits-recht; AJP/PJA 1995, 554; vgl. oben FN 245.

254 Art. 321c Abs. 3 OR.

255 Art. 13 Abs. 1 OR.

256 INGBORG SCHWENZER (zit.: OR-SCHWENZER): Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Art. 1 – 529 OR, 2. A.; Basel 1996; Art. 13 N 7, m.V.a. BGE 106 II 149, 103 II 147, 85 II 569 und BRUNO SCHMIDLIN (zit.: BK-SCHMIDLIN): Berner Kommentar zum schweizerischen Privat-recht; Band VI, 1. Abteilung, 1. Teilband, Allgemeine Einlei-tung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommen-tar zu Art. 1–18 OR; Bern 1986, Allgemeine Erläuterungen zu Art. 12–15 N 20; (im Original zum Teil in Fettschrift).

257 BK-SCHMIDLIN (FN 256), Allgemeine Erläuterungen zu Art. 12–15 N 20.

258 4C.196/1993, erwähnt in: SJZ 90 (1994), 311.

259 SJZ 90 (1994), 311.

260 U. STREIFF/A. VON KAENEL (FN 6), Art. 321c N 7.

261 Bsp.: Der Arbeitsvertrag schliesst die Auszahlung von Über-stunden aus. Am Schluss des Vertrages wird das Arbeits-zeitreglement zum integrierenden Vertragsbestandteil erklärt, welches die Auszahlung von Überstunden ausdrücklich zulässt. Eine solche Vereinbarung würde m.E. "in dubio contra stipu-latorem" ausgelegt, d.h. zulasten der Arbeitgeberin als Verfasserin des Dokumentes.

12. Bilanzierungsvorschriften

Art. 669 OR schreibt vor, dass Rückstellungen vorgenommen werden müssen, soweit sie nach allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen notwendig sind. Rückstellungen dienen der periodenkonformen Erfassung von Verbindlichkeiten, die am Bilanzstichtag bereits bestehen, sich nach Betrag und Fälligkeit aber nicht genau bestimmen lassen²⁶². Zu diesen Verbindlichkeiten gehören auch Ferien-, Überzeit- und Überstundenguthaben des Personals²⁶³. Die Pflicht zur Bilanzierung von Überstundenguthaben gilt nicht nur im schweizerischen Obligationenrecht, sondern wird auch durch die internationalen Buchführungsvorschriften vorgeschrieben²⁶⁴. Überstundenguthaben der Belegschaft sind folglich in der Jahresrechnung zu berücksichtigen. Dabei spielt es aber keine Rolle, ob die Überstunden in einer späteren Geschäftsperiode ausbezahlt oder kompensiert werden. In beiden Fällen nahm die Unternehmung eine Arbeitsleistung in Anspruch, für welche erst später "bezahlt" werden muss, was im Sinne einer periodengerechten Abgrenzung bei der Bilanzierung zu berücksichtigen ist. Ob die Mehrarbeit direkt vergütet wird (Auszahlung) oder eine ordentliche Lohnzahlung ohne entsprechende Arbeitsleistung (Kompensation) erfolgt, ist unerheblich, da in beiden Fällen von der Unternehmung eine Leistung ausgerichtet wird, ohne dass sie einen unmittelbaren Gegenwert erhält.

13. Fazit

Insgesamt zeigt sich, dass sich zur Thematik "Überstunden" zwar eine reichhaltige Rechtsprechung und einiges an Literatur findet. Diverse konkrete Probleme scheinen jedoch noch nicht ganz gelöst bzw. durchdacht. Die vorliegende Arbeit hat versucht, diverse, in der Praxis beobachtete Probleme aufzugreifen und einen ersten Lösungsansatz zu bieten. Dies selbstverständlich ohne Anspruch auf Vollständigkeit.

Wie sich bei den einzelnen Problemstellungen immer wieder gezeigt hat, ist es sinnvoll, dass sich Arbeitgeber und -nehmer unter Berücksichtigung der konkreten Bedürfnisse mit der Thematik beschäftigen und versuchen, mögliche Konflikte mittels vertraglicher Vereinbarungen zu entschärfen.

262 SCHWEIZERISCHE KAMMER DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, STEUER- UND TREUHANDEXPERTEN (Hrsg.) (zit.: HWP): Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung 1998, Band 1, Zürich 1998, Ziff. 2.3423, lit. a, 215.

263 HWP (FN 262), Ziff. 2.3423, lit. c, 216.

264 Vgl. TH. KOLLER (FN 134), Überstundenentschädigung, Rz. 23, m.V.a. PETER BÖCKLI, Einführung in die IAS, International Accounting Standards, knapp und deutsch, Zürich 2000, 109, Rz. 275 f.

L'auteur aborde quelques aspects juridiques concernant les heures supplémentaires. Beaucoup de questions sont plus ou moins élucidées par la jurisprudence et la doctrine en la matière et l'auteur se contente d'un résumé du statut quo (décret d'heures supplémentaires, heures supplémentaires comprises chez les cadres, définition des heures de travail supplémentaires etc.) Sont également traitées les diverses questions importantes liées à la pratique où la littérature et la jurisprudence n'apportent pas de réponse (heures supplémentaires lors d'un projet de travail, calcul précis du salaire horaire, nouvelle réglementation pour un contrat de travail existant etc.). L'auteur commente les problèmes de base et propose sa solution personnelle.

(trad. Flurin von Planta)