

Überstunden

EUROFORUM

Donnerstag, 17. November 2005
Mövenpick Hotel Zürich-Airport
Glattbrugg



ADVOKATURBÜRO
FREI • STEGER • GROSSER • SENTI

Dr. iur. Christoph Senti
Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter HSG

Advokaturbüro
Frei Steger Grosser Senti
Kriessernstr. 40
9450 Altstätten SG
www.9450.ch
Christoph.Senti@9450.ch

FAA-HSG, Forschungsinstitut
für Arbeit und Arbeitsrecht
Guisanstr. 92
9010 St. Gallen
www.faa.unisg.ch

Die Pflicht zur Leistung von Überstunden

Überstunden müssen:

- a) notwendig sein
- b) zumutbar sein
- c) angeordnet oder nachträglich genehmigt worden sein

a) Notwendigkeit von Überstunden

- ‚Nützlich‘ genügt nicht, notwendig bedeutet nötig im betreffenden Zeitpunkt, zeitlich dringlich, **unaufschiebbar**
- Vorhersehbare, regelmässig wiederkehrende Mehrarbeit: Überstundenproblem oder zu knapper Personalbestand?

Nützlichkei:

1. Arbeitgeber kann keine Überstunden anordnen, wenn die Arbeiten auch später erledigt werden könnten, auch wenn sie ihm nützlich sind.
2. Arbeitnehmer kann nicht auf eigene Faust Überstunden leisten und diese später geltend machen, wenn diese nicht notwendig waren, d.h. er einfach über die Arbeitszeit hinaus gearbeitet hat um Arbeit **Vorzuholen**.

Regelmässig wiederkehrende und Vorhersehbare Überstunden

BGE vom 13. Juni 2000 (JAR 2001, S. 164ff.): Arbeitnehmer hätte bei täglicher Normalarbeitszeit von 8.4 Stunden in den kommenden 4 bis 6 Wochen 10 Stunden pro Tag, d.h. 1.6 Überstunden leisten sollen.

BGE: „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 bspw. die Einstellung zusätzlichen Personals.“ (JAR 2001, S. 167).

b) Zumutbarkeit von Überstunden

Grundsatz: Abwägung der Interessen zwischen Arbeitgeber (betriebliche Interessen) und Arbeitnehmer (private Interessen)

Weigerung des Arbeitnehmers zur Leistung von Überstunden wurde geschützt, bei:

- anderslautender Vertragsvereinbarung
- schlechter Betriebsorganisation des Arbeitgebers
- frühzeitiger Ankündigung des Arbeitnehmers, an einem bestimmten Termin verhindert zu sein
- einer hohen Anzahl Überstunden (1.6 Std/Tag), die über eine längere Zeit (4 bis 6 Wochen) zu leisten gewesen wären

Achtung: Fristlose Kündigung bei Weigerung zur Leistung von Überstunden nur in Ausnahmefällen möglich (Verwarnung zwingend)

Weigerung wurde geschützt:

- Vertragsvereinbarung und angekündigte Verhinderung: Serviertochterfall (Streiff/von Kaenel, 321c N 2: ‚Am Samstag in der Regel frei‘ bei Serviertochter)
- Betriebsorganisation und Ankündigung: Judo-Fall (Obergericht Luzern in: JAR 1994, S. 131)
- Hohe Anzahl über längere Zeit: BGE 13. Juni 2000, in JAR 2001, S. 164ff.

- Fristlose Kündigung: BGE 4C.464/1999, 13. Juni 2000 (JAR 2001, S. 164ff.): Fristlose Kündigung wurde geschützt, allerdings leistete Angestellter nicht nur keine Überstunden, sondern überhaupt keine Arbeit mehr; JAR 2002, 283: Kein Schutz der fristlosen Kündigung; Weigerung zwar Vertragsverletzung, jedoch in casu ein 'isolierter Fall'.

c) Anordnung oder Duldung von Überstunden

Grundsatz: Überstunden sind nur dann zu leisten, wenn diese ausdrücklich angeordnet werden

Ausnahme: Angestellter leistet Mehrarbeit auf eigene Initiative, teilt dies dem Arbeitgeber mit und letzterer schreitet nicht dagegen ein

Beachte:

- Gemeinsam beschlossene Mehrarbeit gilt u.U. als einvernehmliche Erhöhung der vertraglichen Arbeitszeit
- Sofern selbständig geleistete Überstunden nicht akzeptiert werden, ist *sofort* dagegen einzuschreiten
- Arbeitszeitrapporte gelten als Bekanntmachung, unabhängig zu welchem Zweck sie geführt werden

Folgen: Keine Überstunden und auch nicht zu entschädigen:

- Wenn Arbeitnehmer ohne Wissen des Arbeitgebers Mehrarbeit leistet und dies dem Arbeitgeber nicht mitteilt (BGE 4C.110/2000, vom 9. Oktober 2000, in SARB 1/2001, S. 1139 (mit Verweis auf BGE 116 II 71) Neu bestätigt in BGE 129 III 171 (4C.342/2002, 8.1.2003 = JAR 2004, S. 183 ff.)
- Überstunden nur auf Anordnung:
 - Im Grundsatz möglich; ABER:
 - Interpretation als Vertragsänderung, wenn doch geleistet wird und Arbeitgeber zuschaut (4C.110/2000, E. 3 d (SARB, 1/2001, S. 1142).
 - Problem bzw. Gefahr: Arbeitgeber schaut zu und beruft sich anschliessend auf Vertragsvereinbarung => wider Treu und Glauben
 - Sofern gegen geleistete Überstunden SOFORT opponiert wird, ist vertragliche Regelung i.O.
 - BEACHTEN: Arbeitnehmer kann um 1700 Uhr alles stehen und liegen lassen.
- Rapporte als Arbeitszeiterfassung: AGer ZH, AG010020, 28.2.2003 in: Entscheide 2003, S. 4.

Leistung nur auf Anordnung des Arbeitgebers

*Überstunden sind nur auf Anweisung des Vorgesetzten zu leisten.
Selbständig geleistete Mehrarbeit wird nicht entschädigt und kann nicht kompensiert werden.*

Idee und Absicht:

Überstunden sollen nur dann geleistet werden, wenn dies vom Arbeitgeber verlangt bzw. angeordnet wird (=> Kontrolle)

Wirkung:

Keine (BGE 4C.110/2000)

Ausnahme:

Wenn Arbeitgeber keine Kenntnis von den geleisteten Überstunden haben konnte. => Meldepflicht der/des Angestellten

Meldepflicht der/des Angestellten: BGE 129 III 171 (= JAR 2004, S. 183)

Bemerkungen zur Kompensation von Überstunden

Grundsätzliches:

- Art. 321c Abs. 2 OR: Anspruch nur, wenn vertraglich vereinbart.
- Weigerung zur Kompensation: Unzulässig bei langer Freistellungsdauer

Zeitraum der Kompensation:

- Art. 321c Abs. 2 OR: innert eines 'angemessenen Zeitraumes'
- Analoge Regelung ArG meines Erachtens möglich: innert 14 Wochen, maximal aber 1 Jahr
- Ausnahmefälle nach Art. 8 ArGV 2 (Überzeitarbeit Sonntagen): auch bei Überstunden gültig?

Kompensation: Ferien oder Überstunden?

Arbeitsgericht ZH (8. Oktober 2001): Ferien sind realiter zu gewähren während Kündigungsfrist; Daher primär Ferien dann Überstunden kompensieren, Arbeitgeberin hat kein Wahlrecht

Grundsätzliches:

Unzulässige Weigerung zur Kompensation von Überstunden (Freistellung 6 Wochen, Überstunden 1 Woche) ZR (97) 1998, S. 170.

In Ausnahmefällen kann Weigerung rechtsmissbräuchlich sein: BGE 123 III 84 E. 5 a

Gegenteilige Ansicht, jedoch ohne nähere Begründung und eher 'nebenbei': BGE 4C.337/2001, (JAR 2003, S. 196ff.);

Angemessener Zeitraum:

Gesetz: innert eines angemessenen Zeitraumes: Art. 13 Abs. 2 ArG

Verordnung 1: Art. 25 Abs. 2 ArGV 1

Vertragliche Ausdehnung

Art. 25 Abs. 2 ArGV 1: die aber 12 Monate nicht überschreiten darf.

Meldepflicht

Auch hier könnte eine Meldepflicht des Arbeitnehmers statuiert werden, wenn bspw. eine Kompensation innerhalb eines Jahres nicht möglich scheint (Vgl. Unterlagen, S. 24).

Überstunden inbegriffen? Ja, aber.....

Grundsatz bei leitenden Angestellten:

Eine angemessene Anzahl Überstunden ist im Gehalt inbegriffen

Ausnahmen:

- Vereinbarung einer festen Arbeitszeit
- Übernahme zusätzlicher Aufgaben
- Vereinbarung einer Überstundenenschädigung (Betriebliche Übung!)

Überstunden inbegriffen bei nicht leitenden Angestellten?

- Vertragliche Vereinbarung zwingend nötig!
- Es kann nur eine 'angemessene' Anzahl Überstunden enthalten sein
- Keine Übernahme des Betriebsrisikos in Form von ergebnisorientierter Entlohnung

Hinweise:

-Arbeitszeitrapporte sollten trotzdem kontrolliert werden
(Kompensation)

-ev. Meldepflicht in die Vertragsvereinbarung aufnehmen, wenn
Kompensation nicht möglich

Schriftform für abweichende Vereinbarungen

Art. 321c Abs. 3 OR:

Abweichende Vereinbarungen bezüglich Entschädigung **schriftlich**

Bisher:

Unklar, ob Schriftform erfüllt, wenn in (schriftlichem) Arbeitsvertrag auf Reglement verwiesen wird (ablehnend: Streiff/von Kaenel, Art. 321c N 7)

Neu:

Bundesgericht bestätigt altes Urteil vom Januar 1994, wonach Schriftform erfüllt, wenn auf Reglement verwiesen und dieses als integrierender Vertragsbestandteil bezeichnet wird (4C.407/2004, 7.01.05)

Meinung:

Wertvolles Urteil. Gültig für sämtliche Formerfordernisse, insb. Konkurrenzverbot?

Früher: BGE 4C.196/1993, 4. Jan 1994 (SJZ 1994, s. 311)

Neu nun: BGE 4C.407/2004; 7. Jan 2005 E. 3.1

Die Berechnung des Stundenlohnes (1)

Allgemeine Regeln:

- Gratifikation ist kein Lohn (Überzeitarbeit; 4C.310/2002, 14.2.2003)
- 13. Monatslohn gehört dazu (Überzeitarbeit; BGE 126 III 337, nicht publizierte Erwägung Nr. 8 [4C.424/1999, 16.3.2000])
- Jahressalär ist durch 52, nicht durch 48 Wochen zu teilen (4C.310/2002, 14.2.2003)
- Zulagen / Zuschläge?
- Leistungslohn?

Meines Erachtens:

Zuschlag für Überstunden und Überzeit berechnet sich gleich. Daher darf auch bei der Überstundenberechnung Art. 33 ArGV 1.

Die Berechnung des Stundenlohnes (2)

Vom Jahressalär zum Stundenlohn:

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

Jahressalär: Lohnsumme,

- inkl.: 13. Monatslohn, Naturallohn, etc.;
- exkl. Kinderzulagen,
- Gratifikation; Leistungslohn: es kommt drauf an

261:

365 Tage, abzüglich 2 mal 52 Tage (Samstage und Sonntage; Ferien und Feiertage sind *nicht* abzuzählen)

Feiertage sind nicht abzuzählen, weil:

Wenn man Ferien und Feiertage abzieht, bekommt man weniger Arbeitstage: Von 261 Tagen sind 20 Tage Ferien und zudem 4 bis 9 Feiertage abzuziehen. Damit würde der Stundenlohn höher, weil er durch eine kleinere Zahl Tage dividiert wird. In diesem Fall aber wird mit einer Stunde Arbeit auch ein Anteil Ferien und Feiertage mitbezahlt, was aber nicht die Idee von Überstunden sind: Mit einer zusätzlichen Überstunde bleibt der Ferienanspruch gleich hoch. Zweite Begründung: Bei Kompensation mit Freizeit resultiert kein höherer Ferienanspruch.

Die Berechnung des Stundenlohnes (3)

Vom Monatslohn zum Stundenlohn:

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

abgegrenzter Monatslohn:

- inkl.: 13. Monatslohn, Naturallohn, etc.;
- exkl. Kinderzulagen,
- Gratifikation; Leistungslohn: es kommt drauf an

21.75:

261 Tage pro Jahr, geteilt durch 12 Monate, ergibt 21.75

1. Feiertage sind nicht abzuzählen, weil:

Wenn man Ferien und Feiertage abzieht, kommt man weniger Arbeitstage: Von 261 Tagen sind 20 Tage Ferien und zudem 4 bis 9 Feiertage abzuziehen. Damit würde der Stundenlohn höher, weil er durch eine kleinere Zahl Tage dividiert wird. In diesem Fall aber wird mit einer Stunde Arbeit auch ein Anteil Ferien und Feiertage mitbezahlt, was aber nicht die Idee von Überstunden sind: Mit einer zusätzlichen Überstunde bleibt der Ferienanspruch gleich hoch. Zweite Begründung: Bei Kompensation mit Freizeit resultiert kein höherer Ferienanspruch.

2. Je genauer desto besser:

1. Arbeitnehmer hat Anspruch auf denjenigen Lohn, welchen er in jener Stunde verdiente (Lohnerhöhungen, etc.)
2. Wenn aufgrund einer kurzen Tätigkeit auf die effektiven Stunden geschlossen werden kann an Stelle einer Berechnung, ist das ‚richtiger‘

Herzlichen Dank!



ADVOKATURBÜRO
FREI • STEGER • GROSSER • SENTI

Dr. iur. Christoph Senti
Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter HSG

Advokaturbüro
Frei Steger Grosser Senti
Kriessernstr. 40
9450 Altstätten SG
www.9450.ch
Christoph.Senti@9450.ch

FAA-HSG, Forschungsinstitut
für Arbeit und Arbeitsrecht
Guisanstr. 92
9010 St. Gallen
www.faa.unisg.ch