

### 3.9. Arbeitsrecht / Droit du travail

#### (10) Nicht kompensierte Überstunden eines leitenden Angestellten. Verwirkung?

Bundesgericht (4C.342/2002), Urteil vom 8.1.2003, Berufung.

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



#### Zusammenfassung des Sachverhalts:

D (Kläger) arbeitete vom 1.1.1998 bis und mit 30.4.1998 als Verkehrsdirektor für den Verein X (Beklagter). Das Arbeitsverhältnis wurde auf den 30. April 1998 einvernehmlich aufgelöst. Der Arbeitnehmer klagte erst sehr viel später, nämlich am 8. Dezember 2000 gegen seinen ehemaligen Arbeitgeber auf Auszahlung nicht kompensierter Überstunden in der Höhe von Fr. 19'900.–. Die Klage wurde in 1. Instanz weitgehend geschützt, vor dem Kantonsgericht Graubünden jedoch mit der Begründung abgewiesen, die vom Kläger geforderte Überstundenentschädigung sei zu spät geltend gemacht worden, und seine Ansprüche seien daher verwirkt.

#### Bemerkungen:

In Erwägung 2.1 bestätigt das Bundesgericht den Grundsatz, wonach leitenden Angestellten kein Anspruch auf Überstundenentschädigung zusteht. Dies mit der Begründung, dass erstens nicht so sehr die wöchentliche Arbeitszeit, sondern vielmehr die zu erfüllenden Aufgaben "die Gegenleistung des Arbeitgebers" (sprich: den Lohn) bestimmen. Zweitens könne der leitende Angestellte, seiner verantwortungsvollen und selbständigen Tätigkeit entsprechend, seine Arbeitszeit selbst weitgehend frei einteilen.

Überstunden sind aber auch einem leitenden Angestellten zu vergüten, wenn diesem "(...) zusätzliche Aufgaben über die vertraglich vereinbarten Pflichten hinaus übertragen werden oder wenn die ganze Belegschaft während längerer Zeit in wesentlichem Umfang Überstunden leistet (BGE vom 6.2.1997 4C.320/1996, E. 5a mit Verweisen, publ. in: JAR 1998, 145 f.)." (Ziff. 2.1 der Erwägungen). Ebenso wenig sind Überstunden im Monatslohn inbegriffen, wenn bei leitenden Angestellten eine bestimmte Arbeitszeit verabredet wurde. Dies war vorliegend der Fall, denn gemäss Arbeitsvertrag war ein wöchentliches Pensum von 42,5 Stunden vorgesehen. Trotz seiner Position als leitender

Angestellter war daher zu prüfen, inwieweit die vom Arbeitnehmer eingeklagten Überstunden zu entschädigen sind.

"Für die Abgeltung von Überstunden ist unerheblich, ob sie vom Arbeitgeber ausdrücklich angeordnet oder auf eigene Initiative des Arbeitnehmers geleistet wurden; entscheidend ist, dass sie für den Arbeitgeber objektiv notwendig waren (BGE 116 II 69 E. 4b, 71; 86 II 155 E. 2, 157)." (Ziff. 2.2 der Erwägungen). Hinter dieser Aussage steckt wohl die Überlegung, dass Überstunden dann zu entschädigen sind, wenn sie notwendig waren und vom Arbeitnehmer auch geleistet wurden. Würde zusätzlich eine ausdrückliche Anordnung des Arbeitgebers verlangt, so müsste der Angestellte von sich aus um eine solche Anordnung ersuchen, wenn dringende Arbeiten zu erledigen sind und er nicht riskieren will, unentgeltliche Mehrarbeit zu leisten. Fehlt die ausdrückliche Anordnung durch den Arbeitgeber, bspw. weil dieser im Moment nicht erreichbar ist, so hätte der Angestellte das Recht, seine Tätigkeit, der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit entsprechend, auf die Minute genau zu beenden. Dem Bundesgericht ist insofern zuzustimmen, als es im Normalfall nicht auf die ausdrückliche Anordnung von Überstunden ankommen kann, sofern diese objektiv notwendig sind.

Trotzdem ist der Aussage des Bundesgerichts in dieser absoluten Form meines Erachtens zu widersprechen. Es sind verschiedene Situationen denkbar, bei welchen es sehr wohl eine Rolle spielt, ob die Leistung von Überstunden durch den Arbeitgeber ausdrücklich angeordnet wurde. Dies ist namentlich bei Gleitzeitarbeit der Fall, wo die Arbeitszeitautonomie beim Angestellten liegt und die Arbeitgeberin die Einteilung der Arbeitszeit nur beschränkt beeinflussen kann. Erwirtschaftet der Angestellte einen Gleitzeitüberhang, so bestünde bei einer Gleichschaltung von selbst geleisteten und angeordneten Überstunden die Gefahr, dass dieser Gleitzeitüberhang nicht als solcher, sondern – mangels Protest der Arbeitgeberin – als Überstunden qualifiziert wird und damit entschädigungspflichtig ist.

Insgesamt ist dem Bundesgericht zuzustimmen, wonach es – im Normalfall – nicht darauf ankommen kann, ob Überstunden ausdrücklich angeordnet oder aus eigener Initiative geleistet wurden. Es sind jedoch sehr wohl gewisse Fallkonstellationen denkbar, in welchen diese Unterscheidung wichtig und sinnvoll ist.

Besser begründete das Bundesgericht die oben zitierte Aussage im Entscheid 4C.110/2000 vom 9. Oktober 2000 (vgl. SARB 1/01, 1136 ff.). In jenem Urteil vereinbarten die Vertragsparteien, dass Überstunden nur in Absprache mit der Arbeitgeberin zu leisten sind. Als der Angestellte trotzdem Überstunden leistete und diese seiner Arbeitgeberin meldete, ging das Bundesgericht – mangels anderslautender Weisung und fehlendem Einschreiten der Arbeitgeberin – von einer stillschweigenden Vertragsänderung aus (SARB 1/01, 1142 f.). Es betrachtete also nicht vorweg als unerheblich, ob Überstunden selbständig oder auf ausdrückliche Anordnung hin geleistet wurden, sondern stellte primär auf die getroffene Vereinbarung ab und qualifizierte in einem zweiten Schritt die im Betrieb gehabte Praxis als konkludente Vertragsänderung.

Eingehend beschäftigt sich das Bundesgericht mit der Frage der Verwirkung von Ansprüchen wegen fehlender Mitteilung geleisteter Überstunden an den Arbeitgeber (Ziff. 2.3 f. der Erwägungen). Nach seiner Ansicht sind an diese Verwirkung strenge Anforderungen zu stellen. Es darf nicht leichthin angenommen werden, dass der Arbeitnehmer über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus und ohne entsprechende Gegenleistung zusätzliche Arbeit leistet. Umgekehrt aber anerkennt das Bundesgericht auch die Bedürfnisse des Arbeitgebers, welcher ein Interesse daran hat, über die Notwendigkeit von Überstunden unterrichtet zu werden, um bei Bedarf die notwendigen organisatorischen Dispositionen treffen zu können. "Wenn daher der Arbeitgeber keinerlei Kenntnis über notwendige Mehrarbeit hat und nach den Umständen auch nicht haben muss, spricht einiges dafür, die vorbehaltlose Entgegennahme des üblichen Lohnes sinngemäss als Verzicht auf Entschädigung für allfällig geleistete Überstunden zu verstehen." (Ziff. 2.3 der Erwägungen).

Weniger streng beurteilt das Bundesgericht diese Informationspflicht, wenn der Arbeitgeber aufgrund der Umstände hinreichende Anhaltspunkte dafür hat, dass die vereinbarte Arbeitszeit zur Erledigung der Aufgaben nicht ausreicht. Erkennt der Arbeitgeber mindestens im Grundsatz, dass Überstunden erforderlich sind, kann er die dafür notwendigen organisatorischen Vorkehren zu deren Vermeidung treffen und es ist ihm, nach Ansicht des Bundesgerichts, sogar zuzumuten, sich beim Angestellten über das Ausmass der Überstunden zu erkundigen. Unter diesen Umständen verwirkt der Arbeitnehmer seine Ansprüche nicht, wenn er die geleisteten Überstunden nicht bereits in der ersten Lohnperiode geltend macht, sondern damit zuwartet, bis er aufgrund der Entwicklung in der Lage ist, eine Aussage machen zu können, in welchem Umfange längerfristig Überstunden notwendig sind. Dies insbesondere wenn die Kompensation von Überstunden vertraglich vereinbart wurde und so nur über einen mindestens mittelfristigen Zeitraum absehbar ist, ob und in welchem Umfange Überstunden überhaupt kompensiert werden können (Ziff. 2.3 der Erwägungen).

Zusammenfassen lassen sich die Ausführungen des Bundesgerichtes wie folgt: Erstens besteht für den Arbeitnehmer grundsätzlich die Pflicht, geleistete Überstunden noch in derselben Lohnperiode dem Arbeitgeber mitzuteilen, damit letzterer die allenfalls notwendigen organisatorischen Vorkehren zu deren Vermeidung treffen kann. Zweitens ist die Informationspflicht des Arbeitnehmers weniger streng, wenn der Arbeitgeber aufgrund der gesamten Umstände weiss oder erkennen kann, dass die ordentliche Arbeitszeit nicht ausreicht und Überstunden anfallen oder anfallen könnten. In diesem Fall wird ihm zugemutet, zur Abklärung der genauen Anzahl geleisteter Überstunden beim Arbeitnehmer nachzufragen. Eine Informationspflicht von Seiten des Arbeitnehmers besteht in diesem Fall nur mittelfristig, das heisst bis für diesen absehbar ist, wie hoch der zusätzliche Zeitbedarf ist und ob (falls vereinbart) eine Kompensation von Überstunden überhaupt möglich ist.

Vorliegend war erwiesen, dass beide Vertragsparteien mit der Leistung von Überstunden während der Saison

rechneten, die später in der Zwischensaison wieder hätten kompensiert werden sollen. Da das Arbeitsverhältnis aber noch vor Eintritt der Zwischensaison beendet wurde, war eine Kompensation der geleisteten Überstunden gar nicht möglich. Entsprechend ist es denn auch nicht dem Angestellten anzulasten, wenn er davon ausging, Überstunden in der kommenden Zwischensaison kompensieren zu können und darum den Arbeitgeber nicht über den (genauen) Stand der Mehrarbeit informierte. Treffend bemerkt das Bundesgericht, dass die Informationspflicht des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber ermöglichen soll, betriebliche Vorkehren zu treffen, um (ungewollte) Überstunden zu vermeiden. Wenn aber – wie vorliegend – ohnehin klar ist, dass während der Saison geleistete Überstunden später kompensiert werden und der Arbeitgeber dieses System der Arbeitszeitverteilung kennt, macht eine Meldepflicht über den genauen Stand geleisteter Überstunden keinen Sinn.

Den Ausführungen des Bundesgerichts ist für den vorliegenden Sachverhalt zuzustimmen. Wesentlich erscheint mir aber trotzdem der Hinweis, dass nicht leichtfertig von einer "Kenntnis" oder einem "kennen sollen" des Arbeitgebers ausgegangen werden darf. Im Urteil erwähnt das Bundesgericht, der Arbeitgeber rechnete insbesondere darum mit Überstunden des Angestellten, weil im Arbeitsvertrag deren Kompensation ausdrücklich vorgesehen war. Allein aufgrund einer solchen vertraglichen Regelung darf aber auf keinen Fall davon ausgegangen werden, der Arbeitgeber rechne ohnehin mit Überstunden und damit obliege ihm eine Informationsverschaffungspflicht. Andernfalls führte diese, in Arbeitsverträgen häufig anzutreffende Regelung, zu einer faktischen Aufhebung der Meldepflicht des Arbeitnehmers auch nur schon bei gelegentlichen Überstunden. Neben der vertraglichen Vereinbarung müssen also weitere konkrete Umstände hinzukommen, welche nachweisen, dass der Arbeitgeber mit Überstunden rechnete oder rechnen musste.

Beachtenswert ist schliesslich, dass in denjenigen Fällen, in welchen der Arbeitgeber keine Kenntnis über das Arbeitspensum des Angestellten hat oder haben kann, das Bundesgericht auf die einmonatige Verwirkungsfrist abzustellen scheint, was der Meinung von SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (Zürcher Kommentar, Art. 321c N 14), BRÜHWILER (Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Art. 321c N 12) und derjenigen des Aargauer Obergerichts im Entscheid vom 2. November 1990 (JAR 1992, 113 ff.) entspricht. In diesen Fällen tut der Angestellte gut daran, eine allfällige (vor allem überraschend und/oder vorübergehend eintretende) zusätzliche Arbeitslast umgehend zu melden. Andernfalls läuft er Gefahr, nach protestlosem Akzept des Monatsgehaltes seiner Ansprüche verlustig zu gehen.

Schliesslich bestätigt das Bundesgericht seine ständige Rechtsprechung, wonach – sofern der Arbeitgeber von der geleisteten Mehrarbeit Kenntnis hatte – es nicht rechtsmissbräuchlich ist, mit der (gerichtlichen) Geltendmachung dieser Ansprüche zuzuwarten. "Rechtsmissbrauch wegen verspäteter Geltendmachung ist dabei nur in ausserordentlichen Umständen anzunehmen, zumal der erworbene Anspruch auf Abgeltung bereits geleisteter Überstunden im Sinne von Art. 341 Abs. 1 OR unverzichtbar ist (BGE 126

III 337 E. 7b; 124 III 469 E. 3a)." (Ziff. 2.4 der Erwägungen). Mit anderen Worten braucht der Angestellte bei Beendigung des Arbeitsverhältnis darum nicht auf bestehende Überstundenguthaben hinzuweisen, weil er – selbst wenn er darauf hingewiesen und sogar noch ausdrücklich auf die Geltendmachung verzichtet hätte – an diesen Verzicht nicht gebunden wäre.