

Update: Rechtsprechung zum Thema Überstunden

Dr. iur. Christoph Senti

Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter HSG

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

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

Inhaltsverzeichnis

1 Vorbemerkungen.....	1
2 Vertragliche Vereinbarungen	1
3 Schriftform für abweichende Vereinbarungen.....	2
4 Weigerung des Angestellten zur Leistung von Überstunden.....	3
5 Meldepflicht des Arbeitnehmers und Arbeitszeiterfassung.....	4
6 Beweislast bezüglich geleisteter Arbeit und Überstunden.....	5
6.1 Schätzung geleisteter Überstunden nach Art. 42 OR.....	5
6.2 Beweislasterleichterung bei Pflicht zur Arbeitszeiterfassung	5
7 Kein nachträglicher Verzicht auf Überstundenentschädigung	6
8 Ferienbezug oder Überstundenkompensation?	7
9 Berechnung des Stundenlohnes	7
10 Schlussbemerkungen.....	8

Literaturverzeichnis

ARBEITSGERICHT ZÜRICH (HRSG) (zit: Entscheide):

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich (Hrsg); Zürich, ab 2001.

REHBINDER, M. (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.

SENTI, C.:

Überstunden, Diskussionspapier des Forschungsinstituts für Arbeit und Arbeitsrecht an der Universität St. Gallen; Nr. 86, St. Gallen, 2002.

1 Vorbemerkungen

Grundlage der vorliegenden Publikation ist der Aufsatz zum Thema „Überstunden“, welcher als Diskussionspapier Nr. 86 des Forschungsinstituts für Arbeit und Arbeitsrecht (FAA-HSG) sowie in der Zeitschrift AJP 4/2003, S. 373 ff. publiziert wurde¹. Gegenstand dieses Updates sind verschiedene, seither ergangene Gerichtsurteile, auf welche näher eingegangen wird.

2 Vertragliche Vereinbarungen

Im Gerichtssentscheid 4C.219/2004² hatte das Bundesgericht folgenden Sachverhalt zu beurteilen: Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbarten eine ordentliche Arbeitszeit von 13:00 bis 16:30 Uhr. Zudem gewährte die Arbeitgeberin einen Nachtzuschlag von 50% für Arbeiten zwischen 19:00 und 24:00 Uhr. Nicht ausdrücklich geregelt wurde die Entlöhnung für die Überstundenarbeit zwischen 16:30 und 19:00 Uhr. In Bezug auf diesen Zeitraum erklärte das Bundesgericht in Übereinstimmung mit der Vorinstanz, dass sich aus der betreffenden Vereinbarung und den tatsächlichen Umständen keine Hinweise ergäben, wonach für während dieser Zeitperiode geleistete Überstunden die Wegbedingung des Lohnzuschlages vereinbart worden sei.

Die Arbeitgeberin machte nun jedoch geltend, dass der Angestellte aufgrund des Zuschlages von 50% für Arbeiten ab 19:00 Uhr insgesamt mehr Geld verdiene, wie wenn ihm für die gesamte Überstundenarbeit (ab 16:30 Uhr) ein Zuschlag von 25% ausbezahlt worden wäre. Die Arbeitgeberin erklärte, dass sie für die Zeit zwischen 16:30 Uhr und 19:00 Uhr von einem Stundenlohn ohne Zuschlag ausgegangen sei und falls diese Regelung so nicht anerkannt werde, werde die Vereinbarung auf Zahlung eines Zuschlages von 50% wegen Grundlagen- bzw. Erklärungsirrtum angefochten: Man hätte keinen Zuschlag von 50% bezahlt, wenn man gewusst hätte, dass zwischen 16:30 und 19:00 Uhr zusätzlich ein Zuschlag von 25% bezahlt werden müsse. Diese Argumentation verwarf das Bundesgericht aus zwei Gründen:

1. Die Arbeitgeberin kann sich nicht darauf berufen, die gültige Wegbedingung einer gesetzlichen Pflicht sei eine objektiv notwendige Grundlage im Sinne von Art. 24 Abs. 1 OR. Wäre ein solcher Einwand zulässig, stellte jede rechtlich ungenügende oder unzulässige Vereinbarung den gesamten Arbeitsvertrag in Frage:

„Haben die Parteien, wie im vorliegenden Fall, den vom Gesetz vorgesehenen Anspruch nicht hinreichend klar und den Formerfordernissen entsprechend abgeschlossen, hat das regelmässig zur Folge, dass die Arbeitgeberin mehr leisten muss, als sie beim Vertragsabschluss subjektiv zuzugestehen eigentlich bereit gewesen ist. Das Gesetz bezweckt genau diese Mehrleistung (...). Dürfte in dieser gesetzlich gebotenen und bemessenen Mehrleistung eine Leistung in erheblich grösserem Umfang im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR erblickt werden, so könnte in diesen Fällen immer der ganze vereinbarte Inhalt des Arbeitsvertrages in

¹ Beide Texte sind zu finden unter http://www.9450.ch/christophSenti_Publis.html.

² Vom 25. Oktober 2004.

Frage gestellt werden. Der in Art. 321c OR vorgesehene Zuschlag für Überstunden würde diesfalls regelmässig illusorisch, weil der Arbeitgeber dann auch geltend machen könnte, dass er den Normallohn in der vereinbarten Höhe nicht zugestanden hätte und dieser insoweit auf das Übliche im Sinne von Art. 322 Abs. 1 OR herabzusetzen wäre und mit dem dieses Mass übersteigenden Anteil die Überstunden abzugelten wären. Aus den gleichen Gründen verbietet es sich, das Nichtbestehen der Pflicht zur Erbringung einer Mehrleistung für die Überstunden, die nicht rechtsgültig wegbedungen wurde, als objektiv notwendige Grundlage des Vertrages im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR zu betrachten.“³

2. Die Anfechtung des Vertrages nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 ist nur dann möglich, wenn der Irrende eine Leistung von *erheblich grösserem Umfang* versprochen hat, als es sein Wille war. Im konkreten Fall verglich das Bundesgericht die Mehrbelastung des Arbeitgebers (geforderte Nachzahlung von Fr. 26'000.-) mit der gesamten, an den Angestellten ausbezahlten Lohnsumme (Fr. 300'000.-) und verneinte eine Erheblichkeit, da es sich um eine Mehrbelastung von weniger als 10% handelte.

„Zur Beurteilung der Erheblichkeit sind dabei die gesamten vertraglichen Leistungen und Gegenleistungen zu berücksichtigen, da die Höhe einzelner Teil- oder Mehrleistungen regelmässig diejenige der anderen Leistungen, wie namentlich den Normallohn, beeinflusst. In den Fällen, in denen das Bundesgericht die Wesentlichkeit des Irrtums bejaht hat, wick die versprochene von der gewollten Leistung regelmässig um ein Vielfaches ab (...). Immerhin hat das Bundesgericht auch schon ein Abweichen um ca. 50 % genügen lassen (BGE 82 II 576 E. 6). Im vorliegenden Fall ist die Abweichung zwischen gewollter und versprochener Leistung weit geringer. In der fraglichen Zeit zwischen April 1997 und August 1999 hat die Beklagte dem Kläger für seine vertraglichen Arbeitsleistungen insgesamt rund Fr. 300'000.- ausgerichtet. Dieser fordert eine Nachzahlung von ungefähr Fr. 26'000.-. Die Differenz beträgt somit nicht einmal 10 %. Von Erheblichkeit kann insoweit nicht gesprochen werden. Diese Überlegungen greifen auch, soweit die Beklagte einen Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR geltend macht. Auch insoweit könnte die Nichtentstehung einer Forderung nur dann als objektiv notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet werden, wenn sie einen Betrag ausmacht, der auch im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR erheblich ist.“⁴

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich ein Arbeitgeber nicht auf einen Erklärungsirrtum berufen kann, mit der Begründung, es wäre ein anderer Vertrag bzw. ein anderer Lohn vereinbart worden, hätte man von der Ungültigkeit bzw. Mangelhaftigkeit der Vereinbarung gewusst.

3 Schriftform für abweichende Vereinbarungen

Von der gesetzlichen Regelung in Art. 321c OR kann in zweierlei Hinsicht abgewichen werden: Erstens kann sich die oder der Angestellte an Stelle der Auszahlung von Überstunden zur Kompensation mit Freizeit von gleicher Dauer einverstanden erklären⁵. Eine solche Zustimmung kann mündlich erfolgen und das Arbeitsgericht

³ BGE 4C.219/2004, vom 25. Oktober 2004, E. 3.3.2.

⁴ BGE 4C.219/2004, vom 25. Oktober 2004, E. 3.3.2.

⁵ Art. 321c Abs. 2 OR.

Zürich erklärte es beispielsweise als rechtsmissbräuchlich, wenn bei einer langen Freistellungsdauer der Arbeitnehmer seine Zustimmung zur Überstundenkompensation verweigert⁶.

An Stelle der Kompensation von Überstunden können die Vertragsparteien auch vereinbaren, dass diese nur zum ordentlichen Stundenlohn entschädigt werden, oder dass eine angemessene Anzahl Überstunden sogar im Monatsgehalt enthalten ist⁷. Eine solche Vereinbarung bedarf jedoch der Schriftform und häufiger Stolperstein ist die Regelung der Auszahlung in einem (nicht unterzeichneten) (Arbeitszeit-)Reglement, an Stelle des (schriftlichen) Arbeitsvertrages. Im Urteil vom 27. September 2004 erklärte das Kantonsgericht St. Gallen, dass der Schriftform nicht genüge getan sei, wenn der Arbeitsvertrag bloss einen allgemeinen Verweis auf ein Reglement enthalte⁸. Dieser Meinung ist das Bundesgericht jedoch nicht gefolgt und erklärte - unter Abänderung und Rückweisung des St. Gallischen Urteils - einen solchen Verweis als genügend⁹. Dieses Gerichtsurteil lässt meines Erachtens den Schluss zu, dass die Schriftform als erfüllt gilt, wenn im unterzeichneten Vertrag in allgemeiner Form auf ein Reglement verwiesen und dieses als Vertragsbestandteil bezeichnet wird¹⁰.

4 Weigerung des Angestellten zur Leistung von Überstunden

Die Pflicht zur Leistung von Überstunden ist gesetzlich zwingend, sofern Überstunden notwendig und zumutbar sind und die oder der Angestellte sie zu leisten vermag¹¹. In verschiedenen Urteilen war die Frage zu beantworten, was denn die zulässigen Rechtsbehelfe sind, wenn sich ein Angestellter weigert, Überstunden zu leisten.

Im Entscheid des Bundesgerichts vom 13. Juni 2000¹² weigerte sich der Angestellte zur Leistung von Überstunden mit dem Hinweis, diese seien nicht zumutbar. Als Folge dieser Arbeitsverweigerung entliess ihn die Arbeitgeberin fristlos. Das Bundesgericht schützte diese fristlose Kündigung mit dem Argument, auch wenn die Leistung der Überstundenarbeit unzumutbar gewesen wäre, hätte der Angestellte nicht einfach seine Arbeitsleistung einstellen dürfen. Wohlgermerkt verweigerte der Arbeit-

⁶ In casu: 6 Wochen freigestellt, zu kompensierende Überstunden: 1 Woche (Vgl. Arbeitsgericht Zürich, Entscheid vom 20. September 1996; in: ZR (97) 1998, S. 170); Gegenteilig entschied jedoch das Bundesgericht im Urteil 4C.337/2001, vom 1. März 2002, E. 2 b; in: JAR 2003, S. 196 ff., ohne aber differenziert auf diese Thematik einzugehen.

⁷ SENTI, S. 17.

⁸ Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen, vom 27.09.2004, E. 3 b (BZ.2004.23).

⁹ BGE 4C.407/2004, vom 7. Januar 2005, E. 3.1; mit Verweis auf: BGE 4C.196/1993, vom 4. Januar 1994.

¹⁰ „Da der Vertrag deutlich auf die allgemeinen Arbeitsbedingungen verweist, ist die Schriftform eingehalten. Ein ausdrücklicher Hinweis auf die Regelung der Überstunden ist demgegenüber nicht notwendig.“ (BGE 4C.407/2004, E. 3.1).

¹¹ Art. 321c Abs. 1 OR.

¹² BGE 4C.464/1999, vom 13. Juni 2000, in JAR 2001, S. 164 ff.

nehmer in diesem Fall nicht nur die Leistung von Überstunden, sondern er erschien überhaupt nicht mehr zur Arbeit¹³.

Nicht geschützt wurde die fristlose Entlassung eines Angestellten, welcher sich weigerte, Überstunden zu leisten, obwohl diese dringlich waren und auch frühzeitig angekündigt wurden. Das Gericht anerkannte zwar, dass kleinere, aber wiederholt vorkommende Verfehlungen eine fristlose Kündigung rechtfertigen, wenn der Angestellte vorgängig verwarnt wurde. Im konkreten Fall aber stellte die Leistungsverweigerung einen isolierten Einzelfall dar, welcher keine fristlose Entlassung rechtfertigte¹⁴.

5 Meldepflicht des Arbeitnehmers und Arbeitszeiterfassung

Erstaunlich hart urteilte das Bundesgericht in BGE 129 III 171¹⁵, worin es seine bisherige Rechtsprechung bestätigte, dass an die Verwirkung bezüglich geleisteter aber nicht gemeldeter Überstunden strenge Anforderungen zu stellen sind: „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.“¹⁶ Auf eigene Faust geleistete Überstunden verwirken also, wenn die Arbeitgeberin davon keine Kenntnis hatte oder haben konnte und diese nicht gemeldet werden¹⁷.

Gefestigt und mehrfach bestätigt hat sich die Rechtsprechung, wonach dem Arbeitgeber die Kenntnis der vom Angestellten geleisteten Überstunden unterstellt wird, wenn letzterer seine Arbeitszeit selber erfasst und die Rapporte dem Arbeitgeber zugänglich gemacht werden oder mindestens zugänglich sind¹⁸.

Ebenfalls als eine genügende Arbeitszeiterfassung qualifiziert wurden Kundenrapporte, welche der Angestellte für die Abrechnung seiner Leistungen gegenüber Kunden erstellte. Das Arbeitsgericht Zürich stellte fest, dass diese Kundenrapporte regelmässig an die Arbeitgeberin eingereicht wurden, als Grundlage für die an die Kunden abzurechnenden Dienstleistungen dienten und von der Arbeitgeberin nicht bestritten wurden. Damit konnte sich die Arbeitgeberin jederzeit über allfällige, vom Angestellten geleistete Überstunden Rechenschaft ablegen¹⁹.

¹³ BGE 4C.464/1999, A. (Sachverhalt), in JAR 2001, S. 164.

¹⁴ Tribunale d'appello del Cantone Ticino, vom 30. August 2001; in: JAR 2002, S. 283.

¹⁵ BGE 4C.342/2002, vom 8. Januar 2003; in: JAR 2004, S. 183 ff.

¹⁶ BGE 129 III 171 E. 2.3.

¹⁷ Vgl. dazu auch die Besprechung des Entscheides durch SENTI, in: AJP 6/2003, S. 723 ff.

¹⁸ Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen, vom 18. November 2004, BZ.2004.24; BGE 4C.337/2001, vom 1. März 2002; in: JAR 2003, S. 196 ff.

¹⁹ Arbeitsgericht Zürich, AG010020, vom 28. Februar 2003; in: Entscheide 2003, S. 4.

6 Beweislast bezüglich geleisteter Arbeit und Überstunden

Im Grundsatz hat die oder der Arbeitnehmer zu beweisen, dass Überstunden geleistet wurden. Dies ist häufig dann unmöglich oder ausserordentlich schwierig, wenn die geleistete Arbeitszeit weder vom Arbeitgeber noch vom Angestellten notiert wurde. In solchen Fällen befindet sich letzterer regelmässig in einem eigentlichen Beweisnotstand, da sich Beginn und Ende der Arbeitszeiten nur selten über längere Zeit rekonstruieren lassen. In solchen Fällen sind namentlich zwei Fälle von näherem Interesse.

6.1 Schätzung geleisteter Überstunden nach Art. 42 OR

In mehreren Urteilen bestätigte das Bundesgericht die Auffassung, dass die gesamte Anzahl geleisteter Überstunden durch das Gericht - in analoger Anwendung von Art. 42 OR - geschätzt werden darf: „Ist - wie im vorliegenden Fall - nachgewiesen, dass tatsächlich Überstunden geleistet worden sind, kann aber auf Grund der zur Verfügung stehenden Beweismittel deren genauer Umfang nicht festgestellt werden, so hat das Gericht aufgrund der gesamten Umstände abzuschätzen.“²⁰ Damit hat die oder der Angestellte nicht mehr die genaue Anzahl geleisteter Überstunden nachzuweisen, sondern kann sich damit begnügen, darzutun, dass Überstunden (im Grundsatz) geleistet wurden.

6.2 Beweislaste erleichterung bei Pflicht zur Arbeitszeiterfassung

Diverse Gesamtarbeitsverträge sehen vor, dass die Arbeitgeberin zur Registrierung bzw. Buchführung über die Arbeitszeit verpflichtet ist²¹. Kommt die Arbeitgeberin dieser Pflicht nicht nach, gerät der Angestellte in einen Beweisnotstand, da die effektiv geleistete Arbeitszeit und damit auch allfällig geleistete Überstunden nicht nachweisbar sind. In diesen Fällen gewährt die Rechtsprechung dem Angestellten eine erleichterte Beweisführung, indem er die Überstunden nur glaubhaft zu machen braucht, und - sofern diese sich nicht genau berechnen lassen, was in der Regel der Fall sein dürfte - das Gericht auf eine Schätzung abstellt bzw. abstellen darf²².

In einigen Gerichtsurteilen ist nicht nur von einer Beweiserleichterung, sondern von einer eigentlichen Beweislastumkehr die Rede²³. Bei diesen Entscheidungen stützten sich die Gerichte jedoch regelmässig auf den L-GAV 92 für das Gastgewerbe, welcher diesebezüglich eine ausdrückliche Vorschrift enthält²⁴. Meines Erachtens

²⁰ BGE 4C.74/2003, vom 2. Oktober 2003, E. 2.4; mit Verweis auf BGE 128 III 271 E. 2b aa.

²¹ Vgl. bspw. Art. 15 Abs. 7 L-GAV Gastgewerbe vom 6. Juli 1998.

²² Obergericht Kanton Luzern, 22.12.03, in: JAR 2004, S. 526, bestätigt durch das Bundesgericht im Urteil 4P.35/2004, vom 20. April 2004; Tribunale d'appello del Cantone Ticino, vom 6. August 2001, in: JAR 2002, S. 160; BGE 4C.74/2003, vom 2. Oktober 2003, E. 2.

²³ BGE 4C.283/1999, vom 28. Juli 2000; Tribunale d'appello del Cantone Ticino, vom 6. August 2001, in: JAR 2002, S. 160; BGE 4C.74/2003, vom 2. Oktober 2003, E. 2; Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen, vom 30. August 2001, in: JAR 2002, S. 155.

²⁴ Vgl. Art. 82 Abs. 2 und 5 L-GAV 92 (BGE 4C.74/2003, vom 2. Oktober 2003, E.1).

kommt eine vollständige Beweislastumkehr nur im Falle einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung zum Tragen. Sofern sich die Vorschrift auf die Pflicht des Arbeitgebers zur Erfassung der Arbeitszeit seiner Angestellten beschränkt, greift lediglich eine erleichterte Beweislast, indem die Ansprüche glaubhaft zu machen sind.

Voraussetzung einer solchen Beweislasteileichterung ist allerdings, dass für die Arbeitgeberin eine gesetzliche Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit besteht. Dies war im Entscheid BGE 4C.74/2003 vom 2. Oktober 2003 nicht der Fall, da die Vorschrift bezüglich der Beweislastumkehr²⁵ im L-GAV der Gastronomiebranche vom Bundesrat nicht als allgemeingültig erklärt wurde²⁶. Diesbezüglich bemerkenswert ist allerdings, dass auch das Arbeitsgesetz dem Arbeitgeber eine gesetzliche Pflicht zur Arbeitszeiterfassung auferlegt²⁷. Insofern stellt sich die Frage, ob die logische Konsequenz daraus nicht eine generell erleichterte Beweislast ist, da die Vorschriften des Arbeitsgesetzes in aller Regel zum Tragen kommen.

7 Kein nachträglicher Verzicht auf Überstundenentschädigung

Art. 341 OR schreibt vor, dass die oder der Angestellte während des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung auf Ansprüche, die sich aus den unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes ergeben, nicht verzichten kann.

Probleme schafft die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu dieser Vorschrift, weil nicht nur zwingende, sondern auch solche Ansprüche als unverzichtbar gelten, die bereits entstanden sind, auch wenn sich diese nicht aus zwingendem Recht ableiten. Die Überstundenentschädigung von 125% kann durch schriftliche Vereinbarung wegbedungen werden²⁸. Eine solche Regelung ist aber *nicht* für eine in der Vergangenheit bereits entstandene Überstundenentschädigung möglich, wenn Überstunden geleistet wurden, die Parteien aber erst im Nachhinein eine vom Gesetz abweichende Entschädigungs- oder Kompensationsregelung vereinbaren²⁹.

Diese Rechtsprechung wirft vor allem dann Probleme auf, wenn in einer Unternehmung eine Praxisänderung in Bezug auf das Überstundenregime gewünscht wird, weil sich die bestehende betriebliche Praxis als ungeeignet erweist. In solchen Fällen ist es unter Umständen gar nicht möglich, unter die alte Praxis einen Schlussstrich zu ziehen, weil selbst wenn die Angestellten die Neuregelung schriftlich bestätigen, bestehende Ansprüche immer noch geltend gemacht werden können³⁰.

²⁵ Art. 82 Abs. 5 L-GAV 92.

²⁶ BGE 4C.74/2003, vom 2. Oktober 2003, E.2.2 f.

²⁷ Art. 46 ArG i.V.m. Art. 73 ArGV 1.

²⁸ Art. 321c Abs. 3 OR.

²⁹ BGE 124 III 473, BGE 129 III 171, Urteil Kantonsgericht SG vom 27.09.2004 (BZ.2004.23).

³⁰ Vgl. dazu SENTI, S. 32 f.

8 Ferienbezug oder Überstundenkompensation?

Das Arbeitsgericht Zürich hatte im Urteil vom 8. Oktober 2001 darüber zu befinden, ob die Arbeitgeberin bestimmen darf, ob der Angestellte während der laufenden Kündigungsfrist Ferien beziehen oder Überstunden kompensieren muss. Eine solche Entscheidung ist immer dann von Bedeutung, wenn die Überstunden mangels Vereinbarung oder aufgrund eines zwingenden Gesamtarbeitsvertrages mit 125% auszuzahlen sind. Das Gericht entschied mit Berufung auf Art. 361 Abs. 1 OR und Verweis auf REHBINDER³¹, dass Ferien während der laufenden Kündigungsfrist realiter zu gewähren sind. Entsprechend bestand für die Arbeitgeberin also kein Wahlrecht und es waren die Überstunden auszuzahlen³². Ob dieser Überlegung in jedem Fall zuzustimmen ist, darf meines Erachtens in Frage gestellt werden und hängt nicht zu letzt auch vom Umfang der noch ausstehenden Ferien ab sowie von der Frage, ob nur Überstunden oder auch Überzeit³³ zu kompensieren ist.

9 Berechnung des Stundenlohnes

Häufig stellen sich Fragen im Zusammenhang mit der Berechnung des Stundenlohnes, welcher als Grundlage für die Aufrechnung des Lohnzuschlages von 25% dient. Diesbezüglich erging am 14. Februar 2003 ein Bundesgerichtsurteil, in welchem festgestellt wurde, dass eine Gratifikation nicht als Lohnbestandteil zu betrachten sei und deshalb bei der Berechnung des Stundenlohnes für *Überzeitarbeit*³⁴ unberücksichtigt bleiben dürfte³⁵. Ebenfalls erfolglos geltend gemacht wurde, dass das Jahresgehalt nicht auf 52, sondern nur auf 48 Wochen aufzuteilen sei, was der effektiv gearbeiteten Anzahl Wochen entspreche, ausgehend von jährlich 4 Wochen Ferien³⁶. Auch diesen Einwand verwarf das Bundesgericht und bestätigte das vorinstanzliche Urteil. Bei der Berechnung des Stundenlohnes, ausgehend vom Jahresgehalt des Angestellten, ist dieses also auf 52 Wochen aufzuteilen.

Ein weiterer erwähnenswerter Entscheid zur Frage der Berechnung des Lohnzuschlages für *Überzeitarbeit* ist BGE 4C.424/1999 vom 16. März 2000³⁷. In Erwägung 8 des Urteils ging das Bundesgericht kommentarlos vom Jahresgehalt des Angestellten aus, welches diesem in 13 Raten ausbezahlt worden war. Meines Erachtens darf gestützt auf diesen Entscheid davon ausgegangen werden, dass bei der Berechnung des Lohnzuschlages für *Überzeitarbeit* der 13. Monatslohn mitzuberück-

³¹ BK-REHBINDER, Art. 329d N 16.

³² Arbeitsgericht Zürich, AN010083 vom 8. Oktober 2001; in: Entscheide 2001, S. 1.

³³ Art. 13 Abs. 2 ArG.

³⁴ Art. 13 ArG.

³⁵ BGE 4C.310/2002 vom 14. Februar 2003, E. 6.1.

³⁶ BGE 4C.310/2002 vom 14. Februar 2003, E. 6.1.

³⁷ Dieses Urteil entspricht BGE 126 III 337 ff., wobei im publizierten Urteil die Erwägung Nr. 8 weggelassen wurde, und dies ohne jeglichen Hinweis darauf, dass BGE 126 III 337 nicht vollständig widergegeben wird.

sichtigen ist³⁸. Ob bei der Berechnung des Stundenlohnes und dem *Überstundenzuschlag* ein 13. Monatsgehalt miteinzubeziehen ist, hat das Bundesgericht meines Wissens noch nicht entschieden, diese Frage ist aber vermutlich zu bejahen³⁹. Ebenso wenig findet sich ein höchstgerichtliches Urteil, welches sich über mögliche Unterschiede und Gemeinsamkeiten bei der Berechnung des Stundenlohnes von Überstunden- und Überzeitarbeit äussert. Meines Erachtens darf - im Sinne einer Faustregel - davon ausgegangen werden, dass beide Stundenlöhne bzw. Zuschläge auf dieselbe Art und Weise zu berechnen sind.

10 Schlussbemerkungen

Insgesamt scheint mir, dass sich die bisher ergangene Rechtsprechung zum Thema Überstunden ohne spektakuläre Kurskorrekturen im Rahmen weiterentwickelt hat. Auch wenn auf kantonaler Ebene in einzelnen Detailfragen womöglich keine deckungsgleiche Praxis besteht, sind die im Diskussionspapier Nr. 86 gemachten Aussagen nach wie vor gültig: Um mögliche Konflikte zu vermeiden, sind sorgfältige und auch praktizierte Vertragsvereinbarungen sehr zu empfehlen. Überraschungen ergeben sich häufig aufgrund der Tatsache, dass auf Seiten der Arbeitgeberschaft auf eine bewusste Auseinandersetzung mit der Thematik Überstunden oder Überzeit verzichtet wird.

³⁸ BGE 4C.424/1999, E. 8.

³⁹ Vgl. dazu SENTI, S. 29.