

Die Flexibilisierung der Arbeitszeit mit Hilfe von Überstundenarbeit

1 Einleitung

Wohl am häufigsten verwendetes Instrument zur Flexibilisierung.

Vorteile:

- kann einseitig angeordnet werden; Pflicht zur Leistung von Überstunden ist zwingend, sofern die Voraussetzungen gegeben sind
- sofern vertragliche Vereinbarung: kompensieren oder auszahlen
- sofern vertragliche Vereinbarung: kein Zuschlag von 25%
- Grenzen der Zulässigkeit bei Anordnung von Überstunden: relativ schwammig

2 Was gilt als Überstunden?

Als Überstundenarbeit gilt „(...) jede die normale Arbeitszeit überschreitende Arbeit“¹. „(...) soweit die gewöhnliche (...) Arbeitszeit überschritten wird.“²

Als normale Arbeitszeit gilt diejenige Arbeitszeit, die einzel- oder kollektivvertraglich vereinbart, durch Normalarbeitsvertrag bestimmt oder betriebsüblich ist³. Die Arbeitszeit kann sowohl ausdrücklich oder auch stillschweigend vereinbart sein.

3 Abgrenzungen

3.1 Überstunden und Überzeit

Zu unterscheiden:

Überstunden (Art. 321c OR) und Überzeit (Art. 12 ArG)

Nicht kumulativ!

3.2 Überstunden und Teilzeitarbeit

Bei Teilzeitarbeit gilt diejenige Arbeitsleistung als Überstunden, welche die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit übersteigt⁴.

Bei Teilzeitarbeitsverhältnissen gilt als normale Arbeitszeit die vertraglich vereinbarte Dauer. Arbeitet der Angestellte mehr, so leistet er Überstunden, auch wenn er immer noch weniger als ein 100% Pensum erbringt⁵.

¹ BK-Rehbinder, Art. 321c N 1. Deckungsgleich VF1, S. 74; KH1, S. 147; Brunner/Bühler/Waeber, Art. 321c Ziff. 2; BJ2, Art. 321c N 2, m. V. auf JAR 1989 S. 115.

² ZK-Staehelin, Art. 321c N 1.

³ BK-Rehbinder, Art. 321c N 1.

⁴ Streiff/von Kaenel, Art. 321c N 4; BK-Rehbinder, Art. 321c N 1; KH1, S. 155; BJ2, Art. 321c N 2b; ZK-Staehelin, Art. 321c N 4; VF1, S. 74 FN 26;

⁵ ZK-Staehelin, Art. 321c N

Vertragliche Klausel, dass Zuschlag erst ab 100% Pensum gewährt wird:

- an sich zulässig, da der Zuschlag ganz wegbedungen werden kann.
- Achtung GAV: wenn Überstundenzuschlag zwingend geschuldet, dann kann nicht wegbedungen werden.
- Qualifikation der Mehrarbeit als Überstunden oder ordentliche Arbeitszeit?
Ordentliche Arbeitszeit könnte der Fall sein, wenn
 - regelmässig Mehrarbeit geleistet wird,
 - keine Kompensation oder Auszahlung vorgenommen wird
- Arbeitgeber die Mehrarbeit nicht anordnet, diese duldet vor allem auch in Zeiten ohne hohes Arbeitsvolumen
 - => Vorteil: kein Zuschlag geschuldet
 - => Nachteil: Lohnzahlungspflicht (Krankheit, Unfall, Ferien etc.), auch für die Zukunft.

3.2.1 Überstunden und Gleitzeit

=> Blockzeit (zwingende Anwesenheit) und

=> Rahmenzeit (Einteilung durch ANEhmer)

=> Sollzeit: Am Ende einer Abrechnungsperiode (Monat oder Jahr) soll der Arbeitnehmer die Sollzeit erreichen.

Merkmal Gleitzeit: Zeitsouveränität in Bezug auf die Einteilung der Arbeitszeit innerhalb der Rahmenzeit liegt beim Arbeitnehmer. M.a.W. kann der ANehmer seine Arbeitszeit selbst einteilen und muss lediglich:

a) die Blockzeiten respektieren

b) Am Ende der Rechnungsperiode auf die Sollzeit kommen.

Problem mit Überstunden:

Anordnung von Überstunden ist an sich ein Eingriff in die Zeitsouveränität des Arbeitnehmers.

Anordnung von Überstunden:

- falls Zustimmung des Arbeitnehmers: Anordnung durch Arbeitgeber *kann* eine Vereinbarung betreffend Veränderung Arbeitszeit darstellen. (Nur zurückhaltend anzunehmen)
- falls einseitig angeordnet: Voraussetzungen müssen gegeben sein: Notwendigkeit, Zumutbarkeit, Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers.

Vorgehen: Ist Anordnung von Mehrarbeit als Überstunden zu qualifizieren?

a) Falls Saldo am Ende der Abrechnungsperiode =0 oder <0, so erübrigt sich die Frage, da - in der Regel - die Überstunden kompensiert wurden.

b) Falls Saldo positiv: Wurde die Mehrarbeit angeordnet oder 'vereinbart'?

aa) Vereinbarung: keine Überstunden sondern Vertragsänderung (Zurückhaltung)

aa) Keine Vereinbarung keine Anordnung: keine Überstunden, da durch ANehmer selbst geleistet: ANehmer hat seine Kompetenzen überschritten.

bb) Angeordnet:

aaa) ausserhalb der Rahmenzeit: Überstunden

bbb) innerhalb der Rahmenzeit: m.E. eher ja: Überstunden

Vorteil: Wenn im Vertrag Kompensation vorgesehen ist, kann dem Arbeitnehmer die Pflicht zur Kompensation auferlegt werden. Insbesondere da er innerhalb der Rahmenzeit die Zeitsouveränität besitzt.

3.2.2 Überstunden und Jahresarbeitszeit

Jahresarbeitszeit: jährliche Gesamtzeit wird festgelegt.

Unterschied zur Gleitzeit: AGeber hat Zeitsouveränität in Bezug auf Ankündigung des Arbeitspensums. Meistens erfolgt diese Anordnung im Voraus, sodass die *kurzfristigen Anordnungen* als Überstunden qualifiziert werden können.

4 Überstunden und leitende Angestellte

- Allgemeine Überzeugung: leitende Angestellte haben keinen Anspruch auf Überstundenentschädigung. Stimmt in dieser Form nicht.
- Grundsätzlich gilt das Einzelarbeitsvertragsrecht. Damit auch Art. 321c OR.
- Nicht anwendbar ist die Regelung im (öff-rechtl.) Arbeitsgesetz in Bezug auf die maximal zulässige Arbeitszeit von 45 bzw. 50 Stunden pro Wochen.
- Häufig anzutreffen und auch möglich: Vereinbarung im Vertrag, dass Überstunden im üblichen Rahmen bereits im Monatsgehalt enthalten sind und die Leistung von Überstunden erwartet wird.

Zwei Fragen zu beantworten:

1. Welche Arbeitszeit wurde vereinbart: konkreter Vertragsinhalt, oder muss auf die 'betriebsübliche' Arbeitszeit abgestellt werden?
2. Wurde die Auszahlung der Überstunden vertraglich wegbedungen und deren Kompensation angeordnet?

Was ist vertraglich vereinbart in Bezug auf Überstunden? Indizien:

- Hohes Gehalt spricht eher für, tiefes Gehalt eher gegen die Vermutung, 'Überstunden inbegriffen'.
- Betrieblich übliche Arbeitszeiten gelten nicht ohne weiteres auch für Chefpositionen, wenn im Vertrag nichts vereinbart ist.
- Stempelpflicht eines höheren leitenden Angestellten spricht für eine konkret vereinbarte Arbeitszeit.
- Leitender Angestellter hat (im Vergleich zum 'normalen' Arbeitnehmer) eine erhöhte Treuepflicht.
 - *Allgemeine Treuepflicht:* Wenn Überstunden ohne ausdrückliche Anordnung geleistet wurden, hat ANehmer den AGeber zu informieren, dass geleistet wurde.
 - *Erhöhte Treuepflicht:* Leistet leitender Angestellter Überstunden und ist er der Ansicht, dass diese zu entschädigen sind, so darf er diese Mehrarbeit nicht erst am Ende des Arbeitsverhältnisses geltend machen

Zu unterscheiden:

Beweisproblematik: Der Arbeitnehmer hat nachzuweisen, dass er Überstunden geleistet hat und diese angeordnet oder mindestens geduldet wurden.

5 Voraussetzungen der Überstundenarbeit

Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Anordnung von Überstunden ergeben sich im Wesentlichen aus dem Wortlaut von Art. 321c Abs. 1 OR: Die Leistung von Überstunden muss

- Notwendig sein,
- der Arbeitnehmer muss sie leisten können
- deren Leistung ist ihm nach Treu und Glauben zuzumuten⁶.

Notwendigkeit

Beispielhafte Gründe von Notwendigkeit: Art. 12 ArG:

- a. wegen Dringlichkeit der Arbeit oder ausserordentlichen Arbeitsandranges;
- b. für Inventaraufnahmen, Rechnungsabschlüsse und Liquidationsarbeiten;
- c. zur Vermeidung oder Beseitigung von Betriebsstörungen, soweit dem Arbeitgeber nicht andere Vorkehren zugemutet werden können.

„Notwendig sind Überstunden, wenn deren Anordnung objektiv gerechtfertigt ist. Unwichtig ist, ob sie voraussehbar war oder überraschend kommt.“⁷ Unbestritten ist, dass die Leistung von Überstunden dann nicht notwendig ist, wenn diese leicht hätten vermieden werden können⁸.

Bsp.: Eine Serviertochter weigerte sich, am dritten aufeinanderfolgenden Samstag zu arbeiten, obwohl ihr im Arbeitsvertrag zugesichert wurde, dass sie in der Regel frei hätte. Sie hatte im Voraus eine Verabredung getroffen und kündigte dem Arbeitgeber ihr Nichterscheinen an. Als sie nicht zur Arbeit erschien, wurde die Serviertochter fristlos gekündigt. Kein Schutz (Streiff/von Kaenel, Art. 321c N 2 m.V. auf Kuhn 6.3.2).

Notwendigkeit und Voraussehbarkeit:

STREIFF/VON KAENEL, STAEHELIN: spielt keine Rolle ob die Mehrarbeit voraussehbar war oder nicht.

- a) Handelt es sich um eine Vereinbarung in Bezug auf erhöhte Arbeitszeit?
- b) Falls aber Massnahme möglich für Vermeidung: Überstundenarbeit nicht notwendig.

Insoweit zu relativieren: Vorhersehbare Überstunden sind nur dann zulässig, wenn diese nicht durch andere, verhältnismässige Massnahmen vermieden werden können.

⁶ Art. 321c Abs. 1 OR; G1, S. 89; BK-Rehbinder, Art. 321c N 2ff.; MM1, S. 69; ZK-Staehelin, Art. 321c N 7ff.; Streiff/von Kaenel, Art. 321c N 2.

⁷ Streiff/von Kaenel, Art. 321c N 2; gl.M. ZK-Staehelin, Art. 321c N 7; etwas differenzierend: MM1, S. 70.

⁸ Streiff/von Kaenel, Art. 321c N 2.

Bei voraussehbarem erhöhten Arbeitsanfall darf der Arbeitgeber nur dann Überstunden anordnen, wenn sich diese Mehrarbeit nicht in Form von anderen Massnahmen verhindern lassen.

Zumutbarkeit

Bsp.: JAR 1990 S. 156 (Arbeitsgericht Zürich):

Fristlose Entlassung wegen Verweigerung von Überstunden: angekündigt um 16.00 Uhr, dass gearbeitet werden müsse bis 21.00 Uhr, anstatt wie üblich bis 19.00 Uhr.

„(...) muss er [der Arbeitgeber] damit rechnen, dass der Arbeitnehmer - aus welchen Gründen auch immer - nicht in der Lage ist, länger zu arbeiten.“

Abwägung notwendig zwischen:

Bedürfnissen und Dringlichkeit für den Arbeitgeber einerseits sowie Bedürfnissen und Einschränkungen für den Arbeitnehmer andererseits.

Keine Pflicht zur Leistung von Überstunden bspw. bei:

- Elternpflichten
- dringend zu erledigenden pers. Sachen (bspw. Todesfall, etc.)

Pflicht kann aber gegeben sein bei ausserordentlichen Fällen

- Brand
- Wasserschaden

6 Kompensation bzw. Abgeltung von Überstunden

6.1 Kompensation von Überstunden mit Freizeit von gleicher Länge

6.1.1 (mündliche) Vereinbarung

Bedingt das Einverständnis des Arbeitnehmers: → Vertragsvereinbarung notwendig.
Im Gegensatz zur Wegbedingung des Zuschlages von 25%: Keine Schriftform notwendig.

Damit: Vereinbarung zur Kompensation

- ausdrücklich vereinbart
- stillschweigend bzw. konkludent vereinbart infolge betrieblicher Übung

Exkurs: Kompensation während der Freistellung

Bedingt ebenfalls Zustimmung des Arbeitnehmers, sofern diese nicht im Voraus (generell) gegeben wurde.

6.1.2 'Angemessener Zeitraum'

Regelung zur Überzeit im Arbeitsgesetz: Art. 40 VO I zum ArG

Überzeit ist üblicherweise

- innert 14 Wochen (also 3 Mten) vorzunehmen.
- durch Vereinbarung: Ausdehnung auf 12 Mte. möglich.

STREIFF/VON KAENEL: analoge Anwendung bietet sich an

STAEHELIN: Befristung bedeutungslos, da Einverständnis notwendig und dies ja auch später erteilt werden kann. a.A. Streiff/von Kaenel, da nach dem Ablauf von bspw. 12Mte der Arbeitnehmer auch dann eine Abgeltung mit Lohn verlangen kann, wenn er einem Zeitausgleich ursprünglich zustimmte.

6.2 Abgeltung der Überstunden

Grundsatz: Normallohn plus Zuschlag von 25%.

6.2.1 Höhe der Entschädigung (Lohn für die Überstunde)

ordentlicher Stundenlohn, Monatslohn ist umzurechnen.

(Monatslohn, geteilt durch 21.75)

Falls ein 13. Monatslohn ausbezahlt wird: +8.33%: D.h.: zuerst 13. Monatslohn auf gesamtem Lohn ohne Überstunden, anschliessend Überstundenabgeltung plus 8.33%.

STREIFF/VON KAENEL und Rehbinder: Verweis auf Art. 35 VO I zum ArG: analoge Anwendung

Berechnung des Lohnzuschlages

Der Lohnzuschlag für Überzeitarbeit, Hilfsarbeit, Nachtarbeit und Sonntagsarbeit ist bei Zeitlohn nach dem auf die Stunde berechneten Lohn, ohne Orts-, Haushaltungs- und Kinderzulagen, zu bemessen.

Bei Akkordarbeit ist der Lohnzuschlag in der Regel nach dem in der Zahltagsperiode durchschnittlich erzielten Lohn, ohne Orts-, Haushaltungs- und Kinderzulagen, zu bemessen.

Für die Bewertung des Naturallohnes sowie der Bedienungs- und Trinkgelder sind die Vorschriften der Bundesgesetzgebung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung sinngemäss anwendbar.

Höhe des Stundenlohnes: Stundenlohn im Zeitpunkt, welchem die Überstunde geleistet wird.

6.2.2 Zuschlag

6.2.2.1 Wegbedingung des Zuschlages

Bedarf der Schriftform. Vermutlich nicht gegeben im Falle der Wegbedingung in einem (vorformulierten) Reglement (Arbeitszeitreglement, Personalreglement etc.). Dies auch dann nicht, wenn zum integralen Vertragsbestandteil erklärt

Abhilfe:

- Unterschreiben lassen des Reglementes
- Expliziter Verweis im Arbeitsvertrag:

Der Arbeitnehmer bestätigt mit seiner Unterschrift das Reglement erhalten und gelesen zu haben und nimmt insbesondere folgende, darin enthaltene Bestimmungen zur Kenntnis:

Ziff. 5: Wegbedingung des Überstundenzuschlages von 25%.

6.3 Verjährung des Anspruches

Art. 128 Ziff. 3 OR: Grundsätzlich Verjähren Forderungen des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis erst nach 5 Jahren.

Art. 341 OR: Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und ein Monat danach, kann der Arbeitnehmer nicht auf Forderungen verzichten, die sich aus den unabdingbaren Vorschriften des Einzelarbeitsvertragsrechts ergeben.

Somit: Es gilt die 5-jährige Verjährungsfrist.

Missbrauch, wenn der Arbeitnehmer die gesamten Überstunden der letzten 5 Jahre erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend macht?

→ Im Grundsatz: nein.

→ Ausnahmen möglich: wenn schwerwiegende Umstände hinzukommen

Die Flexibilisierung der Arbeitszeit mit Hilfe von Arbeit auf Abruf

1 Merkmale von Arbeit auf Abruf

1.1 Definition und Abgrenzungsmerkmale

- Arbeitszeit und Lohn ist im Voraus nicht festgelegt und schwankt
- Arbeitnehmer hat sich zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten

1.2 Leistung von Bereitschaftsdienst

Arbeitnehmer hat sich - im vereinbarten Ausmass - zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten, so dass er:

- a) Erreichbar ist für den Abruf
- b) Innerhalb der vorgesehenen Zeit in der Unternehmung die Arbeit aufnehmen kann.

1.3 Pflicht zur Arbeitsaufnahme bei Abruf

Eigentliche Arbeit auf Abruf: Pflicht zur Aufnahme

Uneigentliche Arbeit auf Abruf: Keine Pflicht zur Arbeitsaufnahme;

- häufiger in den USA
- Arbeitgeber streut Risiko in Form von höherer Anzahl Arbeitskräfte
- Rechtlich: Gelegenheitsarbeit, Vermutlich mit einem Rahmenvertrag

2 Abgrenzungen

siehe Folie!

3 Rahmenbedingungen von AaA

3.1 Bereitschaftsdienst ist zwingend entschädigungspflichtig

Lohn kann im Entgelt für die effektiv geleisteten Stunden enthalten sein.

- a) Üblich und sinnvoll: wo alle Arbeitnehmer oder eine bestimmte Gruppe in demselben Ausmass Bereitschaftsdienst leisten (Wochenend- oder Pikettdienst von Ärzten oder Informatikern)
- b) Schwierig bzw. problematisch, wo zur bestehenden, fix angestellten Belegschaft eine kleine Gruppe oder gar ein einzelner Arbeitnehmer beigezogen wird zur Brechung der Produktionsspitzen.

Zu b) problematisch, weil:

Je länger der Bereitschaftsdienst dauerte, umso weniger effektive Arbeit wird geleistet und damit sinkt die Entlohnung pro Zeiteinheit geleisteter Bereitschaftsdienst.

3.2 Höhe der Entlohnung des Bereitschaftsdienstes

Liegt zwischen 0 und vollem Stundenlohn

Der Lohn für den Bereitschaftsdienst sollte m.E. daran orientieren, wie sinnvoll der Arbeitnehmer die Zeit des Bereitschaftsdienstes für seine eigenen Bedürfnisse einsetzen kann:

- *Umfang der Schwankungen*: Je höher die Schwankungen der Einsätze, umso weniger kann der Arbeitnehmer einer alternativen, regelmässigen Tätigkeit nachgehen oder diese planen
- *Zeitraum zwischen Abruf und Einsatz*: Je länger diese Periode ist, umso besser kann der Arbeitnehmer die Zeit während des Bereitschaftsdienstes verwerten.
- *Verhältnis zwischen Bereitschaftsdienst und effektiver Arbeit*: Je grösser der Anteil effektiver Arbeit, umso kleiner sind die Perioden des Bereitschaftsdienstes. Damit entschärft sich auch das Problem, dass der Arbeitnehmer aus dem Einkommen des geleisteten Bereitschaftsdienstes seinen Lebensunterhalt bestreiten muss.

4 Unterschied: Arbeit auf Abruf - Überstunden

Folie

5 Weitere praktische Probleme von AaA

5.1 Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit

Arbeitgeber ist zur Lohnfortzahlung verpflichtet.

- Lohnfortzahlung: durchschnittliches Einkommen aufgrund der vergangenen Perioden
- Pflicht des Arbeitnehmers, sich zu melden, falls krank?

=> m.E.: wird es tun, da bei Krankheit die Lohnfortzahlungspflicht greift, und der Arbeitnehmer somit mehr verdient als nur während des Bereitschaftsdienstes.

5.2 Ferien und Arbeit auf Abruf

Arbeitnehmer hat Anspruch auf 4 Wochen bezahlte Ferien pro Jahr.

Festlegung:

- Durch den Arbeitgeber, wobei er auf die Wünsche des Arbeitnehmers Rücksicht nehmen soll.

Ankündigung:

- Lehre sagt: in etwa 3 Monate im Voraus; Nachträgliche Abänderung nur in gegenseitigem Einverständnis möglich

Ferien:

- Befreiung von der Pflicht zur Arbeitsleistung; Damit auch kein Bereitschaftsdienst während der Ferien.
- Zeitraum Abruf und Einsatz: Keine Anordnung von Ferien, weil Ankündigung der Ferien eine längere Zeit im Voraus erfolgen muss.
- Bezug von Ferien auf Wunsch des Arbeitnehmers: Andere Lohnzahlungspflicht: relevanter Lohn ändert sich.

Berechnung des Ferienlohnes:

- Abstellen auf den durchschnittlichen Lohn vergangener Perioden: Damit ist

5.3 Kündigung und Kündigungsfrist

Problem: Arbeitgeber kann einfach Bereitschaftsdienst anordnen, womit faktisch Kündigungsfrist umgangen wird.

M.E. sinnvoll: abstellen auf durchschnittliche Einsätze in der Vergangenheit. D.h.: Arbeitnehmer sollte so eingesetzt werden, dass er auf ein ähnliches Einkommen gelangt, wie in der Vergangenheit.