

Pra 90 (2001) Nr. 47

Bundesgericht, I. Zivilabteilung

Entscheid vom 16.03.2000 i.S. E. c. X SA (4C.424/1999)

Übersetzt und redigiert von Bernadette Hänni-Fischer, lic.iur.
(Originaltext französisch. Publikation in der Amtlichen Sammlung erfolgt.)

BGE 126 III Nr. 60 S. 337

Arbeitsrecht; Entschädigung der Überzeitarbeit (Art. 321c Abs. 3 OR und Art. 13 ArG).
Begriff der höheren leitenden Tätigkeit im Sinne von Art. 3 lit. d ArG (Bestätigung der
Rechtsprechung; E. 5)

Die Entschädigung der Überstundenarbeit, welche die vertragliche Arbeitszeit überschreitet,
ist in Art. 321c OR geregelt; wenn die Arbeit die gesetzlich zulässige Höchstarbeitszeit
überschreitet, liegt Überzeitarbeit im Sinne von Art. 12 ArG vor, die gemäss Art. 13 ArG
zwingend mit dem Grundlohn samt Zuschlag von 25% zu entschädigen ist (E. 6).

Der Arbeitnehmer, der die Bezahlung der Überzeitarbeit im Sinne von Art. 13 ArG verlangt,
handelt unabhängig von der inzwischen verflossenen Zeit nicht rechtsmissbräuchlich (E. 7).

Sachverhalt

X SA betreibt in Genf eine Werbeagentur. Am 3. Februar 1997 schloss sie mit E. einen
unbefristeten Arbeitsvertrag ab. Der dreizehnmal auszubezahlende Monatslohn wurde
auf Fr. 9000.– brutto festgelegt, teilweise in Form von Repräsentationsspesen und
Entschädigungen. X SA stellte E. ausserdem ein Auto zur Verfügung, dessen Leasing-,
Unterhalts- und Versicherungskosten sie übernahm; sie bezahlte auch einen Teil der
Krankenkassenprämien. Die neue Mitarbeiterin hatte Anspruch auf vier Wochen Ferien
pro Jahr. Die Arbeitszeit an fünf Tagen pro Woche dauerte von 8.30 Uhr bis 12.00 Uhr
und von 13.00 Uhr bis 17.30 Uhr. Art. 10 des Vertrags sah zusätzlich vor: «Da in einer
Werbeagentur Überstunden nicht zu vermeiden sind, ist der/die Arbeitnehmer/in verpflichtet,
diese im Rahmen des ihm/ihr Zumutbaren zu leisten. Die Entschädigung dieser Überstunden
ist im Lohn bereits enthalten. Es entsteht daher keinerlei Anrecht auf Kompensation oder
Lohnzuschlag.»

In Bezug auf die Arbeitszeit hat E. ausdrücklich anerkannt, während den
Vertragsverhandlungen darüber informiert worden zu sein, dass die Arbeitslast, die sie zu
bewältigen hätte, sehr gross sei, was mit ihrer Integration in die Unternehmensdirektion und
der Teilhabe am «profit-sharing» ausgeglichen werden sollte.

Gemäss dem zum Vertrag gehörenden Pflichtenheft hatte E. die Aufgabe, innerhalb der Gesellschaft eine neue Abteilung aufzubauen und zu leiten. Sie wurde mit der Akquisition von neuen Kunden und mit der Pflege der Beziehungen mit diesen betraut, was sie autonom, jedoch gestützt auf die internationale Struktur des Unternehmens tun durfte. Sie trug die Budgetverantwortung ihrer Abteilung.

Wie die anderen Verantwortlichen der verschiedenen Einheiten des Departements Handel, dem E. angehörte, war sie direkt dem Generaldirektor unterstellt. Mit vier oder fünf anderen Verantwortlichen gehörte sie seit Ende 1997 der «erweiterten Direktion» an und nahm daher an den periodischen Sitzungen der Direktion teil.

E. verfügte über keinerlei Budgetautonomie und hatte keine Unterschriftsberechtigung; die von ihr ausgehandelten Verträge benötigten die Genehmigung der Direktion. Dagegen war sie in der Organisation ihrer Arbeit vollständig frei und ihre Spesenrechnungen wurden ihr gegen Vorlegen der Belege zurückerstattet. Ihr war eine vollzeitlich tätige Assistentin unterstellt.

E. übergab ihrem Arbeitgeber regelmässig die Liste der Stunden, die sie zusätzlich zur vertraglich festgelegten Arbeitszeit geleistet hatte. Sie hat jedoch während der ganzen Dauer des Arbeitsverhältnisses bis zum 23. Oktober 1998 nie eine Entschädigung dafür verlangt. Es ist unter den Parteien unbestritten, dass E. über die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 45 Stunden gemäss öffentlichrechtlicher Arbeitsgesetzgebung hinaus 366 Stunden im Jahr 1997 und 223 Stunden im Jahr 1998, somit total 589 Stunden Überzeit geleistet hatte.

Ende Juli 1998 kündigte die X SA den Vertrag auf den 31. Oktober 1998.

E. klagte gegen ihren Arbeitgeber vor dem Arbeitsgericht des Kantons Genf auf Bezahlung ihrer Überstunden. Das Arbeitsgericht und das Appellationsgericht wiesen sämtliche Begehren ab. Das Bundesgericht hebt den kantonalen Entscheid auf und heisst die Forderungen der Arbeitnehmerin bezüglich der Überstundenentschädigung gut.

Aus den Erwägungen

4. a) Im Wesentlichen wirft die Berufungsklägerin der kantonalen Instanz vor, die Angelegenheit aus einem falschen Blickwinkel heraus betrachtet zu haben. Es sei ihr entgangen, dass sie nicht die Bezahlung ihrer «Überstunden» gemäss Art. 321c Abs. 3 OR fordere, sondern die Bezahlung ihrer «Überzeit» gemäss Art. 13 des Bundesgesetzes über Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG; SR 822.11). Anstatt sich auf Art. 321c Abs. 3 OR zu konzentrieren, hätte sie prüfen müssen, ob das ArG im vorliegenden Fall anwendbar sei. Müsste die Frage, wie die Berufungsklägerin behauptet, bejaht werden, hätte das Gericht danach über die Möglichkeit zu befinden, ob man von Art. 13 ArG, der einen Lohnzuschlag für Überzeitarbeit von 25% vorsieht, vertraglich abweichen kann oder nicht, eine Frage, die verneint werden müsse.

b) Gemäss Art. 321c Abs. 3 OR hat der Arbeitgeber für die Überstundenarbeit Lohn zu entrichten, der sich nach dem Normallohn samt einem Zuschlag von mindestens einem Viertel bemisst, sofern die Überstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen und nichts

anderes schriftlich verabredet oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt wird.

Zusammen mit einer Verordnung vom 26. November 1975 (SR 822.110) setzt Art. 9 ArG die wöchentliche Höchst Arbeitszeit für die Kategorie der Arbeitnehmer, zu der die Klägerin gehört, auf 45 Stunden fest. Immerhin erlaubt Art. 12 ArG ausnahmsweise und unter gewissen Voraussetzungen eine Überschreitung dieser Höchst Arbeitszeit. Diese Überzeitarbeit wird gemäss Art. 13 mit einem Lohnzuschlag von wenigstens 25% ausgeglichen, und zwar nur für Überzeitarbeit, die 60 Stunden im Kalenderjahr übersteigt.

c) Es besteht kein Zweifel darüber, dass die Beklagte dem ArG untersteht. Dagegen sind sich die Parteien nicht einig, ob sich die Klägerin auf dieses Gesetz berufen kann, weil Art. 3 lit. d die Arbeitnehmer, die eine höhere leitende Tätigkeit ausüben, von seinem Anwendungsbereich ausschliesst. Diese Frage ist vorab zu prüfen, denn eine negative Antwort würde die sofortige Abweisung der Berufung nach sich ziehen, ohne dass man auf die Frage einzugehen hätte, wie es sich mit den Überstundenregelungen nach Privatrecht und nach öffentlichem Recht verhält.

5. a) Gestützt auf Art. 7 der Verordnung I zum ArG (SR 822.111) übt eine höhere leitende Tätigkeit im Sinne von Art. 3 lit. d ArG aus, wer in einem Betrieb oder Betriebsteil über Entscheidungsbefugnisse in wesentlichen Angelegenheiten verfügt und eine entsprechende Verantwortung trägt. Das Bundesgericht hat den Begriff der höheren leitenden Tätigkeit in BGE 98 Ib 344 E. 2 = Pra 62 Nr. 44 umschrieben und davon ist nicht abzuweichen. Zusammenfassend reicht nach dieser Rechtsprechung der Umstand allein nicht aus, dass ein Arbeitnehmer eine Vertrauensstellung im Unternehmen innehat, um zu sagen, diese Person übe eine leitende Tätigkeit aus. Weder Unterschriftsbefugnis oder Weisungsbefugnisse noch die Höhe des Lohnes sind für sich allein entscheidende Kriterien. Wesentliche Angelegenheiten im Sinne von Art. 7 der Verordnung I zum ArG sind solche, die das Unternehmen als Ganzes oder einen bedeutenden Teil davon in seiner Entwicklung oder seiner Struktur nachhaltig beeinflussen. Weil es im Übrigen um Ausnahmebestimmungen geht, sind die obgenannten Vorschriften eng auszulegen. Die Frage muss von Fall zu Fall entschieden werden, unabhängig von der Funktionsbezeichnung oder der durchlaufenen Ausbildung der betreffenden Person, sondern gestützt auf die wirklich ausgeübte Tätigkeit und mit Blick auf die Grösse des Unternehmens (Entscheid vom 4. 7. 1997 i.S. 4C.322/1996, E. 2 b/aa; s. a. Rehbindler/Müller, Arbeitsgesetz, 5. Aufl., N 1 zu Art. 3 Abs. 1 lit. d, S. 38; F. Walter Bigler, Kommentar zum Arbeitsgesetz, 3. Aufl., N 7 zu Art. 3 ArG).

b) Der Umstand, dass die Klägerin für eine Einheit oder eine Abteilung des Handelsbereichs der Beklagten verantwortlich war, ja sogar für das Budget ihrer Abteilung, bedeutet im Lichte der eben erwähnten Grundsätze nicht ohne weiteres, dass sie eine höhere leitende Tätigkeit ausgeübt hat. Wichtiger als die verwendeten Funktionsbezeichnungen ist die tatsächlich wahrgenommene Verantwortung (Anzahl der Untergebenen, Umsatz usw.). Die wesentliche Pflicht der Klägerin bestand darin, in autonomer Weise neue Kunden zu akquirieren; sie ist für einen Angestellten in höherer Stellung, ja sogar in hoher Stellung charakteristisch, entspricht aber keineswegs der Aufgabe eines Direktors und noch weniger eines leitenden Direktors. Im Gegensatz dazu spricht der von der kantonalen Instanz festgestellte Umstand, dass die Klägerin weder über Budgetautonomie noch über die Unterschriftsberechtigung verfügte, gegen die Stellung einer höheren leitenden Angestellten. Obwohl sie jeweils an den

Sitzungen der «erweiterten Direktion» teilnahm, gibt es keine Anzeichen dafür, dass sie über Entscheidungskompetenz im Bezug auf den Geschäftsverlauf des Unternehmens verfügte und noch weniger über eine Entscheidungsbefugnis in Bezug auf wesentliche Angelegenheiten im Sinne der Verordnung I zum ArG. Schliesslich spricht auch nichts dafür, dass die Klägerin, der eine vollzeitlich tätige Assistentin unterstellt war, über irgendwelche Kompetenz verfügte, Personen – das Personal umfasste um die fünfzig Personen – zu entlassen oder einzustellen.

Vor diesem Hintergrund entschied die kantonale Instanz zu Unrecht, dass die Klägerin eine höhere leitende Tätigkeit ausübte. In diesem Punkt ist die Berufung begründet.

6. a) Bis heute hat das Bundesgericht die – kontroverse – Frage des Verhältnisses zwischen Art. 13 ArG und Art. 321c Abs. 3 OR offen gelassen, mit anderen Worten, die Frage, ob die öffentlichrechtliche Bestimmung zwingenden Charakter hat, so dass es im Gegensatz zu Art. 321c Abs. 3 OR die Möglichkeit nicht geben würde, die Entschädigung der Überstunden wegzubedingen (Entsch. in SJ 1988 S. 565 E. 3 b/cc; BGE 110 II 264 E. 2 = Pra 74 Nr. 8; vgl. nicht veröffentl. Entsch. vom 1. 5. 1990, 4C.220/1989).

Vorab ist zu unterstreichen, dass Art. 13 ArG die Überzeit betrifft, das heisst, die Arbeit, deren Dauer das gesetzliche Maximum von 45 Stunden für die Kategorie der Arbeitnehmer überschreitet, zu denen die Klägerin, wie wir gesehen haben, gehört. Art. 321c Abs. 3 OR hingegen bezieht sich auf die Überstunden, das heisst auf die Arbeit, die über die vertragliche Arbeitszeit hinaus geleistet wird. Es ist ausserdem zu bemerken, dass das ArG nach seinem Wortlaut lediglich die Verpflichtung enthält, einen Lohnzuschlag von wenigstens 25% zu bezahlen; folglich muss man sich auch fragen, ob sich der zwingende Charakter des ArG auch auf den Grundlohn bezieht.

b) In Bezug auf Art. 321c Abs. 3 OR, der es erlaubt, von der Verpflichtung, für die Überstunden den Grundlohn (und den Zuschlag) zu bezahlen, abzuweichen, vertritt eine Minderheit der Lehre die Auffassung, dass der Verzicht des Arbeitnehmers auf seinen Grundlohn im Falle von Überstunden auch den Verzicht auf den Anspruch auf einen Lohnzuschlag im Falle von Überzeit mit sich bringt. Soweit Art. 13 ArG die Bezahlung des Lohnes samt Zuschlag betrifft, würde er keinen zwingenden Charakter haben. Diese Auffassung vertritt insbesondere Staehelin (ZK, N 23 zu Art. 321c OR mit Hinw.).

Die überwiegende Literatur betrachtet die in Art. 13 ArG verankerte öffentlichrechtliche Regel dagegen als zwingend. Hinsichtlich der Tragweite dieser Bestimmung gehen allerdings die Auffassungen auseinander. Nicht alle Autoren drücken sich darüber klar aus, dennoch vertreten gewisse Autoren die Auffassung, dass der zwingende Charakter des Art. 13 ArG nur den Zuschlag von 25% betreffe, dass die Bezahlung des Grundlohnes jedoch nach den privatrechtlichen Bestimmungen geregelt werde und daher mittels einer schriftlichen Vereinbarung ausgeschlossen werden könne (Duc/Subilia, *Commentaire du contrat individuel de travail*, N 33 – 35 zu Art. 321 c; vgl. auch Brühwiler, *Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, 2. Aufl., N 15 b zu 321 c OR; Reh binder/Müller, a.a.O., N 2 zu Art. 13 ArG, S. 92; Streiff/von Känel, *Arbeitsvertrag*, 5. Aufl., N 4, 5 und 9 zu Art. 321c OR; Meier-Schatz, *Arbeitsrecht*, 2. Aufl., Bd. I, S. 126; BSK-Reh binder, N 4 zu Art. 321c OR; BK-Reh binder, N 11 zu Art. 321c OR; Bigler, a.a.O., N 1 zu Art. 13 ArG; Brand et al., *Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht*, N 14 zu Art. 321c OR).

Ein Teil der Literatur schliesslich vertritt die Auffassung, dass sich der zwingende Charakter von Art. 13 ArG auch auf den Grundlohn beziehe und dass der Arbeitnehmer auf die Entschädigung der Überzeit mit einem Zuschlag zu 25% nicht verzichten könne (Gabriel Aubert, Anmerkung zit. in SJ 1988, S. 568 ff; von Kaenel, Arbeitsrecht, 1999, S. 37; Kuhn/Koller, Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Bd. V, Teil 16, Kap. 8, S. 12 f; Brunner/Bühler/Waeber, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 2. Aufl., N 9 zu Art. 321c OR; Engel, Contrats de droit suisse, 2. Aufl., S. 304 f; Daxelhofer, Untersuchungen zu den zweiseitig zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts, Diss. 1980, S. 59 f).

c) Diese letzterwähnten Lehrmeinungen entsprechen dem Sinn und Zweck des Gesetzes und vermögen zu überzeugen. Auch wenn Art. 13 ArG auf den ersten Blick den Anspruch auf den Grundlohn im Falle von Überzeitarbeit nicht zu regeln scheint, ging der Gesetzgeber klar von der Idee aus, dass die Überzeit im Privatrecht einen Anspruch auf den entsprechenden Grundlohn samt einem Zuschlag gebe, unter Vorbehalt der 60 ersten Überstunden der Arbeitnehmer, die normalerweise unentgeltlich geleistet werden (BBI 1960 II 909 ff). Art. 13 ArG geht davon aus, dass die Überzeitarbeit einen Anspruch auf die Bezahlung des Grundlohnes gibt. Die Fälle, in denen weder dieser Grundlohn noch der Zuschlag geschuldet sind, sind in Art. 13 ArG selber erwähnt. Es ist daher nicht notwendig, sich im Rahmen seiner Anwendung die Frage zur privatrechtlichen Regelung der Überstunden zu stellen.

Wie Gabriel Aubert (zit. Anmerkung) unterstreicht, kommt dazu, dass die Überzeitarbeit nach dem Willen des Gesetzgebers den Arbeitgeber teurer zu stehen kommen soll als die im Rahmen der normalen Höchstarbeitszeit geleistete Arbeit. Daher befreit er den Arbeitgeber von seiner finanziellen Verpflichtung nur dann, wenn die Überzeit im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer durch Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen wird (Art. 13 Abs. 2 ArG). Das Erfordernis eines solchen Einverständnisses hat nur dann einen Sinn, wenn die Entschädigung, auf die der Lohnempfänger verzichtet, nicht nur den Zuschlag von 25% umfasst, sondern auch den Grundlohn. Der Wortlaut von Art. 13 ArG deutet in keiner Weise darauf hin, dass es sich um eine dispositive Regel handelt. Der Gesetzgeber hat die indikative Futurform angewendet und hat nur zwei Ausnahmen zur Pflicht vorgesehen, eine Entschädigung für die Überzeit zu bezahlen (den Fall der Angestellten, die weniger als 61 Überstunden geleistet haben, und die Ausgleichung durch Freizeit von gleicher Dauer).

Dies muss zum Schluss führen, dass die Entschädigung der Überstunden, die über die vertragliche Arbeitszeit hinaus geleistet werden, in Art. 321c OR geregelt ist. Vom Moment an, in dem die Überstunden das gesetzliche Maximum überschreiten (im vorliegenden Fall 45 Stunden pro Woche), handelt es sich um Überzeit im Sinne von Art. 12 ArG und sie muss zwingend entschädigt werden und zwar durch den Grundlohn samt einem Zuschlag von 25% gemäss Art. 13 ArG (erst nach der 61-ten geleisteten Überstunde im Kalenderjahr für die hier behandelte Kategorie von Arbeitnehmern).

Die Klägerin hat somit im angegebenen Rahmen Anspruch auf Bezahlung ihrer Überzeit.

7. a) Die Berufungsbeklagte macht in ihrer Berufungsantwort geltend, die kantonale Instanz habe zu Unrecht den von ihr subsidiär erhobenen Vorwurf des Rechtsmissbrauchs abgewiesen. Unter Hinweis auf Duc/Subilia (N 6 zu Art. 321c OR) und auf kantonale Entscheide behauptet sie, dass jedes Kadermitglied, das eine Aufgabe von einer gewissen

Bedeutung erfülle und glaube, einen Anspruch auf Entschädigung für Überstunden oder Überzeit im Sinne des ArG zu haben, diesen beim Arbeitgeber ohne Verzug geltend machen müsse, ansonsten der Anspruch auf diese Entschädigung wegen Rechtsmissbrauchs verfalle. Sie wirft der Berufungsklägerin vor, in ihren Rechtsschriften nirgends aufgeführt zu haben, was sie daran gehindert habe, sie innert nützlicher Zeit über ihre Forderungen in Bezug auf ihre Überzeitarbeit zu informieren, während sie heute nicht zögere, irgendwelche Arten von Geldforderungen zu erheben.

b) In einem neueren Fall, der unter dem Gesichtswinkel von Art. 321c Abs. 3 und 341 Abs. 1 OR geprüft wurde, kam das Bundesgericht zum Schluss, dass man sich an den Grundsatz zu halten habe, dass beim Fehlen einer formell gültigen Vereinbarung aus einer Zeit vor der Leistung der Überstunden der Anspruch auf Entschädigung dieser Stunden zwingender Natur sei (BGE 124 III 469 E. 3 = Pra 88 Nr. 37). In der nicht publizierten Erwägung 4 fügte es an, dass der Angestellte keineswegs Rechtsmissbrauch begehe, wenn er Art. 341 Abs. 1 OR anrufe. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung kann der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben, nicht verzichten. Gemäss einer fest etablierten Rechtsprechung würde es dem Sinn des Gesetzes widersprechen, dem Arbeitnehmer den mit Art. 341 OR gewährten Schutz auf dem Umweg über Art. 2 Abs. 2 ZGB wieder zu entziehen, es sei denn, es lägen irgendwelche besonderen Umstände vor (BGE 110 II 168 E. 3 c = Pra 73 Nr. 212; BGE 105 II 39 E. 1 b = Pra 68 Nr. 151).

Was für eine zwingende Bestimmung des Privatrechts gilt, gilt auch für eine zwingende Bestimmung des öffentlichen Rechts. In Bezug auf den Zeitablauf, auf den sich die Beklagte auch beruft, kann er weder als Verzicht der Klägerin auf die Forderung noch als Zeichen ihrer missbräuchlichen Geltendmachung ausgelegt werden. Die Rechtsprechung lässt in dieser Hinsicht keinen Zweifel offen (BGE 110 II 273 = Pra 74 Nr. 9; BGE 125 I 14 E. 3 g).

Der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs ist daher abzuweisen.