

Dokument	ZR 84/1985 S. 15
Urteilsdatum	24.11.1983
Gericht	Zürich, Obergericht
Publikation	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (ZR)
Rechtsgebiete	OR, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Gesundheitsrecht, ZGB

5. Obergericht, I. Zivilkammer, 24. November 1983 (ZH)

Art. 321c OR, 341 OR; Art. 2 ZGB. Verzicht auf Entlöhnung für Überstundenarbeit? Frage des stillschweigenden Verzichts auf Entlöhnung für Überstundenarbeit nach Ablauf der Frist von Art. 341 OR und des Rechtsmissbrauchs.

Der Kläger arbeitete vom April 1979 bis zum 31. Dezember 1980 bei der Beklagten, einer Bauunternehmung. Der Christliche Holz- und Bauarbeiterverband (CHB) verlangte am 17. Februar 1980 von der Beklagten eine Lohnabrechnung und meldete eine Forderung für Überstundenarbeit an. Die Beklagte antwortete erst nach erneuter Reklamation am 1. April 1981, wobei sie die Überstunden bestritt. Der Kläger klagte u.a. die Entlöhnung für die Überstundenarbeit ein. Das Arbeitsgericht Zürich und das Obergericht hiessen diese Forderungen im wesentlichen gut. Zum von der Beklagten erhobenen Einwand des Verzichts auf die Überstundenentschädigung bzw. des Rechtsmissbrauchs führte das Obergericht aus:
...

2. Der Forderung des Klägers auf Lohnzahlung für seine Überstundenarbeit hält die Beklagte in erster Linie und grundsätzlich entgegen, der Kläger habe hierauf stillschweigend gültig verzichtet. Der Arbeitnehmer ist gemäss Art. 321c Abs. 1 OR grundsätzlich verpflichtet, Überstundenarbeit zu leisten, soweit diese notwendig wird. Diese Pflicht besteht auch dann, wenn der Arbeitgeber die Überstundenarbeit nicht ausdrücklich angeordnet oder verlangt hat (BGE 86-II-157 Rehbinder, Schweiz. Arbeitsrecht, 7. A., S. 40). Dass der Kläger Überstunden leisten musste, um seiner Aufgabe zu genügen, ergibt sich aus dem von der Vorinstanz durchgeführten Beweisverfahren. Selbst Z., der Alleinaktionär der Beklagten, erklärte, man habe im Jahre 1980 sehr viel Arbeit gehabt, es sei ein gutes Jahr gewesen, und F., der seit 1968 bei der Beklagten arbeitet, erklärte, 1980 sei das arbeitsintensivste Jahr gewesen, das er erlebt habe. Die Beklagte lässt nicht behaupten, sie habe, um dieser Arbeitslast zu genügen, mehr Arbeitskräfte beschäftigt als früher. Damit liegt es auf der Hand, dass die vorhandenen Arbeitskräfte über die normale Arbeitszeit hinaus arbeiten mussten, um die Arbeit zu erledigen, die in der Baubranche nicht hinausgeschoben werden kann.

War somit die Leistung von Überstundenarbeit wegen des grossen Arbeitsanfalles, und weil der Baufortschritt eine Verschiebung auf später nicht zulies, notwendig, so hatte der Kläger diese in Erfüllung des Arbeitsvertrages auch dann zu leisten, wenn Z. ihm beim Anstellungsgespräch erklärt hatte, Überstunden würden nicht verlangt.

Für diese Überstundenarbeit hat der Arbeitgeber gemäss Art. 321c Abs. 3 OR Lohn nebst mindestens 25% Zuschlag zu entrichten, soweit die Überstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen wird und nichts anderes schriftlich vereinbart ist. Diese Vorschrift ist gemäss Art. 361 OR absolut zwingend, d.h. dass ausser durch schriftliche Vereinbarung nicht auf den Lohn für Überstundenarbeit verzichtet werden kann. Sie gehört damit zu den in Art. 341 OR genannten unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes, für welche gilt, dass der Arbeitnehmer auf Forderungen, die sich daraus ergeben, während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats darüber hinaus nicht verzichten kann. Mit dem Begriff "unabdingbar" sind nämlich die zwingenden Vorschriften des Gesetzes gemeint (Botschaft, BBl 1967 II 401). Am zwingenden Charakter von Art. 321c Abs. 3 OR mit Bezug auf die erforderliche Schriftform und die bei deren Fehlen eintretende Rechtsfolge ändert es nichts, dass die Entgeltlichkeit der Überstundenarbeit durch schriftliche Vereinbarung wegbedungen oder eingeschränkt werden kann. Bei dieser Rechtslage kann aus dem Verhalten des Klägers während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats darnach, d.h. bis Ende Januar 1981, ohnehin nicht auf einen gültigen Verzicht auf den Lohn für die Überstundenarbeit geschlossen werden.

Hätte der Kläger weiterhin über diesen Monat nach Schluss des Arbeitsverhältnisses hinaus längere Zeit mit der Geltendmachung seiner Ansprüche zugewartet, so könnte sich fragen, ob in diesem Verhalten ein Verzicht auf den Anspruch gesehen werden dürfe (vgl. Brühwiler, Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, S. 251); auch diese Auffassung wäre indessen problematisch, weil der Untergang bzw. das Unklagbarwerden von privatrechtlichen Ansprüchen durch die Regeln über die Verjährung geregelt ist. Im vorliegenden Falle kann sich die Frage eines solchen Verzichtes durch Stillschweigen aber ohnehin nicht ernstlich stellen. Denn es fällt in erster Linie der Beklagten zur Last, dass die Abrechnung über die Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis unnötig hinausgezögert wurde. Sie liess dem Kläger überhaupt keine Lohnabrechnung zukommen und erstellte auf die erste Reklamation vom 30. Januar 1981 hin einzig eine Aufstellung über Ferienabwesenheiten. Bereits 12 Tage nach dieser ungenügenden Auskunft verlangte der CHB erneut eine Lohnabrechnung und machte bereits in diesem Zeitpunkt (17. Februar 1981) geltend, der Kläger habe viele Überstunden leisten müssen, die nicht bezahlt worden seien. Damit war diese Forderung grundsätzlich geltend gemacht. Auch in der Folge war es wiederum die Beklagte, welche die Auseinandersetzung verzögerte, indem sie erst anderthalb Monate später zur Überstundenfrage in nichtssagender Weise Stellung nahm und dem Kläger weiterhin keine klare Lohnabrechnung zukommen liess. Wenn der Kläger in der Folge mangels tauglicher Unterlagen der Beklagten nochmals zweieinhalb Monate zuwartete, bis er die vorliegende Klage einleitete, so kann darin nach dem Vorausgegangenen zweifellos nicht ein Verzicht gesehen werden.

Die Überstundenlohnforderung des Klägers ist aber auch nicht rechtsmissbräuchlich. Dass der erhöhte Schutz, den das Arbeitsvertragsrecht von 1971 dem Arbeitnehmer gewährt, diesem nicht auf dem Umweg über Art. 2 Abs. 2 ZGB wieder entzogen werden darf, hat bereits das Bundesgericht in BGE 105-II-42 dargelegt. Im übrigen handelte der Kläger ohnehin nicht treuwidrig, wenn er sich zunächst rechtsirrtümlich auf die mit der gesetzlichen Ordnung im Widerspruch stehende Erklärung von Z. verliess, Überstunden würden nicht bezahlt, und sie deshalb während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht geltend machte, wenn er sie dann jedoch nach der zutreffenden Rechtsauskunft seiner Gewerkschaft

forderte. Ein treuwidriges Verhalten läge bei diesem Sachverhalt eher auf der Seite der Beklagten. Die grundsätzlichen Einwendungen der Beklagten ändern daher nichts daran, dass dem Kläger eine Forderung auf Lohn für die Überstunden zusteht."

Obergericht, I. Zivilkammer, 24. November 1983