

Pra 79 (1990) Nr. 170

Bundesgericht, I. Zivilabteilung

Entscheid vom 27.03.1990 X, Y und Z c. A ()

Orig.text franz.

BGE 116 II Nr. 10 S. 69

OR 321 c; über die Normalarbeitszeit hinausgehende Arbeitsstunden können nicht ohne weiteres als eine auf separatem Arbeitsvertrag beruhende Nebenbeschäftigung angesehen werden. In der Regel handelt es sich um höher entlöhnte Überstunden.

Sachverhalt

X, Y und Z waren beim Reinigungsunternehmen A angestellt, welches einem Gesamtarbeitsvertrag (GAV) unterstellt ist, der die wöchentliche Arbeitsdauer auf 45 Stunden festlegt und bestimmt, dass Überstunden mit einem Zuschlag von 25% zu entschädigen sind. Die Arbeitszeit jedes der drei Kläger überstieg 45 Wochenstunden bei weitem. Der Stundenlohn für die zusätzliche Tätigkeit variierte je nach deren Art; Unterhaltsarbeiten, Reinigen und Leeren von Körben war geringer bezahlt als Hauswartzerrichtungen mit Treppenreinigen und Kehrrihtabfuhr. X, Y und Z klagten gegen die Firma A mit dem Antrag, alle seit Beginn ihrer Anstellung geleisteten Arbeitsstunden seien gemäss GAV zu entgelten. Am 1. März 1988 gab das Gewerbegericht des Kantons Genf einem Teil der Forderungen statt. Der Apphof kürzte die den Klägern zugesprochenen Beträge leicht. Die Kläger reichen einzeln Berufung an das Bg ein. Das Bg heisst gut.

Aus den Erwägungen

4. Es steht fest, dass die Kläger zu Bedingungen angestellt wurden, die für vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer gelten. Die Vi geht davon aus, dass die «Sonderaufgaben», die die Kläger ausserhalb der vom GAV vorgesehenen Stundenzahl geleistet haben, auf einem anderen Vertrag unter den Beteiligten beruhen. Die Kläger, die sich auf OR 321 c III, Arg 9,12 und 13 (SR 822.11) sowie auf Art. 5 des GAV berufen, bestreiten diese Betrachtungsweise sie verlangen die Bezahlung der Differenz zwischen dem tatsächlich ausbezahlten Lohn und demjenigen, der für «normale» Stunden vorgesehen wäre unter Berücksichtigung eines Zuschlags von 25%. Es ist daher zu prüfen, ob diese «Sonderaufgaben» als Überstunden in Sinne von Art. 5 des GAV zu qualifizieren sind, wenn sie von vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern erbracht werden.

a) Unter Überstunden ist jene Arbeitszeit zu verstehen, welche die vertraglich oder gesamtarbeitsvertraglich festgelegte Arbeitszeit übersteigt; sie ergeben sich aus der Differenz zwischen der vertraglich festgesetzten und der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit (Müller, Die rechtliche Behandlung der Überstundenarbeit, Diss. 1986, S. 4; Rehbinder, Berner Komm., N 1 zu OR 321 c). Bei der Feststellung, ob es sich um Überstunden

handelt, kommt es weniger auf die Natur der zusätzlich geleisteten Arbeit an, als vielmehr auf die vereinbarte Arbeitszeit und die Tatsache, dass diese im Interesse des Arbeitgebers überschritten wurde (BGE 111 II 363 E. 3 a). Nach dieser Rechtsprechung wäre es gefährlich, die Anwendung von OR 321 c auf die Fälle zu beschränken, in denen der Arbeitnehmer nur berufsmässige Tätigkeiten im eigentlichen Sinne ausübt; ausserordentliche Umstände können nötig machen, dass der Arbeitnehmer eine andere Leistung erbringt. Einzig eine gesonderte Nebenbeschäftigung könnte ein Abweichen von diesem Grundsatz rechtfertigen. In allen anderen Fällen hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Überstundenentschädigung. Das Bg hat ferner entschieden, dass der Wille der Parteien und der Grundsatz von Treu und Glauben heranzuziehen sind bei der Beantwortung der Frage, ob die zusätzliche Tätigkeit des Arbeitnehmers, die sich völlig von der vereinbarten unterscheidet und in erheblichem Masse zusätzliche Arbeit bedeutet, dem ursprünglichen oder einem selbständigen Vertrag zuzuschreiben sei; in letzterem Falle würde die Lohnzahlung gestützt auf OR 322 I erfolgen und nicht gestützt auf OR 321 c (BGE 110 II 268 = Pr 74 Nr. 8).

b) Es ist unerheblich, ob die Arbeitsstunden eher aufgrund eines Vorschlags als aufgrund eines eigentlichen Befehls der Beklagten über die vereinbarte Zeit hinaus geleistet worden sind. Nur wenn der Arbeitnehmer aus eigener Initiative gegen den Willen oder ohne das Wissen des Arbeitgebers zusätzlich arbeitet, kann das Vorliegen von Überstunden im Sinne von OR 321 c in Frage gestellt werden (vgl. BGE 86 II 157 = ; Staehelin, N 10 zu OR 321 c; Aubert, SemJud 1986, S. 292). Sobald hingegen der Arbeitgeber um zusätzliche Arbeitsstunden bittet, gelten diese im Sinne der vorgenannten Rechtsprechung als in seinem Interesse geleistet, unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer darum nachgesucht, oder ob er sie im Hinblick auf den daraus erwachsenden zusätzlichen Verdienst gern geleistet hat (Müller, a.a.O., S. 24). Rehbinder (N 2 zu OR 321 c) sieht in diesen beiden letzten Fällen zwar weniger Überstunden als vielmehr eine vertragliche Abmachung über die Verlängerung der Arbeitszeit. Einer solchen Verlängerung könne höchstens das öffentliche Recht Grenzen setzen. Diese Grenzen sind im vorliegenden Fall bereits durch den GAV erreicht, weil dieser die Maximaldauer gemäss ArG 9 übernimmt. Ausserdem würde eine solche Parteivereinbarung an der Vorrangigkeit des GAV scheitern (OR 357). Dies führt zum Schluss, dass die von den Klägern über die Zahl von 45 Wochenstunden hinaus zusätzlich geleisteten Stunden als Überstunden im Sinne von GAV 5 zu betrachten sind, dessen Wortlaut mit OR 321 c III übereinstimmt. Die Gleichartigkeit der vertraglichen und der zusätzlichen Tätigkeiten der Kläger bestärkt diese Anschauung (vgl. BGE 110 II 268 = Pr 74 Nr. 8 und 111 II 363).

Entgegen der Auffassung der Vi kann aus der Tatsache, dass die Kläger die zu geringen früheren Lohnabrechnungen widerspruchslos hingenommen hatten, nichts abgeleitet werden. Eine solche Zustimmung würde gegen den GAV verstossen und wäre nichtig (OR 357). Soweit in der Begründung der Vi geltend gemacht wird, die Kläger hätten stillschweigend auf ihre vertraglichen Garantien verzichtet, widerspricht dies ausserdem der Rechtsprechung, wonach der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsvertrags einen derartigen Verzicht weder ausdrücklich noch stillschweigend gültig abgeben kann (BGE 105 II 41 = Pr 68 Nr. 151).

c) Die Beklagte hält fest, dass eine solche Lösung nicht dem Interesse ihrer Arbeitnehmer entspreche: sie würde sich künftig veranlasst sehen, Dritte – eventuell auch

Vollzeitbeschäftigte – zulasten derjenigen unter ihren eigenen Arbeitnehmern, die ihren Verdienst aufbessern wollen, heranzuholen. Sie hat unrecht. Es geht weniger darum, den Arbeitnehmer daran zu hindern, sein Gehalt über den Umweg von Überstunden oder einer anderen Nebenbeschäftigung aufzubessern, als vielmehr, den Arbeitgeber daran zu hindern, sich seinen zwingenden vertraglichen Pflichten zu entziehen.

d) Mit ihrem Entscheid, die Parteien hätten einen gesonderten Vertrag für die Erbringung gewisser Arbeitsleistungen abgeschlossen und die Kläger hätten eine tiefere als die im anwendbaren GAV vorgesehene Entlohnung akzeptiert, hat die Vi Bundesrecht verletzt. Mangels genauer Angaben über die von den Arbeitnehmern geleisteten Überstunden zu einem nicht dem GAV entsprechenden Tarif – das angefochtene Urteil nennt nur die nach dem GAV-Stundenlohn bezahlten Stunden – kann das Bg nicht über die Anträge erkennen. Die Sache ist an die Vi zurückzuweisen, damit sie die Akten im Rahmen des anwendbaren Verfahrensrechts ergänzt und in diesem Punkt neu entscheidet (OG 64).

Auf alle Fälle gehört die bereits ausbezahlte Entschädigung den Klägern, weil sie sich aus einer teilweise mit dem GAV übereinstimmenden Berechnung ergibt. Die Vi hat die Anzahl der Stunden festzulegen, die nicht nach dem vorgesehenen Stundenlohn vergütet worden sind. Diese Stunden müssen nicht nur zu dem für vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer vorgesehenen Stundenlohn vergütet werden, sondern gemäss GAV 5 mit einem Zuschlag von 25%, weil es sich um Stunden handelt, die über die vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit hinausgehen.