

Pra 88 (1999) Nr. 37

Bundesgericht, I. Zivilabteilung

Entscheid vom 02.09.1998 Z S.A. c. A (4C.136/1998)

Orig.text franz.

Übers.: B. Hänni-Fischer

BGE 124 III Nr. 81 S. 469

Auf die Entschädigung bereits geleisteter Überstunden kann nicht verzichtet werden. (Art. 321c Abs. 3, 341 OR) Der Arbeitnehmer kann auf jede Entschädigung künftiger Überstundenarbeit verzichten (E. 2)

Auf die Entschädigung für bereits geleistete Überstunden kann er jedoch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung nicht verzichten (E. 3).

Sachverhalt

A wurde am 1. Juni 1973 von der X S.A. als Fotosetzer und Verantwortlicher des Fotosatzateliers angestellt. Seit dem Jahre 1986 arbeitete er als Kalkulator in der Schichtabteilung. Das Schreiben, mit dem seine Anstellungsbedingungen abgeändert wurden, sah vor, dass nicht kompensierte Überstunden trimesterweise im Stundenlohnansatz entschädigt werden sollten. Nach einer Fusion zwischen der X S.A. und der Y S.A. im Jahre 1993 wurde das Arbeitsverhältnis von A mit «allen erworbenen Rechten» auf die neue Gesellschaft Z S. A. übertragen.

Zu Beginn des Jahres 1994 wünschte die neue Gesellschaft, die Frage der Überstunden im Unternehmen einheitlich zu regeln. Die Direktion setzte ein für die Dienstchefs bestimmtes Papier auf, wonach nur die Stunden, welche die Vorgesetzten von ihren Mitarbeitern ausdrücklich verlangten, als Überstunden betrachtet und daher kompensiert werden. Es ist nicht erstellt, ob A, der nicht Dienstchef war, von diesem Papier Kenntnis hatte. A notierte seine Überstunden auf einem Formular, das er seinem Arbeitgeber am Ende jedes Monats übergab. Die auf diese Weise erstellte Berechnung wurde vom Arbeitgeber auf die monatliche Lohnabrechnung des Arbeitnehmers übertragen. Auf der Lohnabrechnung vom Februar 1994 werden 80,5 Überstunden erwähnt, die zu einem Total von 472,75 Überstunden führten; aus derjenigen des Monats März 1994 geht hervor, dass in diesem Monat 46 Überstunden geleistet worden sind. Am 14. März 1994 ersuchte A seinen Arbeitgeber, ihm seine Überstunden zu bezahlen. Am 17. März 1994 erklärte sich der Arbeitgeber bereit, mit dem Lohn des Monats März 1994 200 Überstunden zu begleichen. Die folgenden Lohnabrechnungen von A hielten wie die vorangehenden die vom Angestellten geleisteten Überstunden fest.

Im Dezember 1994 betrug das Total der Überstunden 613,5, im Dezember 1995 852,25 und im Mai 1996 823,75. Am 19. Juni 1996 warf die Z S.A. A in einem Schreiben vor, seine Ferien ohne Erlaubnis um zwei Tage verlängert zu haben. In diesem Brief erwähnte sie eine Unterredung, die im Mai des vorhergehenden Jahres stattfand, in der festgehalten worden sei, dass die Arbeit in der normalen Arbeitszeit von 40 Wochenstunden geleistet werden müsse; es könnten keine Überstunden anerkannt werden, ausser sie seien vom Arbeitgeber angeordnet worden. Im gleichen Brief kritisierte der Arbeitgeber die Langsamkeit des A, die der einzige Grund für die Überstunden sei. Angesichts dieser Umstände entschied der Arbeitgeber, die Überstunden auf Null herabzusetzen. A unterschrieb diesen Brief. Der Lohnausweis des Monats Juni 1996 wies keine Überstunden mehr aus.

Am 18. Juli 1996 kündigte die Z S.A. den Arbeitsvertrag von A auf den 31. Oktober 1996. Am 20. September 1996 stellte sie den Arbeitnehmer von seiner Arbeitspflicht frei.

Am 27. März 1997 klagte A gegen die Z S.A. auf Bezahlung von Fr. 37 861.- zuzüglich Zinsen als Entschädigung für die Überstundenarbeit. Ausserdem verlangte er eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung und machte Rückstände bei den Familienzulagen und den Ferien geltend.

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage. Mit Urteil vom 18. Juli 1997 verpflichtete das Arbeitsgericht des Kantons Genf die Beklagte, dem Kläger den Betrag von Fr. 31 777.- zuzüglich Zinsen zu bezahlen, für Überstunden, die bis zum 31. Mai 1995 geleistet wurden. Die anderen Anträge des Klägers wurden abgewiesen. Die Vorinstanz bestätigte dieses Urteil mit Entscheid vom 12. Januar 1998. Die Beklagte legt Berufung vor Bundesgericht ein. Das Bundesgericht weist die Berufung ab und bestätigt den angefochtenen Entscheid.

Aus den Erwägungen

2. a) 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, wenn die Überstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen wurde und nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist.

Bei Art. 321c Abs. 3 OR handelt es sich nur teilweise um zwingendes Recht; die Parteien können davon abweichen, jedoch nur im Rahmen einer schriftlichen Vereinbarung, eines Normalarbeitsvertrags oder eines Gesamtarbeitsvertrags (Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl., N 7 zu Art. 321c OR; ZK-Staehelin, N 21 zu Art. 321c OR; BK; Rehbinder, N 11 zu Art. 321c OR; Brunner/Bühler/Waeber, Commentaire du contrat de travail, 2. Aufl., N 9 zu Art. 321c OR; Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., N 11 zu Art. 321c OR). Die Tatsache, dass der Art. 321c Abs. 3 OR nicht im Katalog von Art. 361 und 362 OR vorkommt, welche die absolut und relativ zwingenden Bestimmungen auflistet, ist unwichtig, weil diese Aufstellung nicht abschliessend ist. Wie der Bundesrat nämlich bei der letzten Revision dieser Bestimmungen darauf hingewiesen hat und dabei ausdrücklich Art. 321c Abs. 3 OR meinte, sind die Normen, welche klar vorschreiben, unter welchen formellen Bedingungen und innerhalb welcher materiellen Grenzen Abweichungen zulässig sind, in dieser Aufstellung nicht enthalten (Botschaft des Bundesrates vom 9. Mai 1984 betreffend die Volksinitiative «Für den Schutz der

Arbeitnehmer gegen Kündigungen im Arbeitsvertragsrecht» und die Revision der Kündigungsbestimmungen des Arbeitsvertrags im Obligationenrecht, in BBI 1984 II 551 ff.).

b) Im Gegensatz zur Auffassung der Vi haben die von der Beklagten im Juni 1995 gemachten Ausführungen bezüglich der Nichtbezahlung von Überstunden den Kläger auf keine Weise gebunden. Selbst wenn der Arbeitnehmer mit diesen Ausführungen einverstanden gewesen wäre, hätte sein Einverständnis keine Wirkung, weil keine der in Art. 321c Abs. 3 OR vorgesehenen Formen eingehalten wurden. Da weder ein Gesamtarbeitsvertrag noch ein Normalarbeitsvertrag vorhanden waren, wäre die Einwilligung des Klägers nur in schriftlicher Form abgegeben gültig gewesen, was vorliegend nicht der Fall ist.

3. Daher ist zu prüfen, ob der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer im Mai 1995 gültig vereinbaren konnten, dass die bis zum Mai 1995 geleisteten Überstunden nicht abgegolten werden. Es wäre dann zu bestimmen, ob der Brief der Beklagten vom 19. Juni 1996, der vom Kläger gegengezeichnet wurde, eine Vereinbarung enthielt, wonach dieser auf die Bezahlung der streitigen Überstunden verzichtet hat.

a) Nach dem Wortlaut von Art. 341 Abs. 1 OR kann der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes ergeben, nicht verzichten.

In BGE 105 II 39 E. a (recte 1 a) = Pra 68 Nr. 151 erklärte das Bundesgericht, dass Art. 321c Abs. 3 OR einen Verzicht des Arbeitnehmers auf die Bezahlung von bereits geleisteter Überstundenarbeit ausschliesse. Art. 341 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 321c Abs. 3 OR trägt dem Bedürfnis nach dem Schutz des Arbeitnehmers Rechnung, der unter dem Druck seines Arbeitgebers oder aus Angst um seine Stelle seinen Anspruch auf Bezahlung der Überstunden nicht sofort geltend macht; ein solcher Schutz erweist sich in Rezessionszeiten als notwendig (zit. Entsch., S. 41 in fine). In Tat und Wahrheit stützte sich in diesem Fall der Anspruch auf Bezahlung von Überstunden auf einen Gesamtarbeitsvertrag und nicht einfach auf Art. 321c Abs. 3 OR. Ausserdem war der Verzicht des Arbeitnehmers nicht in schriftlicher Form abgefasst worden. Diese Umstände schienen allerdings gemäss dem am Anfang des Entscheids festgehaltenen Rechtsgrundsatz nicht entscheidend gewesen zu sein.

Es ist unbestritten, dass die Parteien in Anwendung von Art. 321c Abs. 3 OR mittels einer der vorgeschriebenen Formen vorsehen können, dass die zukünftigen Überstunden ohne Zuschlag oder überhaupt nicht entgolten werden, wenigstens dann, wenn die Bezahlung der Überstunden pauschal im Lohn des Betreffenden enthalten ist (Botschaft des Bundesrates vom 25. August 1967 über die Revision der Titel 10 und 10bis des Obligationenrechts, in BBI 1967 II 241 ff.; ZK-Staehelin, N 21 zu Art. 321c OR; Brühwiler, a.a.O., Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 5 zu Art. 321c OR; Vischer, Der Arbeitsvertrag, 2. Aufl., in SPR VII/1 iii, S. 76; M. Müller, Die rechtliche Behandlung von Überstundenarbeit, Diss. 1986, S. 121 ff.). Eine solche Vereinbarung kann sowohl zu Beginn als auch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses erfolgen.

Demgegenüber ist die Frage streitig, ob Art. 321c Abs. 3 OR es ausschliesst, dass der Arbeitnehmer auf die Bezahlung von bereits geleisteten Überstunden verzichten kann. Für einen Teil der Lehre ist diese Lösung wegen des zwingenden Charakters der Norm gerechtfertigt (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 6 zu Art. 341 OR; Brunner/Bühler/Waeber,

a.a.O., N 2 zu Art. 341 OR). Anderer Meinung ist Brühwiler (a.a.O., N 4 d zu Art. 341 OR), der davon ausgeht, dass Art. 341 Abs. 1 OR es dem Arbeitnehmer erlaubt, auf bereits bestehenden, auf Art. 321c Abs. 3 OR beruhenden Forderungen zu verzichten, weil der zwingende Charakter dieser Norm nur die Form des Verzichts und nicht die Forderung selber betreffe; so kann nach seiner Auffassung ein schriftlicher Verzicht auf Entschädigung von bereits geleisteten Überstunden als gültig betrachtet werden. Andere Autoren scheinen diese Auffassung zu teilen, doch geht aus ihren Ausführungen nicht klar hervor, ob der Verzicht, den sie unter dem Blickwinkel von Art. 341 Abs. 1 OR behandeln, nicht nur die Entschädigung der zukünftigen, sondern auch diejenige der bereits geleisteten Überstunden betrifft (vgl. BK-Rehbinder, N 4 zu Art. 341 OR, der ausserdem nur vom Lohnzuschlag spricht, mit N 20 und 21 zu Art. 341 OR; s.a.: Hofmann, Verzicht und Vergleich im Arbeitsrecht, Diss. 1985, S. 149 und ZK-Staehelin, N 8 zu Art. 341 OR).

Man muss sich an den Grundsatz halten, wonach beim Fehlen eines formell gültigen Verzichts, welcher vor der Leistung von Überstunden erfolgt ist, das Recht auf deren Entschädigung zwingenden Charakter hat. Tatsächlich geht aus den Materialien hervor, dass der Bundesgesetzgeber beim Erlass von Art. 321c Abs. 3 OR den Verzicht auf die Bezahlung von zukünftigen Überstunden im Auge hatte, deren Abgeltung pauschal im Lohn enthalten waren und nicht den Verzicht auf die Entschädigung von bereits geleisteten Überstunden (erwähnte Botschaft über die Revision der Titel 10 und 10bis des Obligationenrechts, in BBl 1967 II 241 ff.; für die geschichtlichen Details der Beratungen in den Kammern, vgl. M. Müller, a.a.O., S. 126-129). Aus diesem Blickwinkel gesehen, behalten die massgebenden Grundsätze des Schutzes, wie sie in BGE 105 II 39 E. 1 a = Pra 68 Nr. 151 dargestellt sind, ihre volle Gültigkeit.

b) Im vorliegenden Fall hatte der Kläger mangels einer formell gültigen, die Parteien bindenden Vereinbarung Anspruch auf Bezahlung der Überstundenarbeit, welche er bis zum Mai 1995 geleistet hatte. Da dieser Anspruch aus einer zwingenden Gesetzesbestimmung, nämlich aus Art. 321c Abs. 3 OR hervorgeht, konnte der Kläger vor dem 30. November 1996 nicht darauf verzichten.

Unter diesen Umständen muss der Brief vom 19. Juni 1996 nicht ausgelegt werden, um zu bestimmen, ob der Kläger, wie die Beklagte behauptet, ganz klar den Willen zum Verzicht auf die Bezahlung der vor dem Monat Mai 1995 geleisteten Überstunden zum Ausdruck brachte. Auch wenn man diesen Brief im Sinn der Beklagten auslegen müsste, wäre ein solcher Verzicht nichtig.