

Nicolas Facincani / Dr. Reto Sutter

Gleitende Arbeitszeit oder Überstunden?

Ist ein Gleitzeitüberhang am Ende des Arbeitsverhältnisses als Überstunden zu qualifizieren?

Am Ende des Arbeitsverhältnisses oder von vereinbarten Zielperioden besteht nicht selten ein positiver Gleitzeitsaldo (Gleitzeitüberhang) zu Gunsten des Arbeitnehmers. Der Beitrag, gestützt auf einen Bundesgerichtsentscheid vom 19. Februar 2013, setzt sich mit der Frage auseinander, unter welchen Umständen der Gleitzeitüberhang verfällt oder vom Arbeitgeber zu entschädigen ist.

Rechtsgebiet(e): Arbeitsrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Nicolas Facincani / Reto Sutter, Gleitende Arbeitszeit oder Überstunden?, in: Jusletter 5. Mai 2014

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Urteil des Bundesgerichts vom 19. Februar 2013
- III. Flexible Arbeitszeitmodelle
 - A. Einleitende Bemerkungen
 - B. Gleitende Arbeitszeit
 - 1. Allgemeine Bemerkungen
 - 2. Einzelprobleme
 - a) Absenzen während der Gleitzeitarbeit
 - b) Verfall von positiven Gleitzeitsaldi
 - c) Abgrenzung zwischen Gleitzeitüberhang und Überstunden
 - C. Überstunden
 - 1. Begriff der Überstundenarbeit
 - 2. Folgen von Überstunden
 - a) Anzeigepflicht
 - b) Ausgleich durch Freizeit
 - c) Entschädigung
 - d) Leitende Angestellte
 - e) Nachweispflicht für erbrachte Überstunden
 - D. Keine Überstundenentschädigung bei ineffizienter Arbeitsverrichtung?
- IV. Abgrenzung Gleitzeit und Überstunden
- V. Fazit

I. Einleitung

[Rz 1] Die rechtliche Behandlung von Überstunden wirft in der Praxis immer wieder Fragen auf. So sind in den vergangenen Jahren etliche Bundesgerichtsentscheide und Entscheide kantonaler Gerichte ergangen, welche sich mit der Regelung bzw. der Abgeltung von Überstunden auseinandersetzen.¹

[Rz 2] Auf der anderen Seite finden in neuerer Zeit vermehrt flexible Arbeitszeitmodelle Verbreitung. Bei diesen ergeben sich regelmässig Fragen bei der Abgrenzung der geleisteten Arbeitszeit von Überstunden, welche nicht immer einfach zu beantworten sind.

II. Urteil des Bundesgerichts vom 19. Februar 2013

[Rz 3] In einem Entscheid vom 19. Februar 2013² setzte sich das Bundesgericht mit der Behandlung von positiven Gleitzeitsaldi während der Kündigungsfrist auseinander. Dabei hielt das Bundesgericht fest, dass bei einer Kündigungsfrist der Arbeitnehmer grundsätzlich selber verantwortlich sei, dass ein positiver Gleitzeitsaldo im Laufe einer Kündigungsfrist wieder abgebaut werden könne. Sei dies nicht mehr möglich, würden die zu viel gearbeiteten Stunden entschädigungslos verfallen. Lasse der Arbeitnehmer den positiven Gleitzeitsaldo auf ein gewisses Niveau ansteigen, und sei innert angemessener Frist keine Kompensation mehr

möglich, nehme er in Kauf, dass bei einer allfälligen Auflösung des Vertrags der Gleitzeitsaldo nicht mehr abgebaut werden könne. Der Arbeitgeber müsse nicht akzeptieren, dass ein Mitarbeiter während der Kündigungsfrist Zeit «horte». Anders verhielte es sich dann, wenn die Kompensation wegen betrieblicher Bedürfnisse oder Weisungen des Arbeitgebers in der ausserhalb der Blockzeiten zur Verfügung stehenden Gleitzeit nicht mehr möglich sei. In diesem Fall wandle sich ein positiver Gleitzeitsaldo in zuschlagspflichtige Überstunden.

[Rz 4] Überstunden würden durch den Arbeitgeber angeordnet oder drängen sich durch die Bedürfnisse des Betriebs auf, während ein positiver Gleitzeitsaldo vom Arbeitnehmer aus freien Stücken akkumuliert werde. Das Bundesgericht hält in diesem Entscheid ausdrücklich fest, dass der aufgelaufene Gleitzeitsaldo in diesem Fall freiwillig angefallen und demnach auch nicht entschädigungspflichtig sei.

[Rz 5] Der vorliegende Entscheid bot dem Bundesgericht die Gelegenheit, sich mit gewissen Aspekten der gesetzlichen Regelung von Mehrarbeitszeit sowie der Abgrenzung der Überstunden zu positiven Gleitzeitsaldi im Rahmen eines flexiblen Arbeitszeitmodells auseinander zu setzen. Dies soll vorliegend zum Anlass genommen werden, gewisse ausgewählte rechtliche Aspekte in Bezug auf gleitende Arbeitszeit und Überstunden zu analysieren und zu erläutern.

III. Flexible Arbeitszeitmodelle

A. Einleitende Bemerkungen

[Rz 6] In den letzten Jahren haben sich, ausgelöst durch die Notwendigkeit der Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen und aufgrund der Entwicklungen der Gesetzgebung und der Gesamtarbeitsverträge, eine Vielzahl von Modifikationen und Abwandlungen der bisher praktizierten überwiegend starren Arbeitszeitregelungen entwickelt. Traditionelle Arbeitszeitformen zeichnen sich grösstenteils durch relativ starre Regelungen aus, welche nur geringfügige Gestaltungsmöglichkeiten aufweisen. Starre Arbeitszeiten beinhalten eine bestimmte Anzahl von Wochenstunden, beispielsweise 42 Wochenstunden, die für alle Arbeitnehmer eines Betriebs gelten und gleichzeitig eine bestimmte tägliche Arbeitszeit von z.B. 8.4 Arbeitsstunden pro Tag mit festem Arbeitsbeginn und Arbeitsende beinhalten.

[Rz 7] Mithilfe flexibler Arbeitszeitmodelle ist es nun möglich, die traditionellen und starren Arbeitszeitregelungen beweglicher zu gestalten, um auf branchen-, betriebs- und mitarbeiterspezifische Umstände und Bedürfnisse reagieren zu können.³ Flexible Arbeitszeitmodelle zeichnen sich somit in

¹ Insbesondere auch im Zusammenhang mit der Leistung von Überstunden durch leitende Angestellte. Auf diese soll jedoch in den nachfolgenden Ausführungen nur kurz gesondert eingegangen werden (siehe unten III.C.2.d)).

² Urteil des Bundesgerichts 4A_611/2012 vom 19. Februar 2013.

³ Vgl. z.B. WEIMANN, Nutzung von Mitarbeiterpotenzialen durch Arbeitszeitflexibilisierung: Entwicklung eines optimierten Arbeitszeitmodells für eine Abteilung im Einzelhandel, Working Papers of the Institute of Management

Abgrenzung zu den traditionellen Arbeitszeitformen in erster Linie dadurch aus, dass die Arbeitszeitbedingungen und Anwesenheiten der Mitarbeiter unterschiedlich sein, die Mitarbeiter die eigenen Arbeitszeitstrukturen mitgestalten und die individuellen Arbeitszeiten zum Teil erheblich von den Betriebszeiten abweichen können.

B. Gleitende Arbeitszeit

1. Allgemeine Bemerkungen

[Rz 8] Aus der Sicht des schweizerischen Arbeitsrechts ist die Organisation der Arbeit Sache des Arbeitgebers. Er kann im Rahmen der anwendbaren Arbeitsverträge und seines Weisungsrechts die Organisation der Arbeit bestimmen.

[Rz 9] Im Rahmen der Gleitzeit wird die Souveränität bezüglich der zu leistenden Arbeitszeit teilweise, jedoch nicht vollständig, dem Arbeitnehmer eingeräumt. Dabei ist der Arbeitnehmer nicht vollständig flexibel, sondern er hat sich an gewisse Grundsätze zu halten.

[Rz 10] In seiner Rechtsprechung hat das Bundesgericht die Gleitzeitarbeit etwa wie folgt umschrieben:⁴

«Das besondere Wesen der gleitenden Arbeitszeit liegt darin begründet, dass die Zeitsouveränität im Gegensatz zur Überstundenarbeit beim Arbeitnehmer liegt. Dieser kann – innerhalb eines regelmässig näher bestimmten Rahmens – Arbeitsbeginn, Arbeitsende sowie die Pausen selber und frei bestimmen. In der Regel werden feste Blockzeiten vereinbart, deren Summe die gesamte Wochenarbeitszeit (oder Monats- resp. Jahresarbeitszeit) wesentlich unterschreitet und die durch so genannte Gleitzeiten umlagert werden, während welcher der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit frei einteilen kann. Eine Gleitzeitabrede setzt das Bestehen von Blockzeiten indes nicht voraus. Der Arbeitgeber kann darauf verzichten, dem Arbeitnehmer bestimmte Zeiten vorzuschreiben, zu denen er im Betrieb sein muss. Weil die Zeitsouveränität bei der Gleitzeitarbeit beim Arbeitnehmer liegt, hat dieser auch dafür zu sorgen, dass er mit seiner tatsächlich geleisteten Arbeit innerhalb der vereinbarten Arbeitszeit bleibt. Wird Mehrarbeit geleistet und ist sie weder arbeitgeberseitig angeordnet noch betrieblich notwendig, sondern beruht sie auf der individuellen Arbeitseinteilung des Arbeitnehmers, so hat dieser die über den Soll-Zeitrahmen hinaus geleistete Arbeitszeit zu kompensieren.»

[Rz 11] Die Gleitarbeit setzt sich nach diesem Entscheid grundsätzlich aus zwei Komponenten zusammen, nämlich den starren und den flexiblen Arbeitszeiten. Die starren

Arbeitszeiten bilden die sogenannten Blockzeiten⁵, während deren der Arbeitnehmer grundsätzlich seine Arbeit zu verrichten hat. Während den flexiblen Arbeitszeiten kann der Arbeitnehmer seine Arbeit frei einteilen. Entscheidend ist, dass der Arbeitnehmer den Zeitpunkt seiner Arbeitsleistung im Rahmen der vereinbarten Arbeitszeit und unter Berücksichtigung der Blockzeiten innerhalb der Gleitzeiten frei wählen kann.⁶ Im Rahmen der Arbeit hat dann ein Zeitausgleich zu erfolgen, so dass der Arbeitnehmer seine Soll-Arbeitszeit auf wöchentlicher, monatlicher oder jährlicher Basis erreicht. Der Arbeitnehmer ist hierbei berechtigt, in einem bestimmten Rahmen Arbeitszeit vor- oder nachzuholen. Er hat also eine gewisse Zeitautonomie über seine tägliche Arbeitszeit.

[Rz 12] Auf der anderen Seite ist der Arbeitnehmer dafür verantwortlich, fristgerecht für einen Ausgleich der Mehr- oder Minderarbeit zu sorgen. Gleitzeitüberhang – das Zuviel an Arbeitszeit oder der positive Gleitzeitsaldo zugunsten des Arbeitnehmers – ist grundsätzlich durch Freizeit von gleich langer Dauer ausserhalb der Blockzeiten abzubauen.

[Rz 13] Welchen Zeithorizont die Parteien für den Zeitausgleich bezüglich der Soll-Arbeitszeit wählen, ist ihrem Belieben überlassen. Es empfiehlt sich den Zeitausgleich nach Möglichkeit auf eine Zielperiode abzustimmen, welche z.B. mit der Periode einer Zielvereinbarung kongruent sein kann. Der Vorteil einer solchen Lösung ist, dass dem Arbeitnehmer bei der Einteilung der Arbeitszeit eine bestimmte Freiheit gewährt wird, welche jedoch zeitlich am Ende der Zielperiode auszugleichen ist, wodurch sehr hohe negative oder positive Gleitzeitsaldi verhindert werden können.

2. Einzelprobleme

a) Absenzen während der Gleitzeitarbeit

[Rz 14] Gemäss Art. 329 Abs. 3 des Obligationenrechts (OR) sind einem Arbeitnehmer die sogenannten «üblichen» freien Stunden und Tage einzuräumen, wobei das Gesetz diese nicht weiter spezifiziert. Jedenfalls handelt es sich dabei um Freizeit, die notwendig ist, um dringende persönliche Angelegenheiten zu erledigen oder für wichtige Familienanlässe.⁷ Diese Regelung hat bei Gleitzeitangestellten nur noch relativ geringfügige Relevanz. Auf eine absolute Gleichbehandlung mit den Arbeitnehmern mit fester Arbeitszeit haben sie hier grundsätzlich keinen Anspruch. Wenn in einem Betrieb gleitende Arbeitszeit besteht, ist die Bedeutung dieser Bestimmung soweit eingeschränkt, als dass sich die betreffenden

Berlin at the Berlin School of Economics and Law (HWR Berlin), 6/2010, no. 54, S. 6 ff.

⁴ BGE 130 V 309, E. 5.1.3.

⁵ Gemäss BGE 130 V 309, E. 5.1.3 sind Blockzeiten indes kein notwendiges Merkmal der gleitenden Arbeitszeit.

⁶ BSK OR I-PORTMANN, Art. 321c N 18, welcher hier den Begriff «Zeitautonomie» verwendet.

⁷ Die Abgrenzung zwischen Art. 329 Abs. 3 und Art. 324a OR ist schliesslich nicht gänzlich geklärt (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, S. 633 m.w.H.) und kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten. Darauf soll hier jedoch nicht weiter eingegangen werden.

Arbeitnehmer für viele solcher Geschäfte entsprechend einzurichten haben.⁸ Der Besuch von Arzt, Zahnarzt, Behörden und Rechtsanwalt, teils auch Krankenbesuche, sind in der Regel und soweit das möglich ist, so zu terminieren, dass sie nicht mit den Blockzeiten kollidieren. Bei gleitender Arbeitszeit ist dem Arbeitnehmer in der Regel zuzumuten, kürzere, stundenweise Absenzen nach Möglichkeit in die Freizeit zu verlegen, um die Soll-Arbeitszeit nicht zu beanspruchen⁹. Ist dies aus terminlichen Gründen nicht möglich (z.B. nicht frei terminierbare Arztbesuche, Gerichtstermine, Vorsprache bei Amtsstellen während der kurzen Bürostunden), besteht grundsätzlich jedoch keine Pflicht des Arbeitnehmers, fehlende Arbeitszeit auszugleichen.¹⁰ Der Arbeitnehmer mit gleitender Arbeitszeit wäre andernfalls gegenüber jenem mit fester Arbeitszeit benachteiligt, wozu es keinen objektiven Grund gibt.¹¹ Dauern die Absenzen einen ganzen Tag, so ergeben sich in der Praxis ohnehin kaum Schwierigkeiten; dem Arbeitgeber ist – unabhängig ob bei einem Gleitzeitarbeiter oder einem Angestellten mit fixer Arbeitszeit – grundsätzlich für den entsprechenden Zeitraum Arbeitszeit (d.h. die täglichen Sollstunden) gutzuschreiben.¹²

[Rz 15] Wo Absenzen zu einer Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a OR führen, muss jedenfalls Arbeitszeit gutgeschrieben werden, unabhängig davon, ob diese Absenzen in die Blockzeiten oder in die Gleitzeiten fallen, ansonsten wäre ein Arbeitnehmer mit gleitender Arbeitszeit gegenüber einem Arbeitnehmer mit fester Arbeitszeit ungerechtfertigterweise benachteiligt.¹³

b) Verfall von positiven Gleitzeitsaldi

In der Praxis stellt sich häufig die Frage, ob es zulässig ist, im Rahmen von Gleitzeitarbeitsmodellen am Ende einer Abrechnungsperiode¹⁴ Gleitzeitsaldi abzuschneiden bzw. ganz oder teilweise verfallen zu lassen, sofern sie eine bestimmte Grenze übersteigen. So kommt es beispielsweise vor, dass Gleitzeitreglemente vorsehen, dass alle Stunden eines Gleitzeitsaldos, welche die Grenzen von 100 Arbeitsstunden übersteigen, am Ende eines Jahres verfallen und daher nicht mehr durch den Arbeitnehmer kompensiert werden können. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist dies zulässig.¹⁵ Das Gleiche gilt praxismässig, sofern bis zum Ablauf

der Vertragsdauer bzw. bis zum Ende der Kündigungsfrist ein Gleitzeitguthaben nicht mehr abgebaut werden kann.¹⁶

Das wird insbesondere damit begründet, dass die Zeitsouveränität bei der Gleitzeitarbeit beim Arbeitnehmer liegt. Aus diesem Grund habe dieser auch dafür zu sorgen, dass er mit seiner tatsächlich geleisteten Arbeit innerhalb der vereinbarten Arbeitszeit bleibt. Grundsätzlich könne dieser also die Mehrarbeit innert der vereinbarten Zeitperiode wieder abbauen. Etwas anderes gilt natürlich, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer anweist, über die Blockzeiten hinaus zu arbeiten oder wenn die Mehrarbeit betrieblich notwendig ist.¹⁷

c) Abgrenzung zwischen Gleitzeitüberhang und Überstunden

[Rz 16] Die Abgrenzung zwischen einem (positiven) Gleitzeitüberhang und Überstunden im Sinne von Art. 321c OR ist in der Praxis oft schwierig. Nachfolgend soll daher zuerst die Überstundenregelung dargestellt werden.¹⁸

C. Überstunden

[Rz 17] Grundsätzlich kann auch durch regelmässige Leistung von Überstunden ein flexibles Arbeitszeitmodell geschaffen werden. Dabei sind aber die gesetzlichen Schranken und Regelungen nach Art. 321c OR zu berücksichtigen.

[Rz 18] Gemäss Art. 321c OR ist ein Arbeitnehmer zur Leistung von Überstunden verpflichtet, sofern gewisse Voraussetzungen gegeben sind. Diese absolut zwingende¹⁹ Regelung gilt auch ohne Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und -nehmer. Von ihr kann weder zuungunsten des Arbeitnehmers oder zuungunsten des Arbeitgebers abgewichen werden. Die Verpflichtung zur Leistung von Überstunden bzw. Überzeit ist eine Konkretisierung der Treuepflicht des Arbeitnehmers i.S.v. Art. 321a OR.²⁰ Zu unterscheiden ist zwischen dem Begriff der Überstunden²¹ und der Überzeit.²²

1. Begriff der Überstundenarbeit

[Rz 19] Gemäss schweizerischem Recht²³ gilt als Überstundenarbeit Arbeit, die über die im Einzelarbeits-, Normal- oder

⁸ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 329 N 23; PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A., Zürich 2013 Rz. 493; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. A., Basel/Genf/München 2005, S. 181; BSK OR I-PORTMANN, Art. 329 N 15.

⁹ BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A., Bern 1997, Art. 324a N 2.

¹⁰ JAR 2005, S. 129 f. Vgl. auch ZK-STAEHELIN, Art. 324a N 6.

¹¹ ZK-STAEHELIN, Art. 324a/b N 6.

¹² BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 329 OR N 23.

¹³ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324a OR N 11.

¹⁴ Dies kann beispielsweise am Ende eines Monats, Quartals oder eines Jahres sein.

¹⁵ Unter Vorbehalt der Qualifikation als Überstunden – siehe hierzu unten IV.

¹⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_611/2012 vom 19. Februar 2013, E. 3.2; BSK OR I-PORTMANN, Art. 321c N 18; CHK-EMMEL, Art. 321c OR N 9; SENTI, Überstunden, in: AJP 4/2003, S. 387.

¹⁷ Ebenso, wenn die Kompensationen des positiven Saldos wegen betrieblicher Bedürfnisse nicht möglich ist. Siehe auch unten IV.

¹⁸ Die Abgrenzung zwischen dem (positiven) Gleitzeitüberhang und Überstunden erfolgt im Rahmen von IV. unten.

¹⁹ Vgl. Art. 361 OR.

²⁰ PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A., Zürich 2013, N 164; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. A., Basel/Genf/München 2005, S. 163.

²¹ Art. 321c OR.

²² Art. 12 f. des Arbeitsgesetzes (ArG).

²³ Art. 321c Abs. 1 OR.

Gesamtarbeitsvertrag vereinbarte, im Betrieb geltende oder in der Branche übliche Stundenzahl hinaus geleistet wird. Sie kann einseitig durch den Arbeitgeber angeordnet werden und ist zu leisten, soweit sie sich als notwendig erweist²⁴, der Arbeitnehmer sie zu leisten vermag²⁵ und ihm dieser Zusatzaufwand nach Treu und Glauben zugemutet werden kann.²⁶ Die Anordnung für die Leistung der Überstunden muss jedoch nicht immer ausdrücklich durch den Arbeitgeber erfolgen, vielmehr muss der Arbeitnehmer auch Überstunden leisten, sofern er deren Notwendigkeit erkennt oder erkennen muss bzw. wenn der Arbeitnehmer erkennt oder erkennen muss, dass diese zur Wahrung der betrieblichen Interessen notwendig sind.²⁷ Überstunden, die ein Arbeitnehmer ohne Wissen des Arbeitgebers geleistet hat, muss er diesem unverzüglich melden.²⁸ Nur so kann der Arbeitgeber allfällige organisatorische Massnahmen treffen, um weitere Mehrarbeit zu vermeiden (z.B. Anstellung von weiteren Personen, Trennung vom Arbeitnehmer wegen dessen ungenügenden Fähigkeiten oder Überforderung etc., wenn er offensichtlich zu viel Zeit für gewisse Aufgaben braucht).

[Rz 20] Zusätzlich zu den Bestimmungen des Obligationenrechts müssen die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes über die Arbeits- und Ruhezeiten eingehalten werden.²⁹

Falls Mehrarbeit im gegenseitigen Einverständnis erbracht wird, wird dadurch die Normalarbeitszeit ausgedehnt. Durch die gesetzliche Regelung wird daher dem Arbeitgeber das Recht eingeräumt, nach Bedarf einseitig, zusätzlich zu der gemäss Einzelarbeits-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag vereinbarten Arbeitszeit oder im Betrieb geltenden oder in der Branche üblichen Stundenzahl hinaus Arbeitseinsätze anzuordnen.³⁰

[Rz 21] Grundlage für die Bestimmung, ob eine gewisse Arbeitszeit als Überstunden betrachtet werden kann, ist also die vertragliche oder übliche Stundenzahl. Lässt sich keine vertragliche oder übliche Stundenzahl nachweisen, sind in der Regel auch keine Überstunden, wohl jedoch Überzeit möglich.³¹ Die Regelungen betreffend die Überzeit gelten jedenfalls.³²

[Rz 22] Überzeit liegt dann vor, wenn die arbeitsgesetzlich normierte Maximalarbeitszeit überschritten wird.³³ Sie ist zwingend zu entschädigen bzw. durch Freizeit auszugleichen.³⁴ Überzeit ist, weil hier gesetzliche Maximalarbeitszeiten u.A. die Gesundheit des Arbeitnehmers schützen sollen, viel schneller nicht mehr zumutbar als Überstunden.

[Rz 23] Überstunden sind also nur im Rahmen der Differenz zwischen den vereinbarten oder üblichen Arbeitsstunden und den gesetzlich zulässigen maximalen Arbeitsstunden möglich.

2. Folgen von Überstunden

[Rz 24] Das Gesetz sieht bei der Leistung von Überstunden vor, dass der Arbeitgeber – im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer – die Überstundenarbeit innert eines angemessenen Zeitraums durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer ausgleichen kann. Wird die Überstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen und ist nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt, so hat der Arbeitgeber für die Überstundenarbeit Lohn zu entrichten, der sich nach dem Normallohn samt einem Zuschlag von mindestens einem Viertel bemisst.

[Rz 25] In jedem Fall sind Überstunden zu entschädigen oder

²⁴ Eine absolute Notwendigkeit ist indessen nicht gefordert. Es ist indessen nicht zulässig, Überstunden anzuordnen, sofern diese leicht vermieden werden können, vgl. GEISER, Grundlagen und Schranken flexibler Arbeitszeiten, in: AJP 11/1997, S. 1330. Eine schlechte Betriebsorganisation o.ä. rechtfertigt jedoch keinen Rückgriff auf Überstundenarbeit. Betriebliche Notwendigkeit ist erst dann gegeben, wenn die Arbeit gerade im betreffenden Zeitpunkt erledigt werden musste, und nicht schon dann, wenn die ausgeführte Arbeit den Arbeitgeberinteressen dienlich war. Als notwendig gilt etwa Überstundenarbeit bei dringlicher oder ausserordentlicher Arbeit oder beim Ausfall anderer Arbeitnehmer, vgl. BSK OR I-PORTMANN, Art. 321c N 2. Voraussehbarkeit der Überstunden schliesst die Notwendigkeit nicht per se aus, führt aber dazu, dass höhere Anforderungen gestellt werden, vgl. ZK-STAEHELIN, Art. 321c N 8.

²⁵ Das Leisten von Überstunden darf keine Überforderung der physischen und psychischen Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers zur Folge haben. Der Arbeitnehmer muss die Überstundenarbeit ohne Gefährdung seiner Gesundheit erbringen können, sodann muss eine vorübergehend erhöhte Arbeitszeit mit dem Privatleben des Arbeitnehmers, namentlich mit den Familienpflichten, vereinbar sein und schliesslich darf die Überstundenarbeit den Alltag des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin nicht übermässig stören.

²⁶ Ob diese Voraussetzung gegeben ist, hängt stark von den Verhältnissen des Einzelfalles ab. Bei Arbeitnehmern in Teilzeit ist bei der Beurteilung der Zumutbarkeit zu beachten, dass sie neben der Teilzeitstelle noch andere Verpflichtungen haben können. Mit dieser Bestimmung wird eine Interessenabwägung im Einzelfall bezweckt. Die Ausgestaltung des Einzelarbeitsvertrages kann aber insbesondere diese Interessenabwägung beeinflussen.

²⁷ JAR 1992, S. 117; BSK OR I-PORTMANN, Art. 321c N 2; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. A., Basel/Genf/München 2005, S. 163.

²⁸ JAR 2006, S. 336.

²⁹ Einzelheiten finden sich diesbezüglich insbesondere in den Art. 9 ff. ArG sowie Art. 13 ff. der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) oder im Merkblatt Arbeits- und Ruhezeiten des SECO.

³⁰ GEISER, Grundlagen und Schranken flexibler Arbeitszeiten, in: AJP 11/1997, S. 1330.

³¹ Auch wenn keine vertragliche oder übliche Stundenzahl nachgewiesen ist, können ausnahmsweise Überstunden anfallen, nämlich, wenn die Arbeitsleistung durch die Aufgabe bestimmt ist und neue Aufgaben dazu kommen.

³² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, S. 212 mit Verweis auf Urteil des Bundesgerichts 4C.256/1992 vom 16. Dezember 1992.

³³ Laut der in BGE 123 III 469 nicht publizierten E. 2, siehe BGE 130 V 309 E. 5.1.3.

³⁴ Für die Regelung der Überzeit gelten verschiedene Maximalarbeitszeiten, je nach Branche. Für die Entschädigung der Überzeit bzw. die Abgeltung durch Freizeit gelten zahlreiche Sondervorschriften für verschiedene Branchen. Auf diese soll hier nicht weiter eingegangen werden.

durch Freizeit auszugleichen, die durch den Arbeitgeber angeordnet wurden.³⁵ Wenn Überstunden aus eigener Initiative geleistet werden, ist ein Zeitausgleich oder ein allfälliger Anspruch auf Vergütung vom Arbeitgeber nur zu leisten, sofern die Überstunden entweder vom Arbeitgeber genehmigt wurden, objektiv notwendig waren oder vom Arbeitnehmer aufgrund der konkreten Umstände in guten Treuen als notwendig erachtet werden durften.³⁶ Wusste der Arbeitgeber, dass Überstunden geleistet wurden, so darf der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben die Zustimmung des Arbeitgebers annehmen.³⁷ Überstunden sind aber nicht zu entschädigen oder durch Freizeit auszugleichen, wenn sie ohne Zustimmung und die Überstunden nicht durch die besonderen Umstände im Betrieb notwendig waren oder als notwendig erachtet werden durften. Das Gleiche gilt, wenn Überstunden gegen den Willen des Arbeitgebers erfolgen.³⁸ Grundsätzlich ist es nämlich Sache des Arbeitgebers, über die Leistung von Überstunden zu entscheiden.

a) Anzeigepflicht

[Rz 26] In zahlreichen Urteilen³⁹ wurde immer wieder die Frage diskutiert, wieweit der Arbeitnehmer verpflichtet ist, den Arbeitgeber über die Leistung von Überstunden bzw. Überzeit zu informieren. Zentrales Kriterium bildet dabei die Frage nach der Kenntnisaufnahme durch den Arbeitgeber.⁴⁰ Gemäss

Bundesgericht ist es Aufgabe des Arbeitnehmers, den Arbeitgeber über seine Situation zu informieren, damit der Arbeitgeber allenfalls mittels organisatorischer Massnahmen Abhilfe schaffen kann.⁴¹

[Rz 27] Gemäss strengen Ansichten in einem Teil der Literatur müssen nicht angeordnete Überstunden bis zum nächsten Zahltag geltend gemacht werden, da sie sonst verfallen.⁴² Anders sei es lediglich dann, wenn der Arbeitgeber ausreichende Anhaltspunkte dafür habe, dass die vereinbarte Arbeitszeit für die Erledigung der Arbeiten nicht ausreiche.⁴³ Mit diesen Ansichten teilweise übereinstimmend hat das Bundesgericht in einem jüngeren Entscheid⁴⁴ noch einmal festgehalten, dass ein Arbeitnehmer verpflichtet sei, Überstunden innert kurzer Frist zu melden.⁴⁵ Informiert der Arbeitnehmer den Arbeitgeber nicht fristgerecht und nimmt er den üblichen Lohn weiterhin entgegen, verliert er, so das Bundesgericht, seinen Anspruch auf Entschädigung der Überstunden.⁴⁶

[Rz 28] Diese eher strenge Rechtsprechung wird allerdings von einem Teil der Lehre explizit abgelehnt.⁴⁷ Nach dieser Ansicht sind insbesondere alle Übersunden zu entschädigen, die betrieblich notwendig waren, auch wenn deren Geltendmachung nicht innerhalb kurzer Frist erfolgt.⁴⁸

[Rz 29] In Bezug auf angeordnete oder nachträglich genehmigte Überstunden hat das Bundesgericht in seinen neueren Urteilen verschiedentlich bestätigt, dass grundsätzlich das

³⁵ Die Überstunden gelten auch als angeordnet bzw. betriebsnotwendig, wenn der Arbeitgeber weiss, dass sie geleistet werden, jedoch nicht dagegen einschreitet, vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_259/2010 vom 2. September 2010, E. 2.7; BGE 116 II 69 E. 4b; Urteil des Bundesgerichts 4C.381/1996 vom 20. Januar 1997 E. 3d, nicht publiziert in BGE 123 III 84; CHK-EMMEL, Art. 321c OR N 3; PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A., Zürich 2013, N 172; ZK-STAEHELIN, Art. 321c N 13.

³⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, S. 209; BSK OR I-PORTMANN, Art. 321c N 7; PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A., Zürich 2013, N 172; ZK-STAEHELIN, Art. 321c N 14.

³⁷ Statt vieler: VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. A., Basel/Gent/München 2005, S. 164.

³⁸ Vgl. ZK-STAEHELIN, Art. 321c N 11, wo Umstände erklärt werden, bei denen Überstunden gegen den ausdrücklichen Willen des Arbeitgebers dennoch geboten sind.

³⁹ So z.B. BGE 86 II 155; Urteil des Bundesgerichts 4C.110/2000 vom 9. Oktober 2000; BGE 126 III 337; Urteil des Bundesgerichts 4C.342/2002 vom 8. Januar 2003; BGE 129 III 371; Urteil des Bundesgerichts 4A_40/2008 vom 19. August 2008.

⁴⁰ Gemäss Rechtsprechung und Literatur stellt sich diese Frage dann nicht, wenn die Arbeitszeit mittels Rapporten, Stempelkarten etc. erfasst wurde. Ohne Zeiterfassung im Betrieb geleistete Überstunden werden in der Regel mindestens von der vorgesetzten Stelle registriert, auch wenn sie vom Arbeitnehmer nicht ausdrücklich gemeldet werden. Der Arbeitgeber darf sich in diesem Fall nicht auf einen formalen Standpunkt stellen und sich z.B. auf fehlende Rapporte berufen. Grundsätzlich darf sich der Arbeitnehmer dann darauf verlassen, dass der Arbeitgeber von der Mehrarbeit Kenntnis hat, wenn dieser in der Lage ist, von dieser Kenntnis zu nehmen. Bestehen Differenzen hinsichtlich des Umfangs der Überstunden, so hat – wie bereits erwähnt – der Arbeitnehmer Bestand und Umfang der Überstunden/Überzeit zu beweisen.

⁴¹ BGE 129 III 171; vgl. auch ZK-STAEHELIN, Art. 321c N 11. Kann der Arbeitgeber einen neuen Mitarbeiter einstellen, so senkt er die Überstundenzahl des Arbeitnehmers senken und kann vermeiden, dass er einen Lohnzuschlag von 25% bezahlen muss. Dies kann u.U. auch zu einer Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers führen (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, S. 230).

⁴² ZK-STAEHELIN, Art. 321c N 14; KUKO OR-PIETRUSZAK, Art. 321c N 13; REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. A., Bern 2002, N 105.

⁴³ ZK-STAEHELIN, Art. 321c N 14f.

⁴⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_40/2008 vom 19. August 2008.

⁴⁵ Das Bundesgericht definiert nicht, was eine kurze Frist ist und bestätigt insbesondere nicht, dass die Überstunden bis zum nächsten Zahltag gemeldet werden müssen. Ob damit die teilweise in der Literatur erwähnte stricke Frist bis zum nächsten Zahltag gilt, bleibt also offen.

⁴⁶ Sofern die Überstunden nicht angeordnet waren und der Arbeitgeber auch keine Kenntnis davon hatte. Das Bundesgericht hält in Zusammenfassung seiner Rechtsprechung fest, es obliege dem Arbeitnehmer nachzuweisen, dass er Überstunden geleistet habe und dass diese angeordnet oder betrieblich notwendig waren. Gemäss STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, mit Verweis auf BGE 129 III 171, halten indes fest, dass auch wissen können in Bezug auf die Überstunden ausreichen muss (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, S. 230). Ebenso sind Überstunden trotz fehlender Information zu entschädigen, sofern die vereinbarte Arbeitszeit nicht ausreicht, um die Arbeit zu erledigen, vgl. BGE 129 III 175 sowie ZK-STAEHELIN, Art. 321c N 14.

⁴⁷ Vgl. BSK OR I-PORTMANN, Art. 321c N 9.

⁴⁸ Gemäss dieser Meinung kann aber die verspätete Meldung nicht angeordneter Überstunden zu einer Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers wegen Verletzung seiner Treupflicht führen (BSK OR I-PORTMANN, Art. 321c N 9).

blosse Zuwarten mit der Geltendmachung eines Anspruches kein Rechtsmissbrauch ist und die Verwirkung des Anspruches nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden darf.⁴⁹ Für eine Verwirkung des Anspruchs wegen Zuwartens dessen Geltendmachung müssen neben dem Zeitablauf weitere Umstände hinzukommen, um Rechtsmissbrauch bejahen zu können. Der Verzicht auf Geltendmachung während längerer Zeit kann jedoch nach den konkreten Umständen einen Verzicht bedeuten, wenn der Arbeitnehmer «andere Vorteile» geniesst.⁵⁰ Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist das Interesse des Arbeitgebers, zeitnah über nicht notwendigerweise geleistete, nicht angeordnete Überstunden informiert zu werden, nur noch gering, weshalb hier ein Zuwarten der Geltendmachung von Überstundenentschädigung nur bei ausserordentlichen Umständen rechtsmissbräuchlich ist.⁵¹

b) Ausgleich durch Freizeit

[Rz 30] Werden Überstunden geleistet, können diese gemäss Art. 321c Abs. 2 OR bei Einverständnis des Arbeitnehmers⁵² und des Arbeitgebers innert eines angemessenen Zeitraums durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer kompensiert werden. Die Kompensation durch Freizeit kann nicht gegen den Willen des Arbeitnehmers durchgesetzt werden, selbst dann nicht, wenn er freigestellt worden ist; die Weigerung des freigestellten Arbeitnehmers, Überstunden während der Freistellungsphase zu kompensieren, stellt nur ausnahmsweise einen Rechtsmissbrauch dar.⁵³

[Rz 31] Das Obligationenrecht sieht nicht vor, welcher Zeitraum als angemessen gilt. Die Relevanz dieser Frist besteht darin, dass nach Ablauf dieser Frist die Entschädigungsansprüche gemäss Art. 321c Abs. 3 OR entstehen.⁵⁴ In der Literatur besteht Uneinigkeit über die angemessene Frist. Gewisse Autoren sind der Ansicht, das Arbeitsgesetz bzw. die entsprechende Verordnung seien zu Rate zu ziehen, welche vorsehen, dass bei dem Arbeitsgesetz unterstellten Verhältnissen die Kompensation von Überzeit innerhalb von 14 Wochen zu erfolgen hat. Der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer können längere Fristen, längstens aber 12 Monate,

vereinbaren.⁵⁵ Daraus folgern diese Autoren, dass die Frist von 14 Wochen ebenfalls bei der Kompensation der Überstunden zur Anwendung gelangen soll.⁵⁶ Damit geht eine überwiegende Lehrmeinung von einer Frist von 14 Wochen aus⁵⁷, die aber von den Parteien verlängert werden kann. Auch das Bundesgericht erachtete in einem Entscheid aus dem Jahr 2002 eine Frist von 14 Wochen als angemessen.⁵⁸ In einem Entscheid aus dem Jahr 2005 wurde hingegen aufgrund der besonderen Umstände auch eine Frist von 16 Monaten als angemessen erachtet.⁵⁹ Der Arbeitnehmer kann damit in der Regel für Überstunden, die nicht innert 14 Wochen kompensiert werden, den Zeitausgleich verweigern und die finanzielle Entschädigung verlangen.⁶⁰

[Rz 32] Vorbehältlich anderer vertraglicher Regelungen sind die Überstunden 1:1 zu kompensieren. Der in Art. 321c Abs. 3 OR genannte Zuschlag von 25%⁶¹ findet bei der Kompensation keine Anwendung.

c) Entschädigung

[Rz 33] Wie einleitend dargelegt, sind Arbeitnehmer zu entschädigen, sofern sie Überstunden geleistet haben, diese nicht durch Freizeit ausgeglichen und nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Nominal- oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist. Neben dem auf die Überstunden entfallenden Lohn ist ein Zuschlag von 25% zu entrichten.

[Rz 34] Diese Bestimmung ist indessen nicht zwingend. Soweit nicht öffentlich-rechtliche Bestimmungen entgegenstehen, kann von dieser gesetzlichen Regelung abgewichen werden, auch zuungunsten des Arbeitnehmers. Nach der wohl überwiegenden Lehrmeinung können die Parteien eines Arbeitsvertrages entweder jegliche Entschädigung oder auch nur den Zuschlag von 25% ausschliessen. Dabei sind solche Klauseln in Verträgen sorgfältig zu redigieren. Oft stellt sich nämlich gerade bei solchen Klauseln die Frage, ob die Entschädigung generell oder nur der Zuschlag von 25% wegbedungen werden soll.

⁴⁹ BGE 129 III 171, E. 2.4; siehe auch Urteil des Bundesgerichts 4A_86/2008 vom 23. September 2008, E. 4.1.3, Urteil des Bundesgerichts 4C.110/2000 vom 9. Oktober 2000, E. 5; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. A., Basel/Genf/München 2005, S. 164.

⁵⁰ BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A., Bern 1997, Art. 321c N 12 lit. b; kritisch SENTI, Überstunden, in: AJP 4/2003, S. 377.

⁵¹ Vgl. BGE 129 III 171, E. 2.4.

⁵² Das Einverständnis des Arbeitnehmers kann auch im Arbeitsvertrag festgehalten sein, vgl. BSK OR I-PORTMANN, Art. 321c N 13. Ebenso ist ein stillschweigendes Einverständnis möglich, vgl. SENTI, Überstunden, in: AJP 4/2003, S. 381.

⁵³ Vgl. BGE 123 III 84 oder auch KUKO OR-PIETRUSZAK, Art. 321c N 14. Etwa bei langer Freistellungsdauer.

⁵⁴ Siehe dazu hiernach III.C.2.c).

⁵⁵ Art. 25 Abs. 2 ArGV 1.

⁵⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, S. 233. REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. A., Bern 2002, N 107; ZK-STAEHELIN, Art. 321c N 18. Für GEISER/MÜLLER ist die Frist von 14 Wochen des Arbeitsgesetzes allerdings nicht einschlägig (vgl. GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2. A., Bern 2012, N 317).

⁵⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321c OR N 9; BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A., Bern 1997; BSK OR I-PORTMANN, Art. 321c N 1; CHK-EMMEL, Art. 321c OR N 4; PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A., Zürich 2013, N 177.

⁵⁸ Urteil des Bundesgerichts 4C.84/2002 vom 22. Oktober 2002, E. 2.2.

⁵⁹ Urteil des Bundesgerichts 4C.32/2005 vom 2. Mai 2005, E. 2.3. Für GEISER/MÜLLER sind die Überstunden im Folgejahr zu kompensieren (GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2. A., Bern 2012, N 317).

⁶⁰ KUKO OR-PIETRUSZAK, Art. 321c N 14.

⁶¹ D.h. für 1 Überstunde wären 1.25 Stunden Freizeit zu gewähren.

d) Leitende Angestellte

[Rz 35] Leitende Angestellte haben gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts dann Anspruch auf Überstundenentschädigung, wenn eine feste Arbeitszeit vereinbart wurde. Ohne ausdrückliche Regelung der Arbeitszeit haben sie nur dann einen Anspruch auf Überstundenentschädigung, wenn ihnen zusätzliche Aufgaben über die vertraglich vereinbarten Pflichten hinaus übertragen werden oder wenn die ganze Belegschaft während längerer Zeit in wesentlichem Umfang Überstunden leistet⁶² oder wenn die Bezahlung der Überstunden vereinbart wurde. Als Begründung wurde angefügt, dass leitende Angestellte mehr leisten als nur das im Betrieb Übliche.⁶³

e) Nachweispflicht für erbrachte Überstunden

[Rz 36] Der Arbeitnehmer muss den Nachweis erbringen, dass er Überstunden geleistet hat und dass sie angeordnet oder betrieblich notwendig waren.⁶⁴ Dem Beweis der förmlichen Anordnung von Überstunden wird gleichgesetzt, wenn der Arbeitgeber von deren Leistung Kenntnis hat oder haben müsste, dagegen nicht einschreitet und sie damit genehmigt.⁶⁵

[Rz 37] Die Gerichte stellen regelmässig hohe Anforderungen an den Beweis der Zahl der Überstunden und deren Anordnung bzw. deren betrieblicher Notwendigkeit. Eigene Aufzeichnungen des Arbeitnehmers genügen in den meisten Fällen nicht, wohl aber die tägliche oder wöchentliche Abgabe von Arbeitsrapporten, auch wenn diese nicht gegengezeichnet werden. Auch einer elektronischen Agenda kann hinreichende Beweiskraft zukommen, dies vor allem dann, wenn sie dem gesamten Büropersonal via Netzwerk zugänglich ist.⁶⁶

[Rz 38] Eigenen Zeitaufzeichnungen des Arbeitnehmers billigen einige Gerichte grösseres Gewicht zu, wenn die Beweisschwierigkeiten damit zusammenhängen, dass der Arbeitgeber einer gesamtarbeitsvertraglichen Pflicht zur Zeiterfassung nicht nachgekommen ist.⁶⁷

[Rz 39] Wenn feststeht, dass der Arbeitnehmer regelmässig weit über die übliche Arbeitszeit hinaus gearbeitet hat, die genaue Anzahl der Überstunden jedoch nicht mehr

beweisbar ist, so kann deren Umfang vom Richter auch geschätzt werden.⁶⁸

D. Keine Überstundenentschädigung bei ineffizienter Arbeitsverrichtung?

[Rz 40] Es ist für den Entschädigungsanspruch bei Überstunden unerheblich, weshalb die Überstunden geleistet werden mussten. Die Entschädigung ist selbst dann geschuldet, wenn deren Grund in einer reduzierten Arbeitsleistungsfähigkeit desjenigen Arbeitnehmers lag, der Überstunden leistete. Als Grund hierfür erkennt das Bundesgericht, dass der Lohn an den Arbeitnehmer die fest vereinbarte Gegenleistung zur Erbringung der Arbeitsleistung in der abgemachten Arbeitszeit ist. Die Überstundenentschädigung ist deshalb Entschädigung für die zusätzlich erbrachte Arbeitszeit. Der Arbeitnehmer schuldet keinen Erfolg, sondern nur das Zur-Verfügung-Stellen seiner Arbeitskraft, weshalb auch eine Lohnkürzung bei schlecht erbrachter Leistung in der Regel nicht zulässig ist.⁶⁹

IV. Abgrenzung Gleitzeit und Überstunden

[Rz 41] Ein positiver Gleitzeitsaldo und Überstunden haben gemeinsam, dass es sich bei beiden Begriffen um Mehrarbeit handelt, welche durch den Arbeitgeber geleistet werden. Für die Abgrenzung zwischen Gleitzeit und Überstunden kann aufgrund der vorgehenden Überlegungen die folgende Faustregel angewendet werden:

[Rz 42] Bei Überstunden handelt es sich um diejenige Arbeitszeit, welche aufgrund der betrieblichen Notwendigkeit oder auf Anordnung des Arbeitgebers über die arbeitsvertraglich vereinbarten oder üblichen Arbeitsstunden hinaus geleistet wird, während Gleitzeitstunden innerhalb der arbeitsvertraglich vereinbarten oder üblichen Arbeitsstunden bzw. bei einem Gleitzeitüberhang freiwillig darüber hinaus, in der Regel um den Überhang zu einem späteren Zeitpunkt informell wieder innerhalb der Gleitzeit zu kompensieren, geleistet werden.⁷⁰

[Rz 43] Die Unterscheidung ist nicht immer einfach, aber von besonderer Bedeutung, weil Überstunden unter Umständen zu einer finanziellen Entschädigungspflicht des Arbeitgebers führen.

[Rz 44] Die Abgrenzungsfragen stellen sich sodann insbesondere im Rahmen der Kündigungsfristen oder im Zusammenhang mit dem Ende von Gleitzeitperioden.⁷¹ Wie das

⁶² BGE 129 III 171 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.320/1996 vom 6. Februar 1997, E. 5a.

⁶³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, S. 219.

⁶⁴ BGE 129 III 171, E. 2.4.

⁶⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_42/2011 vom 15. Juli 2011, E. 5.2, m.w.H.

⁶⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, S. 224, m.w.H.

⁶⁷ Vgl. zu dieser sehr aktuellen Thematik auch die Weisung des SECO gemäss Art. 42 Abs. 1 ArG an die Vollzugsbehörden betreffend Kontrollen der Arbeitszeiterfassung (Art. 46 ArG und Art. 73 ArGV 1) – gültig per 1. Januar 2014 (<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/33319.pdf>).

⁶⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_383/2010 vom 11. August 2010, E. 2.1.

⁶⁹ Urteil des Bundesgerichts 4C.133/2000 vom 8. September 2000, E. 3a.

⁷⁰ Vgl. zur diesbezüglichen Autonomie des Arbeitnehmers oben III.B.1.

⁷¹ Siehe hierzu oben III.B.2.b).

Bundesgericht festhielt⁷², ist der Mitarbeitende nach einer Kündigung grundsätzlich selber verantwortlich, dass ein positiver Gleitzeitsaldo im Laufe der Kündigungsfrist wieder abgebaut werden kann. Wird der Gleitzeitsaldo nicht abgebaut, verfallen die Stunden aus der Gleitzeitarbeit und der Arbeitnehmer hat keine Entschädigung zugute. Das Gleiche gilt generell im Zusammenhang mit dem Ende von Gleitzeitperioden, unabhängig ob im Zusammenhang mit einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder bei laufender Anstellung.⁷³ Dies wurde vom Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung bestätigt.

[Rz 45] Etwas anderes gilt lediglich, wenn ein Abbau aufgrund von Weisungen oder Massnahmen des Arbeitgebers oder aufgrund betrieblicher Bedürfnisse nicht möglich ist bzw. der Arbeitgeber oder die betrieblichen Umstände den Abbau nicht zulassen. Diesfalls wandelt sich das Gleitzeitguthaben in Überstunden, die – je nach der Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses – zu entschädigen sind.⁷⁴ Zudem hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem Ende von Gleitzeitperioden festgehalten, dass wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer gegen Ende der entsprechenden Zeitperiode anweist, über die Blockzeiten hinaus zu arbeiten, im Umfang dieser Mehrarbeit entschädigungspflichtige oder zur Kompensation berechtigende Überstunden entstehen.⁷⁵

[Rz 46] Gleiches muss u.E. auch dann gelten, wenn der positive Gleitzeitsaldo nicht dadurch entsteht, dass der Arbeitnehmer auf eigene Faust, d.h. innerhalb seiner Autonomie handelt, sondern dadurch, dass dieser durch Anordnung des Arbeitgebers oder betriebliche Notwendigkeit entsteht und nachher nicht mehr durch den Bezug von Freizeit bis zum Ende der Gleitzeitperiode abgebaut werden kann.⁷⁶ Dieser Fall unterscheidet sich von den vorgenannten dadurch, dass hier durch die arbeitgeberische Anordnung oder durch betriebliche Notwendigkeit ein Gleitzeitsaldo entsteht, welcher nicht mehr reduziert werden kann. Bei den erstgenannten Fällen wird zuerst ein Gleitzeitsaldo angehäuft, welcher durch nachträgliche Anordnung durch den Arbeitgeber oder betriebliche Notwendigkeit nicht mehr reduziert werden kann.

V. Fazit

[Rz 47] Überstunden müssen von Gleitzeit klar abgegrenzt werden, weil sie zu unterschiedlichen rechtlichen Konsequenzen führen können. Überstunden sind Mehrarbeit, die aufgrund betrieblicher Notwendigkeit oder durch Anordnung des Arbeitgebers entstehen. Gleitzeitstunden werden innerhalb der vereinbarten oder üblichen Arbeitsstunden bzw. zur ev. späteren selbständigen Kompensation autonom darüber hinaus erwirtschaftet.

[Rz 48] Grundsätzlich verfällt ein positiver Gleitzeitsaldo am Ende einer vereinbarten Zielperiode oder am Ende der Kündigungsfrist, weil der Arbeitnehmer innerhalb seiner Arbeitszeitautonomie für einen Ausgleich des Zeitsaldos bemüht sein muss. Ein positiver Gleitzeitsaldo verfällt am Ende der Kündigungsfrist entschädigungslos.

[Rz 49] Kann ein Arbeitnehmer jedoch aus betrieblichen Gründen oder wegen Weisungen des Arbeitgebers seinen positiven Gleitzeitsaldo bis zum Ende der Kündigungsfrist nicht abbauen, werden in diesem Umfang aus dem Gleitzeitsaldo Überstunden, welche u.U. entsprechend zu entschädigen sind.

Lic. iur. NICOLAS FACINCANI, Rechtsanwalt, LL.M. www.citylaw.ch.

Dr. iur. RETO SUTTER, Rechtsanwalt, LL.M., dipl. Steuerexperte www.umbricht.ch.

* * *

⁷² Urteil des Bundesgerichts 4A_611/2012 vom 19. Februar 2013, E. 3.2.1.

⁷³ Das Bundesgericht verweist denn auch im Urteil des Bundesgerichts 4A_611/2012 vom 19. Februar 2013, E. 3.2.1. auf BGE 130 V 309. Dieser Entscheid betrifft aber nicht das Ende der Kündigungsfristen, sondern generell das Ende einer Gleitzeitperiode.

⁷⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_611/2012 vom 19. Februar 2013, E. 3.2.1.; BGE 123 III 469, E. 3b; BSK OR I-PORTMANN, Art. 321c N 18; KUKO OR-PIETRUSZAK, Art. 321c N 5; CHK-EMMEL, Art. 321c OR N 9; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321c OR N 7, VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. A., Basel/Genf/München 2005, S. 182. Dabei trifft die Beweislast für das Vorliegen abgeltungspflichtiger Überstunden den Arbeitnehmer.

⁷⁵ BGE 130 V 309 E. 5.1.3. BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321c OR N 7; ebenso ZK-STAEHELIN, Art. 321c N 6.

⁷⁶ SENTI, Überstunden, in: AJP 4/2003, S. 387.