

*Urteil***Abgeltung von Überstunden**

Weiss der Arbeitgeber oder hätte er aufgrund der Umstände wissen müssen, dass die Arbeitnehmerin Überstunden leistete, ist er zur Vergütung derselben verpflichtet. Dabei spielt es keine Rolle, dass die Arbeitnehmerin ihre Überstunden – entgegen den vertraglichen Bestimmungen – nicht gemeldet hat.

Sachverhalt

A. arbeitete seit dem 2. Oktober 2006 für X. als Pflegekraft, Haushaltshilfe und Assistentin von Y., der Mutter der X. A. hatte dabei Kost und Logis im Haushalt von Y.

Am 24. Oktober 2007 kündigte X. den Vertrag per 31. Dezember 2007. Der Kündigung vorausgegangen war ein unbeantwortetes Begehren von A. um Anpassung des Arbeitsvertrags sowie dessen Teilkündigung, das heisst einer Kündigung von Kost und Logis.

Mit Klage vom 2. Mai 2008 verlangte A. von X. 25 957 Franken und ein Arbeitszeugnis. Diese Forderung umfasst unter anderem 17 343 Franken als Entgelt für Überstunden.

Aus den Erwägungen

5.1 Nach Art. 321c Abs. 1 OR ist der Arbeitnehmer zur Leistung von Überstunden verpflichtet, wenn Überstundenarbeit gegenüber dem zeitlichen Umfang der Arbeit, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist, notwendig ist, soweit er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann. Überstundenarbeit ist mit Lohn zu entgelten, der sich nach dem Normallohn samt Zuschlag von mindestens einem Viertel bemisst (Art. 321c Abs. 3 OR). Allerdings können im gegenseitigen Einverständnis statt der Bezahlung der Überstunden diese auch durch Bezug von Freizeit abgegolten werden.

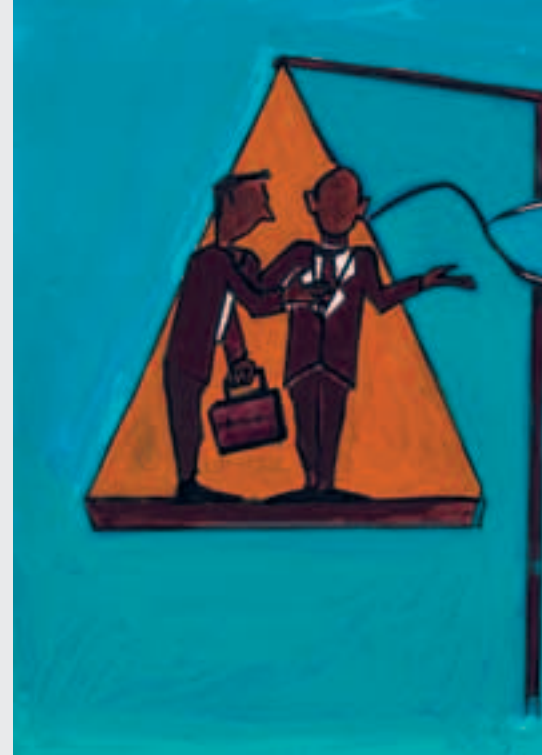
Im Anstellungsvertrag vom 6. Oktober 2006 haben die Parteien bezüglich der Überstunden unter anderem Folgendes vereinbart: «Ziff. 3.2 Überzeit: Überstunden sind in der Regel in gegenseitiger Vereinbarung durch Freizeit zu kompensieren. Ausnahmen sind mit

dem/der Arbeitgeberin abzusprechen. Überstunden sind jeweils Ende Monat durch X. zu genehmigen.»

Während die Pflicht zur Überstundenleistung nach Art. 321c Abs. 1 OR zwingender Natur ist (Art. 361 OR), können die Parteien in Bezug auf den Ausgleich und die Entschädigung der Überstunden eine andere Regelung treffen. Das haben die Parteien vorliegend mit der genannten Überstundenvereinbarung getan, welche damit grundsätzlich anwendbar ist.

5.2 Dem Beweis der Anordnung von Überstunden wird in der Rechtsprechung gleichgesetzt, wenn der Arbeitgeber um die Notwendigkeit, Überstunden zu leisten, gewusst hat oder zumindest darum hätte wissen müssen. Dies gilt ohne Weiteres auch für die Genehmigung von Überstunden.

Die Vorinstanz stellte im Rahmen ihrer Beweiswürdigung fest, dass A. bei Y. wohnte, das heisst bei dieser übernachtete und dieser die Mahlzeiten dreimal täglich zubereitete sowie gemeinsam mit ihr spies und damit «grundsätzlich sieben Tage die Woche» für die Mutter von X. tätig war. Y. habe an zunehmender Demenz sowie diversen körperlichen Leiden gelitten, weshalb ihr der Arzt eine umfassende Pflegebedürftigkeit attestiert habe. Überdies stellte die Vorinstanz fest, neben der bereits zitierten Vertragsklausel bestünden noch weitere Vertragsbestimmungen, die sich mit dem Thema Überstunden befassen. Sie schloss daraus, X. habe um die Notwendigkeit, Überstunden zu leisten, gewusst oder zumindest darum wissen müssen. Diesen nachvollziehbaren Schluss über das Wissen um Leistung von Überstunden stellt X. nicht mit einer rechtsgenüchlich begründeten Willkür in



Frage, sondern stellt ihm in rein appellarischer Weise bloss ihre eigene Sicht der Dinge gegenüber. Darauf ist nicht einzutreten.

Steht damit fest, dass X. um die geleisteten Überstunden wusste oder hätte wissen müssen, kommt dem Umstand, dass A. die Überstunden nicht gemeldet hatte, keine Bedeutung zu. Der Vorinstanz lässt sich insoweit keine Verletzung von Bundesrecht vorwerfen.

Überdies sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung an die Verwirkung von Ansprüchen wegen fehlender Mitteilung geleisteter Überstunden strenge Anforderungen zu stellen. X. wäre es unter den gegebenen Umständen einer zunehmend fortschreitenden Demenz ihrer Mutter ohne Weiteres zumutbar gewesen, A., die in der Wohnung der Mutter lebte, nach ihrer Anzahl Mehrstunden zu fragen.

6. X. beanstandet sodann, die A. zugestandene Beweiserleichterung nach Art. 42 Abs. 2 OR verletze die Beweislastregeln, denn das vertragswidrige Verhalten von A. (die Überstunden nicht zu melden) rechtfertige eine solche nicht.

Die Rüge geht ins Leere. Macht ein Arbeitnehmer Überstunden geltend, so trägt er zwar die Beweislast, dass er Überstunden geleistet hat. Dieser Nachweis kann ihm aber erleichtert werden durch die analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR, sofern nach der Natur



Illustration: Christine Ruff

Urteil

Kompensation von Überzeit

Eine Anordnung, dass bei einer Freistellung während der Kündigungsfrist Ferien oder Überzeiten kompensiert werden müssen, ist nur bei einer langandauernden Freistellung zulässig. Mit der Empfangsbestätigung der Anordnung gibt der Arbeitnehmer noch kein Einverständnis.

Sachverhalt

A. war ab 1. November 1989 bei X. angestellt. Ende April 2008 kündigte X. das Arbeitsverhältnis per 31. Juli 2008 unter sofortiger Freistellung. Streitig war, ob A. verpflichtet war, während der Freistellung Überzeit zu kompensieren.

Aus den Erwägungen

4.1 Das Arbeitsgericht ist davon ausgegangen, dass A. während der Freistellung Überzeit im Umfang von 179 Stunden kompensiert hat. Eine Kompensationsvereinbarung bezüglich Überstunden ist zulässig. Somit ist zu prüfen, ob die Parteien eine entsprechende Abrede getroffen haben.

4.2 Das Arbeitsgericht hat aufgrund verschiedener Umstände eine konkludente Vereinbarung angenommen. Fest steht, dass X. die Kompensation angeordnet hat. Nachdem aber X. durch die Freistellung auf sein Weisungsrecht weitgehend verzichtet, kann allein im Schweigen auf eine solche einseitige Anordnung kein konkludentes Einverständnis von A. erblickt werden, zumal diese Anordnung zu ihren Lasten geht. Auch die Tatsache, dass A. während der von X. angeordneten Freistellung nicht zur Arbeit erschienen ist, kann nicht als Einverständnis zur Kompensation gedeutet werden. Denn die Freistellung wurde einseitig angeordnet und erfolgte nicht unter der Bedingung der Kompensation. Schliesslich kann auch im Umstand der Empfangsbestätigung der Kündigung durch A. keine Annahme hergeleitet werden. Wer eine Empfangsbestätigung abgibt, bestätigt nur (aber immerhin), eine Erklärung der Gegenseite zur Kenntnis genommen zu haben. Ein Einverständnis mit dem Inhalt der betreffenden Erklärung liegt damit nicht vor. Wer die Kenntnisnahme einer Kün-

digung bestätigt, verzichtet damit weder auf Rechte noch auf Ansprüche. Die Behauptung von X., A. habe geschwiegen beziehungsweise nicht opponiert, ist für ihren Standpunkt demnach ohne Belang.

4.3 X. rügt weiter, das Verhalten von A. sei rechtsmissbräuchlich. Bei lang andauernder Freistellung kann die Weigerung zur Kompensation offenbar rechtsmissbräuchlich im Sinne des Art. 2 Abs. 2 ZGB sein, wobei soweit ersichtlich nirgends näher ausgeführt wird, was eine lang andauernde Freistellung ist. Da es um eine ordentliche Kündigungsfrist von drei Monaten bei einem Arbeitsverhältnis von beinahe 20 Jahren geht, kann nicht per se von einer lang andauernden Freistellung ausgegangen werden. Zur Annahme eines offenbaren Missbrauchs bedarf es ausserordentlicher Umstände, da Art. 2 Abs. 2 ZGB einen ausgesprochenen Ausnahmetatbestand darstellt. Nicht einmal aus dem Umstand, dass im ungekündigten Verhältnis ein Kompensationsmodus tatsächlich gelebt wurde, kann gemäss der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf offenbaren Rechtsmissbrauch erkannt werden, wenn der Arbeitnehmer bei Freistellung durch den Arbeitgeber aufgelaufene Zeit entgolten haben will.

Ein offener Rechtsmissbrauch kann auch nicht aus dem Umstand hergeleitet werden, dass laut X. A. die Kündigung durch ihr Fehlverhalten verursacht hat.

4.5 Damit ist im Ergebnis festzuhalten, dass A. nicht verpflichtet war, während der Freistellung Überzeit zu kompensieren.

Urteil des Obergerichts Luzern, 7. Februar 2012 (1B 11 63)

der Sache ein strikter Beweis nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Die Vorinstanz ist in Würdigung der ihr vorliegenden Beweise zum Ergebnis gelangt, dass nicht genau nachgewiesen werden könne, wie viele Überstunden A. geleistet habe, insbesondere deshalb nicht, weil deren vorgelegte «Zeitabrechnungen» beweisuntauglich seien und keine anderen Beweismittel existierten. Aufgrund der konkreten Pflegefallsituation bestand für die Vorinstanz jedoch kein Zweifel am Bestehen von Mehrstunden, weshalb die Beweiserleichterung analog Art. 42 Abs. 2 OR nicht zu beanstanden ist. Daran vermag auch das Vorbringen von X. nichts zu ändern, denn das angeblich vertragswidrige Verhalten von A. (Nichtmelden der Überstunden) ist, wie bereits dargelegt, nicht entscheidend, weil die Vorinstanz ohne Bundesrecht zu verletzen annahm, X. habe von den Überstunden gewusst beziehungsweise jedenfalls wissen müssen.

7.2 Zu prüfen war, ob es zulässig war, zur Bestimmung der Überstunden von A. (analog Art. 42 Abs. 2 OR) die SAKE-Tabelle 2.2.1 «Frauen in Paarhaushalten inkl. Aufwand für betreuungspflichtige Haushaltsmitglieder» herbeizuziehen. Dieses Vorgehen wurde bestätigt.

Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts, 15. Juli 2011 (4A_42/2011)