



Wo die Arbeitszeit aufhört

Das geleistete Arbeitsvolumen von Erwerbstätigen in der Schweiz nahm im Jahr 2015 zu, und es wurden gemäss Bundesamt für Statistik insgesamt 7,889 Milliarden Arbeitsstunden verbucht. Ein Teil dieser Arbeitsstunden wurde von Arbeitnehmenden auch ausserhalb der «normalen» Arbeitszeiten erbracht. Die Grenzen zwischen Arbeitszeit und Freizeit werden zunehmend verwischt.

■ Von Anna Neukom Chaney

Gemäss arbeitsrechtlicher Definition gilt als Arbeitszeit diejenige Zeitspanne, während welcher Arbeitnehmende hauptsächlich für die Bedürfnisse des Arbeitgebers zur Verfügung zu stehen haben und damit über ihre Zeit nicht frei verfügen können. Das Zeitmoment steht demnach im Vordergrund. Arbeitnehmende stellen ihre Arbeitskraft zur Verfügung und erhalten im Austausch dafür einen Lohn. Ob die Arbeitsleistung inner- oder ausserhalb des Betriebs erfolgt, ist nicht entscheidend. Geschuldet ist weder eine besondere Qualität der Arbeit noch ein Erfolg.

Grundsätzlich haben Arbeitnehmende ihre Arbeitsleistung während der «normalen» Arbeitszeit (gemäss Verabredung, betrieblicher Übung, Gesamt- oder Normalarbeitsvertrag) zu erbringen. Darüber hinaus wird von den Arbeitnehmenden heutzutage zunehmend verlangt, über den Einsatz von Smartphones, Tablets oder Laptops mit Remote-Access auch während der grundsätzlich arbeitsfreien Zeit oder in den Ferien jederzeit erreichbar und verfügbar zu bleiben. Als Ausfluss ihrer Treuepflicht sind Arbeitnehmende zu einer Mehrleistung gegenüber dem «normalen» Arbeitsumfang verpflichtet, soweit sie die Mehrarbeit zu leisten vermögen und sie ihnen nach Treu und Glauben zugemutet werden kann (Art. 321c Abs. 1 OR). Ablehnungsgründe zur Leistung der Mehrarbeit sind beispielsweise eine zu kurzfristige Anordnung derselben, die Ausübung von Familienpflichten oder wenn der Arbeitgeber bei ständig erhöhtem Arbeitsanfall keine Massnahmen zur Vermeidung der Mehrarbeit schafft.

Bewilligungspflicht?

Die Regeln des Arbeitsgesetzes über die Arbeits- und Ruhezeiten konkretisieren die Pflicht des Arbeitgebers, die Gesundheit der Arbeitnehmenden zu schützen. Tages- (6 Uhr

bis 20 Uhr) und Abendarbeit (20 Uhr bis 23 Uhr) können bewilligungsfrei ausgeübt werden. Für ständige (Mehr-)Arbeit in der Nacht und an Sonntagen ist grundsätzlich eine Arbeitszeitbewilligung einzuholen, welche ein dringendes Bedürfnis oder gar Unentbehrlichkeit voraussetzt.

Mehrleistung

Halten sich Arbeitnehmende nach dem Feierabend oder am Wochenende im hauptsächlichlichen Interesse ihres Arbeitgebers zur Verfügung, indem sie (weiter-)arbeiten und beispielsweise einen Anruf tätigen, E-Mails beantworten oder eine Skype-Unterhaltung führen, ohne die Zeit zur privaten Erholung nützen zu können, stellt sich die Frage nach der Vergütung dieser in Überstunden und Überzeit einzuteilenden Mehrarbeit.

Überstunden sind Arbeitsstunden, welche die «normale» Arbeitszeit übersteigen (Art. 321c Abs. 1 OR). Als Überzeit gilt die Arbeitszeit, welche die gesetzlich erlaubte wöchentliche Höchstarbeitszeit gemäss Arbeitsgesetz überschreitet (je nach Branche 45 bzw. 50 Wochenstunden; Art. 9 ff. ArG).

Überzeit

Die Unterscheidung dieser beiden Kategorien von Mehrarbeit ist deshalb entscheidend, weil Überzeit zwingend durch Zeit gleicher Dauer zu kompensieren (setzt das Einverständnis der Arbeitnehmenden voraus) oder durch Bezahlung des Basislohns zuzüglich eines Zuschlags von 25 Prozent abzugelten ist (Art. 13 Abs. 1 und 2 ArG). Dieser Anspruch entfällt einzig bei technischen Angestellten, Büropersonal und Verkaufsangestellten in Grossbetrieben, die weniger als 60 Überzeitstunden im Jahr leisten (Art. 13 Abs. 1 ArG) – sofern eine gültige Wegbedingungsklausel vorliegt (vgl. Urteil OGZ in JAR 2013 S. 582). Die

Kompensation durch Freizeit hat grundsätzlich innert 14 Wochen zu erfolgen, vertraglich ist eine Verlängerung der Kompensationsfrist auf eine Höchstdauer von 12 Monaten möglich (Art. 25 Abs. 2 ArGV 1; keine Ausdehnung auf das Kalenderjahr bei Überzeitarbeit am Sonntag, Art. 8 ArGV 2).

Überstunden

Für Überstunden hingegen kann die Abgeltung unter Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen anders geregelt oder ausgeschlossen werden. Dabei kann durch schriftliche Übereinkunft zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgebern in einem Arbeitsvertrag, Zusatz dazu, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag sowohl jegliche zusätzliche Zahlung für Überstunden wegbedungen wie auch nur der Zuschlag von einem Viertel abgeändert oder die Zeitkompensation ausgeschlossen werden (Art. 321c Abs. 2 und 3 OR). Gang und Gäbe ist beispielsweise die Regelung, dass mit dem vereinbarten Lohn sämtliche Überstunden abgegolten sind. Ob für die Durchsetzbarkeit einer Wegbedingungsklausel vorauszusetzen ist, dass die Anzahl zu leistender Überstunden vorhersehbar war oder eine bestimmte Lohnhöhe vereinbart wurde bzw. eine qualifizierte Position der Arbeitnehmenden im Betrieb vorliegt, ist vom Bundesgericht nicht abschliessend entschieden (Update Arbeitsvertrag, Art. 321c N 5 mit Verweis auf BGer 4A_172/2012 und 174/2012 vom 22.08.2012 sowie BGer 4A_73/2011 vom 02.05.2011 E. 4).

Entschädigungspflicht

Überzeitarbeit ist folglich stets entschädigungspflichtig (durch Freizeitgewährung oder Auszahlung mit Zuschlag). Die monetäre oder durch Zeitkompensation gewährte Abgeltung von geleisteten Überstunden hängt von einer allfälligen abweichenden Vereinbarung zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgebern ab. Zu beachten ist, dass ein nicht wegbedingener Zuschlag von 25 Prozent gemäss Art. 321c Abs. 3 OR mit einem Zuschlag gemäss Arbeitsgesetz für Nacht- oder Sonntagsarbeit kumulieren kann (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, Zürich 2012, Art. 321c N 12). Ferner gilt es mitzuberücksichtigen, dass Überstunden, die bereits vor Abschluss einer Wegbedingungsklausel angefallen sind, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Grundsatz zu

zwingenden Ansprüchen werden, auf welche nachträglich nur eingeschränkt verzichtet werden kann (BGE 124 III 469).

Mangelnder Erholungszweck der Ferien?

Das Ferienrecht folgt aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (d.h. aus seiner Pflicht, die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden zu achten und zu schützen, auf deren Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen) und soll die Erholung der Arbeitnehmenden sicherstellen.

Die durch die 24-Stunden-Gesellschaft geforderte ständige Erreichbarkeit – und damit die Fortsetzung der Arbeitstätigkeit auch während der Ferien – bildet einen Faktor, welcher dem Gelingen, die arbeitsfreie Zeit erholsam zu gestalten, entgegensteht (Norbert K. Semmer/Maria U. Kottwitz, «Auswirkung von Freizeit auf Gesundheit und Produktivität», Gutachten zuhanden des Bundesamts für Justiz, Bern, 2011). Die ständige Erreichbarkeit ist mit dem Ferienbezug somit grundsätzlich nicht vereinbar; folglich sind die eingegebenen, aber durch geleistete Arbeit unbenutzt gebliebenen Ferientage dem Ferienguthaben wieder gutzuschreiben.

Als Ausnahme davon gilt die Erholung der Arbeitnehmenden als gewahrt, wenn die Erreichbarkeit nur in Notfällen gewährleistet sein muss oder wenn die Arbeitnehmenden sich aus eigenem Antrieb ständig informiert halten (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 329 a N 6). Wobei die Abgrenzung, ob ein Notfall vorliegt oder nicht und ob von den Arbeitnehmenden nicht doch erwartet wird, sich zur Verfügung zu halten, und die Freiwilligkeit deshalb verneint werden muss, mitunter schwierig bis unmöglich ist.

Beweislast der Arbeitnehmenden

Aufgrund der allgemeinen Regel zur Beweislast (Art. 8 ZGB) hat «derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet». Die Arbeitnehmenden haben folglich nachzuweisen, dass sie Mehrarbeit geleistet haben und dass diese angeordnet oder zumindest betrieblich notwendig war. Gleichzusetzen sind von Arbeitnehmenden geleistete, aber nicht explizit vom Arbeitgeber angeordnete Mehrstunden, von denen der Arbeitgeber Kenntnis erlangt

und diese durch Unterlassen einer Reaktion genehmigt. Ebenso kann ein Untätigbleiben des Arbeitgebers gegenüber ihm zur Kenntnis gebrachter Mehrarbeit dazu führen, dass eine Klausel im Arbeitsvertrag, die das Leisten von Mehrstunden explizit von einer Anordnung abhängig macht, für die Zukunft stillschweigend dahingehend abgeändert wird, dass eine Anordnung nicht mehr nötig ist (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321c N 10).

Ebenfalls obliegt den Arbeitnehmenden der Beweis, dass wegen angefallener Arbeit in den Ferien der Erholungszweck vereitelt war und ihnen die unbenutzt gebliebenen Ferientage deshalb wieder gutzuschreiben sind.

Wie Mehrarbeit nachweisen?

Die Beweisfrage ist meist der zentrale Aspekt eines Gerichtsverfahrens auf Bezahlung der Mehrleistung. Oft sehen sich Arbeitnehmende mit dem Umstand konfrontiert, dass sich der Nachweis der geleisteten Mehrarbeit schwierig gestaltet. Dies, weil entgegen der gesetzlichen (soweit anwendbar Art. 46 ArG i.V.m. Art. 73 ff. ArGV1) oder einer allfälligen gesamtarbeitsvertraglichen Verpflichtung des Arbeitgebers im betreffenden Betrieb eine offizielle Arbeitszeitdokumentation gänzlich fehlt. Als taugliche Beweismittel für die Leistung von Mehrstunden sind in solchen Fällen insbesondere verschickte E-Mails, Telefonabrechnungen oder Login-Auswertungen zu erachten. Denkbar sind auch Zeugenbeweise, wobei der Mehrstundenbeweis aufgrund der Tatsache, dass kaum je ein Zeuge die gesamte Arbeitszeit der betreffenden Arbeitnehmenden bezeugen kann, schwieriger zu erbringen ist (für einen gelungenen Zeugenbeweis, vgl. BGer 4A_611/2012 vom 19.02.2103 E. 2.2 ff.). Von Arbeitnehmenden insbesondere nachträglich selber erstellte Stundenaufzeichnungen genügen für einen erfolgreichen Mehrstundenbeweis in der Regel nicht – mit der Ausnahme des Falls, in welchem die Arbeitnehmenden die selber erstellten Stundenblätter dem Arbeitgeber regelmässig übergeben und dieser sie akzeptiert oder zumindest nicht widerspricht (BGer 4A_42/2011 bzw. 4A_68/2011 vom 15.07.2011 E. 5.1 f.).

Beweisschwierigkeiten werden gemildert

Die Beweisschwierigkeiten, die mit einer fehlenden Zeiterfassung einhergehen, können

zusätzlich durch die Möglichkeit, eine gerichtliche Schätzung der geleisteten Mehrstunden zu verlangen, gemildert werden (Art. 42 Abs. 2 OR analog). Hingegen ist eine Beweislastumkehr, d.h. die Überbindung der Beweislast auf den Arbeitgeber, nur in Ausnahmefällen denkbar. Die Verletzung der Pflicht, die Arbeitszeiten zu dokumentieren, reicht hierfür nicht aus; sie kann jedoch vom Gericht in die Würdigung der vom Arbeitnehmer beigebrachten Beweismittel miteinbezogen werden (BGer 4C.307/2006 vom 26.03.2007 E. 3.1). Es braucht vielmehr ein rechtsmissbräuchliches Verhalten, wie beispielsweise das absichtliche Zerstören von Arbeitszeitunterlagen durch den Arbeitgeber, um diese in einem anstehenden Prozess nicht herausgeben zu müssen (sogenannte Beweisvereitelung).

Die Beweiserleichterung nach Art. 42 Abs. 2 OR kann sich dabei sowohl auf die Leistung der Mehrarbeit an sich als auch auf die Frage des Umfangs solcher Mehrleistung beziehen. Hingegen wird ein Gericht lediglich dann eine Schätzung vornehmen, wenn die Arbeitnehmenden sämtliche Umstände darzulegen vermögen, welche «die Leistung solcher Mehrstunden nicht bloss im Bereich des Möglichen, [...] sondern als annähernd sicher» erscheinen lassen (BGer 4C.307/2006 vom 26.03.2007 E. 3.2).

Vermehrte Arbeitszeitkontrollen

Abzuwarten bleibt, ob die Beweiserbringung der Arbeitnehmenden auch durch die Tendenz der Arbeitsinspektorate, die Arbeitszeiten (und deren korrekte Erfassung) häufiger und strenger zu prüfen, erleichtert wird. Haben die Arbeitnehmenden eine offizielle Zeiterfassung in der Hand, besitzen sie gute Beweischancen, was dem Arbeitgeber die schwierigere Prozessstellung zuschiebt. Ungeachtet dessen ist den Arbeitsvertragsparteien ohnehin zu empfehlen, sich anlässlich der Vertragsschliessung mit der Überstundenproblematik auseinanderzusetzen und sich mit den gesetzlichen Regelungen und Spielräumen vertraut zu machen.



AUTORIN

Anna Neukom Chaney, lic.iur., ist als Rechtsanwältin bei Altenburger Ltd legal + tax tätig. Sie berät Klienten in allen Bereichen des Arbeitsrechts und ist zudem auf die Führung von nationalen und internationalen Prozessen vor staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten spezialisiert.