

*Urteil***Abgrenzung Gleitzeit zu Überstunden**

Bei gleitender Arbeitszeit ist zwischen den Überstunden und einem positiven Stundensaldo zu unterscheiden. Bestimmt der Arbeitnehmer die Dauer seiner täglichen Arbeitszeit frei, liegt es als Gegenleistung für diese Autonomie in seinem Verantwortungsbereich, den von ihm freiwillig angesammelten Gleitstundensaldo rechtzeitig abzubauen.

**Sachverhalt**

X. SA stellte A. am 12. Februar 2007 als Controller an. Der Arbeitsvertrag enthielt unter anderem die folgenden Bestimmungen: Die Arbeitszeit wurde nach den jeweiligen Bedürfnissen im Einvernehmen mit der Generaldirektion festgesetzt. Als Arbeitszeiträumen wurde grundsätzlich 9.00 bis 12.00 Uhr und 13.00 bis 18.00 Uhr vereinbart. Der ausgerichtete Lohn deckte sämtliche Leistungen von A. sowie seine Geschäftsreisen in der Schweiz und im Ausland ab; die Entschädigung durch Urlaub und die gesonderte Bezahlung von Überstunden waren unter dem Vorbehalt besonderer Abreden grundsätzlich ausgeschlossen. A. wurde darauf hingewiesen, dass zu seiner Tätigkeit zahlreiche Geschäftsreisen gehören würden.

X. hielt Gesellschaften mit Sitz in Marokko. A. verbrachte viel Zeit in diesem Land, wo er D., Direktor von zwei Konzerngesellschaften, unterstellt war. Ab dem 1. Mai 2007 stand ihm ein Junior Controller zur Seite.

Am 30. Januar 2008 kündigte X. das Arbeitsverhältnis auf den 31. März 2008. Ab dem 25. Februar 2008 stellte A. verschiedene Begehren; dabei verlangte er die Auszahlung von 550 Überstunden. A. legte eine von ihm erstellte Abrechnung über 787,5 Überstunden für die Zeit von April 2007 bis Januar 2008 vor; zuvor hatte er seiner Arbeitgeberin nie eine solche Abrechnung eingereicht.

**Aus den Erwägungen**

**2.2** Die Beweislast, dass die Überstunden tatsächlich geleistet wurden, liegt beim Arbeitnehmer. Lässt sich die genaue Anzahl geleisteter Stunden nicht ermitteln, kann sie der Richter in sinngemässer Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR schätzen. Bei der ermessensweisen

Schätzung handelt es sich um Beweiswürdigung bzw. Sachverhaltsfeststellung, die vom Bundesgericht nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür überprüft wird. Obwohl Art. 42 Abs. 2 OR die Beweislast erleichtert, enthebt sie den Arbeitnehmer nicht von der Pflicht, dem Richter alle Umstände, die Hinweise auf die geleisteten Stunden geben, soweit zumutbar darzulegen. Der Schluss, dass die Überstunden tatsächlich im geltend gemachten Ausmass geleistet wurden, muss sich dem Richter mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen.

Hat der Arbeitgeber kein System zur Arbeitszeitkontrolle eingeführt und verlangt er von den Arbeitnehmern auch keine Abrechnungen, wird der verlangte Beweis erschwert. Der Arbeitnehmer, der sich in dieser Situation auf Zeugenaussagen beruft, um seine tatsächliche Arbeitszeit zu beweisen, verwendet ein geeignetes Beweismittel.

**2.3** Erwiesen ist, dass A. die Auszahlung seiner Überstunden erst sieben Wochen nach seiner Entlassung verlangte; in den Gesprächen nach der Kündigung brachte er diese Frage zunächst nicht zur Sprache. Zur Stützung seiner Forderung reichte er eine persönliche Abrechnung über 787,5 Überstunden ein, die er zuvor X. nie vorgelegt hatte.

Das kantonale Gericht präzisierte, dem gerichtlichen Gutachten seien keine zusätzlichen Beweise zu der vom Arbeitnehmer eingereichten Abrechnung zu entnehmen. Anschliessend stützte es sich auf eine Urkunde und auf die Zeugenaussagen, denen es Folgendes entnahm:

In einem Geschäftsbericht von Ende November 2007 hatte D., Vorgesetzter von A. für die Aktivitäten in Marokko, darauf hingewiesen, regelmässig 14 bis



16 Stunden pro Tag mit A. gearbeitet zu haben. Bei seiner Einvernahme als Zeuge hatte D. bestätigt, A. habe im Rahmen seiner verschiedenen Tätigkeiten über 12 Stunden täglich gearbeitet, zudem am Samstagvormittag und manchmal auch am Sonntag; aufgrund seiner Gewissenhaftigkeit habe er sich stets verpflichtet gefühlt, die Erwartungen seiner Vorgesetzten zu erfüllen, ohne die dafür notwendige Zeit aufzuschreiben.

Der Assistent von A. hatte ausgesagt, dieser habe seine ganze Zeit und auch einen wesentlichen Teil der Abende und Wochenenden, oft zusammen mit D., der Arbeit gewidmet. Der ehemalige Generaldirektor von X. hatte ausgesagt, A. habe nie die Anweisung erhalten, Überstunden zu leisten, räumte allerdings ein, dass die Tage im Ausland lang waren. Er habe selbst regelmässig 12 bis 14 Stunden pro Tag gearbeitet. Ein anderer Vorgesetzter hatte gesagt, er wisse nicht, ob die Abrechnung den Tatsachen entspreche, gleichzeitig aber eingeräumt, dass die Untergebenen auch am Sonntag, Samstag oder spät am Abend aufgebeten werden konnten. Ein fünfter Zeuge schliesslich hatte ausgesagt, A. habe viele Dossiers bearbeitet und die Tatsache, dass er sie mit nur einem Assistenten bearbeiten musste, habe zu Überstunden führen können.

Das Berufungsgericht kam zum Schluss, dass man aus den Zeugenaussagen mit einer «gewissen Überzeugungskraft», wie sie von der Recht-



Illustration: Christine Ruff

sprechung gefordert wird, schliessen konnte, dass tatsächlich 700 Überstunden geleistet worden waren, was im Verlaufe des Arbeitsverhältnisses von Mitte Februar 2007 bis Mitte Februar 2008 monatlich 58 Stunden entspricht.

**2.5** In Bezug auf den Sachverhalt bestreitet X. die zugrunde gelegten Überstunden mit einer überwiegend appellatorischen Argumentation, indem sie sich teilweise auf Sachverhalte stützt, die dem angefochtenen Urteil nicht zu entnehmen sind; dies ist etwa der Fall bei den Erklärungen zum Freitag. Der Vorwurf betreffend Auslegung des Geschäftsberichts ist unbegründet. Gestützt auf die Zeugenaussagen, unter anderem diejenige des Verfassers des Berichts, ist nicht einzusehen, inwiefern der Standpunkt, die «gemeinsam verbrachten» 14 bis 16 Stunden seien Arbeitszeit, willkürlich sein soll, selbst wenn A. und sein Vorgesetzter die Dienstwohnung von X. miteinander teilten.

Im Übrigen bestreitet X. die Glaubwürdigkeit der Zeugen nicht. Sie wirft dem Gericht nicht vor, andere Aspekte der Zeugenaussagen oder andere Beweiselemente willkürlich ausser Acht gelassen zu haben.

**3.1** X. beanstandet im Weiteren eine Verletzung von Art. 321c Abs. 3 OR. Mit dem Hinweis auf eine Rechtsprechung über die gleitende Arbeitszeit wirft sie

dem kantonalen Gericht vor, es habe nicht beachtet, dass A. bei der Organisation seiner Arbeit grosse Freiheit genoss und genügend Zeit hatte, um die bei Sondereinsätzen oder in klaren Notfallsituationen geleisteten Überstunden auszugleichen. War er nicht in der Lage, die geleisteten Stunden zu kompensieren, hätte er dies X. melden und sie auf seine Arbeitsüberlastung aufmerksam machen müssen.

**3.2** Gemäss Art. 321c OR sind Überstunden mit Realersatz oder Geldleistungen auszugleichen; genau genommen kann der Arbeitgeber im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer die Überstundenarbeit innert eines angemessenen Zeitraumes durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer ausgleichen (Abs. 2). Wird die Überstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen, so hat der Arbeitgeber für die Überstundenarbeit Lohn zu entrichten (Abs. 3).

Der Arbeitgeber kann nicht einseitig den Ausgleich durch Realersatz vorschreiben. Dafür ist das Einverständnis des Arbeitnehmers notwendig. Es obliegt dem Arbeitgeber, das Bestehen einer solchen Abrede, die auch stillschweigend erfolgen kann, zu beweisen.

Im Übrigen ist bei gleitender Arbeitszeit zwischen den Überstunden und einem positiven Stundensaldo zu unterscheiden. Die Parteien können vereinbaren, dass der Arbeitnehmer in einem vordefinierten Rahmen die Dauer seiner täglichen Arbeitszeit frei bestimmt, sofern er innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens die vertraglich geschuldete Stundenzahl geleistet hat. In der Regel sind zwingende Präsenzzeiten («Blockzeiten») einzuhalten, während sich der Arbeitnehmer in der restlichen Zeit frei organisieren kann. Als Gegenleistung für diese Autonomie liegt es im Verantwortungsbereich des Arbeitnehmers, den von ihm freiwillig angesammelten Gleitstundensaldo rechtzeitig abzubauen. Lässt er diese Gleitzeit-Mehrstunden in grösserem Umfang anwachsen, übernimmt er damit das Risiko, sie im Falle einer Vertragsauflösung, die jederzeit möglich ist, nicht mehr abbauen zu können. Eine Entschädigung des Gleitzeitüberhangs kommt nur infrage, wenn betriebliche Bedürf-

nisse oder anderslautende Weisungen des Arbeitgebers den zeitlichen Ausgleich solcher Guthaben unter Einhaltung der Blockzeiten nicht zulassen. In diesem Fall sind die Mehrstunden aber nicht mehr als Gleitzeitguthaben, sondern als eigentliche Überstunden zu qualifizieren. In der Praxis ist es oft schwierig, die Überstunden von einem Gleitstundensaldo abzugrenzen; man darf nicht vergessen, dass Erstere den betrieblichen Bedürfnissen oder Weisungen des Arbeitgebers untergeordnet sind, während der Gleitstundensaldo vom Arbeitnehmer freiwillig angesammelt wird.

**3.3** Aus dem angefochtenen Urteil geht weder explizit noch implizit hervor, dass die Parteien abweichend vom arbeitsvertraglich vereinbarten Zeitrahmen flexible Arbeitszeit vereinbart hätten; es ist ihm auch nicht zu entnehmen, dass die Überstunden im Rahmen von Sondereinsätzen oder in Notfällen geleistet worden wären, die zu einer vorübergehenden Überlastung mit späterer Kompensationsmöglichkeit geführt hätten. Der Vorwurf der willkürlichen Darstellung des Sachverhalts wird von X. nicht vorgebracht; sie beschränkt sich darauf, diejenigen Teile der Zeugenaussagen hervorzuheben, die ihre eigene Version des Sachverhalts stützen würden. Ein solches Vorgehen rechtfertigt nicht, von dem im kantonalen Urteil angenommenen Sachverhalt abzuweichen. Im Übrigen hat das Berufungsgericht ohne Willkür festgestellt, dass A. eine hohe Anzahl Überstunden angesammelt hatte. Es wurde nicht bewiesen, dass X. diesbezügliche Weisungen erlassen hätte; mit anderen Worten waren diese Stunden auf die betrieblichen Bedürfnisse zurückzuführen. Ausserdem zeigt sich, dass X. die geleisteten Stunden nicht ignorieren konnte und dass kein Beweis einer Kompensation erbracht wurde. Unter diesen Umständen kann X. nicht die Rechtsprechung über die gleitende Arbeitszeit geltend machen. Der Vorwurf ist unbegründet.

*Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts, 19. Februar 2013 (4A\_611/2012) (Übersetzung aus dem Französischen)*