



Fall-Nr.:	BZ.2008.40
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	22.09.2008
Entscheiddatum:	22.09.2008

Entscheid Kantonsgericht, 22.09.2008

Art. 321c OR; Art. 9 ff. Arbeitsgesetz; GAV/Reinigungsbranche. Erwägungen zum persönlichen Anwendungsbereich des GAV/Reinigungsbranche; im besonderen Fall nicht anwendbar. Überstunden- und Überzeitentschädigung: Zusprechung einer Entschädigung für stillschweigend akzeptierte Überstundenarbeit, soweit die Überstundenentschädigung vertraglich nicht teilweise ausgeschlossen worden war. Keine Zusprechung von Überzeitentschädigung zufolge Kompensation (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 22. September 2008, BZ.2008.40).

Erwägungen

I.

1. Der Kläger arbeitete ab 1. Mai 2006 als "verantwortlicher Leiter für den Geräteunterhalt" bei einer Tochtergesellschaft der Beklagten, welche Fahrzeuge, Maschinen und Geräte vermietet (vgl. insbes. Klage, 3, kläg. act. I/1 und Klageantwort, 1 f.). Als Arbeitgeberin trat die Beklagte auf; sie unterzeichnete insbesondere den schriftlichen Arbeitsvertrag vom 10. Mai 2006 (kläg. act. I/1) und erstellte auch die Gehaltsabrechnungen (bekl. act. 6). Mitte März 2007 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis auf Ende April 2007 (kläg. act. I/3). Zugleich unterbreitete sie dem Kläger einen neuen Arbeitsvertrag mit Vertragsbeginn am 1. Mai 2007 (kläg. act. I/4), den dieser indes nicht unterzeichnete, womit das Arbeitsverhältnis - worüber sich die Parteien einig sind - per 30. April 2007 endete.



2. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses forderte der Kläger die Beklagte auf, ihn für Überstunden- und Überzeitarbeit sowie Spesen mit Fr. 12'240.20 zu entschädigen; zugleich ersuchte er um Abänderung des ausgestellten Arbeitszeugnisses (kläg. act. I/5). Eine Einigung kam nicht zustande, worauf der Kläger am 5. Februar 2008 beim Arbeitsgericht Klage erhob mit dem Begehren, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm ein bereinigtes Arbeitszeugnis auszustellen sowie für Überstunden- und Überzeitarbeit Fr. 11'698.- nebst 5% Zins seit 30. April 2007 zu bezahlen. Die Beklagte stellte in ihrer Klageantwort den Antrag, die Klage sei abzuweisen (Klageantwortformular; Klageantwort, 1 und 3; vgl. auch Urteil, 2). Bezüglich der eingeklagten Forderung vertrat sie u.a. den Standpunkt, der Kläger habe eine leitende Stellung gehabt, weshalb er schon aus diesem Grund keinen Anspruch auf Überstunden- und Überzeitarbeit habe (vgl. Klageantwort, 1 f.). Nach der Hauptverhandlung einigten sich die Parteien aussergerichtlich auf ein bereinigtes Arbeitszeugnis, womit die Klage in diesem Punkt gegenstandslos wurde (Urteil, 2). Mit Urteil vom 26. März 2008 sprach die Vorinstanz dem Kläger Fr. 3'117.50 nebst 5% Zins seit 30. April 2007 zu; im Übrigen wies sie die Forderungsklage ab.

3. Gegen diesen Entscheid erhob der Kläger am 5. Juni 2008 fristgerecht die vorliegende Berufung mit dem Antrag, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm Fr. 10'617.15 nebst 5% Zins seit 30. April 2007 zu bezahlen (B/1 = Berufung). Mit Eingabe vom 27. Juni 2008 stellte die Beklagte den Antrag, die "Klage" sei vollumfänglich abzuweisen (B/7). Da sie in ihren Ausführungen zudem jeden Anspruch des Klägers bestritt, ist davon auszugehen, dass sie damit nicht bloss die Berufungsantwort erstatten, sondern zugleich Anschlussberufung erheben wollte. Dem Kläger wurde diese Eingabe zwar bloss als Berufungsantwort unter Fristansetzung für eine allfällige nachträgliche Eingabe zugestellt (B/10). Er hat indes die gegnerische Anschlussberufung ohne Zweifel als solche erkannt, wenn er in seiner nachfolgenden, als "Replik" bezeichneten Eingabe vom 11. Juli 2008 darum ersucht, die "Berufungsantwort" bzw. "Beschwerdeantwort abzuweisen und unsere Beschwerde zu schützen", womit er offensichtlich (auch) die Abweisung der Anschlussberufung beantragen will (B/11, 2 und 3). Die Beklagte ihrerseits liess nach Zustellung der klägerischen Eingabe vom 11. Juli 2008 die Frist für eine allfällige nachträgliche Eingabe unbenutzt verstreichen (B/14).



II.

Gemäss Art. 343 Abs. 4 OR stellt der Richter bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.- den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Die Parteien sind aber dennoch zur Mitwirkung verpflichtet, wobei sie dem Richter insbesondere das in Betracht kommende Tatsachenmaterial zu unterbreiten haben - ihnen also gleichwohl die Behauptungs- und Substanziierungslast obliegt - und sie auch die geeigneten Beweismittel bezeichnen müssen (Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., N 10 zu Art. 343 OR; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., N 14 zu Art. 343 OR; wolfgang Portmann, Basler Kommentar, N 17 f. zu Art. 343 OR; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N 3b zu Art. 93 ZPO).

III.

1. Die Beklagte bestreitet nicht, dass sie im vorliegenden Zusammenhang passivlegitimiert ist (vgl. Klageantwort und Berufungsantwort/Anschlussberufung).
2. Als Überstundenarbeit gilt jene Arbeit, welche über die im Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag vereinbarte, im Betrieb geltende oder in der Branche übliche Stundenzahl hinaus geleistet wird (BGE 129 V 107, mit Hinweisen; Portmann, a.a.O., N 1 zu Art. 321c OR). Wurde Überstundenarbeit vom Arbeitgeber angeordnet oder war sie betrieblich notwendig, ist sie grundsätzlich mit dem Normallohn und einem Zuschlag von mindestens 25% abzugelten, wenn sie nicht innert angemessener Frist durch Freizeit ausgeglichen wird (321c Abs. 2 und 3 OR; vgl. dazu: Portmann, a.a.O., N 6 ff. zu Art. 321c OR). Durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag oder durch schriftliche Abrede kann allerdings eine andere Regelung getroffen und insbesondere die Überstundenentschädigung als solche oder auch bloss der Zuschlag ausgeschlossen werden (vgl. Art. 321c Abs. 3 OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 5 zu Art. 321c OR). Wenn und soweit mit Überstundenarbeit die im Arbeitsgesetz vorgeschriebene Maximalarbeitszeit überschritten wird, liegt zugleich sogenannte Überzeitarbeit vor. Sie



ist, soweit keine Kompensation erfolgt, zwingend mit einem Lohnzuschlag von 25% zu entschädigen (Art. 9 ff., insbes. Art. 13 ArG).

Bei leitenden Angestellten ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung davon auszugehen, dass für sie - mangels anderer Abrede - die im Betrieb übliche Arbeitszeit nicht gilt. Von ihnen darf eine qualitativ und quantitativ überdurchschnittliche Leistung erwartet werden, wofür sie namentlich mit einem hohen Lohn sowie Freiheiten bei der Arbeitseinteilung abgegolten werden. Angestellten in leitender Position steht daher in der Regel nur dann eine Überstundenentschädigung zu, wenn der Arbeitsvertrag dies ausdrücklich vorsieht oder wenn mit ihnen eine begrenzte Arbeitszeit vereinbart und eine Überstundenentschädigung nicht schriftlich ausgeschlossen wurde; ferner, wenn ihnen über die vertraglichen Pflichten hinaus zusätzliche Aufgaben übertragen wurden, oder wenn die gesamte Belegschaft während längerer Zeit in wesentlichem Umfang Überstunden geleistet hat (Christoph Senti, Überstunden, AJP 2003, 373 ff., 382 f.; Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, N 4 zu Art. 321c OR; Portmann, a.a.O., N 10 zu Art. 321c OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 6 zu Art. 321c OR; BGE 129 III 171). Auf höhere leitende Angestellte ist zudem das Arbeitsgesetz nicht anwendbar (Art. 3 lit. d ArG); sie können sich daher nicht auf die dort geregelten Maximalarbeitszeiten berufen, womit ihnen auch keine Überzeitentschädigung zusteht.

3. a) Im erstinstanzlichen Verfahren vertrat der Kläger den Standpunkt, auf das vorliegende Arbeitsverhältnis seien die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages für die Reinigungsbranche in der Deutschschweiz (im Folgenden: GAV/Reinigungsbranche) anwendbar (Klage, 4 f.; vgl. dazu Bundesratsbeschlüsse über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für die Reinigungsbranche in der Deutschschweiz vom 18. Juni 2004 [in Kraft ab 1. Juli 2004 mit Geltung bis 31. Dezember 2006] und 14. März 2007 [Wiederinkraftsetzung und Änderung, in Kraft ab 1. April 2007 mit Geltung bis 31. Dezember 2010]). Dem ist entgegenzuhalten, dass der betriebliche Geltungsbereich der allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV/Reinigungsbranche auf "Betriebe und Betriebsteile" beschränkt ist, die Unterhalts- und Spezialreinigungsarbeiten an und in Gebäuden ausführen (vgl. Art. 2 Abs. 2 des BRB vom 18. Juni 2004 und vom 14. März 2007). Hier mag zwar zutreffen, dass die Beklagte - als ganzer Betrieb oder allenfalls mit Betriebsteilen - den allgemein verbindlich



erklärten Bestimmungen des GAV/Reinigungsbranche untersteht (vgl. vi-act. 6 [= Handelsregisterauszug] und Urteil, 3). Der Kläger wurde indes wie erwähnt ausschliesslich bei einer Tochtergesellschaft eingesetzt, die ihrerseits nicht in der Reinigungsbranche tätig ist, sondern Fahrzeuge, Maschinen und Geräte vermietet, und daher nicht unter diesen Gesamtarbeitsvertrag fällt (vgl. oben Erw. I.1). Im Übrigen lassen sowohl die am 18. Juni 2004 wie auch die am 14. März 2007 allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV/Reinigungsbranche - im Lichte der jeweils in Art. 4 definierten Mitarbeiterkategorien - keine Zweifel offen, dass sie in persönlicher Hinsicht nur für Angestellte gelten, die Reinigungsarbeiten ausführen. Im Falle des Klägers ist nun aber unumstritten und ergibt sich auch aus dem Arbeitsvertrag (kläg. act. I/1 Ziffer 1.4) sowie dem Arbeitszeugnis (vi-act. 15), dass sein Aufgabenbereich keine solchen Arbeiten erfasste. Die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV/Reinigungsbranche sind auf das vorliegende Arbeitsverhältnis somit nicht anwendbar, womit sich der Kläger nicht auf die in Art. 6.1 festgelegte Wochenarbeitszeit von 42 Stunden sowie die in Art. 7.3 enthaltene Regelung zur Überstundenentschädigung berufen kann. Im Berufungsverfahren stützt er sich denn auch zu Recht nicht mehr auf diese Bestimmungen.

b) In Ziffer 4 des Arbeitsvertrages vom 10. Mai 2006 haben die Parteien unter dem Titel "Arbeitszeit, Überstunden" folgendes vereinbart (kläg. act. I/1 Ziffer 2 [Rechtschreibversehen korrigiert]):

" Die Arbeitszeit richtet sich nach den Bedürfnissen der Firma.

Arbeitszeiten Sommer 06.30-12.00 Uhr 13.00 Uhr-17.30 Uhr

Arbeitszeiten Winter 07.30-12.00 Uhr 13.00 Uhr-17.00 Uhr

Ab 18.00 Uhr oder bei früheren Abfahrzeiten kann Herr A die Zeiten

aufschreiben und in der stillen Geschäftszeit kompensieren.

Nicht kompensierte Stunden werden ohne Zuschlag ausbezahlt.

Eine Kopie der bewilligten Stunden muss monatlich dem Personalbüro abgegeben werden."



Die Vorinstanz geht gestützt auf diese Vertragsbestimmung davon aus, es sei für das Sommerhalbjahr eine tägliche Arbeitszeit von 10 Stunden und für das Winterhalbjahr eine solche von 8.5 Stunden vereinbart worden, was im Mittel eine vertragliche Arbeitszeit von 9.25 Stunden pro Tag oder 46.25 Stunden pro Woche ergebe (Urteil, 5 f.). Der Kläger behauptet hingegen, er habe mit der Beklagten eine wöchentliche Arbeitszeit von 42 Stunden bzw. eine tägliche Arbeitszeit von 8.4 Stunden vereinbart (Klage, 3; Berufung, 4).

Die Beklagte - die wie erwähnt den Standpunkt vertritt, der Kläger sei leitender Angestellter gewesen, weshalb ihm keine Überstunden- und Überzeitentschädigung zustehe (vgl. Klageantwort, 1 f., Berufungsantwort/Anschlussberufung, 2 f.) - hielt in einem Brief an den klägerischen Rechtsvertreter vom 8. Januar 2008 ausdrücklich fest, im mit dem Kläger abgeschlossenen Arbeitsvertrag sei "wie für diese Position üblich ... keine Wochenarbeitszeit eingesetzt" worden (kläg. act. I/9, 1 unten). Zudem führte sie in der Klageantwort aus, bei den Vertragsverhandlungen sei dem Kläger "klar kommuniziert" worden, dass "im Prinzip eine wöchentliche Arbeitszeit von 42 Stunden" gelte, dass "in leitender Position jedoch keine Überzeit" vergütet werde (Klageantwort, 1 unten). Im Lichte dieser Aussagen verbietet sich nun aber die Annahme der Vorinstanz, mit den in Ziffer 2 des Arbeitsvertrages für den Sommer und den Winter erwähnten "Arbeitszeiten" hätten die Parteien eine tägliche Sollarbeitszeit von (im Mittel) 9.25 Stunden vereinbart. Vielmehr ist dem Kläger beizupflichten, dass damit offensichtlich (bloss) die für ihn geltenden Rahmenarbeitszeiten definiert werden sollten (vgl. Berufung, 4). Aus den zitierten Ausführungen der Beklagten ergibt sich überdies, dass für ihre Angestellten in der hier massgebenden Zeit eine wöchentliche Arbeitszeit von 42 Stunden galt. Soweit die Beklagte den Standpunkt vertritt, der Kläger habe eine leitende Funktion gehabt, weshalb ihm für darüber hinaus geleistete Arbeit keine Entschädigung zustehe (Klageantwort, 1 f.; Berufungsantwort/Anschlussberufung, 2 f.), ist ihr entgegenzuhalten, dass der Kläger - auch wenn er im Arbeitsvertrag und im Arbeitszeugnis als "verantwortlicher Leiter für den Geräteunterhalt" bezeichnet wird (kläg. act. I/1 Ziffer 1.1; vi-act. 15) - offensichtlich kein leitender Angestellter im Sinne der oben erwähnten Lehre und Rechtsprechung war: Nach einhelliger Auffassung kann - unabhängig von der betriebsinternen Bezeichnung - in der Regel nur dann eine leitende Funktion angenommen und gestützt darauf der gesetzliche Anspruch auf Überstunden- und Überzeitentschädigung ausgeschlossen werden, wenn der



Betroffene die Arbeitszeit weitgehend frei einteilen kann, einen relativ hohen Lohn bezieht und vor allem auch weitreichende Entscheidungsbefugnisse hat (Portmann, a.a.O., N 10 zu Art. 321c OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 6 zu Art. 321c OR). All dies war hier nicht der Fall: Der im Arbeitsvertrag und im Arbeitszeugnis umschriebene Aufgabenbereich (Ausführung und Überwachung von Service- und Reparaturarbeiten, Störungsbearbeitung und -überwachung, Über- und Vorführen von Geräten sowie Ausführen von Transporten; kläg. act. I/1 Ziffer 1.4 und vi-act. 15) legt nahe, dass der Kläger keine gewichtigen Entscheidungskompetenzen hatte. Mit Fr. 71'500.- brutto bezog er zudem kein überdurchschnittliches Salär (vi-act. I/1 Ziffer 3; www.lohn-sgb.ch; ein firmeninterner Vergleich ist mangels entsprechender Parteivorbringen nicht möglich, und dass die Beklagte angeblich tiefere Chauffeurlöhne bezahlt [vgl. Berufungsantwort/Anschlussberufung, 2], ist unerheblich, da das Pflichtenheft des Klägers neben Transportdiensten eine Vielzahl weiterer Aufgaben umfasste). Im Übrigen mag zwar zutreffen, dass es dem Kläger bei ruhigem Geschäftsgang erlaubt war, längere Pausen zu machen und während der Arbeitszeit private Angelegenheiten zu erledigen (vgl. Berufungsantwort/Anschlussberufung, 2 und 3; unbestritten). Er war indes wie erwähnt an Rahmenarbeitszeiten gebunden, und seine Präsenzzeit wurde - wie die Beklagte selbst ausführt (Berufungsantwort/Anschlussberufung, 2) - in erster Linie durch die betrieblichen Bedürfnisse bestimmt, womit ihm keine freie Arbeitseinteilung im oben erwähnten Sinn möglich war. Daraus folgt, dass der Kläger keine leitende Stellung hatte, womit die im Betrieb übliche Wochenarbeitszeit von 42 Stunden auch für ihn galt und jene Arbeitsstunden, die er darüber hinaus leistete, als Überstunden zu qualifizieren sind.

Zu prüfen bleibt, ob die Parteien die Entschädigung von Überstunden vertraglich ausgeschlossen haben. Ein allfälliger mündlicher Hinweis - wie ihn die Beklagte behauptet - genügt zum vornherein nicht, da das Gesetz in diesem Zusammenhang wie erwähnt Schriftlichkeit verlangt (Art. 321c Abs. 3 OR). Doch haben die Parteien in Ziffer 2 des schriftlichen Arbeitsvertrages vereinbart, der Kläger könne "ab 18.00 Uhr oder bei früheren Abfahrzeiten ... die Zeiten aufschreiben und in der stillen Geschäftszeit kompensieren" und "nicht kompensierte Stunden" würden "ohne Zuschlag ausbezahlt", woraus sich - wie der Kläger selbst einräumt (Berufung, 5) - sinngemäss ergibt, dass nur die vor 6.30 Uhr (Sommer) bzw. 7.30 Uhr (Winter) und nach 18.00 Uhr geleisteten nicht kompensierten Überstunden entschädigungspflichtig



sind, was wiederum impliziert, dass für nach 6.30 bzw. 7.30 Uhr und vor 18.00 Uhr geleistete Überstundenarbeit eine Entschädigungspflicht der Beklagten entfällt. Dass die Parteien diesen Passus bloss deshalb in den Vertrag aufgenommen hätten, weil dem Kläger trotz der - vermeintlich - leitenden Stellung eine beschränkte Kompensationsmöglichkeit und ein beschränkter Entschädigungsanspruch zugestanden werden sollte, und sie ihn weggelassen hätten, wenn ihnen bewusst gewesen wäre, dass es an einer leitenden Stellung fehlte, behauptet der Kläger nicht (vgl. insbes. Klage, 4 oben und Berufung, 3-5). Auch die Akten lassen diesen Schluss nicht zu. Naheliegender ist vielmehr, dass diese Abrede in erster Linie im besonderen Pflichtenheft des Klägers begründet lag, welches - was unbestritten und im Übrigen auch nachvollziehbar ist - bezüglich der Arbeitszeiten ein hohes Mass an Flexibilität erforderte, auf der anderen Seite bei ruhigem Geschäftsgang aber Zeit für grössere Arbeitspausen liess, in denen es dem Kläger auch erlaubt war, kompensationshalber Privates zu erledigen (Klageantwort, 3 und Berufungsantwort/Anschlussberufung, 1-3; unbestritten). Demnach ist im Folgenden davon auszugehen, dass der Kläger gemäss schriftlicher Abrede nur für die vor 6.30 Uhr (Sommer) bzw. vor 7.30 Uhr (Winter) und nach 18.00 Uhr geleisteten nicht kompensierten Überstunden einen Entschädigungsanspruch hat - der sich wiederum gemäss schriftlicher Abrede nach dem üblichen Stundenlohn ohne Zuschlag bemisst -, und dass die Entschädigungspflicht der Beklagten für Überstundenarbeit im Übrigen entfällt. Dabei ist mangels anderer Parteivorbringen davon auszugehen dass die Sommerregelung von April bis Oktober und die Winterregelung von November bis März gilt, dies in Anlehnung an die Zeitumstellung, die jeweils Ende März und Ende Oktober erfolgt.

c) Zum Nachweis der angeblich geleisteten Arbeitsstunden verweist der Kläger auf die Tabellen kläg. act. I/6 Blatt 2 ff. (die insoweit mit den Tabellen kläg. act. II/ 3+4 je Blatt 2 ff. übereinstimmen). In ihrem Schreiben vom 8. Januar 2008 an den klägerischen Rechtsvertreter räumte die Beklagte ein, der Kläger habe ihr allmonatlich auf einer von ihm selbst entworfenen Tabelle die geleisteten Arbeitsstunden mitgeteilt, wobei sie zugleich anerkannte, dass sich die entsprechenden Stundenaufschriebe mit den in kläg. act. I/6 ausgewiesenen Arbeitsstunden decken (kläg. act. I/9, 2). Zudem hat sie an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung ausdrücklich anerkannt, dass die vom Kläger effektiv geleisteten Arbeitsstunden in den fraglichen Tabellen korrekt erfasst sind (Urteil, 6). Bei diesem Zugeständnis ist die Beklagte - auch wenn sie



St.Galler Gerichte

andernorts einwendet, die klägerischen Aufschriebe seien nicht kontrollierbar gewesen (insbes. Klageantwort, 3 und Berufungsantwort/Anschlussberufung, 3) - zu behaften, womit sich bei einer Sollarbeitszeit von 42 Stunden pro Woche bzw. 8.4 Stunden pro Tag folgende Überstundenberechnung ergibt:

Monat	Ist-Stunden *)	Soll-Sunden *)	Überstunden
05.06	251.25	184.80	
06.06	215.75	176.40	
07.06	211.75	168.00	
08.06	140.90	109.20	
09.06	225.25	176.40	
10.06	223.50	184.80	
11.06	184.00	151.20	
12.06	152.00	151.20	
01.07	120.50	117.60	
02.07	156.00	142.80	
03.07	196.00	184.80	
04.07	065.25	109.20	
Total	2'142.15	1'856.40	285.75

*) jeweils ohne Ferien- und Krankheitstage



In die entschädigungspflichtigen Randzeiten (vor 6.30 Uhr [April bis Oktober] bzw. vor 7.30 Uhr [November bis März] und nach 18.00 Uhr) fielen indes nur 83.25 Stunden (im Einzelnen: Arbeitsleistung vor 6.30 bzw. 7.30 Uhr: Mai 2006: 0.75 Stunden [17. Mai], Juni 2006: 4.50 Stunden [8., 14., 20. sowie 26.-28. Juni], Juli 2006: 3.00 Stunden [6. 19., 24., 26. und 27. Juli], August 2006: 0.50 Stunden [31. August], September 2006: 2.50 Stunden [1., 4., 8., und 12. September], Oktober 2006: 1.00 Stunde [26. Oktober], November 2006: 19.50 Stunden [2.-27. November], Dezember 2006: 5.00 Stunden [8., 12., 14., 18., 20., 21. und 27. Dezember], Januar 2007: 1.50 Stunden [2. und 3. Januar], Februar 2007: 2.00 Stunden [20. und 21. Februar], März 2007: 8.00 Stunden [2. und 5. sowie 20.-30. März]; Arbeitsleistung nach 18.00 Uhr: Mai 2006: 12.50 Stunden [2., 3., 10., 12., 15.-17. sowie 30. und 31. Mai], Juni 2006: 0.50 Stunden [19. Juni], Juli 2006: 5.75 Stunden [3., 11., 25. und 26. Juli], August 2006: 3.00 Stunden [21., 22. und 31. August], September 2006: 5.00 Stunden [1., 5., 6., 12., 14. und 21. September], November 2006: 4.00 Stunden [24. November], Dezember 2006: 0.50 Stunden [19. Dezember], Februar 2006: 3.50 Stunden [17. und 27. Februar], April 2007: 0.25 Stunden [11. April]).

d) Die Beklagte behauptet in der Berufungsantwort/Anschlussberufung, dem Kläger sei bereits bei der Einstellung mitgeteilt worden, Überstunden seien "bewilligungspflichtig"; während der gesamten Anstellungsdauer habe sie ihm aber nie eine dahingehende Bewilligung erteilt oder Überstunden angeordnet (Berufungsantwort/Anschlussberufung, 2). Dem ist entgegenzuhalten, dass nach einhelliger Auffassung und insbesondere auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts angeordneten oder im Voraus bewilligten Überstunden jene Überstunden gleichgestellt sind, die der Arbeitgeber nachträglich genehmigt, wobei eine solche Genehmigung auch stillschweigend erfolgen kann, indem er gegen die Meldung von Überstunden keinen Einspruch erhebt (Entscheid des Bundesgerichts vom 15. September 1992 in: JAR 1994, 140; Senti, a.a.O., 378; Brühwiler, a.a.O., N 12b zu Art. 321c OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 10 zu Art. 321c OR). Hier hat die Beklagte in ihrem Schreiben an den klägerischen Rechtsvertreter vom 8. Januar 2008 (kläg. act. I/9) wie erwähnt anerkannt, dass ihr der Kläger allmonatlich auf einer von ihm selbst entworfenen Tabelle die geleisteten Arbeitsstunden mitgeteilt hat und sich die entsprechenden Stundenaufschriebe mit jenen in den Tabellen kläg. act. I/6 Blatt 2 ff. decken. In der Berufungsantwort/Anschlussberufung macht sie zwar geltend, sie habe



dem Kläger die fraglichen Tabellen "als nicht akzeptiert zurückgegeben", womit sie offenbar dem Vorhalt entgentreten will, sie habe die geleisteten Überstunden zumindest nachträglich genehmigt (Berufungsantwort/Anschlussberufung, 3 unten). Sie versäumt es allerdings, Beweismittel zu nennen, welche diese - im Berufungsverfahren erstmals aufgestellte und vom Kläger bestrittene (B/11, 3) - Behauptung stützen könnten. Nicht aussagekräftig ist in diesem Zusammenhang insbesondere die als "Beilage B 2.1" eingereichte Kopie der Stundenerfassung des Monats Februar 2007, die den handschriftlichen Vermerk trägt: "kann nicht kontrolliert werden siehe Zusatz Vertrag keine Stunden bewilligt monatlich" (bekl. act. 5.1): Dass dem Kläger die fragliche Tabelle tatsächlich in diesem Sinne zurückgegeben wurde, ergibt sich aus diesem Beweisstück nicht, und es vermag erst recht nicht nachzuweisen, dass die Beklagte die klägerischen Stundenaufschriebe generell zurückgewiesen hätte. Auch andere einschlägige Beweismittel sind nicht ersichtlich. Insbesondere schweigt sich die Beklagte darüber aus, von wem und in welcher Form die Abrechnungen jeweils zurückgewiesen wurden, womit es zum Vornherein an Ansatzpunkten für eine entsprechende Zeugenbefragung fehlt. Im Ergebnis ist bei dieser Beweislage davon auszugehen, dass die Beklagte gegen die vom Kläger gemeldeten Überstunden keine Einwendungen erhob und diese somit stillschweigend akzeptierte, womit sie angeordneten Überstunden gleichzusetzen sind.

e) Hinweise, dass der Kläger nachträglich auf eine Entschädigung der Überstundenarbeit verzichtet hätte, liegen - entgegen dem sinngemässen Standpunkt der Beklagten (vgl. Berufungsantwort/Anschlussberufung 3 f.) - nicht vor: Soweit er die ersten sechs Lohnabrechnungen unterzeichnete, ist seitens der Beklagten unbestritten geblieben, dass dies im Hinblick auf die Einarbeitungszuschüsse der Arbeitslosenkasse erfolgte (B/11, 3); ein Verzicht auf die Entschädigung von Überstunden kann daraus nicht hergeleitet werden. Auch dass der Kläger die Überstundenentschädigung erst mit Verzögerung verlangte, kann ihm nicht zum Nachteil gereichen. Denn das blosses Zuwarten mit der Geltendmachung von Überstundenentschädigungen ist kein Rechtsmissbrauch, und eine Verwirkung wegen verzögerter Geltendmachung darf nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur angenommen werden, wenn zum Zeitablauf weitere Umstände hinzutreten, die den Vorwurf rechtfertigen, der Arbeitnehmer setzte sich zu seinem früheren Verhalten in einen unvereinbaren Widerspruch (vgl. Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 10 zu Art. 321c OR, mit Hinweisen auf



die Rechtsprechung). Solche zusätzlichen Umstände sind hier nicht ersichtlich. Insbesondere kann dem Kläger angesichts der unklaren und auslegungsbedürftigen Vertragslage nicht zum Nachteil gereichen, dass er bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses offenbar zunächst von einer anderen Überstundenberechnung ausgegangen ist (vgl. Berufungsantwort/Anschlussberufung, 4).

f) aa) Bei einem Jahresgehalt von brutto Fr. 71'500.- (vi-act. I/1 Ziffer 3) und einer wöchentlichen Arbeitszeit von 42 Stunden ergibt sich - folgt man der (unbestrittenen) Berechnungsweise des Klägers (Klage, 6 und Berufung, 5) - ein Bruttostundenlohn von Fr. 32.74 (52 Wochen x 42 Stunden = 2184 Stunden; Fr. 71'500.- ./ 2'184 Stunden = Fr. 32.74). Nachdem die Parteien den in Art. 321c Abs. 3 OR vorgesehenen Überstundenzuschlag schriftlich wegbedungen haben, berechnet sich demnach eine Überstundenentschädigung von Fr. 2'725.60 (83.25 Stunden x Fr. 32.74).

bb) Der Kläger vertritt den Standpunkt, für ihn habe gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG eine gesetzliche Höchstarbeitszeit von 45 Stunden gegolten. Die erbrachte Überstundenarbeit sei daher teilweise auch Überzeitarbeit gewesen, und insoweit stehe ihm gemäss Art. 13 ArG zwingend eine zuschlagspflichtige Entschädigung zu (Berufung, 5 f.). Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass die Höchstarbeitszeit von 45 Stunden nur für "Arbeitnehmer in industriellen Betrieben" im Sinne von Art. 5 ArG sowie für "Büropersonal, technische und andere Angestellte, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels" gilt (Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG; Geiser/von Kaenel/Wyler, Arbeitsgesetz, N 31 ff. zu Art. 9 ArG); für "alle übrigen Arbeitnehmer" gilt gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG eine Höchstarbeitszeit von 50 Stunden. "Technische und andere Angestellte" im Sinne von Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG sind Arbeitnehmer, die ihre Arbeit vorwiegend im Büro oder in büroähnlichen Berufen erbringen und in erster Linie sogenannte "Kopfarbeit" leisten, dies im Gegensatz zu den vorwiegend handwerklich oder manuell beschäftigten "übrigen Arbeitnehmern" im Sinne von Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG (vgl. Wegleitung des Seco zum Arbeitsgesetz, zu Art. 9 Absatz 1 Buchstaben a und b; Geiser/von Kaenel/Wyler, a.a.O., N 32 f. und 36 zu Art. 9 ArG). Der Kläger erbrachte seine Arbeitsleistung offensichtlich nicht in einem industriellen Betrieb im Sinne von Art. 5 ArG. Im Übrigen mag er zwar teilweise auch administrative Aufgaben wahrgenommen haben; nach dem im Arbeitsvertrag und im Arbeitszeugnis umschriebenen Pflichtenheft zu schliessen stand indes die manuelle



und körperliche Tätigkeit im Vordergrund, womit für ihn gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG eine wöchentliche Höchstarbeitszeit von 50 Stunden galt. Diese Höchstarbeitszeit wurde im Falle des Klägers zwar in einzelnen Wochen überschritten. Doch fällt in Betracht, dass Überzeitarbeit nicht entschädigungspflichtig ist und insbesondere auch der Zuschlag entfällt, wenn sie innert angemessener Frist durch Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen wird (Art. 13 Abs. 2 ArG). Gemäss Art. 25 Abs. 2 ArGV 1 beträgt diese Frist grundsätzlich 14 Wochen; doch können die Parteien eine längere Frist vereinbaren, die indes 12 Monate nicht überschreiten darf. Hier geht der Kläger in seiner eigenen Berechnung kläg. act. II/4 implizit von einer 12-monatigen Kompensationsfrist aus, wobei er zu behaften ist. Bei einer Höchstarbeitszeit von 50 Stunden pro Woche bzw. 10 Stunden pro Tag ergibt sich - wenn man die Ferien- und Krankheitstage ausklammert - eine jährliche Höchstarbeitszeit von 2'210 Stunden (221 Tage [nämlich: 251 Arbeitstage minus 20 Ferientage minus 10 Krankheitstage] x 10 Stunden). Effektiv hat der Kläger wie oben dargelegt 2'142.15 Stunden gearbeitet, womit über das ganze einjährige Arbeitsverhältnis betrachtet keine Überzeit verbleibt und ein entsprechender Entschädigungsanspruch entfällt (vgl. Art. 13 Abs. 2 ArG).

g) Im Ergebnis hat somit die Beklagte den Kläger für geleistete Überstunden mit Fr. 2'725.60 zu entschädigen. Das verlangte Zinsbetreffnis von 5% ab 30. April 2007 ist auf diesem Betrag ausgewiesen (Art. 102 Abs. 2, 104 Abs. 1 und 339 Abs. 1 OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 3 zu Art. 323 und N 1 ff. zu Art. 339 OR; Brühwiler, a.a.O., N 4 zu Art. 323 und N 1 zu Art. 339 OR).
