[AZA 0/2]
4C.337/2001/rnd

I. ZIVILABTEILUNG
****

1. März 2002

Es wirken mit: Bundesrichterinnen und Bundesrichter Walter,
Präsident, Klett, Rottenberg Liatowitsch und Gerichtsschreiberin
Boutellier.

_____

In Sachen
A._____, Kläger und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwältin Cornelia Brücker-Schmid, Frankenstrasse 18, 6003 Luzern,

gegen
B._____ AG, Beklagte und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Rainer Hager, Grosshaus am Kolinplatz 2, 6300 Zug,

betreffend
Arbeitsvertrag; Überstundenentschädigung, hat sich ergeben:

A.-A._____ (Kläger) war vom 1. November 1993 bis
31. Mai 1997 bei der Firma B._____ AG (Beklagte) als Tiefbautechniker angestellt. Am 27. März 1997 kündigte die Beklagte den Arbeitsvertrag auf Ende Mai 1997. Am 15. Mai 1997 verlangte der Kläger von der Beklagten Fr. 68'822. 65 für während der gesamten Beschäftigungsdauer geleistete Überstunden und Ferienentschädigung. Die Beklagte anerkannte lediglich einen Betrag von Fr. 3'408. 90 als Entschädigung für nicht bezogene Ferien.

B.-Am 28. Mai 1998 stellte der Kläger beim Kantonsgericht Zug das Begehren, die Beklagte sei zur Bezahlung von Fr. 67'553. 75 nebst Zins zu verpflichten, als Abgeltung von Überstunden, Ferienguthaben und Anteil 13. Monatslohn. Die Beklagte anerkannte Fr. 2'922. 55 für Ferienentschädigung, im Übrigen beantragte sie Abweisung der Klage. Das Kantonsgericht hiess die Klage am 10. August 2000 gut und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger Fr. 67'553. 75 nebst Zins zu bezahlen.

Das Obergericht des Kantons Zug hiess eine dagegen eingelegte Berufung der Beklagten mit Urteil vom 4. September 2001 teilweise gut. Es hob den erstinstanzlichen Entscheid auf und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger Fr. 40'129. 55 zuzüglich Zins zu bezahlen. In den Erwägungen hielt es fest, dass die Beklagte die Ferienentschädigung von Fr. 2'922. 55 und einen Anteil 13. Monatslohn von Fr. 2'140.–, insgesamt Fr. 5'062. 55 anerkenne. Streitig waren vor Obergericht somit nur noch Fr. 62'491. 25 nebst Zins für Überstundenentschädigung. Diese Überstunden hielt das Obergericht für ausgewiesen. Es erachtete jedoch die Geltendmachung durch den Kläger teilweise für rechtsmissbräuchlich.

C.-Der Kläger hat gegen das Urteil des Obergerichts sowohl staatsrechtliche Beschwerde als auch Berufung eingereicht.
In der Berufung beantragt er, das angefochtene Urteil aufzuheben, die Klage gutzuheissen und die Beklagte zu verpflichten, ihm Fr. 62'491. 25 nebst Zins zu 5% seit
1. Juni 1997 zu bezahlen. Eventualiter sei das Urteil aufzuheben und die Sache zur Abklärung fehlender Tatbestandselemente an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zum Verfahren stellt er ausserdem den Antrag, dieses sei bis zum Entscheid der staatsrechtlichen Beschwerde zu sistieren.

Die Beklagte schliesst auf vollumfängliche Abweisung der Berufung. Sie stellt ebenfalls den Antrag, das Berufungsverfahren sei bis zum Entscheid über die staatsrechtliche Beschwerde zu sistieren.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.-Gemäss Art. 57 Abs. 5 OG wird die Entscheidung über die Berufung in der Regel bis zur Erledigung einer staatsrechtlichen Beschwerde ausgesetzt, wenn beide Rechtsmittel erhoben werden. Dieser Grundsatz rechtfertigt sich dadurch, dass das Urteil des Bundesgerichts im Berufungsverfahren den angefochtenen kantonalen Entscheid ersetzt und die staatsrechtliche Beschwerde daher mangels eines auf diesem Wege anfechtbaren Entscheides gegenstandslos würde. Das Bundesgericht weicht allerdings von dieser Regel ab und behandelt die Berufung vor der staatsrechtlichen Beschwerde, wenn der Entscheid über die staatsrechtliche Beschwerde keinen Einfluss auf die Behandlung der Berufung hat, oder wenn die Berufung bereits aufgrund der von der Vorinstanz festgestellten Tatsachen gutzuheissen ist (BGE 122 I 81 E. 1; 118 II 521 E. 1b S. 523, je mit Hinweisen). Das trifft hier zu, wenn sich erweisen sollte, dass die Vorinstanz selbst auf der Grundlage der von ihr festgestellten Tatsachen bundesrechtswidrig ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers bejaht hat.

2.-Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil festgestellt, dass der Kläger seine Arbeitszeit - und damit die geleisteten Überstunden - auf Zeiterfassungskarten festhielt, die er der Beklagten regelmässig ablieferte. Sie hat daraus zutreffend geschlossen, dass die Beklagte die geleisteten Überstunden jederzeit zur Kenntnis nehmen konnte und der Kläger davon ausgehen durfte, die Beklagte genehmige die entsprechenden Überstunden als betriebsnotwendig. Die Pflicht zur Entschädigung von Überstunden ist in dem Sinne teilweise zwingend, dass der Arbeitnehmer auf die Abgeltung bereits geleisteter Überstunden nicht gültig verzichten kann (BGE 124 III 469 E. 3a mit Hinweisen). Nach gefestigter Rechtsprechung widerspräche dem Sinn und Geist des Gesetzes, den Arbeitnehmer des Schutzes von Art. 341 Abs. 1 OR unter Berufung auf Art. 2 Abs. 2 ZGB zu berauben, sofern nicht ganz besondere Umstände vorliegen (BGE 110 II 168 E. 3c; 105 II 39 E. b, je mit Hinweisen). Das Bundesgericht hat es deshalb insbesondere abgelehnt, das blosse Zuwarten mit der Geltendmachung der Forderung für Überzeitarbeit, welche die gesetzlich zulässige Höchstarbeitszeit im Sinne von Art. 12 ArG überschreitet und nach Art. 13 ArG mit einem um 25% erhöhten Basislohn zu
entschädigen ist, als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren (BGE 126 III 337 E. 7 mit Hinweisen).

a) Nach den Feststellungen der Vorinstanz hat der Kläger gegenüber den im massgebenden Zeitpunkt geltenden Bestimmungen des Arbeitsgesetzes 229 Stunden à Fr. 39.30 über die zulässige Höchstarbeitszeit hinaus geleistet. Die Vorinstanz hat aus dieser Überschreitung der Höchstarbeitszeit, die im Interesse des Gesundheitsschutzes des Arbeitnehmers normiert ist, abgeleitet, dass der Kläger diese Stunden letztlich nicht im Interesse des Arbeitgebers geleistet habe. Ihm sei dadurch die für eine sorgfältige Arbeitsausführung erforderliche Ruhe- und Erholungszeit nicht mehr zur Verfügung gestanden. Es finden sich jedoch keine konkreten Feststellungen im angefochtenen Urteil, dass der Kläger nicht sorgfältig gearbeitet hätte. Die Vorinstanz hat allein aufgrund einer allgemeinen Hypothese geschlossen, dass die Überschreitung der arbeitsgesetzlichen Höchstarbeitszeit zu unsorgfältigen Arbeitsresultaten führe. Das widerspricht Bundesrecht. Denn nach allgemeiner Lebenserfahrung kann nicht allein aus langen Arbeitszeiten auf eine schlechte oder unsorgfältige Arbeitsausführung geschlossen werden. Es ist im Gegenteil sogar allgemein bekannt, dass gewisse hoch qualifizierte Leute (z.B. Mediziner, Forscher) sehr lange arbeiten, ohne dass sich dieser
Umstand generell auf die Qualität der Arbeit auswirken muss. Da die Vorinstanz im angefochtenen Urteil keine konkreten Feststellungen über unsorgfältige Arbeitsleistungen des Klägers getroffen, und namentlich keine Verletzung von Art. 321a Abs. 1 OR festgestellt hat, beschränkt sich der Vorwurf an den Kläger daher im Ergebnis auf die Überschreitung der arbeitsgesetzlichen Höchstarbeitszeit. Darin allein kann aber von vornherein weder ein Verstoss gegen Treu und Glauben gegenüber der Beklagten, noch ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers gesehen werden, das die Beklagte von der teilweise zwingenden Pflicht zur Entschädigung der geleisteten Überstunden zu entbinden vermöchte. Dies gilt umso mehr, als die Beklagte aufgrund der ihr vom Kläger korrekt abgelieferten Zeiterfassungskarten vom Umfang der geleisteten Überstunden jederzeit Kenntnis nehmen konnte. Die von der Vorinstanz vorgenommene Reduktion der eingeklagten Forderung um Fr. 8'999. 70 ist aufgrund der tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil bundesrechtswidrig.

b) Als rechtsmissbräuchlich hat die Vorinstanz sodann dem Kläger angelastet, dass er nicht sofort nach der Kündigung seine Überstundenentschädigung geltend gemacht habe. Damit habe er die Beklagte daran gehindert, ihn während der Kündigungsfrist freizustellen und so zur Kompensation wenigstens eines Teils der Überstunden anzuhalten. Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die Parteien keinen schriftlichen Arbeitsvertrag abgeschlossen und die Abgeltung allfälliger Überstunden nicht geregelt haben. Nach Art. 321c Abs. 2 OR können die Überstunden innert einer angemessenen Zeitspanne durch Freizeit ausgeglichen werden. Ein solcher Ausgleich setzt allerdings auch nach der Kündigung des Arbeitsvertrags das Einverständnis des Arbeitnehmers voraus.
Die Verweigerung der Zustimmung kann nur mit grosser Zurückhaltung als treuwidrig qualifiziert werden (BGE 123 III 84 mit Hinweisen). Die Vorinstanz übersieht, dass die Beklagte die Kompensation der Überstunden auch bei Freistellung nicht ohne Einverständnis des Klägers hätte anordnen können. Sie geht daher bundesrechtswidrig davon aus, der Kläger hätte während der Freistellung keinen Anspruch auf Entschädigung gehabt. Dass der Kläger, gemäss seiner Parteiaussage vor erster Instanz, im ungekündigten Arbeitsverhältnis immer eine Kompensation angestrebt hatte, bedeutet nicht, dass er auch nach der Kündigung damit einverstanden war. Der Kläger war nach Treu und Glauben nicht verpflichtet, seine Forderung aus Überstunden noch während der Kündigungsfrist geltend zu machen. Erst recht kann ihm nicht als offensichtlicher Rechtsmissbrauch vorgeworfen werden, dass er seinen entsprechenden Anspruch erst einige Tage vor Beendigung des Arbeitsvertrags einforderte. Die Vorinstanz hat Bundesrecht verletzt, sowohl indem sie annahm, die Beklagte hätte ohne Einverständnis des Klägers die Kompensation eines Teils der Überstunden durch Freizeit einseitig anordnen können, als auch indem sie dem Kläger rechtsmissbräuchliches Verhalten vorwarf, weil er
diese Weisung nicht durch entsprechende Information der Beklagten ermöglicht habe. Die Reduktion der klägerischen Forderung um Fr. 13'362.– ist aufgrund der tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil bundesrechtswidrig.

3.-Die Berufung ist gutzuheissen und das angefochtene Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 4. September 2001 aufzuheben. Die Klage ist auch im von der Vorinstanz abgewiesenen Umfang gutzuheissen, und zwar auf der Grundlage der vom Kläger, sowohl in der Berufung als auch in der staatsrechtlichen Beschwerde, kritisierten Sachverhaltsfeststellungen.
Der vom Kläger verlangte Betrag ist der Höhe nach unbestritten und kann daher ohne weiteres zugesprochen werden. Da der massgebende Streitwert Fr. 30'000.– übersteigt (Art. 343 Abs. 3 OR), sind die Gerichtskosten dem Verfahrensausgang entsprechend der Beklagten aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG). Sie hat den Kläger ausserdem für das Verfahren vor Bundesgericht zu entschädigen (Art. 159 Abs. 1 und 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 4. September 2001 wird aufgehoben und die Beklagte wird in Gutheissung der Klage verpflichtet, dem Kläger Fr. 62'491. 25 nebst Zins zu 5% seit dem 1. Juni 1997 zu bezahlen.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird der Beklagten auferlegt.

3.- Die Beklagte hat den Kläger für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'000.– zu entschädigen.

4.-Die Sache wird zur Neufestsetzung der kantonalen Verfahrenskosten an die Vorinstanz zurückgewiesen.

5.- Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zug (Zivilrechtliche Abteilung) schriftlich mitgeteilt.

_____

Lausanne, 1. März 2002

Im Namen der I. Zivilabteilung

des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin: