Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.219/2004 /lma

Urteil vom 25. Oktober 2004
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterin Klett, Bundesrichter Nyffeler,
Bundesrichterin Kiss, Ersatzrichter Geiser,
Gerichtsschreiber Widmer.

Parteien
A._____,
Kläger und Berufungskläger, vertreten durch
Rechtsanwältin Christina Stutz-Berger,

gegen

B._____ AG,
Beklagte und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Marc Pierre Jaccard,

Gegenstand
Arbeitsvertrag; Überstundenregelung,

Berufung gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 23. April 2004.

Sachverhalt:
A.
A._____ (Kläger) war vom 1. Februar 1994 bis zum 31. August 1999 bei der B._____ AG (Beklagte) als Elektriker/Elektromechaniker im Innen- und Aussendienst tätig. Als Arbeitszeit hatten die Parteien im von diesen unterzeichneten Anhang zum Arbeitsvertrag vom 17. November 1993 40 Stunden pro Woche vereinbart und die Arbeitszeiten von Montag bis Freitag von 07.30 bis 12.00 Uhr und von 13.00 bis 16.30 Uhr festgesetzt. Unter dem Titel "Überstunden" wurden im gleichen Anhang die Pflicht des Arbeitnehmers zur Leistung von Überstunden und die Modalitäten der Kompensation oder Entschädigung von solchen umschrieben. In einem dem Anhang nach den Unterschriften beiliegenden, mit "Spesenregelung" überschriebenen Blatt wurde schliesslich folgendes festgehalten:
"Überstunden:
Zuschläge werden wie folgt berechnet:
Nachtzuschlag: von 19.00 bis 24.00 Uhr 50%
von 24.00 bis 07.00 Uhr 100%
Samstage: bis 16.00 Uhr 50%
ab 16.00 bis Montag 07.00 Uhr 100%
Sonn- und Feiertage: 100%
... "

B.
Im Dezember 2001 beanstandete der Kläger erstmals die Lohnabrechnungen. Da keine Einigung zu Stande kam, belangte der Kläger die Beklagte am 25. April 2002 beim Arbeitsgericht Zürich auf Bezahlung von Fr. 26'424.15 nebst Zins. Am 3. Juli 2003 hiess das Arbeitsgericht die Klage im Umfang von Fr. 12'462.45 gut.

Auf Berufung beider Parteien hin wies das Obergericht die Klage mit Beschluss vom 23. April 2004 vollumfänglich ab.
C.
Der Kläger führt dagegen eidgenössische Berufung. Er verlangt, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm Fr. 21'297.10 brutto nebst Zins sowie eine Prozessentschädigung für das erstinstanzliche Gerichtsverfahren zu bezahlen. Die Beklagte beantragt die Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Es ist unbestritten, dass der Kläger Überstunden geleistet hat. Die Parteien sind sich indessen über den für diese zu bezahlenden Betrag nicht einig. Der Kläger macht geltend, dass die an Wochentagen zwischen 16.30 und 19.00 Uhr geleisteten Überstunden über den Normallohn hinaus mit dem gesetzlich vorgesehenen Zuschlag von 25 % zu entschädigen seien. Das Obergericht hat den entsprechenden Anspruch zwar nicht grundsätzlich verneint. Es hat die eingeklagte Forderung aber dennoch abgewiesen, weil die Arbeitgeberin die Überstunden nach 19.00 Uhr und an Wochenenden vereinbarungsgemäss mit einem wesentlich höheren Ansatz entschädigt habe, indessen der entsprechenden Regelung nie zugestimmt hätte, wenn sie erkannt hätte, dass sie auch noch für die Überstunden vor 19.00 Uhr einen Zuschlag bezahlen müsse. Sie habe insgesamt für die Überstunden mehr geleistet, als nach dispositivem Gesetzesrecht geschuldet gewesen sei. Der gesetzliche Anspruch des Klägers sei deshalb konsumiert.

Der Kläger erblickt darin u.a. eine Verletzung der Bestimmungen über die Überstundenentschädigung (Art. 321c OR) und der Regeln über die Auslegung der Verträge (Art. 18 OR).
2.
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 gemäss Art. 321c Abs. 3 OR mit dem Normallohn samt einem Zuschlag von 25 % zu entgelten, wenn sie nicht durch Freizeit ausgeglichen wird und nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist.
Im vorliegenden Fall ist zunächst mittels Auslegung der getroffenen Vereinbarung über die Entschädigung von Überstunden zu ermitteln, ob hinsichtlich der Überstunden an Wochentagen in der Zeit vor 19.00 Uhr eine abweichende Abrede im Sinne von Art. 321c Abs. 3 OR vorliegt. Nur wenn dies bejaht wird, ist weiter zu prüfen, ob die Vereinbarung dem Erfordernis der Schriftform nach dieser Bestimmung entspricht.
2.1 Ziel der Vertragsauslegung ist es, in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung, die vorbehältlich der Ausnahmen von Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG der bundesgerichtlichen Überprüfung im Berufungsverfahren entzogen ist (BGE 126 III 119 E. 2a, 375 E. 2e/aa S. 379 f.; 121 III 118 E. 4b/aa S. 123, je mit Hinweisen). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Das Bundesgericht überprüft diese objektivierte Auslegung von Willenserklärungen im Berufungsverfahren als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Richters über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist (Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG; BGE 130 III 66 E. 3.2; 129 III 118 E. 2.5, 702 E. 2.4; 127 III 248 E. 3a; 125 III 435 E. 2a/aa; 123 III 165 E. 3a, je mit Hinweisen). Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.
Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann höchstens - im Rahmen der Beweiswürdigung - auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 129 III 675 E. 2.3 S. 680; 118 II 365 E. 1 S. 366; 107 II 417 E. 6).
2.2 Die Vorinstanz hat keinen übereinstimmenden tatsächlichen Parteiwillen festgestellt, den Überstundenzuschlag für die Zeit vor 19.00 Uhr auszuschliessen. Ein tatsächlicher Wille des Klägers den Ausschluss zu akzeptieren ergebe sich namentlich nicht daraus, dass er im Sinne eines nachträglichen Parteiverhaltens Monatsrapport-Formulare gemäss den Vorgaben der Beklagten ausgefüllt habe, in denen für die Überstunden in der Zeit vor 19.00 Uhr ein 0 %-Zuschlag vorgesehen sei.

Auch einen normativen Konsens hat die Vorinstanz in der Folge verneint. Sie erwog insoweit, es lasse sich anhand des Wortlautes der getroffenen Regelung nicht mit Bestimmtheit feststellen, ob die Parteien Zuschläge für die während der Zeit vor 19.00 Uhr geleisteten Überstunden nicht erwähnten, weil sie solche ausschliessen wollten, oder ob sie dazu schwiegen, weil sie davon ausgingen, dass nur die Überstunden besonders zu erwähnen seien, für die ein über dem gesetzlichen Minimum (25 %) liegender Zuschlag gewährt wurde, mithin den Überstundenzuschlag für diese Zeit als selbstverständlich voraussetzten. Angesichts des Umstands, dass es einer schriftlichen Vereinbarung bedürfe, um die gesetzliche Regelung des Überstundenzuschlags auszuschliessen, sei eine solche Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht indessen mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck zu bringen und eine enge Auslegung angezeigt. Im vorliegenden Fall fehle es an einer expliziten Wegbedingung der Überstundenentschädigung, weshalb nicht von einer Wegbedingung auszugehen sei. Zum selben Ergebnis führe auch die Unklarheitsregel.

Dieser normativen Auslegung der Vorinstanz ist beizupflichten. Es sind keine tatsächlichen Umstände festgestellt, aufgrund derer die Parteien auf die Wegbedingung des gesetzlich vorgesehenen Überstundenzuschlags für die Zeit vor 19.00 Uhr schliessen durften bzw. mussten, obwohl eine solche im Wortlaut der Überstundenregelung nicht klar zum Ausdruck gebracht worden war. Fehlt es insoweit schon an einem Konsens, stellt sich die Frage der Formgültigkeit der Wegbedingung nicht.

3.

Es ist weiter zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht entschieden hat, dass sich der Kläger auf seine Forderung um Entschädigung der vor 19.00 Uhr geleisteten Überstunden mit einem Zuschlag die Zahlungen anrechnen lassen muss, die für nach 19.00 Uhr und am Wochenende geleistete Überstunden über den gesetzlichen Mindestansatz hinaus ausgerichtet worden sind.

3.1 Wie schon in den kantonalen Verfahren hält die Beklagte dafür, sie habe sich nur deshalb zu den grösseren Zahlungen für die Zeit nach 19.00 Uhr verpflichtet, weil für die Zeit vorher kein Zuschlag geschuldet sei. Soweit auch für die Zeit vor 19.00 Uhr ein Zuschlag geschuldet sei, könne folglich die Vereinbarung, für die Zeit nach 19.00 Uhr einen höheren Zuschlag zu bezahlen, nicht mehr verbindlich sein und die entsprechenden Leistungen seien nicht geschuldet. Es gelte für alle Überstunden ausschliesslich die gesetzliche Regelung. Werde diese angewendet, habe der Kläger das Geschuldete per Saldo bezahlt erhalten.

3.2 Die Vorinstanz ging insoweit davon aus, dass die Parteien die getroffene Überstundenregelung als einheitlich Ganzes erachtet hätten, zumal auch der Kläger nicht behaupte, dass die höheren Zuschläge unabhängig von deren Regelung für die erste Stufe der Überstunden (vor 19.00 Uhr) so vereinbart worden wären. Darin kann allerdings keine dahingehende tatsächliche Feststellung erblickt werden, dass die Parteien im Sinne einer einheitlichen Gesamtregelung die Entschädigung für die vor 19.00 Uhr geleisteten Überstunden wegbedungen und dafür diejenigen nach 19.00 Uhr und am Wochenende mit einem höheren Ansatz vergütet haben wollten, dass also nach dem übereinstimmenden Parteiwillen mit der Mehrvergütung für die Überstunden nach 19.00 Uhr ein Ausschluss des Zuschlags für die Zeit vor 19.00 Uhr einhergehen sollte. Dies stünde in klarem Widerspruch zur vorinstanzlichen Feststellung, dass kein tatsächlicher (und kein normativer) Konsens über den Ausschluss des Überstundenzuschlags für die Zeit vor 19.00 Uhr auszumachen und insoweit keine gültige Vereinbarung zustande gekommen ist. Fehlt ein entsprechender Konsens, durfte die Vorinstanz nicht, ohne einen unauflösbaren Widerspruch (Art. 51 Abs. 1 lit. c OG; vgl. dazu Poudret, Commentaire de
la loi fédérale d'organisation judiciaire, Bern 1990, N. 4 zu Art. 51 OG S. 365) zu schaffen, feststellen, dass die Parteien die Entschädigung von Überstunden im Rahmen eines einheitlichen Ganzen hatten regeln wollen, in welchem der Ausschluss des Überstundenzuschlags für die Zeit vor 19.00 Uhr mit einem höheren Zuschlag für die Zeit nach 19.00 Uhr und am Wochenende ausgeglichen wird. Die vorinstanzlichen Feststellungen können daher nur so verstanden werden, dass die Parteien sich darüber einig waren, die Überstunden für die Zeit nach 19.00 Uhr und am Wochenende mit einem Zuschlag von 50 bzw. 100 % zu entschädigen, insoweit also eine gültige Vereinbarung vorliegt, und dass die Beklagte im Weiteren den Willen hatte, den Zuschlag für die vor 19.00 Uhr geleisteten Überstunden im Rahmen eines einheitlichen Ganzen auszuschliessen, darüber aber kein Konsens besteht.

3.3 Es kann sich demnach nur Fragen, ob die im Rahmen des Arbeitsvertrags getroffene Regelung über die Entschädigung von Überstunden in der Zeit nach 19.00 Uhr und am Wochenende wegen eines Erklärungsirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR) oder eines Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) auf Seiten der Beklagten

unverbindlich ist.
3.3.1 Ein Vertrag ist für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat (Art. 23 OR). Als wesentlich gilt ein Irrtum namentlich, wenn der Irrende eine Leistung von erheblich grösserem Umfange versprochen hat, als es sein Wille war (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR; vgl. dazu BGE 105 II 23 E. 2a). Bei der Beurteilung der Frage, ob die Differenz zwischen gewollter und tatsächlich vereinbarter Leistung als erheblich betrachtet werden kann, ist auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen (Schwenzer, Basler Kommentar, N. 15 zu Art. 24 OR mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Praxis). Ein wesentlicher Irrtum ist auch der so genannte Grundlagenirrtum. Auf einen solchen kann sich derjenige Vertragsschliessende berufen, der sich über einen bestimmten Sachverhalt geirrt hat, der für ihn notwendige Vertragsgrundlage war, und den er zudem nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachten durfte (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR; BGE 123 III 200 E. 2 S. 202; 118 II 58 E. 3b S. 62, 297 E. 2 S. 299). Neben der subjektiven Wesentlichkeit ist erforderlich, dass der zu Grunde gelegte Sachverhalt auch objektiv, vom Standpunkt oder nach den Anforderungen des loyalen
Geschäftsverkehrs als notwendige Grundlage des Vertrages erscheint (Schmidlin, Berner Kommentar, N. 63 ff. zu Art. 23/24 OR; Schwenzer, a.a.O., N. 20 ff. zu Art. 24 OR).
3.3.2 Das Gesetz sieht vor, dass Überstunden mit einem Zuschlag von 25 % zum Normallohn zu entschädigen sind, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist. Eine solche Vereinbarung muss zum Schutz des Arbeitnehmers schriftlich erfolgen. Haben die Parteien, wie im vorliegenden Fall, den vom Gesetz vorgesehenen Anspruch nicht hinreichend klar und den Formerfordernissen entsprechend ausgeschlossen, hat das regelmässig zur Folge, dass die Arbeitgeberin mehr leisten muss, als sie beim Vertragsabschluss subjektiv zuzugestehen eigentlich bereit gewesen ist. Das Gesetz bezweckt genau diese Mehrleistung (vgl. zur teilzwingenden Natur von Art. 321c Abs. 3 OR: BGE 124 III 469 E. 2, bestätigt in BGE 126 III 337 E. 7b). Dürfte in dieser gesetzlich gebotenen und bemessenen Mehrleistung eine Leistung in erheblich grösserem Umfang im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR erblickt werden, so könnte in diesen Fällen immer der ganze vereinbarte Inhalt des Arbeitsvertrages in Frage gestellt werden. Der in Art. 321c OR vorgesehene Zuschlag für Überstunden würde diesfalls regelmässig illusorisch, weil der Arbeitgeber dann auch geltend machen könnte, dass er den Normallohn in der vereinbarten Höhe nicht zugestanden hätte und dieser insoweit auf das Übliche
im Sinne von Art. 322 Abs. 1 OR herabzusetzen wäre und mit dem dieses Mass übersteigenden Anteil die Überstunden abzugelten wären. Aus den gleichen Gründen verbietet es sich, das Nichtbestehen der Pflicht zur Erbringung einer Mehrleistung für die Überstunden, die nicht rechtsgültig wegbedungen wurde, als objektiv notwendige Grundlage des Vertrages im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR zu betrachten.
Vorliegend kann auch vom Umfang der klägerischerseits erhobenen Nachforderung her nicht von einer Leistung in erheblich grösserem Umfang im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR gesprochen werden. Zur Beurteilung der Erheblichkeit sind dabei die gesamten vertraglichen Leistungen und Gegenleistungen zu berücksichtigen, da die Höhe einzelner Teil- oder Mehrleistungen regelmässig diejenige der anderen Leistungen, wie namentlich den Normallohn, beeinflusst. In den Fällen, in denen das Bundesgericht die Wesentlichkeit des Irrtums bejaht hat, wich die versprochene von der gewollten Leistung regelmässig um ein Vielfaches ab (BGE 105 II 23 E. 2a: Fr. 1'380.- statt Fr. 13'800.–; Urteil C.122/1977 vom 18. Oktober 1977, in SJZ 77/1981 Nr. 12 S. 44 f.: dreifache Höhe des Bürgschaftsbetrages). Immerhin hat das Bundesgericht auch schon ein Abweichen um ca. 50 % genügen lassen (BGE 82 II 576 E. 6). Im vorliegenden Fall ist die Abweichung zwischen gewollter und versprochener Leistung weit geringer. In der fraglichen Zeit zwischen April 1997 und August 1999 hat die Beklagte dem Kläger für seine vertraglichen Arbeitsleistungen insgesamt rund Fr. 300'000.- ausgerichtet. Dieser fordert eine Nachzahlung von ungefähr Fr. 26'000.-. Die Differenz beträgt
somit nicht einmal 10 %. Von Erheblichkeit kann insoweit nicht gesprochen werden. Diese Überlegungen greifen auch, soweit die Beklagte einen Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR geltend macht. Auch insoweit könnte die Nichtentstehung einer Forderung nur dann als objektiv notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet werden, wenn sie einen Betrag ausmacht, der auch im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR erheblich ist.
3.4 Zusammenfassend hat die Vorinstanz Bundesrecht verletzt, indem sie entschied, mangels gültigen Ausschlusses des Zuschlags für die an Wochentagen vor 19.00 Uhr geleisteten Überstunden sei die ganze Parteiregelung über die Entschädigung von Überstunden dahingefallen und im Sinne einer Lückenfüllung durch die dispositive Regelung von Art. 321c Abs. 3 zu ersetzen, mithin auf sämtlichen Überstunden bloss ein Zuschlag von 25 % zuzuerkennen.

4.
Den gegen die Klage erhobenen Einwand der Beklagten, die Geltendmachung der Überstundenentschädigung sei rechtsmissbräuchlich erfolgt, hat die Vorinstanz dagegen zu Recht verworfen. Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts kann aus dem blossen Umstand, dass mit der Geltendmachung der Überstundenentschädigung zugewartet wurde, nicht auf einen Rechtsmissbrauch geschlossen werden. Für eine solche Forderung besteht keine besondere Verwirkungsfrist. Vielmehr ist deren Geltendmachung während der Verjährungsfrist jederzeit möglich. Rechtsmissbrauch wegen verspäteter Geltendmachung ist dabei nur unter ausserordentlichen Umständen anzunehmen (BGE 129 III 171 E. 2.4 S. 176, 493 E. 5.1 S. 498; 116 II 428 E. 2). Solche sind hier nicht festgestellt.
5.
Die Berufung erweist sich somit als begründet und das angefochtene Urteil ist aufzuheben. Das Obergericht hat sich, ausgehend von seiner unzutreffenden Rechtsauffassung, nicht über die Anzahl der vor 19.00 Uhr geleisteten und mit einem Zuschlag von 25 % zum Normallohn zu entschädigenden Überstunden und über die betragsmässige Höhe der dafür geschuldeten Lohnzuschläge geäussert. Die Sache ist deshalb zur weiteren Abklärung des Sachverhalts in quantitativer Hinsicht und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen, auch hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen im kantonalen Verfahren, an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 64 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 6 OG).

Da der massgebende Streitwert Fr. 30'000.– nicht erreicht, ist das Verfahren kostenlos (Art. 343 OR). Die Beklagte hat den Kläger indes dem Prozessausgang entsprechend für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen (Art. 159 Abs. 1 und 2 OG; BGE 115 II 30 E. 5c S. 42).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird teilweise gutgeheissen, der Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. April 2004 wird aufgehoben und die Sache wird zur Ergänzung des Sachverhaltes und neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2.
Es wird keine Gerichtsgebühr erhoben.
3.
Die Beklagte hat den Kläger für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'000.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 25. Oktober 2004
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: