

# TG\_OBERGERICHT RBOG 2012 Nr. 34 vom 22. November 2011

Tg Obergericht, 2011-11-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg\\_obergericht\\_RBOG\\_2012\\_Nr.\\_34](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg_obergericht_RBOG_2012_Nr._34)

FR: TG\_OBERGERICHT RBOG 2012 Nr. 34 du 22 novembre 2011

IT: TG\_OBERGERICHT RBOG 2012 Nr. 34 del 22 novembre 2011

## Regeste

Höhere leitende Tätigkeit im Aussendienst

## Volltext

Thurgau Obergericht Rechenschaftsbericht 2000 RBOG 2012 Nr. 34 Thurgovie  
Obergericht Rechenschaftsbericht 2000 RBOG 2012 Nr. 34 Turgovia Obergericht  
Rechenschaftsbericht 2000 RBOG 2012 Nr. 34

RBOG 2012 Nr. 34 Skip to main content Show navigation Höhere leitende Tätigkeit im Aussendienst Art. 3 lit. d ArG , Art. 9 ArGV 1 , Art. 321c OR 1. Überstundenarbeit, das heisst Arbeit, welche die vertraglich[1] festgelegte oder übliche Arbeitszeit überschreitet, ist vom Arbeitgeber nach Art. 321c Abs. 3 OR mit dem Normallohn samt einem Zuschlag von mindestens 25% zu entgelten, wenn sie nicht durch Freizeit ausgeglichen wird und nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist. Überzeit ist indessen ein Begriff aus dem Arbeitsgesetz. Sie beginnt, sobald die gesetzliche Höchstarbeitszeit überschritten wird[2]. Die Leistung von Überzeit gemäss Arbeitsgesetz schliesst die gleichzeitige Qualifikation als Überstunden gemäss Arbeitsvertragsrecht nicht aus. Im Gegensatz zu den Überstunden ist für die Überzeit aber laut Art. 13 Abs. 2 ArG zwingend ein Lohnzuschlag von 25% zu entrichten, sofern kein Ausgleich in Freizeit erfolgt[3]. 2. a) Gemäss Art. 3 lit. d ArG sind Arbeitnehmer, die eine "höhere leitende Tätigkeit" ausüben, dem Arbeitsgesetz nicht unterstellt, weshalb die arbeitsgesetzliche Überzeitregelung auf sie nicht anwendbar ist. Der Begriff der höheren leitenden Tätigkeit ist in Art. 9 ArGV 1 gesetzlich umschrieben. Danach übt eine solche Tätigkeit aus, wer aufgrund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebs über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebs oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann. Im Arbeitsvertragsrecht fehlt eine entsprechende gesetzliche Regelung. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt der in einem Betrieb übliche zeitliche Umfang der Arbeit für "leitende Angestellte" indessen grundsätzlich nicht, weil von leitenden Angestellten erwartet wird, dass sie mehr leisten als nur das übliche Pensum. Wegleitend ist die Überlegung, dass mit der Übernahme einer leitenden Funktion der Umfang und das Gewicht der vom Arbeitnehmer zu erfüllenden Aufgaben die Gegenleistung des Arbeitgebers in bedeutenderem Masse bestimmen als die wöchentliche Arbeitszeit und leitende Angestellte ihrer verantwortungsvollen und selbstständigen Stellung entsprechend die Arbeitszeit weitgehend frei einteilen können. Leitende Angestellte haben deshalb ohne ausdrückliche Regelung der Arbeitszeiten nur dann einen Anspruch auf

Überstundenentschädigung, wenn ihnen zusätzliche Aufgaben über die vertraglich vereinbarten Pflichten hinaus übertragen werden oder wenn die ganze Belegschaft während längerer Zeit in wesentlichem Umfang Überstunden leistet[4]. Soweit ist sich auch die Lehre einig. Umstritten ist aber, ob der Begriff des leitenden Angestellten im Sinn dieser Rechtsprechung und somit des Obligationenrechts demjenigen des höheren leitenden Angestellten im Sinn des Arbeitsgesetzes entspricht oder ob von einem eigenen, privatrechtlichen Begriff des leitenden Angestellten ausgegangen werden muss. Für eine autonome privatrechtliche Auslegung sprechen sich aus: Streiff/von Kaenel[5], Portmann[6], Senti[7] sowie Vischer[8]. Letzterer argumentiert allerdings widersprüchlich, verweist er doch für den Begriff des leitenden Angestellten auf BGE 126 III 340, wo die Führungskraft im Sinn des Arbeitsgesetzes definiert wird[9]. Rehbinder/Stöckli[10] lehnen an Streiff/von Kaenel an und halten fest, dass der Begriff des leitenden Angestellten durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung noch nicht restlos geklärt sei. Umstände, die für die Qualifikation des leitenden Angestellten sprächen, bildeten ein hoher Lohn, die freie Einteilung der Arbeitszeit und die Intensität der Entscheidungsgewalt. Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez[11] unterscheiden zwischen leitenden Angestellten und höheren leitenden Angestellten, ohne diese Begriffe zu umschreiben. Für die leitenden Angestellten gelte die übliche Dauer der Arbeitszeit in einem Betrieb im Allgemeinen nicht, sondern diese richte sich – bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung – nach den Umständen und entsprechend den vertraglichen Pflichten. Auf die leitenden Angestellten sei aber die Überzeitregelung des Arbeitsgesetzes anwendbar, was bei den höheren leitenden Angestellten nicht der Fall sei. Demgegenüber scheinen Geiser/Müller[12] und Tobler/Favre/Munoz/Gullo Ehm[13] keinen Unterschied zwischen den beiden Begriffen zu machen. Gleiches gilt für das Bundesgericht, denn es bezog sich in seinem Entscheid vom 5. Juni 2007[14] bei der Umschreibung des leitenden Angestellten im Zusammenhang mit der Entschädigung von Überstunden sowohl auf BGE 129 III 173, in welchem Urteil die Überstundenarbeit angesprochen wurde, als auch auf BGE 126 III 341, in welchem Entscheid es um die Entschädigung von Überzeit und um den Begriff der "höheren leitenden Tätigkeit" im Sinn des Arbeitsgesetzes ging. In BGE 129 III 173 verwies das Bundesgericht für den Begriff des leitenden Angestellten wiederum auf BGE 126 III 340 f.

b) Die Tendenz in der Lehre geht mit Blick auf den "leitenden Angestellten" somit in Richtung eigene, privatrechtliche Begriffsbestimmung. Wenn man dem folgen will, ist aber zu beachten, dass nicht nur auf die Höhe des Lohns und die Freiheit in der Arbeitszeitgestaltung abgestellt werden kann. Zum Begriff des leitenden Angestellten gehört eine leitende Funktion. Mit dem Bundesgericht ist deshalb davon auszugehen, dass ausschlaggebend für die Qualifikation als leitender Angestellter die Entscheidungsfreiheit ist, über die der Angestellte, namentlich auch im Budgetbereich verfügt, sowie die mit Verantwortung verbundene selbstständige Stellung im Betrieb, die eine freie Gestaltung der Arbeitszeit ermöglicht[15]. Andernfalls würde die dispositive gesetzliche Regelung zur Überstundenarbeit ausgehöhlt. Hilfreich ist auch der Hinweis von Portmann[16], wonach ein hoher Lohn, die freie Einteilung der Arbeitszeit sowie die Intensität der Entscheidungsgewalt Umstände seien, welche die Annahme eines leitenden Angestellten begünstigten. Streiff/von Kaenel[17] verweisen unter anderem mit folgenden Beispielen auf die kantonale Praxis: Kein leitender Angestellter war der Buchhaltungschef und Personalbetreuer ohne eigene Entscheidkompetenzen, ebenso wenig die Chefin der Personaladministration mit Fr. 95'000.00 Jahreslohn und der Abteilungsleiter ohne Einbezug in die Entscheidungen des Gesamtunternehmens, obwohl er für seine Abteilung

Personal einstellen konnte. Leitender Angestellter war hingegen der auf zweiter Hierarchiestufe stehende Leiter des "département commerciale", der den Grossteil des Personals einstellte, wobei sein tiefer Lohn von monatlich Fr. 6'500.00 zuzüglich Gewinnbeteiligung deshalb nicht ins Gewicht fiel, weil die Firma eben erst gegründet worden war. c) Der Berufungskläger war kein leitender Angestellter im Sinn dieser Ausführungen. Der von der Vorinstanz für die Qualifikation als leitender Angestellter in erster Linie genannte "Freiraum" bei der Gestaltung der Arbeitszeit und der Arbeitseinteilung kann bei einem Aussendienstmitarbeiter kein massgebendes Argument sein, weil die Aussendienstarbeit dies geradezu verlangt. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann auch nicht aus der Höhe des Lohns des Berufungsklägers auf die Qualifikation als leitender Angestellter geschlossen werden. Es ist gerichtsnotorisch, dass ein Jahresbruttolohn zwischen Fr. 95'000.00 und Fr. 104'000.00 zuzüglich Spesen für einen Aussendienstmitarbeiter im Lebensmittelbereich "im Rahmen" liegt, zumal durchaus höhere Löhne vorkommen können. Vor diesem Hintergrund ist ausschlaggebend, dass dem Berufungskläger keine Entscheidungsbefugnisse hinsichtlich des Betriebs beziehungsweise des Unternehmens und auch keine Kompetenzen im Bereich des Verkaufs als Ganzes zukamen; der Berufungskläger hatte nur in Bezug auf seine eigene Verkaufstätigkeit einen gewissen Entscheidungsspielraum. Er hatte insbesondere keinerlei Entscheidungsmacht hinsichtlich Personal und Budget. Seine Aufgabe war es – wie bei jedem Aussendienstmitarbeiter – einen möglichst hohen Umsatz zu erzielen. Bezeichnenderweise hatte der Berufungskläger denn auch keine Untergebenen. Daran vermag auch der Hinweis der Berufungsbeklagten im Rahmen des Behauptungsverfahrens, wonach dem Berufungskläger die Verkaufsleiter der Regionen "Bern" und "Welschland" unterstellt gewesen seien, nichts zu ändern. In diesem Zusammenhang bringt die Berufungsbeklagte weder genügend substantiierte Behauptungen vor, noch legt sie Aktenstücke ein, aus denen auf eine solche Unterordnung geschlossen werden könnte. Die Aufstellung der Umsätze 2008/2009 der Vertreter A, B, C, D und E ist nicht aufschlussreich. Weder im Arbeitsvertrag noch im Stellenbeschrieb ist von einer Unterordnung oder sonst von Unterstellten die Rede. Auch im Stelleninserat sucht man einen entsprechenden Hinweis vergebens. Wenn im Übrigen der Berufungskläger unterstellte Mitarbeiter gehabt hätte, wäre wohl einer dieser Angestellten sein Stellvertreter gewesen und nicht sein direkter Vorgesetzter in Person des Marketing- und Verkaufsleiters. Die Teilnahme an den wöchentlichen Betriebssitzungen ändert an dieser Beurteilung nichts, denn die Berufungsbeklagte hat nicht behauptet, damit seien Entscheidungskompetenzen verbunden gewesen. Solche ergeben sich auch nicht aus dem eingereichten Protokoll der Betriebssitzung vom 6. September 2007. Aus dem Umstand, dass dem Berufungskläger die Weiterführung des eigenen Unternehmens zugestanden wurde, kann nichts zu Gunsten der Berufungsbeklagten abgeleitet werden. Wie die Kompetenzen bei der Berufungsbeklagten verteilt waren, zeigt sodann der Handelsregisterauszug. Der Verwaltungsratspräsident, Inhaber und Geschäftsführer sowie Marketing- und Verkaufsleiter der Berufungsbeklagten und seine Ehefrau waren einzelzeichnungsberechtigt, während der Berufungskläger nicht einmal über eine Kollektivprokura verfügte. Über diese verfügte demgegenüber M, der für den Betrieb zuständig war. Keine Rolle spielt, ob die Berufungsbeklagte den Berufungskläger mittels eines Kaderformulars beurteilte, denn es ist nicht auf die von den Parteien verwendeten Begriffe, sondern auf die tatsächliche Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses abzustellen[18]. Deshalb braucht auch die Echtheit der mit "Kaderbeurteilung 2008" betitelten Qualifikation des Berufungsklägers nicht geprüft zu

werden. Die vorangehend aufgeführten Präjudizien stützen diese Beurteilung. Wenn eine Chefin einer Personaladministration, welche Fr. 95'000.00 pro Jahr verdiente[19], sowie ein Abteilungsleiter, der für seine Einheit Mitarbeiter einstellen konnte, jedoch nicht in die Entscheidungen des Gesamtunternehmens eingebunden war, nicht als leitende Angestellte einzustufen sind, ist es ein Verkaufsberater wie der Berufungskläger, der über keinerlei Personal und keinerlei finanziellen Kompetenzen verfügte und dem ausserhalb seiner eigentlichen Tätigkeit als Verkäufer keinerlei Befugnisse zukamen, auch nicht. Obergericht, 2. Abteilung, 22. November 2011, ZBR.2011.53 [1] Durch Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag [2] Art. 9 ff. ArG [3] BGE 126 III 337 = Pra 90, 2001, Nr. 47 S. 279 [4] BGE vom 5. Juni 2007, 4A\_86/2007, Erw. 2.1; BGE 129 III 173 [5] Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6.A., Art. 321c OR N 6 [6] Portmann, Basler Kommentar, Art. 321c OR N 10 f. [7] Senti, Überstunden, in: AJP 2003 S. 384 [8] Vischer, Der Arbeitsvertrag, 3.A., S. 166 [9] Vischer, S. 59 [10] Rehbinder/Stöckli, Berner Kommentar, Art. 321c OR N 1 [11] Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3.A., Art. 321c OR N 12 [12] Geiser/Müller, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009, S. 112 f. [13] Tobler/Favre/Monoz/Gullo Ehm, Arbeitsrecht, Lausanne 2006, Art. 321c OR N 3.5 f. [14] BGE vom 5. Juni 2007, 4A\_86/2007, Erw. 2.1 [15] BGE vom 5. Juni 2007, 4A\_86/2007, Erw. 2.1 [16] Portmann, Art. 321c OR N 10 [17] Streiff/von Kaenel, Art. 321c OR N 6 [18] BGE vom 5. Juni 2007, 4A\_86/2007, Erw. 2.1 mit weiteren Hinweisen [19] Dies war vor dem Jahr 2000. × JavaScript errors detected Please note, these errors can depend on your browser setup. If this problem persists, please contact our support. Contact Support Close

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.