



# Überstunden bei Kadermitarbeitenden

Viele Arbeitgeber sind der Meinung, dass ihre Kadermitarbeitenden keinen Anspruch auf Überstunden haben. Nur: Nicht jeder Kaderarbeitsvertrag enthält eine klare vertragliche Regelung zur Überstundenthematik.

Text: Brigitte Kraus-Meier



**Brigitte Kraus-Meier**  
lic. iur., Executive  
Master CCM  
Inhaberin konzis  
[www.konzis.ch](http://www.konzis.ch)

Zunächst muss man sich einmal mehr vor Augen führen, dass der Kaderstatus eine schweizerische Eigenart ist und der Gesetzgeber diese Mitarbeiterkategorie gar nicht kennt. Vergeblich sucht man im OR oder im Arbeitsgesetz nach Regelungen für Kaderangehörige. Wer ein Kadermitarbeiter ist, scheint zwar jeder und jedem klar zu sein. Dies, obwohl es keine Definition für diesen Status gibt, geschweige denn, dass eine gesetzliche Regelung herangezogen und mit ihr den Kader-Begriff erklärt werden könnte. Auf die Frage, was einen Kadermitarbeitenden von einem Mitarbeitenden unterscheidet, bekommt man daher sehr verschiedene Antworten. Meist wird der Unterschied damit begründet, dass Kaderleute im Gegensatz zu Mitarbeitenden keine Zeit aufschreiben. Aha!

## Achtung Personalreglement

Es scheint ein grundlegendes Merkmal zu sein, dass Kadermitarbeitende nicht den gleichen Anspruch auf Überstundenabgeltung haben, wie dies bei «gewöhnlichen» Mitarbeitenden der Fall ist. Von Kaderleuten wird mehr Einsatz erwartet, dafür haben sie oftmals einen höheren Lohn oder mehr Ferien. Gleichwohl werden allgemeine Personalreglemente auch auf Kaderangestellte angewendet, sofern es nicht eigene, separate Anstellungsbedingungen gibt. Darin liegt hinsichtlich des

Überstundenanspruchs schon die erste Problematik. Wird eine wöchentliche Arbeitszeit im Reglement vorgegeben, muss diese im Kaderarbeitsvertrag wieder relativiert werden. Sobald eine vertragliche – oder reglementarische – Stundenzahl vorgegeben ist, lässt sich definieren, welcher Bereich als Überstunden gilt. Allein aufgrund der Tatsache, dass der Mitarbeitende dem Kader angehört, kann man nicht von einer automatischen Wegbedingung der Überstunden ausgehen. Besteht das Verständnis, dass keine Überstunden geltend gemacht werden können, muss dies explizit geregelt sein. Entweder, indem die vertraglich vorgegebene Arbeitszeit als blosse Richtlinie erklärt wird oder die Geltendmachung einer Überstundenkompensation oder -entschädigung ausdrücklich wegbedungen wird. Sinnvoll ist es, eine klare, unmissverständliche Regelung zu treffen. Nichts dazu zu sagen, stellt für den Arbeitgeber ein Risiko dar.

## Freiwillige Mehrleistung

Nicht jede Stunde, welche die übliche oder vertragliche Arbeitszeit übersteigt, ist eine Überstunde. Viele Mitarbeitende arbeiten von sich aus länger, weil sie beispielsweise eine Arbeit erledigen möchten, ohne dass eine betriebliche Notwendigkeit besteht. Gerade wenn die Arbeitszeiten flexibel gestaltet wer-

den können, finden sich starke Arbeitszeit-schwankungen. Freiwillige Mehrstunden, die beispielsweise bei Gleitzeit entstehen, sind keine Überstunden. Wie man mit diesen freiwilligen Mehrstunden umgeht, ist abhängig von der Unternehmenskultur. Viele Unternehmen lassen einen Ausgleich der Stunden zu, was einer Kompensation gleichkommt. Oftmals wird eine Obergrenze eingeführt, bis zu welcher Mitarbeitende in Eigenverantwortung Mehrstunden anhäufen können. Die Stunden, die über diese Grenze hinausgehen, werden entschädigungs- und kompensationslos gestrichen, wenn es sich nicht um angeordnete oder bewilligte Überstunden handelt. Hierin zeigt sich die Führungsproblematik. Freiwillige Mehrstunden können zu entschädigungspflichtigen Überstunden werden, wenn der Vorgesetzte diese als betriebliche Überstunden nachträglich bewilligt. Der Vorgesetzte sollte von Anfang an die Frage stellen, ob diese Mehrstunden aus Betriebssicht tatsächlich nötig waren. Wenn dies nicht der Fall war, sollten sie nicht bewilligt werden. Einmal genehmigte und bewilligte Überstunden können nicht mehr negiert werden.

Mehrstunden, die der Kadermitarbeitende freiwillig geleistet hat, für die kein betriebliches Bedürfnis vorlag und die nicht bewilligt wurden, muss der Mitarbeitende im Hinblick auf einen Austritt aus dem Unternehmen selbstständig ausgleichen. Tut er dies nicht, verfallen die Gleitzeitstunden und er kann keine Auszahlung geltend machen. Die freiwillig geleisteten Mehr-

stunden wandeln sich allerdings in entschädigungspflichtige Überstunden um, wenn der Mitarbeitende diese innerhalb der Kündigungsfrist nicht mehr ausgleichen kann, weil die betrieblichen Bedürfnisse eine Kompensation nicht zulassen. Weil freiwillige Mehrstunden und betrieblich bedingte Überstunden unterschiedlich behandelt werden – das gilt auch für Nicht-Kadermitarbeiter – sollten diese separat erfasst werden.

### Heimliche Auflistung

Immer wieder kommt es vor, dass Mitarbeitende vor oder nach ihrem Austritt aus dem Unternehmen eine Auflistung ihrer angeblichen Überstunden präsentieren und eine Auszahlung verlangen. Solange es sich um eigene Aufzeichnungen des Mitarbeitenden handelt, die er erst nachträglich präsentiert, dürfte er es schwer haben, diese Stunden erfolgreich geltend zu machen. Den Mitarbeitenden trifft nämlich eine Anzeigebliedigkeit. Bringt er seine Mehrstunden dem Arbeitgeber nicht zur Kenntnis, verliert er den Anspruch auf Entschädigung oder Kompensation.

Aber aufgepasst, der Arbeitgeber, der von den Mehrstunden Kenntnis hatte, kann sich ebenso wenig erfolgreich auf den Standpunkt stellen, der Mitarbeitende habe die Überstunden ja vorher nie geltend gemacht. Denn elektronische Kalendarereinträge oder Rapporte können je nach Umständen darauf hindeuten, dass der Arbeitgeber von den Überstunden wusste. Die Ar-

«Es ist ein gängiges Klischee: Kaderleute müssen mehr Einsatz leisten, dafür haben sie einen höheren Lohn oder mehr Ferien.»

Brigitte Kraus-Meier,  
Juristin, Inhaberin konzis

beitszeiterfassung, die ja auch für Kadermitarbeitende gilt, ist natürlich der entscheidende Faktor, warum Mehrstunden nicht mehr als inexistent erklärt werden können.

Doch es ist möglich, deren Handhabung vorgängig vertraglich zu klären und ausdrücklich festzuhalten, dass kein Anspruch auf Überstunden besteht. Damit ist allenfalls noch die Diskussion zu führen, ob die Mehrleistung Überzeit darstellt, über welche die Parteien ja nur begrenzt eine Vereinbarung treffen können. Für gewisse Kategorien von Mitarbeitenden, insbesondere für Büromitarbeitende, besteht die Möglichkeit, auch die ersten 60 Überzeitstunden vertraglich vollständig wegzubedingen. Nutzt ein Arbeitgeber die Möglichkeiten der vertraglichen Wegbedingung, wird er bei korrekter Umsetzung der Arbeitszeiterfassung keine hohen Mehrstundensaldi haben. Eine ausdrückliche Regelung schafft Klarheit und Gleichbehandlung und hilft den Vorgesetzten in der Führung. ■

## Neulich vor dem Arbeitsgericht Sind Konventionalstrafen mit Art. 321e OR vereinbar?

BGE 4A\_579/2017 und BGE 4A\_581/2017 vom 07. Mai 2018

### Das Urteil

Mit Arbeitsvertrag aus dem Jahr 2011 wurde A (Beklagte) von der B (Klägerin) als geschäftsführende Ärztin einer Arztpraxis angestellt. In Ziff. 16 des Arbeitsvertrages wurde unter dem Titel «Konventionalstrafe» Folgendes festgehalten: «Bei Zuwiderhandlungen gegen diesen Vertrag, insbesondere gegen das Konkurrenzverbot oder die Geheimhaltungspflicht, schuldet die Arbeitnehmerin eine Konventionalstrafe von je CHF 50 000.– pro Verstoß.

Die Bezahlung der Konventionalstrafe befreit die Arbeitnehmerin nicht von der weiteren Einhaltung des Vertrages, insbesondere des Konkurrenzverbots, der Geheimhaltungspflicht oder dem Verbot der Abwerbung. In jedem Fall, auch bei Bezahlung der Konventionalstrafe, kann die Arbeitgeberin die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes sowie den Ersatz weiteren Schadens verlangen.»

Nachdem im November 2011 die Kündigung per Ende 2012 erfolgte, wurde A von ihrer ehemaligen Arbeitgeberin wegen Verlet-

zung des Arbeitsvertrages eingeklagt. Es wurde eine Verletzung des Arbeitsvertrages gerügt und eine Konventionalstrafe von insgesamt CHF 150 000.– eingeklagt.

Das zuständige Kantonsgericht des Kantons Luzern hiess die Klage im Wesentlichen gut und verpflichtete die Arbeitnehmerin zur Bezahlung von CHF 50 000.–.

Daraufhin reichten beide Parteien Beschwerde beim Bundesgericht ein. Umstritten war insbesondere, ob die vereinbarte Konventionalstrafe (welche sich nicht auf nachvertragliches Konkurrenzverbot gemäss Art. 340 ff. OR bezog) gültig war, da der vereinbarten Konventionalstrafe ausschliesslich Ersatzcharakter zukomme, weshalb die Vereinbarung einer solchen Strafe gegen den teilzwingenden Art. 321e i.V.m. Art. 362 Abs. 1 OR verstosse.

Das Bundesgericht führte aus, dass nach Art. 321e Abs. 1 OR der Arbeitnehmer für den Schaden verantwortlich ist, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufügt und setzt zwingend Verschulden des Arbeitnehmers voraus. Nach Art. 362 Abs. 1 OR darf durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag von Art. 321e OR nicht

zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Der Arbeitnehmer darf durch vertragliche Abmachungen nicht gegenüber der gesetzlichen Regelung schlechtergestellt werden. Deshalb dürften Konventionalstrafen zur Sicherung der Einhaltung arbeitsvertraglicher Pflichten nicht einer Haftungsverstärkung gleichkommen. Da der zu beurteilenden Konventionalstrafe nach der Auslegung durch das Bundesgericht Ersatzcharakter zukommt, steht sie im Widerspruch zum zwingenden Charakter von Art. 321e OR und ist daher nichtig.

### Konsequenz für die Praxis

Häufig enthalten Arbeitsverträge Konventionalstrafen. Sollen diese nachvertragliche Konkurrenzverbote absichern, ist deren Gültigkeit unbestritten. Ebenso sind Konventionalstrafen zulässig, sofern sie Disziplinarcharakter aufweisen. Damit sie aber gültig vereinbart werden, müssen sie in der Höhe der Strafe bestimmt und verhältnismässig sein. Zudem müssen die Tatbestände, die unter Strafe gestellt werden, klar spezifiziert sein. Im Weiteren darf den Konventionalstrafen kein Ersatzcharakter zukommen.

Text: Nicolas Facincani, lic. iur., LL.M.