

# NEWSLETTER

JUNI 2018

Autor: Dr. André Bloch



Rechtsprechung zum Arbeitsrecht

## Konventionalstrafen und Disziplinar massnahmen im Arbeitsrecht

In einer Entscheidung hatte das Bundesgericht die Frage zu prüfen, ob und inwieweit es zulässig ist, in einem Arbeitsvertrag die Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten mit einer Konventionalstrafe zu verknüpfen. Es erachtete Konventionalstrafen, die auf den Ausgleich vermögensrechtlicher Nachteile gerichtet sind, für unzulässig, wenn sie verschuldens- und/oder schadensunabhängig ausgestaltet worden sind. Konventionalstrafen mit Straf- bzw. Disziplinar charakter sind demgegenüber zulässig, sofern die Tatbestände, die unter Strafe gestellt werden sollen, im Arbeitsvertrag klar umschrieben sind und die Höhe der Strafe bestimmt und verhältnismässig ist.

Dem Urteil des Bundesgerichts vom 7. Mai 2018 (4A\_579/2017 und 4A\_581/2017; zur Publikation vorgesehen) lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Eine Ärztin A. war von einer B-AG als geschäftsführende Ärztin der Arztpraxis Z. angestellt. Der Arbeitsvertrag sah unter dem Titel «Konventionalstrafe» unter anderem Folgendes vor: «Bei Zuwiderhandlungen gegen diesen Vertrag, insbesondere gegen das Konkurrenzverbot oder die Geheimhaltungspflicht schuldet die Arbeitnehmerin eine Konventionalstrafe von je CHF 50'000.- pro Verstoß».

Nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch A. klagte die B-AG eine Konventionalstrafe von total CHF 150'000.- ein. Das Arbeitsgericht des Kantons Luzern wies die Klage ab. Das Kantonsgericht des Kantons Luzern hiess die Klage im Umfang von CHF 50'000.- gut. Es hielt dafür, Ärztin A. habe zwei Pflichtverletzungen begangen: Zum einen habe sie keine schriftliche Zustimmung der B-AG zur Aufnahme einer Nebentätigkeit eingeholt. Zum anderen habe sie bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses der B-AG die

mit der Praxis verknüpfte Zahlstellenregisternummer nicht zurückgegeben.

Beide Parteien führten gegen diesen Entscheid Beschwerde an das Bundesgericht.

Das Bundesgericht prüfte zunächst, inwieweit eine im Arbeitsvertrag vereinbarte Konventionalstrafe mit der Bestimmung von Art. 321e OR in Einklang stehen muss. Art. 321e OR regelt die Haftung des Arbeitnehmers und setzt nach den allgemeinen Regeln eine Vertragsverletzung, einen Schaden, ein Verschulden und einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem eingetretenen Schaden voraus. Als sogenannt einseitig zwingende Bestimmung darf von Art. 321e OR nicht einseitig zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden (Art. 362 Abs. 1 OR).

Das Bundesgericht hielt fest, eine Konventionalstrafe zur Sicherung arbeitsvertraglicher Pflichten müsse dann auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 321e OR geprüft

werden, wenn die Konventionalstrafe auf den Ausgleich vermögensrechtlicher Nachteile gerichtet sei, mithin eine Ausgleichsfunktion («Ersatzcharakter») aufweise. Insbesondere dürfe die Vereinbarung einer Konventionalstrafe mit Ersatzcharakter nicht einer Verschärfung der einseitig zwingenden Arbeitnehmerhaftung gemäss Art. 321e OR gleichkommen.

Demgegenüber müsse eine Konventionalstrafe zur Sicherung arbeitsvertraglicher Pflichten nicht auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 321e OR geprüft werden, wenn die Konventionalstrafe eine Straffunktion («Strafcharakter») aufweise.

Im Rahmen der konkreten Vertragsauslegung befand das Bundesgericht, im Arbeitsvertrag sei vorgesehen, dass die B-AG auch bei Bezahlung der Konventionalstrafe von A den «Ersatz *weiteren* Schadens» (Hervorhebung durch den Autor) verlangen dürfe. Dies sei ein Hinweis darauf, dass mit der Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag (auch) der infolge einer durch den Arbeitnehmer begangenen Vertragsverletzung entstandene Schaden ersetzt werden solle. Die Konventionalstrafe sei daher auch auf den Ausgleich vermögensrechtlicher Nachteile gerichtet und habe daher mindestens teilweise Ersatzcharakter. Aus diesem Grunde sei die Konventionalstrafe auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 321e OR zu prüfen.

In einem weiteren Schritt verneinte das Bundesgericht die Vereinbarkeit der konkreten Konventionalstrafe mit Art. 321e OR. Dies, weil die arbeitsvertraglich vereinbarte Konventionalstrafe kein Verschulden der Arbeitnehmerin voraussetze und zudem unabhängig vom Vorliegen eines konkreten Schadens geschuldet sei. Die Konventionalstrafe sei mithin verschuldens- als auch schadensunabhängig geschuldet und daher, insofern sie einer mit Art. 321e OR nicht zu vereinbarenden Haftungsverschärfung gleichkomme, nichtig.

Weiter prüfte das Bundesgericht, ob die Konventionalstrafe auch Disziplinarcharakter aufweise und allenfalls insoweit aufrechterhalten werden könne.

Diesbezüglich wies das Bundesgericht vorab darauf hin, dass die Zulässigkeit und Ausgestaltung von Disziplinarmaßnahmen im Arbeitsrecht grundsätzlich in Zusammenhang mit Art. 38 Abs. 1 des Arbeitsgesetzes (ArG) geprüft werde. Nach dieser Bestimmung sind Ordnungsstrafen nur zulässig, wenn sie in der Betriebsordnung angemessen geregelt sind. Da A. als Geschäftsführerin angestellt war und daher als höhere leitende Angestellte galt, war sie vom persönlichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausgenommen (Art. 3 lit. d ArG).

Ungeachtet dessen seien Disziplinarmaßnahmen auch im Verhältnis zwischen Arbeitgebern und leitenden Angestellten Grenzen gesetzt. Damit Disziplinarmaßnahmen in einem Arbeitsvertrag gültig vereinbart werden könnten, müsse zum einen die Höhe der Strafe bestimmt und verhältnismässig sein; zum anderen müssten die Tatbestände, welche unter Strafe gestellt seien, klar umschrieben sein.

In der vom Bundesgericht beurteilten Vertragsbestimmung waren die Tatbestände, welche von der Konventionalstrafe erfasst sein sollten, nur beispielhaft und nicht hinreichend bestimmt geregelt. Die Regelung im Arbeitsvertrag sei gemäss Bundesgericht so zu verstehen, dass jegliche Zuwiderhandlung von A. gegen den Arbeitsvertrag mit einer Konventionalstrafe sanktioniert werden soll, unabhängig von Art und Schwere der Verletzung. Eine solche Abrede genüge dem Bestimmtheitserfordernis nicht. Damit stehe fest, dass die Parteien auch keine gültige Disziplinarmaßnahme vereinbart hätten.

Aus diesen Gründen hiess das Bundesgericht die Beschwerde der Arbeitnehmerin A. gut und wies die Klage der Arbeitgeberin B-AG auf Bezahlung der Konventionalstrafe ab.

## KOMMENTAR

Aus dem besprochenen Leitenstscheid des Bundesgerichts ergibt sich, dass Konventionalstrafen in Arbeitsverträgen mit Vorsicht zu formulieren sind. Insbesondere wenn eine Konventionalstrafe nicht blossen Straf- bzw. Disziplinarcharakter, sondern auch Schadenersatzcharakter hat, besteht das Risiko, dass die Konventionalstrafe wegen

Verstosses gegen Art. 321e OR von Gerichten für nichtig erklärt und nur insoweit aufrechterhalten wird, als sie auch Disziplinarcharakter hat und als Disziplinar massnahme gültig vereinbart worden ist.

Das Bundesgericht hat im vorliegenden wie auch bereits in einem früheren Entscheid (BGer 4A\_595/2012 vom 21. Dezember 2012) die bei Vereinbarung einer Konventionalstrafe regelmässig anzutreffende Formulierung, wonach der Arbeitgeber auch bei Bezahlung der Konventionalstrafe den «Ersatz weiteren Schadens» verlangen dürfe, als Hinweis darauf gewertet, dass der vereinbarten Konventionalstrafe sowohl Ersatz- als auch Strafcharakter zukomme. Auch eine betragsmässig zu hoch veranschlagte Konventionalstrafe dürfte als Indiz für den Schadens- und nicht blossen Disziplinarcharakter einer Konventionalstrafe gewertet werden.

Dass einer in einem Arbeitsvertrag vereinbarten Konventionalstrafe von einem Gericht sowohl Ersatz- als auch Straf- bzw. Disziplinarcharakter zugesprochen wird, wird kaum je ganz ausgeschlossen werden können. Umso wichtiger ist es, bei der Formulierung einer Konventionalstrafe Vorsicht walten zu lassen und sich auch an die Voraussetzungen zu erinnern, welche für gültig vereinbarte Disziplinar massnahmen gelten. Dies, um sicherzustellen, dass die Konventionalstrafe zumindest insoweit aufrechterhalten bleiben kann. Die Tatbestände, an welche eine Konventionalstrafe geknüpft werden soll, sollten demnach klar umschrieben werden. Zudem sollte die Höhe der Konventionalstrafe bestimmt sein und in einem angemessenen Verhältnis zum sanktionierten Verhalten stehen.

Mit Bezug auf die Konventionalstrafe im Falle der Verletzung eines vereinbarten nachvertraglichen Konkurrenzverbotes ist schliesslich zu empfehlen, dass diese im Arbeitsvertrag gesondert von anderen Konventionalstrafen geregelt wird.

Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechtsauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Für eine persönliche Beratung wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Suter Howald Rechtsanwälte oder an eine der folgenden Personen:



**Dr. André Bloch**

Partner

[andre.bloch@suterhowald.ch](mailto:andre.bloch@suterhowald.ch)



**Dr. Mauro Loosli**

Partner

[mauro.loosli@suterhowald.ch](mailto:mauro.loosli@suterhowald.ch)



**Sonja Stark-Traber, LL.M.**

Partnerin

[sonja.stark@suterhowald.ch](mailto:sonja.stark@suterhowald.ch)

---

**Suter Howald Rechtsanwälte – Attorneys at Law**

Stampfenbachstrasse 52

Postfach

CH-8021 Zürich

Tel. +41 44 630 48 11

Fax +41 44 630 48 15

[www.suterhowald.ch](http://www.suterhowald.ch)