



Kommentar zu: Urteil: [4A_579/2017](#) vom 7. Mai 2018 , zur Publikation vorgesehen

Sachgebiet: Vertragsrecht

Gericht: Bundesgericht

Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung

dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Konventionalstrafen im arbeitsvertraglichen Kontext

Die Zulässigkeit der Konventionalstrafe sowie ihre unterschiedlichen Funktionen im Zusammenhang mit Art. 321e Abs. 1 OR

Autor / Autorin

Daniel Donauer, Vangelis Kalaitzidakis

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & PARTNERS
ATTORNEYS AT LAW

In den Urteilen 4A_579/2017 & 4A_581/2017 vom 7. Mai 2018 (Verfahrensvereinigung) hielt das Bundesgericht unter anderem fest, dass Konventionalstrafen hinsichtlich ihrer Sicherungsfunktion aufgrund des teilzwingenden Charakters von Art. 321e OR dann unzulässig sind, wenn damit eine Haftungsveranschärfung zu Lasten des Arbeitnehmers verbunden ist. Eine Konventionalstrafe im arbeitsvertraglichen Kontext ist darüber hinaus als Disziplinarmassnahme (Straffunktion) nur dann zulässig, wenn die damit verbundenen Voraussetzungen erfüllt sind. Auf die beiden genannten Kernaussagen des Bundesgerichts wird nachfolgend eingegangen.

Sachverhalt

[1] Mit Arbeitsvertrag vom 12. April 2011 wurde eine Ärztin (nachfolgend A. oder Beklagte) von der B. AG (nachfolgend B. oder Klägerin) per 1. Mai 2011 als geschäftsführende Ärztin der Arztpraxis D. angestellt. Im Arbeitsvertrag fand sich unter dem Titel «Konventionalstrafe» folgende Klausel: «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.»

[2] Im November 2011 kündigte A. das Arbeitsverhältnis auf den 31. Dezember 2011. Mit Klage vom 24. Februar 2014 beantragte B. die Bezahlung einer Konventionalstrafe von insgesamt CHF 150'000 nebst Zins zu 5% seit dem 2. September 2013 aufgrund verschiedener Verletzungen des Arbeitsvertrages. Zudem sei A. zu verpflichten, der B. eine Pauschale von CHF 10'000 nebst Zins zu 5% seit dem 2. September 2013 für verschiedene ihr entstandene Kosten (Bewilligungsverfahren) zu bezahlen. Das Arbeitsgericht des Kantons Luzern wies die Klage ab.

[3] Dagegen erhob B. Berufung beim Kantonsgericht des Kantons Luzern. Sie beantragte die Aufhebung des Urteils und wiederholte ihren Hauptantrag auf Bezahlung der Konventionalstrafe, begehrte jedoch keinen zusätzlichen Schadenersatz für die Kosten des Bewilligungsverfahrens. Das Kantonsgericht kam zum Schluss, die Beklagte habe zwei Vertragsverletzungen begangen. Erstens habe sie keine schriftliche Zustimmung der B. zur Aufnahme einer Nebentätigkeit als Belegärztin an einer Privatklinik eingeholt. Zweitens habe sie bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses der B. die mit der Praxis verknüpfte Zahlstellenregisternummer (ZSR-Nummer) nicht zurückgegeben. Eine Vertragsverletzung hinsichtlich der Abwerbung von Patienten sowie rufschädigender Äusserungen über die Nachfolgerin der A. verneinte das Kantonsgericht hingegen. Die Vorinstanz legte im Urteil fest, dass eine *Unterscheidung* vorzunehmen sei, ob die Vertragsverletzung eine eigentliche Sorgfalts- und Treuepflicht von Art. 321a OR betreffe oder nicht. Die Vereinbarkeit der Konventionalstrafe mit Art. 321e OR sei nur zu prüfen, wenn die Verletzung auch Art. 321a OR verletze. Vorliegend sei dies nicht der Fall, weshalb nicht zu untersuchen sei, ob die Konventionalstrafe lediglich Straf- oder auch Ersatzcharakter habe. Das Kantonsgericht des Kantons Luzern verurteilte in der Folge A. in teilweiser Gutheissung der Berufung zur Bezahlung von CHF 50'000 nebst Zins zu 5% seit 2. September 2013.

[4] B. beantragt ihrerseits vor Bundesgericht (im Verfahren [4A_581/2017](#)) die Aufhebung des Urteils und A. sei zu verpflichten, der B. eine Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 150'000 zuzüglich 5% Zins seit dem 2. September 2013 zu bezahlen. A. beantragt auf der anderen Seite vor Bundesgericht (im Verfahren [4A_579/2017](#)) die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Abweisung der Beschwerde der Gegenpartei. Die Vorinstanz beantragt, beide Beschwerden abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

Erwägungen

[5] Das Bundesgericht setzt sich eingangs mit Art. 321e Abs. 1 OR auseinander, wonach der Arbeitnehmer für den Schaden verantwortlich sei, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufüge. Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen habe, bestimme sich gemäss Art. 321 Abs. 2 OR nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt würden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt habe oder hätte kennen sollen (E. 4.2). Die Arbeitnehmerhaftung im Sinne von Art. 321e OR setze nach den allgemeinen Regeln der Vertragshaftung neben einem Schaden, einem Verschulden und einem adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem eingetretenen Schaden eine Vertragsverletzung voraus (E. 4.2.1).

[6] Mit Bezug auf die gesetzlich umschriebenen Arbeitnehmerpflichten sprächen das Bundesgericht und ein Teil der Lehre auch von einer Verletzung gemäss den Art. 321–321d OR. Eine darüber hinausgehende Unterscheidung zwischen Verletzungen der Sorgfalts- bzw. Treuepflicht im Sinne von Art. 321a OR und sonstigen Vertragsverletzungen werde weder in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung noch in der Lehre zu Art. 321e OR gemacht (E. 4.2.2). Diese von der Vorinstanz vorgenommene Unterscheidung finde in der gesetzlichen Regelung keine Stütze. Aus dem in der Lehre teilweise angebrachten Hinweis, Art. 321e Abs. 1 OR sei in Zusammenhang mit Art. 321a Abs. 1 OR zu lesen, lasse sich zudem nichts anderes ableiten. Auch diese Autoren würden nicht den Anwendungsbereich von Art. 321e OR auf eine bestimmte Art von Verletzungen einschränken. Weiter hielt das Bundesgericht fest, dass entgegen der Annahme der Vorinstanz eine klare Zuordnung der einzelnen vertraglich vereinbarten Pflichten der Beklagten zu den beiden von ihr unterschiedenen Kategorien weder möglich noch sachdienlich sei. Vielmehr gelte Art. 321a Abs. 1 OR für sämtliche Arbeitnehmerpflichten. Zudem verkenne die Vorinstanz, dass die Parteien frei seien, die allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht im Sinne von Art. 321a OR vertraglich zu erweitern. Bei den zur Diskussion stehenden vertraglich vereinbarten Pflichten der Beklagten handle es sich namentlich um eine Konkretisierung bzw. Erweiterung der gesetzlich umschriebenen Pflichten der Arbeitnehmerin. Indem sie die Vereinbarkeit der Konventionalstrafe mit Art. 321e OR *nicht* prüfte, schränkte die Vorinstanz den Anwendungsbereich dieser Bestimmung in bundesrechtswidriger Weise

ein (E. 4.2.3). Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz sei daher die Vereinbarkeit der zwischen der B. und der A. vereinbarten Vertragsstrafe mit Art. 321e OR zu prüfen (E. 4.2.4).

[7] Das Bundesgericht prüfte folglich die Vereinbarkeit der Vertragsstrafe mit Art. 321e OR: Es hält mit Verweis auf Art. 362 Abs. 1 OR fest, der Arbeitnehmer dürfe durch vertragliche Abmachungen nicht gegenüber der gesetzlichen Regelung schlechter gestellt werden. Deshalb werde in der Lehre einhellig die Auffassung vertreten, Konventionalstrafen zur Sicherung der Einhaltung arbeitsvertraglicher Pflichten dürften nicht einer Haftungsverschärfung gleichkommen. Von Art. 321e OR nicht ausgeschlossen seien unter gewissen Voraussetzungen sog. Disziplarmassnahmen (E. 5.1). Die Konventionalstrafe im Sinne von Art. 160 ff. OR diene der Sicherung der richtigen Erfüllung von Vertragspflichten (sog. Sicherungsfunktion) und sei bei Vertragsverletzungen grundsätzlich auf den Ausgleich vermögensrechtlicher Nachteile gerichtet (Ausgleichsfunktion). Zudem könne eine Konventionalstrafe eine Straffunktion aufweisen, indem der Leistungsschuldner infolge einer Vertragsverletzung sanktioniert werde. In der Lehre würde in Bezug auf die Vereinbarkeit von Konventionalstrafen mit Art. 321e OR teilweise danach differenziert, ob der Konventionalstrafe Straf- und/oder Ersatzcharakter zukomme. Ersatzcharakter habe eine Konventionalstrafe dann, wenn sie auf den Ausgleich vermögensrechtlicher Nachteile gerichtet sei und somit das wirtschaftliche Interesse an der mangelfreien Pflichterfüllung betreffe. Diesem Interesse entspreche auch die Haftungsnorm von Art. 321e OR, weshalb eine Strafabrede mit Ersatzcharakter insofern in den Anwendungsbereich dieser Norm falle (E. 5.2.1).

[8] Das Bundesgericht nimmt anschliessend eine Auslegung der strittigen Vertragsklausel vor: Der Wortlaut (insbesondere, dass die Klägerin den «Ersatz weiteren Schadens» verlangen könne) könne nicht anders verstanden werden, denn als Hinweis darauf, dass mit der Vertragsstrafe (auch) der infolge einer durch den Arbeitnehmer begangenen Vertragsverletzung entstandene Schaden ersetzt werden solle, was dem Wesen der Konventionalstrafe entspreche. Dass sich die Klägerin darüber hinaus vorbehielt, die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes zu verlangen, ändere nichts daran (E. 5.2.2.1 f.). Somit stehe fest, dass die zwischen den Parteien arbeitsvertraglich vereinbarte Konventionalstrafe teilweise auf den Ausgleich vermögensrechtlicher Nachteile ausgerichtet sei und insofern Ersatzcharakter aufweise. Soweit die Vertragsstrafe die Haftung der Beklagten als Arbeitnehmerin betreffe, falle sie in den Regelungsbereich von Art. 321e Abs. 1 OR. Es sei folglich zu prüfen, ob die vereinbarte Konventionalstrafe die Haftung der Beklagten als Arbeitnehmerin unzulässigerweise verschärfe (E. 5.2.3).

[9] Das Bundesgericht führt im Hinblick auf Art. 321e OR aus, dass Vereinbarungen einer verschuldens- oder schadensunabhängigen Haftung sowie einer Beweislastumkehr zuungunsten des Arbeitnehmers unzulässig seien (E. 5.3.1). Da der Arbeitnehmer höchstens für den verursachten Schaden haftbar gemacht werden könne, sei die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Zahlung einer den tatsächlich eingetretenen Schaden übersteigende Vertragsstrafe unzulässig (E. 5.3.1.3).

[10] Die von den Parteien arbeitsvertraglich vereinbarte Konventionalstrafe setze kein Verschulden der Beklagten voraus. Ausgelöst werde gemäss der ausdrücklichen vertraglichen Regelung die Pflicht zur Zahlung der Konventionalstrafe durch Begehung einer Vertragsverletzung («Bei Zuwiderhandlungen gegen diesen Vertrag»); ein Verschulden sei nicht erforderlich. Somit sei rechtsgeschäftlich eine verschuldensunabhängige Haftung der Beklagten vereinbart worden, was eine unzulässige Haftungsverschärfung bedeute. Weiter lasse sich auch der Umstand, dass die Konventionalstrafe mit Ersatzcharakter unabhängig vom Vorliegen eines Schadens geschuldet sein soll, nicht mit Art. 321e OR vereinbaren (E. 5.3.2).

[11] Zur Rechtsfolge führte das Bundesgericht aus, dass die vereinbarte Konventionalstrafe, soweit sie mit Art. 321e OR unvereinbar ist, nichtig sei (Art. 362 Abs. 2 OR). Nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 362 Abs. 2 OR sei nicht der ganze Vertrag, sondern es seien ausschliesslich die von den teilzwingenden Vorschriften zugunsten des Arbeitnehmers abweichenden Abreden nichtig. An Stelle der nichtigen Abrede trete die zwingende Norm, und zwar ohne Rücksicht auf den hypothetischen Parteiwillen. Eine Konventionalstrafe, der Ersatzcharakter zukomme, sei folglich nicht im entsprechenden Umfang herabzusetzen, sondern nichtig. Nur übermässig hohe

Konventionalstrafen würden im Sinne von Art. 163 Abs. 3 OR nach dem Ermessen des Richters herabgesetzt; auf wegen eines Verstosses gegen eine (teil-)zwingende arbeitsrechtliche Bestimmung nichtige Konventionalstrafen sei diese Vorschrift hingegen nicht anwendbar (E. 5.4.1).

[12] Das Bundesgericht prüfte schliesslich, ob eine zulässige Disziplinar-massnahme vorgelegen habe. Die Zulässigkeit und die Ausgestaltung von Disziplinar-massnahmen würden dabei vor allem im Zusammenhang mit Art. 38 Abs. 1 [ArG](#) diskutiert, wonach Ordnungsstrafen nur zulässig seien, wenn sie in der Betriebsordnung angemessen geregelt seien. Vorliegend sei zu beachten, dass die Beklagte als Geschäftsführerin der Arztpraxis nach Art. 3 lit. d ArG vom persönlichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausgenommen sei. Trotzdem seien Disziplinar-massnahmen auch im Verhältnis zwischen Arbeitgebern und leitenden Angestellten Grenzen gesetzt. Im Arbeitsvertragsrecht verfüge der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer grundsätzlich über keine Disziplinargewalt; Disziplinar-massnahmen dürften auf keinen Fall nach Belieben verhängt werden (E. 5.5.1). Disziplinar-massnahmen könnten grundsätzlich als Vertragsstrafen in einem Einzelarbeitsvertrag vereinbart werden (vgl. E. 5.1 hiervor). Damit sie jedoch gültig vereinbart werden, müsse die Höhe der Strafe bestimmt und verhältnismässig sein. Weiter müssten die Tatbestände, die unter Strafe gestellt werden, klar umschrieben sein. Erforderlich sei, dass jeder einzelne Verstoss, der zur Ausfällung einer Strafe führen soll, sowie die entsprechende Sanktion hinreichend klar festgelegt werden. Der Arbeitnehmer müsse im Klaren darüber sein, welches Verhalten mit welcher Strafe sanktioniert wird. Nur so könne sichergestellt werden, dass der Arbeitgeber die ihm vertraglich eingeräumte Disziplinargewalt nicht missbrauche (E. 5.5.2). Nach Ziff. 16 des Arbeitsvertrages werde von der Klägerin «bei Zuwiderhandlungen gegen diesen Vertrag» eine Strafe geschuldet. Als Beispiele von Vertragsverletzungen würden Zuwiderhandlungen gegen das Konkurrenzverbot oder die Geheimhaltungspflicht erwähnt. Eine darüber hinausgehende Umschreibung der Tatbestände, welche die Zahlung der Vertragsstrafe auslösen solle, sei im Arbeitsvertrag nicht enthalten. Es sei vielmehr davon auszugehen, wie die Vorinstanz erwog, dass jegliche Zuwiderhandlungen der Beklagten gegen den Arbeitsvertrag mit einer Konventionalstrafe sanktioniert werden sollten, unabhängig von der Art und Schwere der Verletzung. Diese Vertragsklausel erfülle das Bestimmtheitserfordernis folglich klar nicht. Die Abrede, wonach sämtliche Vertragsverletzungen zur Ausfällung einer Vertragsstrafe führen, vermöge eine konkrete Umschreibung der einzelnen Tatbestände nicht zu ersetzen. Da die Tatbestände, welche die Vertragsstrafe auslösen würden, nicht hinreichend bestimmt seien, sei nicht zu prüfen, ob eine Disziplinar-massnahme überhaupt zur Durchsetzung der zur Diskussion stehenden Vertragsverletzungen eingesetzt werden durfte. Somit stehe fest, dass die Parteien keine gültige Disziplinar-massnahme vereinbart hätten. Die Frage der Verhältnismässigkeit der vereinbarten Strafe könne folglich offengelassen werden (E. 5.5.3).

[13] Nach dem Ausgeführten könne die Klägerin aus der im Arbeitsvertrag vereinbarten Konventionalstrafe von CHF 50'000 pro Verstoss nichts ableiten (E. 6).

Kurzkomentar

[14] Das Bundesgericht musste eingangs beurteilen, ob Art. 321e Abs. 1 OR auf alle Vertragsverletzungen oder bloss auf *Sorgfalts- und Treuepflichten* gemäss Art. 321a OR anwendbar ist. Relevant ist die Frage ganz generell hinsichtlich des Anwendungsbereichs und somit des Arbeitnehmerschutzes aufgrund des teilzwingenden Charakters von Art. 321e i.V.m. Art. 362 Abs. 1 OR. Bei Art. 321e OR handelt es sich um eine den Arbeitnehmer betreffende allgemeine Haftungsnorm, welche, wie das Bundesgericht ebenfalls wiedergibt, die Haftungsvoraussetzungen für den Arbeitnehmer beinhaltet (Schaden, Vertragsverletzung, Kausalzusammenhang und Verschulden; vgl. BGer 4C_196/1998 vom 17. August 1998, E. 3 = JAR 1999, S. 293; ULRICH STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 321e N. 4). Die für den Haftungsanspruch notwendige *Vertragsverletzung* kann sich beispielsweise aus den im Gesetz genannten Arbeitnehmerpflichten ergeben (Art. 321–321d OR; vgl. BGer [4C.169/2001](#) vom 22. August 2001, E. 5b; CHK OR-EMMEL, Art. 321e N. 2, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3.

Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016) oder aus sonstigen vertraglich vereinbarten Arbeitnehmerpflichten. Da die Festlegung der Haftung in Art. 321e Abs. 1 OR einen (besonderen) Anwendungsfall von Art. 97 OR darstellt (OFK OR-GREBSKI, Art. 321e N. 1 in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016), ist es u. E. sachgerecht, den Anwendungsbereich weit zu fassen und die Norm auf alle sich in Durchführung des Arbeitsvertrages ergebenden Pflichtverletzungen anzuwenden. Zu Recht weist deshalb das Bundesgericht in seinen Ausführungen darauf hin, dass eine weitergehende Unterscheidung der arbeitsvertraglichen Pflichten sich weder dem Gesetz, der Lehre, noch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entnehmen lässt (vgl. E. 4.2.2). Eine Unterscheidung zwischen «Sorgfalts- und Treuepflichten» i.S.v. Art. 321a Abs. 1 OR und «sonstigen Pflichten», welche den teilzwingenden Anwendungsbereich von Art. 321e OR auf «reine» arbeitsrechtliche Vertragsverletzungen einschränken würde, ist nicht ersichtlich (vgl. BGer [4C.174/2003](#) vom 27. Oktober 2003, E. 6.2; PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, Les contrats spéciaux, 5. Aufl., Zürich 2016, N. 2820). Weder der Wortlaut noch die systematische Stellung sprechen dafür. Entsprechend sind Vertragsverletzungen von in einem Arbeitsvertrag aufgeführten Arbeitnehmerpflichten generell nach Art. 321e OR zu behandeln (der teilzwingende Charakter von Art. 321e OR erstreckt sich somit richtigerweise auf sämtliche Vertragsverletzungen aus und im Zusammenhang mit einem Arbeitsvertrag). Art. 321e Abs. 1 OR findet folglich immer Anwendung, wenn nicht eine Spezialnorm in Art. 319 ff. OR die Haftung des Arbeitnehmers abweichend festlegt (CHK OR-EMMEL, a.a.O., Art. 321e N. 1). Korrekt geht denn auch das Bundesgericht im vorliegenden Fall in eine Prüfung der rechtlichen Zulässigkeit der Konventionalstrafe im Kontext von Art. 321e OR über und lehnt die von der Vorinstanz vorgenommene Unterscheidung betreffend «arbeitsvertragliche und sonstige Pflichten» ab.

[15] Gemäss Art. 160 Abs. 1 OR kann für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht richtigen Erfüllung eines Vertrages eine Konventionalstrafe, ein sog. aufschiebend bedingtes Leistungsversprechen, versprochen werden. Die Konventionalstrafe kann dabei, abhängig von der konkreten Vereinbarung, entweder anstelle der Vertragserfüllung treten oder parallel zu dieser geschuldet sein (CHK OR-PELLANDA, Art. 160 N. 1 ff., in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016). Sie kann aufgrund der Vertragsfreiheit in der Regel für jede Art vertraglicher Hauptpflichten und in beliebiger Höhe (vgl. Art. 163 Abs. 1 OR) vereinbart werden. Eingeschränkt wird die Zulässigkeit der Konventionalstrafe nur bei Widerrechtlichkeit, Sittenwidrigkeit und Unmöglichkeit der zu sichernden Pflicht (vgl. Art. 163 Abs. 2 OR). Unter Widerrechtlichkeit ist die Verletzung objektiven Rechts zu verstehen (BSK OR I-EHRAT/WIDMER, Art. 163 N. 5, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Art. 1 – 529 OR, Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. Aufl., Basel 2015). Ist die Konventionalstrafe übermässig hoch, hat sie der Richter zudem herabzusetzen (Art. 163 Abs. 3 OR). Erforderlich ist dafür aber ein krasses Missverhältnis zwischen dem vereinbarten Betrag und dem Interesse des Gläubigers (BGer [4A_107/2011](#) vom 25. August 2011, E. 3.1).

[16] Der Zweck der Konventionalstrafe liegt prinzipiell in der vertraglichen Stärkung der Gläubigerposition (CHK OR-PELLANDA, a.a.O., Art. 160 N. 5). Es können dabei verschiedene Funktionen der Konventionalstrafe unterschieden werden: Einerseits soll durch die Konventionalstrafe die Sicherstellung der Erfüllung gewährleistet werden (sog. *Präventivfunktion*). Auf der anderen Seite können auch eine *Schadenersatzfunktion* bzw. *Sicherstellungsfunktion* (für den Fall der Nicht- oder Schlechterfüllung der Hauptpflicht) und/oder eine *Straffunktion* vorliegen. Dies führt auch das Bundesgericht in seinem Urteil aus, weicht in der Terminologie der einzelnen Funktionen jedoch insofern ab, als es unter der Sicherungsfunktion die Sicherung der richtigen Erfüllung der Vertragspflichten und nicht die Sicherung des wirtschaftlichen Interesses des Arbeitgebers versteht (vgl. E. 5.2.1). Letzteres bezeichnet das Bundesgericht als Ausgleichsfunktion. Durch die Konventionalstrafe wird der Gläubiger von einem Schadensnachweis befreit, was die in der Praxis auftretenden unterschiedlichen Ausgestaltungsformen und Anwendungsbeispiele der Konventionalstrafe ebenfalls aufzeigen (vgl. BGer [4C.241/2005](#) vom 25. Oktober 2005, E. 3.2; CHK OR-PELLANDA, a.a.O., Art. 160 N. 5). Dies führt vor allem dann zur Stärkung der Gläubigerstellung,

wenn der Schaden schwer bestimmbar wäre oder es sich bei der Hauptpflicht um eine negative Leistung bzw. eine Unterlassungspflicht handelt (BSK OR I-EHRAT/WIDMER, a.a.O., Art. 160 N. 1).

[17] Aufgrund des teilzwingenden Charakters von Art. 321e i.V.m. Art. 362 Abs. 1 OR kann durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nicht von Art. 321e OR abgewichen werden. Verletzungsfolge bedeutet Nichtigkeit der anderweitigen Abrede; die gesetzeswidrige Bestimmung wird durch die gesetzlich geschützte Norm ersetzt (vgl. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, a.a.O., Art. 362 N. 1; CHK OR-EMMEL, a.a.O., Art. 362 N. 1). Möglich ist hingegen, dass durch eine solche Abweichung der Arbeitnehmer besser gestellt wird, als es die gesetzliche Regelung vorsieht (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321a N. 13). Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn der Arbeitnehmer nicht für leichtes Verschulden haftet (vgl. aber Art. 101 Abs. 2 OR). Theoretisch wäre zwar auch die Festlegung eines festen Betrags denkbar, solange die Konventionalstrafe geringer ist als der tatsächliche Schaden, den der Arbeitnehmer aufgrund von Art. 321e Abs. 1 OR schulden würde. Aufgrund des teilzwingenden Charakters von Art. 321e OR ist die Vereinbarung einer solchen Klausel aber sinnwidrig, da stets überprüft werden müsste, ob sich der konkrete Schaden im Einzelfall auf einen höheren Betrag als die geschuldete Konventionalstrafe beläuft. Denkbar wäre jedoch die Vereinbarung einer Haftungsbegrenzung in Form eines Bruchteils; diesfalls würden in jedem Fall eine Schadensberechnung und eine Berechnung des Haftungsumfanges erfolgen, womit die zwingenden Aspekte der Arbeitnehmerhaftung gewahrt wären.

[18] Hinsichtlich der *Sicherung arbeitsvertraglicher Pflichten* wird in der Lehre überwiegend die Auffassung vertreten, dass Konventionalstrafen dann unzulässig seien, wenn dadurch eine Haftungsverschärfung gegenüber dem Arbeitnehmer aus Art. 321e OR resultiere (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321e N. 15), was das Bundesgericht im vorliegenden Fall ganz allgemein ebenfalls festhielt (E. 5.1). Eine solche Haftungsverschärfung kann dann vorliegen, wenn die Konventionalstrafe nebst ihrer Präventivfunktion auf den Ausgleich von vermögensrechtlichen Nachteilen beim Arbeitgeber im Zusammenhang mit Vertragsverletzungen ausgerichtet ist und damit die korrekte Pflichterfüllung aus wirtschaftlicher Perspektive sichern soll (E. 5.2; vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321 N. 15; DIMITRI SANTORO, Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, Diss. Zürich 2001, S. 25). Diesfalls wären der Zweck von Art. 321e OR (Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers) und derjenige der Konventionalstrafe gleichlaufend, wodurch die Konventionalstrafe (sofern haftungsverschärfend) durch den teilzwingenden Charakter von Art. 321e OR ausgeschlossen und somit nichtig wäre. Weist eine Konventionalstrafe mit anderen Worten also ganz oder teilweise eine Sicherungsfunktion auf, welche ihrerseits in einer Haftungsverschärfung des Arbeitnehmers resultiert, so ist die betreffende Konventionalstrafe angesichts von Art. 321e i.V.m. Art. 362 Abs. 1 OR unzulässig. In einem ersten Schritt ist deshalb zu prüfen, ob die vereinbarte Konventionalstrafe im vorliegenden Fall neben der Präventivfunktion lediglich Strafcharakter hat, oder aber, ob dieser auch sichernde Funktion zukommt. Ist dies der Fall, stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, ob die Konventionalstrafe auch die Haftung verschärft. Die Unterscheidung der jeweiligen Funktion (Sicherungs- und/oder Straffunktion; s. oben) hilft dabei, den Anwendungsbereich von Art. 321e OR zu konturieren und dadurch unzulässige haftungsverschärfende von zulässigen Konventionalstrafen trennen zu können. Es ist folglich nicht auf die Natur der Pflichtverletzung, sondern auf die Ausgestaltung bzw. den Zweck der Konventionalstrafe abzustellen.

[19] Resultiert aus der Konventionalstrafe eine Haftungsverschärfung, so ist sie in Übereinstimmung mit dem Bundesgericht *nichtig*. Entgegen eines früheren Urteils des Bundesgerichts (BGer [4A_595/2012](#) vom 21. Dezember 2012) ist die vereinbarte Strafe nicht herabzusetzen. Die Herabsetzung nach Art. 163 Abs. 3 OR ist nicht Folge der Ungültigkeit der vereinbarten Konventionalstrafe, sondern setzt gerade die Gültigkeit voraus. Die rechtliche Folge eines Verstosses gegen Art. 362 Abs. 1 i.V.m. Art. 321e OR bedeutet aber gerade Nichtigkeit der fraglichen Bestimmung. Die nichtige Bestimmung wird komplett durch die gesetzlich (teil-)zwingende Bestimmung ersetzt. Das Bundesgericht weicht deshalb zu Recht von seinem früheren Urteil ab und hält korrekt fest, dass Art. 163 Abs. 3 OR im vorliegenden Szenario nicht anzuwenden war (vgl. E. 5.4.1).

[20] Die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen von Art. 321e Abs. 1 OR dürfen durch die Konventionalstrafe nicht verschärft werden. Richtigerweise hält deshalb das Bundesgericht fest, dass eine unabhängig von einem Schaden geschuldete Konventionalstrafe unzulässig ist. Gleich verhält es sich mit der Verschuldensunabhängigkeit des Anspruchs und der Erschwerung der beweisrechtlichen Stellung des Arbeitnehmers (E. 5.3.1.1 ff.). Mit anderen Worten dürfen die einzelnen Haftungsvoraussetzungen von Art. 321e Abs. 1 OR nicht zuungunsten des Arbeitgebers abgeändert werden. Folglich ist die Vereinbarung einer Konventionalstrafe stets dann wirkungslos, wenn sie eine Sicherungsfunktion aufweist, welche den Arbeitnehmer benachteiligt. Es stellt sich somit die Frage, wann unter diesen Voraussetzungen überhaupt noch eine Konventionalstrafe wirksam vereinbart werden kann. Eine herkömmliche Konventionalstrafe (die typischerweise eigentlich der Prävention *und* Sicherung dient) ist als Konsequenz dieses Urteils somit nur noch möglich, wenn sie der «Bestrafung» des Arbeitnehmers dient, ohne gleichzeitig dem wirtschaftlichen Ausgleich des Arbeitgebers in pauschalisierender Weise und zu Ungunsten des Arbeitnehmers zu dienen (und somit keine haftungsverschärfende Sicherung zum Ziel hat). In den allermeisten Fällen dürfte diesfalls eine sog. Disziplinarstrafe vorliegen. Aus dogmatischer Sicht kommt es deshalb nicht darauf an, ob die Konventionalstrafe im Verhältnis zum Schaden gering oder sogar sehr hoch ist. Massgebend ist primär die Funktion der Konventionalstrafe, denn davon hängt deren Gültigkeit ab. Immerhin ist die Höhe der Strafe aber insofern ein Indiz für deren Funktion, als eine im Verhältnis zum Schaden nur sehr geringe Strafe kaum den Schaden beim Arbeitgeber ausgleichen soll. Zu Recht wird in der Literatur (auch wenn auf Art. 38 Abs. 1 ArG bezogen) auch geltend gemacht, dass die Konventionalstrafe nicht zu einer Bereicherung des Arbeitgebers führen darf (vgl. NICOLE VÖGELI GALLI, Arbeitsrecht/Droit du travail – Ablaufdatum einer Verwarnung, Anwaltsrevue 5/2013, S. 223-226, S. 224). Es darf aber nicht gefordert werden, dass die Strafzahlungen nur an Dritte erfolgt oder die Strafe keinen wirtschaftlichen Wert haben darf. Wie bereits erwähnt, ist vielmehr sicherzustellen, dass die Konventionalstrafe nicht einen allfälligen Schaden beim Arbeitgeber ausgleichen soll. Ist offensichtlich kein solcher Schaden auszumachen, spricht dies unseres Erachtens dafür, dass die Zahlung überwiegend der Bestrafung des Arbeitnehmers dient. Die Höhe der Strafe spielt erst nach der Feststellung der Gültigkeit der Konventionalstrafe eine Rolle. Ist sie gültig vereinbart worden, so ist Art. 163 Abs. 3 OR anwendbar und die Höhe der Konventionalstrafe untersteht der richterlichen Beurteilung.

[21] Im hier besprochenen Urteil verweist das Bundesgericht schliesslich auf Art. 38 Abs. 1 ArG, welcher in seinem Anwendungsbereich für die Zulässigkeit von Ordnungsstrafen verlangt, dass sie in einer Betriebsordnung angemessen geregelt sind. Im vorliegenden Urteil hatte das Bundesgericht die Vereinbarkeit der Konventionalstrafe mit Art. 38 Abs. 1 ArG zwar nicht zu prüfen, da die Beklagte vom persönlichen Anwendungsbereich ausgenommen war (E. 5.5.1; vgl. Art. 3 lit. d ArG). Trotzdem führt es anschliessend aus, dass die Vertragsstrafen im Einzelarbeitsvertrag verhältnismässig und die Höhe der Strafe genügend bestimmt, als auch die einzelnen Tatbestände klar umschrieben sein müssen (E. 5.5.2). Dem ist mit Verweis auf Art. 1 Abs. 1 OR und Art. 27 Abs. 2 [ZGB](#) zuzustimmen. Wird wie im vorliegenden Fall der Arbeitsvertrag umfassend mit einer Konventionalstrafe abgesichert, ist dieser praktisch unmöglich ohne Verfall der Konventionalstrafe durchführbar. Insbesondere im Falle, dass eine Kausalhaftung vereinbart wird, ist der Arbeitnehmer in seiner Freiheit übermässig eingeschränkt. Der Arbeitnehmer könnte in solchen Situationen seinen Pflichten alleine schon deshalb nicht mehr genügend nachkommen, weil er bei jeder Handlung eine Haftungsfolge befürchten müsste. In diesem Sinne schützt die Haftungsregelung in Art. 321e OR nicht nur den Arbeitnehmer vor übermässiger Haftung, sondern stellt auch die Wahrnehmung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis sicher.

[22] Im Sinne der angeführten Gründe ist das Urteil des Bundesgerichts aus unserer Sicht sowohl in der Herleitung als auch im Ergebnis korrekt. Im vorliegenden Fall war die strittige Bestimmung des Arbeitsvertrages zum einen zu unbestimmt, zum anderen diente sie aufgrund des Wortlautes dem Ausgleich des Schadens des Arbeitgebers und, sofern die Strafe den Schaden überstieg, ebenfalls der Bestrafung. Solche Klauseln schränken die Position des Arbeitnehmers in unzulässiger Weise ein. Bei Gültigkeit der betreffenden Klausel wäre die Beklagte nicht nur übermässig bestraft worden (die übermässige Höhe einer Konventionalstrafe hätte allenfalls in Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR

herabgesetzt werden müssen), sondern wäre die Beklagte auch für jede Kleinigkeit verschuldensunabhängig haftbar geworden. Zudem wäre sie aus beweisrechtlicher Sicht schlechter gestellt gewesen, da durch die in der Vereinbarung eine Kausalhaftung vereinbart wurde. Folge dieser Ausgestaltung wäre somit eine enorme Haftungsverschärfung gewesen.

DANIEL DONAUER, MLaw, ist Rechtsanwalt bei Walder Wyss am Standort Zürich.

VANGELIS KALAITZIDAKIS, MLaw, ist Substitut bei Walder Wyss am Standort Zürich.

Zitiervorschlag: Daniel Donauer / Vangelis Kalaitzidakis, Konventionalstrafen im arbeitsvertraglichen Kontext, in: dRSK, publiziert am 25. Juni 2018

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW



Weblaw AG | Cybersquare | Laupenstrasse 1 | 3008 Bern

T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | info@weblaw.ch

www.weblaw.ch