

EmploymentNews Nr.

36

Konventionalstrafen im arbeitsvertraglichen Kontext

sind gemäss der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufgrund des teilzwingenden Charakters der Arbeitnehmerhaftung als nichtig zu erachten, wenn damit eine Haftungsverschärfung für den Arbeitnehmer verbunden ist. Das Bundesgericht äussert sich in einem neuen Entscheid zur Zulässigkeit und den entsprechenden Voraussetzungen, unter welchen eine Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag noch zulässig sein kann.

walderwyss rechtsanwälte

Die Zulässigkeit der Konventionalstrafe in Arbeitsverträgen



Von Daniel Donauer
MLaw, Rechtsanwalt
Telefon +41 58 658 57 07
daniel.donaauer@walderwyss.com



und Vangelis Kalaitzidakis
MLaw
Telefon +41 58 658 51 15
vangelis.kalaitzidakis@walderwyss.com

Laut Gesetz kann für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht richtigen Erfüllung eines Vertrages eine Konventionalstrafe versprochen werden. Eine Konventionalstrafe kann aufgrund der Vertragsfreiheit in aller Regel für jede Art vertraglicher Pflichten und grundsätzlich in beliebiger Höhe vereinbart werden.

Gleichzeitig sieht das Gesetz jedoch vor, dass durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag die Haftung des Arbeitnehmers nicht verschlechtert werden darf. Regelt die Konventionalstrafe mit anderen Worten die Haftung des Arbeitnehmers, kann dies zu einem Spannungsverhältnis führen.

In einer jüngeren Entscheidung vom 7. Mai 2018 hielt das Bundesgericht fest, dass eine Konventionalstrafe hinsichtlich der Sicherung vertraglicher Pflichten dann unzulässig ist, wenn damit eine Haftungsverstärkung zu Lasten des Arbeitnehmers verbunden ist. Eine Konventionalstrafe im arbeitsvertraglichen Kontext ist darüber hinaus als Disziplinar-massnahme nur dann zulässig, wenn die Voraussetzungen, unter welchen eine Disziplinar-massnahme angeordnet werden soll, klar definiert sind.

Ausgangslage im Urteil

Eine ehemals geschäftsführende Ärztin wurde aufgrund einer im Arbeitsvertrag formulierten Konventionalstrafe durch ihre Ex-Arbeitgeberin gerichtlich auf Zahlung verschiedener Beträge verklagt.

Der Fall zog sich bis vor Bundesgericht. Dieses verneinte die Ansprüche der Arbeitgeberin und hielt fest, eine Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag sei nichtig, wenn daraus eine Haftungsverstärkung für die Arbeitgeberin resultiere. Das Bundesgericht unterschied dazu die unter-

schiedlichen Funktionen der Konventionalstrafe und änderte seine bisherige Rechtsprechung dahingehend, dass neuerdings unzulässige Konventionalstrafen im Rahmen von Art. 321e OR nicht bloss herabzusetzen, sondern generell als nichtig anzusehen und durch die gesetzliche Rechtsfolge zu ersetzen seien. Unwirksam (nichtig) sind somit Konventionalstrafen, deren Sinn und Zweck auf die Sicherung der vertraglichen Leistungen ausgerichtet ist und mittels welchen eine Haftungsverstärkung für den Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin verbunden wäre.

Zulässig bleiben weiterhin Konventionalstrafen, welche lediglich disziplinarische Zwecke verfolgen – dies allerdings nur solange, als die relevanten Kriterien für die Anordnung einer Disziplinar-massnahme explizit im Arbeitsvertrag oder im Betriebsreglement etc. festgehalten sind. Das Bundesgericht äusserste sich im Konkreten zum sog. Bestimmtheitserfordernis, welches bei einer disziplinarischen Konventionalstrafe einzuhalten ist.

Allgemeines zur Konventionalstrafe

Bei der Konventionalstrafe handelt es sich um ein sog. aufschiebend bedingtes Leistungsversprechen. Die Konventionalstrafe kann dabei, abhängig von der konkreten Vereinbarung, entweder anstelle der Vertragserfüllung treten oder parallel zu dieser geschuldet sein. Ist die Konven-

tionalstrafe übermässig hoch, kann sie der Richter herabsetzen. Erforderlich ist dafür ein krasses Missverhältnis zwischen dem vereinbarten Betrag und dem Interesse des Gläubigers an der betreffenden Konventionalstrafe.

Funktion der Konventionalstrafe

Der Zweck der Konventionalstrafe zulasten des Arbeitnehmers liegt prinzipiell in der vertraglichen Stärkung der Rechtsposition des Arbeitgebers. Es können dabei verschiedene Funktionen der Konventionalstrafe unterschieden werden: Einerseits soll durch die Konventionalstrafe die Erfüllung der Pflichten präventiv sichergestellt werden (sog. Präventivfunktion). Auf der anderen Seite können auch eine Schadenersatzfunktion bzw. Sicherstellungsfunktion und/oder eine Straffunktion vorliegen.

Sicherung arbeitsvertraglicher Leistungen mittels Konventionalstrafe

Gemäss Art. 321e Abs. 1 OR ist der Arbeitnehmer für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufügt. Aufgrund des teilzwingenden Charakters dieser Norm kann durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers davon abgewichen werden. Die Verletzung der Norm führt zur Nichtigkeit der abweichenden Abrede; in der Folge wird die gesetzeswidrige Bestimmung durch eine gesetzliche Regelung ersetzt.

Hinsichtlich der Sicherung arbeitsvertraglicher Pflichten hielt das Bundesgericht im vorliegenden Urteil fest, dass Konventionalstrafen dann unzulässig sind, wenn dadurch eine Haftungsveranschärfung für den Arbeitnehmer, abweichend von der Haftung nach Art. 321e OR, resultiert. Eine solche Haftungsveranschärfung kann dann vorliegen, wenn die Konventionalstrafe auf den Ausgleich von vermögensrechtlichen Nachteilen beim Arbeitgeber ausgerichtet ist und damit

die korrekte Arbeitspflichtenerfüllung gesichert werden soll. Da diesfalls der Zweck der Konventionalstrafe und derjenige von Art. 321e OR deckungsgleich wären, wäre eine Konventionalstrafe ausgeschlossen (juristisch handelt es sich um Nichtigkeit). In einem ersten Schritt ist deshalb immer zu prüfen, ob die vereinbarte Konventionalstrafe lediglich Strafcharakter hat, oder aber, ob dieser auch (wirtschaftlich) sichernde Funktion zukommt. Ist dies der Fall, stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, ob die Konventionalstrafe die Haftung verschärft. Die Unterscheidung der jeweiligen Funktionen hilft dabei, die Überschneidung mit Art. 321e OR zu überprüfen und dadurch unzulässige haftungsveranschärfende von zulässigen Konventionalstrafen trennen zu können.

Resultiert aus der vereinbarten Konventionalstrafe eine Haftungsveranschärfung, so ist diese – nicht hingegen der gesamte Arbeitsvertrag – nichtig. Entgegen eines früheren Urteils des Bundesgerichts ist nicht bloss deren Höhe herabzusetzen. Die nichtige Bestimmung wird in ihrer Gesamtheit aus dem Vertrage entfernt und unabhängig eines hypothetischen Parteiwillens durch die gesetzlich (teil-)zwingende Norm in Form von Art. 321e Abs. 1 OR ersetzt.

Das Bundesgericht hielt fest, dass im Rahmen von Art. 321e Abs. 1 OR eine unabhängig von einem Schaden geschuldete Konventionalstrafe unzulässig ist. Gleich verhält es sich, wenn eine Konventionalstrafe ohne Verschulden des Arbeitnehmers ausgelöst werden könnte oder wenn aufgrund der entsprechenden Vereinbarung eine Erschwerung der beweisrechtlichen Stellung des Arbeitnehmers ergeht. Anders formuliert dürfen die einzelnen Haftungsvoraussetzungen von Art. 321e Abs. 1 OR nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden.

Es stellt sich somit die Frage, wann unter diesen Voraussetzungen überhaupt noch eine Konventionalstrafe wirksam verein-

bart werden kann. Eine herkömmliche Konventionalstrafe 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 damit keine haftungsveranschärfende Sicherung zum Ziel hat). In den allermeisten Fällen dürfte diesfalls eine sog. Disziplinarstrafe vorliegen. Ist offensichtlich kein Schaden auszumachen, spricht dies dafür, dass die Zahlung einer Konventionalstrafe überwiegend der (zulässigen) Bestrafung des Arbeitnehmers dient.

Weiterhin zulässig bleiben Konventionalstrafen, welche einerseits im Rahmen arbeitsrechtlicher Gesetzesbestimmungen explizit vorgesehen sind. Dies ist beispielsweise beim vertraglichen Konkurrenzverbot gemäss Art. 340b Abs. 2 OR der Fall.

In Bezug auf die Pflichten des Arbeitnehmers gemäss Art. 321a ff. OR gilt es, die vom Bundesgericht erwähnten Funktionen hinsichtlich der Konventionalstrafe zu unterscheiden. Es ist anhand des Parteiwillens zu eruieren, ob mit der vereinbarten Konventionalstrafe eine disziplinarische Massnahme durch die Parteien beabsichtigt war oder ob auch eine den Schaden sichernde Funktion damit verbunden werden sollte. Konventionalstrafen bleiben somit insbesondere für die aus der Treuepflicht nach Art. 321a OR fliessende Geheimhaltungspflicht und das Konkurrenzverbot dann weiterhin zulässig, wenn deren Vereinbarung gemäss dem Willen der Parteien lediglich als disziplinarische Massnahme vorgesehen war. Unzulässig und daher nichtig sind Konventionalstrafen entsprechend immer dann, wenn diese nur oder auch der Sicherung des wirtschaftlichen Interesses dienen und somit denselben Schutzzweck wie Art. 321e OR verfolgen. Mit anderen Worten dürfen Konventionalstrafen weder ganz noch teilweise auf den Ausgleich eines Schadens ausgerichtet sein.

Dies gilt allerdings nur solange, als dadurch die Haftungsregelung von Art. 321e OR zulasten des Arbeitnehmers verschärft wird; haftungsmildernde Konventionalstrafen (die kaum je vorkommen dürften) wären zumindest denkbar.

Disziplinierung des Arbeitnehmers mittels Konventionalstrafe

Obwohl im vorliegenden Fall nicht anwendbar, verwies das Bundesgericht in seinem Urteil schliesslich auf das Arbeitsgesetz, nach welchem für die Zulässigkeit von Ordnungsstrafen verlangt wird, dass deren Anwendungsvoraussetzungen in einer Betriebsordnung angemessen geregelt sind. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Vertragsstrafen im Einzelarbeitsvertrag verhältnismässig und die Höhe der Strafe genügend bestimmt sowie auch die einzelnen Tatbestände klar umschrieben sein müssen. Liegt kein Verstoss gegen zwingendes Recht vor, ist eine Vertragsstrafe unter den geschilderten Bedingungen als zulässig zu erachten. Ob die konkrete Strafe übermässig ist und der Herabsetzung durch den Richter unterliegt, ist nach der Rechtsprechung für den jeweiligen Einzelfall gesondert zu entscheiden. Die Konventionalstrafe kann dabei von einem geringfügigen Betrag bis zu mehreren Monatslöhnen betragen (das Bundesgericht hat beispielsweise eine Konventionalstrafe für die Verletzung des Konkurrenzverbots aufgrund der direkten Abwerbung des Kundenstamms von CHF 100'000 bzw. acht Monatslöhnen gutgeheissen). In jedem Fall müssen aber die Art und Schwere der fehlbaren Handlung(en) betragsmässig differenziert werden (sog. Bestimmtheitserfordernis). Genügt die Konventionalstrafe dem Bestimmtheitserfordernis nicht, ist diese unzulässig.

Schlussfolgerungen

Aus dem bundesgerichtlichen Urteil ergeben sich somit für die Praxis folgende Konsequenzen:

- Konventionalstrafen im Anwendungsbereich von Art. 321e OR dürfen die Haftung des Arbeitnehmers nicht verschärfen. Widrigenfalls ist die Konventionalstrafe neuerdings nichtig und wird durch die gesetzliche Rechtsfolge ersetzt (d.h. durch Art. 321e OR).
- Zulässig bleiben grundsätzlich weiterhin Konventionalstrafen, denen lediglich disziplinarischer Charakter zukommt. Solche Massnahmen müssen sich dabei konkret aus dem Vertrag, dem Betriebsreglement oder ähnlichen Dokumentationen ergeben.
- Wird eine Konventionalstrafe als disziplinarische Massnahme festgelegt, so muss das Bestimmtheitserfordernis eingehalten werden. Die Art und Schwere der Widerhandlung muss hinsichtlich der konkreten Höhe der Konventionalstrafe verhältnismässig und angemessen gewürdigt werden können.

EmploymentNews berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Arbeitsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar, und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2018

Ansprechpartner



Ueli Sommer
Partner, Zürich
Telefon +41 58 658 55 16
ueli.sommer@walderwyss.com



Philippe Nordmann
Partner, Basel
Telefon +41 58 658 14 50
philippe.nordmann@walderwyss.com



Daniel Staffelbach
Partner, Zürich
Telefon +41 58 658 56 50
daniel.staffelbach@walderwyss.com



Davide Jermini
Partner, Lugano
Telefon +41 58 658 44 02
davide.jermini@walderwyss.com



Olivier Sigg
Partner, Genf
Telefon +41 58 658 30 20
olivier.sigg@walderwyss.com



Fabian Looser
Managing Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 61
fabian.looser@walderwyss.com



Christoph Stutz
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 56 57
christoph.stutz@walderwyss.com



Simone Wetzstein
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 56 54
simone.wetzstein@walderwyss.com



Nadine Mäder
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 56 31
nadine.maeder@walderwyss.com



Jonas Knechtli
Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 82
jonas.knechtli@walderwyss.com



Gaurav Bhagwanani
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 52 80
gaurav.bhagwanani@walderwyss.com



Yannik A. Moser
Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 85
yannik.moser@walderwyss.com



Sandra Weber
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 55 97
sandra.weber@walderwyss.com

Walder Wyss AG
Rechtsanwälte

Telefon + 41 58 658 58 58
Fax + 41 58 658 59 59
reception@walderwyss.com

www.walderwyss.com
Zürich, Genf, Basel, Bern, Lausanne, Lugano