

# BGer 4A 579/2017 vom 7. Mai 2018

Bundesgericht, 2018-05-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_579\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_579_2017)

FR: TF 4A 579/2017 du 7 mai 2018

IT: TF 4A 579/2017 del 7 maggio 2018

## Regeste

Arbeitsvertrag | Vertragsrecht

## Erwägungen

### E. 1

Beide Beschwerden richten sich gegen dasselbe Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Luzern. Es rechtfertigt sich daher, die Beschwerdeverfahren 4A\_579/2017 und 4A\_581/2017 zu vereinigen.

### E. 2

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist ( Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 141 III 395 E. 2.1 mit Hinweisen). Die Beschwerden richten sich gegen einen Endentscheid ( Art. 90 BGG ) einer letzten kantonalen Instanz, die als Rechtsmittelinstanz ( Art. 75 BGG ) in einer Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1 BGG ) entschieden hat. Beide Parteien sind mit ihren Begehren teilweise unterlegen ( Art. 76 BGG ), die Beschwerden sind fristgerecht eingereicht worden ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) und der Streitwert ist erreicht ( Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG ). Insoweit sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen beider Beschwerden erfüllt.

### E. 3.1

Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten ( BGE 140 III 115 E. 2 S. 116; 134 II 244 E. 2.1). In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 2 BGG ). Unerlässlich ist, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen ( BGE 140 III 86 E. 2 S. 89, 115 E. 2 S. 116). Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere, voneinander unabhängige Begründungen, muss jede einzelne angefochten werden, sonst wird auf die Beschwerde nicht eingetreten ( BGE 138 I 97 E. 4.1.4 S. 100 mit Hinweisen). Eine qualifizierte Rügepflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 142 I 99 E. 1.7.2 mit Hinweis). Soweit die Beschwerdeschrift diesen Begründungsanforderungen nicht genügt, so ist darauf nicht einzutreten ( BGE 136 I 65 E. 1.3.1).

### **E. 3.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ).

"Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 140 III 115 E. 2 S. 117; 135 III 397 E. 1.5). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei der Vorinstanz prozesskonform eingebracht hat ( BGE 140 III 86 E. 2 S. 90). Auf eine Kritik an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die diesen Anforderungen nicht genügt, ist nicht einzutreten ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1; 133 II 249 E. 1.4.3).

### **E. 3.3**

Ermessensentscheide, zu denen der Entscheid über die Kostenverlegung zählt, prüft das Bundesgericht mit Zurückhaltung. Inwiefern die Vorinstanz bei der Verteilung der Prozesskosten das ihr zustehende Ermessen überschritten hat, legt die Klägerin nicht hinreichend dar. Ihre Vorbringen haben unbeachtet zu bleiben.

### **E. 4.1**

Die Vorinstanz erwog, Ziff. 16 des Arbeitsvertrages vom 12. April 2011 sei so auszulegen, dass die Parteien jegliche Zuwiderhandlungen gegen den Arbeitsvertrag mit einer Konventionalstrafe von Fr. 50'000.-- sanktionieren wollten, unabhängig von der Art und Schwere der Verletzung. Die Beklagte habe zwei Vertragsverletzungen begangen, indem sie einerseits eine schriftliche Zustimmung der Klägerin zur Aufnahme einer Tätigkeit als Belegärztin an der Klinik E.\_\_\_\_\_ nicht einholte, und andererseits bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin die ZSR-Nummer nicht zurückgab. Da diese beiden Verletzungen nicht die eigentlichen Sorgfalts- und Treuepflichten von Art. 321a OR betreffen, sei nicht zu untersuchen, ob die vereinbarte Konventionalstrafe lediglich Straf- oder auch Ersatzcharakter habe. Im Hinblick auf die Vereinbarkeit der Konventionalstrafe mit Art. 321e OR sei der Charakter der Konventionalstrafe nur bei solchen Vertragsverletzungen zu prüfen, die Verletzungen gegen die Sorgfalts- und Treuepflicht des Arbeitnehmers darstellten. Bei sonstigen Verletzungen sei eine solche Prüfung nicht erforderlich. Die Beklagte rügt dagegen, die zwischen den Parteien vereinbarte Konventionalstrafe sei nichtig. Der Konventionalstrafe komme ausschliesslich Ersatzcharakter zu, weshalb die Vereinbarung einer solchen Strafe gegen den teilzwingenden Art. 321e i.V.m. Art. 362 Abs. 1 OR verstosse. Die von der Vorinstanz vorgenommene Unterscheidung zwischen Verletzungen der Sorgfalts- und Treuepflicht und sonstigen Vertragsverletzungen sei bundesrechtswidrig; sämtliche Vertragsverletzungen seien vom Anwendungsbereich von Art. 321e OR erfasst.

## **E. 4.2**

Nach Art. 321e Abs. 1 OR ist der Arbeitnehmer für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufügt. Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen ( Art. 321e Abs. 2 OR ).

### **E. 4.2.1**

Die Arbeitnehmerhaftung im Sinne von Art. 321e OR setzt nach den allgemeinen Regeln der Vertragshaftung eine Vertragsverletzung, einen Schaden, ein Verschulden und einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem eingetretenen Schaden voraus (Urteil 4C.196/1998 vom 17. August 1998 E. 3, in: JAR 1999 S. 293; TERCIER/BIERI/CARRON, *les contrats spéciaux*, 5. Aufl. 2016, N. 2820 ff.; WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3. Aufl. 2014, S. 117; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7. Aufl. 2012, N. 4 zu Art. 321e OR ). Der Arbeitgeber muss die Vertragsverletzung, den Schaden sowie den erforderlichen Kausalzusammenhang nachweisen. Dem Arbeitnehmer steht der Exkulpationsbeweis offen (Urteil 4C.196/1998 vom 17. August 1998 E. 3, in: JAR 1999 S. 293).

### **E. 4.2.2**

Vorausgesetzt zur Begründung eines Haftungsanspruches des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer im Sinne von Art. 321e OR ist somit neben den übrigen Haftungsvoraussetzungen eine Vertragsverletzung. Mit Bezug auf die gesetzlich umschriebenen Arbeitnehmerpflichten sprechen das Bundesgericht und ein Teil der Lehre auch von einer Verletzung gemäss den Art. 321-321d OR (Urteile 4C.174/2003 vom 27. Oktober 2003 E. 6.2; 4C.169/2001 vom 22. August 2001 E. 5b; FRANK EMMEL, in: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. Aufl. 2016, N. 2 zu Art. 321e OR ). Eine darüber hinausgehende Unterscheidung zwischen Verletzungen der Sorgfalts- bzw. Treuepflicht im Sinne von Art. 321a OR und sonstigen Vertragsverletzungen wird weder in der bundesgerichtlichen Rechtssprechung noch in der Lehre zu Art. 321e OR gemacht (Urteile 4C.174/2003 vom 27. Oktober 2003 E. 6.2; 4C.169/2001 vom 22. August 2001 E. 5b; 4C.196/1998 vom 17. August 1998 E. 3, in: JAR 1999 S. 293; TERCIER/BIERI/CARRON, *Les contrats spéciaux*, 5. Aufl. 2016, N. 2820 ff.; WYLER/HEINZER, a.a.O., S. 117; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 4 zu Art. 321e OR ; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, in: *Berner Kommentar*, 2. Aufl. 2010, N. 1 zu Art. 321e OR ; LUKASZ GREBSKI, in: *Kren Kostkiewicz und andere (Hrsg.), Kommentar zum OR*, 3. Aufl. 2016, N. 2 zu Art. 321e OR ; JEAN-PHILIPPE DUNAND, in: *Dunand/Mahon (Hrsg.), Commentaire du contrat de travail*, 2013, N. 18-21 zu Art. 321e OR ; FRANK EMMEL, in: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. Aufl. 2016, N. 2 zu Art. 321e OR ).

### **E. 4.2.3**

Die von der Vorinstanz vorgenommene Unterscheidung findet 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 (vgl. MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, in: *Berner Kommentar*, 2. Aufl. 2010, N. 1 zu Art. 321e OR ), lässt sich nichts anderes ableiten. Auch diese Autoren schränken nicht den

Anwendungsbereich von Art. 321e OR auf eine bestimmte Art von Verletzungen ein. Anders als die Vorinstanz anzunehmen scheint, ist eine klare Zuordnung der einzelnen vertraglich vereinbarten Pflichten der Beklagten zu den beiden von ihr unterschiedenen Kategorien weder möglich noch sachdienlich. Vielmehr gilt Art. 321a Abs. 1 OR für sämtliche Arbeitnehmerpflichten. Zudem verkennt die Vorinstanz, dass die Parteien frei sind, die allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht im Sinne von Art. 321a OR vertraglich zu erweitern ( BGE 117 II 72 E. 4a S. 74; Urteil 4A\_595/2012 vom 21. Dezember 2012 E. 2 mit Hinweisen). Bei den zur Diskussion stehenden vertraglich vereinbarten Pflichten der Beklagten handelt 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. 4.2.4**

Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz ist die Vereinbarkeit der zwischen der Klägerin und der Beklagten vereinbarten Vertragsstrafe mit Art. 321e OR zu prüfen.

#### **E. 5.1**

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 (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 5 zu Art. 321a OR ; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2006, N. 41 zu Art. 321e OR ; JÜRGEN BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel 2014, N. 13 zu Art. 321e OR ). Deshalb wird in der Lehre einhellig die Auffassung vertreten, Konventionalstrafen zur Sicherung der Einhaltung arbeitsvertraglicher Pflichten dürften nicht einer Haftungsverschärfung gleichkommen (DIMITRI SANTORO, Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, 2001, S. 46; STREIFF/VON KAENEL/ RUDOLPH, a.a.O., N. 15 zu Art. 321e OR ; JEAN-PHILIPPE DUNAND, a.a.O., N. 18-21 zu Art. 321e OR ; GABRIEL AUBERT, in: Commentaire romand, Code des obligations I, 2. Aufl. 2012, N. 7 zu Art. 321e OR ). Von Art. 321e OR nicht ausgeschlossen sind sog.

Disziplinarmaßnahmen. Diese können unter gewissen Voraussetzungen gültig arbeitsvertraglich vereinbart und insofern als Vertragsstrafen aufgefasst werden ( BGE 119 II 162 E. 2; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, in: Berner Kommentar, 2. Aufl. 2010, N. 44 zu Art. 321d OR ; MANFRED REHBINDER, Ordnungsstrafen im schweizerischen Arbeitsrecht, in: Gedächtnisschrift für Peter Noll, 1984, S. 261; ROLAND MÜLLER, Betriebliches Disziplinarwesen, 1983, S. 55 ff., 89 und 95 ff.; WYLER/HEINZER, a.a.O., S. 130; FRANK VISCHER, in: Geiser/von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Kommentar zum Arbeitsgesetz, 2005, N. 32 zu Art. 38; ROLAND A. MÜLLER, in: Kommentar zum Arbeitsgesetz, 8. Aufl. 2017, N. 4 zu Art. 38 ArG ).

#### **E. 5.2.1**

Die Konventionalstrafe im Sinne von Art. 160 ff. OR dient der Sicherung der richtigen Erfüllung von Vertragspflichten (sog. Sicherungsfunktion). Bei Vertragsverletzungen ist eine Konventionalstrafe grundsätzlich auf den Ausgleich vermögensrechtlicher Nachteile gerichtet und weist somit eine Ausgleichsfunktion auf. Zudem kann eine Konventionalstrafe eine Straffunktion aufweisen, indem der Leistungsschuldner infolge einer Vertragsverletzung sanktioniert wird (ROLAND BENTELE, Die Konventionalstrafe

nach Art. 160-163 OR , Diss. Freiburg 1994, S. 9 ff.; SANTORO, a.a.O., S. 23 ff.; FELIX E. EHRAT/MARKUS WIDMER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 1 zu Art. 160 OR ; MICHEL MOOSER, in: Commentaire romand, Code des obligations I, 2. Aufl. 2012, N. 2 zu Art. 160 OR ; vgl. auch GASPARD COUCHEPIN, La clause pénale, 2008, N. 129 ff., wonach die Konventionalstrafe darüber hinaus noch eine Selbsthilfefunktion aufweist). In der Lehre wird in Bezug auf die Vereinbarkeit von Konventionalstrafen mit Art. 321e OR teilweise danach differenziert, ob der Konventionalstrafe Straf- und/oder Ersatzcharakter zukommt (DIMITRI SANTORO, a.a.O., S. 46; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 15 zu Art. 321e OR ). 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 Regelungsbereich dieser Norm falle (DIMITRI SANTORO, a.a.O., S. 47).

#### **E. 5.2.2.1**

Wie eine Konventionalstrafe auszulegen ist, entscheidet sich primär nach dem Parteiwillen. Die Willenserklärungen der Parteien sind, da ein übereinstimmender wirklicher Wille nicht ermittelt werden konnte ( Art. 18 Abs. 1 OR ), aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten ( BGE 143 III 157 E. 1.2.2; 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666; Urteil 4A\_635/2016 vom 22. Januar 2018 E. 5.2.3, zur Publikation vorgesehen). Dabei hat der Richter zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben ( BGE 126 III 119 E. 2c S. 121; 122 III 420 E. 3a S. 424; vgl. auch BGE 140 III 134 E. 2 S. 139).

#### **E. 5.2.2.2**

Nach dem Wortlaut von Ziff. 16 des Arbeitsvertrages darf die Klägerin bei einer Vertragsverletzung in jedem Fall, auch bei Bezahlung der Konventionalstrafe, die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes sowie den "Ersatz weiteren Schadens" verlangen. Dies kann 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 soll, was dem Wesen der Konventionalstrafe entspricht (vgl. E. 5.2.1 hiervor). Dass sich die Klägerin darüber hinaus vorbehielt, die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes zu verlangen, ändert nichts daran.

#### **E. 5.2.3**

Somit steht fest, dass die zwischen den Parteien arbeitsvertraglich vereinbarte Konventionalstrafe teilweise auf den Ausgleich vermögensrechtlicher Nachteile ausgerichtet ist und insofern Ersatzcharakter aufweist. Soweit die Vertragsstrafe die Haftung der Beklagten als Arbeitnehmerin betrifft, fällt sie in den Regelungsbereich von Art. 321e Abs. 1 OR . Es ist folglich zu prüfen, ob die vereinbarte Konventionalstrafe die Haftung der Beklagten als Arbeitnehmerin unzulässigerweise verschärft.

#### **E. 5.3.1**

Die Vereinbarung einer auf den Ausgleich vermögensrechtlicher Nachteile gerichteten Konventionalstrafe kann die Arbeitnehmerhaftung in verschiedener Hinsicht verschärfen.

### **E. 5.3.1.1**

Unzulässig ist die Vereinbarung einer verschuldensunabhängigen Haftung des Arbeitnehmers. Gemäss Art. 321e OR haftet der Arbeitnehmer nur, wenn er den Schaden dem Arbeitgeber absichtlich oder fahrlässig zufügt; ein Verschulden des Arbeitnehmers ist zwingend vorausgesetzt. Eine verschuldensunabhängige Konventionalstrafe mit Ersatzcharakter ist somit unzulässig (WYLER/HEINZER, a.a.O., S. 118; SANTORO, a.a.O., S. 47; MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2002, S. 79; WOLFGANG PORTMANN, Individualarbeitsrecht, 2000, S. 77).

### **E. 5.3.1.2**

Unzulässig sind zudem Abreden, welche eine Beweislastumkehr zuungunsten des Arbeitnehmers bewirken. Dabei ist vordergründig an Abreden zu denken, welche die Exkulpationspflicht des Arbeitnehmers ausdehnen bzw. die Exkulpation erschweren oder verunmöglichen (THOMAS GEISER, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, 1983, S. 122; RICHARD ALTHERR, Die Mankohaftung im Arbeitsverhältnis, Diss. Zürich 1980, S. 80 f.).

### **E. 5.3.1.3**

Weil die Arbeitnehmerhaftung gemäss Art. 321e OR zwingend den Eintritt eines ersatzpflichtigen Schadens voraussetzt, verstösst eine vertragliche Abrede gegen diese Haftungsnorm, wenn sie zu einer schadensunabhängigen Haftung des Arbeitnehmers führt. Da der Arbeitnehmer höchstens für den verursachten Schaden haftbar gemacht werden kann, ist die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Zahlung einer den tatsächlich eingetretenen Schaden übersteigenden Vertragsstrafe unzulässig (SANTORO, a.a.O., S. 47; JEAN-PHILIPPE DUNAND, a.a.O., N. 18-21 zu Art. 321e OR ; GABRIEL AUBERT, in: Commentaire romand, Code des obligations I, 2. Aufl. 2012, N. 7 zu Art. 321e OR ).

### **E. 5.3.2**

Die von den Parteien arbeitsvertraglich vereinbarte Konventionalstrafe setzt kein Verschulden der Beklagten voraus. Ausgelöst wird gemäss der ausdrücklichen vertraglichen Regelung die Pflicht zur Zahlung der Konventionalstrafe durch eine Vertragsverletzung ("Bei Zuwiderhandlungen gegen diesen Vertrag"); ein Verschulden ist nicht erforderlich. Somit wurde rechtsgeschäftlich eine verschuldensunabhängige Haftung der Beklagten vereinbart, was eine unzulässige Haftungsverschärfung bedeutet. Weiter lässt sich auch der Umstand, dass die Konventionalstrafe mit Ersatzcharakter unabhängig vom Vorliegen eines Schadens geschuldet sein soll, nicht mit Art. 321e OR vereinbaren.

### **E. 5.4.1**

Soweit die vereinbarte Konventionalstrafe mit Art. 321e OR unvereinbar ist, ist diese nichtig ( Art. 362 Abs. 2 OR ). Nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 362 Abs. 2 OR ist nicht der ganze Vertrag, sondern sind ausschliesslich die von den teilzwingenden Vorschriften zugunsten des Arbeitnehmers abweichenden Abreden nichtig. An Stelle der nichtigen Abrede tritt die zwingende Norm, und zwar ohne Rücksicht auf den hypothetischen Parteiwillen. Der Arbeitsvertrag bleibt im Übrigen bestehen (FRANÇOIS BOHNET/PATRICIA DIETSCHY, in: Dunand/Mahon (Hrsg.), Commentaire du contrat de travail, 2013, N. 18-21 zu Art. 321e OR ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 6 zu Art. 361 OR ; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, a.a.O., N. 8 zu Art. 361 OR ). Eine Konventionalstrafe, der Ersatzcharakter zukommt, ist folglich nicht im

entsprechenden Umfang herabzusetzen, sondern nichtig (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2006, N. 41 zu Art. 321e OR ; SANTORO, a.a.O., S. 48; vgl. auch GASPARD COUCHEPIN, a.a.O., N. 546 ff.; ROLAND BENTELE, a.a.O., S. 61 ff.; anders: Urteil 4A\_595/2012 vom 21. Dezember 2012 E. 4.4; vgl. die berechtigte Kritik von MARTIN FARNER, Die Sicherung der Treuepflicht mit Konventionalstrafe, Anwaltsrevue 5/2013, S. 223). Nur übermässig hohe Konventionalstrafen werden 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 ist diese Vorschrift hingegen nicht anwendbar (vgl. GASPARD COUCHEPIN, a.a.O., N. 546 ff.).

#### **E. 5.4.2**

Mit der umstrittenen Konventionalstrafe haben die Parteien eine schadens- und verschuldensunabhängige Haftung der Beklagten vereinbart. Insoweit sie einer mit Art. 321e OR nicht zu vereinbarenden Haftungsverschärfung gleichkommt, ist diese Vereinbarung nichtig.

#### **E. 5.5**

Eine Konventionalstrafe ist mit Rücksicht auf Art. 321e OR nur zulässig, soweit sie Disziplinarcharakter aufweist. Es ist folglich zu prüfen, ob die vereinbarte Konventionalstrafe insoweit aufrechterhalten werden kann.

##### **E. 5.5.1**

Unter dem geltenden Recht wird die Frage der Zulässigkeit und der Ausgestaltung von Disziplinarmaßnahmen vor allem im Zusammenhang mit Art. 38 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11) diskutiert (vgl. etwa FRANK VISCHER, a.a.O., N. 1 ff. zu Art. 38 ArG ; MANFRED REHBINDER, Ordnungsstrafen im schweizerischen Arbeitsrecht, in: Gedächtnisschrift für Peter Noll, 1984, S. 262 ff.; ROLAND A. MÜLLER, in: Kommentar zum Arbeitsgesetz, 8. Aufl. 2017, N. 1 ff. zu Art. 38 ArG ). Nach dieser Vorschrift sind Ordnungsstrafen nur zulässig, wenn sie in der Betriebsordnung angemessen geregelt sind. Vorliegend ist zu beachten, dass die Beklagte als Geschäftsführerin der Arztpraxis nach Art. 3 lit. d ArG vom persönlichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausgenommen ist. Ob die vertraglich vereinbarte Konventionalstrafe den Anforderungen von Art. 38 Abs. 1 ArG genügt, ist somit unerheblich. Dies ändert jedoch nichts daran, dass Disziplinarmaßnahmen auch im Verhältnis zwischen Arbeitgebern und leitenden Angestellten Grenzen gesetzt sind. Im Arbeitsvertragsrecht verfügt der Arbeitgeber grundsätzlich über keine Disziplinargewalt gegenüber dem Arbeitnehmer; Disziplinarmaßnahmen dürfen auf keinen Fall nach Belieben verhängt werden ( BGE 119 II 162 E. 2).

##### **E. 5.5.2**

Disziplinarmaßnahmen können grundsätzlich als Vertragsstrafen in einem Einzelarbeitsvertrag vereinbart werden (vgl. E. 5.1 hiervor). Damit sie jedoch gültig vereinbart werden, muss die Höhe der Strafe bestimmt und verhältnismässig sein. Weiter müssen die Tatbestände, die unter Strafe gestellt werden, klar umschrieben sein ( BGE 119 II 162 E. 2; STAEHELIN, a.a.O., N. 23 zu Art. 321d OR ; FRANK VISCHER, a.a.O., N. 32 zu Art. 38). Erforderlich ist, dass jeder einzelne Verstoß, der zur Ausfällung einer Strafe führen soll, sowie die entsprechende Sanktion hinreichend klar festgelegt werden. Der

Arbeitnehmer muss im Klaren darüber sein, welches Verhalten mit welcher Strafe sanktioniert wird. Nur so kann sichergestellt werden, dass der Arbeitgeber die ihm vertraglich eingeräumte Disziplinargewalt nicht missbraucht ( BGE 119 II 162 E. 2; MANFRED REHBINDER, Ordnungsstrafen im schweizerischen Arbeitsrecht, in: Gedächtnisschrift für Peter Noll, 1984, S. 262).

### **E. 5.5.3**

Nach Ziff. 16 des Arbeitsvertrages vom 12. April 2011 wird von der Klägerin "bei Zuwiderhandlungen gegen diesen Vertrag" eine Strafe geschuldet. Als Beispiele von Vertragsverletzungen werden Zuwiderhandlungen gegen das Konkurrenzverbot oder die Geheimhaltungspflicht erwähnt. Eine darüber hinausgehende Umschreibung der Tatbestände, welche die Zahlung der Vertragsstrafe auslösen soll, ist im Arbeitsvertrag nicht enthalten. Es ist 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 erfüllt das Bestimmtheitserfordernis folglich klar nicht. Die Abrede, wonach sämtliche Vertragsverletzungen zur Ausfällung einer Vertragsstrafe führen, vermag eine konkrete Umschreibung der einzelnen Tatbestände nicht zu ersetzen. Da die Tatbestände, welche die Vertragsstrafe auslösen, nicht hinreichend bestimmt sind, ist nicht zu prüfen, ob eine Disziplinarstrafe überhaupt zur Durchsetzung der zur Diskussion stehenden Vertragsverletzungen eingesetzt werden durfte. Somit steht fest, dass die Parteien keine gültige Disziplinarstrafe vereinbart haben. Die Frage der Verhältnismässigkeit der vereinbarten Strafe kann folglich offengelassen werden.

### **E. 6**

Nach dem Ausgeführten kann die Klägerin aus der in Ziff. 16 des Arbeitsvertrages vom 12. April 2011 vereinbarten Konventionalstrafe von Fr. 50'000.-- pro Verstoß nichts ableiten. Es ist folglich nicht mehr zu prüfen, ob die fraglichen Vertragsverletzungen gegeben sind. Dasselbe gilt hinsichtlich der Rügen beider Parteien zur vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung sowie des Vorbringens der Beklagten, wonach die Ansprüche der Klägerin verwirkt seien.

### **E. 7**

Die Beschwerde der Klägerin (4A\_581/2017) erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Beschwerde der Beklagten (4A\_579/2017) ist gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist, das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Luzern ist aufzuheben und die Klage abzuweisen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend werden die Gerichtskosten von Fr. 7'500.-- der Klägerin auferlegt ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Der Beklagten wird für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung im Umfang von Fr. 8'500.-- zugesprochen ( Art. 68 BGG ). Die Sache ist zu neuer Entscheidung über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen ( Art. 67 und 68 Abs. 5 BGG ).

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