



**Universität
Zürich^{UZH}**

Rechtswissenschaftliches Institut

Mastervorlesung Arbeitsrecht

Frühjahrssemester 2021

Prof. Dr. iur. Roger Rudolph



Programm und allgemeine Informationen

Bitte konsultieren Sie laufend die Lehrstuhl-Webseite:

[https://www.ius.uzh.ch/de/staff/professorships/alphabetical/rudolph/courses/
Vorlesung-Arbeitsrecht-Master0.html](https://www.ius.uzh.ch/de/staff/professorships/alphabetical/rudolph/courses/Vorlesung-Arbeitsrecht-Master0.html)



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Individualarbeitsrecht I

Mastervorlesung Arbeitsrecht

Frühjahrssemester 2021

Prof. Dr. iur. Roger Rudolph



Vorbereitungslektüre und Lernziele

Vorbereitungslektüre

Portmann/Wildhaber, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Auflage 2020, Randziffern 203 – 216, 217 – 229, 248 – 299, 353 – 404

Lernziele

- Kenntnis der rechtlichen Grundlagen von Treuepflicht und Haftung, insbesondere in Bezug auf die Zulässigkeit von Konventionalstrafenabreden
- Kenntnis der rechtlichen Grundlagen zum Lohn im Allgemeinen und zur Entschädigung auf Provisionsbasis im Besonderen
- Anwendung dieser Kenntnisse und der einschlägigen rechtlichen Bestimmungen auf zwei konkrete Fallbeispiele
- Kenntnis und kritische Würdigung der Argumentationslinien des Bundesgerichts



Thema 1: Treuepflichtverletzung während laufendem Arbeitsverhältnis / Konventionalstrafe

Dr. A. (AN) war vom 1. Mai 2011 bis 31. Dezember 2011 als Arbeitnehmerin für die B. AG (AG) tätig. Die AN war als geschäftsführende Ärztin einer Arztpraxis angestellt.

In Ziff. 16 des Arbeitsvertrags 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 Fr. 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.»



Schon nach rund einem halben Jahr kündigte die AN das Arbeitsverhältnis auf den 31. Dezember 2011, worauf die AG eine Konventionalstrafe von Fr. 150'000 wegen verschiedener Treuepflichtverletzungen einklagte.

Das Arbeitsgericht des Kantons Luzern wies die Klage ab. Das Kantonsgericht des Kantons Luzern verurteilte die Klägerin in teilweiser Gutheissung der Berufung zu einer Zahlung von Fr. 50'000 nebst Zins. Nach dem Kantonsgericht hatte die AN zwei Vertragsverletzungen begangen. Erstens habe sie keine schriftliche Zustimmung der AG zur Aufnahme einer Nebentätigkeit als Belegärztin an einer Privatklinik eingeholt. Zweitens habe die AN bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses die mit der Praxis verknüpfte Zahlstellennummer (ZSR-Nummer) nicht zurückgegeben. Eine Vertragsverletzung durch Abwerbung von Patienten sowie rufschädigender Äusserungen über die Nachfolgerin wurde vom Kantonsgericht dagegen verneint.

Beide Parteien gelangen an das Bundesgericht.



Parteien und Gegenstand

AG gegen AN betreffend Zahlung einer Konventionalstrafe

Kontext

- Treuepflicht und ihre Verletzung während laufendem Arbeitsverhältnis
- Konventionalstrafe als Sanktion

Lokalisierung des Problems

Spannungsverhältnis zwischen vertraglicher Verschärfung der Treuepflicht (Art. 321a OR, Art. 160 ff. OR) und der Haftungsregelung von Art. 321e OR



Art. 321a OR

II. Sorgfalts- und Treuepflicht

¹ Der Arbeitnehmer hat die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren.

² Er hat Maschinen, Arbeitsgeräte, technische Einrichtungen und Anlagen sowie Fahrzeuge des Arbeitgebers fachgerecht zu bedienen und diese sowie Material, die ihm zur Ausführung der Arbeit zur Verfügung gestellt werden, sorgfältig zu behandeln.

³ Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses darf der Arbeitnehmer keine Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten leisten, soweit er dadurch seine Treuepflicht verletzt, insbesondere den Arbeitgeber konkurrenziert.

⁴ Der Arbeitnehmer darf geheim zu haltende Tatsachen, wie namentlich Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, von denen er im Dienst des Arbeitgebers Kenntnis erlangt, während des Arbeitsverhältnisses nicht verwerfen oder anderen mitteilen; auch nach dessen Beendigung bleibt er zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist.



Art. 321e OR

VI. Haftung des Arbeitnehmers

1. Voraussetzungen

¹ Der Arbeitnehmer ist für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufügt.

² 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. 362 OR

B. Unabänderbarkeit zuungunsten des Arbeitnehmers

¹ Durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag darf von den folgenden Vorschriften zuungunsten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers nicht abgewichen werden:

Artikel 321e: (Haftung des Arbeitnehmers)

(...)

(...)

(...)

² Abreden sowie Bestimmungen von Normalarbeitsverträgen und Gesamtarbeitsverträgen, die von den vorstehend angeführten Vorschriften zuungunsten des Arbeitnehmers abweichen, sind nichtig.



Erwägungen des Bundesgerichts

- Die Haftungsnorm von Art. 321e OR setzt unter anderem einen Schaden und ein Verschulden der AN voraus
- Aus dem relativ zwingenden Charakter von Art. 321e i.V.m. Art. 362 OR folgt: AN dürfen durch vertragliche Abmachungen gegenüber der gesetzlichen Regelung nicht schlechtergestellt werden
- Mit der umstrittenen Konventionalstrafe haben die Parteien eine unzulässige schadens- und verschuldensunabhängige Haftung vereinbart, was zu ihrer Nichtigkeit führt (anders noch BGE 4A_595/2012 vom 21.12.2012, wo auf blosser Herabsetzung erkannt wurde)
- Zulässig bleiben Konventionalstrafenregelungen, die nicht Ersatz-, sondern Strafcharakter im Sinne einer Disziplinar massnahme haben



- Voraussetzungen dafür sind
 - Bestimmtheit und Verhältnismässigkeit
 - Klare Umschreibung der unter Strafe gestellten Tatbestände («Erforderlich ist, dass jeder einzelne Verstoss, der zur Ausfällung einer Strafe führen soll, sowie die entsprechende Sanktion hinreichend klar festgelegt werden»)
 - In casu genügt die Vertragsklausel («bei Zuwiderhandlungen gegen diesen Vertrag, insbesondere gegen [...]») diesem Erfordernis nicht
 - Da keine gültige Disziplinar massnahme vereinbart wurde, kann die Frage der Verhältnismässigkeit offengelassen werden
- Abweisung der Klage der AG
- Würdigung des Entscheids

BGE 144 III 327 = BGE 4A_579/2017 und 4A_581/2017 vom 7.5.2018, besprochen von Roger Rudolph, in: ZBJV 2019 S. 819 – 821



Thema 2: Angemessene Provision

Der Arbeitnehmer (AN) hatte sich verpflichtet, auf unbestimmte Dauer in Vollzeit und in untergeordneter Stellung am Sitz der Arbeitgeberin (AG) seine Dienste als «Wirtschaftsberater» gegen Lohn zu erbringen. Er erhielt einen Lohn, der gestützt auf ein Provisionssystem bezüglich der für Rechnung des AG abgeschlossenen Geschäfte festgelegt wurde. Mit anderen Worten bestand sein Lohn ausschliesslich aus Provisionseinnahmen. Der AN erzielte während des Arbeitsverhältnisses für eine Vollzeitstelle einen durchschnittlichen Monatslohn von netto Fr. 2'074. Es ist nicht nachgewiesen, dass seine Dienstleistungen unzureichend waren. In der Folge hat der AN die AG schriftlich darüber informiert, dass er seinen Arbeitsvertrag mit sofortiger Wirkung auflöse, weil ihn seine finanzielle Lage zwingt, andere Möglichkeiten in Betracht zu ziehen. Der Vertrag sah ein Konkurrenzverbot vor, das ab Ende des Vertragsverhältnisses drei Monate dauerte und bei dessen Verletzung eine Konventionalstrafe von Fr. 15'000 zu bezahlen war.



Parteien und Gegenstand

AG gegen AN betreffend Konkurrenzverbot (Realerfüllung und Konventionalstrafe), Rückforderung von Lohnvorschüssen, Entschädigung nach Art. 337d Abs. 1 Satz 1 OR und Schadenersatz nach Art. 337d Abs. 1 Satz 2 OR

AN gegen AG (Widerklage) betreffend Differenz zu angemessenem Lohn

Kontext

- Lohnbestimmung
- Leistungslohn, insbesondere Provision (Art. 322b OR)
- Handelsreisendenvertrag / andere Arbeitsverhältnisse

Lokalisierung des Problems

Anwendbarkeit von Art. 349a Abs. 2 OR ausserhalb des Handelsreisendenrechts?



Art. 347 OR

I. Begriff und Entstehung

1. Begriff

¹ Durch den Handelsreisendenvertrag verpflichtet sich der Handelsreisende, auf Rechnung des Inhabers eines Handels-, Fabrikations- oder andern nach kaufmännischer Art geführten Geschäftes gegen Lohn Geschäfte jeder Art ausserhalb der Geschäftsräume des Arbeitgebers zu vermitteln oder abzuschliessen.

² Nicht als Handelsreisender gilt der Arbeitnehmer, der nicht vorwiegend eine Reisetätigkeit ausübt oder nur gelegentlich oder vorübergehend für den Arbeitgeber tätig ist, sowie der Reisende, der Geschäfte auf eigene Rechnung abschliesst.



Art. 349a OR

2. Lohn

a. im Allgemeinen

¹ Der Arbeitgeber hat dem Handelsreisenden Lohn zu entrichten, der aus einem festen Gehalt mit oder ohne Provision besteht.

² Eine schriftliche Abrede, dass der Lohn ausschliesslich oder vorwiegend in einer Provision bestehen soll, ist gültig, wenn die Provision ein angemessenes Entgelt für die Tätigkeit des Handelsreisenden ergibt.

³ Für eine Probezeit von höchstens zwei Monaten kann durch schriftliche Abrede der Lohn frei bestimmt werden.



Erwägungen des Bundesgerichts

- Qualifikation als Handelsreisendenvertrag offengelassen
- Analoge Anwendung von Art. 349a Abs. 2 OR bejaht
- Bestimmung des angemessenen Entgelts
 - Abstrakt
 - Konkret
- Folgen für die Lohnnachforderung
- Folgen für das Konkurrenzverbot und die ausserordentliche Kündigung
- Würdigung des Entscheids

BGE 139 III 214 = BGE 4A_8/2013 vom 2.5.2013 = Praxis 102 (2013) Nr. 114 (bestätigt in BGE 4A_435/2015 vom 14.1.2016 = JAR 2017 S. 99: in casu Beteiligung am Geschäftsergebnis, vgl. Art. 322a OR)