

# NEWSLETTER

JUNI 2018

Autoren: André Bloch, Mauro Loosli und Sonja Stark-Traber



## AKTUELLE RECHTSPRECHUNG

Arbeitsrecht

**Konventionalstrafen und Disziplinarmassnahmen im Arbeitsrecht**

2

Sozialversicherungsrecht

**AHV-Beitragsstatut – schwierige Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit**

5

Arbeitsrecht

**Dahinfallen des Konkurrenzverbots zufolge Kündigung des Arbeitnehmers**

8

Arbeitsrecht

**Ferienlohn «inbegriffen»?**

10

## Konventionalstrafen und Disziplinar massnahmen im Arbeitsrecht

In einem Entscheid 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, insoweit 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 Bestimmtheitsanforderung 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 Leitsatz 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 Disziplinarmaßnahme 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 Disziplinarmaßnahmen 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.

## AHV-Beitragsstatut – schwierige Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit

Das Bundesgericht hatte über den Fall einer Versicherten zu befinden, welche bei der Ausgleichskasse um Anschluss als «selbständige Psychotherapeutin im Nebenberuf» ersuchte, von der Ausgleichskasse aber als unselbständig Erwerbstätige eingestuft wurde. Der Entscheid zeigt einmal mehr auf, wie heikel die sozialversicherungsrechtliche Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit ist.

In einem Entscheid vom 17. Mai 2018 (9C\_308/2017; zur Publikation vorgesehen) hatte das Bundesgericht über die Frage zu entscheiden, ob die von einer Psychotherapeutin an einem Institut ausgeübte nebenberufliche Tätigkeit sozialversicherungsrechtlich als selbständige oder als unselbständige Erwerbstätigkeit zu betrachten ist, was Einfluss auf die Beitragspflicht gegenüber den Sozialversicherungen hat: Im Falle einer unselbständigen Erwerbstätigkeit bezahlen Arbeitnehmer und Arbeitgeber paritätisch Sozialversicherungsbeiträge. Bei selbständiger Erwerbstätigkeit bezahlt hingegen nur der Selbständigerwerbende persönliche Beiträge.

Die Versicherte A. stellte im April 2014 bei der Ausgleichskasse des Kantons Zürich ein Gesuch um Anschluss als selbständige Psychotherapeutin im Nebenberuf (Pensum von rund 30%) und Eintragung ins Register der Beitragspflichtigen. Die Ausgleichskasse lehnte das Gesuch mit der Begründung ab, die Versicherte A. sei als Unselbständigerwerbende zu qualifizieren, für welche das Institut X., an welchem die Versicherte A. ihre Tätigkeit ausübte, paritätische Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten habe.

Die vom Institut X. gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wurde vom Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich gutgeheissen, welches zum Schluss kam, dass die von der Versicherten A. am Institut ausgeübte Tätigkeit als Psychotherapeutin als selbständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren sei. Gegen diesen Entscheid führte die Ausgleichskasse Beschwerde ans Bundesgericht.

Das Bundesgericht hielt vorab fest, dass nicht massgebend sei, dass die Versicherte A. für eine weitere Erwerbstätigkeit als unselbständig erwerbend qualifiziert

werde. Die beitragsrechtliche Qualifikation erfolge nicht aufgrund einer Gesamtbeurteilung, sondern jedes einzelne Erwerbseinkommen sei separat zu prüfen. Sodann beurteile sich die Frage, ob eine Erwerbstätigkeit als selbständig oder unselbständig zu betrachten sei, nicht aufgrund der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien, sondern aufgrund der wirtschaftlichen Gegebenheiten. Im Allgemeinen sei als unselbständig erwerbend zu betrachten, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig sei und kein spezifisches Unternehmerrisiko trage. Die beitragsrechtliche Stellung einer erwerbstätigen Person sei jedoch stets unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Wo Merkmale sowohl einer selbständigen wie einer unselbständigen Erwerbstätigkeit vorhanden seien, müsse sich der Entscheid oft danach richten, welche dieser Merkmale im konkreten Fall überwiegen.

Im zu beurteilenden Fall sah die Vereinbarung zwischen der Versicherten A. und dem Institut X. vor, dass die Versicherte ab dem 1. April 2014 als selbständige Psychotherapeutin in den Räumlichkeiten des Instituts X. arbeitete. Für ihre Tätigkeit wurde ihr an zwei Tagen pro Woche je ein Therapieraum zur Verfügung gestellt, wofür die Versicherte A. einen fixen Infrastrukturkostenbeitrag in Höhe von rund einem Drittel des von ihr pro Sitzung vereinnahmten Honorars an das Institut X. leistete. Die psychotherapeutischen Leistungen wurden gemäss Vereinbarung von der Versicherten A. in eigener Verantwortung und auf eigene Rechnung durchgeführt und die notwendigen administrativen Arbeiten von ihr selbst erledigt.

Die Versicherte A. konnte die gesamte Infrastruktur der bestens ausgerüsteten Psychotherapiepraxis des Insti-

tuts X. nutzen, wozu neben der Mitbenutzung des Sekretariats, der Bibliothek und der EDV-Ausstattung auch Wartezimmer, Kopierer, sanitäre Anlagen, Getränke und Büromaterial sowie die Möglichkeit der Supervision ihrer therapeutischen Arbeit gehörten. Auf der Homepage des Instituts X. wurde die Versicherte A. als Mitglied des Klinischen Teams geführt, unter Angabe von Ausbildung, beruflichem Werdegang und Spezialisierung sowie mit einer institutseigenen persönlichen E-Mail-Adresse.

Aufgrund dieser Gegebenheiten befand das Bundesgericht, dass die Versicherte A. weder erhebliche Investitionen noch ein grösseres Verlustrisiko zu tragen habe, auch wenn sie den erwähnten Infrastrukturkostenbeitrag auch bei ferien- und krankheitsbedingter Abwesenheit zu bezahlen und das Inkasso- und Delkredere-Risiko von Klienten oder Patienten zu tragen habe. Bei wirtschaftlichem Misserfolg könne sie ihre Tätigkeit aufgrund der dreimonatigen vertraglichen Kündigungsfrist relativ kurzfristig und ohne Einbussen im Sinne von Substanzverlusten wieder aufgeben. Es fehle daher insgesamt an einem spezifischen Unternehmerrisiko der Versicherten A., was gegen eine selbständige Erwerbstätigkeit spreche.

Aber auch bei einem alleinigen Abstellen auf das Kriterium der betriebswirtschaftlichen oder arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit sei von einer unselbständigen Erwerbstätigkeit auszugehen. Zwar erfolge keine bindende Zuweisung von Klienten durch das Institut, die Versicherte A. könne das Honorar für ihre Leistungen frei festlegen und es bestehe auch kein Konkurrenzverbot, was für die arbeitsorganisatorische Unabhängigkeit der Versicherten A. vom Institut X. spreche. Auf der anderen Seite sei die Versicherte A. zwar nicht zur Nutzung der Therapieräume verpflichtet und unterliege auch keiner Präsenzpflicht, aber es fänden alle ihre Therapiesitzungen am Institut statt, was wiederum für eine faktische arbeitsorganisatorische Einbindung spreche. Ebenso stelle die Versicherte A. zwar selber Rechnung und die Honorarzahungen gingen direkt auf ihr persönliches Konto, auf dem Briefkopf der Rechnungen finde sich über dem eigenen Namen jedoch auch derjenige des Instituts X. sowie alleine dessen Anschrift. Zusammen mit dem Werbeauftritt auf der Instituts-Homepage könne deshalb gegen aussen nicht von einem Auftreten in eigenem Namen gesprochen werden, was ein Indiz für eine unselbständige Erwerbstätigkeit sei.

Für nicht ausschlaggebend erachtete das Bundesgericht, dass das Institut X. der Versicherten A. keine konkreten Weisungen erteilte, wie sie eine Psychotherapie im Einzelfall durchzuführen habe, da eine ausgeprägte Eigenverantwortlichkeit bei allen sog. freien Berufen typisch sei. Ebenso wenig erachtete es das Bundesgericht für entscheidend, dass die Honorarzahungen an die Versicherte A. nicht vom Institut X. geleistet wurden, sondern direkt durch die Klienten und Patienten.

Hingegen wies die weitgehende betriebswirtschaftliche und wissenschaftliche Eingliederung der Versicherten A. in das Institut X. gemäss Bundesgericht ebenfalls auf eine unselbständige Erwerbstätigkeit hin. So war die Versicherte A. vertraglich verpflichtet, in Absprache und mit Unterstützung der Institutsleitung neue Angebote für Klienten und Patienten zu entwickeln und sich aktiv an der Weiterentwicklung des Instituts zu beteiligen. Darüber hinaus musste sie die Angebote des Instituts X. extern bekannt machen und auch an internen Zusammenkünften und vom Institut X. angebotenen Weiterbildungen, welche unter anderem der Ein- und Erhaltung der qualitativen Anforderungen des Instituts X. dienten, teilnehmen.

Den Qualitätsanforderungen des Instituts X. mass das Bundesgericht auch darüber hinaus massgebliche Bedeutung zu. So war die Versicherte A. zur Sicherstellung der qualitativen Anforderungen des Instituts X. verpflichtet, die von ihr durchgeführten Therapien entsprechend den Vorgaben des Instituts X. auf Video aufzuzeichnen, zu messen und zu dokumentieren und die entsprechenden Unterlagen dem Institut X. zu Forschungszwecken zur Verfügung zu stellen. Diese Verpflichtung sei Ausdruck eines arbeitnehmerähnlichen Subordinationsverhältnisses, da sich die Versicherte A. damit in einer Weise den Kontrollbedürfnissen des Instituts unterwerfe, wie sie sonst bei ärztlich delegierten Psychotherapeuten anzutreffen sei, welche unter direkter Aufsicht und Verantwortlichkeit der delegierenden Arztperson stünden, befand das Bundesgericht.

Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sprächen die angeführten Kriterien überwiegend zugunsten einer unselbständigen Tätigkeit, so das Bundesgericht, weshalb es die Beschwerde der Ausgleichskasse entsprechend guthiess und den vorinstanzlichen Entscheid aufhob.

## KOMMENTAR

Vor dem Hintergrund einer Arbeitswelt mit zunehmend flexiblen Arbeitsmodellen kommt der Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit erhöhte Bedeutung zu. So findet beispielsweise der projektbezogene Einsatz von freien Mitarbeitern («Freelancern»), welche auf eigene Rechnung arbeiten und formell selbständig erwerbend sind, zunehmende Verbreitung, da dieses Modell für Arbeitgeber die Möglichkeit bietet, die personellen Kapazitäten flexibel und ohne zu starke vertragliche Bindung zu steuern.

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass vermeintlich selbständige Mitarbeiter aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht als unselbständig erwerbend eingestuft werden. Wie heikel diese Einstufung je nach Fallkonstellation sein kann, zeigt der vorliegende Entscheid des Bundesgerichts sehr deutlich auf. Für Arbeitgeber kann die sozialversicherungsrechtliche Umqualifizierung eines vermeintlich selbständigen freien Mitarbeiters in einen unselbständig erwerbenden Arbeitnehmer gravierende finanzielle Folgen haben, da die nicht bezahlten Sozialversicherungsbeiträge der letzten fünf Jahre nacherhoben werden, und zwar sowohl Arbeitnehmer- wie auch Arbeitgeberbeiträge.

Zur Risikominderung ist Arbeitgebern deshalb zu empfehlen, im Falle von selbständigen Mitarbeitern anhand einer entsprechenden Bescheinigung zu prüfen, ob sich diese auch tatsächlich als selbständig erwerbend bei der Ausgleichskasse gemeldet haben und Sozialversicherungsbeiträge leisten. Im Zweifel sollten Arbeitgeber den konkreten Einzelfall der Ausgleichskasse zur Beurteilung vorlegen oder die Situation von einer Fachperson beurteilen lassen.

## Dahinfallen des Konkurrenzverbots zufolge Kündigung des Arbeitnehmers

Eine Einschränkung des Tätigkeitsbereichs des Arbeitnehmers kann einen begründeten Anlass zur Kündigung seitens des Arbeitnehmers bilden, mit der Folge, dass ein nachvertragliches Konkurrenzverbot dahinfällt. Das Bundesgericht hat das Dahinfallen des Konkurrenzverbots in einem Fall bejaht, in welchem die Arbeitgeberin die Gebietszuständigkeit eines «Country Managers» kurzfristig und ohne dessen Zustimmung erheblich einschränkte.

In einem Entscheid vom 12. März 2018 (4A\_468/2017) hatte das Bundesgericht die Frage des Dahinfallens eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots zu beurteilen, nachdem der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag gekündigt hatte, weil die Arbeitgeberin seinen Tätigkeitsbereich eingeschränkt hatte.

Der Arbeitnehmer war ab dem 1. Juli 2006 als «Country Manager für die Märkte Schweiz und Austria» bei der Arbeitgeberin tätig. Die Parteien hatten im Arbeitsvertrag ein Konkurrenzverbot vereinbart, welches den Beklagten verpflichtete, sich während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und während zwei Jahren nach dessen Beendigung jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten. Für den Verletzungsfall wurde eine Konventionalstrafe in der Höhe des zuletzt bezogenen Jahresgehalts vereinbart.

Am 24. August 2012 kündigte der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis ordentlich, nachdem ihm die Arbeitgeberin abrupt die Zuständigkeit für den österreichischen Markt entzogen und ihn anlässlich einer wichtigen Ausstellung im Ausland nur noch an ein «Kickoff-Meeting» anstatt an das «Country-Manager-Meeting» eingeladen hatte. Der Arbeitnehmer hatte am 25. Mai 2012 eine E-Mail seines Vorgesetzten erhalten, worin dieser ihn anhielt, sich auf den schweizerischen Markt zu konzentrieren, und ihm ankündigte, es werde sich ab dem 1. Juni 2012 ein neuer Verkäufer um den österreichischen Markt kümmern.

Die Arbeitgeberin erachtete in der Folge aufgrund einer nachvertraglichen Tätigkeit des Arbeitnehmers das Konkurrenzverbot für verletzt und klagte auf Bezahlung der Konventionalstrafe durch den Arbeitnehmer. Dieser erhob im Gegenzug Widerklage auf Ausrichtung eines Bonus. Sowohl das erstinstanzliche wie auch das zweitinstanzliche Gericht wiesen die Klage der Arbeitgeberin ab und hiessen die Widerklage des Arbeitneh-

mers gut. Die Arbeitgeberin erhob dagegen Beschwerde ans Bundesgericht.

Gemäss Art. 340c Abs. 2 OR fällt ein gültig vereinbartes Konkurrenzverbot dahin, wenn die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer kündigt, ohne dass dieser dazu einen begründeten Anlass gegeben hat oder wenn der Arbeitnehmer seinerseits das Arbeitsverhältnis aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst. Das Bundesgericht verwies auf seine konstante Rechtsprechung, wonach als begründeter Anlass im Sinne dieser Bestimmung jedes der anderen Partei zuzurechnende Ereignis gilt, das bei vernünftiger Betrachtung einen erheblichen Anlass zur Kündigung geben kann. Eine eigentliche Vertragsverletzung ist nicht notwendig. Im Falle einer Kündigung durch den Arbeitnehmer fällt das Konkurrenzverbot gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts beispielsweise dahin, wenn diese aufgrund einer wesentlich unter dem Marktüblichen liegenden Vergütung, einer chronischen Arbeitsüberlastung trotz Abmahnung oder wegen ständiger Vorwürfe resp. eines generell schlechten Betriebsklimas erfolgt. Sodann kann auch eine intensive Einschränkung des Tätigkeitsbereichs des Arbeitnehmers einen begründeten Anlass zur Kündigung im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR darstellen.

Im konkreten Fall bestätigte das Bundesgericht die Ansicht der Vorinstanz, dass der Arbeitnehmer einen begründeten, von der Arbeitgeberin zu verantwortenden Anlass gehabt hatte, das Arbeitsverhältnis zu kündigen, und dass demnach auch das Konkurrenzverbot dahingefallen war. Die Arbeitgeberin hatte nicht bestritten, dass sie innert einer Frist von nur wenigen Tagen und ohne Einverständnis des Arbeitnehmers sein Tätigkeitsgebiet um den österreichischen Markt eingeschränkt hatte und dass sie ihn auch nicht zu besagtem «Country-Manager-Meeting» eingeladen



hatte. Gemäss Bundesgericht stellt eine solche abrupte und gravierende Einschränkung der Verantwortlichkeiten des Arbeitnehmers aus objektiver Sicht eine negativ zu wertende berufliche Herabsetzung dar, welche einen Arbeitnehmer bei vernünftiger Betrachtung zur Kündigung veranlassen könne. Nicht massgebend sei, ob der Vorgesetzte mit seiner E-Mail vom 25. Mai 2012 eine Teil- oder Änderungskündigung oder lediglich eine Weisung ausgesprochen habe. Zudem sei auch nicht relevant, ob die Gebietseinschränkung mit einer direkten finanziellen Einbusse einhergegangen sei oder nicht.

Zur Einwendung der Arbeitgeberin, dass die Einschränkung des Tätigkeitsgebiets zur Entlastung des Arbeitnehmers geschehen sei, hielt das Bundesgericht

fest, dass der begründete Anlass zur Kündigung selbst dann nicht ohne Weiteres zu verneinen wäre, wenn der Arbeitnehmer im fraglichen Zeitraum tatsächlich zunehmend überfordert gewesen sein sollte. Es sei nicht erstellt, dass die Arbeitgeberin ihren langjährigen Arbeitnehmer vorgewarnt oder abgemahnt bzw. eine einvernehmliche Lösung mit ihm gesucht habe. Selbst bei bewiesener Überforderung des Arbeitnehmers hätte das abrupte Vorgehen der Arbeitgeberin einen begründeten Anlass zur Kündigung im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR gesetzt.

Das Bundesgericht wies deshalb die Beschwerde der Arbeitgeberin ab und bestätigte den Entscheid der Vorinstanz vollumfänglich.

#### KOMMENTAR

Der Umstand, dass ein nachvertragliches Konkurrenzverbot dahinfällt, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer begründeten Anlass zur Kündigung gibt, wird von Arbeitgebern in der Praxis oftmals übersehen, zumal dafür keine eigentliche Vertragsverletzung vorausgesetzt wird. Gemäss konstanter Rechtsprechung können insbesondere einseitige Änderungen oder Einschränkungen des Tätigkeitsbereichs eines Arbeitnehmers, wie beispielsweise der Gebiets- oder Kundenzuteilung, einen solchen begründeten Anlass zur Kündigung bilden.

Dies bedeutet indessen nicht, dass jede Änderung oder Einschränkung des Tätigkeitsbereichs eines Arbeitnehmers das Dahinfallen des vereinbarten Konkurrenzverbots nach sich zieht, wenn der Arbeitnehmer als Folge davon kündigt. Entscheidend ist zum einen die Intensität der Änderung bzw. Einschränkung und zum anderen das gewählte Vorgehen des Arbeitgebers. Das Bundesgericht hat bereits früher festgehalten und im vorliegenden Entscheid bestätigt, dass der Arbeitgeber auch dann, wenn er sachliche Gründe für eine interne Umstellung hat, vorgängig das Gespräch mit dem Arbeitnehmer suchen muss. Will der Arbeitgeber somit das Risiko des Dahinfallens eines vereinbarten Konkurrenzverbots als Folge einer Tätigkeitseinschränkung minimieren, sollte er darauf verzichten, den betroffenen Arbeitnehmer vor vollendete Tatsachen zu stellen, sondern vorab eine einvernehmliche Lösung mit ihm suchen.

## Ferienlohn «inbegriffen»?

Das Bundesgericht hat bestätigt, dass Ferientage nur dann als im vereinbarten Stundenlohn inbegriffen gelten können, wenn die Arbeitstätigkeit sehr unregelmässig ist und der Ferienlohn sowohl im Arbeitsvertrag als auch in der Lohnabrechnung betrag- oder prozentmässig ausgewiesen wird.

In einem Entscheid vom 19. März 2018 (4A\_561/2017) hat das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung zur Frage, unter welchen Voraussetzungen Ferien bei Vereinbarung eines Stundenlohns durch einen zusätzlichen Ferienlohn abgegolten werden können, in klarer Weise zusammengefasst und bestätigt.

Im vorliegenden Fall war im Arbeitsvertrag für eine Vollzeitstelle mit 42,5 wöchentlichen Arbeitsstunden ein Stundenlohn vereinbart und festgehalten worden, dass der Arbeitnehmer während den Ferien Anspruch auf seinen Lohn habe. In der Lohnabrechnung wurde zudem über dem Basis-Stundenlohn ein Ferienlohn von 8,33% ausgewiesen. Obwohl der Arbeitnehmer seine Ferien in natura bezogen hatte, machte er über ein Jahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Jahre 2013 für die Jahre 2009 bis 2013 Ferienlohn im Betrag von über CHF 26'000.- geltend.

Die Klage des Arbeitnehmers wurde vom erstinstanzlichen Gericht unter Hinweis darauf, dass der Arbeitnehmer aufgrund der Lohnabrechnung erkennen konnte, wie viel der Ferienlohn betrug, zuerst abgewiesen, vom zweitinstanzlichen kantonalen Gericht jedoch in Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gutgeheissen. Dagegen erhob der Arbeitgeber Beschwerde an das Bundesgericht.

Art. 329d Abs. 2 OR sieht vor, dass Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden dürfen. Von dieser Bestimmung darf nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Dabei gilt als allgemeiner Grundsatz, dass der Ferienlohn im Zeitpunkt des Ferienbezugs ausgerichtet werden muss und es grundsätzlich unzulässig ist, die Ferienentschädigung in den Gesamtlohn einzuschliessen.

Gemäss im vorliegenden Entscheid bestätigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist es ausnahmsweise zulässig, den auf die Ferien entfallenden Lohnanteil in den Gesamtlohn einzuschliessen, wenn folgende drei Bedingungen erfüllt sind:

- Der Arbeitnehmer übt eine sehr unregelmässige Tätigkeit aus.
- Der auf die Ferien entfallende Lohnanteil wird – wenn der Arbeitsvertrag schriftlich abgeschlossen wurde – klar und ausdrücklich betrag- oder prozentmässig im Arbeitsvertrag erwähnt. Ein einfacher Hinweis, dass der Ferienlohn im Lohn enthalten ist, genügt demnach nicht.
- Der auf die Ferien entfallende Lohnanteil wird schliesslich in der periodischen Lohnabrechnung betrag- oder prozentmässig ausgewiesen.

Bei einem nur mündlich abgeschlossenen Arbeitsvertrag genügt es hingegen, wenn der auf die Ferien entfallende Lohnanteil aus der periodischen Lohnabrechnung ersichtlich ist.

Sind diese Bedingungen nicht erfüllt, schuldet der Arbeitgeber den auf die Ferien entfallenden Lohn unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer Ferien bezogen hat oder nicht.

Im vorliegenden Fall waren zwei der drei oben genannten Bedingungen nicht erfüllt. Erstens sah der Arbeitsvertrag bei einem 100% Pensum eine wöchentliche Arbeitszeit von 42.5 Stunden vor, so dass bereits keine unregelmässige Tätigkeit vorliegen konnte. Zweitens war der auf die Ferien entfallende Lohnanteil im Arbeitsvertrag nicht ausgewiesen worden.

Das Bundesgericht hielt zudem ausdrücklich fest, dass die Geltendmachung des Ferienlohns durch den Arbeitnehmer nicht rechtsmissbräuchlich war, auch wenn dieser tatsächlich (unbezahlte) Ferien bezogen hatte und der ausbezahlte Stundenlohn effektiv eine Ferienentschädigung enthielt und obwohl der Arbeitnehmer mit der Geltendmachung über ein Jahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zugewartet hatte.

Aus den genannten Gründen wurde die Beschwerde des Arbeitgebers abgewiesen und die vom Arbeitnehmer geltend gemachte Forderung auf Auszahlung des Ferienlohns geschützt.

#### KOMMENTAR

Das vorliegende Bundesgerichtsurteil bestätigt einmal mehr, dass Ferienlohn nur dann als im Salär inbegriffen gelten kann, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens muss eine unregelmässige Tätigkeit vorliegen, was bei Vereinbarung einer festen wöchentlichen Arbeitszeit in aller Regel nicht der Fall sein wird. Ferner muss der auf die Ferien entfallende Lohnanteil sowohl im Arbeitsvertrag als auch in der Lohnabrechnung klar und ausdrücklich betrags- und/oder prozentmässig ausgewiesen sein. Diese Bedingungen sind insbesondere bei Vereinbarung eines Stundenlohns strikte zu beachten. Sind sie nicht erfüllt, riskiert ein Arbeitgeber auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses und trotz Auszahlung eines Ferienlohnanteils und effektivem Ferienbezug, dem Arbeitnehmer nachträglich den Ferienlohn ein zweites Mal ausrichten zu müssen.

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)

---