



**Universität  
Zürich** <sup>UZH</sup>

**Rechtswissenschaftliches Institut**

---

# **Vorlesung: Arbeitsrecht Master**

Frühlingssemester 2020

Donnerstag: 16.15 – 18.00 Uhr

Prof. Dr. iur. Roger Rudolph



**Universität  
Zürich** <sup>UZH</sup>

**Rechtswissenschaftliches Institut**

---

# Individualarbeitsrecht I

Vorlesung: Arbeitsrecht Master

Frühlingssemester 2020

Prof. Dr. iur. Roger Rudolph



## Vorbereitungslektüre und Lernziele

### Vorbereitungslektüre

Portmann/Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Auflage 2013, Randziffern 217 – 229, 248 – 299, 353 – 404, 818 – 836, 854 – 867

Rudolph, Konkurrenzverbot, in: Fachhandbuch Arbeitsrecht, Portmann/von Kaenel (Hrsg.), 2018, S. 273 – 311 (fakultativ)

### Lernziele

- Kenntnis der rechtlichen Grundlagen zur Treuepflicht und zum nachvertraglichen Konkurrenzverbot
- 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 der Argumentationslinien des Bundesgerichts



## Thema 1: Konkurrenzverbot und Abwerbung

X. ist eine Aktiengesellschaft, deren Gesellschaftszweck in der Organisation von Ausbildungskursen, Seminaren, Lehrgängen, namentlich im Bereich der Weiterbildung des Unternehmenspersonals, der Beratung und Unterstützung in der Unternehmensführung und des Betriebsmanagements besteht. Mit Vertrag vom 23. Februar 2000 verpflichtete X. ab 1. März 2000 Y., wohnhaft im Kanton Genf, als „Training Coach Senior“. Der Vertrag enthielt eine Konkurrenzverbotsklausel, der zufolge es dem Angestellten im Falle der Kündigung nach dem ersten Dienstjahr während zwei Jahren untersagt war, im Raum Westschweiz und in der Grenzregion von Genf eine Konkurrenztaetigkeit auszuüben; die Klausel sah eine Konventionalstrafe in Höhe des Gesamtgehalts für das letzte Jahr seiner Tätigkeit, ob in Teil- oder Vollzeit, vor. Mit Schreiben vom 28. August 2006 verpflichtete X. ab dem 1. September 2006 Z., wohnhaft im Kanton Genf, ebenfalls als „Training Coach Senior“ zu vergleichbaren Bedingungen. In der Folge warf X. ihren ehemaligen Angestellten Y. und Z. einen Verstoss gegen die Konkurrenzverbotsklausel vor und forderte von ihnen die Zahlung der vereinbarten Konventionalstrafe. X. warf ihren beiden ehemaligen Angestellten auch vor, ihre Treuepflicht durch Abwerbung von Kunden vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses verletzt zu haben.



## **A. Konkurrenzverbot**

### **Parteien und Gegenstand**

X (AG) gegen Y und Z (AN) betreffend Konventionalstrafe

### **Kontext**

- Besondere Problematik:

«Es [das nachvertragliche Konkurrenzverbot] steht im Gegensatz zum freien Markt unserer liberalen Wirtschaftsverfassung und widerspricht dem Prinzip der freien Entfaltung der Persönlichkeit, also Art. 328 OR und Art. 27 ZGB, wie auch deren Ausprägung in Form der Wirtschaftsfreiheit im Sinne von Art. 27 BV.» (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Der Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, 7. Auflage 2012).

- Zahlreiche Auseinandersetzungen
- Art. 340 ff. OR



## **Art. 340**

### VII. Konkurrenzverbot

#### 1. Voraussetzungen

1 Der handlungsfähige Arbeitnehmer kann sich gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich verpflichten, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sich jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten, insbesondere weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem des Arbeitgebers in Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen.

2 Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte.



## **Art. 340a**

### **2. Beschränkungen**

1 Das Verbot ist nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen, so dass eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist; es darf nur unter besonderen Umständen drei Jahre überschreiten.

2 Der Richter kann ein übermässiges Konkurrenzverbot unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen einschränken; er hat dabei eine allfällige Gegenleistung des Arbeitgebers angemessen zu berücksichtigen.



## **Art. 340b**

### **3. Folgen der Übertretung**

1 Übertritt der Arbeitnehmer das Konkurrenzverbot, so hat er den dem Arbeitgeber erwachsenden Schaden zu ersetzen.

2 Ist bei Übertretung des Verbotes eine Konventionalstrafe geschuldet und nichts anderes verabredet, so kann sich der Arbeitnehmer durch deren Leistung vom Verbot befreien; er bleibt jedoch für weiteren Schaden ersatzpflichtig.

3 Ist es besonders schriftlich verabredet, so kann der Arbeitgeber neben der Konventionalstrafe und dem Ersatz weiteren Schadens die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangen, sofern die verletzten oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers und das Verhalten des Arbeitnehmers dies rechtfertigen.





## **Art. 340c**

### **4. Wegfall**

1 Das Konkurrenzverbot fällt dahin, wenn der Arbeitgeber nachweisbar kein erhebliches Interesse mehr hat, es aufrecht zu erhalten.

2 Das Verbot fällt ferner dahin, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat, oder wenn es dieser aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst.



**Art. 321a** (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 verwerten oder anderen mitteilen; auch nach dessen Beendigung bleibt er zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist.



## **Lokalisierung des Problems**

- 3 Einzelvoraussetzungen von Art. 340 Abs. 2 OR
- Kausalzusammenhang gegeben, wenn die Beziehung zwischen dem Kundenkreis und dem AN hauptsächlich auf dessen persönlichen Fähigkeiten beruht und die Identität des Arbeitgebers in den Hintergrund rückt?

## **Rechtsprechung**

- Grundsatz
- Anwendung im konkreten Fall
- Anwendung in weiteren Fällen
- Bedeutung der Umstände des Einzelfalls



## **B. Abwerbung von Kunden**

### **Parteien und Gegenstand**

X (AG) gegen Y und Z (AN) betreffend Schadenersatz

### **Kontext**

Treuepflicht des AN

### **Lokalisierung des Problems**

Pflichtverletzung während oder nach dem Arbeitsverhältnis

### **Rechtsprechung**

- Nach dem Arbeitsverhältnis:
  - Erlöschen der allgemeinen Treuepflicht
  - kein Konkurrenz- oder Abwerbeverbot nach Art. 340 ff. OR
  - keine Geheimhaltungspflicht des AN gemäss Art. 321a Abs. 4 OR (nur Einblick in den Kundenkreis)
- Während des Arbeitsverhältnisses:
  - falls Pflichtverletzung: Problem des Schadenersatzes
  - Alternative: Konventionalstrafe

**BGE 138 III 67 = Pra 101 (2012) Nr. 76 = 4A\_489/2011 [5er-Besetzung]**



## **Gegenbeispiel**

BGE 4A\_680/2015 vom 1.7.2015 = ARV 2016 S. 268 = JAR 2017 S. 248: Keine ausreichende, die Zulässigkeit eines Konkurrenzverbots ausschliessende Kundennähe zwischen einem Personalvermittler und seinen Kunden.

## **Gegenbeispiel zum Gegenbeispiel**

BGE 4A\_286/2017 vom 1.11.2017 = ARV 2018 S. 43 = JAR 2018 S. 381: Senior Consultant in einer Personalberatungsfirma, dessen Hauptaufgabe in der Vermittlung von Spezialisten und Führungskräften aus dem Segment "Immobilien- und Baumanagement" an interessierte Wirtschaftskreise sowie im sukzessiven Aufbau eines eigenen Kundenportefeuilles inkl. Pflege des Beziehungsnetzes lag. Das Bundesgericht bejahte in casu den Vorrang der persönlichen Fähigkeiten des Arbeitnehmers gegenüber der Identität der Arbeitgeberin. In dieser Entscheidung wandte sich das Bundesgericht auch gegen eine generelle Zulässigkeit von Konkurrenzverboten in der Personalvermittlungsbranche und betonte die Notwendigkeit der Prüfung im Einzelfall.

Quelle: von Kaenel/Rudolph, Update-Service, N 10 zu Art. 340 OR



## Thema 2: Angemessene Provision

Der AN hatte sich verpflichtet, auf unbestimmte Dauer in Vollzeit und in untergeordneter Stellung am Sitz des AG seine Dienste als «Wirtschaftsberater» gegen einen 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 erstellt, dass seine Dienstleistungen unzureichend waren. In der Folge hat der AN den 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, 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**

- Leistungslohn, insbes. Provision (Art. 322b OR)
- Handelsreisendenvertrag

## **Lokalisierung des Problems**

Anwendbarkeit von Art. 349a Abs. 2 OR



## **Art. 347**

### **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**

### **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.



## **Rechtsprechung**

- Qualifikation Handelsreisendenvertrag offengelassen
- analoge Anwendung von Art. 349a Abs. 2 OR bejaht
- angemessenes Entgelt
  - abstrakt
  - konkret
- Folgen für das Konkurrenzverbot
- Folgen für die ausserordentliche Kündigung

**BGE 139 III 214 = Pra 102 (2013) Nr. 114 = 4A\_8/2013 [5er-Besetzung]**

bestätigt in BGE 4A\_435/2015 vom 14.1.2016 = JAR 2017 S. 99: in casu  
Beteiligung am Geschäftsergebnis, E. 2.1.