



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Individualarbeitsrecht II

Mastervorlesung Arbeitsrecht

Frühjahrssemester 2021

Prof. Dr. iur. Roger Rudolph



Vorbereitungslektüre und Lernziele

Vorbereitungslektüre

Portmann/Wildhaber, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Auflage 2020,
Randziffern 656 – 719 und 744 – 798, 818 – 836

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 Grundzüge des Kündigungsrechts
- Kenntnis der Voraussetzungen und Folgen bei fristloser Kündigung
- Anwendung dieser Kenntnisse und der einschlägigen rechtlichen Bestimmungen auf zwei konkrete Fallbeispiele
- Kenntnis und kritische Würdigung der Argumentationslinien des Bundesgerichts



Thema 3: Gültigkeit eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots

Die B. AG (AG) mit Sitz im Kanton Luzern betreibt gemäss Handelsregisterauszug eine Kaffeerösterei und einen Engroshandel mit Lebensmitteln aller Art. Sie stellte A. (AN) mit Arbeitsvertrag vom 1. Oktober 2007 als Marketingassistentin zu einem Pensum von 50% an. A. war gemäss Arbeitsvertrag unter anderem für folgende Tätigkeiten zuständig: Erstellen von Verkaufskonzepten, Vorbereitung und Durchführung Messen/Event, Werbung/Inserat, Verkaufsförderungsaktivitäten, Verkaufs- und Produktunterlagen, Organisation, Homepage & Internet.



Thema 3: Gültigkeit eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots

Der Arbeitsvertrag enthält in Art. 13 folgende Konkurrenzverbotsklausel:

«Die MA [Marketingassistentin] verpflichtet sich, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses jede konkurrenzierende Tätigkeit zu unterlassen, d.h. weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit der Firma im Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen. Das Konkurrenzverbot gilt für die ganze Schweiz, für die Dauer von 3 Jahren. Bei einer Verletzung des Konkurrenzverbots wird eine Konventionalstrafe von CHF 30'000.00 erhoben. Die Zahlung der Konventionalstrafe hebt das Konkurrenzverbot nicht auf. Die Firma kann überdies Ersatz für den weiteren Schaden sowie die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangen.»



Thema 3: Gültigkeit eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots

Nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses liess sich die AN von der C. GmbH anstellen, welche als Gastronomieunternehmen wie die AG Kaffee und Heissgetränke verkauft und in diesem Zusammenhang weitere Dienstleistungen anbietet.

In der Folge erhob die AG Klage gegen die AN auf Zahlung der Konventionalstrafe wegen Verletzung des Konkurrenzverbots.



Parteien und Gegenstand

AG gegen AN betreffend Konkurrenzverbot

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



Lokalisierung des Problems

- Anforderungen an den Inhalt einer Konkurrenzverbotsklausel
- Insbesondere:
 - Schriftform von Art. 340 Abs. 1 OR und die drei Einzelvoraussetzungen von Art. 340a Abs. 1 OR
 - Rechtsfolge bei ungenügender bzw. nicht ermittelbarer Umschreibung der Begrenzung gemäss Art. 340a Abs. 1 OR
 - Ausreichende gegenständliche bzw. sachliche Umschreibung mit Verbot «jeder konkurrenzierenden Tätigkeit»?



Art. 340 OR

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 OR

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 OR

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 OR

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 OR (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 verwerthen oder anderen mitteilen; auch nach dessen Beendigung bleibt er zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist.



Erwägungen des Bundesgerichts (E. 3.4 ff.)

- In der Lehre ist strittig, ob ein im Sinn von Art. 340a Abs. 1 OR örtlich, zeitlich und gegenständlich nicht begrenztes Konkurrenzverbot nichtig oder nach Art. 340a Abs. 2 OR vom Gericht einschränkbar ist
- Ein Konkurrenzverbot, dessen zeitlicher, örtlicher sowie gegenständlicher Umfang weder tatsächlich bestimmt ist noch durch Auslegung nach Vertrauensprinzip ermittelt werden kann, entfaltet ebenso wie ein gesamtheitlich unbegrenztes Verbot von vornherein keine Wirkung
- Der nach Art. 340a Abs. 1 OR zu begrenzende Umfang des Konkurrenzverbots ist ein objektiv wesentliches Element, welches vom Schriftformvorbehalt erfasst ist. Insoweit sind die Anforderungen an die Bestimmung des Inhalts eines Konkurrenzverbots gemäss Art. 340a Abs. 1 OR und die Formvorschrift von Art. 340 Abs. 1 OR untrennbar miteinander verbunden



Erwägungen des Bundesgerichts

- Es würde der Schutz- und Warnfunktion der Formvorschrift der Schriftlichkeit diametral widersprechen, wenn die vom Verbot belastete Arbeitnehmerin daraus das Ausmass der Einschränkung ihrer beruflichen Entfaltungsmöglichkeiten nicht entnehmen könnte
- Erst wenn der Umfang eines Konkurrenzverbots in zeitlicher, örtlicher sowie sachlicher Hinsicht definiert ist, kann es bei allfälliger Übermässigkeit nach Art. 340a Abs. 2 OR entsprechend reduziert werden
- Das Verbot «jeder konkurrenzierender Tätigkeit» erfüllt das Gebot der Form und ist genügend bestimmt bzw. anhand der allgemeinen Auslegungsmethoden hinreichend bestimmbar; Klausel daher in casu grundsätzlich gültig



Erwägungen des Bundesgerichts

- Dennoch Rückweisung an die Vorinstanz (insbesondere zur Abklärung des Kausalzusammenhangs zwischen Einblick in den Kundenkreis und erheblicher Schädigungsmöglichkeit; vgl. Art. 340 Abs. 2 OR)
- Würdigung des Entscheids

BGE 145 III 365 = BGE 4A_210/2018 vom 2.4.2019, besprochen von Roger Rudolph, in: ZBJV 2020 S. 621 f. (vorübergehend abrufbar auf der Lehrstuhl-Webseite)



Thema 4: Fristlose Kündigung

Die B. AG (AG) stellte A. (AN) mit Arbeitsvertrag vom 27. November 2009 per 1. Dezember 2009 als Chief Operating Officer (COO) an. Die Parteien vereinbarten unter anderem eine Wochenarbeitszeit von 50 Stunden, einen Bruttolohn von CHF 12'000.--, einen Ferienanspruch von vier Wochen, eine Kündigungsfrist von sechs Monaten sowie eine Geheimhaltungs- und Vertraulichkeitsklausel.

Mit Schreiben vom 29. April 2011 kündigte der AN das Arbeitsverhältnis ordentlich unter Einhaltung der Kündigungsfrist. Am 30. Mai 2011 kündigte die AG ihrerseits fristlos. Gemäss Schreiben vom selben Tag erfolgte die Kündigung aufgrund der Vorfälle der letzten Tage. Im Zentrum stand eine E-Mail, die der AN an einen wichtigen Geschäftspartner der AG geschrieben hatte. Darin war ein Link auf einen Artikel enthalten, der den Vater des Verwaltungsratspräsidenten der AG unredlicher Machenschaften im Zusammenhang mit einem Kunsthandelsskandal bezichtigte.



Thema 4: Fristlose Kündigung

Mit Schreiben vom 22. Juni 2011 bestritt der AN die fristlose Kündigung, bot seine Arbeitskraft bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist an und machte verschiedene fällige Forderungen geltend, die er schliesslich beim Bezirksgericht Kreuzlingen/TG einklagte.

Im Laufe des Prozesses, konkret in der Klageantwort, brachte die AG noch einen weiteren Grund für die fristlose Entlassung vor: Der AN habe eine Festplatte mit zahlreichen wichtigen Geschäftsdaten vom Pult des Verwaltungsratspräsidenten entwendet und kopiert.



Parteien und Gegenstand

- AN gegen AG betreffend Forderungen aus fristloser Kündigung

Kontext

- Art. 337 ff. OR (fristlose Kündigung: Voraussetzungen und Folgen)

Lokalisierung des Problems

- Voraussetzungen an eine fristlose Kündigung
- Insbesondere: im schon gekündigten Arbeitsverhältnis
- Insbesondere: sog. Nachschieben von Kündigungsgründen



Art. 337 OR: Fristlose Auflösung

1. Voraussetzungen/a. aus wichtigen Gründen

¹ Aus wichtigen Gründen kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer jederzeit das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen; er muss die fristlose Vertragsauflösung schriftlich begründen, wenn die andere Partei dies verlangt.

² Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf.

³ Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet der Richter nach seinem Ermessen, darf aber in keinem Fall die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung als wichtigen Grund anerkennen.



Wesentliche Voraussetzungen für die fristlose Kündigung

- **Materiell: Vorliegen eines wichtigen Grunds**
 - Einzelfalloptik / «Case Law»
 - Von der Rechtsprechung entwickelte Fallgruppen
- **Formell:**
 - Rasche Reaktion ab Kenntnis
 - Nach der Rechtsprechung in der Regel innert zwei bis drei Arbeitstagen



Spezialfragen / Erwägungen des Bundesgerichts

- Fristlose Kündigung im schon gekündigten Arbeitsverhältnis
 - Grundsätzlich zulässig
 - In der Regel aber erhöhte Anforderung an den wichtigen Grund
- Nachschieben von Kündigungsgründen: Kann sich der Kündigende *nach* Aussprechen der fristlosen Kündigung auf neue, *vor* der Kündigung eingetretene, aber noch nicht angeführte Kündigungsgründe berufen?
 - Erfordernis der fehlenden Kenntnis bzw. Kenntnismöglichkeit zum Zeitpunkt der Kündigung?
 - Erfordernis der gleichen oder ähnlichen Art der Kündigungsgründe?
 - Standpunkt des Bundesgerichts / Würdigung
 - Konsequenz im zu entscheidenden Fall

BGE 142 III 579 = BGE 4A_109/2016 vom 11.8.2016, besprochen von Roger Rudolph, in: ZBJV 2019, S. 39 ff. (vorübergehend abrufbar auf der Lehrstuhl-Webseite)