

OW_GERICHTE AbR 1986/87 Nr. 9 vom 26. November 2015

OW Obergericht, 2015-11-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_1986_87_Nr. 9](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_1986_87_Nr._9)

FR: OW_GERICHTE AbR 1986/87 Nr. 9 du 26 novembre 2015

IT: OW_GERICHTE AbR 1986/87 Nr. 9 del 26 novembre 2015

Regeste

AbR 1986/87 Nr. 9, S. 62: Art. 321a OR Die Entfaltung einer einschlägigen wirtschaftlichen Tätigkeit durch den fristlos entlassenen Arbeitnehmer - vorliegend das Versenden von Preislisten an potentielle Kunden - während der Zeitspanne, für

Volltext

AbR 1986/87 Nr. 9, S. 62: Art. 321a OR Die Entfaltung einer einschlägigen wirtschaftlichen Tätigkeit durch den fristlos entlassenen Arbeitnehmer - vorliegend das Versenden von Preislisten an potentielle Kunden - während der Zeitspanne, für welche der Arbeitnehmer Lohnfortzahlung beansprucht, verstösst nicht gegen die Treuepflicht (E. 1c). Art. 337c Abs. 2 OR Kürzung des Lohnfortzahlungsanspruchs. Vorliegend kein Verstoss gegen die Schadensminderungspflicht, doch Anrechnung einer auf wirtschaftlichen Erfolg gerichteten Tätigkeit, auch wenn diese erst zu einem späteren Zeitpunkt fruchtbar gemacht werden kann (E. 2). Urteil des Obergerichts vom 27. Juni 1986 Aus den Erwägungen: 1. c) Nach Auffassung der Arbeitgeberin versties das Versenden von Preislisten an potentielle Kunden durch den Arbeitnehmer gegen die Treuepflicht, auch wenn er damals bereits in gekündigter Stellung war. Solange ein Arbeitnehmer im Dienste des Arbeitgebers ist, ist er gehalten, die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren und hat alles zu unterlassen, was sich damit nicht verträgt (Art. 321 a Abs. 1 OR). Insbesondere darf er den Arbeitgeber nicht konkurrenzieren (Abs. 3). In dem vom Bundesgericht beurteilten und von der Klägerin namhaft gemachten Fall hatte ein Arbeitnehmer während des laufenden Arbeitsverhältnisses versucht, andere Angestellte abzuwerben. Eine Angestellte hätte für den Arbeitnehmer gar schon während der laufenden Vertragsdauer nebenbei und insgeheim Vorbereitungen für das geplante Unternehmen treffen sollen. In diesem Zusammenhang bemerkte das Bundesgericht, dass sich eine solche Handlungsweise selbst dann nicht mit der Treuepflicht hätte vereinbaren lassen, wenn der betreffende Arbeitnehmer sich in gekündigter Stellung befunden hätte (BGE 104 II 30 f.). Im vorliegenden Fall befand sich der Beklagte nicht bloss in gekündigter Stellung, sondern war, nachdem er gekündigt hatte, fristlos entlassen worden. In der Lehre und Rechtsprechung ist die Frage umstritten, ob damit auch das Arbeitsverhältnis und zwar namentlich im Falle der ungerechtfertigten Entlassung beendet ist oder ob damit das Arbeitsverhältnis nur faktisch, aber nicht rechtlich beendet sei (so das Bundesgericht in BGE 103 II, 274; dazu kritisch, Brühwiler, SJZ 1985, 74 ff.). Im ersteren Fall wäre treuwidriges Verhalten selbstredend nicht mehr möglich, da gar kein Vertragsverhältnis mehr bestünde. Nur im zweiten Falle stellt sich die Frage, ob zufolge des rechtlich fortdauernden Verhältnisses die Treuepflicht nach wie vor besteht, indem der Arbeitnehmer, wenn er schon Lohnfortzahlung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist beansprucht, sich eben Handlungen zu enthalten hat, welche den Arbeitgeber schädigen könnten. Auch wenn man sich die letztere Betrachtungsweise zu

eigen macht, kann dem fristlos Entlassenen indessen nicht schlechthin alles verboten werden, was den Arbeitgeber konkurrenzieren könnte. Diesbezüglich ist die Stellung des zu Unrecht fristlos Entlassenen von jener des ordentlich Gekündigten verschieden. Nach Art. 337 c Abs. 2 OR trifft nämlich den entlassenen Arbeitnehmer eine Schadensminderungspflicht. Genau dieser Pflicht könnte er aber im Falle, da er sich wie vorliegend selbständig zu machen gedenkt, kaum nachkommen, wenn ihm die Treuepflicht es beispielsweise verböte, mit potentiellen Kunden Kontakt aufzunehmen. Vielmehr müsste er während der ordentlichen Kündigungsfrist weitgehend in Untätigkeit verharren und die Unterlassung würde ihm dann wieder als Kürzungsgrund entgegengehalten. Jedenfalls lässt sich die in bezug auf konkurrenzierende Handlung strenge Praxis des Bundesgerichtes nicht unbesehen auf den Fall des fristlos Entlassenen übertragen. Der aufgezeigte Konflikt kann nur so gelöst werden, dass Vorbereitungshandlungen, auch wenn sie nach aussen in Erscheinung treten, jedenfalls dann nicht gegen die Treuepflicht verstossen, wenn sie sich im Rahmen dessen halten, was im Hinblick auf die Eröffnung eines eigenen Geschäftes üblich ist. Hinzu kommt ferner, dass der Treuepflicht im Falle einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung, auch wenn das Vertragsverhältnis rein juristisch fort dauert, nicht mehr die Bedeutung zukommt, wie sie sie üblicherweise bei einem bestehenden Verhältnis hat. Unter diesen Gesichtspunkten kann das Versenden von Preislisten an potentielle Kunden nicht als Verstoss gegen die Treuepflicht gewertet werden. Hingegen wird sich die Frage stellen, inwieweit sich der Beklagte auf wirtschaftlichen Erfolg gerichtete Aktivitäten auf den Lohnanspruch anrechnen lassen muss.

2. a) Die ungerechtfertigte fristlose Entlassung vermag nach der vom Bundesgericht vertretenen Auffassung ein Arbeitsverhältnis nur faktisch, nicht aber rechtlich zu beenden. Die Auflösungs erklärung gilt zwar nicht als nichtig, sondern wird in eine Kündigungserklärung auf den nächsten ordentlichen Beendigungstermin umgedeutet. Der Arbeitsvertrag bleibt bis zu diesem Termin weiter in Kraft, und dementsprechend behält der Entlassene für die fort dauernde Vertragszeit auch weiterhin seinen Lohnanspruch (Art. 337c Abs. 1 OR; Brühwiler, a.a.O.). Im vorliegenden Fall braucht die ungerechtfertigte Entlassungserklärung nicht in eine Kündigungserklärung umgedeutet zu werden, da der Beklagte bereits vor der fristlosen Entlassung ordentlich gekündigt hatte. Das hat andererseits zur Folge, dass der Lohnanspruch nur bis zu dem vom Beklagten gesetzten Beendigungstermin besteht. Im übrigen gelangt Art. 337 c OR uneingeschränkt zur Anwendung, denn die Rechtsansprüche des Arbeitnehmers aus Art. 337 c OR entstehen und bestehen allein deswegen, weil der Arbeitnehmer ungerechtfertigterweise fristlos entlassen worden ist. Weitere Voraussetzungen sind nicht erforderlich (Brühwiler, a.a.O.). Insbesondere braucht der Arbeitnehmer seine Dienste nicht bis zum ordentlichen Beendigungstermin anzubieten, nachdem der Arbeitgeber selbst mit seiner Entlassungserklärung unmissverständlich zu erklären gab, dass ihm an solchen Diensten nichts mehr liege.

b) Indessen kann aufgrund von Art. 337 c Abs. 2 OR der Lohnanspruch des Beklagten gekürzt werden. Nach dieser Bestimmung hat er sich nämlich auf den Lohn anrechnen zu lassen, was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat. Im vorliegenden Fall hat das Arbeitsgericht die gutgeheissenen Forderungen des Beklagten bzw. Widerklägers um einen halben Monatslohn reduziert. Dazu führte es namentlich an, dass der Beklagte, hätte er bis Ende Februar 1985 bei der Klägerin gearbeitet, das eigene Geschäft erst später hätte eröffnen können, weil er die entsprechenden Vorbereitungsarbeiten kaum neben seiner Tätigkeit bei der Klägerin hätte erbringen können. Diese Vorteile müsse er sich anrechnen lassen.

Ermessensweise reduzierte das Arbeitsgericht den beklagischen Anspruch um den Betrag eines halben Monatslohns. Der Regelung von Art. 337 c Abs. 2 OR liegt der allgemeine Grundsatz der Schadensminderungspflicht zugrunde, indem der geschädigte Arbeitnehmer anderweitige Verdienstmöglichkeiten nicht absichtlich missachten darf, soweit ihm dies zumutbar ist, wobei die negativen Folgen der Beweislosigkeit grundsätzlich den Arbeitgeber treffen (Art. 8 ZGB; Brühwiler, Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Zürich 1978, N. 7 zu Art. 337 c OR). Nach der Aktenlage erzielte der Beklagte während der Zeit bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist kein Einkommen. Allerdings behauptet er auch nicht, sich beispielsweise erfolglos um eine Arbeitsstelle bemüht zu haben, ja aufgrund der Akten ist sogar anzunehmen, dass er eine entsprechende Anstellung bewusst nicht gesucht hatte, da er beabsichtigte, inskünftig selbständig als Pflasterer zu arbeiten, und in diesem Zusammenhang auch schon gewisse Vorkehren getroffen hatte. Wenn es unter den gegebenen Umständen auch verständlich ist, dass sich der Beklagte nicht nach einer anderen (unselbständigen) Stelle umsah, so entgeht er deswegen doch nicht der Schadensminderungspflicht. Das Bestehen dieser Pflicht kann ja nicht von der Zufälligkeit abhängen, ob ein Arbeitnehmer beabsichtigt, sich nach der Entlassung selbständig zu machen oder nicht. Eine Kürzung müsste er sich allerdings trotzdem dann nicht gefallen lassen, wenn erwiesen wäre, dass er, bei entsprechenden Anstrengungen, beispielsweise wegen der Arbeitsmarktlage ohnehin keine Anstellung gefunden hätte oder wenn es ihm aus persönlichen Gründen nicht zumutbar gewesen wäre, eine mögliche Stelle anzutreten. An den schwierigen und vom Arbeitgeber zu führenden Beweis, dass der Arbeitnehmer bei zumutbarer Anstrengung den Schaden hätte kleiner halten können, dürfen nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden, namentlich dann nicht, wenn allgemein eine starke Nachfrage nach Arbeitskräften besteht (BGE 78 II 444). Diesfalls spräche eine tatsächliche Vermutung dafür, dass der Arbeitnehmer ohne besondere Anstrengungen eine neue Anstellung gefunden hätte. Diesbezüglich macht der Beklagte geltend, dass es ihm während der im Winter 1985 bekanntermassen extremen Temperaturverhältnisse unmöglich war, eine Anstellung als Pflasterer zu finden. Tatsächlich zeigt die Statistik des Biga betreffend sog. wetterbedingte Arbeitsausfälle für die Monate Januar und Februar 1985 folgendes Bild: Betroffen waren in Obwalden im Januar 59 Betriebe mit insgesamt 481 Arbeitnehmern mit einer Gesamtstundenzahl von 39'866; im Februar 43 Betriebe mit 407 Arbeitnehmern mit einer Gesamtstundenzahl von 18'794. Darauf wird auch im Amtsbericht des Regierungsrates für das Jahr 1984/85 eigens hingewiesen. Ausschlaggebend waren die Kaltwetterperiode im Januar und grosse Schneefälle im Februar (a.a.O., 97). Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Beklagten auch bei zumutbaren Anstrengungen bis Ende Februar keine Anstellung als Pflasterer oder in verwandten Branchen (Baugewerbe; Gartenbau usw.) gefunden hätte. Unter diesem Gesichtspunkt müsste er sich daher keine Kürzung gefallen lassen. c) Der Beklagte gibt nun aber zu, dass er ab Februar 1985 an einzelne potentielle Kunden Preislisten verschickte. Damit ist erstellt, dass der Beklagte während der Zeit, da die Klägerin zufolge der ungerechtfertigten Entlassung zur Fortzahlung des Lohnes verpflichtet ist, eine gewisse auf wirtschaftlichen Erfolg gerichtete Tätigkeit entfaltete, die durchaus geeignet war, zu einem späteren Zeitpunkt Früchte zu tragen. Der Umfang dieser Tätigkeit ist nicht einfach festzustellen. Immerhin ist das Verschicken von Preislisten zugegeben. Es dürfte nun aber der allgemeinen Lebenserfahrung entsprechen, dass jemand, der beabsichtigt, in allernächster Zeit ein eigenes Geschäft zu eröffnen, es nicht nur beim Verschicken von Preislisten bewenden lässt. Es mag zwar zutreffen, dass der Beklagte unmittelbar nach Eröffnung des Geschäftes

nur wenige Aufträge hatte und das Geschäft erst im April richtig anzulaufen begann. Doch berührt das diesen Prozess nicht und vermag an der Tatsache nichts zu ändern, dass der Beklagte schon vor Ende Februar eine gewisse auf Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit zu entfalten begonnen hatte. Dies muss er sich aber nach Art. 337 c Abs. 2 OR anrechnen lassen und zwar dessen ungeachtet, dass er diese Tätigkeit möglicherweise erst zu einem späteren Zeitpunkt wirtschaftlich fruchtbar machen konnte. Die vom Arbeitsgericht vorgenommene Kürzung um einen halben Monatslohn wird deshalb als angemessen und vertretbar erachtet. de| fr | it Schlagworte arbeitnehmer beklagter arbeitgeber anrechnung bundesgericht tätigkeit wirtschaft lohnanspruch zumutbarkeit stelle lohnfortzahlung arbeitsgericht kündigungsfrist verstossung frage Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund ZGB: Art.8 OR: Art.321 Art.337 Art.337c SJZ 1985 S.74 Leitentscheide BGE 78-II-441 S.444 104-II-28 S.30 AbR 1986/87 Nr. 9

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