

OW_GERICHTE AbR 2010/11 Nr. 5 vom 4. Oktober 2011

OW Obergericht, 2011-10-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_2010_11 Nr. 5](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_2010_11_Nr._5)

FR: OW_GERICHTE AbR 2010/11 Nr. 5 du 4 octobre 2011

IT: OW_GERICHTE AbR 2010/11 Nr. 5 del 4 ottobre 2011

Regeste

AbR 2010/11 Nr. 5, S. 70: Art. 321a Abs. 1 und Art. 337 OR Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses darf eine Arbeitnehmerin infolge ihrer Treuepflicht keine konkurrenzierende Tätigkeit ausüben. Die Verletzung dieser Treuepflicht berec

Volltext

AbR 2010/11 Nr. 5, S. 70: Art. 321a Abs. 1 und Art. 337 OR Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses darf eine Arbeitnehmerin infolge ihrer Treuepflicht keine konkurrenzierende Tätigkeit ausüben. Die Verletzung dieser Treuepflicht berechtigt zur fristlosen Entlassung. Entscheid des Obergerichts vom 4. Oktober 2011 Aus den Erwägungen: 5. Hauptsächlich beantragt die Klägerin eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung in Höhe des bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist, d.h. bis Ende April 2010 geschuldeten Lohnes. Wurde ein Arbeitnehmer ungerechtfertigt fristlos entlassen, hat er nach Art. 337c Abs. 3 OR einen Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist beendet worden wäre. Zu prüfen ist daher, ob die fristlose Entlassung der Klägerin durch den Beklagten gerechtfertigt war. 5.1 Die Vorinstanz bejahte eine konkurrenzierende Tätigkeit der Klägerin und erachtete die fristlose Kündigung gestützt darauf als gerechtfertigt. Die Klägerin bestreitet die Tätigkeit im Restaurant K. nicht. Sie bringt vor, sie habe diese Arbeitsstelle nur deshalb angenommen, weil der Beklagte den Lohn immer zu spät bezahlt habe und sie nie gewusst habe, wann sie ihren Lohn erhalten werde. Sie habe zusätzlich arbeiten müssen, um ihren Zahlungen nachkommen und Betreibungen vermeiden zu können. Es sei mit dem Beklagten vereinbart gewesen, dass der Lohn immer am 1. des Monats bezahlt werde. Teilweise habe sie den Lohn aber sogar erst im darauffolgenden Monat erhalten. Sie habe den Beklagten auch auf die verspäteten Lohnzahlungen hingewiesen, es habe sich aber nichts geändert. Der Beklagte habe den Lohn immer bar bezahlt und das Datum auf den Lohnabrechnungen habe nie gestimmt. Weiter hält die Klägerin fest, sie habe den Beklagten über ihre andere Arbeitsstelle aufklären wollen, dieser habe aber schon davon gewusst und sei nicht bereit gewesen, mit ihr zu sprechen. Zudem stellt sie sich auf den Standpunkt, kein Konkurrenzverbot verletzt zu haben, da sie mit dem Beklagten gar nie eine entsprechende Konkurrenzvereinbarung getroffen habe. Das Restaurant K. und das Restaurant S. lägen sodann gut 13 Kilometer auseinander und es sei unwahrscheinlich, dass bei dieser Entfernung in beiden Restaurants die gleichen Gäste verkehren würden. Sie habe auch keine Kunden abgeworben. Die angebliche Konkurrenzierung habe dem Beklagten lediglich als Vorwand gedient, um sie fristlos entlassen zu können. 5.2.1 Nach Art. 337 Abs. 1 OR kann jede Partei den Arbeitsvertrag aus wichtigen Gründen fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2).

Unzumutbar ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien derart gestört ist, dass die sofortige und fristlose Auflösung als einziger Ausweg erscheint, d.h. wenn dem Arbeitgeber nicht mehr zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung aufzulösen (vgl. BGE 130 III 213, E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.109/2003 vom 30. Juli 2003, E. 2.1). Eine fristlose Entlassung ist nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Ihre Zulässigkeit darf nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden (BGE 129 III 380, E. 2.1). Die dafür geltend gemachten Vorkommnisse müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zuzumuten ist. Andererseits müssen sie auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (BGE 130 III 213, E. 3.1; 129 III 380, E. 2.1 mit Hinweisen). Ist die ordentliche Kündigung bereits ausgesprochen, sind an eine fristlose Entlassung erhöhte Ansprüche zu stellen (BGE 123 III 86). Ob die dem Arbeitgeber vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.57/2007 vom 15. Mai 2007, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen; vgl. zum Ganzen: Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Zürich 2006, N. 2 ff. zu Art. 337 OR).

5.2.2 Die Ausübung einer konkurrenzierenden Tätigkeit durch einen Arbeitnehmer ist in Lehre und Rechtsprechung allgemein als wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR anerkannt. Ein Arbeitnehmer verletzt die ihm nach Art. 321a Abs. 1 OR obliegende Treupflicht, wenn er in ungekündigter Stellung während der Dauer des Arbeitsverhältnisses konkurrenzierende Tätigkeiten ausübt. Gemäss Art. 321a Abs. 1 OR hat der Arbeitnehmer die berechtigten Interessen des Arbeitgebers zu wahren. Insbesondere hat er alles zu unterlassen, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte, wobei die Möglichkeit einer Schädigung für eine Treupflichtverletzung bereits genügt. Während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses wiegt eine konkurrierende Tätigkeit wegen der Treupflicht gegenüber dem Arbeitgeber schwerer als nach dessen Beendigung, weshalb die Vorschriften der Art. 340 ff. OR, welche unter anderem das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers gewährleisten wollen, nicht sinngemäss angewendet werden können. Eine Konkurrenzierung stellt eine besonders schwere Verfehlung dar, die in der Regel selbst ohne vorgängige Verwarnung zur fristlosen Kündigung berechtigt (vgl. Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 5 zu Art. 337 OR; Wolfgang Portmann, in: Basler Kommentar OR I, Basel 2007, N. 29 zu 337 OR; Urteil des Bundesgerichts 4C.221/2004 vom 26. Juli 2004).

5.2.3 Eine konkurrenzierende Tätigkeit liegt vor, wenn einem ganz oder teilweise übereinstimmenden Kundenkreis gleichartige Leistungen angeboten werden, die unmittelbar gleiche oder ähnliche Kundenbedürfnisse befriedigen. Vorausgesetzt ist, dass die konkurrierenden Betriebe der gleichen Zielgruppe dieselben oder substituierbare Leistungen anbieten, sodass der Abnehmer diese bei beiden Anbietern direkt beziehen kann (vgl. Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 10 zu Art. 321a OR; Portmann, a.a.O., N. 20 zu Art. 321a OR; vgl. zum Konkurrenzverbot: BGE 92 II 26; Manfred Rehbinder, in: Berner Kommentar OR, Bern 1992, N. 2 zu Art. 340 OR; Portmann, a.a.O., N. 6 zu 340 OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 7 und 14 zu Art. 340 OR; Christoph Neeracher, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Bern 2001, 41 ff.).

5.3.1 Es ist erstellt, dass die Klägerin ab Februar 2009, noch während ihrer Anstellung im

Restaurant S. einen Tag in der Woche im Restaurant K. als Serviceangestellte arbeitete. Dies ergibt sich einerseits aus dem von der Klägerin an der Gerichtsverhandlung vor dem Kantonsgericht aufgelegten Arbeitsvertrag. Andererseits bestätigte die Klägerin dies in ihrem Schreiben an den Beklagten vom 5. März 2010 und an der Gerichtsverhandlung vor dem Kantonsgericht selbst.

5.3.2 Zu klären bleibt die Frage, ob die Klägerin ihren ehemaligen Arbeitgeber durch die Tätigkeit im Restaurant K. konkurrenziert hat. Bei den fraglichen Betrieben handelt es sich um zwei Restaurants. Sie sprechen die gleichen Kundenbedürfnisse an und ihre Leistungen sind zumindest teilweise substituierbar. Auch die Voraussetzung des gemeinsamen Kundenkreises ist zu bejahen. Von einem gemeinsamen Kundenkreis ist dann auszugehen, wenn die fraglichen Betriebe ihre Angebote mehrheitlich an dieselben, auch nur potentiellen Abnehmer richten. Die hypothetischen Einzugsgebiete müssen zumindest teilweise übereinstimmen (vgl. Neeracher, a.a.O., 42). Das Restaurant S. liegt in X, das Restaurant K. befindet sich in Y. Die beiden Ortschaften liegen ca. 10 Kilometer auseinander. Es handelt sich dabei nicht um eine grosse Entfernung, die jedenfalls mit dem Auto problemlos und in kurzer Zeit zurückgelegt werden kann. Auch ist anzunehmen, dass es Kunden gibt, die einen solchen Weg auf sich nehmen, um in einem Restaurant essen zu gehen oder etwas zu trinken, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass sich die Einzugsgebiete der beiden Gastronomiebetriebe zumindest teilweise überschneiden. Die beiden Restaurants stehen nach dem Gesagten in einem Konkurrenzverhältnis. Dem Einwand der Klägerin, aufgrund der Entfernung stünden die beiden Restaurants nicht miteinander im Wettbewerb, kann nicht gefolgt werden. Die Klägerin war demnach neben ihrer Beschäftigung im Restaurant S. in einem Konkurrenzbetrieb des Beklagten tätig. Es ist daher mit der Vorinstanz von einer konkurrenzierenden Tätigkeit und damit von einer Treuepflichtverletzung der Klägerin auszugehen.

5.3.3 Die Einwände der Klägerin lassen ebenfalls keinen anderen Schluss zu. Insoweit die Klägerin geltend macht, sie habe kein Konkurrenzverbot verletzt können, da ein solches gar nie vereinbart worden sei, verkennt sie, dass lediglich das nachvertragliche Konkurrenzverbot gemäss Art. 340 OR einer schriftlichen Vereinbarung bedarf. Dass sich ein Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses einer konkurrenzierenden Tätigkeit enthalten muss, ergibt sich, wie dargelegt, aus seiner allgemeinen, in Art. 321a OR statuierten Treuepflicht. Auch der Umstand, dass der Beklagte den Lohn angeblich immer zu spät bezahlte, rechtfertigt die Aufnahme einer konkurrierenden Tätigkeit nicht. Der Klägerin hätten andere Möglichkeiten zur Verfügung gestanden, um gegen eine allfällige Verletzung der Lohnzahlungspflicht des Beklagten vorzugehen. So hat der Arbeitnehmer bei ausstehenden Lohnzahlungen das Recht, die Arbeit zu verweigern (Art. 324 OR analog; vgl. Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 3 zu Art. 324 OR). Sodann hätte die Klägerin bei Vorliegen finanzieller Engpässe bereits früher ihren Arbeitgeber betreiben können. Schliesslich kann die Verletzung einer vertraglichen Pflicht nicht mit einer Pflichtverletzung der anderen Vertragspartei gerechtfertigt werden. Im Übrigen vermag die Klägerin auch gar nicht nachzuweisen, dass sie den Lohn meist zu spät erhielt. Es liegt keine schriftliche Vereinbarung über die Lohnzahlungsmodalitäten vor und die Klägerin hat die Lohnabrechnungen trotz angeblich falscher Datierungen immer unterzeichnet. Auch die von der Klägerin eingereichten schriftlichen Bestätigungen anderer (ehemaliger) Angestellten des Beklagten, sagen nichts darüber aus, ob der Beklagte der Klägerin gegenüber seiner Lohnzahlungspflicht jeweils rechtzeitig nachgekommen ist. Diese äussern sich lediglich in allgemeiner Weise zur schlechten Zahlungsmoral des Beklagten. Da nach dem Gesagten eine Treuepflichtverletzung zu bejahen ist, erübrigt es

sich, im Detail zu prüfen, ob die Klägerin durch die Nebentätigkeit, wegen fehlender Ruhepausen, allenfalls auch ihre Leistungsfähigkeit beeinträchtigte und dadurch ihre Arbeitspflicht verletzte. Angesichts dessen, dass die Klägerin beim Beklagten ein 100 %-Arbeitspensum hatte, ist aber davon auszugehen, dass sie auch dadurch ihre Treuepflicht verletzte, dass sie während ihres arbeitsfreien Tages zusätzlich eine gleichartige Tätigkeit ausübte. 5.4 Das Vorliegen einer konkurrenzierenden Tätigkeit reicht grundsätzlich bereits aus, um die Unzumutbarkeit der Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses zu begründen und eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Eine Verwarnung ist insbesondere dann nicht erforderlich, wenn die Verfehlungen wiederholt und gezielt erfolgten, sodass auch bei einer Abmahnung nicht darauf hätte vertraut werden können, dass die konkurrierende Tätigkeit künftig unterlassen würde (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.221/2004 vom 26. Juli 2004, E. 3.5). Im vorliegenden Fall wurde die Klägerin durch den Beklagten dennoch verwarnt. Mit Schreiben vom 26. Februar 2010 gab er ihr unmissverständlich zu verstehen, dass er mit ihrer Nebenbeschäftigung im Restaurant K. nicht einverstanden war und drohte ihr mit einer fristlosen Kündigung, falls sie weiterhin in einem anderen gastronomischen Betrieb arbeiten werde. Trotz dieser Verwarnung stellte die Klägerin ihre Tätigkeit im Restaurant K. nicht ein und brachte klar zum Ausdruck, dass sie dies auch künftig nicht zu tun beabsichtige. So geht aus dem Kündigungsschreiben des Beklagten vom 3. März 2010 hervor, dass die Klägerin anlässlich des am selben Tag geführten Telefongesprächs bestätigt habe, dass sie ihre Tätigkeit im Restaurant K. nicht aufgeben werde. Auch im Schreiben der Klägerin vom 5. März 2010 wird diese Haltung bestätigt. Insgesamt hat die Klägerin durch die Ausübung einer konkurrierenden Tätigkeit und insbesondere durch Weiterführung dieser Tätigkeit trotz Verwarnung durch ihren Arbeitgeber begründeten Anlass für eine fristlose Entlassung gegeben. Unter diesen Umständen erscheint die fristlose Entlassung auch angesichts der Tatsache, dass sich die Klägerin zu diesem Zeitpunkt bereits in gekündigter Stellung befand, als gerechtfertigt. 6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung durch den Beklagten nach Art. 337 OR gegeben waren. Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses war für ihn aufgrund der konkurrenzierenden Tätigkeit der Klägerin im Restaurant K. nicht mehr zumutbar, die fristlose Kündigung war gerechtfertigt. Ein Anspruch auf eine Entschädigung nach Art. 337c OR besteht folglich nicht. Die Appellation ist abzuweisen. del fr | it Schlagworte tätigkeit beklagter restaurant arbeitnehmer arbeitgeber lohn fristlose kündigung konkurrenzverbot arbeitsvertrag bundesgericht dauer wichtiger grund tag berechtigter lediger Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund OR: Art.319 Art.321a Art.324 Art.337 Art.337c Art.340 Art.362 Weitere Urteile BGer 4C.109/2003 4C.57/2007 4C.221/2004 Leitentscheide BGE 123-III-86 92-II-22 S.26 130-III-213 129-III-380 AbR 2010/11 Nr. 5

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