

Aktuelle Urteile in Kürze – März 2012

Aufhebungsvertrag, üble Nachrede des Arbeitgebers, Konkurrenzverbot und nachvertragliche Treuepflicht, Überlegungsfrist bei der fristlosen Entlassung, Sperrfrist bei Krankheit, Verbindlichkeit einer gesamtvertragliche Regelung für die berufliche Vorsorge bei Allgemeinverbindlicherklärung des GAV

Kann eine Arbeitnehmerin sich von einem Aufhebungsvertrag lossagen? Wann können Aussagen des früheren Arbeitgebers an den neuen oder zukünftigen Arbeitgeber eine üble Nachrede darstellen? Kann ein Konkurrenzverbot gültig vereinbart werden, wenn vor allem die persönlichen Fähigkeiten des Arbeitnehmers für die Kundenbeziehung massgebend sind? Innert welcher Frist muss eine fristlose Kündigung erfolgen? Wann liegt eine Kündigung während der Sperrfrist bei Krankheit vor? Ist der Arbeitgeber an eine gesamtvertragliche Regelung betreffend berufliche Vorsorge gebunden, wenn der GAV allgemein verbindlich erklärt wurde? Aktuelle Urteile geben Aufschluss.

1. Zustandekommen und Gültigkeit von Aufhebungsverträgen

Konfrontiert mit massiven Vorhaltungen seitens ihrer Arbeitgeberin willigte eine Arbeitnehmerin in die sofortige Auflösung des Anstellungsverhältnisses ein beziehungsweise schlug diese allenfalls sogar selber vor. Die Arbeitgeberin bestätigte der Arbeitnehmerin die sofortige Vertragsauflösung im gegenseitigen Einvernehmen gleichentags. Rund sechs Wochen später, am 16. März 2010, widerrief die Arbeitnehmerin den Aufhebungsvertrag und stellte der Arbeitgeberin ihre Arbeitskraft bis Ende April 2010 zur Verfügung. In der Folge forderte sie von der Arbeitgeberin den Lohn bis Ende der ordentlichen Kündigungsfrist. Das Bundesgericht schützte die Klage der Arbeitnehmerin.

Aufhebungsverträge sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig, sofern sie nicht zu einer klaren Umgehung des zwingenden gesetzlichen Kündigungsschutzes führen. Der Vertrag darf zudem kein einseitiger Forderungsverzicht des Arbeitnehmers sein (vgl. Art. 341 OR). Erforderlich ist ein echter Vergleich mit gegenseitigen Zugeständnissen. Dies bedeutet, dass einem Verzicht des Arbeitnehmers auf Vorteile eine ungefähr gleichwertige Gegenleistung des Arbeitgebers gegenüberstehen muss oder der Verzicht jedenfalls durch die Interessen des Arbeitnehmers gerechtfertigt sein muss.

Das Bundesgericht erwog, dass die Arbeitnehmerin einzig unter dem Druck der massiven Vorhaltungen seitens ihrer Arbeitgeberin in eine sofortige Auflösung des Anstellungsverhältnisses eingewilligt beziehungsweise diese allenfalls sogar selber vorgeschlagen hatte. In diesem Moment sei sie sich der Folgen ihres Handelns nicht in allen Teilen bewusst gewesen (insbesondere: Verlust des gesetzlichen Kündigungsschutzes und ihres Lohnanspruchs, Verkürzung eines allfälligen Anspruchs auf Arbeitslosentschädigung). Erst einige Wochen später habe sie die Konsequenzen realisiert, nachdem sie sich rechtlich hatte beraten lassen. Dass sich die Arbeitnehmerin im Moment der Anschuldigungen einzig aus Überforderung mit dem unvorteilhaften Aufhebungsvertrag einverstanden erklärte, habe auch der Arbeitgeberin klar sein müssen. Das sechswöchige Stillschweigen beziehungsweise Nichter-

scheinen am Arbeitsplatz könne der Arbeitnehmerin nicht entgegengehalten werden, da das Einverständnis des Arbeitnehmers zu einer einvernehmlichen Auflösung nicht leichthin, sondern nur dann angenommen werden könne, wenn es sich aus dessen Verhalten unmissverständlich und zweifelsfrei ergibt. Dies sei vorliegend nicht der Fall gewesen.

(Urteil des Bundesgerichts vom 19. Januar 2012, Nr. 4A_563/2011)

2. Üble Nachrede des Arbeitgebers?

Eine Arbeitgeberin kündigte dem Arbeitnehmer, welcher bei ihr als Fachspezialist im Sicherheitsbereich tätig gewesen war. Wenige Tage später erfolgte ein "Hacking"-Angriff auf den Web-Server der Arbeitgeberin, womit sämtliche auf diesem Server angesiedelten Kunden-Webseiten durch ein Kriegsbild ersetzt wurden. In der Folge erstattete die Arbeitgeberin Anzeige gegen den Arbeitnehmer wegen unbefugten Eindringens in ein Datenverarbeitungssystem, Datenbeschädigung ("Hacking") und weiterer Delikte. Im Strafverfahren wurde der Arbeitnehmer von allen Vorwürfen frei gesprochen. Wenige Tage nach Kenntnis dieses Urteils wandte sich die frühere Arbeitgeberin telefonisch an die Personalverantwortliche der neuen Arbeitgeberin des Arbeitnehmers und behauptete, dieser sei ein gefährlicher "Hacker" und vorbestraft. Die neue Arbeitgeberin kündigte darauf das Arbeitsverhältnis, zog die Kündigung später aber nach einem klärenden Gespräch wieder zurück.

Die frühere Arbeitgeberin wurde wegen ihrer Äusserungen gegenüber der Personalverantwortlichen wegen übler Nachrede im Sinne von Art. 173 Abs. 1 StGB verurteilt. Danach wird bestraft, wer jemanden bei einem andern eines unehrenhaften Verhaltens oder anderer Tatsachen, die geeignet sind, seinen Ruf zu schädigen, beschuldigt oder verdächtigt. Eine begründete Veranlassung für die Äusserung der Arbeitgeberin verneinte das Gericht angesichts des Freispruches, obwohl die Arbeitgeberin nach wie vor geltend machte, dass sie der Ansicht sei, der Arbeitnehmer sei Urheber des Hacking-Angriffes gewesen.

(Urteil des Bundesgerichts vom 29. Dezember 2011, Nr. 6B_647/2011)

3. Konkurrenzverbot und Treuepflicht

Die X AG führte Trainings, Seminare und Ausbildungszyklen vor allem im Bereich HR durch. Dafür hatte sie seit 1. März 2000 Y und seit 1. September 2006 Z angestellt. Diese führten Ausbildungen und Kurse in verschiedenen Unternehmungen durch. In den Verträgen war ein Konkurrenzverbot enthalten, welches den Arbeitnehmern nach einem Jahr Anstellung verbot, während zwei Jahren eine konkurrierende Aktivität in der welschen Schweiz und in der Grenzregion von Genf auszuüben. Im Fall der Widerhandlung war eine Konventionalstrafe in der Höhe des Einkommens des letzten Jahres vorgesehen. Mit Schreiben vom 22. Oktober 2007 kündigten Y und Z das Anstellungsverhältnis per 31. Januar 2008. Gespräche mit der X AG auf Weiterführung der Zusammenarbeit in einer anderen Form scheiterten. Y und Z beschlossen daher, ihre Aktivitäten im Bereich der Ausbildung als Selbstständige weiterzuführen und wurden am 8. April 2008 Gesellschafter einer Konkurrenzgesellschaft. Die X AG forderte daraufhin von Y und Z die Konventionalstrafe wegen Verletzung des Konkurrenzverbotes, wobei es um Beträge in der Höhe von Fr. 266'281.75 beziehungsweise Fr. 160'770 ging. Zudem machte X Schadenersatz infolge Treuepflichtverletzung geltend, weil Y und Z ihr Klienten abgeworben habe. Die Arbeitnehmer bestritten die Forderungen und klagten ihrerseits auf Fr. 76'460.-- beziehungsweise Fr. 16'554.20 als Entschädigung für nicht bezogene Ferien. Das Bundesgericht wies die Klagen auf Bezahlung der Konventionalstrafe und Scha-

denersatz wegen der behaupteten Treuepflichtverletzung ab, schützte hingegen die Klagen der Arbeitnehmer.

a) Die abgeschlossenen Konkurrenzverbote waren nach Bundesgericht ungültig. Entscheidend war, dass die Vereinbarung eines Konkurrenzverbots nach Art. 340 Abs. 2 OR voraussetzt, dass der Arbeitnehmer Kenntnis des Kundenkreises oder der Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse hat und dass die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen kann. Das Bundesgericht führte nun aus, dass die Voraussetzung einer erheblichen Schädigungsmöglichkeit infolge Einblicks in den Kundenkreis dann nicht erfüllt ist, wenn die persönlichen Fähigkeiten des Arbeitnehmers für die Beziehung zu den Kunden von entscheidender Bedeutung sind. Der Nachteil für den Arbeitgeber resultiere unter diesen Umständen vielmehr wegen der persönlichen Fähigkeiten des Angestellten und nicht einfach aufgrund des Umstands der Kenntnis des Namens der Klienten. Für die Annahme einer so begründeten Unzulässigkeit einer Konkurrenzverbotsabrede ist erforderlich, dass der Arbeitnehmer eine Leistung erbringt, welche sich durch eine starke persönliche Komponente charakterisiert. Im vorliegenden Fall hatte das Beweisverfahren ergeben, dass die persönlichen Fähigkeiten der Arbeitnehmer Y und Z für den Entscheid der Kunden zu 70 % massgebend waren. Damit war für das Gericht erstellt, dass überwiegend die persönlichen Fähigkeiten der Arbeitnehmer und nicht die blosser Kenntnis der Kundschaft Ursache einer Schädigung des Arbeitgebers sein konnte. Nicht bewiesen war, dass die Arbeitgeberin eine besondere Ausbildungsmethode verwendet oder ihr Material eine besonders wichtige Rolle gespielt hatte.

b) Das Bundesgericht verneinte auch eine Treuepflichtverletzung, welche die Arbeitgeberin geltend gemacht hatte, weil Y und Z den Kunden vor dem Ende der arbeitsvertraglichen Beziehungen angedeutet hatten, dass sie ihre Tätigkeit als Selbstständigerwerbende ausüben würden (Abwerbung). Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass die blosser Kenntnis der Kundschaft kein besonderes Geheimnis im Sinne von Art. 321a Abs. 4 OR darstelle, welches der Arbeitnehmer nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses bewahren müsse. Weiter hielt das Bundesgericht fest, dass die allgemeine Treuepflicht des Arbeitnehmers mit dem Ende des Arbeitsvertrages erlösche und der Arbeitnehmer nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses seine Tätigkeit frei ausüben könne. Somit dürfen Arbeitnehmer nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses den Kunden die selbstständige Tätigkeit anzeigen. Zur Treuepflicht während des Arbeitsverhältnisses führte das Bundesgericht aus, es sei grundsätzlich zulässig, dass ein Arbeitnehmer vor Ende des Arbeitsverhältnisses Vorbereitungs-handlungen für eine selbstständige Tätigkeit treffe. Die Treuepflicht verbiete dem Arbeitnehmer aber, während der Dauer des Arbeitsverhältnisses mit der konkurrierenden Tätigkeit zu beginnen oder Kunden oder Angestellte abzuwerben. Die Grenze zwischen zulässigen Vorbereitungs-handlungen und dem Abwerben der Kundschaft sei allerdings nicht immer leicht zu ziehen. Im vorliegenden Fall konnten keine unzulässigen Vorbereitungs-handlungen während des Arbeitsverhältnisses bewiesen werden. Ob die Aussage eines Arbeitnehmers gegenüber einem Kunden, dieser könne die vertraglichen Beziehungen mit der Arbeitgeberin weiterführen oder ihm in die neue Struktur folgen, eine Treuepflichtverletzung darstellte, liess das Bundesgericht offen. Es hielt fest, dass die Klage der Arbeitgeberin jedenfalls am Schadensnachweis scheitere, selbst wenn man eine Treuepflichtverletzung annehmen wollte. Da eine solche Äusserung der früheren Arbeitnehmer nach dem Ende der arbeitsvertraglichen Beziehungen infolge des Erlöschens der Treuepflicht zulässig sei, hätte die Arbeitgeberin nachweisen müssen, dass ihr ein Schaden eingetreten sei, weil die Erklärung der Arbeitnehmer vor dem 31. Januar 2008 statt nach diesem Zeitpunkt erfolgt sei.

(Bundesgericht, Urteil vom 10. Januar 2012 Nr. 4A 489/2011)

4. Innert welcher Frist muss die fristlose Entlassung ausgesprochen werden?

In einem Urteil betreffend fristlose Entlassung im öffentlichen Dienstrecht äusserte sich das Bundesgericht auch zur Rechtzeitigkeit der fristlosen Entlassung gemäss Art 337 OR in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen. Die wichtigsten Grundsätze lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Grundsätzlich ist die fristlose Kündigung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes *sofort auszusprechen*. Dies folgt aus dem Wesen des wichtigen Grundes, andernfalls ist anzunehmen, das Einhalten der ordentlichen Kündigungsfrist sei für den Kündigenden subjektiv zumutbar und das Recht auf eine sofortige Vertragsauflösung ist verwirklicht.
- Innert welcher Frist dem Berechtigten billigerweise ein Entschluss darüber zuzumuten ist, ob er von seinem Recht zur fristlosen Aufhebung des Vertrags Gebrauch machen will, ist nach den Umständen des konkreten Falles zu entscheiden. In der Regel wird eine Überlegungsfrist von *zwei bis drei Arbeitstagen* zum Nachdenken und Einholen von Rechtsauskünften als angemessen angesehen.
- Eine längere Reaktionszeit ist nur zulässig, wenn diese mit Rücksicht auf die praktischen Erfordernisse des Alltags- und Wirtschaftslebens als verständlich und berechtigt erscheint. Eine Verlängerung von einigen Tagen bis etwa einer Woche ist etwa dann zulässig, wenn bei einer juristischen Person die Entscheidungskompetenz einem mehrköpfigen Gremium zusteht und die Willensbildung daher aufwendiger ist oder wenn Arbeitnehmervertreter anzuhören sind. Ferienabwesenheiten sind hingegen jedenfalls bei grösseren Unternehmen kein Grund für Verzögerungen – gemäss Rechtsprechung wird erwartet, dass sich ein Unternehmen so organisiert, dass wesentliche Entscheidungen auch bei Ferienabwesenheit des Geschäftsführers gefällt werden können, insbesondere wenn von vornherein mit solchen Entscheiden gerechnet werden muss.
- Müssen zuerst Abklärungen getroffen werden (welche umgehend an die Hand zu nehmen sind) und geht es bei der Abklärung darum, zuerst das Ausmass der Verfehlung abschätzen zu können, so beginnt die Überlegungsfrist erst nach Ablauf der Abklärungsfrist. Eine sofortige Entscheidung nach der Abklärung muss jedoch erfolgen, wenn der Vorwurf an den Arbeitnehmer klar ist und der Arbeitgeber sich schon bei der Abklärung des Sachverhalts überlegen kann, wie er reagieren will.

(Urteil des Bundesgerichts vom 29. Dezember 2011, Nr. 8C 294/2011)

5. Verletzung der Sperrfrist bei Krankheit?

Ein Arbeitnehmer war seit 1. Januar 1978 bei der Arbeitgeberin in der Funktion als Direktor tätig. Bereits in den letzten Monaten des Jahres 2005 konnte er aufgrund eines gesundheitlichen Leidens seine Erwerbstätigkeit nicht ausüben. In der Zeit vom 6. Januar bis 1. März 2006 war er überdies infolge Bestrahlungen zur Behandlung eines Prostatakarzinoms arbeitsunfähig. Am 9. März 2006 nahm er die Arbeit wieder auf, wobei er sich an sämtliche Vorstandsmitglieder und Mitgliederverbände der Arbeitgeberin wandte mit der Mitteilung, er sei vollständig genesen, weshalb er "die administrative und wirtschaftspolitische Leitung (...) wieder vollumfänglich übernommen" habe. Mit Schreiben vom 17. März 2006 kündigte die

Arbeitgeberin auf den 31. Dezember 2006. Als Grund gab sie in der späteren schriftlichen Kündigungsbegründung nebst dem fehlenden Vertrauensverhältnis zwischen Direktor, leitendem Ausschuss und Vorstand den schlechten Gesundheitszustand des Arbeitnehmers als Kündigungsgrund an. Es sei dem Arbeitnehmer nach der Rückkehr an den Arbeitsplatz - trotz anderslautenden Zusicherungen - nicht möglich gewesen, seine Arbeit mit jenem Einsatz auszuführen, den die anspruchsvolle Aufgabe erfordere. Streitig war, ob die Kündigung während der Arbeitsunfähigkeit des Direktors erfolgte und somit infolge der Sperrfrist ungültig war.

Das Bundesgericht erachtete es nicht als willkürlich, in letzterer Formulierung nicht ohne weiteres eine Anerkennung einer teilweisen oder vollen Arbeitsunfähigkeit zu sehen. Die Textstelle könne auch so verstanden werden, dass die Arbeitgeberin dem Direktor mit Blick auf dessen Gesundheitszustand die grosse Motivation und übermässige Einsatzbereitschaft absprach, um die Unternehmung weiterhin erfolgreich zu führen. Dies sei aber nicht mit der Verneinung einer ganzen Arbeitsfähigkeit gleichzusetzen. Es sei gerechtfertigt, von der Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers auszugehen, weshalb keine Sperrfrist während Krankheit bestanden habe und die Kündigung gültig gewesen sei.

(Urteil des Bundesgerichts vom 19.01.2012 Nr. 4A 306/2011)

6. Anschluss an die Berufliche Vorsorge?

Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV), die GBI Gewerkschaft Bau & Industrie (heute: Unia) sowie die Gewerkschaft SYNA schlossen am 12. November 2002 einen Gesamtarbeitsvertrag für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR), mit dessen Vollzug die Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (Stiftung FAR) beauftragt ist. Durch Beschluss des Bundesrates vom 5. Juni 2003 wurde der GAV FAR teilweise allgemeinverbindlich erklärt. Ein Arbeitgeber führte bis 6. April 2010 als Einzelunternehmer eine Bauunternehmung, ohne dem SBV angeschlossen zu sein. Er anerkannte seine Beitragspflicht für die Zeit ab 1. Juli 2003 bis 31. Oktober 2007 nicht. Die Stiftung klagte gegen ihn auf Bezahlung einmaliger Eintrittsbeiträge sowie auf Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge nebst Zins.

Das Bundesgericht hielt fest, dass der Kreis der Abgabepflichtigen im Falle der Allgemeinverbindlicherklärung genügend bestimmt sei (Art. 2 Ziff. 3 AVEG) und eine gesetzliche Bezeichnung potentiell betroffener Wirtschaftszweige weder sinnvoll noch erforderlich sei. Die vom Arbeitgeber geschuldeten Beiträge an die Stiftung FAR seien ohne weiteres zulässiger Gegenstand von Allgemeinverbindlicherklärungen (Art. 1 Abs. 2 AVEG in Verbindung mit Art. 357b Abs. 1 lit. b OR). Die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV sei eine Regelung mit Rechtsetzungscharakter (Art. 4 AVEG) und werde im Bundesblatt publiziert und somit wie ein Gesetz als bekannt vorausgesetzt. Nach Bundesgericht ergibt sich die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Anmeldung und Bezahlung von Beiträgen an die Stiftung FAR somit unmittelbar aus der Allgemeinverbindlicherklärung.

(Urteil des Bundesgerichts vom 26. Januar 2012, Nr. 9C_347/2011)