

# Der Stellenwechsel, eine Quelle von Ärgernissen

Angela Hensch, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Rechtsanwältin in St. Gallen

*Die Phase des Stellenwechsels ist für arbeitsrechtliche Meinungsverschiedenheiten besonders anfällig. Häufig geht es um Treuepflichtverletzungen durch den Arbeitnehmer. Konflikte können sich aber auch im Zusammenhang mit der für die Stellensuche benötigten Zeit, den Auskünften im Bewerbungsverfahren, dem Arbeitszeugnis und den Referenzauskünften sowie der Kommunikation über den Austritt ergeben. Will der Arbeitnehmer gegen den Willen der bisherigen Arbeitgeberin bereits vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses die neue Stelle antreten, sind Interessenabwägungen nötig. Schliesslich stellen sich im Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes überall dort Fragen, wo die zwingenden Arbeitszeitsvorschriften mit Kalenderjahroptik Maximalgrenzen vorschreiben.*

*Le changement d'emploi donne lieu à de nombreuses divergences d'opinion. Il s'agit souvent de violations de l'obligation de fidélité par l'employé. Mais des différends peuvent aussi surgir quant au temps nécessaire à la recherche d'un nouvel emploi, aux informations à communiquer dans le processus de recrutement, au certificat, aux autres renseignements fournis par l'employeur, ainsi qu'à la communication sur le départ du salarié. Si l'employé veut entrer en service chez un nouvel employeur avant la fin du délai de congé, contre la volonté de l'employeur précédent, il convient de peser les intérêts des parties. Se posent aussi des questions sur l'application des dispositions impératives de la loi fédérale sur le travail fixant des limites maximales annuelles.*

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Treuepflicht beim Stellenwechsel
  - 1. Allgemeines
  - 2. Konkurrenz- und Abwerbeverbot während des Arbeitsverhältnisses
  - 3. Geheimhaltungspflicht
  - 4. Herausgabepflicht
  - 5. Parteivereinbarung
  - 6. Arbeitsrechtliche Sanktionen bei Treuepflichtverletzungen
  - 7. Strafrechtliche Sanktionen
  - 8. Lauterkeitsrechtliche Sanktionen
  - 9. Weitere gesetzliche und vertragliche Schranken
- III. Ausserordentliche Freizeit für die Stellensuche
  - 1. Arbeitsbefreiungsanspruch
  - 2. Lohnanspruch
  - 3. Kompensationspflicht
  - 4. Missbrauch durch den Arbeitnehmer
- IV. Vertragsanbahnung
  - 1. Geheimhaltung
  - 2. Wahrheitswidrige oder unterlassene Angaben
- V. Arbeitszeugnis und Referenzauskünfte
  - 1. Arbeitszeugnis
  - 2. Referenzauskünfte
- VI. Kommunikation durch die bisherige Arbeitgeberin
- VII. Vorzeitiger Stellenantritt
  - 1. Stellenantritt während der Freistellung
  - 2. Stellenantritt während des Ferienbezugs
  - 3. Stellenantritt während der Mehrstundenkompensation
  - 4. Vertragsbruch
- VIII. Arbeitsgesetzliche Maximalgrenzen pro Kalenderjahr
  - 1. 60-Stunden-Sockel
  - 2. Übrige Maximalgrenzen
- IX. Fazit

## I. Einleitung

Im Hinblick auf einen Stellenwechsel können sich besondere arbeitsrechtliche Problemfelder auftun. Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen bilden ausgewählte Konstellationen, die sich im Zusammenhang mit einer Neuansetzung ergeben können und an denen der Arbeitnehmer und die bisherige und (potentielle) zukünftige Arbeitgeberin direkt oder indirekt beteiligt sind. Ärgernisse entstehen dann, wenn die Beteiligten Pflichtverletzungen begehen oder wenn ihre Interessen nicht gleichgelagert sind. In zeitlicher Hinsicht liegt der Fokus auf Sachverhalten, die sich in der Phase der beruflichen Neuorientierung bis zum Antritt einer neuen Stelle, also im Umfeld einer Kündigung, einer Aufhebungsvereinbarung oder gegen Ende eines befristeten Arbeitsvertrags, zutragen.

Lediglich hingewiesen wird auf Streitigkeiten, die nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der bisherigen Arbeitgeberin entstehen können, ihren Ursprung aber im Stellenwechsel haben (wie bspw. die Durchsetzung von nachvertraglichen Konkurrenzverboten und Geheimhaltungsverpflichtungen oder die Verletzung von Immaterialgüterrechten) und auf straf- und lauterkeitsrechtliche Aspekte. Nicht behandelt werden Beendigungsstreitigkeiten ohne rechtlich relevanten Kontext zu einer Neuansetzung (wie bspw. Ansprüche aus Kündigungsschutz, auf Boni oder Mehrstundenentschädigungen).

## II. Treuepflicht beim Stellenwechsel

Im Zusammenhang mit dem Stellenwechsel weitaus am häufigsten stellen sich Rechtsfragen rund um die Treuepflicht des Arbeitnehmers.

### 1. Allgemeines

Das Arbeitsverhältnis erschöpft sich nicht im Austausch von Arbeit gegen Geld, sondern begründet auch eine persönliche Beziehung zwischen den Vertragsparteien. Seitens des Arbeitnehmers bedeutet dies, dass er die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin in guten Treuen zu wahren hat (Art. 321a Abs. 1 OR). Die Interessenwahrungspflicht des Arbeitnehmers setzt einen unmittelbaren Zusammen-

hang mit dem Arbeitsverhältnis voraus und besteht nur insoweit, wie es zur Erreichung und Sicherung des Arbeitserfolgs nötig ist<sup>1</sup>. Inhalt und Umfang der Treuepflicht hängen somit von der konkreten Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses ab, das heisst von der Funktion des Arbeitnehmers, den zu erfüllenden Aufgaben, den betrieblichen Verhältnissen und der branchenspezifischen Ausprägung<sup>2</sup>. Sie wird durch die überwiegenden berechtigten Eigeninteressen des Arbeitnehmers beschränkt, weshalb der konkrete Inhalt immer auch das Ergebnis einer Interessenabwägung ist<sup>3</sup>. Es handelt sich primär um eine Unterlassungspflicht, indem insbesondere alles zu unterlassen ist, was die Arbeitgeberin wirtschaftlich schädigen könnte, kann aber in bestimmten Fällen auch zum Handeln (bspw. zur Mitteilung oder Herausgabe) zwingen<sup>4</sup>. In zeitlicher Hinsicht erlischt die Treuepflicht mangels anderslautender gesetzlicher Vorschrift mit der Beendigung des Arbeitsvertrags<sup>5</sup>. Bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitnehmer weiterhin an die Treuepflicht gebunden, auch wenn er neue berufliche Pläne verfolgt.

Meistens müssen die aus der Treuepflicht fliessenden Verpflichtungen aus der allgemeinen Interessenwahr-

<sup>1</sup> Thomas Geiser, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Bern 1983, 57; Thomas Geiser/Roland Müller, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. A., Bern 2015, Rz 349; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321a N 2, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015; Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, Bd. V/2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, 4. A., Zürich 2006 (zit. ZK-Staehelin), Art. 321a OR N 12; Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. Prakomm-Streiff/Von Kaenel/Rudolph), Art. 321a OR N 2.

<sup>2</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 321a N 14; Prakomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 321a OR N 2.

<sup>3</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 321a N 17; Wolfgang Portmann/Jean-Fritz Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A., Zürich/St. Gallen 2013, Rz. 361; Manfred Rehbinder/Jean-Fritz Stöckli, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330b OR, Bd. VI/2/2/1, Bern 2010 (zit. BK-Rehbinder/Stöckli), Art. 321a OR N 9; ZK-Staehelin (FN 1), Art. 321a OR N 8; Prakomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 321a OR N 2.

<sup>4</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 321a N 2 ff.; BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 321a OR N 9 f.; ZK-Staehelin (FN 1), Art. 321a OR N 10 ff.; Prakomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 321a OR N 2.

<sup>5</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 321a N 2; ZK-Staehelin (FN 1), Art. 321a OR N 30 f.; Prakomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 321a OR N 2; BGE 138 III 67 E. 2.3.3, in Pra 2012, Nr. 76.

rungspflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a Abs. 1 OR) abgeleitet werden. Einige Aspekte der Treuepflicht hat der Gesetzgeber jedoch konkretisiert, so die vorliegend interessierende Pflicht zur Unterlassung von Schwarzarbeit (Art. 321a Abs. 3 OR), die Pflicht zur Geheimhaltung, namentlich des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses (Art. 321a Abs. 4 OR), die Herausgabepflicht (Art. 321b OR und Art. 339a Abs. 1 OR) und das Konkurrenzverbot des Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten (Art. 464 OR).

Weil die Bestimmungen zur Treuepflicht (mit Ausnahme von Art. 339a Abs. 1 OR) dispositiven Charakter haben, ist im Rahmen von Art. 27 Abs. 2 ZGB, Art. 328 Abs. 1 OR und Art. 340 ff. OR eine Ausdehnung, Konkretisierung oder Beschränkung durch Vereinbarung im Einzel- oder Gesamtarbeitsvertrag möglich<sup>6</sup>.

## 2. Konkurrenz- und Abwerbverbot während des Arbeitsverhältnisses

### a) Ende des Arbeitsverhältnisses als feste Grenze

Das Ende des Arbeitsverhältnisses markiert eine feste Grenze: Alle konkurrenzierenden oder abwerbenden Handlungen vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses sind nach Art. 321a OR zu beurteilen, alle danach nach Art. 340 ff. OR<sup>7</sup>.

Ist der Arbeitnehmer während des bestehenden Arbeitsverhältnisses bereits für seine zukünftige Arbeitgeberin konkurrenzierend tätig oder wirbt er im Hinblick auf seine neue Anstellung seiner alten Arbeitgeberin Kunden, Lieferanten oder Mitarbeiter ab,

verletzt er nach einhelliger Auffassung seine Treuepflicht<sup>8</sup>.

Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist die Erwerbstätigkeit des Arbeitnehmers – vorbehaltlich eines gültigen nachvertraglichen Konkurrenzverbots, der Beachtung der nachvertraglichen arbeits- und strafrechtlichen Geheimhaltungspflichten sowie der lauterkeitsrechtlichen Schranken – grundsätzlich uneingeschränkt möglich; der Arbeitnehmer darf seine ehemalige Arbeitgeberin konkurrenzieren und deren Kunden<sup>9</sup>, Mitarbeiter und Lieferanten<sup>10</sup> abwerben<sup>11</sup>. Dies gilt selbst dann, wenn die bisherige Arbeitgeberin durch die Handlungen des ehemaligen Arbeitnehmers wirtschaftlich geschädigt wird<sup>12</sup>.

### b) Konkurrenzverbot

Der Arbeitnehmer darf die Arbeitgeberin während des Arbeitsverhältnisses nicht konkurrenzieren, sei dies entgeltlich oder unentgeltlich (Art. 321a Abs. 1 und 3 OR, für Prokuristen und Handlungsbevollmächt-

<sup>6</sup> KUKO OR-*Jung*, Art. 464 N 3, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR, Basel 2014; KUKO OR-*Pietruszak*, Art. 321a N 33, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR, Basel 2014 (zit. KUKO OR-*Pietruszak*); BSK OR I-*Portmann/Rudolph* (FN 1), Art. 321a N 20; ZK-*Stahelin* (FN 1), Art. 321a OR N 9, Art. 321b OR N 9; PraKomm-*Streiff/von Kaenel/Rudolph* (FN 1), Art. 321a OR N 6, Art. 321b OR N 9; BGE 138 III 67 E. 2.3, in Pra 2012, Nr. 76; BGE 117 II 72 E. 4.

<sup>7</sup> AGER ZH, AG130004, 1.9.2014, in: Entscheide Arbeitsgericht Zürich 2014, Nr. 2.

<sup>8</sup> BSK OR I-*Portmann/Rudolph* (FN 1), Art. 321a N 6; *Roger Rudolph*, Kontakte zu Kunden des alten Arbeitgebers nach einem Stellenwechsel – Eine rechtliche Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung der Eigenheiten der Finanzbranche, ARV 2009, 93 ff., 96; BGE 138 III 67 E. 2.3.5, in: Pra 2012, Nr. 76; AGER ZH, AG130004, 1.9.2014, in: Entscheide Arbeitsgericht Zürich 2014, Nr. 2; OGER OW, 4.10.2011, E. 5.2.2, in: AbR 2010/11, Nr. 5, 70 ff.; AGER ZH, AG010051, 2.5.2002, in: Entscheide Arbeitsgericht Zürich 2002, Nr. 1.

<sup>9</sup> AGER ZH, AN050850, 22.5.2007, in: Entscheide Arbeitsgericht Zürich 2007, Nr. 3; ausführlich zur umstrittenen Frage der Zulässigkeit der Kundenabwerbung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses *Rudolph* (FN 8), 99 f.

<sup>10</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf die Mitarbeiterabwerbung, da dem Nachfragemarkt zugehörend, nicht durch ein nachvertragliches Konkurrenzverbot beschränkt werden, BGE 130 III 353 E. 2.1.2. A.M. *Markus Frick*, Abwerbung von Personal und Kunden, Bern 2000, 82 f. Auch das Abwerbverbot von Lieferanten kann nicht gültig vereinbart werden, PraKomm-*Streiff/von Kaenel/Rudolph* (FN 1), Art. 340 OR N 7.

<sup>11</sup> *Denis G. Humbert*, Ausgewählte Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Abwerbung von Arbeitnehmern und Kunden, Anwaltsrevue 2017, 9, 13; BGE 138 III 67 E. 2.3.3, in Pra 2012, Nr. 76; BGE 117 II 72 E. 4; AGER ZH, AN120058, 13.11.2013, in: Entscheide Arbeitsgericht Zürich 2013, Nr. 2.

<sup>12</sup> *Wolfgang Portmann*, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2012, ZBJV 2014, 975 ff., 985.

tigte zusätzlich Art. 464 OR)<sup>13</sup>. Ein Konkurrenzverhältnis liegt vor, wenn bei ganz oder teilweise übereinstimmendem Nachfragemarkt gleiche oder gleichartige Leistungen angeboten und damit unmittelbar das gleiche Bedürfnis befriedigt wird<sup>14</sup>. Nicht erforderlich ist, dass die konkurrenzierende Tätigkeit eine konkrete Schädigung der Arbeitgeberin bewirkt; die Möglichkeit einer Schädigung genügt für die Annahme einer Treupflichtverletzung<sup>15</sup>.

Falls die konkreten Umstände nicht dagegen sprechen, weil eine wesentliche Interessenkollision vorliegt, muss die Arbeitgeberin bei Teilzeitarbeitnehmern, das heisst Arbeitnehmern mit gegenüber dem betriebsüblichen Mass verkürzter Arbeitszeit<sup>16</sup>, mit anderweitigen, auch konkurrenzierenden Tätigkeiten des Arbeitnehmers rechnen<sup>17</sup>. Arbeitet der Arbeitnehmer in Teilzeit, ist das Verbot einer konkurrenzierenden anderen Tätigkeit deshalb grundsätzlich nicht anwendbar<sup>18</sup>. Der Teilzeitarbeitnehmer darf also bspw. nach erfolgter Kündigung ausserhalb der der bisherigen Arbeitgeberin geschuldeten Arbeitsleistung bei der neuen Arbeitgeberin eine konkurrenzierende Tätigkeit aufnehmen.

### c) Abwerbeverbot

Während des bestehenden Arbeitsverhältnisses mit der Treupflicht nicht vereinbar sind Abwerbhandlungen gegenüber Kunden, Mitarbeitern und Lieferanten (Art. 321a Abs. 1 OR)<sup>19</sup>. Eine Abwerbhandlung liegt vor, wenn auf einen vertraglich gebundenen Dritten Einfluss genommen wird, mit dem Ziel, diesen Dritten zur Beendigung seines bestehenden Vertrags und zum Abschluss eines neuen Vertrags mit dem Abwerbenden selbst oder einem Dritten zu veranlassen<sup>20</sup>.

#### aa) Kundenabwerbeverbot

Wirbt der Arbeitnehmer während laufendem Arbeitsverhältnis Kunden seiner Arbeitgeberin ab, liegt eine Treupflichtverletzung vor und zwar unabhängig davon, ob er im gekündigten oder ungekündigten Arbeitsverhältnis steht oder freigestellt ist<sup>21</sup>. Auch wenn man der herrschenden Meinung folgt, wonach nach erfolgter Kündigung bzw. Freistellung die Treupflicht eine Lockerung erfährt, muss für den Aspekt der Kundenabwerbung von einem umfassenden Verbotsumfang ausgegangen werden<sup>22</sup>. Eine Treupflichtverletzung liegt auch vor, wenn die Abwerbung Kunden betrifft, die vom Arbeitnehmer unentgeltlich eingebracht wurden<sup>23</sup>.

Nicht immer einfach zu beantworten ist die Frage, welche Kundenkontakte als treuwidrige Abwerbhandlungen zu betrachten sind. Zu beachten ist, dass blossere Vorbereitungshandlungen im Hinblick auf eine konkurrenzierende Tätigkeit nach Beendigung

<sup>13</sup> BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 321a OR N 5, 12; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 321a OR N 11; BGE 138 III 67 E. 2.3.5, in: Pra 2012, Nr. 76; BGer, 4C.221/2004, 26.7.2004, E. 3; OGer OW, 4.10.2011, E. 5.2.2, in: AbR 2010/11, Nr. 5, 70 ff.; AGer ZH, AN070860, 17.12.2009, in: Entscheide Arbeitsgericht Zürich 2009, Nr. 1; OGer LU, 7.4.1998, in: JAR 2000, 247 ff., 252.

<sup>14</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 321a N 20; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 321a OR N 10; BGer, 18.12.1996, in: JAR 1997, 182 ff., 184.

<sup>15</sup> ZK-Staehelin (FN 1), Art. 321a OR N 39; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 321a OR N 10; BGer 4C.221/2004, 26.7.2004, in: JAR 2005, 240 ff., 243.

<sup>16</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 321 N 17.

<sup>17</sup> CHK OR-Emmel, Art. 321a N 7, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2, 3. A., Zürich 2016; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 321a OR N 10.

<sup>18</sup> CHK OR-Emmel (FN 17), Art. 321a N 7; BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 321a N 20; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 321a OR N 10; a.M. KUKO OR-Pietruszak (FN 6), Art. 321a N 22 und Jean-Fritz Stöckli, Rechtsfragen der Mehrfachbeschäftigung des Arbeitnehmers, SJZ 87/1991, 254 ff., 258, die das Konkurrenzverbot auch bei Teilzeitarbeitnehmern uneingeschränkt anwenden, und BGer, 5.12.1995, in: JAR 1996, 111.

<sup>19</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 321a N 6, 20; Rudolph (FN 8), 96; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 321a OR N 4; BGE 138 III 67 E. 2.3.5, in: Pra 2012, Nr. 76.

<sup>20</sup> Frick (FN 10), 2 f.; Rudolph (FN 8), 96. Für Humbert ist die Begriffsbeschreibung zu eng und er will auch die nicht vertraglich gebundenen Dritten einbeziehen, Humbert (FN 11), 9 f.

<sup>21</sup> Rudolph (FN 8), 96; BGer, 4A\_611/2011, 3.1.2012, E. 4.3; AGer ZH, AN030262, 17.4.2003, in: Entscheide Arbeitsgericht Zürich 2003, Nr. 1.

<sup>22</sup> Alfred Blesi, Die Freistellung des Arbeitnehmers, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2010, Rz 412 ff.; BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 321a N 6; Rudolph (FN 8), 96.

<sup>23</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 321a N 6; a.M. KGer SG, 31.3.2009, in: JAR 2010, 565 ff., 569 f.

des Arbeitsverhältnisses zulässig sind<sup>24</sup>. Auch dürfen in der Regel private Kontakte des Arbeitnehmers zu persönlich betreuten Kunden aus persönlichkeitsrechtlichen Gründen zulässig sein, da die Treuepflicht ihre Grenze an den überwiegenden berechtigten Eigeninteressen des Arbeitnehmers findet<sup>25</sup>.

Demgegenüber ist ein Treuebruch zu bejahen, wenn der Kundenkontakt direkt darauf abzielt, den Kunden zugunsten der zukünftigen Arbeitgeberin, die mit der bisherigen Arbeitgeberin in einem Konkurrenzverhältnis steht, abzuwerben<sup>26</sup>. Dies ist etwa dann gegeben, wenn der Arbeitnehmer die Produkte oder Dienstleistungen der zukünftigen Arbeitgeberin anpreist<sup>27</sup>.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob es bereits treuwidrig ist, wenn der Arbeitnehmer den Kunden den bevorstehenden Wechsel zur zukünftigen Arbeitgeberin bekannt gibt<sup>28</sup>. Nach erfolgter Kündigung wird die blosser Orientierung der vom Arbeitnehmer persönlich betreuten Kunden über sein Ausscheiden von Lehre und Rechtsprechung als zulässig erachtet<sup>29</sup>. Auf ausdrückliches Nachfragen der Kunden hin, ist auch die Nennung der neuen Arbeitgeberin in der Regel zulässig<sup>30</sup>. Darüber hinausgehende Handlungen dürften jedoch mit der Treuepflicht nicht vereinbar und deshalb unzulässig sein<sup>31</sup>. Trotz dieser sich abzeichnenden Tendenzen ist im Einzelfall eine die konkreten Umstände berücksichtigende Interessenabwägung unumgänglich<sup>32</sup>.

Während des Arbeitsverhältnisses liegt es im Rahmen des Weisungsrechts der Arbeitgeberin, den (allenfalls auch freigestellten) Arbeitnehmer zu verpflichten, Kunden an sie zu verweisen, falls sie direkt an ihn gelangen.

#### bb) Mitarbeiterabwerbverbot

Wirbt der Arbeitnehmer während des bestehenden Arbeitsverhältnisses Mitarbeiter seiner Arbeitgeberin zugunsten der zukünftigen Arbeitgeberin ab, indem er bspw. deren Kündigung fördert, verletzt er seine Treuepflicht<sup>33</sup>.

#### d) Vorbereitungshandlungen

Grundsätzlich darf der Arbeitnehmer während der Dauer seines Arbeitsverhältnisses seine künftige Tätigkeit vorbereiten<sup>34</sup>. Auch die Suche nach einer neuen Stelle erfordert es ja nicht, dass das bisherige Arbeitsverhältnis beendet oder nur schon gekündigt ist. Dies gilt selbst dann, wenn er Vorbereitungshandlungen für eine konkurrenzierende Tätigkeit trifft und ein gültiges nachvertragliches Konkurrenzverbot vereinbart wurde<sup>35</sup>. Die Treuepflicht setzt allerdings solchen Vorbereitungshandlungen Grenzen. Der Arbeitnehmer muss sich während der Dauer des Arbeitsverhältnisses jeder Aktivität enthalten, die seiner Arbeitgeberin wirtschaftlich schaden könnte<sup>36</sup>. Vorbereitungshandlungen für eine konkurrenzierende Tätigkeit sind nur zulässig, solange nicht mit der konkurrenzierenden Tätigkeit oder dem Abwerben von Kunden, Mitarbeitern und Lieferanten begonnen wird<sup>37</sup>.

Während des Arbeitsverhältnisses dürfen selbst zulässige Vorbereitungsarbeiten die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers nicht herabsetzen, sodass darunter die ordnungsgemässe Erfüllung seiner Aufgaben leidet und er seine Arbeitspflicht verletzt<sup>38</sup>. Auch darf der Arbeitnehmer solche Arbeiten nicht während der

<sup>24</sup> Unten II.2.d); *Rudolph* (FN 8), 97.

<sup>25</sup> Oben II.1; *Rudolph* (FN 8), 97.

<sup>26</sup> *Rudolph* (FN 8), 97.

<sup>27</sup> *Rudolph* (FN 8), 97.

<sup>28</sup> *Humbert* (FN 11), 12; *Rudolph* (FN 8), 97 f.; *PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph* (FN 1), Art. 321a OR N 7.

<sup>29</sup> *Rudolph* (FN 8), 97 ff.; *PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph* (FN 1), Art. 321a OR N 7; AGer ZH, AN120058, 13.11.2013, in: Entscheide Arbeitsgericht Zürich 2013, Nr. 2, bestätigt in OGer ZH, LA130044, 23.7.2014; Cour de Justice GE, CAPH/166/2011, 14.10.2011, in: JAR 2012, 461.

<sup>30</sup> *Rudolph* (FN 8), 97 ff.; *PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph* (FN 1), Art. 321a OR N 7; AGer ZH, AN120058, 13.11.2013, in: Entscheide Arbeitsgericht Zürich 2013, Nr. 2, bestätigt in OGer ZH, LA130044, 23.7.2014, wobei sich der Arbeitnehmer in diesem Fall selbständig machte.

<sup>31</sup> AGer ZH, AN120058, 13.11.2013, in: Entscheide Arbeitsgericht Zürich 2013, Nr. 2, bestätigt in OGer ZH, LA130044, 23.7.2014.

<sup>32</sup> Zum generellen Erfordernis der Einzelfallbetrachtung oben II.1.

<sup>33</sup> BGE 123 III 257 E. 5c.

<sup>34</sup> *Humbert* (FN 11), 11; BGE 138 III 67 E. 2.3.5, in: Pra 2012, Nr. 76; BGE 117 II 72 E. 4.

<sup>35</sup> BGer, 4A\_404/2014, 17.12.2014, E. 4.1.

<sup>36</sup> BGer, 4A\_404/2014, 17.12.2014, E. 4.1.

<sup>37</sup> BGer, 4A\_404/2014, 17.12.2014, E. 4.1; BGE 138 III 67 E. 2.3.5, in: Pra 2012, Nr. 76.

<sup>38</sup> BGE 117 II 72 E. 4.

Arbeitszeit leisten, sondern er hat sie in die ordentliche freie Zeit zu verlegen<sup>39</sup>.

Selbst wenn Vorbereitungshandlungen unter dem Aspekt der Treuepflicht zulässig sind, können sie in Fällen, in denen die Arbeitsvertragsparteien ein gültiges nachvertragliches Konkurrenzverbot vereinbart haben, dessen spätere Verletzung antizipieren. Stellt die Arbeitgeberin dies fest und kündigt sie deswegen, ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Tatbestand des begründeten Anlasses nach Art. 340c Abs. 2 OR erfüllt und fällt das Konkurrenzverbot trotz Arbeitgeberkündigung nicht dahin<sup>40</sup>. Das Bundesgericht betont in seinen Entscheiden, dass der Tatbestand des begründeten Anlasses nach Art. 340c Abs. 2 OR keine eigentliche Vertragsverletzung voraussetze, sondern ein der anderen Partei zuzurechnendes Ereignis, das bei vernünftigen kaufmännischen Erwägungen einen erheblichen Anlass zur Kündigung geben könne. Darunter falle namentlich die Vorbereitung einer späteren Tätigkeit in einer Konkurrenzunternehmung<sup>41</sup>.

### 3. Geheimhaltungspflicht

Nach Art. 321a Abs. 4 OR darf der Arbeitnehmer geheim zu haltende Tatsachen, wie namentlich Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, von denen er im Dienst der Arbeitgeberin 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 der Arbeitgeberin erforderlich ist. Damit die vom Arbeitnehmer erworbenen Kenntnisse unter den Begriff des Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisses fallen, müssen sie Besonderheiten im technischen, organisatorischen oder finanziellen Bereich betreffen, die die Arbeitgeberin geheim halten will; es kann sich nicht um Kenntnisse handeln, die in allen Unternehmen derselben Branche erworben werden können<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> CHK OR-Emmel (FN 17), Art. 321a N 7.

<sup>40</sup> BGer, 4A\_22/2014, 23.4.2014, E. 4.3.1; BGE 130 III 353 E. 2.2.3; Roger Rudolph, Konkurrenzverbot: Begründeter Anlass zur Kündigung bei «überholender» Kündigung, Vorbereitungshandlungen (Art. 340c Abs. 2 OR), Urteilsbesprechung BGer, 4A\_22/2014 vom 23.4.2014, ARV 2014, 96 ff., 100 f.

<sup>41</sup> BGer, 4A\_22/2014, 23.4.2014, E. 4.3.1; BGE 130 III 353 E. 2.2.3; Rudolph (FN 40), 100.

<sup>42</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 321a N 24; BGE 138 III 67 E. 2.3.2, in: Pra 2012, Nr. 76.

Ob nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein blosses Mitteilungsverbot (also das Verbot der Offenbarung des Geheimnisses an Dritte, bspw. an die neue Arbeitgeberin) oder auch – wie während des Arbeitsverhältnisses – ein Verwertungsverbot (Nutzung des Geheimnisses zum eigenen Vorteil) gilt, ist umstritten<sup>43</sup>.

Das Bundesgericht weist in BGE 138 III 67 E. 2.3.2 darauf hin, dass Art. 340 Abs. 2 OR zwischen dem Einblick in den Kundenkreis einerseits und dem Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis andererseits unterscheidet. Der blosser Einblick in den Kundenkreis könne daher keinesfalls eines dieser besonderen (Fabrikations- oder Geschäfts-)Geheimnisse nach Art. 321a Abs. 4 OR darstellen, bezüglich derer der Arbeitnehmer auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Verschwiegenheit verpflichtet sei<sup>44</sup>.

### 4. Herausgabepflicht

Auf den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat jede Vertragspartei der andern alles herauszugeben, was sie für dessen Dauer von ihr oder von Dritten für deren Rechnung erhalten hat (Art. 339a Abs. 1 OR). Die Bestimmung ist absolut zwingend (Art. 361 OR).

Die Herausgabepflicht des Arbeitnehmers leitet sich aus seiner Treuepflicht ab<sup>45</sup>. Schon während der Dauer des Arbeitsverhältnisses muss der Arbeitnehmer aufgrund dieser Pflicht der Arbeitgeberin Rechenschaft ablegen und ihr insbesondere alle Dokumente, die er für deren Rechnung erhält, herausgeben (Art. 321b Abs. 1 OR), wie auch alle Dokumente, die er in Ausübung seiner arbeitsvertraglichen Tätigkeit hervorbringt, da das Resultat seiner beruflichen Tätigkeit der Arbeitgeberin gehört (Art. 321b Abs. 2 OR)<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Vgl. dazu den Überblick zu Lehre und Rechtsprechung bei Rudolph (FN 8), 99 f. Gegen ein nachvertragliches Verwertungsverbot: Urs Wickihalder, Die Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers, Diss. Bern 2004, 81 ff.; Frick (FN 10), 30; OGer ZH, 13.10.2003, in: JAR 2005, 484; AGer ZH, AN050850, 22.5.2007, in: Entscheide Arbeitsgericht Zürich 2007, Nr. 3. Für ein nachvertragliches Verwertungsverbot: BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 321a N 26; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 321a OR N 13.

<sup>44</sup> BGE 138 III 67 E. 2.3.2, in: Pra 2012, Nr. 76.

<sup>45</sup> BGE 141 III 23 E. 3.1, in: Pra 2015, Nr. 114.

<sup>46</sup> BGE 141 III 23 E. 3.1, in: Pra 2015, Nr. 114.

Auch die Herausgabepflicht bei Beendigung des Arbeitsvertrags erstreckt sich auf alle Dokumente, sowohl in Papier- als auch in elektronischer Form, und der Arbeitnehmer darf von den herausgegebenen Dokumenten keine Kopien behalten<sup>47</sup>. Es gilt das Interesse der Arbeitgeberin an der Geheimhaltungspflicht zu wahren, die über das Arbeitsvertragsende andauern kann (Art. 321a Abs. 4 OR) sowie der Gefahr einer Konkurrenzierung vorzubeugen<sup>48</sup>. Ein solcher Anspruch kann unabhängig von einem allfälligen Rechtsanspruch bestehen, dem ehemaligen Arbeitnehmer eine konkurrenzierende Tätigkeit zu verbieten (Art. 340b Abs. 3 OR)<sup>49,50</sup>.

Es ist deshalb insbesondere nicht erlaubt, Kunden- und Lieferantenlisten in Papier- oder elektronischer Form mitzunehmen, zu kopieren und bei der neuen Arbeitgeberin zu verwenden<sup>51</sup>.

Was die Sicherung der Beweise betrifft, sind die Persönlichkeits- und Datenschutzrechte des Arbeitnehmers zu wahren. Dies gilt insbesondere bei den Kontrollrechten bzw. Überwachungsmaßnahmen betreffend den E-Mailverkehr durch die Arbeitgeberin<sup>52</sup>. Es ist jedoch daran zu erinnern, dass selbst widerrechtlich beschaffte Beweismittel in der Interessenabwägung zwischen Beweisführungs- und Geheimhaltungsinteressen zum Beweis zugelassen werden können (Art. 152 Abs. 2 ZPO).

## 5. Parteivereinbarung

Die Treuepflicht kann durch vertragliche Vereinbarungen verschärft, eingeschränkt oder konkretisiert werden<sup>53</sup>. In der Praxis anzutreffen sind bspw. die Konkretisierung des vertraglichen Konkurrenzverbots

und der Geheimhaltungsverpflichtung, die Verpflichtung zur Unterlassung von Vorbereitungshandlungen<sup>54</sup> oder die Absicherung der Treuepflicht mit einer Konventionalstrafe<sup>55</sup>.

## 6. Arbeitsrechtliche Sanktionen bei Treuepflichtverletzungen

### a) Allgemeine Sanktionen

Liegt eine Treuepflichtverletzung durch den Arbeitnehmer vor, können je nach den konkreten Umständen die allgemeinen arbeitsrechtlichen Sanktionen (bspw. Disziplinar massnahme, ordentliche oder fristlose<sup>56</sup> Kündigung, Geltendmachung von Schadenersatz<sup>57</sup>, Erfüllungsklage mit entsprechender Zwangsvollstreckung) greifen<sup>58</sup>. Was allfällige Schadenersatzforderungen der Arbeitgeberin betrifft, ist angesichts der von der Gerichtspraxis entwickelten Verwirkungsfolge zu empfehlen, diese spätestens mit der Schlusslohnzahlung zu verrechnen bzw. geltend zu machen oder mindestens ausdrücklich vorzubehalten<sup>59</sup>.

Weil die Lohnzahlungs- und Treuepflicht nicht in einem Austauschverhältnis stehen, kann die Verletzung der Treuepflicht – mit Ausnahme der gesetzlichen Sonderregelung bei treuwidriger Ferienarbeit<sup>60</sup> – nicht zu einer Verweigerung oder Herabsetzung der Lohnzahlung führen<sup>61</sup>. Allenfalls können jedoch Schadenersatz- oder Gewinnabschöpfungsansprüche<sup>62</sup> mit der Lohnforderung des Arbeitnehmers verrechnet werden (Art. 323b Abs. 2 OR).

<sup>47</sup> BGE 141 III 23 E. 3.1, in: Pra 2015, Nr. 114; BGer, 4A\_611/2011, 3.1.2012, E. 4.3.

<sup>48</sup> BGE 141 III 23 E. 3.1, in: Pra 2015, Nr. 114; BGer, 4A\_611/2011, 3.1.2012, E. 4.3.

<sup>49</sup> BGE 141 III 23 E. 3.1, in: Pra 2015, Nr. 114; BGer, 4A\_611/2011, 3.1.2012, E. 4.3.

<sup>50</sup> Zur Durchsetzung des Herausgabeanspruchs im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO vgl. BGE 141 III 23 E. 3.2 ff., in: Pra 2015, Nr. 114.

<sup>51</sup> AGer ZH, AG010051, 2.5.2002, in: Entscheide Arbeitsgericht Zürich 2002, Nr. 1.

<sup>52</sup> PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 328b OR N 18.

<sup>53</sup> Oben II.1.

<sup>54</sup> BGer, 4A\_595/2012, 21.12.2012, E. 2.

<sup>55</sup> Zur Konventionalstrafe II.6.b).

<sup>56</sup> BGer, 4A\_404/2014, 17.12.2014, E. 4.2.

<sup>57</sup> BGE 138 III 67 E. 2.3.8, in: Pra 2012, Nr. 76; BGE 123 III 257 E. 5.

<sup>58</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 321a N 18, 26.

<sup>59</sup> PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 321e OR N 14; OGer ZH, LA150004, 15.12.2015, E. 3.1, in: JAR 2016, 602 ff., 612.

<sup>60</sup> Unten VII.2.a).

<sup>61</sup> KUKO OR-Pietruszak (FN 6), Art. 321a N 32; BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 321a N 18; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 321a OR N 3; BGer, 4A\_172/2012, 22.8.2012, E. 9; OGer BE, ZK 15 501, 25.2.2016, in: JAR 2017, 362.

<sup>62</sup> Unten II.6.c).

## b) Konventionalstrafen

Gelegentlich besteht das Bedürfnis, die Pflichten des Arbeitnehmers während des Arbeitsverhältnisses mit einer Konventionalstrafe abzusichern.

Das Bundesgericht erklärte in BGer, 4A\_579/2017 und 4A\_581/2017, 7.5.2018, eine Konventionalstrafevereinbarung über CHF 50 000 wegen behaupteter Vertragsverletzung durch eine Ärztin für nichtig. Dies mit der Begründung, die Konventionalstrafe stelle eine mit Art. 321e OR nicht vereinbare, schadens- und verschuldensunabhängige Haftungsverschärfung dar. Rechtsfolge sei, anders noch als in BGer, 4A\_595/2012, 21.12.2012, die Nichtigkeit der Konventionalstrafevereinbarung und nicht nur deren Herabsetzung. Das Bundesgericht verneinte ebenfalls, dass im vorliegenden Fall mit der Konventionalstrafe eine in bestimmten Grenzen zulässige Disziplinarfunktion verfolgt worden sei. Dazu müssten die Höhe der Strafe bestimmt und verhältnismässig und die Tatbestände, die unter Strafe gestellt werden, klar umschrieben sein. Letzteres sei bei der vertraglichen Formulierung «bei Zuwiderhandlungen gegen diesen Vertrag» und beispielhaften Aufzählung von Verletzungen des Konkurrenzverbots und der Geheimhaltungspflicht nicht der Fall. Das Bundesgericht liess offen, ob eine Disziplinarstrafe überhaupt zur Durchsetzung der vorgehaltenen Vertragsverletzungen (Nichteinholen der Zustimmung zu einer Nebentätigkeit, Nichtrückgabe der Zahlstellenummer) dienen könnte. Ebenfalls nicht näher zu prüfen war der Einfluss von Art. 38 Abs. 1 ArG, weil die Ärztin nicht in den Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes fiel.

Konventionalstrafen bei Verletzungen von Arbeitnehmerpflichten während des Arbeitsverhältnisses sind entweder Schadenersatz, bei dem die Schadenshöhe und das Verschulden nicht nachgewiesen werden müssen, oder es sind Disziplinarstrafen<sup>63</sup>.

<sup>63</sup> Romina Carcagni Roesler, Haftung des Arbeitnehmers: Unzulässige Konventionalstrafe, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 4A\_579/2017 und 4A\_581/2017 vom 7. Mai 2018, I. zivilrechtliche Abteilung, Beschwerde in Zivilsachen, ARV 2018, 126 ff.; Daniel Donauer/Vangelis Kalaitzidakis, Konventionalstrafen im arbeitsvertraglichen Kontext, in: dRSK, publiziert am 25.6.2018; Martin Farner, Die Sicherung der Treuepflicht mit Konventionalstrafe, Anwaltspraxis 5/2013, 219 ff.; BGer, 4A\_595/2012, 21.12.2012, E. 4.1 ff.; AGer ZH, AG130004, 1.9.2014, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2014, Nr. 2.

## aa) Konventionalstrafen mit Ersatzfunktion

Soweit eine Konventionalstrafe die Funktion hat, Schaden für die Verletzung von Arbeitnehmerpflichten während des laufenden Arbeitsverhältnisses nach Art. 321 bis 321d OR auszugleichen, ist Art. 321e OR zu beachten. Die Konventionalstrafe darf nicht zu einer strengeren Haftung als in Art. 321e OR vorgesehen führen<sup>64</sup>. Eine Konventionalstrafe beinhaltet eine Haftungsverschärfung, wenn sie nicht nur Disziplinarcharakter hat, sondern ganz oder teilweise auf den Ausgleich vermögensrechtlicher Nachteile ausgerichtet ist und damit Ersatzcharakter aufweist; in diesem Fall verstösst die Konventionalstrafe gegen Art. 321e OR<sup>65</sup>. Die Rechtsfolge des Verstosses gegen Art. 321e OR ist die Nichtigkeit der Konventionalstrafeabrede (Art. 362 Abs. 2 OR)<sup>66</sup>. Entgegen eines früheren Urteils des Bundesgerichts<sup>67</sup> ist Art. 163 Abs. 3 OR nicht anwendbar und die Konventionalstrafe nicht bloss herabzusetzen, sondern nichtig<sup>68</sup>. Das Bundesgericht hat damit eine Praxisänderung vorgenommen.

Aus der Vereinbarung, wonach die Arbeitgeberin bei einer Vertragsverletzung in jedem Fall, auch bei Bezahlung der Konventionalstrafe, die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes sowie den «Ersatz weiteren Schadens» verlangen darf, ist zu schliessen, dass mit der Vertragsstrafe (auch) der infolge einer durch den Arbeitnehmer begangenen Vertragsverletzung entstandene Schaden ersetzt werden soll und die Konventionalstrafe Ersatzcharakter hat<sup>69</sup>.

Die Verletzung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots untersteht nicht Art. 321e OR. Die in der Praxis häufig im Zusammenhang mit nachvertraglichen Konkurrenzverboten vereinbarten Konventionalstrafen, die Ersatzcharakter haben, sind in Art. 340b OR ausdrücklich als mögliche Vereinbarungen vorgesehen und werden durch Art. 321e OR nicht eingeschränkt<sup>70</sup>. Auch auf Konventionalstrafenabreden mit

<sup>64</sup> BGer, 4A\_579/2017 und 4A\_581/2017, 7.5.2018, E. 5.3.1.3, 5.3.2.

<sup>65</sup> Carcagni Roesler (FN 63), 128 f.; BGer, 4A\_579/2017 und 4A\_581/2017, 7.5.2018, E. 5.2.3, 5.3.2.

<sup>66</sup> BGer, 4A\_579/2017 und 4A\_581/2017, 7.5.2018, E. 5.4.

<sup>67</sup> BGer, 4A\_595/2012, 21.12.2012, E. 5.

<sup>68</sup> BGer, 4A\_579/2017 und 4A\_581/2017, 7.5.2018, E. 5.4.

<sup>69</sup> BGer, 4A\_579/2017 und 4A\_581/2017, 7.5.2018, E. 5.2.2.2.

<sup>70</sup> Carcagni Roesler (FN 63), 129.



Ersatzcharakter für nachvertragliche Geheimnisverletzungen findet Art. 321e OR keine Anwendung<sup>71</sup>.

#### bb) Konventionalstrafen mit Straffunktion

Konventionalstrafen können auch Disziplinarstrafen sein, die grundsätzlich in einem Einzelarbeitsvertrag vereinbart werden können. Hierzu müssen jedoch die Tatbestände, die unter Strafe gestellt werden, klar umschrieben sein und die Höhe der Strafe muss bestimmt und verhältnismässig sein; der Arbeitnehmer muss darüber im Klaren sein, welches Verhalten mit welcher Strafe sanktioniert wird<sup>72</sup>. Disziplinar massnahmen dürfen nicht nach Belieben verhängt werden. Welchen Höchstbetrag eine Konventionalstrafe haben kann, um noch als Disziplinarstrafe zu gelten, ist nicht klar<sup>73</sup>. Um die Ersatzfunktion der Strafe auszuschliessen, ist davon auszugehen, dass der Strafbetrag für den Arbeitnehmer lediglich einen «Fingerzeig» bedeuten darf, der für die Arbeitgeberin keinen wesentlichen Wert verkörpert<sup>74</sup>. Den in der Praxis üblichen Konventionalstrafen in der Höhe von mehreren Monatslöhnen wird regelmässig der blosse Strafcharakter fehlen<sup>75</sup>. Liegt eine Konventionalstrafe mit Strafcharakter vor, ist Art. 163 Abs. 3 OR anwendbar und die Höhe der Konventionalstrafe unterliegt der richterlichen Beurteilung.

#### cc) Vertragsredaktion

Sanktioniert eine Konventionalstrafevereinbarung – wie in der Praxis häufig – gleichzeitig das Verbot, die Arbeitgeberin während des laufenden und nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu konkurrenzieren und verstösst die Vereinbarung gegen Art. 321e OR, ist gestützt auf Art. 20 Abs. 2 OR davon auszugehen, dass die Klausel lediglich teilnichtig und die Vereinbarung mit Bezug auf das nachvertragliche Konkurrenzverbot gültig ist<sup>76</sup>. Da jedoch die Konventionalstrafe vom Gericht regelmässig herabgesetzt wird (Art. 163 Abs. 3 OR), wenn das Konkurrenzverbot nach Ort, Zeit oder Gegenstand eingeschränkt wurde, um das wirtschaftliche Gleich-

gewicht im Vergleich zur Parteiabrede wieder herzustellen<sup>77</sup>, ist bei der Vertragsredaktion die separate Regelung von vertraglichem und nachvertraglichem Konkurrenzverbot zu empfehlen<sup>78</sup>.

Meines Erachtens ist von Konventionalstrafen für die Verletzung von vertraglichen Pflichten in Zukunft abzuraten, da ein pauschaler Schadensausgleich nicht mehr möglich ist und die Disziplinierung mit Geldstrafen in einem modernen Arbeitsverhältnis in der Regel<sup>79</sup> nicht opportun ist.

#### c) Gewinnabschöpfung

Es stellt sich die Frage, ob die Arbeitgeberin – allenfalls neben anderen arbeitsrechtlichen Sanktionen<sup>80</sup> – einen allfälligen Gewinn, den der Arbeitnehmer mit der gegen die Treuepflicht verstossenden Tätigkeiten erzielt hat, herausverlangen kann.

Ist der Arbeitnehmer Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter, gilt für ihn zusätzlich das Konkurrenzverbot nach Art. 464 Abs. 1 OR. Danach darf er nicht die gleichen Produkte oder Dienstleistungen anbieten wie die Arbeitgeberin. Die Bestimmung dient dem Schutz der Arbeitgeberin, indem sie Interessenkollisionen vermeiden will, die insbesondere dann drohen würden, wenn der Arbeitnehmer nach Belieben für die Arbeitgeberin oder in eigenen Interessen tätig werden könnte<sup>81</sup>. Verletzt der Arbeitnehmer das Verbot nach Art. 464 Abs. 1 OR, hat er der Arbeitgeberin die mit der konkurrenzierenden Tätigkeit erzielten Gewinne (die eingesetzte Arbeitskraft ist abzugsfähig) gestützt auf Art. 464 Abs. 2 OR herauszugeben<sup>82</sup>.

Das Bundesgericht liess die Frage, ob ein Arbeitnehmer ohne Handlungsvollmacht oder Prokura, die mit der konkurrenzierenden Beschäftigung erzielten Gewinne gestützt auf Art. 423 Abs. 1 OR bzw. in analoger Anwendung von Art. 321b oder 464 Abs. 2 OR herauszugeben hat, leider offen<sup>83</sup>.

<sup>71</sup> *Carcagni Roesler* (FN 63), 129.

<sup>72</sup> BGer, 4A\_579/2017 und 4A\_581/2017, 7.5.2018, E. 5.5.2.

<sup>73</sup> *Carcagni Roesler* (FN 63), 129.

<sup>74</sup> *Carcagni Roesler* (FN 63), 129.

<sup>75</sup> *Carcagni Roesler* (FN 63), 129.

<sup>76</sup> *Carcagni Roesler* (FN 63), 130.

<sup>77</sup> *PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph* (FN 1), Art. 340b OR N 5.

<sup>78</sup> *Carcagni Roesler* (FN 63), 130.

<sup>79</sup> Zu einem Anwendungsfall im Sportrecht vgl. BGE 119 II 162 E. 2, in: *Pra* 1994, Nr. 11.

<sup>80</sup> Oben II.6.a).

<sup>81</sup> BGE 137 III 607 E. 2.2.1.

<sup>82</sup> BGE 137 III 607 E. 2.3.

<sup>83</sup> BGE 137 III 607 E. 2.4 m.H. zur kontroversen Lehre.

## 7. Strafrechtliche Sanktionen

Die Verletzung der Arbeitnehmerpflichten im Kontext mit dem Stellenwechsel kann allenfalls auch strafrechtlich sanktioniert werden. In Frage kommen insbesondere folgende Tatbestände:

- Art. 158 StGB: Ungetreue Geschäftsbesorgung<sup>84</sup>
- Art. 162 StGB: Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses<sup>85</sup>
- Art. 173 ff. StGB: Ehrverletzungsdelikte
- Art. 321 StGB: Verletzung des Berufsgeheimnisses
- Art. 47 BankG: Verletzung des Bankkundengeheimnisses<sup>86</sup>

## 8. Lauterkeitsrechtliche Sanktionen

Handlungen des Arbeitnehmers im Zusammenhang mit dem Stellenwechsel können unter Umständen nach der Generalklausel von Art. 2 UWG oder den Spezialtatbeständen von Art. 3 ff. UWG zu lauterkeitsrechtlichen Sanktionen führen, wenn eine unlautere Wettbewerbshandlung mit Bezug auf den Markt, in dem sich die Arbeitgeberin bewegt, oder auf den Arbeitsmarkt vorliegt<sup>87</sup>. Zu denken ist bspw. an folgende Konstellationen<sup>88</sup>:

- Planmässiges «Abzügel» von Mitarbeitern, insbesondere durch das Verbreiten von wahrheitswidrigen und irreführenden Informationen über die Arbeitgeberin (Art. 2, Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG)<sup>89</sup>
- Herabsetzung der bisherigen Arbeitgeberin (Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG)<sup>90</sup>
- Verleitung von Kunden zum Vertragsbruch mit der bisherigen Arbeitgeberin (Art. 4 lit. a UWG)
- Gewährung von Kündigungshilfen (bspw. Bereithalten von vorgefertigten Kündigungsschreiben)<sup>91</sup>

<sup>84</sup> BGer, 6B\_298/2013, 16.1.2014; BGE 80 IV 244 E. 2.

<sup>85</sup> BGer, 6B\_65/2015, 25.3.2015.

<sup>86</sup> Rudolph (FN 8), 104 ff.

<sup>87</sup> Stefanie Meier-Gubser, Arbeitsrechtlicher Gedankenflug übers UWG, AJP 2014, 1486 ff., 1489.

<sup>88</sup> Rudolph (FN 8), 102 f. Nicht unlauter ist das bloss Verletzen eines Konkurrenzverbots oder das Anstellen eines Arbeitnehmers in Kenntnis davon, dass er bei der bisherigen Arbeitgeberin ein Konkurrenzverbot vereinbart hat, PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 340 OR N 18.

<sup>89</sup> KGer LU, 1A 12 4, 16.3.2016, in: JAR 2017, 423.

<sup>90</sup> Meier-Gubser (FN 87), 1490 f.; BGE 138 III 337, in: Pra 2012, Nr. 131; KGer LU, 1A 12 4, 16.3.2016, in: JAR 2017, 423.

<sup>91</sup> KGer LU, 1A 12 4, 16.3.2016, in: JAR 2017, 423.

- Selbstbegünstigende Täuschung und Irreführung durch den Arbeitnehmer, bspw. über die Höhe des bei der bisherigen Arbeitgeberin verwalteten Kundenvermögens (Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG)<sup>92</sup>
- Einsatz aggressiver Werbemethoden (Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG)
- Verwertung von der bisherigen Arbeitgeberin gehörenden Arbeitsergebnissen (bspw. Kundendaten; Art. 5 lit. a UWG)<sup>93</sup>

Unlautere Wettbewerbshandlungen können sowohl zivilrechtlich (Art. 9 ff. UWG) als auch (auf Antrag) strafrechtlich (Art. 23 i.V.m. Art. 3, 4, 5 UWG) sanktioniert werden.

## 9. Weitere gesetzliche und vertragliche Schranken

Der Vollständigkeit halber ist daran zu erinnern, dass je nach konkreten Umständen die Handlungen des Arbeitnehmers auch datenschutz- oder persönlichkeitsrechtliche Bestimmungen oder Rechte der bisherigen Arbeitgeberin an geistigem Eigentum verletzen können (bspw. Urheberrechte, Rechte an Erfindungen und Design, Marken)<sup>94</sup>.

## III. Ausserordentliche Freizeit für die Stellensuche

Konflikte können sich auch daraus ergeben, dass der Arbeitnehmer bei der Arbeit fehlt, weil er eine Stelle sucht und die Arbeitgeberin nicht bereit ist, die damit zusammenhängenden Nachteile überhaupt oder im vom Arbeitnehmer verlangten Umfang zu tragen.

### 1. Arbeitsbefreiungsanspruch

Nach Art. 329 Abs. 3 OR ist dem Arbeitnehmer nach erfolgter Kündigung die für das Aufsuchen einer anderen Arbeitsstelle erforderliche Zeit zu gewähren. Es geht um einen Arbeitsbefreiungsanspruch innerhalb der ordentlichen Arbeitszeit, weshalb man von

<sup>92</sup> Meier-Gubser (FN 87), 1491.

<sup>93</sup> BGer, 6B\_298/2013, 16.1.2014.

<sup>94</sup> Rudolph (FN 8), 108.

ausserordentlicher Freizeit spricht<sup>95</sup>. Mit Bezug auf die Stellensuche ergibt sich der Anspruch auf ausserordentliche Freizeit direkt aus dem Gesetz, sofern und soweit sie erforderlich ist. Ist es möglich, die Stellensuche ausserhalb der Arbeitszeit – in der ordentlichen freien Zeit, wozu auch allfällige Gleizeit gehört – vorzunehmen, besteht der Anspruch nicht<sup>96</sup>.

Der Arbeitsbefreiungsanspruch besteht beim unbestimmten Arbeitsverhältnis nach dem Wortlaut des Gesetzes erst nach erfolgter Kündigung<sup>97</sup>. Nach herrschender Auffassung ist er bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Befristung während der hypothetischen ordentlichen Kündigungsfrist nach Art. 335b Abs. 1 und Art. 335c Abs. 1 OR zu gewähren<sup>98</sup>. Eine weitergehende Ausdehnung auf Phasen vor der Kündigung (bspw. bei bevorstehender Massenentlassung)<sup>99</sup> ist mit dem Gesetzestext nicht vereinbar<sup>100</sup>.

Welche Partei die Kündigung ausgesprochen hat, ist irrelevant<sup>101</sup>.

Inhaltlich handelt es sich um die Zeit für die Bewerbungsgespräche<sup>102</sup>, inklusive der hierfür nötigen Wegzeiten<sup>103</sup>. Meines Erachtens fallen auch das Schnuppern oder die Arbeit auf Probe bei der potentiellen neuen Arbeitgeberin darunter, falls diese Formen des Kennenlernens bzw. Prüfens der Eignung für die neue Stelle zur zwingenden Voraussetzung für eine allfällige Anstellung gemacht werden.

Kein Anspruch auf Arbeitsbefreiung besteht demgegenüber insbesondere für:

- das Studium von Stelleninseraten<sup>104</sup>
- Internetrecherchen
- Recherchen und Kommunikation auf Job- oder Social Media-Plattformen und Businessnetzwerken (bspw. LinkedIn und XING)
- administrative Arbeiten (Erstellen und Versenden der Bewerbungsunterlagen)<sup>105</sup>

Diese Aktivitäten sind nicht an bestimmte von einer potentiellen neuen Arbeitgeberin vorgegebene Zeiten gebunden und müssen daher ausserhalb der Arbeitszeit erledigt werden.

Der Arbeitnehmer darf die Zeit für die Stellensuche grundsätzlich nicht eigenmächtig beziehen, sondern muss sich die Freizeit von der Arbeitgeberin rechtzeitig einräumen lassen<sup>106</sup>. Die Arbeitgeberin hat die Dauer und zeitliche Lage im Einzelfall im gegenseitigen Interesse abzuwägen (Art. 329 Abs. 4 OR)<sup>107</sup>. Als üblich gilt ein halber Tag pro Woche, auf Wunsch des Arbeitnehmers auch aufteilbar<sup>108</sup>. Bei kurzer Beendigungsfrist, schwieriger Situation auf dem Arbeitsmarkt (bspw. hohe Arbeitslosigkeit) oder erschwelter beruflicher Neuorientierung (bspw. wegen Alters, gesundheitlicher Probleme, Unterstützungsspflichten, beruflichen Faktoren wie mangelnde Ausbildung, ungenügende Sprachkenntnisse, wenig Berufserfahrung, hohe Spezialisierung) kann sich der Zeitbedarf stark erhöhen<sup>109</sup>. Die Arbeitgeberin darf ihre Zustimmung nicht von der Nennung der potentiellen neuen Arbeitgeberin abhängig machen, weil diese Information zur Geheimsphäre des Arbeitnehmers gehört<sup>110</sup>. Auch wenn die Arbeitgeberin Kenntnis von der potentiellen neuen Arbeitgeberin hat und es sich um

<sup>95</sup> PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR N 6.

<sup>96</sup> KUKO OR-Pietruszak (FN 6), Art. 329 N 9; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR N 6.

<sup>97</sup> PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR N 10.

<sup>98</sup> Jürg Brühwiler, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. A., Basel 2014, Art. 329 OR N 4; CHK OR-Emmel (FN 17), Art. 329 N 2; KUKO OR-Pietruszak (FN 6), Art. 329 N 8; BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 329 N 17; ZK-Staehelin (FN 1), Art. 329 OR N 16; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR N 10; BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 329 OR N 18.

<sup>99</sup> BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 329 OR N 18.

<sup>100</sup> PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR N 10.

<sup>101</sup> Brühwiler (FN 98), Art. 329 OR N 4; KUKO OR-Pietruszak (FN 6), Art. 329 N 8; BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 329 OR N 18; ZK-Staehelin (FN 1), Art. 329 OR N 16; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR N 10.

<sup>102</sup> PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR N 10.

<sup>103</sup> PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR N 10.

<sup>104</sup> PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR N 10.

<sup>105</sup> PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR N 10.

<sup>106</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 329 N 21; BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 329 OR N 25; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR N 6, 10.

<sup>107</sup> CHK OR-Emmel (FN 17), Art. 329 N 2; BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 329 N 21; BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 329 OR N 25; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR N 10.

<sup>108</sup> Brühwiler (FN 98), Art. 329 OR N 4; CHK OR-Emmel (FN 17), Art. 329 N 2; BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 329 N 17; ZK-Staehelin (FN 1), Art. 329 OR N 17; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR N 10.

<sup>109</sup> Brühwiler (FN 98), Art. 329 OR N 4; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR N 10.

<sup>110</sup> Brühwiler (FN 98), Art. 329 OR N 4; CHK OR-Emmel (FN 17), Art. 329 N 2; BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 329 N 17; BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 329 OR N 18; ZK-Staehelin (FN 1), Art. 329 OR N 16; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR N 10.

ein Konkurrenzunternehmen handelt, darf der Anspruch auf Arbeitsbefreiung für die Stellensuche nicht verweigert werden, da es sich bei der Stellensuche – unabhängig davon ob eine Konkurrenzverbot vereinbart wurde oder nicht – um eine zulässige Vorbereitungshandlung handelt, sofern der Arbeitnehmer die Treuepflicht wahrt<sup>111</sup>.

Da sich der Arbeitnehmer die ausserordentliche Freizeit von der Arbeitgeberin einräumen lassen muss, ist er nur dann zum eigenmächtigen Bezug berechtigt, wenn die Arbeitgeberin die ausserordentliche Freizeit unberechtigt und trotz Mahnung verweigert<sup>112</sup>.

Ist der Anspruch auf freie Zeit für die Stellensuche vertraglich klar geregelt, darf der Arbeitnehmer der Arbeit im entsprechenden Umfang fernbleiben, wobei er die Arbeitgeberin vorgängig darüber informieren muss<sup>113</sup>. Zu beachten ist, dass die Regelung in Art. 329 Abs. 3 OR keine Abweichungen zu Ungunsten des Arbeitnehmers zulässt (Art. 362 OR)<sup>114</sup> und sich im konkreten Anwendungsfall auch über allfällige vertragliche Regelungen hinausgehende Ansprüche ergeben können, falls dies aufgrund der konkreten Umstände erforderlich ist.

## 2. Lohnanspruch

Die Frage, ob der Arbeitnehmer während der für die Stellensuche notwendigen Zeit einen Lohnanspruch hat, wird nicht einheitlich beantwortet.

Angesichts der Bedeutung einer neuen Stelle für die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers, wird die erforderliche Abwesenheit wegen Stellensuche in der Regel als eine in der Person des Arbeitnehmers liegende Arbeitsverhinderung zu qualifizieren sein und sich der Lohnfortzahlungsanspruch aus Art. 324a OR ergeben, sofern die diesbezüglichen Voraussetzungen erfüllt sind<sup>115</sup>. Ein den Lohnfortzahlungsanspruch

ausschliessendes Verschulden wird kaum je vorliegen, da eine Kündigung des Arbeitnehmers ohne begründeten Anlass als unverschuldet anzusehen ist und auch bei einer Kündigung durch die Arbeitgeberin – analog der Praxis bei Krankheit und Unfall – nur in Ausnahmefällen ein die Lohnfortzahlung ausschliessendes Verschulden vorliegen dürfte<sup>116</sup>. Wegen des relativ zwingenden Charakters von Art. 324a OR (Art. 362 OR) sind Vereinbarungen, die den Lohnfortzahlungsanspruch betreffend die für die Stellensuche effektiv benötigte Zeit zuungunsten des Arbeitnehmers ausschliessen oder beschränken, nichtig.

Wird ein Lohnfortzahlungsanspruch gestützt auf Art. 324a OR verneint, kann sich ein solcher aus einer Vereinbarung, einem Normalarbeitsvertrag oder aus Übung ergeben (Art. 322 OR)<sup>117</sup>. Letztere wird beim Arbeitsverhältnis mit Monatslohn – ohne gegenteilige Abmachung – regelmässig zu bejahen sein<sup>118</sup>. Benachteiligt werden damit in der Praxis die Arbeitnehmer im Stundenlohn oder mit leistungsabhängig bezahlter Arbeit (bspw. Akkordlohn oder reiner Provisionslohn<sup>119</sup>), bei denen eine Entlohnung der ausserordentlichen Freizeit – vorbehaltlich von Art. 324a OR – nur bei Vereinbarung geschuldet ist<sup>120</sup>.

Erhält der Arbeitnehmer von der potentiellen neuen Arbeitgeberin eine seine effektiven Auslagen<sup>121</sup> übersteigende Vergütung, weil bspw. für die Arbeit auf

<sup>111</sup> Oben II.2.d).

<sup>112</sup> KUKO OR-Pietruszak (FN 6), Art. 329 N 12; OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 329 N 21; BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 329 OR N 26; ZK-Staehelin (FN 1), Art. 329 OR N 12; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR N 15.

<sup>113</sup> PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR N 15.

<sup>114</sup> PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR N 16.

<sup>115</sup> KUKO OR-Pietruszak (FN 6), Art. 329 N 10; BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 324a N 48; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR N 12; a.M. ZK-Staehelin (FN 1), Art. 329 OR N 18.

<sup>116</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 324a N 48, die ein Verschulden bejahen, wenn ein von Art. 44 AVIV genanntes Verhalten (selbstverschuldete Arbeitslosigkeit) vorliegt; BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 329 OR N 22; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR N 12.

<sup>117</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 324a N 48, Art. 329 N 19.

<sup>118</sup> Brühwiler (FN 98), Art. 329 OR N 3; CHK OR-Emmel (FN 17), Art. 329 N 2; KUKO OR-Pietruszak (FN 6), Art. 329 N 10; ZK-Staehelin (FN 1), Art. 329 OR N 18; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR N 12 f.; Frank Vischer/Roland M. Müller, Schweizer Privatrecht, SPR VII/4, 4. A., Basel 2014, § 17 Rz 9.

<sup>119</sup> Vgl. aber Art. 349a OR, der bei ausschliesslicher oder vorwiegender Entlohnung auf Provisionsbasis für alle Arbeitsverhältnisse gilt, BGE 139 III 214.

<sup>120</sup> CHK OR-Emmel (FN 17), Art. 329 N 2; KUKO OR-Pietruszak (FN 6), Art. 329 N 10; BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 329 OR N 21; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR N 12.

<sup>121</sup> Zu den Vorstellungskosten vgl. Brühwiler (FN 98), Art. 320 OR N 8c; BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 320 OR N 7; ZK-Staehelin (FN 1), Art. 320 OR N 41; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 320 OR N 15.

Probe ein Lohn bezahlt wird<sup>122</sup>, stellt sich die Frage, ob diese an die Lohnfortzahlungen der Arbeitgeberin anzurechnen sind. Dies ist m.E. mangels Rechtsgrundlage abzulehnen<sup>123</sup>. Der relativ zwingende Charakter von Art. 324a OR bzw. Art. 329 Abs. 3 OR schliesst m.E. auch die Vereinbarung einer Anrechnungspflicht aus.

### 3. Kompensationspflicht

Es ist umstritten, ob die für die Stellensuche gewährte ausserordentliche Freizeit kompensiert, das heisst nachgeholt werden muss bzw. darf. Eine gesetzliche Pflicht zur Kompensation besteht nicht<sup>124</sup>. Meines Erachtens ist der Auffassung zu folgen, wonach es die relativ zwingende Rechtsnatur von Art. 324a OR bzw. Art. 329 Abs. 3 OR beim Arbeitnehmer mit Lohnfortzahlungsanspruch verbietet, für die ausgefallene Arbeitszeit eine Kompensationspflicht zu vereinbaren<sup>125</sup>.

Besteht hingegen kein Lohnfortzahlungsanspruch, kann mit dem Arbeitnehmer die Kompensation vereinbart werden, damit er den durch die Stellensuche ausfallenden Lohn erarbeiten kann<sup>126</sup>.

### 4. Missbrauch durch den Arbeitnehmer

Im Missbrauchsfall durch den Arbeitnehmer, wenn dieser bspw. Zeit für die Stellensuche beansprucht, obwohl er schon eine Stelle hat, er länger von der Arbeit fern bleibt als für die Bewerbung nötig ist oder er die ausserordentliche Freizeit eigenmächtig bezieht, ist die ungerechtfertigt bezogene ausserordentliche Freizeit nicht an die vereinbarte Arbeits-

zeit anzurechnen und muss nachgeholt<sup>127</sup> bzw. kann allenfalls für die ausgefallene Zeit ein Lohnabzug gemacht werden.

## IV. Vertragsanbahnung

Kann sich der Arbeitnehmer bei einer potentiellen neuen Arbeitgeberin vorstellen, aktualisiert sich das Geheimhaltungsinteresse der bisherigen Arbeitgeberin und sind alle Beteiligten daran interessiert, dass die im Bewerbungsverfahren gemachten Angaben zum laufenden oder zum möglichen zukünftigen Arbeitsverhältnis zutreffen.

### 1. Geheimhaltung

Der Arbeitnehmer hat sich während des Bewerbungsverfahrens an die Treuepflicht zu halten und ist insbesondere zur Wahrung von Geheimnissen verpflichtet<sup>128</sup>. So darf er bspw. zu Kundenbeziehungen, zum Umfang bisher verwalteten Vermögens oder zu geheimen Produktionsverfahren keine Auskunft geben. Eine allfällige Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers gegenüber der bisherigen Arbeitgeberin richtet sich nach Art. 321e OR.

Die potentielle neue Arbeitgeberin darf den Arbeitnehmer im Rahmen der Interviews nicht – bspw. durch insistierendes, bohrendes Nachfragen – zum Geheimnisverrat anstiften, andernfalls sie unlauter handelt (wenn sie dies zu Wettbewerbszwecken tut), sich strafbar macht (Art. 24 i.V.m. Art. 162 StGB, Art. 4 lit. c i.V.m. Art. 23 UWG)<sup>129</sup> und allenfalls schadenersatzpflichtig wird (Art. 41 OR).

Die (potentielle) neue Arbeitgeberin, die ausgekundschaftete oder unrechtmässig erfahrene Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse verwertet, handelt unlauter nach Art. 6 UWG und kann sich strafbar machen (Art. 162 StGB, Art. 6 i.V.m. Art. 23 UWG).

<sup>122</sup> Die Entgeltlichkeit der Probearbeit wird vermutet, wenn nicht die Unentgeltlichkeit vor dem Probeinsatz vereinbart wird: PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 319 OR N 2; AGer ZH, AH 160071, 13.12.2016, in: Entscheide Arbeitsgericht Zürich 2016, Nr. 7.

<sup>123</sup> A.M. PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 324a/b OR N 18.

<sup>124</sup> PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR N 11.

<sup>125</sup> Brühwiler (FN 98), Art. 329 OR N 4; ZK-Staehelin (FN 1), Art. 329 OR N 19; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR N 11; a.M. für den Fall, dass sich der Lohnfortzahlungsanspruch nicht auf Art. 324a OR stützt: BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 329 N 20; BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 329 OR N 21.

<sup>126</sup> BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 329 OR N 21; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329 OR 11.

<sup>127</sup> BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 329 OR N 18, die die Kompensation mit dem Ferienguthaben vorsehen.

<sup>128</sup> Oben II.3, II.7.

<sup>129</sup> BGer, 6B\_65/2015, 25.3.2015, E. 3.4.

## 2. Wahrheitswidrige oder unterlassene Angaben

Der Arbeitnehmer ist im Bewerbungsverfahren – unter Wahrung der Geheimhaltungsverpflichtung und seiner Persönlichkeits- und Datenschutzrechte – zur wahrheitsgemässen Mitteilung und Auskunft über das bisherige Arbeitsverhältnis verpflichtet, soweit die Angaben für das zukünftige Arbeitsverhältnis relevant sind<sup>130</sup>. Dazu gehören Angaben zu den bisherigen Tätigkeiten, zur Führungsspanne, zum Beschäftigungsgrad, zur Dauer des Arbeitsverhältnisses, zur Praxiserfahrung, zum Einkommen und zur Existenz eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots mit Realerfüllungsabrede, nicht aber Angaben zum Austrittsgrund und zu Differenzen mit der bisherigen Arbeitgeberin<sup>131</sup>. Verletzt er diese Pflicht, kann dies die neue Arbeitgeberin je nach den konkreten Umständen zur Vertragsanfechtung wegen Willensmangels, insbesondere wegen wesentlichen Irrtums oder Täuschung (Art. 23 ff. OR), oder alternativ zur ordentlichen oder fristlosen Kündigung berechtigen und zwar unabhängig von der Qualität der vom Arbeitnehmer an der neuen Stelle erbrachten Arbeitsleistung<sup>132</sup>. Eine allfällige Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers gegenüber der neuen Arbeitgeberin ergibt sich aus culpa in contrahendo<sup>133</sup>.

Bei Verletzung der vorvertraglichen Pflichten durch die potentielle neue Arbeitgeberin, bspw. durch Verschweigen von wesentlichen Informationen oder falschen Angaben, kann je nach den konkreten Umständen auch der Arbeitnehmer zur ausserordentlichen Kündigung oder Vertragsanfechtung und zur Geltendmachung von Schadenersatz aus culpa in contrahendo berechtigt sein<sup>134</sup>.

Unter Umständen kann in der selbstbegünstigenden Täuschung der (potentiellen) neuen Arbeitgeberin über die vom Arbeitnehmer bei der bisherigen Arbeitgeberin erlangten Fähigkeiten und seine vorhandenen Geschäftsbeziehungen eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG vorliegen<sup>135</sup>. Die Herabsetzung der bisherigen Arbeitgeberin kann allenfalls zu einer Verletzung von Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG führen oder einen Ehrverletzungstatbestand (Art. 172 ff. StGB) erfüllen.

Durch selbstbegünstigende Täuschung und Irreführung kann auch die potentielle neue Arbeitgeberin während der Vertragsanbahnung wettbewerbswidrig handeln (Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG)<sup>136</sup>.

## V. Arbeitszeugnis und Referenzauskünfte

Arbeitszeugnis (Art. 330a OR) und Referenzauskunft sollen einer zukünftigen Arbeitgeberin als Entscheidungsgrundlage für eine mögliche Anstellung dienen. Probleme ergeben sich vor allem dann, wenn die bisherige Arbeitgeberin sich weigert, ein Zeugnis auszustellen oder eine Referenz zu erteilen, die Beurteilungen von Leistung und Verhalten im Arbeitszeugnis wahrheitswidrig sind oder nicht genehmigte oder falsche Referenzauskünfte erteilt wurden.

<sup>130</sup> PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 320 OR N 9 ff., Art. 337 OR N 5; BGer, 8C\_417/2011, 3.9.2012.

<sup>131</sup> Brühwiler (FN 98), Art. 320 OR N 8b; KUKO OR-Pietruszak (FN 6), Art. 320 N 12; BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 320 N 13; BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 320 OR N 36; ZK-Staehelin (FN 1), Art. 320 OR N 35 f., Art. 328b OR N 5; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 337 OR N 5, Art. 328b OR N 9 ff.; BGer, 4A\_340/2013, 25.3.2015.

<sup>132</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 337 N 32a; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 320 OR N 10; BGer, 4A\_569/2010, 14.2.2011, E. 2 (Lügen im Bewerbungsgespräch); zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit Wirkung ex nunc im Falle einer Irrtumsanfechtung und zur Frage der Anwendung von Art. 320 Abs. 3 OR vgl. BGE 132 III 242 E. 4 (Täuschung der neuen Arbeitgeberin durch ein nicht von der bisherigen Arbeitgeberin ausgestelltes Arbeitszeugnis).

<sup>133</sup> Brühwiler (FN 98), Art. 320 OR N 8a; ZK-Staehelin (FN 1), Art. 321a OR N 30; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 320 OR N 10, 14; Vischer/Müller (FN 118), § 9 Rz 3; vgl. aber BGer, 4A\_285/2017, 3.4.2018, in dem das Bundesgericht bei absichtlicher Täuschung eine deliktische Haftung (Art. 41 OR i.V.m. Art. 28 ZGB) annimmt. Zum Verhältnis der Haftung aus culpa in contrahendo zur vertraglichen Haftung bei Zustandekommen des Arbeitsvertrags vgl. Iole Fargnoli, Culpa in contrahendo im «Dornröschenschlaf»? – Zur vorvertraglichen Haftung beim zustande gekommenen Vertrag, SJZ 107/2011, 173 ff.

<sup>134</sup> Brühwiler (FN 98), Art. 320 OR N 8a, 8b; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 320 OR N 14; Vischer/Müller (FN 118), § 9 Rz 3; a.M. BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 320 OR N 8, die eine vorverlegte Treuepflicht annehmen.

<sup>135</sup> Meier-Gubser (FN 87), 1491.

<sup>136</sup> Meier-Gubser (FN 87), 1491.

## 1. Arbeitszeugnis

### a) Verantwortlichkeit gegenüber der neuen Arbeitgeberin

Stellt die bisherige Arbeitgeberin ein unrichtiges Arbeitszeugnis aus und kommt die neue Arbeitgeberin deswegen zu Schaden, haftet erstere nach Art. 41 OR, sofern die diesbezüglichen Voraussetzungen, insbesondere die Widerrechtlichkeit und die Kausalität, erfüllt sind<sup>137</sup>. Soweit ersichtlich, blieb die Gerichtspraxis diesbezüglich bislang auf BGE 101 II 69 beschränkt, dem ein aussergewöhnlicher Sachverhalt zugrunde lag<sup>138</sup>.

Die Arbeitgeberin kann vom Arbeitnehmer die Rückgabe eines Arbeitszeugnisses verlangen, wenn sich dieses nachträglich als unrichtig erweist<sup>139</sup>. Ein unrichtiges Zeugnis gilt als «Gefahrenquelle», weil sich eine zukünftige Arbeitgeberin darauf verlassen und die Ausstellerin für allfällige Schäden haftet<sup>140</sup>. Die Arbeitgeberin hat daher ein schützenswertes Interesse, das Arbeitszeugnis zurückzuverlangen oder dessen Verwendung zu untersagen<sup>141</sup>. Dies gilt nicht nur für irrtümlich, sondern auch für bewusst zu gut ausgestellte Arbeitszeugnisse<sup>142</sup>. Kann die Arbeitgeberin den Nachweis erbringen, dass sie den Arbeitnehmer aufforderte, das unrichtige Arbeitszeugnis aus dem Verkehr zu ziehen und kommt der Arbeitnehmer dieser Aufforderung nicht nach, haftet die Arbeitgeberin gegenüber Dritten nicht mehr<sup>143</sup>. Die Arbeitgeberin ist nicht verpflichtet, den Rückgabeanspruch gericht-

lich durchzusetzen. Die Ausstellung des neuen, berechtigten Arbeitszeugnisses erfolgt Zug um Zug gegen Rückgabe des alten Arbeitszeugnisses<sup>144</sup>.

Ohne Zustimmung des Arbeitnehmers darf die bisherige Arbeitgeberin der (potentiellen) neuen Arbeitgeberin das Arbeitszeugnis nicht zur Kenntnis bringen<sup>145</sup>.

### b) Verantwortlichkeit gegenüber dem Arbeitnehmer

Stellt die Arbeitgeberin kein Arbeitszeugnis aus, obwohl der Arbeitnehmer eines verlangte, haftet sie nach Art. 97 OR für den dem Arbeitnehmer dadurch entstandenen Schaden<sup>146</sup>. Wird das Arbeitszeugnis verspätet ausgestellt, richtet sich die Haftung für die Verzugsfolgen nach Art. 103 OR<sup>147</sup>. Die Arbeitgeberin haftet auch, wenn sie ein Arbeitszeugnis ausstellt, das nicht den Regeln für die Ausstellung von Arbeitszeugnissen entspricht (Art. 97 OR)<sup>148</sup>.

### c) Fälschung durch den Arbeitnehmer

Fälscht der Arbeitnehmer ein Arbeitszeugnis seiner bisherigen Arbeitgeberin oder verfasst er gar das Zeugnis ohne ihre Kenntnis in deren Namen und bildet dieses eine Grundlage für die Anstellung bei der neuen Arbeitgeberin, hat er mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Anfechtung wegen Willensmangels oder – alternativ – Kündigung) und Schadenersatzfolgen zu rechnen<sup>149</sup>.

Die Arbeitgeberin kann sich dagegen schützen, indem sie sich im Bewerbungsverfahren die Originalzeugnisse vorlegen lässt.

<sup>137</sup> Brühwiler (FN 98), Art. 330a OR N 9; Oliver Kälin, Haftung des Arbeitgebers gegenüber Dritten für unwahre Arbeitszeugnisse, SJZ 103/2007, 113 ff., 115 ff.; Wolfgang Portmann/Przemyslaw Przekaz, Haftung des Arbeitgebers gegenüber Dritten für fehlerhafte Arbeitszeugnisse – Delikts- oder Vertrauenshaftung?, ArbR 2012, 13 ff., 32 ff.; BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 330a N 11; BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 330a OR N 26; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 330a OR N 7; BGE 101 II 69.

<sup>138</sup> Die Zeugnisausstellerin wurde gegenüber der neuen Arbeitgeberin schadenersatzpflichtig, weil sie im Arbeitszeugnis keinerlei Hinweise auf eine Veruntreuung anbrachte und den Arbeitnehmer trotz des Vorfalls weiterempfahl. Bei der neuen Arbeitgeberin beging der Arbeitnehmer eine noch grössere Veruntreuung und die Zeugnisausstellerin musste einen Teil des Schadens ersetzen.

<sup>139</sup> PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 330a OR N 3; BGer 4A\_290/2017, 12.3.2018, E. 6.

<sup>140</sup> ZK-Staehelin (FN 1), Art. 330a OR N 16.

<sup>141</sup> PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 330a OR N 3.

<sup>142</sup> BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 330a OR N 18.

<sup>143</sup> Brühwiler (FN 98), Art. 330a OR N 6; BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 330a OR N 18.

<sup>144</sup> ZK-Staehelin (FN 1), Art. 330a OR N 16.

<sup>145</sup> PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 330a OR N 8.

<sup>146</sup> Brühwiler (FN 98), Art. 330a OR N 9; KUKO OR-Pietruszak (FN 6), Art. 330a N 15; BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 330a N 11; ZK-Staehelin (FN 1), Art. 330a OR N 24; BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 330a OR N 25.

<sup>147</sup> BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 330a OR N 25.

<sup>148</sup> CHK OR-Emmel (FN 17), Art. 330a N 3; KUKO OR-Pietruszak (FN 6), Art. 330a N 15; BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 330a OR N 25; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 330a OR N 7.

<sup>149</sup> Oben IV.2; BGE 132 III 242 E. 4.

## d) Strafrechtliche Sanktionen

Das Arbeitszeugnis gilt als Urkunde im strafrechtlichen Sinn und als Zeugnis nach Art. 252 StGB. Sowohl die Arbeitgeberin, die ein falsches Zeugnis ausstellt, als auch der Arbeitnehmer, der ein Zeugnis fälscht, riskieren daher, sich der Fälschung von Ausweisen schuldig zu machen<sup>150</sup>. Um eine Urkundenfälschung (Art. 251 StGB) handelt es sich, wenn nicht nur die Erleichterung des Fortkommens im Vordergrund steht, sondern es darum geht, sich oder andern einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen oder Dritte zu schädigen<sup>151</sup>. Bei der Urkundenfälschung sowie der Fälschung von Ausweisen handelt es sich um Officialdelikte.

## 2. Referenzauskünfte

## a) Voraussetzungen und Inhalt

Referenzen dürfen von der bisherigen und der potentiellen neuen Arbeitgeberin nur erteilt bzw. eingeholt werden, wenn der Arbeitnehmer zustimmt<sup>152</sup>. Die blosser Auflistung früherer Arbeitgeberinnen im Lebenslauf, deren Nennung im Bewerbungsgespräch oder das Beilegen von Arbeitszeugnissen von früheren Arbeitgeberinnen stellen keine ausreichende Zustimmung zur Referenzerteilung dar<sup>153</sup>. Umgekehrt hat der Arbeitnehmer gestützt auf die (nachwirkende) Fürsorgepflicht Anspruch darauf, dass die alte Arbeitgeberin Referenzen erteilt<sup>154</sup>. Inhaltlich müssen sich die Referenzen an den Rahmen von Art. 328b OR und an die Zeugnisgrundsätze halten<sup>155</sup>. Der Arbeitnehmer hat sowohl gegenüber der alten als auch der (potentiellen) neuen Arbeitgeberin Anspruch auf schrift-

liche Auskunft über den Inhalt der Referenz (Art. 8 DSGVO)<sup>156</sup>.

## b) Verantwortlichkeit der bisherigen Arbeitgeberin

Die bisherige Arbeitgeberin, die nicht autorisierte oder objektiv falsche Referenzauskunft erteilt oder solche verweigert, verletzt die (nachwirkende) Fürsorgepflicht und allenfalls die Datenschutzrechte des Arbeitnehmers. Sie setzt sich dem Risiko aus, Schadenersatz und – im Falle einer Persönlichkeitsverletzung – Genugtuung leisten zu müssen und gerichtlich zur Erteilung bzw. Unterlassung von Referenzen verpflichtet zu werden<sup>157</sup>.

Herabsetzende Referenzauskünfte können allenfalls unlauter nach Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG sein<sup>158</sup>, gegen die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers verstossen (Art. 28 ZGB, Art. 328 OR) oder seine Ehre verletzen (Art. 173 ff. StGB).

## c) Verantwortlichkeit der potentiellen neuen Arbeitgeberin

Holt die potentielle neue Arbeitgeberin bei der aktuellen Arbeitgeberin ungerechtfertigt eine Referenzauskunft ein und führt dies zum Stellenverlust oder sonstigen Nachteilen für den Arbeitnehmer (bspw. eine ausbleibende Beförderung), können die Voraussetzungen einer Haftung aus culpa in contrahendo erfüllt sein<sup>159</sup>. Ausserdem können Ansprüche aus Persönlichkeits- und Datenschutz gegeben sein<sup>160</sup>.

<sup>150</sup> BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 330a OR N 26; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 330a OR N 7.

<sup>151</sup> BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 330a OR N 26; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 330a OR N 7.

<sup>152</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 328b N 39, 43; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 330a OR N 8.

<sup>153</sup> Brühwiler (FN 98), Art. 320 OR N 8e; CHK OR-Emmel (FN 17), Art. 330a N 2a; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 330a OR N 8.

<sup>154</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 328b N 43; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 330a OR N 8.

<sup>155</sup> BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 330a OR N 27; BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 328b N 43; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 330a OR N 8.

<sup>156</sup> BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 320 OR N 4; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 330a OR N 8.

<sup>157</sup> Brühwiler (FN 98), Art. 330a OR N 10f; BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 320 OR N 4, Art. 330a OR N 27; BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 320 N 15 f., Art. 328b N 43, Art. 330a N 12; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 330a OR N 8; BGer, 4A\_90/2016, 25.8.2016, E. 9.2; BGer, 4A\_117/2013, 31.7.2013, E. 2.2.1.

<sup>158</sup> Meier-Gubser (FN 87), 1490 f.

<sup>159</sup> BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 320 OR N 8, Art. 330a OR N 7; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 320 OR N 14.

<sup>160</sup> PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 320 OR N 14.



## VI. Kommunikation durch die bisherige Arbeitgeberin

Die Kommunikation der bisherigen Arbeitgeberin kann sich auch ausserhalb von Arbeitszeugnis und Referenzen auf eine Neuanstellung des Arbeitnehmers auswirken, so bspw. wenn die Adressaten der Kommunikation diese weiterverbreiten, sie in die Medien oder Internet-Blogs gelangt und potentielle neue Arbeitgeberinnen von für den Arbeitnehmer nachteiligen Informationen Kenntnis erhalten.

Die Arbeitgeberin hat die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen (Art. 328 OR), wobei diese Pflicht durch die berechtigten Eigeninteressen der Arbeitgeberin begrenzt ist<sup>161</sup>. Grundsätzlich ist es erlaubt, dass sie die Mitarbeiter über den Austritt des Arbeitnehmers sachlich informiert; die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses betrifft nicht die Geheimnissphäre des Arbeitnehmers<sup>162</sup>. Aus arbeitsorganisatorischen Gründen gilt dies auch mit Bezug auf den Austritt bei einer Freistellung<sup>163</sup>.

Das Arbeitsgericht Zürich erachtete den Versand einer Massen-E-Mail-Orientierung über den Austritt des Arbeitnehmers an alle Mitarbeiter eines Konzerns als mit seinen Persönlichkeitsrechten vereinbar, da die Eigeninteressen der Arbeitgeberin in der Gestalt der unternehmensinternen Transparenz diesen rechtfertigen würde. Es könne von einer Arbeitgeberin grundsätzlich nicht verlangt werden, dass sie Personalmutationen geheim halte, da dies die internen Abläufe unnötig verkomplizieren und dem Ansehen des Unternehmens schaden könne. Hingegen sei es nicht zulässig, der Belegschaft die Gründe der Entlassung mitzuteilen. Die Arbeitgeberin wurde wegen Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers zur Bezahlung einer Genugtuung verpflichtet<sup>164</sup>.

Die öffentliche Bekanntmachung der Trennung von einem Kadermitarbeiter ist dann zulässig, wenn dies durch ein überwiegendes Informationsbedürfnis ge-

rechtfertigt ist<sup>165</sup>. Eine entsprechende Medienmitteilung muss wahr sein, darf den Arbeitnehmer nicht in ein falsches Licht stellen und darf nicht unnötig verletzend sein<sup>166</sup>. Bei börsenkotierten Unternehmungen verlangen die börsenrechtlichen ad hoc-Publizitätsvorschriften die Meldung von kursrelevanten Tatsachen, wozu auch die arbeitsvertragliche Trennung von Mitgliedern des Managements gehört (Art. 53 f. Kotierungsreglement, Art. 5 ff. Richtlinie Ad hoc-Publizität).

Das Bundesgericht erachtete es auch als zulässig, dass die bisherige Arbeitgeberin die zukünftige Arbeitgeberin darüber orientierte, dass der Arbeitnehmer einem nachvertraglichen Konkurrenzverbot untersteht<sup>167</sup>.

## VII. Vorzeitiger Stellenantritt

Ein vorzeitiger Stellenantritt kommt in der Praxis vor, wenn der Arbeitnehmer freigestellt ist oder am Schluss des Arbeitsverhältnisses sein Ferien- oder Mehrarbeitsguthaben bezieht und nicht mehr arbeiten muss. Gelegentlich wird dem Arbeitsverhältnis auch durch Vertragsbruch ein Ende gesetzt.

### 1. Stellenantritt während der Freistellung

#### a) Stellenantrittsverbot

Wurde der Arbeitnehmer freigestellt, das heisst von der Pflicht zur Arbeitsleistung befreit, ohne dass sein Lohnanspruch wegfällt, stellt sich die Frage, ob ihm der Antritt einer neuen Stelle vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin untersagt werden kann. Die Berechtigung zur Anordnung eines Stellenantrittsverbots setzt ein berechtigtes Interesse der Arbeitgeberin an der Unterlassung bestimmter Tätigkeiten während der Freistellung voraus<sup>168</sup>. Solche liegen in der Regel vor, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitgeberin durch den Stellenantritt konkurrenzieren oder auf andere Weise schädigen würde<sup>169</sup>.

<sup>161</sup> AGer ZH, AN060777, 4.9.2008, in: Entscheide Arbeitsgericht Zürich 2008, Nr. 11.

<sup>162</sup> PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 328 OR N 8; AGer ZH, AN060777, 4.9.2008, in: Entscheide Arbeitsgericht Zürich 2008, Nr. 11; OGer ZH, LA130033, 21.11.2013, E. 3.

<sup>163</sup> PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 328 OR N 8.

<sup>164</sup> AGer ZH, AN060777, 4.9.2008, in: Entscheide Arbeitsgericht Zürich 2008, Nr. 11.

<sup>165</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 328 N 24b.

<sup>166</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 328 N 24b.

<sup>167</sup> BGer, 4A\_558/2009, 5.3.2010, E. 7.2.

<sup>168</sup> Blesi (FN 22), Rz 427.

<sup>169</sup> Blesi (FN 22), Rz 428.

Wie dargelegt, darf der Arbeitnehmer die Arbeitgeberin nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses konkurrenzieren und deren Kunden, Mitarbeiter und Lieferanten abwerben, es sei denn, er hat ein gültiges nachvertragliches Konkurrenzverbot vereinbart, das ihm die Konkurrenzierung und das Abwerben von Kunden verbietet<sup>170</sup>. Aus dem Nichtabschluss eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots darf jedoch nicht auf die fehlende Schwärze der Interessen der Arbeitgeberin bis zum Vertragsabschluss geschlossen werden, weil die Arbeitgeberin grundsätzlich bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses davon ausgehen darf, vom Arbeitnehmer nicht konkurrenziert zu werden<sup>171</sup>.

Der vorzeitige Stellenantritt ist somit immer dann unzulässig, wenn dadurch die bisherige Arbeitgeberin geschädigt, insbesondere konkurrenziert wird, und zwar unabhängig davon, ob ein nachvertragliches Konkurrenzverbot vereinbart wurde oder nicht<sup>172</sup>. Dies ergibt sich bereits aus der Treuepflicht, die auch ohne ausgesprochenes Stellenantrittsverbot zu beachten ist<sup>173</sup>. Bei der Prüfung, ob das nachvertragliche Konkurrenzverbot zeitlich übermässig lange ist, ist die Nichtkonkurrenzverpflichtung während der Freistellungszeit mitzubersichtigen, ohne dass diese aber in jedem Fall an die Konkurrenzverbotsdauer anzurechnen wäre<sup>174</sup>.

Umgekehrt ist der vorzeitige Stellenantritt während der Freistellung zulässig, wenn der Arbeitnehmer dadurch seine Treuepflicht nicht verletzt<sup>175</sup>.

#### b) Anrechnungspflicht

Tritt der Arbeitnehmer unter Wahrung seiner Treuepflicht<sup>176</sup> während der Freistellung die neue Stelle an, sind mit Bezug auf die Anrechnung des bei der neuen Arbeitgeberin erzielten Ersatzverdienstes an die Lohnzahlungen der bisherigen Arbeitgeberin zwei

Konstellationen zu unterscheiden<sup>177</sup>: Stimmt der Arbeitnehmer der Freistellung bspw. im Rahmen einer Freistellungs- oder Aufhebungsvereinbarung zu, kommt ein Erlassvertrag nach Art. 115 OR zustande. Stimmt er nicht zu, dürfte ein Annahmeverzug nach Art. 324 OR vorliegen<sup>178</sup>. Im ersten Fall muss sich der Arbeitnehmer den Ersatzverdienst nur anrechnen lassen, wenn dies vereinbart ist, im zweiten Fall dagegen umgekehrt nur dann nicht, wenn die Arbeitgeberin auf die Anrechnung verzichtet (Art. 324 Abs. 2 OR)<sup>179</sup>.

Ob den Arbeitnehmer bei Bestehen einer Anrechnungspflicht eine Schadenminderungspflicht trifft, ist nicht klar<sup>180</sup>. Gestützt auf *Blesi* verneinte das Arbeitsgericht Zürich in einem Entscheid aus dem Jahr 2016 eine Schadenminderungspflicht des freigestellten Arbeitnehmers bzw. eine Pflicht zur Stellensuche bzw. zum Antritt einer neuen Stelle. Einzig ein absichtlich unterlassener Verdienst führe gemäss Art. 324 Abs. 2 OR zu dessen Anrechnung an die Lohnforderung. Es bestehe jedoch eine Obliegenheit zum Antritt einer geeigneten Stelle, wenn ein freigestellter Arbeitnehmer rasch nach Beginn seiner Freistellung mit einer neuen Arbeitgeberin einen Vertrag abschliessen könne. In dieser Situation sei er gehalten, die Stelle bei der neuen Arbeitgeberin baldmöglichst, noch während der Freistellung, anzutreten. Andernfalls müsse er sich ein absichtliches Unterlassen nach Art. 324 Abs. 2 OR vorwerfen lassen<sup>181</sup>. Das Bundesgericht stellte demgegenüber fest, für die Anrechnung eines hypothetischen Lohnes seien die Umstände des konkreten Einzelfalls massgebend, sofern in zumutbarer Weise vom Arbeitnehmer erwartet werden dürfe, dass er eine andere Arbeit aufnehme. Die Arbeitgeberin müsse beweisen, dass der Arbeitnehmer einen anrechenbaren Lohn erworben habe oder hätte erwerben können; der Arbeitnehmer wiederum müsse nach Treu und Glauben mitwirken. Die-

<sup>170</sup> Oben II.2.a).

<sup>171</sup> *Blesi* (FN 22), Rz 430.

<sup>172</sup> Zu den möglichen Sanktionen bei Verletzung des Stellenantrittsverbots vgl. oben II.6.

<sup>173</sup> *PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph* (FN 1), Art. 324 OR N 13.

<sup>174</sup> *Blesi* (FN 22), Rz 432; *PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph* (FN 1), Art. 340a OR N 3.

<sup>175</sup> *PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph* (FN 1), Art. 324 OR N 13.

<sup>176</sup> Oben II.

<sup>177</sup> *Blesi* (FN 22), Rz 371; *OR I-Portmann/Rudolph* (FN 1), Art. 324 N 7; *PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph* (FN 1), Art. 324 OR N 13; *AGer ZH*, AG090315, 9.1.2013, in: *Entscheide Arbeitsgericht Zürich* 2013, Nr. 9, bestätigt vom *OGer ZH*, LA 130006, 14.5.2014, E. 4.1.a, in: *JAR* 2015, 600 ff., 601 f.

<sup>178</sup> Die juristische Einordnung der Freistellung ist umstritten, vgl. dazu *PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph* (FN 1), Art. 324 OR N 13.

<sup>179</sup> Zur bestehenden Anrechnungspflicht vgl. *BGer*, 4A\_362/2015, 1.12.2015, E. 5.2.

<sup>180</sup> Zu den unterschiedlichen Auffassungen vgl. ausführlich *Blesi* (FN 22), Rz 372 ff.

<sup>181</sup> *Blesi* (FN 22), Rz 392; *AGer ZH*, AG140190, 14.6.2016, in: *Entscheide Arbeitsgericht Zürich* 2016, Nr. 13.

ser Beweis sei hinsichtlich des hypothetischen Ersatzverdienstes schwierig. Grundsätzlich genüge es, wenn die Arbeitgeberin beweise, dass es im betroffenen Beruf zur massgeblichen Zeit eine Nachfrage nach Arbeitskräften gegeben habe<sup>182</sup>.

c) Anordnung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei vorzeitigem Stellenantritt

Der Antritt einer neuen Stelle während der Freistellung beendet das bisherige Arbeitsverhältnis nicht automatisch<sup>183</sup>. In der Praxis sind in Freistellungserklärungen häufig Formulierungen anzutreffen, wonach das Arbeitsverhältnis mit dem Antritt einer neuen Stelle per sofort endet. Solche Klauseln sind unwirksam und lassen sich im Streitfall nicht durchsetzen.

Mit der Freistellungserklärung kann die Arbeitgeberin nicht einseitig anordnen, dass das Arbeitsverhältnis bei allfälligem Antritt einer neuen Stelle durch den Freigestellten vorzeitig beendet wird<sup>184</sup>. Eine vorzeitige Beendigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses kann jedoch (bspw. in einer Freistellungs- oder Aufhebungsvereinbarung) vereinbart werden, womit das neue das bisherige Arbeitsverhältnis ablöst und nicht zwei Arbeitsverhältnisse gleichzeitig bestehen<sup>185</sup>.

## 2. Stellenantritt während des Ferienbezugs

### a) Allgemeines zur Ferienarbeit

Leistet der Arbeitnehmer während der Ferien entgeltliche Arbeit für einen Dritten und werden dadurch die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin verletzt, kann sie nach Art. 329d Abs. 3 OR den Ferienlohn verweigern und bereits bezahlten Ferienlohn zurückverlangen. Dies ist grundsätzlich der Fall bei Konkurrenzierung der Arbeitgeberin oder bei Tätigkeiten, die den Erholungszweck der Ferien ver-

eiteln, weil daraus bei Wiederaufnahme der Arbeit eine stark herabgesetzte Leistungsfähigkeit resultiert<sup>186</sup>. Die Regelung gilt analog, wenn der Arbeitnehmer unentgeltlich oder für ein eigenes Geschäft Arbeit leistet, sofern er dadurch die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin in vergleichbar schwerer Weise verletzt wie durch entgeltliche Arbeit für einen Dritten<sup>187</sup>. Ferienarbeit kann jedoch dem Erholungszweck ebenso dienen wie etwa eine passive Ferienverbringung, etwa wenn ein Mitarbeiter einer Anwaltskanzlei in seinen Ferien als Skilehrer tätig ist; in diesen Fällen verstösst er nicht gegen die Interessenwahrungspflicht gegenüber der Arbeitgeberin<sup>188</sup>. Erforderlich ist eine Interessenabwägung im Einzelfall zwischen den berechtigten Interessen der Arbeitgeberin am Verzicht auf die Ferienarbeit und dem Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers, über seine Freizeit und Ferien frei zu verfügen, weil er sich der Arbeitgeberin grundsätzlich nur für die Arbeitszeit verpflichtet.

Verletzt der Arbeitnehmer durch die Ferienarbeit die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin und damit die Treuepflicht, ist der Anspruch auf Ferienlohn verwirkt, allerdings nur für diejenigen Tage und Stunden, in denen Ferienarbeit geleistet wird<sup>189</sup>. Die Ferien gelten als bezogen<sup>190</sup> und die Arbeitgeberin kann bereits bezahlten Ferienlohn zurückfordern, sofern er in Unkenntnis der Ferienarbeit geleistet wurde (Art. 63 Abs. 1 OR)<sup>191</sup>. Insofern ist der Schadenersatz in der Höhe des jeweiligen Ferienlohns pauschaliert<sup>192</sup>. Der Rückforderungsanspruch kann mit den Lohnforderungen des Arbeitnehmers verrechnet werden. Die Verrechnungsbeschränkung von Art. 323b Abs. 2 OR gilt nicht, weil die Veranlassung der Arbeitgeberin zur Bezahlung von nutzlos aufgewende-

<sup>182</sup> BGer, 4A\_362/2015, 1.12.2015, E. 5.2.

<sup>183</sup> PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 324 OR N 13.

<sup>184</sup> Alfred Blesi, Stellenantritt vor dem Ende des auslaufenden Arbeitsverhältnisses, Unterlagen zum Referat vom 2.12.2011 an der St. Galler Tagung zum Arbeitsrecht, 9; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 324 OR N 13.

<sup>185</sup> Blesi (FN 184), 9; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 324 OR N 13.

<sup>186</sup> Brühwiler (FN 98), Art. 329 OR N 5; KUKO OR-Pietruszak (FN 6), Art. 329d N 9; ZK-Staehelin (FN 1), Art. 329d OR N 18; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 321a OR N 7, Art. 329d OR N 16; BGer, 18.12.1996, in: JAR 1997, 182 ff., 183; ER Winterthur, 26.1.1998, in: JAR 1999, 206 ff., 207.

<sup>187</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 329d N 17; BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 329d OR N 17.

<sup>188</sup> Vischer/Müller (FN 118), § 17 Rz 38.

<sup>189</sup> KUKO OR-Pietruszak (FN 6), Art. 329d N 10; ZK-Staehelin (FN 1), Art. 329d OR N 19.

<sup>190</sup> PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 321a OR N 7, Art. 329d OR N 17.

<sup>191</sup> KUKO OR-Pietruszak (FN 6), Art. 329d N 10; BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 329d OR N 17. Zu den übrigen möglichen Sanktionen vgl. oben II.6.

<sup>192</sup> BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 329d OR N 17; ER Winterthur, 26.1.1998, in: JAR 1999, 206 ff., 207.

tem Ferienlohn als absichtliche Schädigung zu betrachten ist<sup>193</sup>. Gegebenenfalls kann die Arbeitgeberin auch über den Anspruch von Art. 329d Abs. 3 OR hinaus Schadenersatz nach Art. 321e OR geltend machen<sup>194</sup>.

Das Verbot der unerlaubten Ferienarbeit ist absolut zwingend<sup>195</sup>. Ein vereinbartes Verbot jeder entgeltlichen Arbeit während den Ferien wäre daher unbeachtlich<sup>196</sup>. Verständigen sich hingegen die Arbeitsvertragsparteien über eine bestimmte anderweitige Ferientätigkeit, findet Art. 329d Abs. 3 OR keine Anwendung, da es an einer Interessenkollision fehlt<sup>197</sup>.

### b) Stellenantritt

Auch wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses vereinbarungsgemäss Ferien bezieht und für die bisherige Arbeitgeberin nicht mehr arbeiten muss, ist er an die Treuepflicht gebunden und hat die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin zu wahren<sup>198</sup>. Beginnt der Arbeitnehmer bspw. während des Ferienbezugs bei einer neuen Arbeitgeberin zu arbeiten und verletzt er dadurch die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der alten Arbeitgeberin, weil er sie bspw. um einen umsatzbringenden Auftrag bringt, verstösst er gegen die Treuepflicht<sup>199</sup>. Der Ferienlohn ist nach Art. 329d Abs. 3 OR nicht geschuldet, und der Arbeitnehmer kann allenfalls zu zusätzlichem Schadenersatz ver-

pflichtet werden (Art. 321e OR)<sup>200</sup>. Von der neuen Arbeitgeberin hat der Arbeitnehmer den vereinbarten Lohn zugute.

Anders verhält es sich, wenn der bisherigen Arbeitgeberin durch den vorzeitigen Stellenantritt des Arbeitnehmers keine Nachteile erwachsen. Dies ist etwa der Fall, wenn die neue Arbeit nicht konkurrenzisiert oder die Tätigkeit für eine konkurrenzierende Arbeitgeberin keine konkrete Schädigungsmöglichkeit der alten Arbeitgeberin in sich birgt<sup>201</sup> und auch sonst nicht gegen die Interessenwahrungspflicht verstossen wird. Die Frage der Vereitelung des Erholungszwecks stellt sich für die alte Arbeitgeberin nicht mehr, weil der Arbeitnehmer bei ihr keine Arbeit mehr zu leisten hat und keine Gefahr besteht, dass er unausgeruht an die Arbeit zurückkehrt. Der Arbeitnehmer hat also sowohl den Ferienlohn von der bisherigen als auch den vereinbarten Lohn von der neuen Arbeitgeberin zugute. Für eine Anrechnungspflicht des bei der neuen Arbeitgeberin erzielten Lohns an die Lohnzahlungen der alten Arbeitgeberin fehlt die Rechtsgrundlage. Die Anrechnung könnte wegen des zwingenden Charakters von Art. 329d Abs. 1 und 3 OR (Art. 341, 361 und 362 OR) – ausserhalb eines echten Vergleichs – auch nicht vereinbart werden.

### 3. Stellenantritt während der Mehrstundenkompensation

Die Treuepflicht gilt auch, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses vertragsgemäss Mehrstunden mit Freizeit kompensiert (Art. 321c Abs. 2 OR, Art. 13 Abs. 2 ArG)<sup>202</sup>. Verletzt der Arbeitnehmer durch den Stellenantritt während der Mehrstundenkompensation die Treuepflicht, kann er gegebenenfalls von der bisherigen Arbeitgeberin – bspw. für nachgewiesenen Umsatzverlust – zu Schaden-

<sup>193</sup> Brühwiler (FN 98), Art. 329 OR N 5; KUKO OR-Pietruszak (FN 6), Art. 329d N 10; BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 1), Art. 329d N 18; BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 329d OR N 17; ZK-Staehelin (FN 1), Art. 329d OR N 19; a.M. PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329d OR N 17.

<sup>194</sup> BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 329d OR N 17; ZK-Staehelin (FN 1), Art. 329d OR N 19; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329d OR N 17; BGer, 4A\_172/2012, 22.8.2012, E. 9.1.

<sup>195</sup> ZK-Staehelin (FN 1), Art. 329d OR N 22; PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 329d OR N 18.

<sup>196</sup> ZK-Staehelin (FN 1), Art. 329d OR N 22.

<sup>197</sup> BK-Rehbinder/Stöckli (FN 3), Art. 329d OR N 17; ZK-Staehelin (FN 1), Art. 329d OR N 22.

<sup>198</sup> KGer GR, 19.2.2008, in: JAR 2009, 536 ff., 536; ER Winterthur, 26.1.1998, in: JAR 1999, 206 ff., 207 f.

<sup>199</sup> KGer GR, 19.2.2008, in: JAR 2009, 536 ff., 536; ER Winterthur, 26.1.1998, in: JAR 1999, 206 ff., 207 ff.

<sup>200</sup> Oben VII.2.a). Vgl. aber KGer GR, 19.2.2008, in: JAR 2009, 536 ff., 537, das – schwer nachvollziehbar – von einem ungerechtfertigten fristlosen Verlassen des Arbeitsplatzes durch den Arbeitnehmer ausging, obwohl sich die Parteien über die Ferien- und Mehrstundenkompensation bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses einig waren, was m.E. dazu führen würde, dass das per Austritt offene Ferienguthaben auszuzahlen wäre.

<sup>201</sup> ER Winterthur, 26.1.1998, in: JAR 1999, 206 ff., 207 ff.

<sup>202</sup> KGer GR, 19.2.2008, in: JAR 2009, 536 ff., 537.

ersatz verpflichtet werden (Art. 321e OR)<sup>203</sup>. Abgesehen von einem allfälligen Erlöschen der Lohnforderung des Arbeitnehmers zufolge Verrechnung mit Schadenersatzforderung, bleibt die bisherige Arbeitgeberin zur Lohnzahlung verpflichtet. Für eine Verweigerung der Auszahlung des Lohns während der Mehrstundenkompensation fehlt, anders als bei Art. 329d Abs. 3 OR, die Rechtsgrundlage. Gegenüber der neuen Arbeitgeberin hat der Arbeitnehmer Anspruch auf den vereinbarten Lohn.

Verletzt der Arbeitnehmer durch den Stellenantritt die Treuepflicht nicht, hat er sowohl gegenüber der bisherigen als auch der neuen Arbeitgeberin für die entsprechende Zeit einen Lohnanspruch.

Gleich wie beim Ferienlohn, fehlt auch beim Lohnanspruch während der Mehrstundenkompensation eine Anspruchsgrundlage für die Anrechnung des bei der neuen Arbeitgeberin während derselben Zeit verdienten Lohns. Meines Erachtens lässt der dispositive Charakter von Art. 321c Abs. 2 OR<sup>204</sup> die vertragliche Vereinbarung einer Anrechnungspflicht zu, wohingegen eine solche bei der vereinbarten Überzeitkompensation nach Art. 13 Abs. 2 ArG ausserhalb des 60-Stunden-Sockels ausgeschlossen ist.

#### 4. Vertragsbruch

Beendet der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis mit der bisherigen Arbeitgeberin fristlos, um ohne Einhaltung der Kündigungsfrist oder Abwarten des Vertragsablaufs bei der künftigen Arbeitgeberin die Stelle anzutreten, begeht er Vertragsbruch im Sinne von Art. 337d OR<sup>205</sup>. Das Arbeitsverhältnis wird trotz vertragswidrigen Verhaltens beendet und die Arbeit-

geberin ist auf einen Schadenersatzanspruch beschränkt (Monatsviertel und weiterer Schaden)<sup>206</sup>.

Fristloses Verlassen der Arbeitsstelle im Sinne von Art. 337d OR setzt nach der strengen Rechtsprechung des Bundesgerichts voraus, dass der Arbeitnehmer die weitere Erbringung der Arbeitsleistung bewusst, absichtlich und endgültig verweigert<sup>207</sup>, er also das Arbeitsverhältnis nicht mehr fortsetzen will. Die Aufnahme einer Arbeit bei einer anderen Arbeitgeberin ist ein Verhalten, das unter Berücksichtigung der gesamten Umstände die Annahme, der Arbeitnehmer habe die Arbeitsstelle definitiv verlassen oder gehe ebenfalls davon aus, das Arbeitsverhältnis sei beendet, rechtfertigen kann<sup>208</sup>. Ein ungerechtfertigtes Verlassen der Arbeitsstelle kann jedoch nur vorliegen, wenn eine Arbeitspflicht bestanden hätte, wenn also der Arbeitnehmer nicht ein vertragliches oder gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht geltend machen kann<sup>209</sup>. Tritt der Arbeitnehmer während der bis zum Vertragsende dauernden Freistellung oder der vereinbarten Ferien- oder Mehrstundenkompensation eine neue Stelle an, liegt m.E. kein Vertragsbruch im Sinne von Art. 337d OR vor und zwar unabhängig davon, ob er damit die Treuepflicht verletzt oder nicht<sup>210</sup>. In diesen Konstellationen macht der Arbeitnehmer von seinem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch, das ihm den Stellenantritt überhaupt erst ermöglicht. Verletzt er durch den vorzeitigen Stellenantritt die Treuepflicht, kann die Arbeitgeberin darauf mit den zur Verfügung stehenden Sanktionen reagieren<sup>211</sup>.

Die Abwerbung des Arbeitnehmers durch die zukünftige Arbeitgeberin ist nicht grundsätzlich unlauter, sondern nur bei besonderen Umständen. Solche besonderen Umstände liegen vor, wenn die Personalabwerbung in Verbindung mit einer Verleitung zum Vertragsbruch nach Art. 337d OR erfolgt. Die Verleitung des Arbeitnehmers zum Vertragsbruch durch

<sup>203</sup> Zu den übrigen möglichen Sanktionen vgl. oben II.6. Vgl. aber KGer GR, 19.2.2008, in: JAR 2009, 536 ff., 537, das – schwer nachvollziehbar – von einem ungerechtfertigten fristlosen Verlassen des Arbeitsplatzes durch den Arbeitnehmer ausging, obwohl sich die Parteien über die Ferien- und Mehrstundenkompensation bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses einig waren, was m.E. dazu führen würde, dass der per Austritt offene Mehrarbeitssaldo ausbezahlt wäre, soweit die Entschädigung für Überstunden nicht gültig wegbedungen wurde (Art. 321c Abs. 3 OR, Art. 13 ArG).

<sup>204</sup> PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 321c OR N 13.

<sup>205</sup> Vgl. ausführlich zum Vertragsbruch Werner Gloor, Der Vertragsbruch des Arbeitnehmers, ARV 2013, 198 ff.

<sup>206</sup> Die Arbeitspflicht lässt sich wegen des zwingenden Charakters von Art. 337d OR nicht durch eine Vertragsstrafe absichern, Gloor (FN 205), 212.

<sup>207</sup> PraKomm-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 1), Art. 337d OR N 2 mit Rechtsprechungsübersicht; BGer, 4A\_337/2013, 12.11.2013, E. 3.

<sup>208</sup> BGer, 4A\_337/2013, 12.11.2013, E. 2.4.

<sup>209</sup> Gloor (FN 205), 204.

<sup>210</sup> Oben VII.1, VII.2; a.M. KGer GR, 19.2.2008, in: JAR 2009, 536 ff.

<sup>211</sup> Oben II.6, VII.2, VII.3.

die zukünftige Arbeitgeberin verstösst gegen Art. 2 UWG<sup>212</sup>.

## VIII. Arbeitsgesetzliche Maximalgrenzen pro Kalenderjahr

Im Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes stellen sich beim Stellenwechsel überall dort Fragen, wo die zwingenden Arbeitszeitvorschriften mit Kalenderjahr-optik Maximalgrenzen vorschreiben.

### 1. 60-Stunden-Sockel<sup>213</sup>

Nach Art. 13 Abs. 1 ArG hat die Arbeitgeberin Überzeit zwingend durch Lohn samt Zuschlag von 25% zu entschädigen, sofern nicht mit dem Arbeitnehmer ein Zeitausgleich vereinbart wurde. Für Büropersonal sowie technische und andere Angestellte, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels, greift die obligatorische Vergütungspflicht erst ab der 61. Überzeitstunde im Kalenderjahr. Die ersten 60 Überzeitstunden sind dem Arbeitnehmer nur dann mit einem Zuschlag zu vergüten, wenn nicht eine gültige Überstundenwegbedingungsklausel vereinbart wurde (Art. 321c Abs. 3 OR)<sup>214</sup>. Es stellt sich nun die Frage, wie dieser 60-Stunden-Sockel im unterjährigen Arbeitsverhältnis zu verstehen ist.

Das Bundesgericht entschied in einem jüngeren Entscheid ohne nähere Begründung, dass auch für angebrochene Kalenderjahre die vollen 60 Überzeitstunden im Sinne von Art. 13 Abs. 1 ArG nicht entschädigt bzw. kompensiert werden müssen, wenn die Überstunden im betreffenden Arbeitsverhältnis gültig wegbedungen wurden<sup>215</sup>. Dies bedeutet, dass auch bei einem unterjährigen Arbeitsverhältnis die Schwelle bei 60 Überzeitstunden liegt und nicht pro rata zu kürzen ist. Bei einem Stellenwechsel kann sich somit sowohl die alte als auch die neue Arbeitgeberin auf den vollen entschädigungsfreien 60-Stunden-Sockel

<sup>212</sup> Frick (FN 10), 104 ff.

<sup>213</sup> Ausführlich Roger Rudolph, Fünf Mysterien des Arbeitsgesetzes, in: Arbeit und Recht, FS für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2017, 401 ff.

<sup>214</sup> Rudolph (FN 213), 409.

<sup>215</sup> BGer, 4A\_207/2017, 7.12.2017, E. 2.6; a.M. GewSger, GS 2010.73, 5.5.2011, 442 ff.

berufen, sofern die Überstunden im Arbeitsvertrag gültig wegbedungen wurden.

### 2. Übrige Maximalgrenzen

Mit Bezug auf die in Art. 12 Abs. 2 ArG vorgeschriebene maximal zulässige Überzeitarbeit pro Kalenderjahr von 140 (bei einer wöchentlichen Höchst Arbeitszeit von 50 Stunden) bzw. 170 Stunden (bei einer wöchentlichen Höchst Arbeitszeit von 45 Stunden) wird demgegenüber in der Literatur die Meinung vertreten, es handle sich um eine Maximalgrenze pro Arbeitnehmer und Kalenderjahr, die auch dann zur Anwendung gelange, wenn der Arbeitnehmer unterjährig die Stelle wechsle<sup>216</sup>. Folgt man dieser mit dem Gesundheitsschutz begründeten – allerdings wenig praktischen – Auffassung, muss diese m.E. auch mit Bezug auf die anderen Vorschriften im Arbeitsgesetz und in den Verordnungen 1 und 2 zum Arbeitsgesetz gelten, die (durchschnittliche) Maximalgrenzen für das Kalenderjahr vorsehen<sup>217</sup>.

Will man dieser Auffassung folgen, muss dem Arbeitnehmer gegenüber der neuen Arbeitgeberin eine Informationspflicht betreffend der bei der alten Arbeitgeberin geleisteten Arbeitszeit auferlegt werden, damit die Einhaltung der Maximalgrenzen garantiert werden kann<sup>218</sup>.

<sup>216</sup> Thomas Geiser, Flexibilisierung der Arbeitszeiten, in: FS zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 233 ff., 262 f.; Rudolph (FN 213), 410; OFK ArG-Müller/Maduz, Art. 12 N 12, ArG Kommentar, 8. A., Zürich 2017, (zit. OFK ArG-Müller/Maduz); KUKO ArG-Nordmann/Hill, Art. 12 N 34, in: Alfred Blesi/Thomas Pietruszak/Isabelle Wildhaber (Hrsg.), Kurzkomentar ArG, Basel 2018 (zit. KUKO ArG-Nordmann/Hill).

<sup>217</sup> Art. 14 Abs. 3 lit. b ArGV 1 (Pikettdienst), Art. 22 Abs. 2 ArGV 1 (Verlängerung wöchentliche Höchst Arbeitszeit), Art. 33 Abs. 1 und 3 ArGV 1 (Lohn- und Zeitzuschläge bei Nachtarbeit), Art. 37 Abs. 1, Art. 39 Abs. 2 ArGV 1 (Ruhetage beim ununterbrochenen Betrieb), Art. 40 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 lit. a (Abgrenzungskriterien für dauernde bzw. vorübergehende Nacht- und Sonntagsarbeit), Art. 6 ArGV 2 (Verlängerung der wöchentlichen Höchst Arbeitszeit), Art. 7 Abs. 1 lit. b ArGV 2 (Verlängerung Arbeitswoche), Art. 8b Abs. 2 lit. b ArGV 2 (Pikettdienstplanung und -einteilung), Art. 10 ArGV 2 (Dauer der Nachtarbeit), Art. 12 ArGV 2 (Anzahl freie Sonntage), Art. 13 ArGV 2 (Ersatzruhetage), Art. 30a Abs. 1 ArGV 2 (Anbieten von Postdiensten).

<sup>218</sup> OFK ArG-Müller/Maduz (FN 216), Art. 12 N 12; ArG-Nordmann/Hill (FN 216), Art. 12 N 35.

## IX. Fazit

Der Stellenwechsel birgt eine Vielzahl von rechtlichen Problemfeldern; die Palette reicht von kleinen Ärgernissen bis zu für die Beteiligten existentiellen Haftungsfragen.

Im Fokus stehen Verletzungen der Treuepflicht des Arbeitnehmers, insbesondere des Konkurrenz- und Abwerbverbots und der Geheimhaltungsverpflichtungen. Es kann deshalb zur Vermeidung von Streitigkeiten sinnvoll sein, den Arbeitnehmer daran zu erinnern, welche konkreten Interessenwahrungspflichten auch in der letzten Phase des Arbeitsverhältnisses einzuhalten sind und welche möglichen arbeits-, straf- und lauterkeitsrechtlichen Sanktionen bei einer allfälligen Verletzung drohen.

Generell ist allen Beteiligten in der oftmals schwierigen und regelmässig auch kompetitiven Phase des Stellenwechsels zu raten, die vertraglichen Abmachungen und gesetzlichen Vorgaben ernst zu nehmen, damit nicht langdauernde Auseinandersetzungen über Haftungsfragen und sonstige strittige Ansprüche oder gar Straf- und UWG-Prozesse einer professionellen Trennung und intakten Chancen auf einen Neustart im Weg stehen.

Ein allseits rechtmässiges und faires Verhalten kann nicht nur der Konfliktvermeidung dienen, sondern hilft auch, Reputationsrisiken zu vermeiden und Möglichkeiten für eine spätere Zusammenarbeit im doch eher kleinräumigen Schweizer Arbeitsmarkt offen zu halten. Bekanntlich begegnet man sich ja im Leben zweimal.