Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.221/2004 /lma

Urteil vom 26. Juli 2004
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichter Favre, Bundesrichterin Kiss,
Gerichtsschreiber Widmer.

Parteien
A._____,
Kläger und Berufungskläger, vertreten durch Advokat
Dr. Carl Gustav Mez,

gegen

B._____ AG,
Beklagte und Berufungsbeklagte, vertreten durch Advokat Christoph Grether.

Gegenstand
Arbeitsvertrag; Treuepflicht; fristlose Entlassung,

Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, 1. Zivilkammer, vom 6. April 2004.

Sachverhalt:
A.
A._____ (Kläger) arbeitete seit 8. August 2001 bei der B._____ AG (Beklagte) als Vorarbeiter. Noch während der Probezeit wurde er zum Abteilungsleiter der Sparte "Tagesgeschäft" mit Wirkung ab 1. Januar 2002 befördert. Ab dem 1. Januar 2002 wurde der Lohn um Fr. 500.– auf Fr. 6'000.– brutto zuzüglich Spesen von Fr. 500.– erhöht. Mit Schreiben vom 16. Februar 2002 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos. Als Begründung gab sie an, der Kläger sei während seiner Vollzeit-Anstellung bei der Beklagten auch als Geschäftsführer der C._____ GmbH (Konkurrenzfirma, die den Brüdern des Klägers gehört) aufgetreten und habe Aufträge, die für die B._____ AG bestimmt gewesen wären, an die C._____ GmbH umgeleitet.
B.
Mit Klage vom 3. April 2002 beantragte der Kläger dem Arbeitsgericht Rheinfelden, die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Lohn für die Monate Februar und März 2002 in der Höhe von Fr. 13'000.– sowie eine Strafzahlung nach Art. 337c Abs. 3 OR nach dem Ermessen des Gerichts von mindestens Fr. 26'000.–, also insgesamt Fr. 39'000.– nebst Zins zu bezahlen. Die Beklagte verlangte widerklageweise die Verurteilung des Klägers zur Bezahlung von Fr. 41'343.80 nebst Zins. Mit Urteil vom 25. April 2003 hiess das Arbeitsgericht die Klage teilweise gut und sprach dem Kläger Fr. 13'000.– brutto nebst Zins zu. Die Widerklage wies es ab.

Gegen dieses Urteil erklärte die Beklagte die Appellation an das Obergericht des Kantons Aargau und verlangte die Abweisung der Klage. Am 6. April 2004 befand das Obergericht, 1. Zivilkammer, die fristlose Entlassung des Klägers für gerechtfertigt. Es sprach ihm lediglich den Lohn bis zum Empfang der Kündigung zu, mithin Fr. 4'094.80 netto nebst Zins. Im Übrigen wies es die Klage ab.
C.
Der Kläger beantragt dem Bundesgericht mit eidgenössischer Berufung, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und es sei in Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger Fr.

13'000.– nebst Zins zu bezahlen. Eventuell sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung, soweit darauf eingetreten werden kann.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Mit Berufung kann die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 43 Abs. 1 OG). Fehl am Platz sind dagegen Rügen der Verletzung von Verfassungsrecht (Art. 43 Abs. 1 Satz 2 OG) und Ausführungen, die sich in unzulässiger Weise gegen die tatsächlichen Feststellungen und gegen die Beweiswürdigung der Vorinstanz richten (BGE 130 III 102 E. 2.2; 127 III 248 E. 2c, 543 E. 2c S. 547; 126 III 189 E. 2a mit Hinweisen). Im Berufungsverfahren hat das Bundesgericht seiner Entscheidung die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz zugrunde zu legen, es sei denn, sie beruhten auf einem offensichtlichen Versehen, seien unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen oder bedürften der Ergänzung, weil das kantonale Gericht in fehlerhafter Rechtsanwendung einen gesetzlichen Tatbestand nicht oder nicht hinreichend klärte, obgleich ihm die entscheidwesentlichen Behauptungen und Beweisanträge rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form unterbreitet wurden (Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG; BGE 130 III 102 E. 2.2; 127 III 248 E. 2c; 125 III 193 E. 1e S. 205).

Der Kläger übt über weite Strecken seiner Berufung frei gehaltene Kritik an der vorinstanzlichen Beweiswürdigung und wirft dem Obergericht Willkür vor. Sodann legt er seinen Ausführungen zur rechtlichen Beurteilung der Streitsache in verschiedener Hinsicht einen von den Feststellungen des Obergerichts abweichenden oder erweiterten Sachverhalt zugrunde, so beispielsweise betreffend seine Handlungen für die C._____ GmbH oder betreffend ein angeblich schlechtes Arbeitsklima. Da er sich nicht auf eine der genannten Ausnahmen beruft, die dem Bundesgericht eine Überprüfung der tatsächlichen Feststellungen des Sachgerichts erlauben, kann insoweit auf die Berufung nicht eingetreten werden.
1.2 Nach Art. 55 Abs. 1 lit. c OG ist in der Berufungsschrift anzugeben, welche Bundesrechtssätze der angefochtene Entscheid verletzt und inwiefern er gegen sie verstösst. Eine ausdrückliche Nennung bestimmter Gesetzesartikel ist indessen nicht erforderlich, falls aus den Vorbringen hervorgeht, gegen welche Regeln des Bundesrechts die Vorinstanz verstossen haben soll. Unerlässlich ist aber, dass die Berufung auf die Begründung des angefochtenen Urteils eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegen soll (BGE 121 III 397 E. 2a S. 400; 116 II 745 E. 3 S. 748 f.).
Der Kläger nennt keinen bestimmten Gesetzesartikel, der verletzt worden sein soll. Aus seinen Ausführungen geht jedoch hervor, dass er der Vorinstanz eine Verletzung von Art. 337 OR vorwirft, indem sie die Grundsätze über die fristlose Entlassung missachtet und einen weitaus strengeren Massstab angelegt habe, als dies die Rechtsprechung des Bundesgerichts vorgebe.
2.
2.1 Nach Art. 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet der Richter nach seinem Ermessen (Abs. 3).

Ermessensentscheide überprüft das Bundesgericht an sich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die hätten beachtet werden müssen. Es greift ausserdem in Ermessensentscheide ein, wenn sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 130 III 213 E. 3.1 S. 220 mit Hinweisen).

Nach der Rechtsprechung zu Art. 337 OR ist eine fristlose Entlassung nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist. Anderseits müssen die Verfehlungen

auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (BGE 130 III 213 E. 3.1 S. 220 f. mit Hinweisen). Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab (BGE 127 III 153 E. 1a S. 155; 116 II 145 E. 6a S. 150).
2.2 Lehre und Rechtsprechung anerkennen als wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR insbesondere konkurrenzierende Tätigkeiten (BGE 117 II 72 E. 4a S. 74; 104 II 28 E. 2; Staehelin, Zürcher Kommentar, N. 22 zu Art. 337 OR S. A 625; Rehbinder, Berner Kommentar, N. 9 zu Art. 337 OR S. 132; Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1996, N. 2b zu Art. 337 OR; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. Aufl., Zürich 1992, N. 5e zu Art. 337 OR). Ein Arbeitnehmer verletzt die ihm nach Art. 321a Abs. 1 OR obliegende Treuepflicht namentlich, wenn er in ungekündigter Stellung während der Dauer des Arbeitsverhältnisses konkurrenzierende Tätigkeiten vornimmt (BGE 117 II 72 E. 4a S. 74; 104 II 28 E. 2a S. 30 f.; Rehbinder, a.a.O., N. 5 zu Art. 321a OR; Brühwiler, a.a.O., N. 2b zu Art. 321a OR). Im Einzelnen kann auf die zutreffende Darlegung der rechtlichen Grundlagen im angefochtenen Urteil verwiesen werden.
3.
3.1 Nach den für das Bundesgericht verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 63 Abs. 2 OG) sind folgende konkurrenzierende Tätigkeiten durch den Kläger erwiesen: Offerte vom 24. Januar 2002 für das Restaurant D._____ und Besprechung vom 24. Januar 2002 mit E._____, Offerte für die Firma F._____ vom 26. November 2001, Offerte für die Treuhand G._____ mit Verwendung der Kenntnis über die Preiskalkulation der Beklagten, Verteilen von Visitenkarten im Zeitraum Januar 2002 an H._____, Nachahmen der Offertvorlage der Beklagten bei den drei aufgezählten Offerten. Die Kritik des Klägers an der diesbezüglichen Beweiswürdigung der Vorinstanz kann nicht gehört werden (vgl. die vorstehende Erwägung 1.1). Es ist somit von diesen Verfehlungen des Klägers auszugehen.

Die Vorinstanz wertete dieselben als schwere Verletzung der Treuepflicht. Sie berücksichtigte, dass die Konkurrenzierung fortgesetzt erfolgte und bereits zu einem Zeitpunkt begann, als das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien intakt war. Der Zeitpunkt und die Art der konkurrenzierenden Tätigkeiten schliesse die Annahme einer zulässigen Vorbereitungshandlung aus. Der Kläger sei bereits im November 2001 für die C._____ GmbH im Einsatz gewesen. Zudem habe sich sein Einsatz nicht auf das Vorbereiten von Unterlagen beschränkt, sondern er sei selber direkt im Kundenkontakt konkurrenzierend tätig geworden.
3.2 Der Kläger wendet ein, zu seinen Gunsten spreche, dass die Drittfirma seinen Brüdern gehöre, er also blosse Hilfeleistungen für seine engsten Verwandten ausgeübt habe. Die Vorinstanz hat die Tatsache, dass die Konkurrenzfirma den Brüdern des Klägers gehört, durchaus berücksichtigt, dies aber zu Recht nicht als Entlastung in Rechnung gestellt. Sie hat zutreffend erwogen, vom Umfang und Inhalt der vom Kläger verrichteten Tätigkeit her - drei nachgewiesene Offerten - könnten die konkurrenzierenden Arbeiten nicht als reine Gefälligkeitshandlungen für seine Brüder eingestuft werden. Der Kläger hat sich selber in eine Interessenkollision hineinmanövriert. Der Umstand, dass die Konkurrenzfirma seinen engsten Verwandten gehört, erhöhte gerade die Gefahr, dass er die Wahrung von deren Interessen einer Verfolgung der Interessen der Beklagten vorziehen könnte. Er kann daher aus diesem Umstand nichts zu seinen Gunsten ableiten. Ebenso wenig hilft ihm die Behauptung, die fraglichen Tätigkeiten seien ausschliesslich in der Freizeit erfolgt. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, ändert dies nichts daran, dass die betreffenden Arbeiten für die C._____ GmbH eine Konkurrenzierung der Beklagten darstellen.
3.3 Im Weiteren macht der Kläger geltend, der Beklagten sei kein Schaden erwachsen, weshalb die beanstandeten Tätigkeiten nicht als Konkurrenzierung oder zumindest nicht als eine Konkurrenzierung von erheblicher Schwere betrachtet werden könnten. Auch dieser Einwand geht fehl. In Bezug auf den fehlenden Schaden beruft sich der Kläger auf ein Sachverhaltselement, das im angefochtenen Urteil keine Stütze findet und daher von vornherein keine Beachtung finden kann (vgl. Erwägung 1.1 vorne). Ohnehin vermöchte das Fehlen eines effektiven Schadens nicht auszuschliessen, dass die beanstandeten Tätigkeiten eine Verletzung der Treuepflicht darstellen. Nach Art. 321a Abs. 1 OR hat der Arbeitnehmer die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Er hat insbesondere alles zu unterlassen, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte (BGE 117 II 72 E. 4a). Die Möglichkeit einer Schädigung genügt für eine Treuepflichtverletzung. Die Offerten des Klägers richteten sich an den gleichen Kundenkreis und betrafen gleichartige Leistungen wie die Angebote der Beklagten. Die Vorinstanz hat die beanstandeten Tätigkeiten zu Recht als unzulässige Konkur-

renzierung qualifiziert (vgl. dazu BGE 92 II 22 E. 1d S. 25 f.).
3.4 Schliesslich ändert auch die Tatsache, dass der Kläger die Tätigkeiten für die Firma seiner Brüder unentgeltlich ausgeübt hat, nichts an der Treuwidrigkeit seines Verhaltens. Art. 321a Abs. 3 OR verbietet zwar ausdrücklich nur die entgeltliche Arbeit für einen Dritten. Das Kriterium der Entgeltlichkeit charakterisiert die Schwarzarbeit. Auch bei Unentgeltlichkeit der unzulässigen Arbeit für einen Dritten liegt indessen ein Treuebruch vor, der unter Art. 321a Abs. 1 OR fällt (Brühwiler, a.a.O., N. 4a zu Art. 321a OR).
3.5 Die fristlose Entlassung des Klägers wurde ohne vorgängige Verwarnung ausgesprochen. Dies ist nicht zu beanstanden. Zum einen erfolgten die Verfehlungen des Klägers wiederholt und gezielt, so dass die Beklagte auch bei einer Abmahnung nicht darauf hätte vertrauen können, dass der Kläger die konkurrenzierende Tätigkeit ausgerechnet im Zeitraum vor dem Ausscheiden bei ihr unterlassen würde. - Insofern ändert auch der vom Kläger angerufene Umstand, dass die Frist für eine ordentliche Kündigung nur einen Monat betragen hätte, nichts daran, dass der Beklagten eine Fortsetzung des Arbeitsvertrages bis zum Ende der Kündigungsfrist unzumutbar war (vgl. BGE 129 III 380 E. 3.2). Zum andern wiegen die Verfehlungen des Klägers schwer. Dieser wurde zum Abteilungsleiter befördert und hatte direkten Kundenkontakt, womit erhöhte Anforderungen an die Treuepflicht gelten (BGE 124 III 25 E. 3a; 104 II 28 E. 1 S. 30). Entgegen seiner Ansicht kann ihn die relativ kurze Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht entlasten. Vielmehr fällt erschwerend ins Gewicht, dass er sein treuwidriges Verhalten schon begann, als die Beklagte umgekehrt ihm volles Vertrauen entgegen brachte und ihn grosszügig behandelte, indem sie ihn zum Abteilungsleiter mit einer
Lohnerhöhung von Fr. 500.– beförderte und ihm im Dezember 2001 den ganzen 13. Monatslohn ausbezahlte, obwohl ihm vertraglich nur der pro rata Anspruch zugestanden hätte.
3.6 Unter den gegebenen Umständen hat die Vorinstanz ihr Ermessen korrekt ausgeübt, wenn sie die konkurrenzierenden Tätigkeiten des Klägers als wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung anerkannte. Ihr Ermessensentscheid erweist sich auch nicht als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht. Für das Bundesgericht besteht daher kein Grund einzuschreiten.
4.
Die Berufung erweist sich mithin als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Da die ursprünglich eingeklagte Forderung Fr. 30'000.– überstieg, ist das Verfahren nicht kostenlos im Sinne von Art. 343 Abs. 3 OR (vgl. BGE 115 II 30 E. 5b S. 41; 100 II 358 E. a). Die Gerichtsgebühr ist dem unterliegenden Kläger aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG). Er hat der anwaltlich vertretenen Beklagten überdies die Parteikosten für das bundesgerichtliche Verfahren zu ersetzen (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Kläger auferlegt.
3.
Der Kläger hat die Beklagte für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Aargau, 1. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 26. Juli 2004
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: