

# NEWSLETTER

MAI 2017

Autoren: André Bloch, Mauro Loosli und Sonja Stark-Traber



Rechtsprechung zum Arbeitsrecht

## Verletzung der Treuepflicht durch unterlassene Information während Freistellung

Das Bundesgericht hat es als Treuepflichtverletzung eingestuft, wenn ein leitender Angestellter während der Dauer der Freistellung nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses Kenntnis davon erlangt, dass Mitarbeitende der Arbeitgeberin eine konkurrenzierende Tätigkeit vorbereiten, und er dies der Arbeitgeberin nicht meldet. Als Folge davon fiel im konkreten Fall die vereinbarte Nichtanrechnung von Dritteinkünften während der Freistellungsdauer dahin.

In einem Entscheid vom 17. November 2016 (4A\_297/2016) befasste sich das Bundesgericht mit der Verletzung der Treuepflicht durch einen Arbeitnehmer wegen unterlassener Information der Arbeitgeberin, nachdem er nach vereinbarter Auflösung des Arbeitsverhältnisses freigestellt worden war.

Der Arbeitnehmer X. war mit Arbeitsvertrag vom 3. Januar 2000 von der Z. SA (Kanton Waadt), welche im Bereich der Ausrüstung und Erbringung von Dienstleistungen für die Verpackungsindustrie spezialisiert ist, als Generaldirektor und Delegierter des Verwaltungsrates der Holding Z. Group SA angestellt worden. Am 6. Mai 2009 schlossen die Parteien einen „Zusatz zum Arbeitsvertrag“ ab, der eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 30. Juni 2011 vorsah, unter Freistellung von X. ab 7. Mai 2009. Art. 7 der Aufhebungsvereinbarung hielt fest, dass bei Einhaltung der im Aufhebungsvertrag vereinbarten Verpflichtungen durch X., die Z. SA die vereinbarten Lohn- und Spesenzahlungen bis zur Vertragsbeendigung auch dann leisten werde, wenn X. während der Freistellungsdauer eine neue bezahlte Tätigkeit aufnehme. Die Z. SA verzichtete für diesen Fall ausdrücklich auf die Anrechnung von Dritteinkünften aus solchen neuen Tätigkeiten. Allerdings wurde festgehalten, dass X. weiterhin an seine Treuepflicht gegenüber der Arbeitgeberin gebunden bleibe

und keine die Gesellschaften der Z. Group SA konkurrenzierenden Tätigkeiten aufnehmen dürfe.

Im Januar 2010 wurde X. von vier Ingenieuren der Arbeitgeberin Z. SA (schriftlich und telefonisch) kontaktiert, die ihn darüber informierten, dass sie die Gründung eines eigenen Unternehmens planten, mit dem Ziel, ein direktes Konkurrenzprodukt zur Z. SA zu entwickeln und auf den Markt zu bringen. Sie fragten X. an, ob er die Rolle als Förderer bzw. als Geldgeber spielen wolle, um dem Projekt Glaubwürdigkeit zu verleihen. Im Juli 2010 liessen die besagten vier Ingenieure zusammen mit drei weiteren Ingenieuren der Z. SA und einem Dritten eine Gesellschaft im Handelsregister eintragen. Nicht erstellt ist dabei, dass X. in irgendeiner Weise zu dem von den sieben Ingenieuren entwickelten Projekt beitrug oder es ihnen versprochen hatte.

Nachdem sich einer der involvierten Ingenieure im Juni 2010 mit einem Konkurrenzunternehmen der Z. SA im Rahmen einer Geschäftsanbahnung getroffen hatte, informierte dieses die Z. SA über das Konkurrenzprojekt der Ingenieure. Diese erhielten in der Folge von der Z. SA die Kündigung.

Am 13. Juli 2012 reichte die Z. SA Klage gegen X. ein und verlangte von ihm die Herausgabe sämtlicher Einkünfte, die er während der Freistellungsdauer im Rahmen seiner Tätigkeiten für Dritte erzielt hatte im Betrag von CHF 1'964'113.15 plus Zinsen. X. erhob Widerklage auf Bezahlung ausstehender variabler Lohnzahlungen und leitete aus gleichem Grund am 2. August 2012 eine Betreibung gegen die Z. SA ein. Die Z. SA anerkannte im Rahmen des Gerichtsverfahrens die Forderung von X.

Nachdem das erstinstanzliche Gericht die Klage der Z. SA noch abgewiesen und die Widerklage von X. gutgeheissen hatte, verurteilte die zweite Instanz auf Berufung hin X. zur Leistung von CHF 1'904'225.70 an die Z. SA, abzüglich der widerklageweise geforderten Lohnzahlungen. X. erhob gegen den Entscheid Beschwerde ans Bundesgericht.

Das Bundesgericht bestätigte den Entscheid der Vorinstanz weitestgehend. Es folgte deren Ansicht, wonach Art. 7 der zwischen X. und Z. SA am 6. Mai 2009 abgeschlossenen Aufhebungsvereinbarung nach Vertrauensprinzip dahingehend auszulegen war, dass die vereinbarte Nichtanrechnung der von X. während der Freistellung erzielten Dritteinkünfte unter dem Vorbehalt der Einhaltung der Treuepflicht durch X. stand. Die Verletzung der Treuepflicht hatte mithin rechtlich die Wirkung einer auflösenden Bedingung (Resolutivbedingung): Bei deren Eintritt sollte das vereinbarte Prinzip der Nichtanrechnung der von X. erzielten Dritteinkünfte rückwirkend auf den Tag des Abschlusses der Aufhebungsvereinbarung dahinfallen und somit wieder die gesetzliche Regelung greifen, wonach sich der Arbeitnehmer Dritteinkünfte während der Freistellungsdauer auf den Lohn anrechnen lassen muss (Art. 324 Abs. 2 OR).

Hinsichtlich der Treuepflicht des Arbeitnehmers hielt das Bundesgericht allgemein fest, dass dieser die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin zu wahren (Art. 321a Abs. 1 OR) und alles zu unterlassen habe, was die Arbeitgeberin wirtschaftlich schädigen könnte. Die Treuepflicht ergänze mithin die Arbeitspflicht. In positiver Hinsicht beinhalte die Treuepflicht eine Informations- und Auskunftspflicht des Arbeitnehmers, die ihn insbesondere verpflichte, die Arbeitgeberin vor allenfalls drohendem Schaden, Störungen in der Arbeitsausführung oder anderen Unregelmässigkeiten bzw. Missständen zu warnen. Der Arbeitnehmer bleibe auch während der Freistellung zur Einhaltung der Treuepflicht verpflichtet. Bei leitenden Angestellten gelte zudem eine erhöhte Treuepflicht.

Das Bundesgericht führte aus, dass im konkreten Fall der Arbeitnehmer X. verpflichtet gewesen wäre, die Arbeitgeberin Z. SA auf den drohenden wirtschaftlichen Schaden hinzuweisen, nachdem er von der geplanten Konkurrenzierung durch die bei der Z. SA angestellten Ingenieure erfahren habe. Das Verhalten der Ingenieure sei offensichtlich widerrechtlich gewesen und habe eine krasse Verletzung von deren Treuepflicht dargestellt, zumal sie auch einen Teil ihrer Arbeitszeit für die Entwicklung des Konkurrenzprojekts eingesetzt hätten. Das Konkurrenzprojekt sei zudem fortgeschritten gewesen, was X. mitgeteilt worden sei. Durch sein Schweigen während der Kündigungsfrist habe X. deshalb seine Treuepflicht im Sinne von Art. 321a OR verletzt.

Infolgedessen befand das Bundesgericht, dass die von X. während der Freistellungsdauer erzielten Dritteinkünfte auf die Lohn- und Spesenzahlungen der Z. SA anzurechnen und deshalb von X. herauszugeben seien.

## KOMMENTAR

Das Urteil bestätigt den anerkannten Grundsatz, dass ein Arbeitnehmer im gekündigten Arbeitsverhältnis auch nach erfolgter Freistellung nicht von seiner Treuepflicht befreit ist. Deren Umfang geht bei leitenden Angestellten deutlich weiter als bei Arbeitnehmern in untergeordneter Stellung. Dies gilt namentlich in Bezug auf die Mitteilungspflicht: Eine solche wird bei leitenden Angestellten stets bejaht, wenn sie Missstände im Betrieb feststellen oder die Namen von fehlbaren Mitarbeitern kennen. Bei Arbeitnehmern in untergeordneter Stellung besteht eine Meldepflicht hingegen nur in schwerwiegenden Fällen, insbesondere wenn der eingetretene oder drohende Schaden unverhältnismässig hoch ist.

Die Bejahung einer Treuepflichtverletzung im vorliegenden Fall ist vor diesem Hintergrund angesichts der vormaligen Funktion des Arbeitnehmers als Generaldirektor nachvollziehbar, obwohl er selbst nicht aktiv an der Vorbereitung des Konkurrenzprojekts mitgewirkt hat. Ob das Bundesgericht im Falle eines Arbeitnehmers in untergeordneter Stellung gleich entschieden hätte, ist unklar, aber angesichts des dreisten Vorgehens der involvierten Ingenieure und des Schadenspotentials ihres Vorgehens nicht auszuschliessen.

Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechtsauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Für eine persönliche Beratung wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Suter Howald Rechtsanwälte oder an eine der folgenden Personen:

**Dr. André Bloch**

Partner

[andre.bloch@suterhowald.ch](mailto:andre.bloch@suterhowald.ch)**Dr. Mauro Loosli**

Partner

[mauro.loosli@suterhowald.ch](mailto:mauro.loosli@suterhowald.ch)**Sonja Stark-Traber, LL.M.**

Senior Associate

[sonja.stark@suterhowald.ch](mailto:sonja.stark@suterhowald.ch)**Suter Howald Rechtsanwälte – Attorneys at Law**

Stampfenbachstrasse 52

Postfach

CH-8021 Zürich

Tel. +41 44 630 48 11

Fax +41 44 630 48 15

[www.suterhowald.ch](http://www.suterhowald.ch)