

ARBEITSRECHT

DEZEMBER 2023-JANUAR 2024
NEWSLETTER 01

KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE – PERSPEKTIVEN



Liebe Leserin, lieber Leser

Im Rahmen seiner Fürsorgepflichten ist der Arbeitgeber verpflichtet, **sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz** zu verhindern und dafür zu sorgen, dass einem Opfer keine weiteren Nachteile entstehen. Das erste Top-Thema behandelt die wichtigsten arbeitsrechtlichen Aspekte.

Die Arbeitnehmenden sind im Rahmen ihrer Treuepflichten gegenüber dem Arbeitgeber verpflichtet, keine konkurrenzierenden Tätigkeiten auszuüben. Diese Pflicht kann auch über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinausgehen. Das zweite Top-Thema gibt einen Überblick über das **Konkurrenzverbot**.

Beste Grüsse

Marc Ph. Prinz, Herausgeber, Head of Employment VISCHER

IN DIESER AUSGABE:

■ Top-Thema: Sexuelle Belästigung	Seite 1
■ FAQ: Sexuelle Belästigung	Seite 4
■ Top-Thema: Konkurrenzverbot	Seite 5
■ Fachbeitrag: Aufhebungsvereinbarung	Seite 8
■ Gerichtsentscheid: Vertragsklarheit	Seite 10

Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz

Viele Arbeitnehmende kommen im Laufe des Erwerbslebens direkt oder indirekt mit sexueller Belästigung in Berührung. Wie ist sexuelle Belästigung im schweizerischen Arbeitsrecht geregelt, wie kann sie verhindert werden, und welches sind die Folgen einer sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz?

■ Von Nicolas Facincani und Monika Hirzel

Verschiedene rechtliche Bestimmungen schützen Arbeitnehmende vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz. So schreibt Art. 328 OR grundsätzlich vor, dass die arbeitgebende Person im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht sexueller Belästigung vorzubeugen und dafür zu sorgen hat, dass einem Opfer keine weiteren Nachteile entstehen. Gemäss Art. 6 Arbeitsgesetz ist die arbeitgebende Person sodann verpflichtet, zum Schutz der Gesundheit der

Arbeitnehmenden alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebs angemessen sind. Sie hat zudem die erforderlichen Massnahmen zum Schutz der persönlichen Integrität der Arbeitnehmenden vorzusehen.

Das Gleichstellungsgesetz (GIG) schützt zudem insbesondere vor Diskriminierung auf

grund des Geschlechts. Die sexuelle Belästigung wird als Diskriminierung angesehen. Das Gesetz erwähnt beispielhaft insbesondere Drohungen, das Versprechen von Vorteilen, das Auferlegen von Zwang und das Ausüben von Druck zum Erlangen eines Entgegenkommens sexueller Art (Art. 4 GIG).

Beispiele sexueller Belästigung

Als sexuelle Belästigung gilt jede Handlung mit sexuellem Bezug, welche von der betroffenen Person unerwünscht ist. Sexuelle Belästigung kann mit Worten, Gesten oder Taten ausgeübt werden. Als Beispiele können folgende Handlungsweisen aufgeführt werden:

- anzügliche und zweideutige Bemerkungen über das Äussere von Mitarbeitenden
- sexistische Bemerkungen und Witze über sexuelle Merkmale, sexuelles Verhalten und die sexuelle Orientierung



Konkurrenzverbot

In wieweit sind die Interessen von Arbeitgebern zu schützen bzw. wann dürfen Arbeitnehmende aktuelle bzw. ehemalige Arbeitgebende konkurrenzieren? Dieser Artikel untersucht die vielfältigen Aspekte des Konkurrenzverbots und beantwortet insbesondere Fragen zur Gültigkeit sowie zu den Folgen der Verletzung des Konkurrenzverbotes.

■ Von Raffael Breitler



Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses (Art. 321a Abs. 3 OR)

Bereits während der Dauer des Anstellungsverhältnisses dürfen die Arbeitnehmenden gestützt auf die arbeitsrechtliche Treuepflicht keine die Arbeitgebenden konkurrenzierende Tätigkeit ausüben (Art. 321a Abs. 3 OR). Es gilt das Verbot der sogenannten Schwarzarbeit. Die Möglichkeit einer Schädigung reicht bereits aus, um eine Verletzung der Treuepflicht zu begründen. Auch wenn der Gesetzgeber nur von entgeltlicher Arbeit spricht, fällt auch die unentgeltliche konkurrenzierende Arbeit unter Art. 321a Abs. 3 OR. Relevant wird die Frage der Konkurrenzierung insbesondere bei Teilzeitangestellten oder bei der Aufnahme einer Nebenbeschäftigung.

Ist seitens der Arbeitnehmenden der Aufbau einer Selbstständigkeit geplant, so sind entsprechende Vorbereitungshandlungen unter Umständen erlaubt. Darunter sind etwa die Gründung des Unternehmens, die Raummiete oder die Personalrekrutierung für nach Beendigung der Anstellung zu verstehen. Es ist den Arbeitnehmenden hingegen verboten, vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum

aktuellen Arbeitgeber in Konkurrenz zu treten oder Mitarbeitende oder Kunden abzuwerben.

Art. 321a Abs. 3 OR ist dispositiver Natur und kann mittels Abrede aufgehoben oder modifiziert werden. Zur Absicherung des Konkurrenzverbots kann eine Konventionalstrafe vereinbart werden. Eine solche darf aber einzig disziplinarischen Charakter und nicht Ersatzfunktion aufweisen. Die bundesgerichtlichen Anforderungen an eine solche Disziplinarstrafe sind sehr hoch. Es wird empfohlen, vertragliche und nachvertragliche Konkurrenzverbote im Arbeitsvertrag nicht zusammen, sondern je separat zu regeln.

Nachvertragliches Konkurrenzverbot (Art. 340 ff. OR)

Zulässigkeit und Voraussetzungen

Die Vereinbarung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots ist unter Einhaltung folgender strenger relativ zwingender (d.h. nicht zuungunsten der Arbeitnehmenden abänderbar) gesetzlicher Schutzvorschriften zulässig:

Handlungsfähigkeit und Form

Zunächst wird die Handlungsfähigkeit des sich Verpflichtenden zum Zeitpunkt des Ab-

schlusses vorausgesetzt. Für die Abrede genügt einfache Schriftlichkeit. Die verbotene Konkurrenzaktivität ist dabei präzise, jedoch nicht zu starr oder zu eng zu umschreiben. Abgeraten wird von der Aufnahme des Verbots in Personalreglementen oder allgemeinen Anstellungsbedingungen. Vielmehr ist das Verbot im Arbeitsvertrag selbst aufzunehmen.

Einblick in Kundenkreis, Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse

Sodann wird ein tatsächlicher Einblick der Arbeitnehmenden in den Kundenkreis oder in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse während der Tätigkeit verlangt.

Beim Kundenkreis sind die Geschäftspartner gemeint, welche über längere Zeit Geschäfte mit den Arbeitgebenden tätigen. Einblick in den Kundenkreis besteht gemäss Bundesgericht, wenn die Arbeitnehmenden die Möglichkeit erhalten, die Eigenschaften und Bedürfnisse der Kunden kennenzulernen, sodass sie ihnen leicht gleiche Leistungen anbieten und sie für sich gewinnen können. Soweit die Kunden den Arbeitnehmenden nur wegen deren besonderen, persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten folgen und nicht wegen der bei den Arbeitgebenden erworbenen Fähigkeiten, greift das Konkurrenzverbot wegen fehlender Kausalität zwischen Spezialkenntnissen und Schädigungsmöglichkeiten nicht. Bei den freien Berufen (z.B. Anwälte, Ärzte) dürfte ein Konkurrenzverbot mangels Kausalzusammenhangs in aller Regel nichtig sein.

Bei den Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen handelt es sich um Geheimnisse, die sich aus dem Unternehmen und dessen technischen, organisatorischen oder finanziellen Bereichen ergeben. Die allgemeine Branchenkenntnis oder die Berufserfahrung unterliegen nicht dem Schutz. Die Möglichkeit der Kenntnisnahme solcher Geheimnisse reicht aus.

Schädigungspotenzial

Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn die Verwendung des Kundenkreises oder der Fabrikations- bzw. Geschäftsgeheimnisse die Arbeitgebenden erheblich schädigen könnte. Bereits die Möglichkeit einer erheblichen Schädigung reicht aus.



Aufhebungsvereinbarung: Diese Fehler sollten Sie vermeiden!

Arbeitsverhältnisse werden in der Regel einseitig durch Kündigung aufgelöst. Im Anschluss kommt es oftmals zum Streit zwischen der Arbeitgeberin und dem Mitarbeiter. Dadurch entstehen hohe Verfahrens- und Anwaltskosten. Diese Kosten lassen sich vermeiden, indem das Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen aufgelöst wird. Die Auflösung im gegenseitigen Einvernehmen erfolgt mit einer Aufhebungsvereinbarung. In diesem Beitrag werden die Vorteile einer Aufhebungsvereinbarung aufgezeigt, und welche Fehler vermieden werden sollten.

■ Von William Blatter und Lukas Breu



Ausgangslage

Ein Mitarbeiter ist seit fünf Jahren bei der Arbeitgeberin angestellt. Die Arbeitgeberin ist mit der Leistung des Mitarbeiters nicht zufrieden und will das Arbeitsverhältnis beenden. Die vertragliche Kündigungsfrist beträgt sechs Monate. Die Arbeitgeberin will den Mitarbeiter nicht für weitere sechs Monate beschäftigen und ihm für diese Zeit auch keinen Lohn bezahlen.

In Betracht kommt die Beendigung mit einer Aufhebungsvereinbarung. Damit kann die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis sofort beenden, wenn der Mitarbeiter einverstanden ist.

Beendigung des Arbeitsvertrags im Allgemeinen

Wenn das Arbeitsverhältnis unbefristet ist, kann die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis grundsätzlich jederzeit ordentlich kündigen. Dabei muss die Arbeitgeberin die gesetzliche oder vertragliche Kündigungsfrist einhalten. Wenn das Arbeitsverhältnis befristet ist, kann

das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt werden. In diesem Fall endet das Arbeitsverhältnis mit Zeitablauf, also am Ende der Befristung.

Eine Ausnahme besteht, wenn ein «wichtiger Grund» vorliegt, welcher die Fortführung des Arbeitsverhältnisses als unzumutbar erscheinen lässt. In diesem Fall kann die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis fristlos kündigen. Dies ist sowohl beim befristeten wie auch beim unbefristeten Arbeitsverhältnis möglich. Die Anforderungen an den wichtigen Grund sind aber hoch. Ist der Grund nicht wichtig genug und die fristlose Kündigung damit ungerechtfertigt, kann der Mitarbeiter gegenüber der Arbeitgeberin hohe Entschädigungsansprüche geltend machen. Wir empfehlen, von der fristlosen Kündigung äusserst zurückhaltend und nur in Extremfällen Gebrauch zu machen.

Was ist eine Aufhebungsvereinbarung, und was sind die Vorteile?

Eine Aufhebungsvereinbarung ist eine Vereinbarung zwischen der Arbeitgeberin und dem

Mitarbeiter. In der Aufhebungsvereinbarung wird geregelt, auf welchen Zeitpunkt der Arbeitsvertrag beendet wird und welcher Partei welche Ansprüche zustehen.

Mit einer Aufhebungsvereinbarung kann das Arbeitsverhältnis sofort beendet werden. Die Arbeitgeberin muss die Kündigungsfrist oder den Ablauf eines befristeten Arbeitsverhältnisses nicht abwarten.

Ist ein Mitarbeiter krank, kann ihm während einer gewissen Zeit (sog. Sperrfrist) nicht gekündigt werden. Erkrankt ein Mitarbeiter während der laufenden Kündigungsfrist, so verlängert sich die Kündigungsfrist und damit die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin. Für die Arbeitgeberin hat dies unvorhersehbare finanzielle Einbussen zur Folge. Demgegenüber kann das Arbeitsverhältnis mit einer Aufhebungsvereinbarung auch bei bestehender Sperrfrist abgeschlossen oder die Verlängerung der Kündigungsfrist aufgrund einer Sperrfrist verhindert werden.

Folglich kann mit einer Aufhebungsvereinbarung das Arbeitsverhältnis beendet werden, auch wenn dies arbeitsrechtlich nicht möglich wäre. Dadurch wird Klarheit und Planungssicherheit für die Arbeitgeberin geschaffen. Die Aufhebungsvereinbarung hilft somit, arbeitsrechtliche Konflikte zu verhindern und kostspielige Verfahren zu vermeiden.

Fehler #1: Überlegungsfrist

Legt die Arbeitgeberin dem Mitarbeiter eine Aufhebungsvereinbarung vor, ohne den Mitarbeiter über diesen Umstand und deren Inhalt in Kenntnis zu setzen, gerät der Mitarbeiter unter Druck. Wenn der Mitarbeiter die Aufhebungsvereinbarung in einer Drucksituation unterzeichnet, ist die Aufhebungsvereinbarung nicht zulässig.

Folglich muss die Arbeitgeberin dem Mitarbeiter immer eine Überlegungsfrist gewähren. Es empfiehlt sich, dem Mitarbeiter jeweils eine Überlegungsfrist von einer bis zwei Wochen zu gewähren. Dass dem Mitarbeiter eine Überlegungsfrist gewährt wurde, ist zwingend zu protokollieren, beispielsweise anlässlich eines Mitarbeitergesprächs. Alternativ kann die Überlegungsfrist direkt in die Aufhebungsvereinbarung aufgenommen werden, indem