



Fall-Nr.:	BZ.2007.77
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	08.04.2008
Entscheiddatum:	08.04.2008

Entscheid Kantonsgericht, 08.04.2008

Art. 321a, 328 und 337 OR (SR 220). Die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist auch nach erfolgter ordentlicher Kündigung mit damit verbundener Freistellung möglich, wenn die wichtigen Gründe erst nachher entstehen. Es ist einem Arbeitgeber nicht zumutbar, ein Arbeitsverhältnis mit einem freigestellten Arbeitnehmer aufrecht zu erhalten, wenn dieser ihn direkt konkurrenziert. Das schweizerische Arbeitsrecht kennt keinen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz. Einschränkungen und Vorbehalte gegenüber einer Ungleichbehandlung werden bei freiwilligen Sozialleistungen und beim Weisungsrecht des Arbeitgebers gemacht. Eine verpönte Schlechterstellung liegt nur dann vor, wenn ein Angestellter gegenüber einer Vielzahl anderer Angestellter sachlich ungerechtfertigt deutlich ungünstiger gestellt wird und so eine den Angestellten verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt. Die Besserstellung einzelner Angestellter stellt keine Missachtung der Persönlichkeit der anderen Mitarbeiter dar. Anwendbarkeit dieser Grundsätze auf die (ausserordentliche) Kündigung (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 8. April 2008, BZ.2007.77).

Erwägungen

I.

1. a) Die Parteien unterzeichneten am 6. Januar 2000 einen Anstellungsvertrag. Auf Seiten der Beklagten unterzeichneten C als Geschäftsführer und D als Kaufmännischer Leiter. Die Anstellung erfolgte als Verkäuferin im Innendienst; als Eintrittsdatum wurde der 1. März 2000 vereinbart. (kläg. act. 1). Das Basisgehalt der Klägerin betrug für das



St.Galler Gerichte

Jahr 2006 Fr. 104'000.- (13 Monatslöhne à Fr. 8'000.-). Zusätzlich erhielt die Klägerin bei Erreichen gewisser Umsätze eine umsatzabhängige Provision. Die Beklagte leistete dafür monatliche Akontozahlungen von Fr. 3'500.- (kläg. act. 2).

b) Mit Schreiben vom 8. November 2006 kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis auf den 31. Januar 2007 (bekl. act. I/1). Mit Schreiben vom 10. November 2006 wurde die Klägerin per sofort und unter Aufrechterhaltung der Gehaltzahlung freigestellt. Die Beklagte hielt fest, mit der vorzeitigen Freistellung sei das Ferienguthaben sowie allfällige Überzeit der Klägerin abgegolten. Weiter hielt die Beklagte fest, die Klägerin habe sich während der Kündigungsfrist zur Verfügung der Beklagten zu halten und es sei ihr nicht erlaubt, schon vor Ablauf der Kündigungsfrist eine neue Arbeitsstelle anzutreten. Die Beklagte machte die Klägerin darauf aufmerksam, dass diese gemäss Art. 321a Abs. 4 OR bezüglich der ihr bekannten Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse der Beklagten zu Verschwiegenheit verpflichtet sei.

Gemäss Gehaltsabrechnung für den Monat November 2006 wurde der Klägerin für diesen Monat der volle Lohn, die Akontozahlung für die umsatzabhängige Provision, ein halbes 13. Monatsgehalt und eine Ausbildungszulage von Fr. 190.- abzüglich Fr. 332.15 "Benzin" ausbezahlt. Der Feriensaldo beträgt gemäss dieser Abrechnung 6 Tage (kläg. act. 9).

c) Ende November 2006 versandte die Klägerin zusammen mit E, der ebenfalls bei der Beklagten angestellt war und sein Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 27. Oktober 2006 auf den 31. Dezember 2006 gekündigt hatte (bekl. act. I/7), ein Schreiben mit Faltprospekt an diverse Kunden der Beklagten (bekl. act. I/17.1-5). Die Kopfzeile der Schreiben enthält die Privatadresse der beiden Absender in X respektive Y, je eine Mobiltelefonnummer und eine private E-Mail-Adresse sowie eine Faxnummer von E. Die Schreiben lauteten wie folgt (Hervorhebung im Original):

Z, Ende November 2006

Unsere Wege werden sich wieder kreuzen ...

Geschätzter Partner,



St.Galler Gerichte

Seit einiger Zeit beschäftigen wir uns mit einem Projekt, welches uns und einige Arbeitskollegen in die Selbstständigkeit führt. Da dieses Projekt nun sehr weit fortgeschritten ist, haben wir uns entschlossen, die Firma B-AG zu verlassen. Nur so ist es uns möglich, ab Anfang 2007 unser Vorhaben erfolgreich in die Tat umzusetzen und uns der neuen Herausforderung zu stellen.

Warum eine neue Herausforderung? Unsere zukünftigen Kunden sollen und werden im Mittelpunkt stehen. Durch unsere persönliche Beratung und unsere langjährige Erfahrung profitieren Sie als Partner auch in Zukunft.

Da unsere Entscheidung, die Firma B-AG per Ende Jahr zu verlassen in einzelnen Fällen zur sofortigen Freistellung geführt hat, haben wir keine Gelegenheit mehr, uns persönlich bei Ihnen zu verabschieden. Dies möchten wir nun mit diesem Schreiben tun und uns gleichzeitig für Ihre langjährige Treue herzlich bedanken.

Wir wünschen Ihnen ein erfolgreiches Jahresende, besinnliche Festtage und einen guten Start ins neue Jahr. Unsere Wege werden sich wieder kreuzen...ganz bestimmt!

Mit freundlichen Grüßen

A

E

[sig.]

[sig.]

Der dem Schreiben beigelegte Faltprospekt trägt auf der Aussenseite die Überschrift "Bestimmt werden sich unsere Wege wieder kreuzen....." wobei auf den Punkten am Ende der Überschrift ein Q abgebildet ist. Ferner findet sich auf der Aussenseite des Faltprospekts eine Reihe von Porträtaufnahmen von 14 Personen, darunter auch die Klägerin, E, F, G, D und C. Die ersten elf Personen sind in der alphabetischen Reihenfolge ihres Nachnamens aufgeführt. Zu jeder Person ist deren Privatadresse und eine Mobiltelefonnummer (in einem Fall eine Festnetznummer) angegeben. Die letzten drei Personen der Reihe sind ohne Privatadresse aber mit einer Mobiltelefonnummer aufgeführt. Ausserdem weisen diese drei Porträts die Bildunterschrift "Marketing Freund" auf. Die Innenseite des Faltprospekts weist die Überschrift "Wir danken Ihnen...für die gemeinsamen Jahre" auf. Ausserdem enthält die Innenseite dieselben 14 Porträtaufnahmen wie die Vorderseite, allerdings sind sie hier nicht aneinandergereiht,



St.Galler Gerichte

sondern lose verteilt. Jede Aufnahme ist mit dem Namen der jeweiligen Person versehen.

d) Mit Schreiben vom 5. Dezember 2006 teilte die Beklagte der Klägerin mit, der von der Klägerin ursprünglich per 31. Januar 2007 aufgelöste Vertrag werde mit sofortiger Wirkung gekündigt. Die Beklagte warf der Klägerin vor, unter Verwendung des Kundenstamms der Beklagten an verschiedene ihrer Kunden gelangt zu sein und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht zu haben, dass sie beabsichtige, anfangs 2007 ein Konkurrenzunternehmen zu gründen oder zumindest für ein solches zu arbeiten. Die Beklagte warf der Klägerin vor, die ihr weiterhin obliegende arbeitsvertragliche Treuepflicht verletzt zu haben, indem sie ihre Kenntnisse über den Kundenstamm der Beklagten ausgenutzt habe. Darüber hinaus sei das Verhalten der Klägerin illoyal, habe sie doch während des noch bestehenden Arbeitsverhältnisses aktiv Kunden der Beklagten für ein Konkurrenzunternehmen abgeworben (kläg. act. 5).

Die Klägerin protestierte mit Schreiben vom 8. Dezember 2006 gegen die fristlose Entlassung (kläg. act. 6). Mit Schreiben vom 27. Dezember 2006 teilte die Beklagte mit, sie halte an der fristlosen Entlassung fest (kläg. act. 7).

Gemäss Gehaltsabrechnung für den Monat Dezember 2006 wurde der Klägerin für diesen Monat ein Lohn von Fr. 1'290.30 (Fr. 8'000.- minus Fr. 6'709.70) und ein Betrag von Fr. 6'220.- für die umsatzabhängige Provision abzüglich Fr. 344.- für das 13. Monatsgehalt, Fr. 245.60 "Benzin" und Fr. 20.40 "Rest. H November 2006" ausbezahlt. Der Feriensaldo beträgt gemäss dieser Abrechnung 6 Tage (kläg. act. 10).

e) Am 12. Dezember 2006 wurde die I-AG im Handelsregister des Kantons St. Gallen eingetragen. Als Verwaltungsratspräsident firmierte C, als Vizepräsident D. Ersterer übt diese Funktion nach wie vor aus, letzterer schied im September 2007 wieder aus dem Verwaltungsrat der I-AG aus. Das Logo der I-AG enthält ein Q. Sämtliche 14 Personen, welche auf dem dem Schreiben von Ende November 2006 (bekl. act. I/17.1) beigelegten Faltprospekt aufgeführt waren, wurden auf der Website der I-AG als Ansprechpartner aufgeführt. Dabei wurden die gleichen Porträtaufnahmen wie im Faltprospekt verwendet. Es sind ausserdem fünf Personen aufgeführt, welche nicht schon im Faltprospekt erschienen sind, drei davon sind ebenfalls ehemalige Mitarbeiter



der Beklagten welche ihre Stelle erst am 18. Dezember respektive Januar gekündigt haben (bekl. act. II/16 [Ausdruck vom 19. Juni 2007] und II/17 [Ausdruck vom 13. November 2007]; bekl. act. I/12 bis I/14). Auf der aktuellen Website der I-AG sind noch zwölf Ansprechpartner aufgeführt, acht davon erschienen schon auf dem Faltprospekt und drei weitere sind ebenfalls ehemalige Mitarbeiter der Beklagten (bekl. act. II/18 [Ausdruck vom 4. Dezember 2007]; bekl. act. I/13 bis I/15).

2. Mit Klage vom 23. Januar 2007 machte die Klägerin die vorliegende Streitsache beim Arbeitsgericht anhängig (vi-act. 1). Sie verlangte den restlichen Lohn bis Ende Dezember 2006 samt Anteil des 13. Monatslohns, den Restanteil der Provision, eine Vergütung für den offenen Feriensaldo und eine Entschädigung nach richterlichem Ermessen wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung (vi-act. 1, S. 5). Die Beklagte reichte am 27. Februar 2007 ihre Klageantwort ein (vi-act. 7). Am 26. April 2007 fand vor dem Präsidenten der Vorinstanz eine Vorbereitungshandlung statt (vi-act. 11). Dieser unterbreitete den Parteien einen Vergleichsvorschlag; die Klägerin lehnte ihn ab (vi-act. 12; Urteil, 2 Ziff. 1). Die Hauptverhandlung fand am 21. Juni 2007 statt (vi-act. 13, 20, 21; Urteil, 2 Ziff. 1). In ihrem Plädoyer anerkannte die Beklagte einen Anspruch der Klägerin aus Ferienlohn im Umfang von Fr. 1'949.- (vi-act. 21, S. 11 Ziff. 37) und aus Provision im Umfang von Fr. 3'669.- (vi-act. 21, S. 12 Ziff. 39).

Mit Schreiben vom 28. Juni 2007 wurde den Parteien das Dispositiv des vorinstanzlichen Urteils zugestellt (vi-act. 19). Das begründete Urteil wurde am 28. September 2007 an die Parteien versandt (Urteil, 10; Zugang bei der Klägerin am 1. Oktober 2007 [vi-act. 25]).

3. Am 26. Oktober 2006 erhob die Klägerin gegen dieses Urteil Berufung ans Kantonsgericht (act. B1). Die Beklagte reichte ihre Berufungsantwort am 4. Dezember 2007 ein (act. B7).

II.

Sowohl in der Berufung wie auch in der Berufungsantwort wurde die Beklagte als "B-AG" bezeichnet. Gemäss Handelsregister wurden die Statuen der Beklagten geändert



St.Galler Gerichte

und sie in Bb-AG umfirmiert. Die Publikation im SHAB erfolgte. In einem solchen Fall kann die Parteibezeichnung, weil offensichtlich unrichtig, von Amtes wegen berichtigt werden (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 38 N 2b).

Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Prozessvoraussetzungen (Art. 79, 224 Abs. 1 lit. b, 225, 229 ZPO; Art. 82 ff. GerG) ergibt, dass diese erfüllt sind. Zuständig ist die III. Zivilkammer (Art. 20 Abs. 1 lit. a ZPO; Art. 15 lit. d GO).

Auf die Berufung ist einzutreten.

III.

1. a) Das Arbeitsverhältnis kann durch eine ausserordentlichen Kündigung fristlos aufgelöst werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (Art. 337 Abs. 1 OR). Als wichtiger Grund gilt nach Art. 337 Abs. 2 OR jeder Umstand, der dem Kündigungen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses (bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin) unzumutbar macht. Das Gericht entscheidet über das Vorhandensein solcher Umstände nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR). Als unzumutbar gilt die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nur dann, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien derart gestört ist, dass die sofortige und fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses als einziger Ausweg erscheint (BGE 116 II 142 E. 5c S. 144). Die fristlose Kündigung darf nur dann ausgesprochen werden, wenn mildere und angemessenere Mittel fehlen, die geeignet sind, das in der bisherigen Form nicht weiter tragbare Arbeitsverhältnis fortzusetzen (Rehbinder, Berner Kommentar, VI/2/2/2, Bern 1992, Art. 337 N 2 S. 123). Eine fristlose Entlassung ist nur bei besonders schweren Verfehlungen der Arbeitnehmerin gerechtfertigt, welche einerseits objektiv geeignet sind, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass der Arbeitgeberin die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zuzumuten ist, und die andererseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben (BGE 116 II 145 E. 6a S. 150). Nur objektive



oder nur subjektive Schwere des Falles reicht für sich alleine nicht aus (BGE 130 III 213 E. 3.1 S. 220 f.; Staehelin, Zürcher Kommentar, V2c, Art. 331-355, 3. Aufl., Zürich 1996, Art. 337 N 3; Eugster/von der Crone, Rechtliche Stellung des Geschäftsführers im Konzern, in: SZW 2004 434 ff., 441; a. M. Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Auflage, Zürich 2006, Art. 337 N 2 S. 735).

b) Vorliegend rechtfertigt die Beklagte die ausserordentliche Kündigung damit, dass die Klägerin die ihr auch während der Freistellung obliegende arbeitsvertragliche Treuepflicht verletzt habe, indem sie ihre Kenntnisse über den Kundenstamm der Beklagten ausgenutzt habe, um Kunden der Beklagten für ein Konkurrenzunternehmen abzuwerben.

Die Vorinstanz erachtete das Verhalten der Klägerin als schwerwiegende Verletzung der Treuepflicht nach Art. 321a OR. Sie sah darin einen wichtigen Grund, der die ausserordentliche Kündigung gerechtfertigt hat (Urteil, 6).

c) Es ist zutreffend, dass Illoyalitäten gegenüber der Arbeitgeberin, wie deren Konkurrenzierung während noch bestehendem Arbeitsverhältnis, beispielsweise durch aktives Abwerben von Kunden für ein Konkurrenzunternehmen oder das Abschreiben von Kundenlisten, eine fristlose Kündigung rechtfertigen können (Streiff/von Kaenel, Art. 321a N 7 S. 132 unten, Art. 337 N 5 S. 742; ZK-Staehelin, Art. 337 N 22; Portmann, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar OR I, Art. 337 N 27). Dies wird von der Klägerin denn auch nicht bestritten. Sie bestreitet jedoch, dass ihre Schreiben von Ende November 2006 (bekl. act. I/17.1-5) als "ein direkter Akt der Konkurrenzierung der Beklagten durch die Klägerin gewertet werden" können. Die Klägerin führt aus, sie habe ihre Treuepflicht nicht verletzt (Berufung, 5 Mitte). Die Klägerin bestreitet auch, sich in unerlaubter Weise Kundendaten der Beklagten angeeignet zu haben (Berufung, 9 Ziff. 6). Darauf ist nachfolgend einzugehen.

2. Die Klägerin wirft der Vorinstanz vor, deren Erwägungen zu den Schreiben der Klägerin von Ende November 2006 (bekl. act. I/17.1-5) seien reichlich theoretisch und akademisch-weltfremd (Berufung, 4 Mitte). In Anbetracht ihrer Defizite als Briefschreiberin und EDV-Benutzerin möge es sein, dass sie den Text zu wenig kritisch gewürdigt habe, doch sei es bei den Schreiben um nichts anderes als die



Verabschiedung gegangen (Berufung, 4 oben). Eine telefonische Verabschiedung sei nicht in Frage gekommen, da solches bei der Beklagten "einen noch viel grösseren Unmut erregt" hätte; im direkten Kontakt mit den Kunden wäre es immer wieder zu heiklen Situationen gekommen. Sodann wäre der Aufwand, sich von den Kunden telefonisch zu verabschieden, zu gross gewesen (Berufung, 4 f.). Die Schreiben von Ende November 2006 hätten primär der Verabschiedung von guten Kunden gedient und könnten nicht als ein direkter Akt der Konkurrenzierung gewertet werden, weil sie sich der Möglichkeit einer diesbezüglichen Bedeutung gar nicht bewusst gewesen sei und solche Effekte auch nicht angestrebt habe (Berufung, 5 Mitte, 8 f. Ziff. 5).

a) Die fett und in einer grösseren Schrift gedruckte Überschrift der Schreiben von Ende November 2006 deutet nicht auf eine Verabschiedung hin. Im Gegenteil deutet der Hinweis, dass sich die Wege der Klägerin und der Adressaten wieder kreuzen werden darauf hin, dass die Klägerin und die Adressaten auch in Zukunft Kontakt haben werden. Dass die Klägerin Interesse hatte, mit den Adressaten privat in Kontakt zu bleiben, erscheint als ausgeschlossen, gemeint gewesen sein kann nur ein geschäftlicher Kontakt. Aus der Überschrift der Schreiben von Ende November 2006 musste ein Empfänger schliessen, die Klägerin werde weiter mit ihm in geschäftlichem Kontakt bleiben.

Die in allen im Recht liegenden Schreiben benutzte Anrede - "Geschätzter Partner" - deutet ebenfalls darauf hin, dass es bei den Schreiben nicht primär darum ging, sich von einzelnen guten Kunden zu verabschieden, sondern dass möglichst viele Kunden der Beklagten mit einem standardisierten Brief und dementsprechend geringem Aufwand erreicht werden sollten. Auch dies spricht für die Konkurrenzierungsabsicht.

Der erste Absatz der Schreiben klärt die Adressaten darüber auf, dass sich die Klägerin und einige ihrer Arbeitskollegen "seit einiger Zeit" mit einem Projekt beschäftigen, das diese in die Selbständigkeit führen werde und sie deshalb ihre Arbeitsverhältnisse bei der Beklagten aufgelöst hätten. Dies sei nötig gewesen, um "ab Anfang 2007 [das] Vorhaben erfolgreich in die Tat umzusetzen". Der zweite Absatz der Schreiben führt sodann aus, dass die zukünftigen Kunden (der Klägerin und ihrer zukünftigen Mitarbeiter) im Mittelpunkt stehen werden und dass davon auch die Adressaten "als Partner auch in Zukunft" profitieren werden. Diese beiden Absätze sind so zu



St.Galler Gerichte

verstehen, dass die Klägerin und weitere ehemalige Mitarbeiter der Beklagten sich in irgend einer Art und Weise von der Beklagten losgelöst hatten, aber (zusammen) weiterhin im selben Geschäftsbereich tätig bleiben wollten. Vor allem aus dem zweiten Absatz folgt, dass dies im gleichen oder zumindest in einem ähnlichen Geschäftsfeld wie demjenigen der Beklagten erfolgen werde. Nur in diesem Fall machte es Sinn, speziell auf "unsere langjährige Erfahrung" hinzuweisen, von denen die Adressaten "auch in Zukunft" profitieren sollen. Damit wurde sinngemäss mitgeteilt, dass die Klägerin und weitere ehemalige Mitarbeiter der Beklagten in Zukunft an die Kunden der Beklagten herantreten werden um Verträge abzuschliessen, die im Geschäftsfeld der Beklagten liegen.

Im dritten Absatz der Schreiben weist die Klägerin die Adressaten darauf hin, dass die erfolgten Kündigungen "in einzelnen Fällen zur sofortigen Freistellung geführt" haben und darum keine Gelegenheit mehr bestand, sich persönlich bei den Adressaten zu verabschieden. Ferner bedankt sich die Klägerin für die langjährige Treue. Der Umstand, dass nicht einmal in diesem Abschnitt, welcher der Verabschiedung gewidmet ist, auf die Klägerin und ihren Mitunterzeichner persönlich Bezug genommen wird, sondern von "einzelnen Fällen" die Rede ist, weist wie schon die unpersönliche Anrede darauf hin, dass die Klägerin möglichst viele Kunden der Beklagten mit einem standardisierten Brief und dementsprechend geringem Aufwand erreichen wollte.

Im letzten Absatz des Schreibens wünscht die Klägerin den Adressaten frohe Festtage und einen guten Start ins neue Jahr, um das Schreiben mit der Zeile "Unsere Wege werden sich wieder kreuzen...ganz bestimmt!" abzuschliessen. Mit dieser Wiederholung der schon in der Überschrift des Schreibens verwendeten Formulierung machte die Klägerin den Adressaten deutlich, um was es ihr primär ging: nicht die Verabschiedung von ihnen, sondern die Bekanntmachung, dass man trotz Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten in Zukunft mit ihnen in geschäftlichen Kontakt treten werde.

Die Unterschriften der Klägerin und von E am Ende der Schreiben schlussendlich sind nicht handschriftlich, sondern wurden offenbar eingescannt und auf die Schreiben gedruckt. So geht man nicht vor, wenn man bei den Empfängern den Eindruck einer persönlichen Verabschiedung erwecken will. Das Einfügen von eingescannten



Unterschriften in (Form-)Briefe war vielmehr geeignet, bei den Adressaten den Eindruck zu erwecken, es handle sich um geschäftliche Korrespondenz.

Auch von den Einzelnen Absätzen abgesehen ist der Gesamteindruck eindeutig so, dass es sich dabei nicht primär um Abschiedsschreiben handelte, sondern dass es um die Ankündigung künftiger geschäftlicher Kontaktaufnahme ging. Zu diesem Gesamteindruck trägt insbesondere der beigelegte Faltprospekt bei. Er erweckt - trotz der auf der einen Seite aufgedruckten Überschrift "Wir danken Ihnen... für die gemeinsamen Jahre" - nicht den Eindruck einer Abschiedskarte. Einerseits dürften solche Schreiben gerade im Geschäftsverkehr zum Jahresende gehäuft vorkommen und andererseits deutet die zweite Seite des Faltprospekts mit der Überschrift "Bestimmt werden sich unsere Wege wieder kreuzen..." klar auf zukünftige Kontakte geschäftlicher Natur hin. Ferner ist auch nicht ersichtlich, warum auf einem Faltprospekt, der einem angeblichen Abschiedsbrief an gute Kunden beigelegt wird, Porträtaufnahmen samt Adressen und Mobiltelefonnummern von zwölf weiteren Personen aufgeführt werden sollten. Kommt hinzu, dass die Klägerin und E nicht die gleichen Kunden betreut hatten (Urteil, 6); dass sie zusammen einen Abschiedsbrief an ihre guten Kunden schreiben, macht vor diesem Hintergrund wenig Sinn. Schon aus einem einzelnen Schreiben konnte geschlossen werden, dass es der Klägerin nicht um einen persönlichen Abschied von guten Kunden ging, sondern um den geschäftlichen Kontakt mit diesen aufrecht zu erhalten.

b) Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass es keineswegs "akademisch-weltfremd" war, wenn die Vorinstanz annahm, die Schreiben hätten nicht primär der Verabschiedung von Kunden gedient, sondern seien zu Werbezwecken versandt worden. Was die Klägerin dagegen vorbringt, ist unbehelflich.

Die Klägerin bringt in ihrer Berufung vor, sie habe sich keine Gedanken darüber gemacht, "dass auf 'höherer Ebene' mit dem Abschiedsbrief möglicherweise auch andere Ziele verfolgt werden könnten" und sie habe "in Anbetracht ihrer Defizite als Briefschreiberin (...) den verwendeten Text zu wenig kritisch gewürdigt" (Berufung, 4 oben). Die Klägerin behauptet, die Möglichkeit einer Bedeutung der Schreiben als Konkurrenzierung der Beklagten, sei ihr nicht bewusst gewesen. Sie deutet weiter an, allenfalls von Dritten instrumentalisiert worden zu sein, was ihr aber nicht als Verletzung



ihrer Treuepflicht angerechnet werden dürfe (Berufung, 5 Mitte). Die Klägerin behauptet damit gerade nicht, ihre Unterschrift sei durch einen Dritten missbräuchlich verwendet worden um Kunden der Beklagten zu täuschen. Es ist also davon auszugehen, dass die Klägerin den Wortlaut der Schreiben kannte. Sie hat ihn sich, auch wenn sie ihn nicht selber verfasst hat, anrechnen zu lassen. Der Wortlaut und die Umstände der Schreiben lassen nun zweifellos darauf schliessen, dass mit diesen eine Konkurrenzierung der Beklagten angestrebt wurde. Aus dem Verweis der Klägerin auf eine "höhere Ebene" geht überdies hervor, dass es sich bei den Briefen durchaus um eine koordinierte Aktion gehandelt hat, dass es der Klägerin also bewusst war, dass standardisierte Briefe an Kunden der Beklagten versandt wurden, teilweise mit ihrer Unterschrift und ihren privaten Kontaktangaben inklusive Mobiltelefonnummer versehen. Bereits damit hat die Klägerin in Kauf genommen, dass die Treuepflicht gegenüber der Beklagten verletzt wird.

Die Klägerin bringt sinngemäss weiter vor, keine andere Form wäre geeignet gewesen, ihren auch von der Vorinstanz als nachvollziehbar erklärten Wunsch, (ehemalige) Kunden über ihre berufliche Zukunft zu orientieren (Urteil, 6 Mitte), zu erfüllen. Wenn sie allen Kunden telefoniert hätte, hätte das einen noch viel grösseren Unmut erregt und sie wäre überdies zwei Tage permanent von zu Hause aus am telefonieren gewesen, was zu reihenweise heiklen Situationen geführt hätte. Dasselbe gelte auch, wenn sich die Klägerin je mit persönlich verfassten Briefen von ihren guten Kunden hätte verabschieden müssen (Berufung, 4 f.). Inwiefern für die beinahe zwei Monate freigestellte Klägerin ein Aufwand von rund zwei Tagen nicht zumutbar wäre, ist nicht ersichtlich. Wohl musste sie sich weiter zur Verfügung der Beklagten halten (kläg. act. 4), die Beklagte kam jedoch nicht darauf zurück. Die Beklagte hätte damit über genügend Zeit verfügt, sich von ihren besten Kunden ordentlich zu verabschieden. Auch ihr Argument, eine direkte telefonische Kontaktaufnahme hätte noch grösseren Unmut erzeugt und zu heiklen Situationen geführt, überzeugt nicht. In der Kopfzeile der Schreiben (kläg. act. I/17.1-5) führte die Klägerin ihre Privatadresse samt Mobiltelefonnummer und privater E-Mail Adresse auf. Wäre die Klägerin tatsächlich so besorgt gewesen, heikle Situationen zu vermeiden, hätte sie weder ihre Mobiltelefonnummer noch ihre private E-Mail Adresse angegeben. Wäre der Klägerin eine Verabschiedung von ihren guten Kunden zudem tatsächlich so wichtig gewesen, wäre ihr (selbst wenn sie von sich wenig glaubwürdig behauptet, Defizite als



Briefschreiberin zu haben) der Aufwand, die Schreiben zumindest ansatzweise persönlich und individuell zu gestalten, persönlich zu unterzeichnen und dabei den Schwerpunkt tatsächlich auf die Verabschiedung zu legen, nicht zu gross gewesen.

c) Die Klägerin hat die Beklagte mit Schreiben an deren Kunden zusammen mit anderen ehemaligen Mitarbeitern konkurrenziert und damit die ihr gegenüber bestehende Treuepflicht schwer verletzt.

Vor der Vorinstanz wendete die Klägerin unter Verweis auf BGE 123 III 257 und Streiff/von Kaenel, Art. 337 N 2 S. 736, ein, dass bei in gekündigtem Arbeitsverhältnis stehenden Mitarbeitenden an eine fristlose Entlassung erhöhte Ansprüche gestellt werden (vi-act. 20, S. 6; kläg. act. 6, S. 2).

Gemäss dem Wortlaut von Art. 337 Abs. 1 OR kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen *jederzeit* gekündigt werden, mitunter also auch nach ausgesprochener ordentlicher Kündigung (Blesi, Die Freistellung des Arbeitnehmers, St. Galler Diss., Zürich 2000, 58). Entscheidend ist allein, dass es dem Kündigenden nicht mehr zumutbar ist, das Arbeitsverhältnis bis zum Kündigungstermin weiterzuführen (ZK-Staehelin, Art. 337 N 34; Blesi, 58). Da dabei jeweils sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen und würdigen sind, spielt die Tatsache, dass ein Arbeitsverhältnis bereits gekündigt ist, aber durchaus eine Rolle bei der Beurteilung, ob eine ausserordentliche Kündigung zulässig ist.

Die der Klägerin vorgeworfenen Verhaltensweisen haben sich erst nach ihrer ordentlichen Kündigung und während der darauf folgenden Freistellung ereignet. Unter diesen Umständen anerkennen selbst Streiff/von Kaenel die Möglichkeit einer fristlosen Entlassung durch die Arbeitgeberin (Streiff/von Kaenel, Art. 337 N 2 S. 736; gl. M. Blesi, 58). Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Klägerin wegen wirtschaftlicher (und nicht persönlicher) Sachverhalte (Konkurrenzierung der Arbeitgeberin) ausserordentlich gekündigt wurde. Auch dies ist bei der Beurteilung der Unzumutbarkeit zu berücksichtigen, denn ist die Arbeitnehmerin freigestellt, ist das Arbeitsverhältnis von Seiten der Arbeitgeberin praktisch auf ihre Lohnzahlungspflicht reduziert. Es ist einer Arbeitgeberin nicht zuzumuten, ein Arbeitsverhältnis mit einer freigestellten Mitarbeiterin aufrecht zu erhalten, wenn diese sie direkt konkurrenziert (und nicht



St.Galler Gerichte

lediglich Anstalten trifft, dies in Zukunft - nach Ablauf der Kündigungsfrist - zu tun). Die erhöhten Voraussetzungen an eine fristlose Kündigung im bereits gekündigten Arbeitsverhältnis sind erfüllt.

d) Wie die Vorinstanz richtig festgestellt hat, spielt es für den vorliegenden Entscheid keine Rolle, woher die Adressen der von der Klägerin angeschriebenen Kunden der Beklagten stammen (Urteil, 7 lit. f). Bereits die Art und Weise der Konkurrenzierung der Beklagten durch die Klägerin stellt einen wichtigen Grund dar, der eine fristlose Entlassung rechtfertigt.

3. Die Klägerin wirft der Beklagten vor, dass sie, indem sie wohl ihr, nicht aber D und F ausserordentlich gekündigt habe, den "Gleichbehandlungsgrundsatz, welcher das Arbeitsvertragsrecht immer mehr beherrsch[e]," aufs grösste verletzt habe (vi-act. 20, S. 7 Mitte). Nach Ansicht der Klägerin ist eine Arbeitgeberin verpflichtet, beim Vorliegen identischer Voraussetzungen bezüglich der Frage der fristlosen Entlassung gleich zu verfahren (Berufung, 8 Mitte). Das Verhalten der Beklagten halte vor dem sich auf Art. 328 OR stützenden Gleichbehandlungsgrundsatz nicht stand (Berufung, 8 unten). Die Tatsache, dass in zwei Fällen (gemeint: D und F) keine ausserordentliche Kündigung ausgesprochen worden sei, obwohl sich diese genau gleich wie die Klägerin verhalten hätten, zeige, dass auch im Fall der Klägerin "nicht wirklich eine Unzumutbarkeit" bestehe (vi-act. 20, S. 7 f.; Berufung, 5 f. Ziff. 4a, 8 oben).

Die Klägerin bringt damit zwei Argumente vor. Einerseits ist sie der Ansicht, im schweizerischen Arbeitsrecht bestehe ein grundsätzlicher Gleichbehandlungsanspruch; sie sieht diesen im vorliegenden Fall verletzt. Andererseits stellt sie sich sinngemäss auf den Standpunkt, es fehle der Beklagten an einem wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR. Das schliesst sie aus zwei ihrer Ansicht nach im Wesentlichen gleich gelagerten Fällen, in denen die Beklagte das Arbeitsverhältnis trotz Vorliegens des gleichen Entlassungsgrunds nicht ausserordentlich gekündigt habe. Diese beiden Punkte sind nachfolgend gesondert zu behandeln (vgl. zu dieser Unterscheidung auch Staehelin, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im schweizerischen Arbeitsrecht, in: BJM 1982 57 ff., 70; ZK-Staehelin, Art. 337 N 41; Geiser, Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im schweizerischen Arbeitsrecht?, in: Becker/Hilty/Stöckli/Würtenberger [Hrsg.], Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfelds,



St.Galler Gerichte

Festschrift für Manfred Reh binder, München/Bern, 2002, 37 ff.; Brunner, Die ausserordentliche Kündigung des Arbeitsvertrages, Zürcher Diss., Bern 1979, 33).

4. a) Das schweizerische Arbeitsrecht enthält keinen generellen Gleichbehandlungsgrundsatz (Nef, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Schweizerischen Arbeitsrecht, in: SJZ 72 (1976) 17 ff., 21; Staehelin, 59; Geiser, 48; Emmel, Wer hat Anspruch auf Gleichbehandlung?, in: NZZ vom 16. Februar 2007; Jaun, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht - Die Schweiz im Schatten der europäischen Rechtsentwicklung, in: ZBJV 143 (2007) 457 ff., 466; Streiff/von Kaenel, Art. 328 N 12 S. 357). Das Arbeitsvertragsrecht steht grundsätzlich auf dem Boden der Privatautonomie (Staehelin, 60; Geiser, 38, 48; Jaun, 471). Der daraus abgeleitete Grundsatz der Vertragsfreiheit geht dem Grundsatz der Gleichbehandlung jedenfalls vor (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 281; Nef, 21; Geiser, 45; von Kaenel, Neue gesetzliche Gleichbehandlungsansprüche?, in: ArbR 2004 39 ff., 40; Jaun, 471; Pärli, Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) auf das Arbeitsrecht, in: ARV 2007 133 ff., 143 f.; Reh binder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, N 226; Streiff/von Kaenel, Art. 328 N 12 S. 357; BSK-Portmann, Art. 328 N 30; Staehelin, Zürcher Kommentar, V2c, Art. 319-330a, 4. Aufl., Zürich 2006, Art. 328 N 10; Koller, Die miet- und arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2003, in: ZBJV 140 (2004) 483 ff., 511).

b) Diesen Grundsatz schränkt die Rechtsordnung punktuell durch gewisse besondere Regelungen ein. Zu denken ist insbesondere an das Gleichstellungsgesetz (GIG; SR 151.1), das Diskriminierungen gestützt auf das Geschlecht verbietet, an das Heimarbeitsgesetz (HArG; SR 822.31), das für gewerbliche und industrielle Heimarbeit einen Paritätslohn vorschreibt, und an das Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG; SR 823.11), das Leiharbeitnehmern, deren Einsatzbetrieb einem allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag unterstellt ist, einen Anspruch auf Einhaltung von dessen Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen einräumt (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 282; Geiser, 39 ff.; von Kaenel, 40 f., 53 ff.; BSK-Portmann, Art. 328 N 36 ff.; Nef, 22; Reh binder, N 161, 226, 230 f.).

Die Klägerin macht nicht geltend, der vorliegende Sachverhalt falle in den Anwendungsbereich einer solchen Ausnahmeregelung, die ohnehin grösstenteils nur



die Vergütung und die Arbeitsbedingungen betreffen. Auch die Akten deuten nichts dergleichen an.

c) Einschränkungen und Vorbehalte gegenüber einer Ungleichbehandlung von Angestellten der gleichen Arbeitgeberin gestützt auf das allgemeine Arbeitsrecht werden zum Teil bei freiwilligen Sozialleistungen und Zulagen gemacht (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 282; Staehelin, 66 f.; ZK-Staehelin, Art. 322d N 13; BK-Rehbinder, Art. 322d N 9; Rehbinder, N 226; Streiff/von Kaenel, Art. 322 N 20 S. 204; Geiser, 39; BSK-Portmann, Art. 322d N 6, Art. 328 N 33 ff.; von Kaenel, 40; Koller, 510).

Einschränkungen bestehen ferner beim Weisungsrecht der Arbeitgeberin. Ohne sachliche Gründe darf die Arbeitgeberin keine ungleichen Weisungen erteilen und dadurch einzelne Angestellte benachteiligen (Staehelin, 67; Geiser, 46; von Kaenel, 40; BK-Rehbinder, Art. 321d N 34, Art. 328 N 9, 33; Rehbinder, N 226; Streiff/von Kaenel, Art. 321d N 3 S. 166, Art. 328 N 12 S. 357). Sowohl das Diskriminierungsverbot bei freiwilligen Sozialleistungen und Zulagen wie auch jenes beim Weisungsrecht der Arbeitgeberin wird aus dem Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ff. ZGB) und der Pflicht der Arbeitgeberin, die Persönlichkeit der Arbeitnehmerin zu schützen (Art. 328 OR), abgeleitet. Die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung einer Arbeitnehmerin stellt unter Umständen eine Diskriminierung und damit eine Persönlichkeitsverletzung dar (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 282; Geiser, 45, 48; Staehelin, 71 f.; von Kaenel, 39; Jaun, 483; BSK-Portmann, Art. 328 N 29; BK-Rehbinder, Art. 328 N 8; ZK-Staehelin, Art. 328 N 10; Koller, 510). Als Persönlichkeitsverletzung kann allerdings nur eine Schlechterstellung angesehen werden, wenn damit eine Missachtung der Persönlichkeit verbunden ist. Dies ist bei einer Besserstellung nie der Fall (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 282; Geiser, 45; Staehelin, 76; Geiser/Häfliger, Entwicklungen im Arbeitsrecht, in: SJZ (2004) 360 ff., 363; Streiff/von Kaenel, Art. 328 N 12 S. 356; BSK-Portmann, Art. 328 N 31; BK-Rehbinder, Art. 328 N 8; Rehbinder, N 226; Koller, 510). Eine verpönte Schlechterstellung, die eine Persönlichkeitsverletzung darstellt, liegt nur dann vor, wenn eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmern sachlich ungerechtfertigt (also willkürlich) deutlich ungünstiger gestellt wird und so eine die Arbeitnehmerin verletzende Geringschätzung ihrer Persönlichkeit zum Ausdruck kommt (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 282 f.; Geiser, 45; Staehelin, 75; Geiser/Häfliger, 363; BSK-



St.Galler Gerichte

Portmann, Art. 328 N 31, 33 ff.; BK-Rehbinder, Art. 328 N 8; Rehbinder, N 226; ZK-Staehelin, Art. 328 N 10; von Kaenel, 40; Koller, 511 f.).

Die ausserordentliche Kündigung fällt weder in den Bereich der freiwilligen Sozialleistungen und Zulagen noch in jenen des Weisungsrechts der Arbeitgeberin. In letztere Kategorie würde allenfalls die hier nicht strittige Freistellung fallen.

d) aa) Hier stellt sich die Frage, ob die zu den freiwilligen Sozialleistungen und Zulagen respektive zum Weisungsrecht der Arbeitgeberin entwickelten Grundsätze die Gleichstellung betreffend auch auf die (ausserordentliche) Kündigung des Arbeitsverhältnisses sinngemäss anwendbar sind.

Eine direkte Anwendung dieser Prinzipien wird durch Geiser abgelehnt. In Bezug auf die Vertragsauflösung behalte die Vertragsfreiheit die Vorhand. Eine ungleiche Behandlung könne aber unter Umständen zeigen, dass keine Unzumutbarkeit einer Weiterführung des Arbeitsverhältnisses vorliege und damit gar kein wichtiger Grund für eine ausserordentliche Kündigung vorliege (Gleichbehandlungsanspruch im untechnischen Sinne; vgl. Geiser, 39, 48). Auch Staehelin verneint, dass eine Arbeitgeberin von der fristlosen Entlassung einer Arbeitnehmerin absehen muss, weil sie andere Arbeitnehmerinnen, bei welchen die gleichen Entlassungsgründe vorliegen, nicht fristlos entlassen möchte. Ob die Arbeitgeberin von ihrer Entlassungsbefugnis Gebrauch machen wolle oder nicht, liege in ihrem freien Ermessen. Es könne von der Arbeitgeberin in der Regel nicht verlangt werden, von der fristlosen Entlassung einer Arbeitnehmerin abzusehen, weil sie anderen Arbeitnehmerinnen, bei welchen die gleichen Entlassungsgründe vorliegen, behalten möchte oder ihnen nur ordentlich kündigen möchte (Staehelin, 69 f.; ZK-Staehelin, Art. 337 N 41). Würde man dem zu Recht fristlos Entlassenen das Recht zubilligen, sich auf den Gleichbehandlungsgrundsatz zu berufen, würde das zum unbilligen Resultat führen, dass die Arbeitgeberin gezwungen wäre, mehr Arbeitnehmerinnen zu entlassen, als sie möchte, oder eine Arbeitnehmerin weiter zu beschäftigen, obwohl ihr die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist (Staehelin, 70). Auch Staehelin vertritt die Ansicht, der Verzicht auf die fristlose Entlassung bei anderen Arbeitnehmerinnen habe mit der Gleichbehandlung nichts zu tun, könne indes ein Indiz dafür bilden, dass gar kein wichtiger Entlassungsgrund vorliege (Staehelin, 70; ZK-Staehelin, Art. 337



N 41). Dieser Meinung folgt auch Reh binder, der ausserdem ausführt, niemand könne seine Kündigung mit der Begründung anfechten, dass vergleichbare Arbeitskolleginnen ihre Stelle hätten behalten können (BK-Rehbinder, Art. 328 N 9, Art. 337 N 15). Brunner ist der Auffassung, der Gleichbehandlungsgrundsatz erweise sich im Recht der ausserordentlichen Kündigung als ohne selbständige Bedeutung, da er in den Erwägungen über die Zumutbarkeit aufgehe (Brunner, 33).

bb) Wie es sich letztlich verhält, kann offen bleiben. Wie nachstehend aufgezeigt, würde die vorliegende ausserordentliche Kündigung jedenfalls keine Persönlichkeitsverletzung darstellen. Eine solche könnte in sinngemässer Anwendung der vom Bundesgericht und der Lehre entwickelten Grundsätze zu den freiwilligen Sozialleistungen und Zulagen respektive zum Weisungsrecht der Arbeitgeberin nur dann bejaht werden, wenn eine Arbeitnehmerin im Gegensatz zu einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmerinnen fristlos entlassen wird, es für die Ungleichbehandlung keine sachlichen Gründe gibt und dadurch eine Geringschätzung der Persönlichkeit der Arbeitnehmerin zum Ausdruck kommt (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 282 f.; Geiser, 45; Streiff/von Kaenel, Art. 322d N 5 S. 232; BK-Rehbinder, Art. 322d N 9, Art. 328 N 8; ZK-Staehelin, Art. 322d N 13; Geiser/Häfliger, 363; BSK-Portmann, Art. 328 N 31, 33 ff.; von Kaenel, 40; Koller, 510 ff.).

Von einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung kann von vornherein nur dann die Rede sein, wenn die behandelten Sachverhalte gleich (oder zumindest gleichwertig) sind. Das anerkennt auch die Klägerin, indem sie ausführt, die Arbeitgeberin habe "beim Vorliegen identischer Voraussetzungen (...) mit allen Mitarbeitenden gleich zu verfahren" (Berufung, 8 Mitte). Die Klägerin rügt eine Ungleichbehandlung im Verhältnis zu D und F. Bereits dies scheint vorliegend jedoch fraglich, sind doch durchaus sachliche Gründe ersichtlich, D und F im Vergleich zur Klägerin anders zu behandeln. D war Mitglied der erweiterten Geschäftsleitung der Beklagten und dort als Leiter Administration tätig. Als solcher leitete er die Abteilungen Auftragsverwaltung Geräte, Auftragsverwaltung Zubehör, Einkauf, Vertragswesen und Fakturierung (bekl. act. II/11); er hatte also im Gegensatz zur Klägerin, einer Verkäuferin im Innendienst, keine direkten Kundenkontakte. Von D liegen weiter keine in seinem Namen versandten Schreiben an Kunden der Beklagten (analog zu bekl. act. I/17.1-5) im Recht, er ist lediglich auf dem Faltprospekt (bekl. act. I/17.1), das die Klägerin an Kunden der



Beklagten versandte, mitenthalten. Ferner wurde D nach seiner Kündigung auch nicht wie die Klägerin freigestellt, sondern erledigte noch Bereinigungs-, Projekt-, und Übergabearbeiten, sein Arbeitsverhältnis war also im Gegensatz zu demjenigen der Klägerin nicht auf die reine Lohnzahlungspflicht reduziert; operativ war er nicht mehr tätig (Berufungsantwort, 10 Ziff. 20). Unter diesen Gesichtspunkten ist es nachvollziehbar, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit D nicht ausserordentlich kündigte, sondern in gegenseitigem Einvernehmen vor Ablauf der Kündigungsfrist auflöste (bekl. act. I/4). Ohne Bedeutung - da es der Beklagten nicht bekannt sein konnte - ist, dass D später Verwaltungsrat der I-AG wurde. Im Fall von F ergibt sich der sachliche Grund, ihn und die Klägerin unterschiedlich zu behandeln schon daraus, dass er als einziger der damals schon gekündigten Mitarbeiter in seiner Kündigung antönte, C habe mit seiner Kündigung nichts zu tun und die Beklagte auch glaubhaft gemacht hat, F habe vor Zeugen betont, er sei irrtümlich auf dem Prospekt erschienen, respektive C habe vorschnell und ohne sein Einverständnis gehandelt (vi-act. 21, S. 7 Ziff. 23; Berufungsantwort, 11 Ziff. 21). F wurde sodann auch nicht wie andere Mitarbeiter freigestellt, sein Arbeitsverhältnis war also im Gegensatz zu demjenigen der Klägerin nicht auf die reine Lohnzahlungspflicht reduziert. Die Klägerin behauptet, auch F habe Schreiben an Kunden der Beklagten versandt (vgl. drei Kopien von solchen Schreiben als bekl. act. 30 des Verfahrens BZ.2007.78; diese Akten wurden wohl von der Klägerin eingereicht [vgl. vi-act. 20, S. 7 oben und Berufung, 6 Mitte] und von der Vorinstanz aus Versehen den bekl. act. zugeordnet). Ob der Beklagten bekannt war, dass auch F Schreiben an ihre Kunden versandt hat, ist nicht bekannt. Es kann der Beklagten nicht angelastet werden, wenn sie in dieser Situation den Aussagen eines langjährigen Mitarbeiters vertraut hat und das Arbeitsverhältnis mit ihm nicht ausserordentlich gekündigt hat.

Zu verneinen ist aber vor allem auch, dass die Klägerin gegenüber einer Vielzahl anderer Angestellten deutlich ungünstiger gestellt wurde. Einerseits macht sie nur eine Ungleichbehandlung gegenüber von *zwei* anderen Mitarbeitern, D und F, geltend, dass sie gegenüber *einer* Vielzahl anderer Angestellten deutlich ungünstiger gestellt wurde, behauptet die Klägerin nicht. Andererseits gilt es zu beachten, dass die Klägerin nicht als einzige Arbeitnehmerin fristlos entlassen wurde. Aus dem Verfahren BZ.2007.78 ist ersichtlich, dass auch G von der Beklagten ausserordentlich gekündigt wurde. Kommt hinzu, dass aus den Ausführungen der Beklagten hervorgeht, dass neben der Klägerin,



G, F und D auch K, E, L und M im Zeitpunkt des Versands der Schreiben an Kunden der Beklagten gekündigt hatten (bekl. act. I/5, I/7, I/9 und I/11). K und L hatten die gleiche Funktion wie die Klägerin, E und M waren Aussendienstmitarbeiter (bekl. act. II/11). Alle (ausser - wie gesehen - F) wurden sofort freigestellt (vi-act. 7, S. 5 Ziff. 9; vi-act. 20, S. 4 unten) und, nachdem sie sich an der Konkurrenzierung der Beklagten beteiligt hatten, fristlos entlassen (vi-act. 21, S. 7 Ziff. 22; Urteil, 6 lit. d). Auch F wurde, nach einer weiteren Konkurrenzierungsaktion (bekl. act. I/16), letztendlich fristlos entlassen, zusammen mit N, O und P, die in der Zwischenzeit ebenfalls gekündigt (bekl. act. I/12, I/13 und I/14) und sich an der neuerlichen Konkurrenzierungsaktion beteiligt hatten (vi-act. 7, S. 5 oben; vi-act. 21, S. 7 Ziff. 23 ff.; Berufungsantwort, 12 Ziff. 22). Damit ist klar, dass die Klägerin bezüglich der fristlosen Entlassung nicht schlechter als die Mehrheit der anderen Angestellten der Beklagten behandelt wurde. Sogar wenn das Vorliegen eines sachlichen Grundes für die Ungleichbehandlung der Klägerin mit D und F verneint würde, wäre somit nicht von einer Schlechterstellung der Klägerin, sondern von einer Besserstellung von D und F auszugehen. Wie gesehen kann bei einer Besserstellung einzelner Angestellter nie von einer Missachtung der Persönlichkeit der anderen Mitarbeiter gesprochen werden.

e) Damit steht fest, dass die Beklagte dadurch, dass sie wohl die Klägerin und G, nicht aber D und F fristlos entliess, nachdem sie davon Kenntnis erhalten hatte, dass Erstere die Beklagte während ihrer Freistellung konkurrenziert hatten, die Persönlichkeit der Klägerin nicht verletzt hat.

5. Es bleibt die Frage zu beantworten, ob aus der Tatsache, dass die Beklagte D und F nicht ausserordentlich kündigte, geschlossen werden muss, dass ihr die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin bis zum Ende der Kündigungsfrist nicht unzumutbar war.

Dies ist zu verneinen. Einerseits stellt eine Praxis eines Arbeitgebers, bei gewissen vergleichbaren Sachverhalten (nicht) ausserordentlich zu kündigen, lediglich *ein Indiz* dar, das einen Rückschluss auf die (Un-)Zumutbarkeit der Weiterführung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zulässt (Geiser, 39; Staehelin, 70; ZK-Staehelin, Art. 337 N 41; Brunner, 33). Ob ein wichtiger Grund vorliegt, beurteilt sich indessen stets unter Berücksichtigung *aller Umstände* des Einzelfalls. Es steht der



Arbeitgeberin frei, in Einzelfällen das unzumutbar gewordene Arbeitsverhältnis bis zum Kündigungstermin weiterzuführen und auf die fristlose Entlassung zu verzichten. Zum Beispiel kann sie dies aus wirtschaftlichen Gründen tun, weil eine bestimmte Arbeitnehmerin noch wichtige Arbeiten erledigen muss oder allenfalls auch aus sozialen Gründen (Stahelin, 70). Vorliegend kann schon nicht davon gesprochen werden, der Sachverhalt, welcher zur ausserordentlichen Kündigung der Klägerin führte, sei im Wesentlichen gleich wie bei D und F (vgl. oben E. 4d/bb).

6. Damit steht fest, dass die Kündigung aus wichtigem Grund der Beklagten an die Klägerin nicht zu beanstanden ist. Das Arbeitsverhältnis der Parteien wurde damit per 5. Dezember 2006 aufgelöst. Die Klägerin hat somit keinen Anspruch auf eine Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR, wohl aber auf die Vergütungen aus ihrem Arbeitsverhältnis bis zum 5. Dezember 2006. Die diesbezüglichen rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz erweisen sich als richtig, weshalb an dieser Stelle darauf verwiesen werden kann (Urteil, 7 ff. Ziff. 6 ff.). Die Beklagte anerkennt den von der Vorinstanz der Klägerin zugesprochene Betrag von Fr. 6'142.65 (brutto) ausdrücklich an (Berufungsantwort, 15).

Die Berufung ist abzuweisen.
