



Konkurrenz aus den eigenen Reihen

Arbeitgeber haben grosses Interesse daran, die Abwerbung von Kunden oder Mitarbeitenden während und nach Ende des Arbeitsverhältnisses zu verhindern. Welche Rahmenbedingungen sind dabei zu beachten?

■ Von Dr. Denis G. Humbert

In der Praxis bestehen häufig Unsicherheiten darüber, inwiefern die Abwerbung von Kunden oder Mitarbeitenden während und nach Ende des Arbeitsverhältnisses zulässig ist. Wenn sich ein ausscheidender Arbeitnehmer selbstständig machen oder zur Konkurrenz wechseln möchte, ist oftmals unklar, ob er noch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses Kunden und Mitarbeitende seines Arbeitgebers kontaktieren und über seine selbstständige Tätigkeit bzw. seine neue Stelle informieren darf. Im Rahmen von Vertragsverhandlungen taucht zudem vielfach die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen ein Abwerbeverbot vereinbart werden kann.

Naturgemäss hat der Arbeitgeber ein grosses Interesse daran, gute Mitarbeitende zu behalten und seinen Kundenstamm nicht zu verlieren. Auf der anderen Seite ist insbesondere im Hinblick auf die Aufnahme einer neuen selbstständigen Erwerbstätigkeit das Interesse des Mitarbeitenden an seiner wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit und seinem beruflichen Fortkommen zu berücksichtigen. Im Folgenden werden die gesetzlichen Rahmenbedingungen dieser Gratwanderung erläutert.

Gesetzliche Grundlagen

Das Schweizerische Arbeitsvertragsrecht kennt keine explizite Gesetzesbestimmung, welche einem Arbeitnehmer verbietet, während und nach Ende des Arbeitsverhältnisses Kunden oder Mitarbeitende abzuwerben. Ein Abwerbeverbot ergibt sich jedoch aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers, die in Art. 321a Abs. 1 OR geregelt ist. Gemäss dieser Bestimmung hat der Arbeitnehmer die berechtigten Interessen des Arbeitgebers «in guten Treuen» zu wahren; allerdings gilt dies nur während der Dauer des bestehenden Arbeitsverhältnisses. Nach Ende des Arbeitsverhältnisses ist es dem ehemaligen Mitarbeitenden infolge Fehlen eines gesetzlichen Abwerbeverbots grundsätzlich erlaubt,

Kunden und Mitarbeitende seines ehemaligen Arbeitgebers abzuwerben.

Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) sieht ebenfalls kein ausdrückliches Abwerbeverbot vor. Es regelt aber teilweise besondere Tatbestände, die im Zusammenhang mit der Abwerbung stehen. So z.B. die Verleitung der Kunden zum Vertragsbruch gegenüber dem alten Arbeitgeber (Art. 4 lit. a UWG), den Einsatz aggressiver Werbemethoden (Art. 3 lit. h UWG) oder die Herabsetzung des alten Arbeitgebers (Konkurrenten) gegenüber dem Kunden (Art. 3 lit. a UWG).

Zivilrechtliche Sanktionen

Das UWG sieht bei dessen Verletzung in Art. 9 diverse zivilrechtliche Sanktionen vor. So kann die betroffene Partei eine drohende UWG-Verletzung verbieten, ferner eine bestehende Verletzung beseitigen und deren Widerrechtlichkeit feststellen lassen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt. Daneben hat sie Anspruch auf Schadenersatz. Abwerbungshandlungen, die zugleich einen im UWG geregelten Tatbestand erfüllen, sind gemäss Art. 23 UWG unter Umständen strafbar (Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe), wobei zu beachten ist, dass solche Delikte nur auf Antrag bestraft werden, was zur Folge hat, dass der Strafantrag gemäss Art. 31 StGB innert 3 Monaten seit Kenntnis des Täters gestellt werden muss.

Treuepflicht verbietet Abwerbung

Das Abwerbeverbot während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ergibt sich wie erwähnt aus der in Art. 321a Abs. 1 OR geregelten Treuepflicht. Diese ist in erster Linie eine Unterlassungspflicht und bedeutet, dass der Arbeitnehmer alles unterlassen muss, was den Arbeitgeber wirtschaftlich in irgendeiner Weise schädigen kann. Die Treuepflicht erlischt grundsätzlich mit Ablauf des Arbeitsvertrags und gilt somit auch noch während laufender Kündigungsfrist. Das Bundesgericht hielt hierzu fest, dass eine Treuepflichtverletzung auch dann vorliegen würde, wenn die Abwerbung zugunsten eines anderen Unternehmens

während der Kündigungsfrist erfolge (BGE 4 A_611/211 vom 3. Januar 2012).

Umstritten ist die Frage, ob eine Treuepflichtverletzung auch dann vorliegt, wenn sie Kunden betrifft, die vom Mitarbeitenden zu Beginn des Arbeitsverhältnisses unentgeltlich in die Firma des Arbeitgebers eingebracht wurden. Das Kantonsgericht St. Gallen hielt in seinem Urteil vom 31. März 2009 (abgedruckt im Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts JAR 2010, S. 565 ff.) fest, dass die Kundenabwerbung die arbeitsvertragliche Treuepflicht dann nicht verletze, wenn ein Arbeitnehmer rund zwei Wochen vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses damit beginnt, die von ihm zu Beginn des Arbeitsverhältnisses unentgeltlich in die Arbeitgeberfirma eingebrachten Mandanten wieder für sich zu gewinnen. Neben dem Umstand, dass der Arbeitnehmer die abgeworbenen Kunden unentgeltlich in die Arbeitgeberfirma einbrachte, war für das Gericht für die Verneinung einer Treuepflichtverletzung auch massgebend, dass der Arbeitgeberin für den Aufbau des Kundenstamms keinerlei Kosten entstanden sind und sie die Einbringung der Kunden auch nicht abgegolten hat.

Welche Vorbereitungs-handlungen sind zulässig?

Vorbereitungs-handlungen im Hinblick auf die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit oder Anstellung bei einem anderen konkurrierenden Arbeitgeber sind dem Grundsatz nach zulässig. Gestattet ist z.B. die Gründung einer eigenen Firma oder die Vornahme damit zusammenhängender Vorbereitungs-handlungen, solange der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses keine Mitarbeitenden oder Kunden abwirbt (BGE 138 III 67 E.2.3.5; 117 II 72).

Das Arbeitsgericht Zürich hielt in seinem Entscheid vom 13. November 2013 (Entscheide 2013, Nr. 2) fest, dass während laufender Kündigungsfrist nur eine Information der Kunden über das Ausscheiden als solches und – auf deren Nachfrage – über die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit zulässig sei, nicht aber die aktive Kundenabwerbung während noch bestehendem Arbeitsverhältnis. Das Gericht verurteilte den Arbeitnehmer zur Leistung von Schadenersatz für entgangene

Provisionen aus Retrozessionen, Management- und Leistungsgebühren der von ihm während des bestehenden Arbeitsverhältnisses abgeworbenen Kunden. Das Obergericht bestätigte diesen Entscheid mit Urteil vom 23. Juli 2014 (LA 130044).

Der Cour de Justice des Kantons Genf hielt in seinem Urteil vom 14. Oktober 2011 fest, dass auch ein Kadermitarbeitender in gekündigtem Arbeitsverhältnis eine berufliche Zukunft planen dürfe. Insbesondere könne er während der Kündigungsfrist Vorbereitungen für eine spätere Tätigkeit treffen, solange er nicht seinen aktuellen Arbeitgeber konkurrenzieren. Das Gericht wies ausdrücklich darauf hin, dass die Information der Kunden über das bevorstehende Ausscheiden als solche noch keine Treuepflichtverletzung des Arbeitnehmers darstelle, wohl aber, wenn damit ein Abwerbungsversuch einhergehe (abgedruckt im Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrecht JAR 2012, S. 461 ff.).

Nach Ende des Arbeitsverhältnisses

Die Treuepflicht des Arbeitnehmers endet grundsätzlich mit Ablauf des Arbeitsvertrags. Das Arbeitsgericht Zürich hielt in einem neueren Entscheid vom 1. September 2014 hierzu fest, dass das Ende des Arbeitsverhältnisses «eine feste Grenze» markieren würde. Es wies darauf hin, dass alle konkurrenzierenden Handlungen oder deren Versuche vor Ende des Arbeitsverhältnisses nach Art. 321a OR (Treuepflicht) beurteilt werden müssen, alle danach aber nach den Konkurrenzverbotsbestimmungen nach Art. 340 ff. OR (abgedruckt in Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2014, Nr. 2).

Dies hat zur Folge, dass der ausscheidende Arbeitnehmer nach Ende des Arbeitsverhältnisses Mitarbeitende und Kunden seines ehemaligen Arbeitgebers abwerben darf. Der ausgeschiedene Mitarbeitende darf somit die bisherigen Kunden angehen und aktiv abwerben und für sich werben. Das Arbeitsgericht Zürich hielt in einem Entscheid aus dem Jahre 2007 fest (Entscheide 2007, Nr. 3) fest, dass es nicht verboten sei, dass sich der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses an Kunden seines bisherigen Arbeitgebers wende, weil er deren Namen und Daten noch in Erinnerung habe.



Die gesetzliche Treuepflicht setzt der Abwerbung während des Arbeitsverhältnisses Grenzen.

Geheimhaltungspflicht

Die Zulässigkeit der Abwerbung nach beendetem Arbeitsverhältnis gilt nur, soweit der ausgeschiedene Mitarbeitende aufgrund der auch nach Ende des Arbeitsverhältnisses in einem bestimmten Umfang bestehenden nachvertraglichen Geheimhaltungspflicht von Art. 321a Abs. 4 OR, deren Dauer je nach Einzelfall verschieden sein kann, keine Kundendaten Dritten (z.B. seinem neuen Arbeitgeber) offenbart.

Nachvertragliches Abwerbeverbot

Gänzlich unzulässig ist die Abwerbung nach Ende des Arbeitsverhältnisses, wenn die Arbeitsvertragsparteien schriftlich ein Verbot der Abwerbung von Kunden und Mitarbeitenden, in der Regel verbunden mit einer Konventionalstrafe, abgeschlossen haben. Die Zulässigkeit und die Wirksamkeit eines solchen Abwerbeverbots richten sich gemäss Bundesgericht nach den Bestimmungen über das Konkurrenzverbot (Art. 340 ff. OR), was es in seinem Urteil vom 20. Februar 2004 ausdrücklich so festhielt (BGE 130 III 360). Dem ist zuzustimmen, denn ein Abwerbeverbot kann einen Arbeitnehmer in seiner Wirtschaftsfreiheit gleichermassen einschränken wie ein Konkurrenzverbot.

Gültigkeitsvoraussetzungen

Gemäss der Konkurrenzverbotsbestimmung von Art. 340a OR ist das schriftlich zu ver-

einbarende Konkurrenzverbot nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen. Ferner ist es nach Art. 340 Abs. 2 OR nur dann verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt hat und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich, d.h. nicht nur marginal, schädigen könnte. Ein Schadenseintritt ist nicht erforderlich, es genügt bereits die Schädigungsgefahr.

Sodann darf nach Art. 340c Abs. 1 OR das Konkurrenzverbot nicht wegen Wegfalls des erheblichen Interesses dahingefallen sein. Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat bzw. kündigt der Arbeitnehmer aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass, fällt das vertraglich vereinbarte Abwerbeverbot ebenfalls dahin (Art. 340c Abs. 2 OR).



AUTOR

Dr. Denis G. Humbert, Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, ist Partner in der auf Arbeitsrecht spezialisierten Anwaltskanzlei Humbert Heinzen Lerch Rechtsanwälte in Zürich.