

[1 | 2017]

# ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

DENIS G. HUMBERT

Ausgewählte Rechtsfragen  
im Zusammenhang mit der Abwerbung  
von Arbeitnehmern und Kunden

SEITE / PAGE 9

JÉRÔME GURTNER

L'innovation et l'avenir  
de la profession d'avocat

SEITE / PAGE 15

BENOÎT CHAPPUIS

Enquête interne  
et secret professionnel

SEITE / PAGE 40



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

# AUSGEWÄHLTE RECHTSFRAGEN IM ZUSAMMENHANG MIT DER ABWERBUNG VON ARBEITNEHMERN UND KUNDEN<sup>1</sup>

**DENIS G. HUMBERT**

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht,  
Humbert Heinzen Lerch Rechtsanwälte, Zürich (www.hhl-law.ch)

**Stichworte:** Abwerbung, Mitarbeiterabwerbung, Kundenabwerbung, Treuepflicht, Vorbereitungs- handlungen, konzernweites Abwerbeverbot, Abwerbeverbotsvereinbarung, unlauterer Wettbewerb, Strafbarkeit, Ungetreue Geschäftsbesorgung, Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheim- nisses

Im Geschäftsleben kommen Abwerbungshandlungen insbesondere während der laufenden Kündi- gungsfrist, aber oft auch nach beendetem Arbeitsverhältnis häufig vor. In solchen Fällen besteht re- gelmässig eine Unsicherheit darüber, ob ein Angehen von Kunden oder Arbeitskollegen durch den angestellten oder ausgeschiedenen Mitarbeiter als unerlaubte Abwerbungshandlung zu qualifizieren ist. Der vorliegende Beitrag beleuchtet die in diesem Zusammenhang in der Praxis auftauchenden wesentlichsten Fragen.

## I. Ausgangslage

Die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die Abwerbung von Kunden und Mitarbeitern während und nach Ende des Arbeitsverhältnisses zulässig ist, taucht im Arbeitsalltag regelmässig auf. Zwischen den Arbeitneh- mern und den Arbeitgebern bestehen naturgemäss wider- strebende Interessen. Einerseits hat der Arbeitgeber verständlicherweise ein grosses Interesse daran, gute Mitarbeiter zu behalten und seinen Kundenstamm als wertvolles Gut nicht zu verlieren. Andererseits möchte sich der Mitarbeiter zwecks Sicherung seiner Existenz- grundlage beruflich uneingeschränkt entfalten und beruf- lich gut positionieren können (Erhöhung seines Werts auf dem Arbeitsmarkt), ungeachtet dessen, ob er eine neue selbstständige Erwerbstätigkeit aufnimmt oder sich «nur» neu anstellen lässt. Im Rahmen von Vertragsverhandlun- gen vor Stellenantritt kann sich die Frage stellen, ob und bejahendenfalls unter welchen Voraussetzungen ein nach- vertragliches Abwerbeverbot im Arbeitsvertrag ver- einbart werden kann. Wenn sich ein ausscheidender Ar- beitnehmer selbstständig machen oder zur Konkurrenz wechseln will, ist häufig unklar, ob er noch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses bestehende Kunden und Mitarbeiter seines Arbeitgebers kontaktieren und in wel- chem Ausmass er diese über die Aufnahme seiner selbst- ständigen Tätigkeit bzw. über seine neue Stelle informie- ren darf.

## II. Begriff der Abwerbung

FRICK definiert die Abwerbung als «Ausspannen», «Ab- spenstigmachen», «Wegengagieren» und als «Einfluss- nahme auf einen vertraglich gebundenen Dritten mit dem Ziel, diesen zur Beendigung seines bestehenden Vertrags und zum Abschluss eines neuen Vertrags mit dem Abwer- benden selbst oder einem Dritten zu veranlassen».<sup>2</sup> Diese Begriffsbeschreibung ist meines Erachtens zu eng ge- fasst, da sie nicht berücksichtigt, dass auch «nicht vertrag- lich gebundene Dritte», wie z.B. während einer längeren Zeit regelmässig wiederkehrende Kunden, mit denen ja kein Dauerschuldverhältnis besteht, abgeworben werden können<sup>3</sup>. Eine Abwerbung kann somit auch dann vorlie-

<sup>1</sup> Der vorliegende Beitrag ist die modifizierte Fassung eines am 16. 9. 2016 an der Tagung des Schweizerischen Anwaltsverbands gehaltenen Referats.

<sup>2</sup> MARKUS FRICK, Abwerbung von Personal und Kunden, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Heft 46, Bern 2000, S. 2.

<sup>3</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH sprechen zu Recht nur dann von einem «Kundenkreis», wenn es sich um Geschäftspartner handelt, die in mehr oder weniger regelmässigen Abständen Geschäfte mit dem Arbeitgeber tätigen, und zwar über längere Zeit, ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, Art. 321a N 2.

gen, wenn beispielsweise Mitarbeiter M den Kunden K abspenstig macht, der nur viermal pro Jahr Material beim Arbeitgeber/Lieferanten A kauft (und damit jeweils einen separaten Kaufvertrag abschliesst), oder wenn der Arbeitgeber A gegenüber dem Kunden K immer wieder mal Dienstleistungen erbringt und Mitarbeiter M diesen Kunden, der eben zum Kundenstamm des Arbeitgebers gehört, abwirbt.

### III. Gesetzliche Grundlagen (Fehlen einer spezifischen Abwerbeverbotsnorm)

#### 1. Treuepflicht und deren Grenzen (Art. 321a OR)

Im Schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, namentlich im Obligationenrecht, findet sich keine explizite Gesetzesbestimmung, die einem Arbeitnehmer verbietet, während und nach Ende des Arbeitsverhältnisses Kunden oder Mitarbeiter abzuwerben. Indirekt ergibt sich aber ein Abwerbeverbot aus der in Art. 321a Abs. 1 OR geregelten Treuepflicht des Arbeitnehmers, die allerdings nur *während* der Dauer des bestehenden Arbeitsverhältnisses gilt. Gemäss dieser Bestimmung hat der Arbeitnehmer die berechtigten Interessen des Arbeitgebers «*in guten Treuen*» zu wahren. Die Treuepflicht ist primär eine Unterlassungspflicht. Der Arbeitnehmer hat alles zu unterlassen, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte.<sup>4</sup> Sie erlischt mangels anderslautender gesetzlicher Vorschrift grundsätzlich mit Ablauf des Arbeitsvertrags.<sup>5</sup> Die Abwerbung von Kunden und Mitarbeitern ist somit bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses nicht erlaubt, es besteht ein striktes Abwerbeverbot.<sup>6</sup> Das Arbeitsgericht Zürich hielt in einem neueren Entscheid vom 1.9.2014 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.<sup>7</sup> Dies hat zur Folge, dass der ausscheidende Arbeitnehmer nach Ende des Arbeitsverhältnisses Mitarbeiter und Kunden seines ehemaligen Arbeitgebers abwerben darf, sofern keine Abwerbeverbotsvereinbarung<sup>8</sup> vorliegt, er nicht gegen die Normen des Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)<sup>9</sup> und nicht gegen Art. 162 Abs. 1 StGB (Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsheimnisses)<sup>10</sup> verstösst. Das Arbeitsgericht Zürich hielt in einem Entscheid aus dem Jahre 2007 fest, dass es nicht verboten sei, dass sich der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses an Kunden seines bisherigen Arbeitgebers wenden darf, weil er deren Namen und Daten noch in Erinnerung habe.<sup>11</sup> Der ausgeschiedene Mitarbeiter darf somit – in den vorstehend erwähnten Grenzen – die bisherigen Kunden und seine ehemaligen Arbeitskollegen angehen und aktiv abwerben.

Fraglich ist, ob den Arbeitnehmer auch die Pflicht trifft, seinen Arbeitgeber über illoyale Arbeitskollegen zu orientieren, die versuchen, Kunden oder Mitarbeiter abzuwerben. Da die Treuepflicht auch die Pflicht zum aktiven

Handeln und somit auch eine Mitteilungspflicht beinhaltet (Information über alle wesentlichen Vorfälle im Betrieb)<sup>12</sup>, müsste der Arbeitnehmer seinen Vorgesetzten streng genommen hierüber informieren. Andererseits wird die Treuepflicht durch die eigenen berechtigten Interessen des Arbeitnehmers beschränkt. Einen Mitarbeiter zu «verpfeifen» ist unter den Arbeitskollegen verpönt und kann die innerbetriebliche Stellung bzw. den Ruf des anschwärzenden Mitarbeiters stark beeinträchtigen. Abzustellen ist deshalb auf die mögliche Schadenshöhe und auf die Stellung des anschwärzenden Mitarbeiters im Betrieb. Ist der Schaden unverhältnismässig hoch oder bekleidet der Mitarbeiter eine leitende Stellung im Betrieb, ist er m. E. zur Meldung verpflichtet.<sup>13</sup>

#### 2. Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) enthält zwar ebenfalls kein ausdrückliches Abwerbeverbot, doch regelt es teilweise besondere Tatbestände, die im Zusammenhang mit der Abwerbung stehen. So fällt beispielsweise die Unterstützung der Kunden oder Mitarbeiter durch vorformulierte Kündigungsschreiben oder die Verleitung der Mitarbeiter zum Bruch des Arbeitsvertrages (z. B. ungerechtfertigte fristlose Kündigung) unter die Generalklausel von Art. 2 UWG.<sup>14</sup> Sodann fällt die Verleitung der Kunden (nicht aber der Arbeitnehmer) zum Vertragsbruch gegenüber dem alten Arbeitgeber unter Art. 4 lit. a UWG<sup>15</sup>, der Einsatz aggressiver Werbemethoden unter Art. 3 lit. h UWG und die Herabsetzung des alten Arbeitgebers (Konkurrenten) gegenüber dem Kunden unter Art. 3 lit. a UWG. Das UWG sieht bei dessen Verletzung in Art. 9 UWG diverse zivilrechtliche Sanktio-

4 WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, Basler Kommentar, OR I, 6. A., Basel 2015, Art. 321a N 2; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, Bern 2010, Art. 321a N 3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Fn. 3, Art. 321a N 2; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar; Basel 1996, Art. 321a N 14.

5 BGE 138 III 67 E, 2.3; PORTMANN/RUDOLPH, Fn. 4, Art. 321a N 2. ROGER RUDOLPH, Kontakte zu Kunden des alten Arbeitgebers nach einem Stellenwechsel. Eine rechtliche Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung der Eigenheiten in der Finanzbranche, in: ARV 2/2009, S. 96.

6 BGer Urteil v. 3.1.2012 = JAR 2013, S. 134; vgl. hierzu auch nachstehend Ziffer IV.7 (Abwerbung während laufender Kündigungsfrist und Freistellung).

7 Ager ZH, Entscheide 2014 Nr. 2.

8 Vgl. hierzu nachstehend Ziffer IV.6.

9 Vgl. hierzu nachstehend Ziffer III.2.

10 Vgl. hierzu nachstehend Ziffer III.3.

11 Ager ZH, Entscheide 2007, Nr. 3.

12 REHBINDER/STÖCKLI, Fn. 4, Art. 321a N 6; STAEHELIN, Fn. 4, Art. 321a N 12.

13 Ebenso REHBINDER/STÖCKLI, Fn. 4, Art. 321a N 9; PORTMANN/RUDOLPH, Fn. 4, Art. 321a N 17.

14 FRICK, Fn. 2, S. 128, 101, 104 f. und S. 113.

15 FRICK, Fn. 2, S. 93. Zutreffend weist FRICK darauf hin, dass Art. 4 lit. a UWG nur die «Abnehmer» umfasst, weshalb die Abwerbung von Arbeitnehmern nicht hierunter fällt.

nen 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. Abwerbhandlungen, die zugleich einen im UWG geregelten Tatbestand erfüllen, sind gemäss Art. 23 UWG unter Umständen strafbar (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe). Dabei ist zu beachten, dass solche Delikte nur auf Antrag bestraft werden, was zur Folge hat, dass der Strafantrag gemäss Art. 31 StGB innert dreier Monate seit Kenntnis des Täters gestellt werden muss, andernfalls er erlischt.

### 3. Strafgesetzbuch (Art. 158 und Art. 162 Abs. 1 StGB)

Das StGB enthält keine spezifischen Abwerbverbotsbestimmungen. Dennoch sind in der Praxis zwei Strafnormen von Bedeutung, die von der Arbeitgeberseite bei Abwerbhandlungen oftmals vorgebracht werden, namentlich Art. 158 StGB (Ungetreue Geschäftsbesorgung) und Art. 162 Abs. 1 StGB (Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses). Verletzt der Mitarbeiter Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse, macht er sich strafbar, wobei zu beachten ist, dass diese Strafnorm ein Antragsdelikt ist. Unter Fabrikationsgeheimnisse fallen beispielsweise Produktionsverfahren, Modelle, Forschungsergebnisse und Konstruktionszeichnungen.<sup>16</sup> Unter Geschäftsgeheimnisse versteht man beispielsweise Kundenbeziehungen (Kundenkreis<sup>17</sup>), Bezugsquellen, Preisberechnungen und Personalwesen.<sup>18</sup> Zu beachten ist, dass Art. 162 StGB nur dann verletzt ist, wenn der Arbeitnehmer ein Geschäftsgeheimnis einem Dritten, d.h. i. d. R. seinem neuen Arbeitgeber, offenbart. Dies gilt jedoch nicht unbeschränkt. Wie RUDOLPH zutreffend erwähnt, ist zu unterscheiden zwischen einem noch bestehenden und einem bereits beendeten Arbeitsverhältnis.<sup>19</sup> Aufgrund der Geheimhaltungspflicht von Art. 321a Abs. 4 OR<sup>20</sup> ist es dem Arbeitnehmer bei einem *bestehenden* Arbeitsverhältnis untersagt, gegenüber Dritten (i. d. R. seinem künftigen Arbeitgeber) Informationen über Kunden und Mitarbeitern bekannt zu geben.

Anders ist die Rechtslage *nach* Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu beurteilen. Es bedarf hier einer Einzelfallprüfung.<sup>21</sup> 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, ist unter Umständen die Offenbarung von Daten über Kunden und ehemalige Mitarbeiter Dritten gegenüber strafbar.<sup>22</sup>

Art. 158 StGB (Ungetreue Geschäftsbesorgung) ist als sogenanntes Sonderdelikt im Zusammenhang mit Abwerbhandlungen insbesondere dann relevant, wenn diese durch einen Geschäftsführer begangen wurden. Gemäss dieser Norm ist strafbar, wer aufgrund eines behördlichen Auftrags oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, Vermögen eines anderen zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und dabei

unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird. In der Praxis ist oft umstritten, wer als Geschäftsführer zu qualifizieren ist. Als solcher gilt nicht nur, wer Rechtsgeschäfte nach aussen abzuschliessen hat, sondern auch, wer entsprechend seiner Fürsorgepflicht im Innenverhältnis für fremde Vermögensinteressen sorgen soll, insbesondere wer darüber in leitender Stellung verfügt.<sup>23</sup> Keine Geschäftsführerstellung hat, wer in untergeordneter Stellung oder als Berater bei der Betreuung von Vermögensinteressen mitwirkt.<sup>24</sup> Vorausgesetzt wird für die Strafbarkeit, dass der Geschäftsführer zu selbstständiger Verfügung über wesentliche Werte befugt ist und bei rechtsgeschäftlicher Begründung die Vermögensverwaltung der typische und wesentliche Inhalt des Vertragsverhältnisses ist.<sup>25</sup>

## IV. Sonderfragen

### 1. Vorbereitungshandlungen im Hinblick auf die Aufnahme einer neuen selbstständigen bzw. unselbstständigen Tätigkeit während bestehendem Arbeitsverhältnis

Grundsätzlich sind Vorbereitungshandlungen im Hinblick auf die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit oder Anstellung bei einem anderen, konkurrenzierenden Arbeitgeber zulässig. Gestattet ist z.B. die Gründung einer eigenen Firma oder die Vornahme damit zusammenhängender Vorbereitungshandlungen wie z.B. das Schalten von Inseraten zur Rekrutierung von Personal, solange der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses keine Mitarbeiter oder Kunden abwirbt<sup>26</sup>, oder der Versand von Preislisten an potenzielle Kunden nach ungerichteter fristloser Kündigung.<sup>27</sup> Zulässig ist sodann die Information der Kunden über die Aufnahme einer neuen Tätigkeit, sei diese selbstständig oder bei einem neuen Arbeitgeber.<sup>28</sup> Unzulässig ist demgegenüber die Verteilung von Visitenkarten an Kunden und Mitarbeiter während der Dauer des Arbeitsverhältnisses, und zwar

<sup>16</sup> PORTMANN/RUDOLPH, Fn. 4, Art. 321a N 24.

<sup>17</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Fn. 3, Art. 340 N 10.

<sup>18</sup> PORTMANN/RUDOLPH, Fn. 4, Art. 321a N 24; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Fn. 3, Art. 321a N 12.

<sup>19</sup> RUDOLPH, Fn. 5, S. 104.

<sup>20</sup> Gemäss Art. 321a Abs. 4 OR darf der Arbeitnehmer geheim zu haltende Tatsachen wie namentlich Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, von denen er im Dienst des Arbeitgebers Kenntnis erlangt hat, während des Arbeitsverhältnisses nicht verwerthen oder anderen mitteilen.

<sup>21</sup> RUDOLPH, Fn. 5, S. 101 und S. 104.

<sup>22</sup> Keine solche Unterscheidung trifft Art. 47 BankG, der generell den Bankkunden vor einer Offenlegung der Beziehung zur Bank schützt, und zwar auch nach Ende des Arbeitsverhältnisses.

<sup>23</sup> BGE 97 IV 12; 100 IV 172; 102 IV 90, 105 IV 110.

<sup>24</sup> BGE 102 IV 92, 105 IV 311.

<sup>25</sup> BGE 102 IV 92; 105 IV 311.

<sup>26</sup> BGE 138 III 67 E.2.3.5; 117 II 72 = JAR 1992 S. 109.

<sup>27</sup> OGer OW in JAR 1988, S. 140.

<sup>28</sup> Vgl. hierzu nachstehend Ziffer IV.3.

insbesondere dann, wenn damit gleichzeitig bessere Konditionen als beim bestehenden Arbeitgeber angepriesen werden.<sup>29</sup> Nicht gestattet ist sodann die Mitnahme von Lieferanten- und Kundenlisten des alten Arbeitgebers.<sup>30</sup> Das Kantonsgericht SG erachtete die Zustellung eines Faltprospektes an Kunden des Arbeitgebers mit Erwähnung der Mailadresse, der Mobilnummer und der Privatadresse, verbunden mit dem Titel «Unsere Wege werden sich wieder kreuzen», als unzulässige Abwerbungs-handlung.<sup>31</sup>

Selbst Kadermitarbeiter, die einer erhöhten Treuepflicht<sup>32</sup> unterliegen, dürfen im gekündigten Arbeitsverhältnis ihre berufliche Zukunft planen und Vorbereitungs-handlungen treffen.<sup>33</sup> Besonders illustrativ ist der Fall, welcher das Bundesgericht kürzlich beurteilen musste. Ein Geschäftsführer gründete noch während seines Anstellungsverhältnisses ein Konkurrenzunternehmen. Im Zusammenhang damit wurden ihm ungetreue Geschäftsbesorgung und unlauterer Wettbewerb durch diverse Verhaltensweisen zur Last gelegt, unter anderem durch Übernahme der Geschäftsräume, der Vertriebsverträge sowie von Lieferanten und Kunden seiner ehemaligen Arbeitgeberin durch das von ihm gegründete Konkurrenzunternehmen.<sup>34</sup>

## 2. Abwerbeverbot während laufender Kündigungsfrist bzw. Freistellung

Fraglich ist, ob während der laufenden Kündigungsfrist oder gar einer Freistellung eine gelockerte Treuepflicht gilt und Abwerbungs-handlungen zulässig sind. Diese Frage stellt sich deshalb, weil Lehre und Rechtsprechung nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses und bei fortbestehender Arbeitspflicht bis zum Ende des Arbeitsvertrags von einer Abschwächung der Treuepflicht ausgehen.<sup>35</sup> Da die Treuepflicht und damit auch die Pflicht zur Unterlassung von den Arbeitgeber schädigenden Handlungen – wie vorstehend erwähnt – erst mit Ablauf des Arbeitsvertrages erlischt, besteht sie auch noch während laufender Kündigungsfrist und selbst bei erfolgter Freistellung bis zum letzten Tag.<sup>36</sup> Das Bundesgericht hat eine Treuepflichtverletzung explizit bejaht, wenn die Abwerbung zugunsten eines anderen Unternehmens auch während der Kündigungsfrist erfolgt,<sup>37</sup> ebenso das Arbeitsgericht Zürich.<sup>38</sup> Das Kantonsgericht St.Gallen erachtete selbst während der Freistellung Abwerbungs-handlung als unzulässig.<sup>39</sup> In Widerspruch zu diesem Entscheid entschied es ein Jahr später, dass während Freistellung kurz vor Vertragsende erfolgte Abwerbungs-handlungen zulässig waren. Dieser Fall war jedoch insofern besonders gelagert, als der Arbeitnehmer nur jene Kunden kontaktierte, die er bei Beginn seiner Anstellung unentgeltlich einbrachte.<sup>40</sup>

## 3. Information des Kunden über die Aufnahme einer neuen Tätigkeit (Stellenwechsel, Selbstständigkeit)

Fraglich ist, ob der Arbeitnehmer eine unzulässige Abwerbungs-handlung begeht, wenn er während der Dauer des Arbeitsverhältnisses seine Kunden oder Arbeitskollegen

über die Aufnahme einer neuen Tätigkeit als Selbstständigerwerbender oder bei einem neuen Arbeitgeber informiert. Das Arbeitsgericht Zürich hielt in seinem Entscheid vom 13.11.2013<sup>41</sup> 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. 7. 2014 (LA 130044).<sup>42</sup> Der Cour de Justice des Kantons Genf hielt in seinem Urteil vom 14.10.2011 fest, dass auch ein Kadermitarbeiter 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 einhergeht.<sup>43</sup>

## 4. Abwerbeverbot auch bei eingebrachten Kunden?

Liegt eine Treuepflichtverletzung auch dann vor, wenn sie Kunden betrifft, die vom Mitarbeiter zu Beginn des Arbeitsverhältnisses unentgeltlich in die Firma des Arbeitgebers eingebracht wurden? Das Kantonsgericht St.Gallen hielt in seinem Urteil vom 31. 3. 2009 fest<sup>44</sup>, dass die Kundenabwerbung die arbeitsvertragliche Treuepflicht dann nicht verletze, wenn ein Arbeitnehmer rund zwei Wochen vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses damit beginnt,

29 AGer ZH, Entscheide 2009 Nr. 1 = JAR 2010 S. 683; ER Horgen/ZH in JAR 1992 S. 252.

30 AGer ZH, Entscheide 2002 Nr. 1; GSG BS in JAR 1984, S. 97; ZR 1973 Nr. 54.

31 KGer SG in JAR 2009, S. 579.

32 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Fn. 3, Art. 321a N 2.

33 Cour de Justice GE in JAR 2012, S. 461.

34 BGer 6 B\_298/2013 vom 16. 1. 2014. Das Bundesgericht bestätigte das Urteil der Vorinstanz, die den Beschwerdeführer zu einer Freiheitsstrafe von 27 Monaten und zu einer Busse von Fr. 2500.- verurteilte.

35 ALFRED BLESIG, Die Freistellung des Arbeitnehmers, Zürich 2010, 2. A., Rz. 410 mit Hinweisen.

36 BLESIG, Fn. 35, Rz. 412 und 414, RUDOLPH, Fn. 5, S. 96.

37 BGE 4 A\_611/211 vom 3. 1. 2012 = JAR 2013, S. 134.

38 AGer ZH, Entscheide 2013 Nr. 2 und 2014 Nr. 2.

39 KGer SG in JAR 2009, S. 579.

40 KGer SG in JAR 2010, S. 565.

41 AGer ZH, Entscheide 2013 Nr. 2.

42 ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Elektronischer Up-Date Service zum Praxiskommentar, N 3 zu Art. 321a OR.

43 JAR 2012, S. 461 ff.

44 JAR 2010, S. 565 ff.

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. Hierzu ist zu bemerken, dass Kunden, die der Arbeitnehmer in die Arbeitgeberfirma einbringt, nach Ende des Arbeitsverhältnisses in der Regel wieder dem Arbeitnehmer folgen werden, ohne dass es hierzu einer konkreten Willensbeeinflussung durch den ausscheidenden Arbeitnehmer bedarf, denn kausal für den Verbleib beim Arbeitnehmer bzw. für den Wechsel zu seinem neuen Arbeitgeber wird regelmässig die enge Beziehung zwischen dem Kunden und dem Mitarbeiter sein.

### 5. Konzernweites Abwerbverbot?

Umstritten ist, ob in einem Konzern die Treuepflicht des Arbeitnehmers nur gegenüber dem rechtlichen Arbeitgeber besteht oder auch gegenüber dessen Schwestergesellschaften und dessen Muttergesellschaft? Ist es dem bei der Tochtergesellschaft T angestellten Arbeitnehmer A verboten, Mitarbeiter und Kunden der Muttergesellschaft M abzuwerben? Besteht mit anderen Worten eine konzernweite Treuepflicht (und damit ein konzernweites Abwerbverbot)? Das Bundesgericht liess diese Frage offen.<sup>45</sup> In der herrschenden Rechtslehre wird die Ansicht vertreten, dass den Interessen der arbeitgebenden Gesellschaft Vorrang einzuräumen sei, bei gleichgerichteten Interessen jedoch aus der Treuepflicht folge, dass der Arbeitnehmer auch die übergeordneten Interessen zu wahren habe.<sup>46</sup> Bei widerstrebenden Interessen gehen diejenigen des Arbeitgebers vor.<sup>47</sup> Es wird zutreffend darauf hingewiesen, dass aus der Treuepflicht zwar immer nur der rechtliche Arbeitgeber aktivlegitimiert sei, jedoch auch «Teilaspekte» der Treuepflicht z. B. an eine Konzernmutter delegiert werden können.<sup>48</sup> Liegt eine solche Delegation vor, könnte sich die Konzernmutter auf eine Verletzung der Treuepflicht und damit auf das Abwerbverbot berufen. Diese Ansicht vertritt offenbar auch der Cour de Justice Genf in einem Entscheid aus dem Jahr 2012, wenn er einerseits festhält, dass nur jene Konzerngesellschaft, die rechtliche Arbeitgeberin ist, die aus dem Arbeitsvertrag fliessenden Rechte wie die Einhaltung der Treuepflicht geltend machen könne. Andererseits weist das Genfer Gericht darauf hin, dass eine Delegation dieses Anspruchs wie auch bezüglich des Weisungsrechts an eine andere Konzerngesellschaft möglich sei, sofern dies im Arbeitsvertrag ausdrücklich so festgehalten werde.<sup>49</sup>

### 6. Abwerbverbotsvereinbarung

Vorstehend wurde dargelegt, dass die Abwerbung von Kunden und Mitarbeitern nach Ende des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich zulässig ist.<sup>50</sup> Nur dann, wenn die Arbeitsvertragsparteien schriftlich ein Verbot der Ab-

werbung von Kunden und Mitarbeitern, in der Regel verbunden mit einer Konventionalstrafe, abgeschlossen haben, dürfen keine Abwerbhandlungen vorgenommen werden. In der Praxis kommen verschiedene Verbotsvarianten vor, so z. B. das Verbot, nach Arbeitsvertragsende Mitarbeiter und Kunden abzuwerben oder auch nur Kunden zu kontaktieren, oder das Verbot, nach Arbeitsvertragsende Kenntnisse über Kunden an den neuen Arbeitgeber mitzuteilen oder solche Kenntnisse im Hinblick auf die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit für sich selber zu verwerten. Zulässig ist die vertragliche Erweiterung der allgemeinen Treuepflicht von OR 321a wie beispielsweise die Pflicht, bereits Vorbereitungsmaßnahmen zu unterlassen, verbunden mit einer Konventionalstrafe.<sup>51</sup> Bei der Festsetzung der Höhe der Konventionalstrafe ist darauf zu achten, dass diese nicht zu hoch ist und insbesondere nicht Schadenersatzcharakter hat. So setzte das Bundesgericht eine Konventionalstrafe von CHF 85 000.– auf CHF 25 000.– hinunter, weil ein unzulässiger ‚Schadensausgleich vorlag (Verletzung der relativ zwingenden Natur von Art. 321e OR) und die Konventionalstrafe nicht nur Straf- bzw. Disziplinarcharakter hatte.<sup>52</sup>

Die Zulässigkeit und die Wirksamkeit einer Abwerbverbotsvereinbarung richtet sich gemäss Bundesgericht nach den Bestimmungen über das Konkurrenzverbot (Art. 340 ff. OR).<sup>53</sup> Eine Kundenabwerbverbotsklausel untersteht somit den gleichen Voraussetzungen wie das Konkurrenzverbot. Dem ist zuzustimmen, denn ein Abwerbverbot kann ein Arbeitnehmer in seiner Wirtschaftsfreiheit gleichermaßen einschränken. Gemäss Art. 340a OR ist das schriftlich zu vereinbarende 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.

<sup>45</sup> BGE 130 III 217 f. E. 2.2.

<sup>46</sup> PORTMANN/RUDOLPH, Fn. 4, Art. 321a N 15; REHBINDER/STÖCKLI gehen im Zusammenhang mit dem Konkurrenzverbot (Art. 340a OR) davon aus, dass in Konzernen oder Holdinggesellschaften infolge des wirtschaftlichen Zusammenhangs zugleich die Interessen des Arbeitgeberbetriebs tangiert sind, MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, Bern 2014, Art. 340a N 4.

<sup>47</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Fn. 3, Art. 321a N 4.

<sup>48</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Fn. 3, Art. 321a N 4.

<sup>49</sup> JAR 2012 S. 461.

<sup>50</sup> Vgl. Ziffer III.1.

<sup>51</sup> BGE 4A\_595/2012 vom 21. 12. 2012 = JAR 2013, S. 397.

<sup>52</sup> BGE 4A\_595/2012 vom 21. 12. 2012 = JAR 2013, S. 397; vgl. auch AGER ZH, Entscheide 2014 Nr. 2: Ungültigkeit der Konventionalstrafvereinbarung von CHF 50 000.– wegen Verletzung der relativ zwingenden Natur von Art. 321e OR; die Konventionalstrafe hatte teilweise auch unzulässigen Schadenersatzcharakter.

<sup>53</sup> 130 III 353 E. 2.1.1.; AGER ZH, Entscheide 2007 Nr. 22.

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 begründetem, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass, fällt das Konkurrenzverbot bzw. das vertraglich vereinbarte Abwerbeverbot ebenfalls dahin (Art. 340c Abs. 2 OR).

**V. Rechtsfolgen von Abwerbungshandlungen**

Eine unzulässige Abwerbungshandlung bildet als Treupflichtverletzung ein wichtiger Grund i.S.v. Art. 337 OR, der den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung berechtigt.<sup>54</sup> Sodann wird der abwerbende Mitarbeiter gemäss Art 321e OR schadenersatzpflichtig.<sup>55</sup> In der Praxis sind der Schadensnachweis und die Schadenersatzbemessung häufig problematisch.<sup>56</sup> Denkbar ist sodann unter Umständen auch eine Gewinnabschöpfung<sup>57</sup>sowie die Kürzung oder der Wegfall der Gratifikation.<sup>58</sup> Zwecks Samm-

lung von Beweisen kann es allenfalls angebracht sein, strafrechtlich gegen den abwerbenden Mitarbeiter vorzugehen wie z.B. wegen Ungetreuer Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) und Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses (Art. 162 Abs. 1 StGB).<sup>59</sup>

- 54 AGer ZH, Entscheide 2013 Nr. 2; OGer ZH in JAR 2015, S. 633; BGE 138 III 67 = JAR 2013, S. 139; BGE 123 III 257; KGer SG in JAR 2009, S. 579; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Fn. 3, Art. 321a N 3.
- 55 BGE 123 III 261 (Umsatzeinbussen wegen Abwerbung von vier Coiffeusen durch Geschäftsführer); AGer ZH, Entscheide 2013 Nr. 2 (Schadenersatz für entgangene Provisionen aus Retrozessionen, Management- und Leistungsgebühren der abgeworbenen Kunden).
- 56 Vgl. hierzu Näheres bei PORTMANN/RUDOLPH, Fn. 4, Art. 321e N 5 ff.
- 57 AGer ZH, Entscheide 2008 Nr.3.
- 58 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Fn. 3, Art. 321a N 3.
- 59 Vgl. hierzu vorne Ziffer III,3.



**Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot nach Art. 340-340c OR**

Eine Untersuchung über Sinn und Gehalt des nachvertraglichen Konkurrenzverbotes unter Berücksichtigung von Abgrenzungsfragen und der Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs nach der ZPO

David Heeb

**September 2016, CHF 83.-**  
 Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR 820,  
 288 Seiten, 978-3-7272-3075-2

Nachvertraglichen Konkurrenzverboten kommt in der Praxis in verschiedenen Bereichen, ganz besonders im Arbeitsrecht, grosse Bedeutung zu. Mit arbeitsvertraglichen Konkurrenzverboten, die nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Wirkungen entfalten sollen, sind mannigfache Probleme verbunden, stehen solche Verbote doch in einem Spannungsverhältnis zwischen den Interessen des (vormaligen) Arbeitgebers am Schutz seiner Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse einerseits und den Interessen des Arbeitnehmers an seinem wirtschaftlichen Fortkommen andererseits. Die vorliegende Arbeit deckt die Lücken und Schwachstellen der schweizerischen Regelung auf und erarbeitet Lösungsvorschläge zur Entschärfung des Spannungsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

**Stämpfli**  
 Verlag

**Stämpfli Verlag AG**  
 Wölflistrasse 1  
 Postfach  
 CH-3001 Bern  
 Tel. +41 31 300 66 77  
 Fax +41 31 300 66 88  
 order@staempfli.com  
 www.staempfliverlag.com

