

# **Arbeitsrechtliche Herausgabepflicht vs. Beweissicherungsinteressen des Arbeitnehmers – ein unlösbarer Gegensatz?**

RA lic. iur. HSG Astrid Lienhart  
Fachanwältin SAV Arbeitsrecht

## Ausgangslage

Ihrem Klienten wird gekündigt, wahrscheinlich missbräuchlich. Bei Ihrem ersten Termin mit ihm, welcher zwei Tage nach der Kündigung stattfindet, zeigt er Ihnen diverse Emails und andere Dokumente, welche dies untermauern und erwähnt, noch mehr Unterlagen zuhause zu haben.

Kurz darauf wird Ihr Klient von der Arbeitgeberin aufgefordert, alle geschäftlichen Unterlagen und Dokumente zurückzugeben, sofern physisch vorhanden, bzw. geschäftliche Daten unwiderbringlich zu löschen, **ohne eine Kopie** davon zu behalten.

Doch diese Dokumente benötigen Sie, um die Ansprüche des Klienten im sich abzeichnenden Prozess zu **beweisen** und zu **beziffern**.

## Einführung

Zunehmende Sensibilisierung auf Vertraulichkeit und Geheimhaltung (NDA, Datenschutz etc.)

Professionalisierung der HR Abteilungen – umfangreiche und weitreichende «Austrittsvereinbarungen» werden immer häufiger

Risikoaverse Mentalitäten breiten sich aus – was geregelt werden kann, wird geregelt, wobei oft über das Ziel hinausgeschossen wird.

## Es Müschterli (aus einer Freistellungs«verfügung»)

### 5. Rückgabe Geräte / Dokumente

Du bestätigst hiermit, dass du sämtliche Arbeitsutensilien, Unterlagen, Dokumente, Softwareprogramme, etc., welche dir während des Arbeitsverhältnisses, in welcher Form auch immer (elektronisch oder physisch), zur Verfügung gestellt wurden, sowie die Schlüssel zu den Geschäftsräumen der [REDACTED] heute an uns zurückgegeben hast und über keinerlei Kopien verfügst. Zudem bestätigst du, dass du alle vertraulichen und urheberrechtlich geschützten Informationen und Daten der [REDACTED] von all deinen persönlichen Geräten (Computer, Mobiltelefon, Server, E-Mail-System, Backups, USB-Sticks) dauerhaft gelöscht hast und dass du keine Reproduktionen/Kopien davon aufbewahrst.

## Fragestellungen

- 1) Darf der Arbeitnehmer entgegen der Aufforderung der Arbeitgeberin Dokumente (Kopien, elektronisch oder physisch) behalten, obschon er aufgefordert wird, alles zurückzugeben bzw. unwiderruflich zu löschen?
- 2) Dürfen Informationen, die von der Arbeitgeberin als strikte geheim zu halten bezeichnet worden sind, in einem Zivilprozess preisgegeben werden, um damit die eigenen Ansprüche zu beweisen?
- 3) Dürfen solcherart allenfalls zurückbehaltene Dokumente zur zivilrechtlichen Durchsetzung der Ansprüche des Arbeitnehmers eingesetzt werden?

## Die Treuepflicht

- Gesetzliche Grundlage Art. 321a Abs. 1 OR
- Pflicht zur Wahrung der berechtigten Arbeitgeberinteressen
- Gegenstück zur arbeitgeberseitigen Fürsorgepflicht
- Vertragliche Nebenpflicht

## Die Treuepflicht

- Umfang und Ausprägung wird abgesteckt durch EAV
- Kombiniert mit Einzelfallbetrachtung
- Je höher in der Hierarchie, desto weiter geht die Treuepflicht
- (sowohl die Sorgfaltspflicht als auch) die Treuepflicht kann vertraglich erweitert werden (BGE 144 III 327, E. 4.2.3)

## Die Grenzen der Treuepflicht

- Die Grenzen der Treuepflicht bilden die überwiegenden Interessen des Arbeitnehmers (BGE 117 II 74)
  - Treuepflicht ist beschränkt auf «Erreichung und Sicherung des Arbeitserfolges» und muss genügenden Zusammenhang mit Arbeitsverhältnis aufweisen\*
  - Verletzung von AN-Persönlichkeitsrechten zum Vermeidung von AG-Schäden ist nicht zumutbar
- \* Praxiskommentar, N 2 zu Art. 321a OR.

## Die Geheimhaltungs- und Verschwiegenheitspflicht

- Gesetzliche Grundlage Art. 321a Abs. 4 OR
- Ausfluss aus der Treuepflicht
- Soll die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin davor schützen, dass «geheim zu haltende Tatsachen» an Dritte, namentlich Konkurrenten, gelangen
- Präventivinstrument – Kontrolle eines abstrakten Risikos

## Was ist ein «Geheimnis»?

Ein Geheimnis sind Tatsachen, ...

- die nicht offenkundig oder ohne grosse Recherche allgemein zugänglich sind;
- an denen die Arbeitgeberin einen Geheimhaltungswillen hat (konkludent oder ausdrücklich) und
- an deren Geheimhaltung die Arbeitgeberin ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse (objektives Geheimhaltungsinteresse) hat.\*

Der Geheimnisbegriff ist in der gesamten Rechtsordnung ein einheitlicher (StGB, OR, UWG etc.).

\* Urteil des BGer 4A\_381/2019 vom 2.12.2019, E.3.2)

## Was ist kein «Geheimnis»?

Keine Geheimnisse sind ...

- Branchenkenntnisse
- Berufserfahrung
- in der Regel Informationen, die auch den unteren Chargen in der Organisation bekannt sind (nicht nur dem exklusiveren Kreis der höheren, leitenden Stellen)

**Tipp: Wenn eine grosszügige Informationspolitik gelebt wird, geheimzuhaltende Informationen unbedingt als «vertraulich», «confidential» etc. markieren, um ihren Geheimnischarakter zu wahren.**

## Was ist ein «berechtigtes Interesse» der Arbeitgeberin?

Ein berechtigtes Interesse der Arbeitgeberin an der Geheimhaltung **wird grundsätzlich vermutet\***.

Es umfasst insbesondere

- **Fabrikationsgeheimnisse:** z.B. Produktionsverfahren, Konstruktionen, Pläne und Modelle, Forschungsergebnisse, Know-how\*\*
- **Geschäftsgeheimnisse:** z.B. Organisation, Absatzstrukturen, Kundenverzeichnisse, Preisberechnungen, Marketingstrategien etc.\*\*\*

\* Urteil BGer 4A 381/2019 vom 2. Dezember 2019

\*\* BGE 80 IV 22 E. 2 S. 27 ff.

\*\*\* Urteil OG ZH LA110015 vom 30.9.2011, E.III.1.

## **Was verletzt die Geheimhaltungs- und Verschwiegenheitspflicht?**

Arbeitnehmer dürfen eine geheim zu haltende Tatsachen

- keinen Dritten mitteilen oder
- keinen Dritten zugänglich machen (auch nicht fahrlässig) oder
- nicht zum eigenen Nutzen verwenden.

## Ende der Geheimhaltungs- und Verschwiegenheitspflicht

**Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses:** (grundsätzlich) absolute Geheimhaltungs- und Verschwiegenheitspflicht (die sich aber fortlaufend im Umfang ändern kann, Geheimhaltungsinteresse kann wegfallen)

**Aufweichung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses:** nachvertraglich nur noch Verschwiegenheitsgebot bei berechtigten AG-Interessen an Geheimhaltung, aber kein Verwertungsverbot mehr\*

Abnahme des Geheimhaltungsinteresses der Arbeitgeberin im Laufe der Zeit

\* umstritten. Vgl. Räber Joe, Das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag, de lege lata und de lege ferenda, Zürich 2020, N 139ff.

## Ende der Geheimhaltungs- und Verschwiegenheitspflicht

### Beachte:

Vertragliche Verschärfungen der Geheimhaltungs- und Verschwiegenheitspflicht sind möglich. Daher immer den EAV konsultieren.

### Beachte:

Die Geheimhaltung von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen ist strafbewehrt (Art. 162 StGB). Allerdings ebenfalls Aufweichung nach Beendigung Arbeitsverhältnis: «Wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis, das er infolge einer gesetzlichen oder **vertraglichen** Pflicht bewahren soll, ...»

## Die Herausgabepflicht

- Gesetzliche Grundlagen in Art. 321b Abs. 2 OR sowie 339a Abs. 1 OR
- Art. 321b Abs. 2 OR gilt während des Arbeitsvertrages, Art. 339a Abs. 1 OR stellt das nachvertragliche (resp. «endvertragliche») Korrelat dazu dar (Rückgabepflicht)
- Art. 321b OR = dispositive Norm. Vertragliche Präzisierungen, Ausweitungen oder Einschränkungen möglich.
- Art. 339a Abs. 1 OR = absolut zwingende Norm.

## Objekte der Herausgabepflicht\*

Alles, was der Arbeitnehmer im Laufe einer Anstellung hervorgebracht hat.  
Dies sind insbesondere

- Kundendaten
- geschäftliche E-Mails
- Dokumente aller Art

Bundesgericht: Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht dieselbe Herausgabepflicht (betreffend die davon betroffenen Objekte, Anmerk. d. Verf.) wie während der Dauer des Arbeits-verhältnisses\*\*

\* nur die im vorliegenden Zusammenhang interessierenden.

\*\* BGE 141 III 23, E.3.1.

## Recht auf Kopien?

**Darf ein Arbeitnehmer Kopien (physische oder elektronische) von herauszugebenden Dokumenten behalten?**

**BGE 141 III 23, E.3.1:** Nein, die Herausgabepflicht erstreckt sich auch auf Kopien, um insbesondere das Risiko der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen oder der Abwerbung von Kunden der Arbeitgeberin zu verhindern.

**Urteil des BGer 4A\_611/2011 vom 3.1.2012:** Nein, denn es gelte das Interesse der Arbeitgeberin an der Geheimhaltung zu wahren, welche über das Ende des Arbeitsverhältnis andauere, sowie der Gefahr einer Konkurrenzierung vorzubeugen.

## Recht auf Kopien?

**BGE 141 III 23, E.3.1:** Nein, die Herausgabepflicht erstreckt sich auch auf Kopien, um **insbesondere** das Risiko der **Verletzung von Geschäftsgeheimnissen** oder der **Abwerbung von Kunden** der Arbeitgeberin zu verhindern.

**Urteil des BGer 4A\_611/2011 vom 3.1.2012:** Nein, denn es gelte das **Interesse der Arbeitgeberin an der Geheimhaltung** zu wahren, welche über das Ende des Arbeitsverhältnis andauere, sowie der Gefahr einer Konkurrenzierung vorzubeugen.

## Stellungnahme

(kein) Recht auf Kopien wurde vom Bundesgericht bislang soweit ersichtlich nur insoweit statuiert, als «**insbesondere**» die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen, das Interesse an der Geheimhaltung oder die Abwerbung von Kunden im Fokus standen.

Das Wort «insbesondere» impliziert zwar, dass die Aufzählung nicht abschliessend sei, m.E. aber auch, dass das Gewicht der seitens der Arbeitgeberin auf dem Spiel stehenden Interessen in etwa dieses Mass erreichen sollte.

Bei einem gewöhnlichen Forderungsprozess um arbeitsrechtliche Ansprüche (Geld, Zeugnis etc.) stehen solche Arbeitgeberinteressen indessen in der Regel allerdings nicht im Raum.

## Stellungnahme

Zudem berechtigtes Geheimhaltungsinteresse fraglich

Treuepflicht kommt an ihre Grenzen

Preisgabe von Geheimnissen nicht gegenüber Marktteilnehmern sondern nur im geschützten Rahmen des Justizapparates (Amtsgeheimnisse)

Keine monetäre Verwertung im wirtschaftlichen Sinne

## Vertragliche Modifikation

- Vertragliche Ausweitung von Treue- und Sorgfaltspflichten möglich\*
  - Oft ausführliche Regelung von Rückgabe von Unterlagen (ohne Recht auf Kopien) sowie Geheimhaltungspflichten bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Rahmen von zu unterschreibenden Freistellungs«verfügungen», Austritts- resp. Aufhebungsvereinbarungen
- 
- \* Art. 321a OR ist dispositiv

## Vertragliche Modifikation

- Bei unterschriftlicher Zustimmung des Arbeitnehmers zu einer «Vereinbarung» (ohne dass bereits alle AN-Forderungen beglichen sind), besteht m.E. die Gefahr, dass eine neue vertragliche Verpflichtung auf Geheimhaltung bzw. Rückgabe ohne Recht auf Kopien geschaffen wird (unabhängig von der Frage, ob das Bundesgericht das Verbot zur Anfertigung von Kopien auch auf diese Konstellationen ausweiten würde oder nicht)
- Weder unmöglich noch widerrechtlich noch sittenwidrig (Art. 20 Abs. 1 OR), keine Übervorteilung (Art. 21 OR), kaum Willensmängel (Art. 23 ff OR)

## Vertragliche Modifikation

### Bestimmungen zum Konkurrenzverbot (Art. 340 ff OR)

BGE 130 III 357, E.2.1.1:

«Insofern müssen von vornherein für alle nachvertraglichen Einschränkungen der Betätigungsfreiheit die gleichen Voraussetzungen gelten wie für das nachvertragliche Konkurrenzverbot, sofern diese nicht durch besondere Gesetzesbestimmungen ohnehin unzulässig sind»

- ➔ Führt Verschärfung der nachvertraglichen Geheimhaltungspflicht praktisch zu einem Konkurrenzverbot, sind Art. 340ff OR anwendbar.
- ➔ Eine Verwendung solcher Dokumente bzw. Informationen im Prozess würde wohl geschützt

## Fragestellungen – Versuch einer Antwort

- 1) Darf der Arbeitnehmer entgegen der Aufforderung der Arbeitgeberin Dokumente (Kopien, elektronisch oder physisch) behalten, obschon er aufgefordert wird, alles zurückzugeben bzw. unwiderruflich zu löschen?
- 3) Dürfen solcherart allenfalls zurückbehaltene Dokumente zur zivilrechtlichen Durchsetzung der Ansprüche des Arbeitnehmers eingesetzt werden?

*Ja, sofern es im Prozess nicht um die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen oder die Abwerbung von Kunden geht.*

*Vorsicht mit unterschriftlicher Bestätigung, dass alle Dokumente ohne Kopien anzufertigen physisch zurückgegeben bzw. elektronisch restlos gelöscht worden seien → i.d.R. keine «Einschränkung in der Betätigung» → u.U. keine Korrekturen via Art. 340ff OR*

## Fragestellungen – Versuch einer Antwort

- 2) Dürfen Informationen, die von der Arbeitgeberin als strikte geheim zu halten bezeichnet worden sind, in einem Zivilprozess preisgegeben werden, um damit die eigenen Ansprüche zu beweisen?

*In der Regel wohl ja.*

*Nach Beendigung AV gelockerte Geheimhaltungspflicht; kein Verwertungsverbot mehr (umstritten)*

*Vereitelung Durchsetzung von AN Ansprüchen ist m.E. kein «berechtigtes» AG-Geheimhaltungsinteresse*

*Keine Preisgabe gegenüber Konkurrenten oder sonstigen Personengruppen, die die Arbeitgeberin wirtschaftlich schädigen könnten.*

## Prozessuale Hinweise

- Art. 152 Abs. 2 ZPO: m.E. keine widerrechtlich «beschafften» Beweismittel
- Umweg über Editionsbegehren steht offen, ist aber umständlich

Astrid Lienhart

lic.iur. HSG, Rechtsanwältin

Fachanwältin SAV Arbeitsrecht

Rechtskraft Advokatur, Zürich

Head of Legal, Verity AG, Zürich



**Herzlichen Dank für Ihre  
Aufmerksamkeit!**