

# Abwerbung von Kunden und Arbeitnehmern (Ausgewählte Fragen)

Schweizerischer Anwaltsverband  
16. September 2016

Dr. Denis G. Humbert  
(Fachanwalt SAV Arbeitsrecht)

Humbert Heinzen Lerch Rechtsanwälte  
([www.hhl-law.ch](http://www.hhl-law.ch))

# Überblick

1. Allgemeines
2. Begriff der Abwerbung (Arbeitnehmer, Kunden)
3. Gesetzliche Grundlagen (Fehlen einer spezifischen Abwerbeverbotsnorm)
  - 3.1 Art. 321a OR (Treuepflicht des Arbeitnehmers)
  - 3.2 UWG
  - 3.3 StGB (Art. 162 Abs. 1 / Art. 158)
  - 3.4 Art. 47 BankG (Bankkundengeheimnis)

# Überblick

## 4. Sonderfragen

4.1 Information des Kunden über neue Tätigkeit

4.2 Vorbereitungshandlungen während bestehendem Arbeitsverhältnis im Hinblick auf eine neue Tätigkeit bei neuem Arbeitgeber oder als Selbständigerwerbender

4.3 Abwerbung während Kündigungsfrist/Freistellung

4.4 Abwerbung von eingebrachten Kunden

4.5 Vertragliches Abwerbeverbot

# Überblick

- 5. Rechtsbehelfe gegen Abwerbung
  - 5.1. Ordentliche Kündigung mit Freistellung
  - 5.2. Fristlose Kündigung (Art. 337 OR)
  - 5.3. Schadenersatz (Art. 321e OR)
  - 5.4. Einleitung Strafverfahren (Verletzung StGB, UWG, BankG)

# 1. Allgemeines

## 2. Begriff der Abwerbung

- «Einflussnahme auf einen vertraglich gebundenen Dritten mit dem Ziel, diesen zur Beendigung seines bestehenden Vertrags und zum Abschluss eines neuen Vertrags mit dem Abwerbenden selbst oder einem Dritten zu veranlassen» (Markus Frick, Abwerbung von Personal und Kunden, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Heft 46, Bern 2000, S. 2)»
- Ausspannen, Abspenstigmachen, Wegengangieren (Frick, a.a.O., S.2)

### 3. Gesetzliche Grundlagen

#### 3.1 Art. 321a Abs. 1 OR (Treuepflicht des Arbeitnehmers)

«Der Arbeitnehmer hat die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren.»

- Unterlassungspflicht = alles unterlassen, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte → bis Ende Arbeitsverhältnis (BGE 138 III E.2.3; 117 II 74)
- Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses = striktes Abwerbverbot (BGer Urteil v. 3.1.2012 = JAR 2013, S. 134)

- ArGer ZH Entscheide 2014 Nr. 2: Ende des Arbeitsverhältnisses = «feste Grenze»
- vor Ende: OR 321a
- nach Ende: OR 340 ff.



→ Nach Ende des Arbeitsverhältnisses:

Wegfall der Treuepflicht bzw. des Abwerbverbotes

«Nicht verboten ist es, dass sich der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses an Kunden seines bisherigen Arbeitgebers wendet, weil er deren Namen und Daten eben noch in Erinnerung hat» (AGer ZH in Entscheide 2007 Nr. 3)

Ausnahme: - Vertragliches Abwerbverbot

- Problematik der nachvertraglichen Geheimhaltungspflicht

(Art. 321a Abs. 4 OR «... soweit es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist»)

## 3.2 UWG (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)

- „Unlauter und widerrechtlich ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Arbeitnehmer beeinflusst.“ (Art. 2 UWG)

- **Praxisrelevante UWG-Normen:**

- Art. 2:
  - Unterstützung der Kunden/Mitarbeiter durch vorformulierte Kündigungsschreiben
  - Verleitung der Mitarbeiter zum Bruch des Arbeitsvertrages (z.B. ungerechtfertigte fristlose Kündigung)
- Art. 3 lit. a: Herabsetzung des ehemaligen Arbeitgebers gegenüber Kunden
- Art. 3 lit. d: Herbeiführung von Verwechslungen mit den Waren, Leistungen oder Geschäftsbetrieb des ehemaligen Arbeitgebers (praktisch gleichlautende Konkurrenzfirma)
- Art. 4 lit. a: Verleitung des Kunden (= Abnehmer) zum Vertragsbruch

- Art. 5 lit. a: Unbefugte Verwertung anvertrauter Offerten, Pläne, Berechnungen, Kundenlisten, Kundendatensammlungen
  - Bsp.: Verwertung von Kundendatensammlungen durch Offenbarung gegenüber Konkurrenzunternehmen
- Illustratives Beispiel aus der Praxis: BGE 6 B\_298/2013 vom 16.1.2014
  - Geschäftsführer höhnte Arbeitgeberin aus, gründete Konkurrenzunternehmen und warb Mitarbeiter, Kunden und Lieferanten ab
  - Freiheitsstrafe von 27 Monaten + Busse CHF 2'500.00 (StGB 158 Ziff. 1/UWG 23 i.V.m. 3 lit. b und d, 5 lit. a)

### 3.3 StGB

- **Art. 162 Abs. 1: Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses**
  - Geschäftsgeheimnis → Offenbarung des Geheimnisses gegenüber neuem Arbeitgeber, z.B. Kundenliste
  - Während Arbeitsverhältnis uneingeschränkte Geltung
  - Nach Ende Arbeitsverhältnis: nur sofern dies zur «Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers» erforderlich ist (OR 321a Abs. 4)
  - Antragsdelikt (StGB 162 Abs. 3): StGB 31 = 3 Monate ab Kenntnis Täter und Tat

- **Art. 158 StGB: Ungetreue Geschäftsbesorgung**
  - Offizialdelikt
  - Beispiel: BGE 6 B\_298/2013 v. 16.1.2014
  - Geschäftsführer, VR-Mitglieder, Arbeitnehmer mit leitender Stellung (für fremde Vermögensinteressen sorgen, z.B. tatsächlicher Leiter einer AG, der Strohmännchen benutzt, vgl. BGE 97 IV 13)

## 3.4 Art. 47 BankG

- Offenbarung eines anvertrauten Geheimnisses in der Eigenschaft (u.a.) als Arbeitnehmer
- Uneingeschränkte Geltung auch nach Ende des Arbeitsverhältnisses (Art. 47 Abs. 4), da Geheimnis den Kunden schützt (und nicht Arbeitgeber wie in OR 321a Abs. 4)

## 4 Sonderfragen

### 4.1 Information der Kunden über neue Tätigkeit bei neuem Arbeitgeber

- Spannungsverhältnis: Interesse des Arbeitnehmers, sich von seinen Kunden verabschieden zu dürfen  $\leftarrow \rightarrow$  Interesse des bisherigen Arbeitgebers, die Gefahr der Abwerbung zu unterbinden (Kundenverlust)
- Zulässig: Mitteilung an Kunden über Weggang und über künftige Tätigkeit (neuer Arbeitgeber/Selbständigkeit)  $\rightarrow$  Grund: keine Brückierung der Kunden. Achtung: Information muss wertungsfrei sein (AGer ZH in Entscheide 2003 Nr. 1; OGer ZH in Urteil vom 5.10.1995, S. 6, [unveröffentlicht; zitiert in Streiff/von Kaenel/Rudolph, Praxiskommentar, 7. Auflage, S. 183]; OGer LU in LGVE 2009 I Nr. 15 = JAR 2010, S. 544)



- Unzulässigkeit eines Verbotes im GAV Coiffeurgewerbe, wonach ausscheidende Coiffeure Kunden weder direkt noch indirekt mitteilen dürfen, dass und wo sie neu tätig sind (Schlichtungsbehörde Zivilgericht BS, BJM 2015, S. 245)
- Einschränkend nun aber AGer ZH und OGer ZH: Nur Information der Kunden über das Ausscheiden als solches und – auf deren Nachfrage – über die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit zulässig (AGer ZH in Entscheide 2013 Nr. 2; OGer ZH Urteil vom 23.7.2014, zitiert in von Kaenel/Rudolph, elektronischer Update-Service zum Praxis-kommentar N 7 zu OR 321a OR, Fallgruppe 3)
- BGE 138 III 67 E.2.3.7 f.
- Vgl. Näheres zur Vereinbarkeit des Kundenkontakts mit der Treuepflicht: Roger Rudolph, Kontakte zu Kunden des alten Arbeitgebers nach einem Stellenwechsel, ARV 2009, S. 93 ff.

- Keine (Treue-) Pflicht, auf Kunden, die dem ausscheidenden Mitarbeiter folgen wollen, einzuwirken, damit sie beim alten Arbeitgeber bleiben («es ist nicht ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers und demnach keine Pflicht des Arbeitnehmers, dass letzterer aktiv Nachteile abwendet, die dem Arbeitgeber entstehen, weil er den Arbeitsvertrag gekündigt hat.» (Urteil OGer ZH vom 5.10.1995, S. 8, unveröffentlicht, zitiert in Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., S. 183)

## **4.2 Vorbereitungshandlungen im Hinblick auf die Aufnahme einer Tätigkeit bei neuem Arbeitgeber oder als Selbständigerwerbender während bestehendem Arbeitsverhältnis**

- Auch Kadermitarbeiter mit erhöhter Treuepflicht dürfen im gekündigten Arbeitsverhältnis berufliche Zukunft planen + Vorbereitungshandlungen treffen (Cour de Justice GE in JAR 2012, S. 461)
- Kopieren von Geschäftsdaten=unzulässig (OGer ZH in JAR 2015, S. 633)
- Versand von Preislisten an potentielle Kunden nach ungerechtfertigter fristloser Kündigung=zulässig (OGer OW in JAR 1988, S. 140)

- Verteilung von Visitenkarten mit Offerte eines günstigeren Preises = unzulässig (AGer ZH in Entscheide 2009 Nr. 1 = JAR 2010, S. 683)
- Mitnahme von Lieferanten- und Kundenlisten des alten Arbeitgebers = unzulässig (AGer ZH in Entscheide 2002 Nr.1; GSG BS in JAR 1984, S. 97; ZR 1973 Nr. 54)
- Erstellen Facebook-Profil und Logos, Registrieren einer Webseitenadresse trotz vertraglichem Konkurrenzverbot → begründeter Anlass zur Kündigung i.S.v. OR 340c Abs. 2, da hiermit Übertritt in Konkurrenzbetrieb vorbereitet werde (BGE 4A\_22/2014 vom 23.4.2014=JAR 2015, S. 208)

- Zulässig: Vereinbarung mit Konventionalstrafe, bereits Vorbereitungshandlungen während bestehendem Arbeitsverhältnis zu unterlassen (BGE 4A\_595/2012 vom 21.12.2012 = JAR 2013, S. 397: wegen dispositiver Natur von OR 321a)
- Aber: Ungültigkeit einer Vereinbarung mit Verbot der Direktakquisition von Kunden während Anstellung mit Konventionalstrafe (KS) von CHF 50'000.00 → AGer ZH Entscheide 2014 Nr. 2: KS = teilweise Schadenersatzcharakter = Verletzung von OR 321e OR wegen Höhe KS (OR 321e relativ zwingend, OR 362)
- Beweisschwierigkeiten des Arbeitgebers: Beispiel in AGer ZH in Entscheide 2007 Nr. 3; Vorbereitungshandlungen für eigene Arztpraxis = zulässig

## 4.3 Abwerbungshandlungen während Kündigungsfrist/ Freistellung

- Lockerung der Treuepflicht?
- Nein bei Abwerbungshandlung, Treuepflicht dauert bis Ende Arbeitsverhältnis (AGer ZH in Entscheide 2013 Nr. 2 und 2014 Nr. 2)
- KGer SG in JAR 2009, S. 579: unzulässig=Zustellung eines Faltprospektes während Freistellung an Kunden des Arbeitgebers mit Erwähnung Mailadresse, Mobilnummer und Privatadresse und Titel «Unsere Wege werden sich wieder kreuzen»

- KGer SG in JAR 2010, S. 565: zulässig = Abwerbungshandlungen während Freistellung kurz vor Vertragsende, Arbeitnehmer kontaktierte nur jene Kunden, die er unentgeltlich einbrachte bei Beginn seiner Anstellung

## 4.4 Abwerbung von eingebrachten Kunden

- Treuepflichtverletzung auch bei vom Arbeitnehmer zu Beginn des Arbeitsverhältnisses in die Firma (unentgeltlich) eingebrachten Kunden
- KGer SG vertritt andere Meinung (JAR 2010, S. 565)



## 4.5 Vertragliches Abwerbeverbot

- Bsp.: - Verbot, nach Arbeitsvertragsende Mitarbeiter und Kunden abzuwerben
  - Verbot, nach Arbeitsvertragsende Kunden zu kontaktieren
  - Verbot, nach Arbeitsvertragsende Kenntnisse über Kunden an neuen Arbeitgeber mitzuteilen oder zu verwerten
  - Zulässigkeit der vertraglichen Erweiterung der allgemeinen Treuepflicht von OR 321a (Pflicht, bereits Vorbereitungs-handlungen zu unterlassen) mit Absicherung einer Konventionalstrafe (KS) bejaht (BGE 4A\_595/2012 vom 21.12.2012 = JAR 2013, S. 397: Achtung: Kürzung KS von CHF 85'000.00 auf CHF 25'000.00, weil unzulässiger Schadensausgleich vorlag und KS nicht nur Straf- bzw. Disziplinarcharakter hatte → Verletzung der relativ zwingender Natur von OR 321e (ebenso auch AGer ZH in Entscheide 2014 Nr. 2: Verbot der Direktakquisition von Kunden)

- Kundenabwerbeverbotsklausel (nicht aber die Mitarbeiterabwerbung) untersteht den gleichen Voraussetzungen wie Konkurrenzverbot nach OR 340 ff. (BGE 130 III 353 E.2.1.1.; AGer ZH in Entscheide 2007 Nr. 22)
- Absicherung durch Konventionalstrafe (KS) in angemessener Höhe
  - Achtung: KS darf nicht Schadenersatzcharakter haben, sondern nur Straf- bzw. Disziplinarcharakter, ansonsten Kürzung der KS (BGE 4A\_595/2012 vom 21.12.2012 = JAR 2013, S. 397: → von CHF 85'000.00 auf CHF 25'000.00; vgl. auch Entscheide AGer ZH 2014 Nr. 2: Ungültigkeit der Konventionalstrafvereinbarung von CHF 50'000.00 wegen Verletzung der relativ zwingenden Natur von OR 321e; KS hatte teilweise auch unzulässigen Schadenersatzcharakter)

## **5. Rechtsbehelfe gegen Abwerbungshandlungen**

### **5.1 Ordentliche Kündigung mit Freistellung (Kündigungsfrist)**

- bei Unsicherheit des Vorliegens eines wichtigen Grundes nach OR 337 Abs. 1

### **5.2 Fristlose Kündigung (OR 337)**

- AGer ZH in 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

## 5.3 Schadenersatz (OR 321e OR)

- Problem: Schadennachweis/Schadenberechnung
- AGer ZH in Entscheide 2013 Nr. 2 (Schadenersatz für entgangene Provisionen aus Retrozessionen, Management- und Leistungsgebühren der abgeworbenen Kunden)
- BGE 123 III 261 (Umsatzeinbussen wegen Abwerbung von vier Coiffeusen durch Geschäftsführer)

## 5.4 Einleitung Strafverfahren

- Verletzung StGB (z.B. Art. 162, 158)
- Verletzung UWG (Art. 23 → Antragsdelikt)
- Art. 47 BankG (durch Bankkunde)
- BGE 6B\_298/2013 vom 16.1.2014  
(vgl. vorne Ziff. 3.2)

Vielen Dank für Ihre  
Aufmerksamkeit!