

Kunden- und Mitarbeiterabwerbung

Zürcher Anwaltsverband
Fachgruppe Arbeitsrecht
4. September 2018

Dr. Denis G. Humbert
(Fachanwalt SAV Arbeitsrecht)

Humbert Heinzen Lerch Rechtsanwälte
(www.hhl-law.ch)

Überblick

- A. Allgemeines
- B. Begriff der Abwerbung (Arbeitnehmer, Kunden)
- C. Ausservertragliches und vertragliches Abwerbverbot
 - I. Ausservertragliches Abwerbverbot
 - 1. Treuepflicht des Arbeitnehmers (OR 321a)
 - 2. UWG
 - 3. StGB (162 Abs. 1 / 158)
 - 3. BankG 47 (Bankkundengeheimnis)

Überblick

- II. Vertragliches Abwerbeverbot
- III. Ausgewählte Sonderfragen
 - 1. Information des Kunden über neue Tätigkeit
 - 2. Vorbereitungshandlungen während bestehendem Arbeitsverhältnis im Hinblick auf eine neue Tätigkeit bei neuem Arbeitgeber oder als Selbständigerwerbender
 - 3. Abwerbung während Kündigungsfrist/Freistellung
 - 4. Abwerbung von eingebrachten Kunden

Überblick

- IV. Rechtsbehelfe gegen Abwerbung
 - 1. Ordentliche Kündigung mit Freistellung
 - 2. Fristlose Kündigung (Art. 337 OR)
 - 3. Schadenersatz (Art. 321e OR)
 - 4. Einleitung Strafverfahren (Verletzung StGB, UWG, BankG)

I. Allgemeines

- Grosse Praxisrelevanz
- Widerstrebende Interessen
 - Arbeitgeber: Schutz vor Verlust Kunden/Mitarbeiter
 - Arbeitnehmer: Berufliche Entfaltung/bessere Positionierung gegenüber dem neuen Arbeitgeber/Sicherung Einkommensgrundlage bei selbständiger Erwerbstätigkeit

II. 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, Wegengagieren (Frick, a.a.O., S. 2)
- Definition zu eng, besser : «Kundenkreis ist als die Gesamtheit derjenigen Personen zu verstehen, die mit einer gewissen *Regelmässigkeit* in Geschäftsbeziehungen zum Arbeitgeber stehen und als *einigermassen beständiger Faktor* seiner Umsatzberechnung betrachtet werden dürfen d.h. Kunden, die weiterhin zum Arbeitgeber in einer Geschäftsbeziehung stehen wollen» (Christoph Neeracher, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Schriften zum Schweizerischen Arbeitsrecht, Heft 49, Bern 2001, S. 21, ebenso OGer LU in JAR 2010, S. 546)

C. Ausservertragliches und vertragliches Abwerbverbot

I. Ausservertragliches Abwerbverbot

1. Treuepflicht des Arbeitnehmers (OR 321a Abs. 1 OR)

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

- Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses: 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)

- AGer ZH in Entscheide 2014 Nr. 2: Ende des Arbeitsverhältnisses = «feste Grenze»
- Vor Ende: OR 321a Abs. 1
- Nach Ende: OR 340 ff. (analoge Anwendung, vgl. hinten)
- Nach Ende des Arbeitsverhältnisses:
Wegfall des Abwerbverbots infolge Wegfall der Treuepflicht (Ausnahme: vertragliches Abwerbverbot)
«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)

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)
 - Abwerbung, die gegen Treu und Glauben und gegen die arbeitsrechtliche Treuepflicht verstösst und erst durch Ausnutzung von Geschäftsgeheimnissen möglich wird (KGer LU JAR 2017, S. 423)
 - Art. 3 lit. a: Unrichtige, irreführende oder unnötig herabsetzende Information über Arbeitgeber verbreiten (KGer LU JAR 2017, S. 423)

- 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
- Praxisbeispiel: BGE 6B_298/2013 vom 16.1.2014
 - Geschäftsführer hüllte 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. StGB

- **Art. 162 Abs. 1: Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses**
 - 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): = 3 Monate ab Kenntnis Täter und Tat

- **Art. 158 StGB: Ungetreue Geschäftsbesorgung**

- Offizialdelikt
- Beispiel: BGE 6B_298/2013 v. 16.1.2014
Geschäftsführer, VR-Mitglied, Arbeitnehmer in leitender Stellung (für fremde Vermögensinteressen sorgen, z.B. tatsächlicher Leiter einer AG, der Strohmann benutzt, vgl. BGE 97 IV 13)

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)

II. Vertragliches Abwerbeverbot

Beispiele:

- 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
- Zulässig: Vertragliche Erweiterung der allgemeinen Treuepflicht von OR 321a mit Absicherung einer Konventionalstrafe (BGE 4A_595/2012 vom 21.12.2012 = JAR 2013, S. 397)
- Kundenabwerbverbotsklausel (nicht aber die Mitarbeiterabwerbung) untersteht den gleichen Voraussetzungen wie das Konkurrenzverbot gemäss OR 340 ff. (BGE 130 III 353 E.2.1.1.; AGer ZH in Entscheide 2007 Nr. 22)

- Absicherung durch Konventionalstrafe (KS)/ Welche Höhe?
KS darf nicht Schadenausgleichsfunktion 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 auf CHF 25'000)
- Anders nun aber BGE 4A_579/2017 vom 7.5.2018: Nichtigkeit der KS über Fr. 50'000 gegenüber geschäftsführenden Ärztin. Dies, weil KS eine mit Art. 321e OR (= Haftung Arbeitnehmer) nicht vereinbare, schadens- und verschuldensunabhängige Haftungsverschärfung darstelle
- Entscheide AGer ZH 2014 Nr. 2: Ungültigkeit der KS von Fr. 50'000 wegen Verletzung der relativ zwingenden Natur von OR 321e; KS hatte teilweise auch unzulässigen Schadenersatzcharakter

III. Sonderfragen

1. Information der Kunden über neue Tätigkeit bei neuem Arbeitgeber

- Spannungsverhältnis: Interesse des Arbeitnehmers, sich von seinen Kunden verabschieden zu dürfen \leftrightarrow 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, Urteil vom 5.10.1995, S. 6, [unveröffentlicht; zitiert in Streiff/von Kaenel/Rudolph, Praxiskommentar, 7. Auflage, S. 183])

- Einschränkung 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 Praxiskommentar, N 7 zu OR 321a OR, N 4 Fallgruppe 3)
- 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)

- 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)
- 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.

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 und 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); vgl. zur Höhe auch BGer 4A_579/2017 vom 7.5.2018 (vorstehend)
- Beweisschwierigkeiten des Arbeitgebers: Beispiel in AGer ZH in Entscheide 2007 Nr. 3: Vorbereitungshandlungen für eigene Arztpraxis = zulässig

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 (2 Wochen) vor Vertragsende; Arbeitnehmer kontaktierte nur jene Kunden, die er bei Beginn seiner Anstellung unentgeltlich einbrachte

4. Abwerbung von eingebrachten Kunden

- Grundsatz: Bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses (AV) vorgenommene Abwerbung von vom Arbeitnehmer zu Beginn des AV in die Firma eingebrachten Kunden unzulässig, da Treuepflichtverletzung
- KGer SG vertritt andere Meinung (JAR 2010, S. 565, 569): Treuepflicht sei nicht verletzt bei Abwerbung („Wiedergewinnung“) der vom Arbeitnehmer zu Beginn des Arbeitsverhältnisses *unentgeltlich* in die Arbeitgeberfirma eingebrachten Kunden zwei Wochen vor Vertragsbeendigung: Hauptkriterium = Unentgeltlichkeit
- TPH GE in JAR 187 S. 119: Zulässigkeit (bejaht) einer Mitteilung einer Coiffeuse an Freunde und Kunden, die sie schon vor Stellenantritt besass, dass sie eine neue Stelle antrete (JAR 2010, S. 569)

IV. Rechtsbehelfe gegen Abwerbungshandlungen

1. Ordentliche Kündigung mit Freistellung (Kündigungsfrist)

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

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

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 257 (Umsatzeinbussen wegen Abwerbung von vier Coiffeusen durch Geschäftsführer; «Es ist der tatsächliche Vermögensstand der Beklagten mit jenem zu vergleichen, den sie hätte, wenn die Mitarbeiterinnen vom Kläger erst nach Ablauf seiner Kündigungsfrist zur Vertragsauflösung verleitet worden wären»)
- Schaden: vgl. hierzu Näheres bei Streiff/von Kanel/Rudolph, a.a.O., N 3 und 4 zu OR 337b)

4. Einleitung Strafverfahren

- Verletzung StGB (z.B. Art. 162, 158)
- Verletzung UWG (Art. 23 → Antragsdelikt: 3 Monate)
- Art. 47 BankG (durch Bankkunde)

Vielen Dank für Eure
Aufmerksamkeit!