

# summa jus

1999 ■ Nr. 6

Schweizer Rechtsbibliographie ■ 10-mal jährlich  
Bibliographie juridique suisse ■ 10 fois par année  
Bibliografia giuridica svizzera ■ 10 volte all'anno

Orell Füssli

# Grenzen der Treuepflicht des Arbeitnehmers beim Stellenwechsel

Dr. iur. HSG Christian Alexander Meyer

licencié spécial en droit européen ULB, Rechtsanwalt in Zürich

## Inhaltsverzeichnis

- I. Einleitung
- II. Probleme und gesetzliche Grundlagen
- III. Beurteilung einiger Beispiele
  - 1. Konkurrenzverbot
  - 2. Rückgabepflicht
  - 3. Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnis: Grenzen der Geheimhaltungspflicht – Verwertungsrecht
  - 4. Bankgeheimnis
  - 5. Kein wohlverworbenes Recht an der Kundschaft
  - 6. Verbreitung von Falschaussagen und zu aggressive Verkaufsmethoden
- IV. Verfahrensrecht
  - 1. Zivil- und Strafprozess
  - 2. Zivilprozess vor Arbeitsgericht
  - 3. Ordentliches Zivilverfahren
  - 4. Privatstrafverfahren
  - 5. Strafantrag
  - 6. Einstweiliger Rechtsschutz
  - 7. Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen
  - 8. Schlichtungsverfahren
  - 9. Beweis
- V. Zusammenfassung

## I. Einleitung

Der Stellenwechsel ist heute für viele Arbeitnehmer fast schon alltäglich. Beinahe jeder Bankangestellte kann ein Lied davon singen, aber auch Forscher oder leitende Angestellte können mit den gesetzlichen Bestimmungen in Konflikt geraten, wenn sie die geltenden Spielregeln missachten. Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über die von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleichermaßen zu beachtenden Regeln.

Der stellvertretende Direktor einer Bank, die vorwiegend vermögende Privatkundschaft betreut, muss beim *Stellenwechsel* die *verschiedensten* Interessen beachten. Dabei ist er seiner bisherigen Arbeitgeberin auch nachvertraglich zur Diskretion verpflichtet. Mit Blick auf die *Ge-*

*schäftsgeheimnisse* der «alten» Bank bleibt er so weit zur Verschwiegenheit verpflichtet, als es zur Wahrung der berechtigten Interessen seiner bisherigen Arbeitgeberin erforderlich ist. Ebenso muss er das *Bankgeheimnis* des Kunden respektieren. Er soll aber auch den *bisher betreuten Kunden* darüber *informieren* können, wo er in Zukunft zu erreichen ist. Sein erworbenes Wissen und die Erfahrung darf er auch in Zukunft nutzen. Die vom wechselnden Arbeitnehmer verwendeten Mittel müssen dabei äusserst sorgfältig ausgewählt werden.

## II. Probleme und gesetzliche Grundlagen

Zur rechtlichen Beurteilung der vorstehend umschriebenen Situation sind folgende Bestimmungen zu beachten: Das *Arbeitsrecht*, insbesondere Art. 321a Abs. 4 des schweizerischen Obligationenrechts (OR) für die nachvertragliche *Sorgfalts- und Treuepflicht* sowie Art. 340 ff. OR für das nachvertragliche *Konkurrenzverbot*.

Das *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG), dort die Art. 3 Abs. 1 lit. a für nicht gerechtfertigte gegenseitige Kritik, Art. 4 Abs. 1 lit. c für die «zufällige Frage» an die ehemalige Sekretärin des Arbeitnehmers, ihm doch die Information X aus dem Dossier Y zu besorgen (EBK-Entscheid vom 20. Dezember 1979, EBK-Bulletin, Heft 6/1980, S. 9 f.); Art. 5 UWG etwa für die heimliche Kopie und Mitnahme eines kompletten Satzes der Konstruktionsunterlagen der neu entwickelten Maschine Z, mit der Absicht, eine vergleichbare Maschine auf eigene Rechnung zu bauen. Hat der Arbeitnehmer nicht einmal an der Konstruktion mitgewirkt, ist gar die Anwendbarkeit von Art. 6 UWG und Art. 162 des schweizerischen *Strafgesetzbuches* (StGB) wegen Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen zu prüfen. Will der ausscheidende Arbeitnehmer die Anlage dann gar ins Ausland verkaufen, muss er vielleicht wegen wirtschaftlichen Nachrichtendienstes (Art. 273 StGB) belangt werden, was hier allerdings nicht weiter vertieft wird.

Ruft nun unser Bankdirektor den ehemals von ihm betreuten Kunden an seinem Arbeitsort an, obwohl dieser

die Bank instruiert hat, die Post banklagernd zu halten und ihn nicht zu kontaktieren, oder spricht er mit seinem neuen Arbeitgeber etwa über die Depotstruktur des Kunden X bei seiner Vorgängerin, dann ist sicher das Bankgeheimnis, Art. 47 des *Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen* (BaG), verletzt. Beim unerlaubten Know-how-Transfer können sich zudem *Patentrechtsfragen* stellen, auf die hier allerdings nicht näher eingegangen wird.

Aber auch der ehemalige Arbeitgeber darf nicht beliebig Kritik über seinen ausgeschiedenen Mitarbeiter verbreiten. Er darf keinesfalls durch ungerechtfertigte Kritik zu verhindern versuchen, dass viele Anleger dem Kundenberater zur «neuen» Bank folgen. Dadurch würden die Bank bzw. die Verantwortlichen sich wegen Ehrverletzung, Art. 173 ff. StGB, oder der verbotenen Herabsetzung nach Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG zu verantworten haben.

Die nachfolgenden Erörterungen sollen das Verständnis der Treuepflicht vertiefen und die prozessualen Bemerkungen die Rechtsverfolgung erleichtern.

### III. Beurteilung einiger Beispiele

#### 1. Konkurrenzverbot

Zwei Arten von einseitigen Konkurrenzverboten sind zu unterscheiden, nämlich das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot für den Arbeitnehmer und das vereinbarte Verbot aus anderen Gründen, etwa beim Verkauf des Unternehmens zu Lasten des Verkäufers und Firmengründers. Jenes gilt, ohne dass es besonders vereinbart sein muss, während der Dauer des Arbeitsvertrages absolut (Art. 321a Abs. 3 und Art. 329d Abs. 3 OR). Für die Zeit nach der Arbeitsvertragsbeendigung muss es besonders vereinbart sein (Art. 340 ff. OR). Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot ergibt sich aus der Treuepflicht. Dagegen muss ein anderes Konkurrenzverbot speziell vertraglich vereinbart werden, um etwa bei einem Firmenverkauf sicherzustellen, dass dem verkauften Unternehmen nicht «aus den eigenen Reihen» unerwünschte Konkurrenz erwächst (vgl. dazu etwa den Bundesgerichtsentscheid vom 13. November 1998, etwa in Recht und Politik des Wettbewerbs 1998/4, S. 718 ff., bei dem man wettbewerbsrechtlich mit guten Gründen auch gegenteiliger Meinung sein kann). An dieser Stelle wird nur das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot erörtert.

Für die Dauer des Arbeitsvertrages darf der Arbeitnehmer den Arbeitgeber nicht konkurrenzieren und keine Arbeit für einen Dritten leisten, soweit er dadurch seine Treuepflicht verletzt (vgl. statt aller Staehelin/Vischer, *Der Arbeitsvertrag*, Zürcher Kommentar, Zürich 1996, N 6 ff. zu Art. 321a OR). Der ausscheidende Arbeitnehmer darf also nicht schon beim alten Arbeitgeber von sich aus auf seinen neuen Arbeitgeber hinweisen. Er darf lediglich für sich, das heisst ohne Wirkung nach aussen, seinen Stel-

lenwechsel vorbereiten oder seine Selbständigkeit in die Wege leiten (BGE 117 II 74). Der Prospekt- oder Anzeigenversand oder der Kontakt zu Kunden seines bisherigen Arbeitgebers aus eigener Initiative, etwa zum Zwecke der Abwerbung, ist bis zum ordentlichen Vertragsablauf verboten (ZR 1946, Nr. 207, S. 378 ff.).

Scheidet nun ein Prokurist Ende Jahr aus der A-Bank aus, beendet seine Tätigkeit wegen seiner Ferienguthaben aber bereits Ende November, dann darf er auch in seinen Ferien im Dezember nicht schon für die B-Bank auf Akquisitionstour gehen oder entsprechende Telefonate von zu Hause aus führen. Er muss warten bis zum Vertragsablauf am 31. Dezember. Ohne nachvertragliches Konkurrenzverbot ist er diesbezüglich ab dem 1. Januar frei.

Ein *nachvertraglich wirkendes Konkurrenzverbot* muss schriftlich verabredet sein (Art. 340 OR). Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer zuvor Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse hatte (Art. 340 Abs. 2 OR). Damit das Verbot auch gerichtlich durchgesetzt werden kann, muss in der Konkurrenzverbotsvereinbarung ausdrücklich die Berechtigung enthalten sein, die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangen zu können. Andernfalls hat man lediglich den Schadenersatzanspruch (Art. 340b Abs. 3 OR).

Das Konkurrenzverbot muss massvoll gestaltet werden. Es soll entsprechend sachlich, örtlich und zeitlich begrenzt sein. Das Verbot darf nicht zu einer einseitigen rigorosen Beschränkung des Fortkommens des Arbeitnehmers führen. Wird allerdings eine Karenzentschädigung bezahlt, kann das Verbot weiter gehen. Die Abrede, weltweit für zwölf Monate nicht im angestammten Bereich tätig zu sein, hat wohl nur Bestand, falls der Arbeitnehmer für diese Zeit auch den vollen bisherigen Lohn als Entschädigung erhält.

Der Richter kann ein übermässiges nachvertragliches Konkurrenzverbot unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen einschränken (Art. 340a Abs. 2 OR). Dieser Gefahr der *richterlichen Beschränkung der Vertragsautonomie* kann effizient nur dadurch begegnet werden, dass der Arbeitgeber mit Arbeitnehmern, die ein gewisses Konkurrenzierungspotential aufweisen, lange Kündigungsfristen vereinbart und die Arbeitnehmer, sobald deren Ausscheiden aus der Firma feststeht, unverzüglich, unter Beibehaltung der Weisungsgewalt des Arbeitgebers, *bedingt von der Arbeitsleistung freistellt*, unter Gewährung der vollen bisherigen Bezüge. Ein Forscher im Spitzentechnologiebereich kann durch das lange Nichtstun vielleicht den Anschluss zur Weltspitze verlieren und deshalb für sich, wegen seiner besonderen Situation, einen Anspruch auf Beschäftigung durchsetzen, den es im Arbeitsrecht sonst nicht gibt. Die Freistellung kann vielleicht die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen verletzen, so dass gestützt darauf eine vorzeitige Vertragsauflösung mit Hilfe des Richters denkbar wird.

Im Normalfall hat der Arbeitsvertrag aber Bestand, trotz Freistellung unter Auflagen, so dass das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot bis zum Ablauf der Vertragsdauer ohne Einschränkungen weiter besteht. Natürlich muss der Arbeitgeber zur Aufrechterhaltung des Vertrages bei der Freistellung berechnete Interessen verfolgen, etwa die Bewahrung seiner bisherigen Kundschaft oder den Schutz der verbleibenden Angestellten vor negativer Beeinflussung durch den freigestellten Mitarbeiter etc. Der Arbeitgeber gerät dadurch zwar in Gläubigerverzug nach Art. 324 OR, aber es besteht, wie bereits erwähnt, in der Schweiz grundsätzlich kein Recht auf Beschäftigung (Flach, Die Freistellung von der Arbeitsleistung nach Kündigung, SJZ 1994, S. 211 f.).

### 2. Rückgabepflicht

Der ausscheidende Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber auf den Zeitpunkt der Beendigung hin alles zurückzugeben, was er für die Dauer des Arbeitsverhältnisses von ihm oder Dritten auf dessen Rechnung erhalten hat (Art. 339a OR). Der Kundenberater einer Bank oder der Aussendienstmitarbeiter einer Vertriebsgesellschaft dürfen also *keine Kundenlisten mitnehmen*. Ebenso wenig darf der Ingenieur Pläne der von ihm für den Arbeitgeber entwickelten Anlage mitnehmen oder dazugehörige Aufzeichnungen kopieren und nach Hause tragen (Art. 332 Abs. 1 OR).

Schon schwieriger zu beurteilen ist die Frage, ob der Kundenberater oder der Aussendienstmitarbeiter empfangene Visitenkarten oder Postkarten mit Ferngrüssen mitnehmen darf. Welche Bedeutung hat die von ihm zu Hause erstellte Adresskartei für den Versand seiner Weihnachtsgrüsse unter anderem an den einen oder anderen «seiner» Kunden? Gehört die privat erworbene nappaledergebundene Agenda mit den Geschäftsterminen und den für ihn notwendigen Kundenkoordinaten bei der Vertragsbeendigung nun plötzlich dem Arbeitgeber? Diese Abgrenzung kann wohl nur im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände erfolgen. «Fürchtet sich der Arbeitgeber vor der privaten Agenda des Arbeitnehmers», muss er der Gefahr der unerwünschten nachvertraglichen Verwendung derartiger Unterlagen dadurch begegnen, dass er eine Agenda zu Geschäftszwecken zur Verfügung stellt und bestimmt, was darin zu verzeichnen ist. Diese Agenda kann er bei der Beendigung zurückfordern.

### 3. Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnis: Grenzen der Geheimhaltungspflicht – Verwertungsrecht

Kundenlisten, Informationen über Lieferanten oder das Wissen über Fabrikationsvorgänge und Kalkulationsgrundlagen sind in aller Regel Geschäftsgeheimnisse (BGE 103 IV 284, Gutzwiller, Geheimhaltungspflichten als Konkurrenzbeschränkungen, insbesondere im Bankwesen, SAG 58, 1986, S. 123). Der Herr derartiger Geheimnisse ist der Arbeitgeber, der sie weiterhin bewahren will.

Der Arbeitnehmer hat in aller Regel in Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen derartige Geheimnisse erfahren. Hat er sich nicht ausdrücklich vertraglich verpflichtet, ein derart erfahrenes Geheimnis nach Ausscheiden aus der Firma nicht für sich zu nutzen, darf er dies tun. Arbeitsrechtlich darf er nur während des bestehenden Vertrages das rechtmässig erlangte Geheimnis nicht verwerten oder anderen mitteilen. Das Verwertungsverbot entfällt ausdrücklich mit der Arbeitsvertragsbeendigung (Stahelin/Vischer, a. a. O., N 58 zu Art. 321a OR). Auch gemäss Art. 162 StGB ist es nicht verboten, ein rechtmässig erfahrenes Geheimnis selbst zu verwerten (BGE 109 I b 57). Ebenso wenig untersagt Art. 6 UWG, das rechtmässig erlangte Geheimnis zu verwerten. Dies bezieht sich allerdings immer nur auf Geheimnisse, die der Mitarbeiter sich aufgrund seines Gedächtnisses, allenfalls unterstützt durch geeignete erlaubte Hilfsmittel, zunutze machen kann.

Der Ingenieur darf also die von ihm entwickelte Maschine nach dem Ausscheiden aus der Firma des Arbeitgebers nochmals aus der Erinnerung zeichnen und dann bauen. Der Bankangestellte wird sich an eine Vielzahl von Namen seiner Kunden ohne weiteres erinnern. Er darf deren Adressen anhand von Telefonbüchern oder Verzeichnissen auf Datenträgern rekonstruieren und verwenden (Gutzwiller, a. a. O., S. 125). Massgebend für diese Rechtsauffassung ist in Zürich ein Urteil der ersten Zivilkammer des Obergerichts vom 24. Oktober 1991, ZA89023U, das vom Bundesgericht am 23. Oktober 1992 im Ergebnis bestätigt wurde (4C.385/1991). Dass die zweite Zivilkammer des Obergerichts Zürich als Rekursinstanz im Massnahmenverfahren in jüngster Zeit vereinzelt die gegenteilige Rechtsauffassung vertreten und in Obergerichtsbeschlüssen vorläufige weiter gehende Verbote erlassen hat, als sie durch die bestehende Gesetzgebung zulässig sind, ist nicht haltbar.

Das erlaubte Tun findet allerdings dort seine Grenze, wo etwa der Ingenieur ohne eigenen angemessenen Aufwand das Ergebnis seines bisherigen Arbeitgebers durch technische Reproduktion übernimmt und verwertet (ZR 1973, Nr. 54, S. 129 ff., ZR 1960, Nr. 36, S. 100 ff., Art. 5 Abs. 1 lit. c oder Art. 6 UWG). Ein derartiges Verhalten wird auf Antrag mit Gefängnis oder Busse geahndet (Art. 23 UWG).

Natürlich kann man sich fragen, ob der Bankangestellte, der seine ehemaligen Bankkunden unter Verwendung der Adresse mit Geheimnischarakter abwirbt, diese für sich verwendet, was er darf, oder sie durch Einbringen in den Kundenstamm der neuen Bank offenbart (vgl. zur Offenbarung BGE 80 IV 31). Um diese Frage zu beantworten, müssen die Kundendaten und deren Geheimnischarakter differenziert werden. Der Begriff des Geschäftsgeheimnisses ist in der Schweizer Rechtsordnung einheitlich und für das Arbeitsrecht, das Strafrecht und das UWG gleich zu interpretieren. Alle drei Gesetze erlauben dem

ausscheidenden Arbeitnehmer, die rechtmässig erworbene Information nach seinem Ausscheiden frei zu verwerten (Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb, Bern 1992, S. 182 f. und 184).

Kontaktiert der Arbeitnehmer also den Bankkunden seiner ehemaligen Arbeitgeberin, handelt er rechtmässig. Allerdings ist die Offenbarung bankenrechtlich verboten (Art. 47 BaG). Nicht erlaubt ist, dass er Namen und Adresse einem Mitarbeiter in der gleichen Abteilung seiner neuen Bank mitteilt, mit der Bitte, dieser möge den Kunden der alten Bank abwerben. Freilich macht der zweite Fall wenig Sinn, da der wechselnde Bankangestellte gerade sein Akquisitionspotential aus seiner persönlichen Beziehung zum Bankkunden schöpft. Deshalb sind derartige Weitergaben unwahrscheinlich. Wechselt ein ganzes Anlageteam, dürfen die Mitglieder Informationen, die allen im Team erlaubterweise bei der ehemaligen Arbeitgeberin zur Verfügung standen, auch weiterhin innerhalb des Teams austauschen. Auch darin liegt keine verbotene Offenbarung.

Meldet der ehemalige Kunde sich dann beim neuen Bankinstitut selbst, entsteht eine neue Kundenbeziehung zur Bank, die dem Bankgeheimnis für den Kunden und dem Geschäftsgeheimnis für die Bank untersteht. Entsprechend kann die neue Bank der alten Bank nicht einfach darüber berichten, ob der Herr X nun Kunde bei ihr ist.

Nun liegt das Geheimnis um den Bankkunden der ehemaligen Arbeitgeberin des die Bank wechselnden Bankangestellten im Spannungsverhältnis der Interessen der ehemaligen Arbeitgeberin, des scheidenden Angestellten und des betreuten Kunden. Alle drei haben gleichberechtigte Interessen: Die ehemalige Arbeitgeberin hat ein legitimes Interesse an der Erhaltung ihres Kundenstammes. Der wechselnde Arbeitnehmer hat ein legitimes Interesse daran, sich den Kundenstamm zu Nutzen zu machen, soweit er ihn mit erlaubten Hilfsmitteln rekonstruieren kann, und der betreute Kunde hat ein legitimes Interesse daran, zu erfahren, wo sein Berater zu erreichen ist, zu dem er vielleicht über Jahre hinweg ein Vertrauensverhältnis entwickelt hat oder gar eine freundschaftliche Beziehung pflegt (vgl. ebenso Gutzwiller, a. a. O., S. 124).

Gemäss Art. 321a Abs. 4 OR ist zu prüfen, ob die Interessen des Arbeitgebers berechtigt sind, dabei sind dessen Interessen gegen diejenigen der Bankkunden und der Arbeitnehmer abzuwägen: Die Verschwiegenheitspflicht besteht nur, soweit es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist. Die Interessen des Arbeitgebers, des Arbeitnehmers und des Kunden mit Blick auf die Kundenbeziehung zur Bank sind gleichwertig, so dass für diesen speziellen Fall derartige Kundenadressen kein Geschäftsgeheimnis mehr darstellen, zu dessen Wahrung der scheidende Bankangestellte weiterhin verpflichtet ist, weil das Interesse der Bank an der strikten Geheimhaltung der Kundenbeziehung aufgrund der Interessenab-

wägung nicht mehr berechtigt ist (gl. M. zur Problematik gemäss UWG Pedrazzini, a. a. O., S. 183: Das rechtmässig erworbene Geheimnis darf man «verwerten oder Dritten mitteilen», es sei denn, man sei gesetzlich oder vertraglich zur entsprechenden Unterlassung verpflichtet).

Wäre die Bank also keine Bank, könnte der Arbeitnehmer die Kundenbeziehung somit gar Dritten preisgeben, da er mangels berechtigtem Interesse der Bank wahrscheinlich nicht mehr zur Verschwiegenheit verpflichtet wäre. Die eigene Verwertung der rechtmässig erworbenen Kundenbeziehung ist bekanntlich immer zulässig (vgl. den vorstehenden Hinweis, III 3, und Staehelin/Vischer, a. a. O., N 58 zu Art. 321a OR). Nun ist die Bank aber gerade eine Bank, und das Bankgeheimnis des Kunden besteht deshalb fort. Es ist vom Mitarbeiter weiterhin zu wahren. Damit darf der Bankangestellte den ehemaligen Kunden selbst kontaktieren, wenn er dadurch nicht ihm bekannten Weisungen dieses Bankkunden – etwa dem Wunsch, nicht kontaktiert zu werden – zuwiderhandelt.

In anderen Branchen ist die Kundenadressliste oft auch Geschäftsgeheimnis (BGE 103 IV 284, SMI 1991, S. 253). Hier muss im Einzelfall geprüft werden, ob die einzelne Kundenadresse Geschäftsgeheimnis wegen schützenswerter Interessen des Arbeitgebers bleibt oder ob gar die Verschwiegenheitspflicht entfällt mangels berechtigten Interesses (BGE 80 IV 29 und Guyot, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/1, Lauterkeitsrecht, 2. A., Basel, Frankfurt a. M. 1998, S. 227). Sicher darf sich auch der Mitarbeiter ausserhalb der Bankbranche die Kundenadressen jederzeit zu Nutzen machen, an die er sich erinnern und die er mit erlaubten Mitteln zu komplettieren vermag (vgl. BGE 109 I b 57).

Andere rechtmässig erworbene Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse hat er auch nach Vertragsbeendigung zu bewahren, er darf sie allerdings selber verwerten (Art. 321a Abs. 4 OR).

#### 4. Bankgeheimnis

Das im Art. 47 BaG geregelte Bankgeheimnis ist im Interesse des Bankkunden abgefasst. Geheimnisherr ist der Bankkunde. Nur dieser vermag aus diesem Artikel Rechte zu seinen Gunsten abzuleiten. Der oft gesehene Versuch einer Bank, unter Berufung auf das Bankgeheimnis einem ehemaligen Mitarbeiter zu verwehren, bisherige Bankkunden zu kontaktieren, geht diesbezüglich ins Leere (ebenso Gutzwiller, a. a. O., S. 124).

#### 5. Kein wohlerworbenes Recht an der Kundschaft

Die Schweizer Rechtsordnung verleiht dem Arbeitgeber kein wohlerworbenes Recht an der bestehenden Kundschaft!

Wenn nun der ausscheidende Angestellte bei der neuen Arbeitgeberin am ersten Arbeitstag ein Team bildet, das ihn unterstützt, persönlich innert kürzester Zeit die Mehrheit der Adressen seiner bisherigen Kunden selbst zu

rekonstruieren, wird ab und zu die unzutreffende Meinung vertreten, dies sei ein gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossendes Verhalten, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern beeinflusst (Art. 2 UWG). Dem muss entgegengetreten werden, dass es niemandem verwehrt sein kann, seinen Kopf zu gebrauchen. Ebenso wenig kann die Tatsache, dass der Kundenberater Standardtexte bereithält, um den abzuwerbenden Kunden die Übertragung der Vermögenswerte zu erleichtern, als Verletzungshandlung im Sinne der Generalklausel, Art. 2 UWG, qualifiziert werden. Kontoeröffnung, -saldierung und die Übertragung von Vermögenswerten von einem Bankhaus zum anderen sind täglich millionenfach abzuwickelnde Standardgeschäfte. Deshalb spricht es nur für den sorgfältigen Kaufmann, wenn er derartige Vorgänge standardisiert und etwa für den zum Bankwechsel entschlossenen Kunden die entsprechenden Formulare und Saldierungsschreiben bereithält. Wer schreibt heute noch eine Zahlungsanweisung an die Bank in Briefform? Dafür ist das maschinenlesbare Formular schon lange selbstverständlich.

Dem Vorwurf, die vorstehende Argumentation sei für den alten Arbeitgeber nicht allzu vorteilhaft, muss entgegengetreten werden, dass das System geschlossen ist und langfristig hoffentlich alle, und damit auch die Arbeitgeberin, welche heute einen Angestellten verliert, von einer liberalen Haltung profitieren.

Vielfach führt das Institut die Übertragungsaufträge in der Folge eines Mitarbeiterwechsels nur verzögert aus. Dagegen muss mit entsprechenden Mahnschreiben reagiert werden, falls zuvor gesetzte Fristen ungenutzt verstreichen.

### 6. Verbreitung von Falschaussagen und zu aggressive Verkaufsmethoden

Hin und wieder kommt es vor, dass der in die neue Firma eintretende Mitarbeiter den Vergleich zwischen der Dienstleistungspalette des ehemaligen und des neuen Arbeitgebers allzu unsachlich darstellt. Verboten ist etwa zu behaupten, eine Bank schweizerischen Rechts, die deutsch beherrscht ist, wahre das Bankgeheimnis nicht oder die französischen Steuerbehörden hätten über das Mutterhaus in Paris einer Tochtergesellschaft der Bank in Genf Zugriff auf in der Schweiz liegende Vermögenswerte, die vielleicht nicht vollständig deklariert sind. Die Verbreitung derart falscher Aussagen ist verboten und strafbar (Art. 3 Abs. 1 lit. a i. V. m. Art. 23 UWG, Idealkonkurrenz zu Verleumdung, Art. 174 StGB ist im Einzelfall denkbar). Ein allzu aggressives Umwerben des ehemaligen Kunden ist dann verboten, wenn der Kunde dadurch in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt wird (Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG).

Der ehemalige Arbeitgeber darf keine falschen Erklärungen über den ausscheidenden Mitarbeiter verbreiten (Art. 173 ff. StGB). Die Fairness gebietet beiden Parteien,

nicht ohne gerechtfertigten Anlass schlecht über den ehemaligen Vertragspartner zu sprechen, mit dem man zuvor ja oft jahrelang erfolgreich zusammengearbeitet hat.

## IV. Verfahrensrecht

### 1. Zivil- und Strafprozess

Will man nun die zuvor skizzierten Fälle richterlich überprüfen oder gar sofort verbieten lassen, muss zwischen den zivilrechtlichen und den strafrechtlichen Ansprüchen unterschieden werden. Bekanntlich sind Zivil- und Strafprozess kantonal geregelt und, dem Föderalismus gehorchend, entsprechend vielfältig. Die nachfolgenden Bemerkungen beschränken sich *pars pro toto* auf die Zivil- und Strafprozessordnung des Kantons Zürich. Dabei können der Zivil- und der Strafrechtsweg gleichzeitig besprochen werden.

### 2. Zivilprozess vor Arbeitsgericht

Das ordentliche Verfahren vor Arbeitsgericht soll Arbeitsrechts- und UWG-Fragen klären, wobei die Grundlage für eine Kompetenzattraktion bei objektiver Klagenhäufung ausdrücklich in Art. 12 UWG vorgesehen ist (BGE 125 III 95), so dass die zusätzlichen zivilrechtlichen Ansprüche aus UWG auch gestützt auf § 25 ZPO beim Arbeitsgericht geltend gemacht werden können, sofern der Sachzusammenhang gegeben ist (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, ZPO, 3. A, Zürich 1997, N 4 zu § 25). Derartige Nebenbegehren sind begründet, wenn zum arbeitsrechtlichen Hauptbegehren aus dem gleichen Lebensvorgang kumulativ oder subsidiär weitere Ansprüche aus dem UWG abgeleitet werden (Frank/Sträuli/Messmer, N 2 zu § 25 und Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 24. Oktober 1991, S. 13).

### 3. Ordentliches Zivilverfahren

Das ordentliche Verfahren vor dem Zivilrichter ist immer dann zu empfehlen, wenn UWG-Aspekte im Vordergrund stehen.

### 4. Privatstrafverfahren

Ein Privatstrafklageverfahren dient der Beurteilung von Ehrverletzungstatbeständen (§ 286 ff. StPO), in anderen Kantonen zum Teil auch der Prüfung von UWG-Fragen.

### 5. Strafantrag

Wegen Verletzung des UWG oder des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses, Art. 162 StGB, kann Strafantrag an die Bezirksanwaltschaft gestellt werden (§§ 20 und 25 StPO).

### 6. Einstweiliger Rechtsschutz

Vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Verboten können beim Audienzrichter am Bezirksgericht oder via Bezirksanwaltschaft erwirkt werden. Dabei dürften die Voraus-

setzungen zum Erlass eines superprovisorischen Befehls, der ohne Anhörung der Gegenpartei erlassen wird, aufgrund der Beweislage, eher die Ausnahme sein. Das Massnahmenbegehren beim Audienzrichter dient regelmässig der Abwehr eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils (§ 222 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO) und dasjenige beim Bezirksanwalt der vorläufigen Beschlagnahme zum Zwecke der Einziehung. Die strafrechtlichen Friedensbürgschaft nach Art. 57 StGB hat nur theoretisch echte Präventivwirkung und praktisch kaum je Bedeutung erlangt (ebenso Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2. A., Zürich 1997, N 1 zu Art. 57).

Selbstverständlich stehen die üblichen *Rechtsmittel* gegen die jeweiligen Entscheide zur Verfügung. Hier wird nur erwähnt, wie sich ein einem vorsorglichen Befehl Unterwerfener dagegen zu wehren hat: Das superprovisorisch verfügte Verbot, die provisorische Verfügung, entfällt auf Einsprache hin oder wird in einer der Einsprache folgenden Verhandlung bestätigt oder aufgehoben (§ 224 Abs. 3 ZPO). Gegen den Entscheid des Einzelrichters im summarischen Verfahren steht der Rekurs offen (§ 272 ZPO). Anschliessend ist der Befehl rechtskräftig, unter dem Vorbehalt des ordentlichen Verfahrens. Eine gegen den Rekursentscheid erhobene Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht (§ 281 ZPO) hemmt die Vollstreckbarkeit in aller Regel nicht (§ 286 ZPO). Ein allenfalls mit der Nichtigkeitsbeschwerde verbundener Antrag um Aufhebung oder Änderung der vorsorglichen Massnahme (§ 229 ZPO) wird, sobald der ordentliche Prozess hängig ist, von Amtes wegen an den ordentlichen Richter überwiesen (§ 229 ZPO, ZR 78, Nr. 22). Als Abwehrmittel gegen einen Befehl ist immer ein Begehren zur Leistung einer angemessenen Sicherheit (§ 227 ZPO) zu prüfen. Kann der Antrag auf Sicherheitsleistung den Befehl nicht verhindern, soll er zumindest dessen negative ökonomische Folgen vorab sicherstellen.

### 7. Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen

Wird nun einem Arbeitnehmer vorsorglich verboten, etwa unerlaubt beschaffte Informationen weiter zu verwenden, wird dieses Verbot sinnvollerweise mit der Strafandrohung des Art. 292 StGB, Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen, verbunden. Kommt es zum Verstoss gegen das Verbot, muss das zuständige Statthalteramt (§ 74

StPO) von Amtes wegen die Ermittlungen wegen der Verbotsverletzung aufnehmen.

### 8. Schlichtungsverfahren

Das im Art. 13 UWG per 1. April 1994 eingefügte Schlichtungsverfahren ist im Kanton Zürich das einfache und rasche Verfahren, beschränkt auf einen Streitwert von CHF 8000.– (§ 53 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 4 ZPO).

### 9. Beweis

Oft sind die vermuteten unerlaubt benutzten Hilfsmittel, Adresslistenkopien oder Planabschriften etc., im Herrschaftsbereich des Prozessgegners, so dass es im Einzelfall sorgfältig bedacht werden muss, ob man das Prozessrisiko in Kauf nehmen will, für den Fall, dass es aufgrund dieser Beweislage nicht möglich ist, die notwendigen Beweise vorzulegen (Art. 8 Schweizerisches Zivilgesetzbuch).

## V. Zusammenfassung

Die Verwertung erlaubterweise erfahrener Geheimnisse ist jederzeit zulässig. Eine diesbezügliche Einschränkung muss im Gesetz stehen oder vertraglich vereinbart werden. Oft spielt bei der Verwertung aber die Auswahl der zu verwendenden Mittel eine bedeutende Rolle. Vereinzelte sind geneigt, sich den Aufwand, etwa der erlaubten zum Teil schwierigen Rekonstruktion von Kundendaten oder der nochmaligen Entwicklung des Produktes durch die verbotene Mitnahme von Kunden- oder Entwicklungsdaten des ehemaligen Arbeitgebers, zu ersparen.

Die geltende Rechtsordnung in der Schweiz ermöglicht aber, klar zwischen erlaubten und unerlaubten Hilfsmitteln zu trennen und so den fairen Wettbewerb zu sichern. Einzelnen schwarzen Schafen kann meistens durch die zur Verfügung stehenden prozessualen Instrumente begegnet werden. Oft muss allerdings die Beweisproblematik in die Beurteilung der Gesamtsituation mit einbezogen werden, denn die blosser Vermutung, dass jemand sich unerlaubter Hilfsmittel bedient, genügt im ordentlichen Prozess nicht, um zu gewinnen und die vermeintliche Wettbewerbsverzerrung zu beseitigen.

Christian Alexander Meyer

<b>Dr. iur. HSG Christian Alexander Meyer</b> Grenzen der Treuepflicht des Arbeitnehmers beim Stellenwechsel	224	Inhaltsverzeichnis der Rechtsbibliographie	238
<b>Lic. iur. Richard Permann</b> Abberufung von Verwaltungsräten und die aktienrechtliche Verantwortlichkeit	230	Rechtsbibliographie  «Alles was Recht ist»	239  299

## Abkürzungsverzeichnis

Generell finden die in den Bundesgerichtlichen Entscheidungen (BGE) verwendeten Abkürzungen Anwendung. Die Zeitschriften sind wie folgt abgekürzt:

<b>Agrarrecht</b> Blätter für Agrarrecht = Communications de droit agraire <b>AHI-Praxis</b> Bundesamt für Sozialversicherung, Rechtsprechung und Verwaltungspraxis <b>AJP/PJA</b> Aktuelle Juristische Praxis = Pratique Juridique Actuelle <b>ARV</b> Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung = Droit du travail et assurance-chômage <b>ASA</b> Archiv für schweizerisches Abgaberecht = Archives de droit fiscal suisse <b>BJM</b> Basler juristische Mitteilungen <b>BlSchK</b> Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs <b>Bulletin</b> Das Schweizer Buch = Le livre suisse = Il libro svizzero <b>EuZ</b> Zeitschrift für Europarecht <b>JT</b> Journal des tribunaux <b>Medialex</b> Medialex <b>mp</b> Mietrechtspraxis, Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht <b>NZZ</b> Neue Zürcher Zeitung <b>pl</b> plädoyer <b>RDAF</b> Revue de droit administratif et de droit fiscal <b>Recht</b> recht – Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis <b>RFJ/FZR</b> Revue fribourgeoise de jurisprudence = Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung <b>Semjud</b> La semaine judiciaire <b>SJZ</b> Schweizerische Juristen-Zeitung = Revue suisse de jurisprudence	<b>sic!</b>  <b>SR</b> <b>SS</b> <b>SV + SVK</b> <b>SVZ</b> <b>SZS</b> <b>SZW</b> <b>TREX</b> <b>URP/DEP</b> <b>ZBGR</b> <b>ZBJV</b> <b>Zbl</b> <b>ZSR</b> <b>ZStR</b> <b>ZVW</b> <b>ZZW</b>	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht Steuer Revue = Revue fiscale Soziale Sicherheit Schweizer Versicherung und Schweizerischer Versicherungskurier Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift = Revue Suisse d'Assurances Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht Der Treuhandexperte Umwelt in der Praxis = Le Droit de l'environnement dans la pratique Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht = Revue suisse du notariat et du registre foncier Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins = Revue de la Société des juristes bernois Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht Zeitschrift für Schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht = Revue pénale suisse Zeitschrift für Vormundschaftswesen = Revue du droit de tutelle = Rivista di diritto tutelare Zeitschrift für Zivilstandswesen = Revue de l'état civil = Rivista dello stato civile
---	--	---