

*Urteil***Konkurrenzverbot und Treuepflicht**

Ein Konkurrenzverbot ist nur dann berechtigt, wenn der Angestellte durch Kenntnis der Kundschaft seine eigenen Leistungen gezielt anpreisen und den Arbeitgeber dadurch schädigen kann. Ein Angestellter, der sich selbständig machen will, darf bereits vor Vertragsende Vorbereitungen dazu treffen, seinen Arbeitgeber jedoch nicht konkurrenzieren.

**Sachverhalt**

Die X. AG ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Genf und weiteren Geschäftsstellen in Frankreich. Ihr Zweck ist die Veranstaltung von Trainingskursen, Seminaren und Ausbildungsgängen insbesondere im Bereich der betrieblichen Personalführung, ferner die Beratung und Betreuung in der Betriebsführung.

Mit Arbeitsvertrag vom 23. Februar 2000 stellte X. den im Kanton Genf wohnhaften A. ab 1. März 2000 als «Training Coach Senior» an. Der Vertrag enthielt ein Konkurrenzverbot, demgemäss es dem Arbeitnehmer im Falle des Austritts nach dem ersten Dienstjahr während zwei Jahren untersagt war, im Raume Westschweiz und dem benachbarten Grenzgebiet eine konkurrenzierende Tätigkeit auszuüben. Im Falle der Verletzung des Konkurrenzverbots war eine Konventionalstrafe in Höhe der Entlohnung für das letzte Erwerbsjahr, ungeachtet des Beschäftigungsgrades, vorgesehen.

Mit Brief vom 28. August 2006 engagierte X. den im Kanton Genf wohnhaften B. ab 1. September 2006 als «Training Coach Senior». Das in diesem Fall vorgesehene Konkurrenzverbot lautete auf zwei Jahre und beschränkte sich auf den Raum Westschweiz. Die Konventionalstrafe entsprach der Entlohnung für das letzte Erwerbsjahr.

Die Arbeit von A. und B. bestand darin, in verschiedenen Unternehmen Kurse zu leiten.

Mit Schreiben vom 22. Oktober 2007 teilten A. und B. wie auch der externe Berater U. ihre Absicht mit, ihren Status zu ändern. Am selben Tag kündigten A. und B. schriftlich ihre Arbeitsverträge per 31. Januar 2008.

Nachdem die Gespräche mit X. nicht in die gewünschte Richtung gelaufen

waren, beschlossen A. und B., ihre Aktivitäten im Ausbildungssektor selbständig weiterzuführen.

Am 12. Dezember 2007 liess U. ins Handelsregister unter der Firma «V. & Associés» eine Kollektivgesellschaft eintragen. Als Gesellschafter erschienen lediglich U. und seine Ehefrau, der Zweck entsprach jenem der Gesellschaft X.

A. und B. hatten vor, nach ihrem Austritt aus der X. in dieser neuen Gesellschaft mitzuwirken.

Nach dem 1. Januar 2008 hatte A. bis Ende Mai 2008 noch für X. Ausbildungen für F. und G. übernommen, während B. ebenfalls zuhanden von X. weiterhin Weiterbildungen, insbesondere in der C. SA., organisierte.

Am 8. April 2008 traten A. und B. als Gesellschafter in die von U. gegründete Firma ein, die von da an den Namen «W. & Associés» trug.

X. wirft den beiden früheren Angestellten A. und B. eine Verletzung des Konkurrenzverbotes vor und verlangt den dafür vorgesehenen Schadenersatz.

**Aus den Erwägungen:  
Konkurrenzverbot**

**2.2** Die mit A. und B. abgeschlossenen Verträge enthalten beide eine Konkurrenzverbotsklausel im Sinne der Art. 340 bis 340c OR. Im Falle des Zuwiderhandelns ist eine Konventionalstrafe vorgesehen (Art. 160–163 OR; s. auch Art. 340b Abs. 2 OR).

Die Vorinstanz befand, dass die Bedingungen der Konkurrenzklausel und der zugehörigen Konventionalstrafe im vorliegenden Fall nicht erfüllt seien. Dies ist die erste Rechtslage, die es zu klären gilt.

**2.2.1** Laut Art. 340 Abs. 2 OR ist das Konkurrenzverbot nur verbindlich, wenn



das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte.

In einem früheren Entscheid hatte das Bundesgericht die Ansicht vertreten, ein Angestellter könne namentlich dann aus seiner Kundenkenntnis keinen Nutzen ziehen, wenn die Beziehung zwischen Kundschaft und Arbeitgeber einen besonderen persönlichen Charakter aufweise, der auf der Kompetenz des Arbeitgebers beruhe. Typische Beispiele wären berühmte Anwälte oder Chirurgen. In der Tat reicht in einem solchen Fall die Kenntnis über die Kundschaft nicht aus, um die Bindung zwischen dem Kunden und dem Arbeitgeber zu gefährden oder zu zerstören.

Später hatte das Bundesgericht den gegenteiligen Fall eines Zahnarztes zu untersuchen, bei dem zwischen dem Kunden und dem Arbeitnehmer eine persönliche Beziehung aufgebaut worden war. Auch unter diesen Umständen schloss das Bundesgericht eine Verletzung des Konkurrenzverbots aus, und zwar mit der Begründung, der Patient besitze zum Arbeitnehmer ein besonderes Vertrauensverhältnis, das den kausalen Zusammenhang zwischen der blossen Kenntnis des Kundenkreises und der Gefahr eines erheblichen Schadens für den Arbeitgeber ausschliesse.



Illustration: Christine Hof

Letztere gerichtliche Auslegung ist von der Rechtslehre einstimmig für alle Fälle anerkannt worden und rückt die Identität des Arbeitgebers dementsprechend in den Hintergrund.

Ein auf der Kenntnis des Kundenkreises basierendes Konkurrenzverbot ist nur dann berechtigt, wenn der Angestellte dank dem Wissen um die Stammkundschaft und ihre Gewohnheiten die Möglichkeit gewinnt, seine eigenen Leistungen auf Kosten des Arbeitgebers anzupreisen und damit Kunden abzuwerben. Nur in dieser Situation kann Art. 340 Abs. 2 OR insofern zur Anwendung kommen, als der Arbeitnehmer mit dem Einblick in die Kundschaft und der Verwendung der entsprechenden Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen kann. In diesem Sinne rechtfertigt es sich durchaus, dass der Arbeitgeber sich durch ein Konkurrenzverbot vor der Gefahr zu schützen sucht, dass ein Mitarbeiter Ergebnisse der betrieblichen Kundenwerbung zu seinen eigenen Zwecken missbraucht.

Entsteht durch die berufliche Leistung eine persönliche Beziehung des Arbeitnehmers zu seinen Kunden, so liegt der Fall anders. Der Kunde schätzt hier die einmaligen Fähigkeiten des Dienstleistenden und entwickelt Vertrauen und Sympathie zu ihm. Der Arbeitgeber spielt dabei nur eine untergeordnete Rolle. Wendet sich der Kunde in einem solchen Falle vom Arbeitgeber ab und folgt dem Arbeitnehmer, so ist der Nach-

teil für den Arbeitgeber durch die guten persönlichen Leistungen des Arbeitnehmers, und nicht durch dessen blosses Kenntnis der Kunden zu erklären.

Ein solcher Umstand, bei dem das Konkurrenzverbot nicht zum Zug kommt, ist nur dann gegeben, wenn die Leistung des Arbeitnehmers eine vorwiegend persönliche Komponente enthält. Ob dies im vorliegenden Fall zutrifft, hängt von den konkreten Gegebenheiten ab, für deren Feststellung die Vorinstanz zuständig ist. An diese ist das Bundesgericht gebunden.

**2.2.2** Die Vorinstanz hat im vorliegenden Streitfall die abgenommenen Beweismittel beurteilt. Ein Zeuge sagte aus, dass die persönlichen Eigenschaften der Kursleiter den Entscheid der Kunden zu 70 Prozent bestimmten. Dieser Aussage zu glauben, hat nichts Willkürliches. Im Übrigen ist auch auf die Redegewandtheit der Kursleiter und die positive Reaktion der Kursteilnehmer hingewiesen worden. Es besteht kein Grund zur Annahme, X. habe eine ihr eigene Unterrichtsmethode entwickelt oder ihr Lehrmaterial sei von aussergewöhnlicher Wichtigkeit in ihrem Angebot.

Bei Ausbildungsseminaren scheint klar, dass die Kundenfirmen besonderen Wert auf die Qualität des Kursleiters legen und somit Kursleiter bevorzugen, die fähig sind, Aufmerksamkeit zu schaffen und sich klar auszudrücken, damit die Informationen leicht aufgenommen werden können. Man kann nicht sagen, dass die Vorinstanz die Fakten willkürlich beurteilt hat. Im Gegenteil hat sie zu Recht befunden, dass die Kenntnis des Kundenkreises im vorliegenden Fall nicht geeignet war, dem Arbeitgeber einen erheblichen Schaden zuzufügen, sondern dass dieser einige Kunden aufgrund der hervorragenden persönlichen Fähigkeiten der beiden Mitarbeiter verlor. Die Vorinstanz hat die Anwendung des Konkurrenzverbots zu Recht abgewiesen.

### Aus den Erwägungen: Treuepflicht

**2.3** X. wirft A. und B. vor, vor Ablauf ihres Arbeitsvertrages Kunden darauf aufmerksam gemacht zu haben, dass sie ihre Tätigkeit künftig selbständig

oder in einem anderen Betrieb weiterführen würden. X. bezeichnet dieses Vorgehen als Kundenabwerbung und behauptet, die beiden früheren Angestellten hätten ihre Treuepflicht verletzt und ihr Schaden zugefügt.

**2.3.1** Gemäss Art. 321a Abs. 1 OR verpflichtet sich der Arbeitnehmer, die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Insbesondere darf er während der Dauer des Arbeitsverhältnisses den Arbeitgeber nicht konkurrenzieren (Art. 321a Abs. 3 OR). Absatz 4 desselben Artikels enthält hierzu folgende Angaben: «Der Arbeitnehmer darf geheim zu haltende Tatsachen, wie namentlich Fabrik- oder Geschäftsgeheimnisse, von denen er im Dienst des Arbeitgebers Kenntnis erlangt, während des Arbeitsverhältnisses nicht verwerten oder ändern mitteilen; auch nach dessen Beendigung bleibt er zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist.»

Der Arbeitnehmer ist für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufügt (Art. 321e Abs. 1 OR).

**2.3.2** Als Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse gelten nur Kenntnisse technischer, organisatorischer oder finanzieller Art, die dem Betrieb eigen sind und die der Arbeitgeber streng geheim halten will. Es kann sich also nicht um gemeinsames Wissen des betreffenden Wirtschaftszweiges handeln. Im vorliegenden Streitfall hat die kantonale Instanz kein Vorliegen solcher Geheimnisse festgestellt.

Art. 340 Abs. 2 OR unterscheidet klar zwischen dem Einblick in den Kundenkreis einerseits und jenem in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse andererseits. Die blosses Kenntnis der Kundschaft gehört keinesfalls in die Kategorie der besonderen Geheimnisse, die der Arbeitnehmer nach beendigtem Arbeitsverhältnis weiter zu respektieren hat (Art. 321a Abs. 4 OR). Der Arbeitgeber X. hat diesen Schutz auch gar nicht beansprucht, zumal das Kantonsgericht festgestellt hat, dass die Liste seiner Grosskunden im Internet zu finden ist. ▶

► **2.3.3** Der Arbeitsvertrag, der definitionsgemäss von gewisser Dauer ist, verpflichtet die Parteien nur für die Zeit seiner Gültigkeit. Wenn keine Gesetzesbestimmung dagegen spricht, so kann sich der Arbeitnehmer nach Ablauf des Vertrages auf den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit berufen, der insbesondere die freie Berufswahl sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung beinhaltet (Art. 27 BV). Entsprechend hat das Gericht betont, dass die Partner eines Arbeitsvertrages mit Ausnahme der Problematik des unlauteren Wettbewerbs keine Einschränkung mehr zu gewärtigen haben und der Arbeitnehmer nach Vertragsablauf seine Erwerbstätigkeit ungehemmt ausüben darf.

**2.3.4** Demnach ist die von X. beanspruchte Treuepflicht mit der Vertragsbeendigung erloschen.

Beide Arbeitsverträge wurden per 31. Januar 2008 gekündigt.

Dass A. und B. nach diesem Datum für X. noch einige Aufgaben übernommen haben, die X. selber als Mandate bezeichnet, ändert nichts am Erlöschen der Treuepflicht. Im Übrigen ist weder behauptet noch aufgezeigt worden, dass A. und B. den Interessen des Arbeitgebers zuwidergehandelt hätten.

Nach Art. 8 ZGB obliegt die Beweislast für eine allfällige Verletzung der Treuepflicht von A. und B. vor dem 31. Januar 2008 X.; nach diesem Datum endete die Treuepflicht.

**2.3.5** Beabsichtigt ein Angestellter, eine selbständige Tätigkeit aufzunehmen oder mit Dritten einen Konkurrenzbetrieb zu gründen, so ist es grundsätzlich legitim, dass er vor Vertragsende Vorbereitungen dazu trifft. Die Treuepflicht verbietet es ihm jedoch, seinen Arbeitgeber vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses bereits zu konkurrenzieren und Mitarbeiter oder Kunden für das künftige Unternehmen zu gewinnen.

Es ist nicht immer leicht, die Grenze zwischen legitimen Vorbereitungen und einer unlauteren Kundenabwerbung zu ziehen.

Fest steht jedenfalls, dass A. und B. nach Abschluss ihres Arbeitsverhältnis-

ses das Recht hatten, für den neuen Betrieb zu werben und auf dessen Vorzüge hinzuweisen. Insgesamt spielt die zeitliche Abfolge eine entscheidende Rolle.

**2.3.6** Zu den genau bezeichneten Tatbeständen, die X. den Angestellten A. und B. vorwirft, gehört eine Unterredung von A. mit dem Bankmitarbeiter F. Gemäss Feststellung der kantonalen Instanz hat X. nicht beweisen können, dass diese vor Ende des Vertrages stattfand. X. beklagt sich diesbezüglich über eine willkürliche Beurteilung, wobei sie dieses Argument mit einem Verhandlungsprotokoll belegt. Aus dieser Unterlage geht hervor, dass ein Zeuge ausgesagt habe, die Bank sei über den bevorstehenden Austritt gewisser Ausbildungsleiter aus der X. unterrichtet worden, was sie dazu bewegt habe, vorläufig ihre Beziehungen zu X. abubrechen. Das Dokument sagt nichts über den Informanten. Dem Zeugen wurde ein Mail vom 30. November 2007 vorgelegt. Darauf sprach der Zeuge von einem Streitgespräch mit A., fügte jedoch folgenden Kommentar hinzu: «Wie dieser Vorfall chronologisch einzuordnen ist, weiss ich nicht. Ich kann nur sagen, dass er sich nach dem Mail ereignete, das sie mir soeben gezeigt haben.» Der Schluss, dass die umstrittene Unterredung nach dem 30. November 2007 stattfand, ist damit sicher keine willkürliche Beurteilung. Auch die Äusserung, das Gespräch könne allenfalls nach Ende des Arbeitsverhältnisses, also nach dem 31. Januar 2008, geführt worden sein, hält dem Vorwurf der Willkür durchaus stand.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass X. der Beweis treuepflichtswidriger Vorgehen nicht gelungen ist, weil es sich als sehr wohl möglich erweist, dass sich die genannten Vorfälle nach Erlöschen der Treuepflicht zugetragen haben.

**2.3.7** Des Weiteren rügt X., dass A. es nötig fand, G. über seine künftige Tätigkeit in einer anderen Betriebsstruktur zu informieren. Die Vorinstanz hat befunden, dass dies keine Verletzung der Treuepflicht bedeute, und hat als zusätzliches Argument erwähnt, es stehe nicht fest, dass diese Mitteilung vor Vertragsende erfolgt sei. X. gelingt es oh-

nehin nicht zu beweisen, dass die in zweiter Linie angeführte Begründung als willkürliche Beweiswürdigung zu werten sei. Da die Möglichkeit besteht, dass die Information nach Erlöschen der Treuepflicht abgegeben wurde, kann der Vorinstanz aufgrund des hierzu ausgesprochenen Zweifels keine Bundesrechtsverletzung vorgeworfen werden.

**2.3.8** X. wirft B. des Weiteren vor, die Kunden D. und E. vor die Wahl gestellt zu haben, entweder ihre Beziehung zu X. aufrechtzuerhalten oder ihm in seinen neuen Tätigkeitskreis zu folgen. Nach Ansicht der Vorinstanz handelt es sich dabei um eine an sich vollständige und objektive Information, die insofern nicht als Verletzung der Treuepflicht zu verstehen ist, als kein entsprechender Schaden aufgezeigt werden konnte.

Wollte X. allenfalls eine Verletzung der Treuepflicht geltend machen, so könnte sie höchstens eine Entschädigung für einen konkret entstandenen Schaden verlangen (Art. 321 Abs. 1 und 97 Abs. 1 OR). Nach beendetem Arbeitsverhältnis durfte B. ganz klar eine entsprechende Erklärung abgeben, weil die Treuepflicht erloschen war. Man könnte B. also nur für eine verfrühte Meldung zur Rechenschaft ziehen. Um einen Schaden geltend zu machen, müsste X. allerdings belegen können, dass das finanzielle Ergebnis ihres Unternehmens besser ausgefallen wäre, wenn B. die Information nicht verfrüht, sondern erst nach dem 31. Januar 2008 übermittelt hätte. Die Vorinstanz hat übrigens X. auf das Problem ihrer Schadenersatzforderung aufmerksam gemacht, ohne dazu einen Entscheid zu treffen. In der Tat müsste X. darlegen können, dass der von ihr angemeldete Schaden nicht eingetreten wäre, wenn B. die betreffende Nachricht erst nach Vertragsverfall verbreitet hätte. Angesichts einer fehlenden Beweisführung hierzu entbehrt die Schadenersatzklage jeder rechtlichen Grundlage. Entsprechend stellt ihre Ablehnung keine Bundesrechtsverletzung dar.

*Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts, 10. Januar 2012 (4A\_489/2011, 4A\_491/2011) (Übersetzung aus dem Französischen)*