

## BRIEF

Nr. 41.10

16. Juni 2010  
Philip Schneider, lic. iur., Rechtsanwalt

### Arbeitsrecht: Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers

**Der Erfolg jedes Unternehmens steht und fällt mit den schöpferischen Leistungen der Arbeitnehmer. Soweit diese Leistungen nicht durch Immaterialgüterrechte geschützt werden können, ist die Arbeitgeberin zur Wahrung ihres Wettbewerbsvorteils darauf angewiesen, dass die Arbeitnehmer die betreffenden Angelegenheiten geheim halten. Von Gesetzes wegen sind alle Arbeitnehmer zur Geheimhaltung verpflichtet. Je nach den Umständen kann es sich jedoch empfehlen, die gesetzliche Geheimhaltungspflicht arbeitsvertraglich zu konkretisieren oder auszuweiten.**

#### 1. Inhalt der gesetzlichen Geheimhaltungspflicht

Nach Art. 321a Abs. 4 Obligationenrecht (OR) darf der Arbeitnehmer Geheimnisse der Arbeitgeberin, von denen er im Dienst der Arbeitgeberin Kenntnis erlangt, weder Dritten (inkl. Arbeitskollegen, die mit der betreffenden Angelegenheit nicht unmittelbar befasst sind) verraten noch selber verwerten. Kraft ihrer besonderen Stellung unterstehen Arbeitnehmervertreter darüber hinaus der Geheimhaltungspflicht des Art. 14 Mitwirkungsgesetz (MitwG). Diese kann sich auch auf Tatsachen ohne Geheimnischarakter beziehen.

Die Geheimhaltungspflicht beschränkt sich nicht auf Fabrikationsgeheimnisse (z.B. in der betreffenden Branche noch nicht verbreitete Produktionsverfahren) und Geschäftsgeheimnisse (z.B. Kundenlisten). Sie kann sich auch auf andere Geheimnisse beziehen. Sie kann sich insbesondere auf andere Tatsachen erstrecken, welche die Arbeitgeberin betreffen, etwa auf deren finanzielle Verhältnisse. Sie kann weiter auf Tatsachen bezogen sein, welche die Arbeitskollegen betreffen. Soweit Personendaten in Frage stehen, hat der Arbeitnehmer auch die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) zu beachten (s. v.a. Art. 35 DSG). Die Geheimhaltungspflicht kann sich ausserdem auf Tatsachen erstrecken, welche den Arbeitnehmer selber betreffen. So kann der Arbeitnehmer verpflichtet sein, über den eigenen Lohn zu schweigen. Der Arbeitnehmer ist aber nicht ohne weiteres verpflichtet, über den eigenen Lohn zu schweigen (BGer JAR 1995, 214).

Ein Geheimnis ist ...

- eine höchstens einem beschränkten Personenkreis bekannte Tatsache,
- die von Dritten nicht ohne weiteres zur Kenntnis genommen werden kann,
- die der Geheimnisträger geheim halten will *und*
- an deren Geheimhaltung der Geheimnisträger ein berechtigtes Interesse hat.

Allein dadurch, dass die Arbeitgeberin eine bestimmte Tatsache zum Geheimnis erklärt, beispielsweise indem die betreffende Tatsache als «vertraulich» bezeichnet wird, kann die Geheimnisqualität also nicht begründet werden. Dadurch wird erst der Geheimhaltungswille zum Ausdruck gebracht. Dass die Arbeitgeberin ihren Geheimhaltungswillen zum Ausdruck

bringt, ist überall dort angezeigt, wo sich der Geheimhaltungswille nicht bereits aus der Natur der Sache ergibt.

In Lehre und Praxis ist umstritten, ob die Arbeitgeberin ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung von unlauterem Verhalten oder anderen Straftaten haben kann (s. z.B. BGE 127 III 310, wo die Frage bejaht wird). So genanntes Whistleblowing durch einen Arbeitnehmer ist aber keinesfalls ohne weiteres zulässig, zumal der Arbeitnehmer grundsätzlich alles zu unterlassen hat, was dem Ansehen der Arbeitgeberin schadet (Art. 321a Abs. 1 OR).

Die Geheimhaltungspflicht besteht auch dann, wenn dem Arbeitnehmer das Geheimnis nicht anvertraut worden ist, der Arbeitnehmer vielmehr auf andere Weise vom Geheimnis Kenntnis genommen hat. Zur Verhinderung einer derartigen Kenntnisnahme enthalten Arbeitsverträge bisweilen «Neugierklauseln» («Von den Angelegenheiten der Arbeitgeberin wird der Arbeitnehmer bloss insoweit Kenntnis nehmen, als ein dienstlicher Anlass besteht»). Derartigen Klauseln fehlt es jedoch an einem rechtlichen Gehalt.

Die Geheimhaltungspflicht des Art. 321a Abs. 4 OR gilt sowohl während der Dauer des Arbeitsverhältnisses als auch nach dessen Beendigung. Nach der Beendigung gilt sie allerdings nur noch in abgeschwächter Form. Die Abschwächung betrifft namentlich die Verwertung der Geheimnisse. Diese ist nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur dann unzulässig, wenn das Interesse der Arbeitgeberin an der Geheimhaltung das Interesse des Arbeitnehmers an seinem beruflichen Fortkommen ausnahmsweise überwiegt. Sofern keine anderslautenden arbeitsvertraglichen Vereinbarungen bestehen (v.a. ein nachvertragliches Konkurrenzverbot), ist es dem Arbeitnehmer deshalb in der Regel erlaubt, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Kunden der Arbeitgeberin abzuwerben.

Dem Verraten und Verwerten eines Geheimnisses gleichgestellt werden Handlungen, mit denen ein Verrat oder eine Verwertung vorbereitet werden. Ob das blosses Abspeichern von Kundenlisten auf dem privaten Computer des Arbeitnehmers bereits als verbotene Vorbereitungshandlung anzusehen ist, ist in Lehre und Praxis allerdings umstritten (s. z.B. AGer Zürich JAR 1991, 105, wo die Frage verneint wird).

## **2. Konkretisierung und Ausweitung der gesetzlichen Geheimhaltungspflicht**

Da der Arbeitnehmer bereits von Gesetzes wegen zur Geheimhaltung verpflichtet ist, haben nicht alle arbeitsvertraglichen Vereinbarungen über die Geheimhaltungspflicht rechtliche Bedeutung. Aus psychologischer Sicht ist die Aufnahme einer Geheimhaltungsklausel aber auf jeden Fall sinnvoll. So kann der Arbeitnehmer darauf aufmerksam gemacht werden, dass die Geheimhaltungspflicht auch gegenüber Arbeitskollegen besteht, die mit der betreffenden Angelegenheit nicht unmittelbar befasst sind.

Darüber hinaus kann die gesetzliche Regelung in Art. 321a Abs. 4 OR durch eine arbeitsvertragliche Vereinbarung konkretisiert oder abgeändert, insbesondere ausgeweitet werden:

Eine Konkretisierung von Art. 321a Abs. 4 OR drängt sich deshalb auf, weil die Arbeitgeberin dadurch, dass geheim zu haltende Tatsachen im Arbeitsvertrag – abstrakt – aufgelistet werden, unmissverständlich zum Ausdruck bringen kann, die betreffenden Tatsachen geheim halten zu wollen.

Eine Ausweitung von Art. 321a Abs. 4 OR drängt sich jedenfalls dann auf, wenn es sich bei der Arbeitgeberin um eine Gesellschaft handelt, die in einen Konzern eingebunden ist. Art. 321a Abs. 4 OR schützt nämlich bloss Geheimnisse der Arbeitgeberin, nicht aber auch Geheimnisse von Mutter-, Tochter- oder Schwestergesellschaften (vgl. BGer 4C.95/2004).

Der Ausweitung von Art. 321a Abs. 4 OR auf Geheimnisse von Gesellschaften, mit denen bloss Geschäftsbeziehungen unterhalten werden, namentlich auf Geheimnisse von Kunden der Arbeitgeberin, ist in der Regel unzulässig. Die Geheimnisse von Kunden der Arbeitgeberin werden beispielsweise durch das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) geschützt (s. v.a. Art. 5 UWG). Einen besonderen Schutz geniessen die Geheimnisse von Bankkunden: Sie werden durch das Bankkundengeheimnis geschützt (s. Art. 47 Bankengesetz [BankG]).

Arbeitsvertragliche Vereinbarungen über die Geheimhaltung sollten vorsichtig formuliert werden. Abzuraten ist namentlich von der Verwendung von «All-Klauseln», mit denen der Arbeitnehmer verpflichtet werden soll, sämtliche Angelegenheiten der Arbeitgeberin, die der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses erfahren hat, geheim zu halten. Derartige Klauseln bewirken eine übermässige (Selbst-)Bindung des Arbeitnehmers; sie sind daher nach Art. 27 Abs. 2 Zivilgesetzbuch (ZGB) unzulässig.

Problematisch ist auch die arbeitsvertragliche Verschärfung der gesetzlichen Geheimhaltungspflicht für die Zeit nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, beispielsweise durch Kundenschutzklauseln, die dem Arbeitnehmer die Verwertung von Daten über Kunden der Arbeitgeberin verbieten («Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, während ... Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine Arbeitnehmer oder Kunden der Arbeitgeberin abzuwerben oder an Konkurrenten der Arbeitgeberin zu vermitteln»). Eine derartige Verschärfung kommt einem nachvertraglichen Konkurrenzverbot gleich. Sie unterliegt daher den Schranken, die für nachvertragliche Konkurrenzverbote gelten (BGE 130 III 353). Zu beachten ist namentlich Art. 340a Abs. 1 Halbsatz 2 OR, wonach ein nachvertragliches Konkurrenzverbot nur unter besonderen Umständen länger als drei Jahre dauern darf.

Damit eine arbeitsvertragliche Verschärfung der gesetzlichen Geheimhaltungspflicht für die Zeit nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht in die Nähe eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots gerät, empfiehlt es sich, folgende Schutzklausel in den Arbeitsvertrag aufzunehmen: «Wenn die nachvertragliche Geheimhaltungspflicht den Arbeitnehmer in seinem beruflichen Fortkommen unangemessen behindern sollte, dann hat der Arbeitnehmer einen Anspruch gegen die Arbeitgeberin auf Freistellung von dieser Pflicht». Dass die Schranken, die für nachvertragliche Konkurrenzverbote gelten, auch Geheimhaltungsklauseln gezogen werden, sollte bereits deshalb verhindert werden, weil eine arbeitsvertragliche Verschärfung der gesetzlichen Geheimhaltungspflicht für die Zeit nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zeitlich länger dauern darf als ein nachvertragliches Konkurrenzverbot (vgl. BGE 80 IV 22).

### **3. Folgen der Verletzung der Geheimhaltungspflicht**

Wenn der Arbeitnehmer seine Geheimhaltungspflicht verletzt, dann hat er der Arbeitgeberin den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen. Die Verletzung der Geheimhaltungspflicht muss mit Vorsatz oder aus Fahrlässigkeit erfolgen. Eine fahrlässige Verletzung muss sich beispielsweise der Arbeitnehmer vorwerfen lassen, der Geschäftsunterlagen unsorgfältig aufbewahrt hat.

Bestimmte Verletzungen der Geheimhaltungspflicht, insbesondere der Verrat von Fabrikationsgeheimnissen oder Geschäftsgeheimnissen, werden auf Antrag der Arbeitgeberin auch strafrechtlich verfolgt (s. v.a. Art. 162 Strafgesetzbuch [StGB]).

Die Arbeitgeberin und der Arbeitnehmer können arbeitsvertraglich vereinbaren, dass der Arbeitnehmer im Falle einer Verletzung der Geheimhaltungspflicht eine Konventionalstrafe in Höhe eines bestimmten Geldbetrags bezahlen muss. Die Arbeitgeberin wird dadurch vom

Nachweis entbunden, durch die Verletzung der Geheimhaltungspflicht einen Schaden in einer bestimmten Höhe erlitten zu haben.

#### 4. Vorbeugung gegen die Verletzung der Geheimhaltungspflicht

Auch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe ändert nichts daran, dass der Nachweis, dass der Arbeitnehmer seine Geheimhaltungspflicht verletzt hat, oft schwierig ist. Die Arbeitgeberin tut deshalb gut daran, einer Verletzung der Geheimhaltungspflicht vorzubeugen.

Einer Verletzung der Geheimhaltungspflicht kann auf verschiedene Weise vorgebeugt werden. In Extremfällen kann sogar eine vorsorgliche Kündigung des Arbeitsvertrags in Betracht gezogen werden. So hat das Bundesgericht die (ordentliche) Kündigung des Arbeitsvertrags mit einer in der pharmazeutischen Forschung tätigen Arbeitnehmerin, die mit einem Direktor eines Konkurrenten der Arbeitgeberin zusammenlebte, für rechtmässig erklärt (BGer 4C.72/2002).

Im Normalfall werden etwa folgende Massnahmen genügen:

- der Erlass von Vorschriften über das sichere Aufbewahren von Geschäftsunterlagen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses;
- die Vereinbarung von Bestimmungen über das Löschen von Daten auf privaten elektronischen Datenträgern bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

#### 5. Arbeitsvertragliche Musterklauseln

##### «Geheimhaltung

Der Arbeitnehmer darf Geheimnisse der Arbeitgeberin und aller mit der Arbeitgeberin verbundenen Gesellschaften (namentlich der Muttergesellschaft X, der Tochtergesellschaft Y, der Schwestergesellschaft Z), von denen er im Dienst der Arbeitgeberin Kenntnis erlangt, weder Dritten mitteilen noch selber verwerten. Zu den geheim zu haltenden Tatsachen zählen insbesondere alle Einzelheiten über ... Wenn Zweifel über den Geheimnischarakter einer Tatsache besteht, holt der Arbeitnehmer eine Weisung der Arbeitgeberin über die Vertraulichkeit der Angelegenheit ein.

Die Geheimhaltungspflicht besteht auch gegenüber Arbeitskollegen, die mit der betreffenden Angelegenheit nicht unmittelbar befasst sind.

Die Anfertigung von Aufzeichnungen und Unterlagen aller Art erfolgt ausschliesslich zu dienstlichen Zwecken und für den dienstlichen Gebrauch. Der Arbeitnehmer wird alle Entwürfe, Korrespondenzen, Materialien, Muster, Notizen, Pläne und weitere Aufzeichnungen und Unterlagen (inklusive Doppel) sowie alle davon gefertigten Abschriften oder Kopien ordnungsgemäss aufbewahren und dafür Sorge tragen, dass Dritte keine Einsicht nehmen können. Jede Anfertigung von Abschriften und Kopien für andere als dienstliche Zwecke ist unzulässig.

Der Arbeitnehmer wird auf Verlangen der Arbeitgeberin, spätestens aber bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses alle die Angelegenheiten der Arbeitgeberin und aller mit der Arbeitgeberin verbundener Gesellschaften betreffenden Daten, die auf privaten elektronischen Datenträgern gespeichert sind, löschen. Nachdem er dieser Pflicht nachgekommen ist, wird der Arbeitnehmer auf Wunsch der Arbeitgeberin schriftlich versichern, dieser Pflicht nachgekommen zu sein.

Die Geheimhaltungspflicht besteht auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Sie ist zeitlich unbegrenzt. Wenn die nachvertragliche Geheimhaltungspflicht den Arbeitnehmer in seinem beruflichen Fortkommen unangemessen behindern sollte, dann hat der Arbeitnehmer einen Anspruch gegen die Arbeitgeberin auf Freistellung von dieser Pflicht.

Wenn der Arbeitnehmer seine Geheimhaltungspflicht verletzt, so gilt für jeden Verletzungsfall eine Konventionalstrafe in Höhe von Fr. ... als vereinbart. Die Geltendmachung eines weitergehenden Schadens bleibt vorbehalten.»

Für weitere Informationen und Fragen steht Ihnen unsere Geschäftsstelle gerne zur Verfügung. Kontaktieren Sie Philip Schneider unter der Telefonnummer 062 837 18 04 oder per E-Mail an [philip.schneider@aihk.ch](mailto:philip.schneider@aihk.ch).