



Konkurrenzverbote: komplizierte Umsetzung in der Praxis

Konkurrenzverbote sind weit verbreitet. Oft hört man, diese seien ohnehin nicht gültig und auch nicht durchsetzbar. Doch die Praxis erweist sich als einiges komplizierter.

■ Von Nicolas Facincani, lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt

Voraussetzungen für Konkurrenzverbote

Bereits während des Arbeitsverhältnisses besteht für den Mitarbeiter das Verbot, entgeltlich oder unentgeltlich für die Konkurrenz tätig zu sein oder eine selbstständige, konkurrierende Tätigkeit auszuüben. Dies ist ein Aspekt der Treuepflicht (Art. 321a OR) des Mitarbeiters und wird insbesondere unter dem Verbot der Schwarzarbeit abgehandelt.

Dieses Verbot hört grundsätzlich mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf. Soll auch nach Beendigung die Konkurrenzierung durch den ehemaligen Mitarbeiter nicht zulässig sein, so ist ein solches Verbot nur in engen Schranken zulässig.

Dabei kann aber vereinbart werden, dass sich ein Mitarbeiter zur Unterlassung konkurrierender Tätigkeit für eine bestimmte Zeit verpflichtet, insbesondere jede selbstständige, unselbstständige oder finanzielle Beteiligung an Unternehmen, die im Wettbewerb mit dem Arbeitgeber stehen, zu unterlassen (Art. 340 Abs. 1 OR). In einem solchen Fall sind aber sowohl im Hinblick auf die gültige Vereinbarung des Konkurrenzverbots sowie auch in Bezug auf die vereinbarten Rechtsfolgen des Konkurrenzverbots die Schranken des Gesetzes zu beachten.

Damit ein Konkurrenzverbot überhaupt gültig vereinbart werden kann, sind die folgenden Voraussetzungen zu erfüllen (Art. 340 OR):

- Handlungsfähigkeit des Mitarbeiters – Ist die Mündigkeit nicht gegeben, ist aber auch eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters für die Vereinbarung eines Konkurrenzverbots nicht zulässig.
- Einblick des Mitarbeiters in den Kundenkreis (dabei ist ein enger Kundenkontakt erforderlich) oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse (z.B. Produktions-

verfahren, Geschäftsbeziehungen etc.) des Unternehmens bzw. Arbeitgebers mit der Möglichkeit, den Arbeitgeber zu schädigen – Die Möglichkeit der Schädigung ist nicht gegeben, sofern der Einblick in den Kundenkreis oder die Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse lediglich gering ist. Diese Voraussetzungen ist insbesondere bei starker Kundenbindung nicht gegeben (siehe hierzu unten).

- Schriftlichkeit der Vereinbarung über das Konkurrenzverbot – Ungenügend wäre eine Vereinbarung über ein Konkurrenzverbot nur im Personalreglement. Wird im Rahmen einer Aufhebungsvereinbarung das Konkurrenzverbot nicht erwähnt bzw. nicht gesagt, dass es weiter geltend soll, so fällt das Konkurrenzverbot dahin. Das Gleiche gilt, wenn im Schlusszeugnis die Floskel angebracht wird: «der Mitarbeiter verlässt uns ohne Verpflichtung».

Schranken bei Konkurrenzverboten

Die Vereinbarung eines Konkurrenzverbots hat verschiedene Schranken zu beachten (Art. 340a OR). So darf das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers nicht wesentlich behindert werden. Neben dieser allgemeinen Schranke ist ein Konkurrenzverbot in geografischer, zeitlicher und sachlicher Hinsicht zu beschränken:

- geografische Einschränkung: Das Konkurrenzverbot ist auf den Wirkungsbereich des Unternehmens des Arbeitgebers zu beschränken.
- zeitliche Einschränkung: Das Konkurrenzverbot darf im Normalfall für nicht länger als drei Jahre vereinbart werden. Praktisch werden Konkurrenzverbote oft auf maximal ein Jahr befristet.
- sachliche Einschränkung: Das Konkurrenzverbot ist auf die spezifische Tätigkeit des Arbeitgebers gemäss Arbeitsvertrag oder

Stellenbeschrieb zu beschränken. Das Bundesgericht entschied in 4A_218/109, dass das Verbot «*jeder konkurrierender Tätigkeit*» genügend konkret für ein Konkurrenzverbot sei.

Um zu beurteilen, ob ein übermässiges Konkurrenzverbot vereinbart wurde, wird auch berücksichtigt, ob der Mitarbeiter eine allfällige Gegenleistung für das Konkurrenzverbot erhalten hat (Art. 340a Abs. 2 OR).

Wird ein übermässiges Konkurrenzverbot vereinbart, wird dieses durch das zuständige Gericht auf das erlaubte Mass reduziert. Entscheidend ist, ob das Konkurrenzverbot das wirtschaftliche Fortkommen des Mitarbeiters in einer Weise beeinträchtigt, die sich durch die Interessen des Arbeitgebers nicht rechtfertigen lässt.

Folgen für die Karenzentschädigung

Die vorgenannte Gegenleistung zur Abgeltung eines Konkurrenzverbots wird *Karenzentschädigung* genannt. Dies kann etwa auch ausgerichtet werden, indem der Arbeitgeber den Lohn über das Vertragsende weiter verspricht, dies für die Einhaltung des Konkurrenzverbots durch den Arbeitnehmer. Zweck der *Karenzentschädigung* ist der Ausgleich für verminderte Chancen auf dem Arbeitsmarkt, nicht jedoch eine Art Vertragsstrafe für die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses.

Doch was passiert, wenn ein Konkurrenzverbot keine Gültigkeit entfaltet, weil der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass der Mitarbeiter hierzu einen begründeten Anlass gegeben hat (zum Wegfall des Konkurrenzverbots siehe nachfolgenden Abschnitt)? In solchen Fällen fällt das Konkurrenzverbot unbestrittenemassend dahin.

Das Obergericht Zürich entschied im Entscheid LA190014, dass, wenn das Konkurrenzverbot gar nicht in Kraft trete, so ist der Mitarbeiter so gestellt, wie wenn nie eines vereinbart worden wäre. Ein Entschädigungsanspruch entstehe in diesem Fall nicht, weil dieser aufschiebend bedingt vom Inkrafttreten des Konkurrenzverbots abhängig ist. Der Mitarbeiter habe kein Wahlrecht. Eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens sei nicht gegeben, das Konkurrenzverbot sei ja unwirksam.



Wegfall des Konkurrenzverbots

Das Konkurrenzverbot fällt weg bzw. ist rechtlich nicht mehr durchsetzbar, wenn

- der Arbeitgeber kein Interesse an der Aufrechterhaltung des Konkurrenzverbots mehr nachweisen kann (Art. 340c Abs. 1 OR).
- der Arbeitgeber grundlos das Arbeitsverhältnis mit dem Mitarbeiter kündigt.
- der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus einem beim Arbeitgeber liegenden Grund kündigt (Art. 340c Abs. 2 OR).

Verstoss des Mitarbeiters gegen das Konkurrenzverbot

Verstösst ein Mitarbeiter gegen ein Konkurrenzverbot, so sind die Rechtsfolgen wie folgt:

- Leistung von Schadenersatz (Art. 340b Abs. 1 OR): Ein Schaden ist durch den Arbeitgeber zu beweisen, was sich in der Regel als schwierig erweist. Der Arbeitgeber muss beweisen, dass er aufgrund der konkurrenzierenden Tätigkeit einen Schaden erleidet.
- sofern vereinbart, Leistung der vereinbarten Konventionalstrafe (Art. 340b Abs. 2 OR): Die Leistung der Konventionalstrafe entbindet den Mitarbeiter nicht von der Leistung eines weiteren, die Konventionalstrafe übersteigenden Schadens. Hingegen entbindet die Leistung der Konventionalstrafe den Mitarbeiter von der weiteren Einhaltung des Konkurrenzverbots, ausser dies sei anders vereinbart worden. Zu beachten ist, dass auch eine von einem Gericht als übermässig empfundene Konventionalstrafe vom Gericht reduziert werden kann. Die Vereinbarung eine Konventionalstrafe ist aber das effizienteste Mittel des Arbeitgebers gegen konkurrenzierende Mitarbeiter.
- Sofern vereinbart, kann der Arbeitgeber vom Mitarbeiter die Beseitigung des vertragswidrigen Zustands verlangen, dies jedoch nur, sofern die verletzten und bedrohten Interessen des Arbeitgebers und das konkurrenzierende Verhalten des Mitarbeiters dafürsprechen (Art. 340b Abs. 3 OR). Dieses Instrument kann einem Mitarbeiter besonders wehtun: Hat der Mitarbeiter eine konkurrenzierende Tätigkeit geplant, und wird diese von einem Gericht untersagt, so riskiert der Mitarbeiter auf den bereits abgeschlossenen Verträgen (Mietverträge, Arbeitsverträge mit eigenen Mitarbeitenden) sitzen zu bleiben.

Konkurrenzverbot beim Lehrvertrag

Im Rahmen von Lehrverträgen sind Konkurrenzverbote nicht zulässig (Art. 344a Abs. 6 OR). So sieht das Gesetz explizit vor, dass Abreden, die die lernende Person im freien Entschluss über die berufliche Tätigkeit nach beendeter Lehre beeinträchtigen, nichtig sind.

Ungültigkeit Konkurrenzverbot bei starker Kundenbindung

Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Mitarbeiter Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte (die Möglichkeit der Schädigung ist nicht gegeben, sofern der Einblick in den Kundenkreis oder die Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse lediglich gering ist). Nach der Rechtsprechung ist eine Schädigungsmöglichkeit aufgrund des Einblicks in den Kundenkreis (oder der Kenntnisse der Geheimnisse) insbesondere in den folgenden zwei Konstellationen nicht gegeben.

Beziehungen zwischen Kunden und Arbeitgeber stark persönlich geprägt

Das Bundesgericht hat hierzu seiner Rechtsprechung in BGE 138 III 67 bestätigt. Wenn der Arbeitgeber sehr bekannt ist bzw. die Beziehungen zwischen Kunden und Arbeitgeber stark persönlich geprägt sind und die Kunden deswegen zu ihm (dem Arbeitgeber) kommen, wechseln die Klienten in der Regel nicht zu einem konkurrenzierenden Mitarbeiter. In diesem Fall ist das Konkurrenzverbot nicht durchsetzbar. In diesem Fall verschafft die Kenntnis der Kundschaft als solche dem Mitarbeiter nicht die Möglichkeit, die zwischen dem Arbeitgeber und dessen Kundschaft bestehende Bindung zu unterbrechen oder auch nur zu lockern. Daher kann etwa ein angesehener Arzt seinem Assistenten oder ein bekannter Anwalt seinem Praktikanten in der Regel kein Konkurrenzverbot auferlegen.

Beziehungen zwischen Kunden und Mitarbeiter stark persönlich geprägt

Bei stark geprägten persönlichen Beziehungen zwischen Kunden und dem Arbeitgeber wechseln die Kunden nicht aufgrund der Kenntnisse des Mitarbeiters, sondern sie folgen dem Mitarbeiter aufgrund der persönlichen Bindung. Die Persönlichkeit des Mitar-



beiters ist für die Beziehung zu den Kunden von entscheidender Bedeutung. Somit wird der erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Einblick in den Kundenkreis und der Möglichkeit einer erheblichen Schädigung unterbrochen (BGE 138 III 67). Das Konkurrenzverbot ist in diesem Fall nicht gültig.

Ungewissheit

Auch wenn zuweilen ungewiss ist, ob ein Konkurrenzverbot durchgesetzt werden kann bzw. gültig ist, so stellt ein Konkurrenzverbot dennoch ein wirksames Werkzeug für den Arbeitgeber dar, der keine konkurrenzierende Mitarbeiter dulden will. Denn auch wenn sich ein Konkurrenzverbot im Einzelfall als ungültig erweisen sollte, so führt auch ein solches Konkurrenzverbot in der Regel aufseiten des Mitarbeiters zu erheblichen Unsicherheiten, was oft zur Unterlassung von konkurrenzierenden Tätigkeiten führt.



AUTOR

Nicolas Facincani, lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Partner der Anwalts- und Steuerrechtskanzlei Voillat Facincani Sutter + Partner in Zürich und Rüti. Er berät und vertritt

Unternehmen und private Parteien in wirtschafts- und arbeitsrechtlichen Belangen.