Konkurrenzverbot

Mit dem Konkurrenzverbot wird festgelegt, dass Arbeitnehmende nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses für eine angemessene Frist keine konkurrenzierenden Tätigkeiten aufnehmen dürfen. Der folgende Artikel untersucht die vielfältigen Aspekte des Konkurrenzverbots und beleuchtet dabei Fragen zur Gültigkeit, Dauer und geografischen Reichweite dieses Verbots im Kontext des Schutzes legitimer geschäftlicher Interessen des ehemaligen Arbeitgebers.

Von Raffael Breitler

Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses (Art. 321a Abs. 3 OR)

Bereits während der Dauer des Anstellungsverhältnisses dürfen die Arbeitnehmenden gestützt auf die arbeitsrechtliche Treuepflicht keine die Arbeitgebenden konkurrenzierende Tätigkeit ausüben (Art. 321a Abs. 3 OR). Es gilt das Verbot der sogenannten Schwarzarbeit. Die Möglichkeit einer Schädigung reicht bereits aus, um eine Verletzung der Treuepflicht zu begründen. Auch wenn der Gesetzgeber nur von entgeltlicher Arbeit spricht, fällt auch die unentgeltliche konkurrenzierende Arbeit unter Art. 321a Abs. 3 OR. Relevant wird die Frage der Konkurrenzierung insbesondere bei Teilzeitangestellten oder bei der Aufnahme einer Nebenbeschäftigung.

Ist seitens der Arbeitnehmenden der Aufbau einer Selbstständigkeit geplant, so sind entsprechende Vorbereitungshandlungen unter Umständen erlaubt. Darunter sind etwa die Gründung des Unternehmens, die Raummiete oder die Personalrekrutierung für nach Beendigung der Anstellung zu verstehen. Es ist den Arbeitnehmenden hingegen verboten, vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum aktuellen Arbeitgeber in Konkurrenz zu treten oder Mitarbeitende oder Kunden abzuwerben.

Art. 321a Abs. 3 OR ist dispositiver Natur und kann mittels Abrede aufgehoben oder modifiziert werden. Zur Absicherung des Konkurrenzverbots kann eine Konventionalstrafe vereinbart werden. Eine solche darf aber einzig disziplinarischen Charakter und nicht Ersatzfunktion aufweisen. Die bundesgerichtlichen Anforderungen an eine solche Disziplinarmassnahme sind sehr hoch. Es wird empfohlen, vertragliche und nachvertragliche Konkurrenzverbote im Arbeitsvertrag nicht zusammen, sondern je separat zu regeln.

Nachvertragliches Konkurrenzverbot (Art. 340 ff. OR)

Zulässigkeit und Voraussetzungen

Die Vereinbarung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots ist unter Einhaltung folgender strenger relativ zwingender (d.h. nicht zuungunsten der Arbeitnehmenden abänderbar) gesetzlicher Schutzvorschriften zulässig:

Handlungsfähigkeit und Form

Zunächst wird die Handlungsfähigkeit des sich Verpflichtenden zum Zeitpunkt des Abschlusses vorausgesetzt. Für die Abrede genügt einfache Schriftlichkeit. Die verbotene Konkurrenztätigkeit ist dabei präzise, jedoch nicht zu starr oder zu eng zu umschreiben. Abgeraten wird von der Aufnahme des Verbots in Personalreglementen oder allgemeinen Anstellungsbedingungen. Vielmehr ist das Verbot im Arbeitsvertrag selbst aufzunehmen.

Einblick in Kundenkreis, Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse

Sodann wird ein tatsächlicher Einblick der Arbeitnehmenden in den Kundenkreis oder in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse während der Tätigkeit verlangt.

Beim Kundenkreis sind die Geschäftspartner gemeint, welche über längere Zeit Geschäfte mit den Arbeitgebenden tätigen. Einblick in den Kundenkreis besteht gemäss Bundesgericht, wenn die Arbeitnehmenden die Möglichkeit erhalten, die Eigenschaften und Bedürfnisse der Kunden kennenzulernen, sodass sie ihnen leicht gleiche Leistungen anbieten und sie für sich gewinnen können. Soweit die Kunden den Arbeitnehmenden nur wegen deren besonderen, persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten folgen und nicht wegen der bei den Arbeitgebenden erworbenen Fähigkeiten, greift das Konkurrenzverbot wegen fehlender Kausalität zwischen Spezialkenntnissen und Schädigungsmöglichkeiten nicht. Bei den freien Berufen (z.B. Anwälte, Ärzte) dürfte ein Konkurrenzverbot mangels Kausalzusammenhangs in aller Regel nichtig sein.

Bei den Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen handelt es sich um Geheimnisse, die sich aus dem Unternehmen und dessen technischen, organisatorischen oder finanziellen Bereichen ergeben. Die allgemeine Branchenkenntnis oder die Berufserfahrung unterliegen nicht dem Schutz. Die Möglichkeit der Kenntnisnahme solcher Geheimnisse reicht aus.

Schädigungspotenzial

Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn die Verwendung des Kundenkreises oder der Fabrikations- bzw. Geschäftsgeheimnisse die Arbeitgebenden erheblich schädigen könnte. Bereits die Möglichkeit einer erheblichen Schädigung reicht aus.

Angemessenheit
Ist das Konkurrenzverbot nach den bisherigen Kriterien gültig, so stellt sich schliesslich die Frage, ob es auch nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen ist. Diese Kriterien sind objektiv wesentlicher Vertragsinhalt.

In örtlicher Hinsicht ist die Begrenzung branchenabhängig und darf nicht weiter gehen als die Geschäftsbeziehungen des bisherigen Arbeitgebers. Weiter ist zu beachten, dass gemäss Gesetz das Verbot nur unter besonderen Umständen die Dauer von drei Jahren überschreiten darf. Allerdings dürfte selbst die Dauer von drei Jahren nur selten gerechtfertigt sein. Schliesslich bezieht sich die Angemessenheitsprüfung auch auf den «Gegenstand», worunter die verbotene Tätigkeit zu verstehen ist. Die weite Formulierung «jede konkurrenzierende Tätigkeit» genügt gemäss aktueller bundesgerichtlicher Rechtsprechung. Es wird allerdings empfohlen, zusätzlich eine nicht abschliessende Aufzählung konkreter Geschäftsfelder oder Produkte aufzunehmen.

Unbeschränkte Verbote werden grossteils von den Gerichten als nichtig beurteilt. Ist ein Konkurrenzverbot hingegen nicht angemessen, kann es vom Richter auf das zulässige Mass reduziert werden.

Kein Wegfalltatbestand
Trotz gültig vereinbarten Konkurrenzverbots kann das Konkurrenzverbot wegfallen, so bei

- Fehlen eines erheblichen Interesses seitens der Arbeitgebenden (relativ zwingend); zum Beispiel bei Verlust des Geheimnischarakters;
- Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgebenden, ohne dass die Arbeitnehmenden begründeten Anlass dazu gegeben haben (relativ zwingend): Bezüglich des begründeten Anlasses sind die konkreten Umstände des Einzelfalls massgeblich. Die Umstände müssen eine gewisse Intensität aufweisen. In einer längeren unverschuldeten gesundheitlichen Angeschlagenheit kann ein begründeter Anlass liegen, ebenso in Vorbereitungshandlungen für eine nachvertragliche Konkurrenzfirma, bei sexueller Belästigung oder Nichterfüllung der Funktion. Haben beide Parteien Anlass gegeben, so ist der überwiegende Anlass massgebend.
- Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitnehmenden, wenn die Arbeitgebenden begründeten Anlass zur Kündigung gegeben haben (relativ zwingend): Ein begründeter Anlass kann vorliegen bei Verletzung der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht (z. B. Mobbing), bei enttäuschter Zusicherung und Vertragsverschlechterungen (keine Beförderung trotz Zusicherung oder bei einer Rückstufung) oder im Zusammenhang mit dem Lohn (Entlöhnung wesentlich unter Marküblichkeit oder Nichtnachkommen der Lohnzahlungspflicht).
- ausdrücklichem oder konkludentem Verzicht durch die Arbeitgebenden;
- Ablehnung der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitnehmenden bei einem Betriebsübergang (umstritten).

Wird das Arbeitsverhältnis durch einen Aufhebungsvertrag beendet, so bleibt das Konkurrenzverbot mangels gegenteiliger Regelung bestehen. Es wird daher empfohlen, die Frage nach dem Weiterbestand des Konkurrenzverbots explizit aufzuwerfen und im Vertrag zu regeln.

Karenzentschädigung
Das Gesetz sieht keine obligatorische Entschädigung für die Einhaltung des nachvertraglichen Konkurrenzverbots vor. Eine AHV-pflichtige Gegenleistung bzw. Karenz-

entschädigung kann aber vereinbart werden. Diese soll die Folgen eines Konkurrenzverbots mildern. Abgesehen davon wird sie vom Richter bei der Beurteilung des Verbotsumfangs tendenziell zugunsten der Arbeitgebenden berücksichtigt.

Folgen einer Verletzung

Bei den Folgen einer Verletzung eines Konkurrenzverbots ist wiederum zu unterscheiden, ob es sich um eine Verletzung des in Art. 321a Abs. 3 OR verankerten Konkurrenzverbots während der Dauer des Anstellungsverhältnisses handelt oder um die Verletzung eines vereinbarten Konkurrenzverbots nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses (Art. 340 ff. OR).

Konkurrenzverbot während Anstellungsdauer (Art. 321a Abs. 3 OR)

Als Konsequenzen einer Verletzung des Konkurrenzverbots sind Ermahnung, Geltendmachung von Schadenersatz, Aussprache einer (fristlosen) Kündigung oder allenfalls Ferienkürzung/Gewinnabschöpfung, denkbar. Allenfalls ist eine vereinbarte Konventionalstrafe zu bezahlen.

Nachvertragliches Konkurrenzverbot (Art. 340 ff. OR)

Das Gesetz sieht als Folgen einer Übertretung des nachvertraglichen Konkurrenzverbots primär Schadenersatz oder – sofern vereinbart – eine Konventionalstrafe oder die Realvollstreckung vor.

Damit Schadenersatz geschuldet ist, muss eine Vertragsverletzung schuldhaft verursacht worden sein. Eine Vertragsverletzung, mithin eine Konkurrenzierung, liegt gemäss Bundesgericht vor, wenn gleichartige Leistungen angeboten werden, welche dasselbe Kundenbedürfnis befriedigen und sich an einen mindestens teilweise überschneidenden Kundenkreis richten. Der Begriff der Konkurrenzierung ist weit gefasst. Er umfasst z.B. den Betrieb eines Konkurrenzunternehmens, die Beteiligung an einem solchen sowie die Anstellung als Arbeitnehmender. Die Mitarbeiterabwerbung ist gemäss Bundesgericht nicht erfasst, da nur die Angebots- und nicht die Nachfrageseite vom Verbot erfasst ist. Ob nur entgeltliche oder auch unentgeltliche Tätigkeiten erfasst sind, ist (anders als beim Konkurrenzverbot während der Dauer des Arbeitsverhältnisses) umstritten. Im Weiteren müssen ein Schaden und ein Kausalzusammenhang zwischen Verletzung des Konkurrenzverbots und dem Schaden nachgewiesen werden. Das Verschulden wird vermutet.

Ist zwischen den Parteien eine Konventionalstrafe vereinbart, so ist diese bei Verletzung des Konkurrenzverbots zu bezahlen. Durch die Vereinbarung einer solchen Strafe werden die Arbeitgebenden vom Nachweis eines Schadens und des Kausalzusammenhangs entbunden. Bei der Festlegung der Höhe der Strafe sind die Parteien zwar frei. Bei Anrufung des Richters wird die Strafe jedoch auf ihre Angemessenheit überprüft und kann unter Umständen herabgesetzt werden. Bei der richterlichen Beurteilung einfliessende Faktoren sind z.B. die persönlichen Verhältnisse der Arbeitnehmenden, Schadenhöhe, Angemessenheit in zeitlicher oder örtlicher Hinsicht. Ein Jahressalär wird in der Praxis als Obergrenze gesehen. In der Regel ist die Strafe nur einmal zu entrichten, auch wenn mehrere Vertragsverletzungen vorliegen. Durch Bezahlung der Strafe entfällt das Konkurrenzverbot (sog. Wandelpön), ausser es wurde etwas anderes vereinbart. Schadenersatz kann für den die Strafe übersteigenden Betrag gefordert werden.

Sodann kann bei Vertragsverletzung auch die sogenannte Realerfüllung verlangt werden. Damit kann den Arbeitnehmenden die Fortführung der konkurrenzierenden Tätigkeit untersagt werden. Die Realerfüllung muss schriftlich (im Arbeitsvertrag selbst) vereinbart worden sein. Bei der Formulierung der Klausel ist besonderes Augenmerk darauf zu legen, dass für die Arbeitnehmenden ersichtlich ist, dass bei Zuwiderhandlung gegen das Konkurrenzverbot ein effektives Tätigkeitsverbot droht. Abgesehen davon wird vorausgesetzt, dass die verletzten oder bedrohten Interessen der Arbeitgebenden sowie das Verhalten des Arbeitnehmers die Realerfüllung rechtfertigen. Die Interessen seitens der Arbeitgebenden müssen dabei stark überwiegen. Ein Teil der Lehre und Rechtsprechung ist strenger und verlangt, dass die Möglichkeit der Schädigung existenzbedrohend sein müsse. Umstritten ist, ob die Vereinbarung einer Konventionalstrafe ebenfalls Voraussetzung ist. Ist die Restdauer des Konkurrenzverbots sehr kurz, dürften die Interessen seitens der Arbeitgebenden an einer Realerfüllung geringer sein. Zur schnellen gerichtlichen Durchsetzung sollten die Arbeitgebenden das Instrument des vorsorglichen Rechtsschutzes in Betracht ziehen.

Andere zu prüfende Mittel sind z.B. die Rückforderung der geleisteten Karenzentschädigung, die Einreichung einer Feststellungsklage, der Erlass eines Verbots an den neuen Arbeitgeber aus UWG und/oder die Einleitung eines Strafverfahrens bei Verletzung von Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnissen.

Fazit

Arbeitnehmenden sollte bewusst sein, dass sie bereits aufgrund ihrer Treuepflicht gehalten sind, während der Dauer des Anstellungsverhältnisses keine konkurrenzierenden (Neben-)Tätigkeiten auszuüben. Darüber hinaus können die Arbeitnehmenden durch die Vereinbarung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots stark in ihrer wirtschaftlichen Freiheit eingeschränkt werden. Allerdings hält nicht jede vereinbarte Klausel einer richterlichen Überprüfung stand. Zwecks Entledigung des nachvertraglichen Konkurrenzverbots kann – natürlich je nach (finanzieller) Situation – die Bezahlung der Konventionalstrafe als Option in Betracht kommen.

Arbeitgebende sind gut beraten, wenn sie gleich zu Beginn unter Beachtung der entsprechenden Voraussetzungen eine nachvertragliche Konkurrenzverbotsklausel in den Arbeitsvertrag selbst aufnehmen, welche bei Verletzung eine Konventionalstrafe sowie die Realerfüllung vorsieht und die Wandelpön-Regelung ausschliesst. Eine weit gefasste Klausel deckt im Streitfall wohl mehr ab, ist allerdings mit dem Risiko verbunden, dass das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Streitfall vom Gericht eingeschränkt wird. Die Konsequenzen bei Verletzung des vertraglichen und des nachvertraglichen Konkurrenzverbots sollten im Arbeitsvertrag separat geregelt werden.

AUTOR

MLaw Raffael Breitler ist Rechtsanwalt und Mediator SAV bei der Anwaltskanzlei Luks und Vogt Rechtsanwältinnen in Zürich.