

Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot: Grundlagen und Gerichtsentscheide

Dr. iur. Christoph Senti

Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter HSG

Advokaturbüro

Frei Steger Grosser Senti

Kriessernstr. 40

9450 Altstätten

www.9450.ch

FAA

Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht

Guisanstr. 92

9010 St. Gallen

www.faa.unisg.ch

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	II
1 Vorbemerkungen	1
2 Gegenstand des Konkurrenzverbotes	1
2.1 Schutzobjekt	1
2.2 Konkurrenzverhältnis	1
2.3 Nachvertragliches, arbeitsrechtliches Konkurrenzverbot	4
3 Voraussetzungen eines gültigen Konkurrenzverbotes	4
3.1 Schriftliche Vereinbarung eines handlungsfähigen Arbeitnehmers	5
3.2 Materielle Voraussetzungen	6
3.2.1 Einblick in den Kundenkreis	6
3.2.2 Einblick in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse	7
3.2.3 Erhebliche Schädigung des Arbeitgebers und Kausalzusammenhang	7
3.3 Kein Wegfall des Konkurrenzverbotes	8
3.3.1 Wegfall des Konkurrenzverbotes mangels Interesse des Arbeitgebers	8
3.3.2 Wegfall des Konkurrenzverbotes infolge Kündigung	8
4 Beschränkungen des Konkurrenzverbotes	10
4.1 Beschränkung nach Ort	11
4.2 Beschränkung nach Zeit	11
4.3 Beschränkung nach Gegenstand	12
4.4 Keine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens	12
5 Durchsetzung eines Konkurrenzverbotes	13
5.1 Zivilrechtliche Ansprüche	13
5.1.1 Schadenersatz	13
5.1.2 Konventionalstrafe	13
5.1.3 Klage auf Unterlassung der konkurrenzierenden Tätigkeit	14
5.1.4 Exkurs: Vorsorgliche Massnahmen im Gerichtsverfahren	15
5.2 Andere Rechtsbehelfe	16
5.2.1 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb	16
5.2.2 Strafgesetzbuch	17
6 Zusammenfassung	17
Anhang: Gesetzliche Grundlagen	18

Literaturverzeichnis

Bohny, Peter:

Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 123, Zürich 1989.

Brühwiler, Jürg:

Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage, Bern 1996.

Neeracher, Christoph:

Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Diss. Zürich 2001.

Streff, Ullin; von Kaenel, Adrian:

Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Auflage, Zürich 2006.

Rehbinder, Manfred (zit: BK-Rehbinder):

Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht; Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 2. Abschnitt, Kommentar zu Art. 331-355 OR, Bern 1992.

Stahelin, Adrian (zit: ZK-Stahelin):

(Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Zürich 1996.

1 Vorbemerkungen

Die Verschärfung des Konkurrenzkampfes zwischen den Unternehmen und die zunehmende Nischenproduktion machen Informationen zu einem immer entscheidenderen Faktor für den Erfolg einer Unternehmung. Diese Entwicklung führt bei den Arbeitgebern zu einem starken Anreiz, unternehmensspezifische Informationen, bspw. über Produkte, Kosten-, Kunden- oder Absatzstrukturen, geheim zu halten und dafür zu sorgen, dass solche Informationen im Falle einer Kündigung nicht zusammen mit dem Angestellten zur Konkurrenz abwandern. Demgegenüber führen der gerichtlich praktizierte Arbeitnehmerschutz und die Tatsache, dass fachlich oder branchenspezifisch spezialisierten Arbeitnehmenden nur ein beschränktes Angebot auf dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht, zu einem erheblichen Gegendruck gegen die Gültigkeit von arbeitsvertraglichen Konkurrenzverboten. Das Ergebnis ist eine relativ dünne Bandbreite, innerhalb welcher Konkurrenzverbote vereinbart und vor allem auch gerichtlich durchgesetzt werden können. Der vorliegende Aufsatz bietet einen Überblick über die gesetzlichen Grundlagen des arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbotes und die (prozessualen) Instrumente zu dessen Durchsetzung. Die gesetzlichen Grundlagen zum arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbot finden sich im Anhang dieses Aufsatzes¹.

2 Gegenstand des Konkurrenzverbotes

2.1 Schutzobjekt

Schutzobjekt des Konkurrenzverbotes ist der lautere und faire Wettbewerb: Das Konkurrenzverbot soll verhindern, dass ein ehemaliger Angestellter unternehmensinterne, geheimhaltungswürdige Tatsachen zu seinen Gunsten oder zu Gunsten eines neuen Arbeitgebers verwertet und damit den ehemaligen Arbeitgeber wirtschaftlich schädigt². Daraus ergibt sich implizit, dass ein Konkurrenzverbot nur dann möglich ist, wenn der Angestellte über ein geheimhaltungswürdiges Wissen verfügt³. Geschützt werden Betriebsgeheimnisse, nicht aber persönliche Fähigkeiten der Angestellten⁴, seine Berufserfahrung⁵ oder seine Branchenkenntnisse⁶.

2.2 Konkurrenzverhältnis

Ein Konkurrenzverbot verbietet es der Angestellten, den Arbeitgeber zu konkurrenzieren, d.h. einer Tätigkeit nachzugehen, die mit dem Arbeitgeber im wirtschaftlichen Wettbewerb steht⁷. Das Bundesgericht spricht von einem Konkurrenzverhältnis, „(...) wenn die beiden Unternehmen dem (mindestens teilweise) gleichen Kundenkreis gleichartige und folglich

¹ Vgl. unten, S. 18.

² Neeracher, S. 3 f.

³ Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 12; Bohny, S. 41 ff. mit weiteren Ausführungen zum Begriff des Geheimnisses.

⁴ Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 10.

⁵ Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 12.

⁶ Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 12.

⁷ Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 7; Neeracher, S. 3.

unmittelbar das gleiche Bedürfnis befriedigende Leistungen anbieten (...)“⁸. Konkurrenzierend tätig sein können nur zwei Unternehmen derselben Wirtschaftsstufe: Der Händler eines Produktes steht in keinem Konkurrenzverhältnis zum Produzenten desselben Produktes⁹. Von praktischer Bedeutung ist auch der Hinweis, dass sich das Konkurrenzverbot nur auf den Abnehmer-, nicht aber den Lieferantenmarkt erstrecken kann. Es schützt nur die Angebots-, nicht aber die Nachfrageseite einer Unternehmung¹⁰. Der Arbeitnehmer darf also trotz gültigem Konkurrenzverbot mit dem Lieferanten des Arbeitgebers in Geschäftsbeziehungen treten oder dort arbeiten, selbst wenn letzterer dadurch geschädigt wird¹¹. Ebenso fällt die Abwerbung von Personal durch den ehemaligen Angestellten nicht unter die Schutzvorschriften des Konkurrenzverbotes und ist zulässig, sofern es keine Anstiftung zum Vertragsbruch oder sonst wie pflichtwidrigem Verhalten darstellt¹².

In Vertragsklauseln finden sich regelmässig diverse Arten von Konkurrenzverboten oder verbotenen Tätigkeiten, auf die nachfolgend kurz eingegangen werden soll:

a) Direktes oder indirektes Konkurrenzverbot

Eine direkte Konkurrenzierung findet statt, wenn ein ehemaliger Angestellter selber, in Form einer Einzelfirma oder als Geschäftsführer einer GmbH, konkurrenzierend tätig ist. Unter die indirekte Konkurrenzierung fällt bspw. eine beratende Tätigkeit eines Konkurrenzunternehmens oder die Teilnahme in einem Konkurrenzunternehmen, sei dies als Arbeitnehmer (auch wenn in einer anderen Abteilung) oder in Form von Kapital¹³.

b) Entgeltliche oder unentgeltliche Tätigkeit

Häufig verbietet die vertragliche Regelung sowohl eine entgeltliche als auch eine unentgeltliche konkurrenzierende Tätigkeit. Die Absicht einer solchen Vertragsklausel liegt auf der Hand: Es soll verhindert werden, dass der Arbeitgeber im Gerichtsfall die Entgeltlichkeit der konkurrenzierenden Tätigkeit oder entsprechende Umgehungsgeschäfte¹⁴ nachweisen muss und sich der Angestellte insbesondere im Falle einer beratenden Tätigkeit darauf berufen kann, für seine Dienstleistung gar keine Gegenleistung erhalten zu haben. Ein Teil der Lehre lässt auch die Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes für unentgeltliches (konkurrenzierendes) Verhalten zu¹⁵. STREIFF/VON KAENEL fragt in diesem Fall danach, ob durch dieses Verhalten in den wirtschaftlichen Wettbewerb eingegriffen wird und dem ehemaligen Arbeitgeber dadurch ein Auftrag entgehen kann¹⁶. Meines Erachtens ist diese Frage nicht immer leicht zu beantworten, insbesondere wenn es um den Schutz von Fabrikationsgeheimnissen geht¹⁷. Zieht man zusätzlich in Betracht, dass durch die Gültigkeit eines solchen Verbotes das wirtschaftliche Fortkommen des Angestellten in keiner

⁸ BGE 4C.44/2002, E. 2.4, m. w. V.

⁹ Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 7; Bohny, S. 74 ff.; vermutlich auch: BGE 4C.44/2002, E. 3.3.

¹⁰ BGE 130 III 353.

¹¹ Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 7; Bohny, S. 74; BGE 130 III 353.

¹² Vgl. dazu Art. 4 UWG.

¹³ Bohny, S. 77; BGE 4C.298/2001, E. 2c.

¹⁴ Bspw. Erwerb einer namhaften Beteiligung an einer Aktiengesellschaft verbunden mit einer unentgeltlichen Tätigkeit als Mitglied des Verwaltungsrates, wobei sich die Entschädigung aus einer allfälligen Dividende ergeben könnte.

¹⁵ Brühwiler, Art. 340 N 5; BK-Rehbinder, Art. 340 N 3; ZK-Staehelin, Art. 340 N 22.

¹⁶ Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 7; gl. M. NEERACHER, S. 47f.

¹⁷ Solche werden durch das Konkurrenzverbot ebenfalls geschützt (Art. 340 Abbs. 1 OR).

Weise erschwert wird¹⁸, wird das Interesse des Arbeitgebers an der Gültigkeit des Konkurrenzverbotes das Interesse des Angestellten auf das Recht solcher unentgeltlicher Beratungen oder Gefälligkeiten überwiegen.

c) Selbständige oder unselbständige (Erwerbs)tätigkeit

Diese Unterscheidung findet sich häufig und ist weitgehend selbsterklärend. Sie deckt sich auch mehr oder weniger mit der bereits erwähnten Unterscheidung einer direkten oder indirekten Konkurrenzierung.

d) Konkurrenzierende Tätigkeit oder Beteiligung an einem Konkurrenzunternehmen

Häufig findet man die Regelung, dass sowohl eine Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen, als auch eine Beteiligung an einem solchen untersagt ist. Im Falle der Beteiligung an einem Konkurrenzunternehmen macht die Durchsetzung eines Konkurrenzverbotes nur dann Sinn, wenn eine solche Beteiligung auch Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis zwischen den beiden Unternehmen zeitigt. Völlig sinnlos wäre meines Erachtens bspw. ein Konkurrenzverbot, welches einer Angestellten der UBS AG verbietet, Aktien einer anderen (börsenkotierten) Bank zu kaufen. Umgekehrt aber dürfte eine massgebliche Beteiligung¹⁹ das Konkurrenzverbot verletzen, wenn diese ein Ausmass erreicht, dass von einem mehr oder weniger grossen Einfluss bzw. einer Förderung oder Unterstützung ausgegangen werden muss²⁰. Als „Beteiligung“ gilt nicht nur der Erwerb von Aktien oder Stammanteilen, sondern bspw. auch ein partiarisches Darlehen oder die Übernahme einer Bürgschaft²¹.

e) Allgemeines (unternehmensbezogenes) oder partielles (tätigkeitsbezogenes) Konkurrenzverbot

Diese Unterscheidung findet sich in BGE 4C.298/2001 E. 2b²², und wird dort wie folgt definiert: „Beim partiellen, tätigkeitsbezogenen Konkurrenzverbot ist es dem Arbeitnehmer nur verboten, selber in seinem bisherigen Arbeitsgebiet im neuen Unternehmen tätig zu sein. Das allgemeine, unternehmensbezogene Konkurrenzverbot verbietet demgegenüber jede Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen. Hier wird nur auf das Unternehmen als Ganzes geblickt.“ Ob ein partielles oder allgemeines Konkurrenzverbot vereinbart wird, ist insofern unbedeutend, als auch letzteres nur dann gültig vereinbart werden kann, wenn der Arbeitnehmer Einblick in bzw. Kenntnisse über Kundenkreis, Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse hatte und die Verwertung dieses Wissens den ehemaligen Arbeitgeber erheblich schädigen könnte²³.

¹⁸ Da es sich um eine unentgeltliche Tätigkeit handelt.

¹⁹ Bspw. der Erwerb von 30% der Stammanteile einer GmbH.

²⁰ Vgl. dazu: Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 7; eingehend: Bohny, S. 80f., Neeracher, S. 48.

²¹ NEERACHER, S. 48; STREIFF/VON KAENEL, Art. 340 N 7, welcher allerdings mit Verweis auf REHBINDER darauf hinweist, dass es bei den diesbezüglichen Bundesgerichtsentscheiden (BGE 89 II 126; BGE 51 II 438) nicht um arbeitsvertragliche Konkurrenzverbote ging.

²² Mit Verweis auf BK-Rehbinder, Art. 340 N 2.

²³ Art. 340 OR; BGE 4C.298/2001 E. 2b.

2.3 Nachvertragliches, arbeitsrechtliches Konkurrenzverbot

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist ausschliesslich das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot nach Art. 340 ff. OR. Unbeachtet bleiben damit sämtliche Konkurrenzverbote, die sich aus anderen, nicht arbeitsrechtlichen Vorschriften ergeben. Diesbezüglich zu erwähnen sind beispielsweise gesellschafts-²⁴, miet-, pacht-²⁵, kauf-²⁶ oder auftragsrechtliche²⁷ Konkurrenzverbote, die nicht unter die strengen Schutzvorschriften des Arbeitsrechts fallen. Ebenfalls unerwähnt bleibt nachfolgend das Konkurrenzverbot des Arbeitnehmers während des laufenden Arbeitsverhältnisses. Diese Pflicht leitet sich nicht aus Art. 340 ff. OR ab, sondern ist eine Folge der Treuepflicht des Angestellten²⁸.

3 Voraussetzungen eines gültigen Konkurrenzverbotes

Die Gültigkeit eines nachvertraglichen Konkurrenzverbotes ist von diversen Voraussetzungen abhängig. Es sind dies:

1. Formelle Voraussetzung: Schriftliche Vereinbarung eines handlungsfähigen Arbeitnehmers (Art. 340 Abs. 1 OR);
2. Materielle Voraussetzungen:
 - a) Einblick des Arbeitnehmers in Kundenkreis, Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse (Art. 340 Abs. 2 OR);
 - b) Verwendung dieser Kenntnisse führt zu einer erheblichen Schädigung des Arbeitgebers (Art. 340 Abs. 2 OR);
 - c) Angemessene Beschränkung des Konkurrenzverbotes zur Verhinderung einer unbilligen Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens in Bezug auf dessen Ort, Zeit und Gegenstand (Art. 340a OR);
3. Kein Wegfall des Konkurrenzverbotes:
 - a) Weil der Arbeitgeber kein erhebliches Interesse mehr an der Aufrechterhaltung des Verbotes hat (Art. 340c Abs. 1 OR);
 - b) Infolge arbeitnehmerseitiger Kündigung aus triftigen Gründen oder arbeitgeberseitiger Kündigung ohne triftigen Grund (Art. 340c Abs. 2 OR);

Nachfolgend die Voraussetzungen im Einzelnen:

²⁴ Bsp.: Konkurrenzverbot des Geschäftsführers einer GmbH (Art. 818 OR).

²⁵ Bsp.: Konkurrenzverbot des Vermieters oder Verpächters einer Liegenschaft.

²⁶ Bsp.: Konkurrenzverbot zu Lasten des Verkäufers bei Verkauf einer Gesellschaft.

²⁷ Bsp.: Konkurrenzverbot eines Agenten (Art. 418d OR).

²⁸ Art. 321a Abs. 3 OR.

3.1 Schriftliche Vereinbarung eines handlungsfähigen Arbeitnehmers

Das Gesetz schreibt vor, dass nur ein handlungsfähiger Arbeitnehmer ein Konkurrenzverbot unterzeichnen kann²⁹. Diese Voraussetzung dient hauptsächlich dem Schutz minderjähriger Angestellter, welche aufgrund ihrer Unmündigkeit nicht handlungsfähig sind³⁰.

Eine schriftliche Vereinbarung liegt vor, wenn sie durch diejenige Person unterzeichnet wird, die sich verpflichten³¹. Da ein Konkurrenzverbot (fast³²) ausschliesslich dem Angestellten eine Verpflichtung auferlegt, genügt es, wenn nur dieser, nicht aber der Arbeitgeber das Konkurrenzverbot unterzeichnet³³.

Das Konkurrenzverbot muss nicht im Arbeitsvertrag selbst enthalten sein. Auch eine Vereinbarung in einem separaten Dokument ist zulässig, sofern die Schriftform erfüllt ist. Wird ein Konkurrenzverbot in einem separaten (nicht unterzeichneten) Reglement festgehalten und dieses Reglement im (unterzeichneten) Arbeitsvertrag zum integralen Vertragsbestandteil erklärt, stellt sich die Frage, ob damit eine schriftliche Vereinbarung vorliegt. Das Bundesgericht hat sich zu dieser Frage noch nicht geäussert, und ein grosser Teil der Lehre erachtet die Formvorschrift in diesem Fall als nicht erfüllt³⁴. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang immerhin das Urteil des Bundesgerichts vom 7. Januar 2005, in welchem – allerdings im Zusammenhang mit Überstunden – die Schriftlichkeit als gegeben betrachtet wurde, wenn der Arbeitsvertrag unterzeichnet und in diesem auf die Gültigkeit des nicht unterschriebenen Reglements verwiesen wurde³⁵.

Um kein unnötiges Risiko einzugehen, ist zu empfehlen, Konkurrenzverbote nicht in Reglementen, sondern im Arbeitsvertrag selbst oder einer separaten Vereinbarung festzuhalten und unterzeichnen zu lassen. Dies nur schon darum, weil sich das Formerfordernis der Schriftlichkeit sich auf alle wesentlichen Vertragspunkte beziehen muss, namentlich die Art der verbotenen Tätigkeit, die Dauer des Konkurrenzverbotes und der geografische Geltungsbereich. Solche Punkte sind aber individuell verschieden, weshalb sich deren Vereinbarung in einem separaten Reglement ohnehin nicht anbietet. Wird ein Konkurrenzverbot trotzdem in ein (Angestellten-)Reglement aufgenommen, empfiehlt es sich, im schriftlichen Einzelarbeitsvertrag ganz konkret auf jene Bestimmung zu verweisen³⁶.

²⁹ Art. 340 OR.

³⁰ Art. 17 ZGB.

³¹ Art. 13 OR.

³² Eine Verpflichtung des Arbeitgebers ergibt sich allenfalls aus der Zusicherung einer Karenzentschädigung (vgl. NEERACHER, S. 19).

³³ Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 5, Neeracher, S. 19, Bohny, S. 87.

³⁴ Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 5; Bohny, S. 88; BK-Rehbinder, Art. 340 N 7, vermutlich gl. M.: Neeracher, S. 19 f.

³⁵ BGE 4C.407/2004, 7. Januar 2005, E. 3.1; Gegenteilig entschied allerdings das Arbeitsgericht Zürich in ZR 1983 Nr. 116 = JAR 1983 S. 214.

³⁶ SENTI, Reglemente als Ergänzung zum Arbeitsvertrag, AJP 9/2004, S. 1091.

3.2 Materielle Voraussetzungen

3.2.1 Einblick in den Kundenkreis

„Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt (...)“.³⁷ Der Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung ist insofern missverständlich, als nicht zwischen dem Kundenkreis einerseits und Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen andererseits unterschieden wird. Der Arbeitgeber soll davor geschützt werden, dass die Angestellte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geheimhaltungswürdige Informationen verwertet und damit ersteren schädigt³⁸. Bei der Analyse, ob der Angestellte Informationen in Erfahrung brachte, welche die Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes zulassen, ist immer zu prüfen, ob diese Informationen geheimhaltungswürdig sind. Nicht geschützt sind persönliche Fähigkeiten eines Angestellten, seine Berufs-³⁹ oder Branchenerfahrung⁴⁰. Ebenfalls nicht geschützt ist allgemeines betriebswirtschaftliches Know-How, beispielsweise Methoden der Mitarbeiterakquisition, gesammelte Wirtschaftsdaten aus öffentlich zugänglichen Quellen, kaufmännisches Know-How betreffend Kalkulationsaufwand, veröffentlichte Listen mit Firmenadressen oder Kundenlisten etc.⁴¹

Zu dem durch das Konkurrenzverbot geschützten Kundenkreis des Arbeitgebers zählen nur diejenigen Geschäftspartner, die in mehr oder weniger regelmässigen Abständen Geschäfte mit dem Arbeitgeber tätigen, und zwar über längere Zeit⁴². Nicht zum Kundenkreis gehören Interessenten oder potentielle Kunden⁴³. In einem älteren Entscheid erachtete es das Bundesgericht als nicht notwendig, dass die Kundendaten Geheimnischarakter aufweisen⁴⁴. Ob dies richtig ist, wird allerdings von einem Teil der Lehre bezweifelt⁴⁵. Meines Erachtens geht es auch beim Kundenkreis insofern um geheimhaltungswürdiges Know-How, als ein „Einblick in den Kundenkreis“ im Sinne des Gesetzes nur dann vorliegen kann, wenn der Angestellte die wesentlichen Voraussetzungen, die den Kunden an den Arbeitgeber binden, kennt⁴⁶. Der Einblick in eine Kundenliste allein, ohne weiteren Informationen oder Kundenkontakte, genügt nicht, um mit dem Angestellten ein Konkurrenzverbot zu vereinbaren⁴⁷. Bei der Kenntnis des Kundenkreises geht es also weniger um die blosser Kenntnis der Namen und Adressen, sondern vielmehr um die individuellen Merkmale eines Kunden wie Art und Umfang der bezogenen Produkte und seine spezifischen Bedürfnisse, Wünsche und Eigenheiten. Nur die Summe dieser Faktoren stellt einen geheimen, schutzwürdigen Wert dar. Weiter muss zwischen dem Angestellten und den Kunden ein persönlicher Kontakt erfolgt sein⁴⁸. Die blosser Kenntnis dieser Informationen⁴⁹ durch einen Innendienstmitarbeiter, wel-

³⁷ Art. 340 Abs. 2 OR.

³⁸ Vgl. dazu die Bemerkungen zum Schutzobjekt, oben, Ziff. 2.1, S. 1.

³⁹ Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 12.

⁴⁰ Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 12.

⁴¹ Vgl. dazu: Neeracher, S. 29, m.w.V.

⁴² Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 9, m.w.V.; Neeracher, S. 21.

⁴³ Neeracher, S. 21.

⁴⁴ BGE 55 II 259.

⁴⁵ Neeracher, S. 24; Bohny, S. 91 f.; Unentschlossen: Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 9.

⁴⁶ Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 9, m. w. V.

⁴⁷ Neeracher, S. 24, m.V.a. OGER ZH, ZR 97 (1998), S. 166 f.; Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 9.

⁴⁸ Neeracher, S. 27, Bohny, S. 96.

⁴⁹ Bspw. Kundenlisten sowie Menge und Art der bestellten Produkte.

cher jedoch zu den Kunden der Unternehmung keinen Kontakt hatte, reicht nicht für ein gültiges Konkurrenzverbot⁵⁰.

3.2.2 Einblick in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse

Unter Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse fallen technische, organisatorische oder finanzielle Spezialkenntnisse, die geheim sind und die der Arbeitgeber geheim halten will⁵¹. Nicht geheim und daher auch nicht schützbar ist allgemeines Branchen- oder Berufswissen⁵².

Die Rechtsprechung zur Frage, welche Informationen als Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse gelten und mit Hilfe eines Konkurrenzverbotes geschützt werden können, ist sehr uneinheitlich. Als geheimhaltungswürdig eingestuft wurden beispielsweise Kalkulationsgrundlagen eines Personalverleihers oder einer Fensterfirma, Bezugsquellen und -bedingungen, Montagezeiten und Werbeaktionen oder Konstruktionsideen⁵³. Verneint hingegen wurde der Geheimnischarakter der Stärken und Schwächen einer Unternehmung, kaufmännisches Know-How betreffend Kalkulationsaufwand oder die Akquisitionsplanung eines Unternehmens⁵⁴.

„Die Geheimnisse müssen nicht wirklich zur Kenntnis genommen werden, (...). Es genügt, wenn der Arbeitnehmer die Möglichkeit zur Kenntnisnahme hatte.“⁵⁵ In Bezug auf die Frage, wie viel der Arbeitnehmer weiss oder wissen könnte, verlangt die Lehre, dass an die Beweispflicht des Arbeitgebers keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Dies insbesondere wenn man bedenkt, dass bereits die Möglichkeit der Kenntnisnahme genügt⁵⁶.

3.2.3 Erhebliche Schädigung des Arbeitgebers und Kausalzusammenhang

Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn die Verwendung der geheimhaltungswürdigen Informationen den ehemaligen Arbeitgeber erheblich schädigen könnte⁵⁷. Da der Wortlaut des Gesetzes die Möglichkeit einer erheblichen Schädigung genügen lässt⁵⁸, muss ein Schaden nicht bereits eingetreten sein⁵⁹. Es genügt, wenn ein solcher droht.

Der drohende Schaden muss „erheblich“ sein, womit nicht jede geringfügige Einbusse des ehemaligen Arbeitgebers genügt⁶⁰. Das Bundesgericht bezeichnet „ernsthafte geschäftliche Schwierigkeiten“ als genügend für das Vorliegen einer erheblichen Schädigung⁶¹, und in einem jüngeren Entscheid genügte ein Provisionsverlust von Fr. 10'000.-, um das Vorliegen eines erheblichen Schadens zu bejahen⁶².

⁵⁰ Neeracher, S. 27.

⁵¹ Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 12.

⁵² Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 12; Neeracher, S. 28.

⁵³ Vgl. dazu: Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 12; Bohny, S. 105 f.; Neeracher, S. 29 f., je m. w. V.

⁵⁴ Neeracher, S. 29.

⁵⁵ Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 12, m. w. V.; Neeracher, S. 30.

⁵⁶ Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 12, m. w. V.; Neeracher, S. 30.

⁵⁷ Art. 340 Abs. 2 OR.

⁵⁸ „... erheblich schädigen könnte.“ (Art. 340 Abs. 2 OR).

⁵⁹ Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 15; Bohny, S. 108 f.; Neeracher, S. 31.

⁶⁰ Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 15; Bohny, S. 109; Neeracher, S. 32.

⁶¹ BGE 103 II 127.

⁶² Streiff/von Kaenel, mit Verweis auf: BGE 4C.360/2004, vom 19. Januar 2005, E. 3.3.

Als Schaden kommt jeder wirtschaftliche Nachteil in Frage, welcher nicht unbedingt in Form einer Umsatzeinbusse oder eines Kundenverlustes vorliegen muss. Als erheblicher Schaden gilt auch die Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit⁶³.

Schliesslich muss zwischen dem Einblick in den Kundenkreis oder der Kenntnis eines Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses einerseits und der Schädigungsmöglichkeit andererseits ein Kausalzusammenhang bestehen⁶⁴. Ist die Schädigung nicht das Ergebnis der Verwertung dieser Informationen, ist selbst eine erhebliche Schädigung des ehemaligen Arbeitgebers zulässig⁶⁵.

3.3 Kein Wegfall des Konkurrenzverbotes

3.3.1 Wegfall des Konkurrenzverbotes mangels Interesse des Arbeitgebers

“Das Konkurrenzverbot fällt dahin, wenn der Arbeitgeber nachweisbar kein erhebliches Interesse mehr hat, es aufrecht zu erhalten.“⁶⁶ In der Praxis sind verschiedene Fälle denkbar, in welchen die Arbeitgeberin kein Interesse mehr daran haben kann, das Konkurrenzverbot gegenüber einem bestimmten Mitarbeiter aufrecht zu erhalten. Kommt es bei der ehemaligen Arbeitgeberin zu einer Aufgabe des Geschäfts oder des betreffenden Produktbereiches, fällt die Möglichkeit einer Konkurrenzierung dahin und das Konkurrenzverbot fällt weg⁶⁷. Ebenso ist ein Konkurrenzverbot hinfällig, wenn die durch die Mitarbeiterin in Erfahrung gebrachten Informationen nicht mehr geheim, weil veraltet oder sonst wie allgemein bekannt sind⁶⁸. Auch wurde ein Konkurrenzverbot als hinfällig betrachtet, als die Sekretärin ihrem Chef in eine andere Unternehmung folgte, letzterer keinem Konkurrenzverbot unterstand und die Sekretärin über kein grösseres Detailwissen als ihr Chef besass.

3.3.2 Wegfall des Konkurrenzverbotes infolge Kündigung

Das Konkurrenzverbot fällt dahin, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ohne begründeten Anlass kündigt oder der Angestellte dieses aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst⁶⁹.

Begründet ist die Kündigung durch den Arbeitgeber dann, wenn sich die oder der Angestellte Illoyalitäten zuschulden kommen lässt, die aber nicht derart schwerwiegend sein müssen, dass dies eine fristlose Kündigung rechtfertigt⁷⁰. Auch wenn ein Verschulden des Arbeitnehmers an der Kündigung nicht zwingend notwendig ist, muss er den Anlass zur Kündigung gegeben haben⁷¹. Objektive – von der oder dem Angestellten unabhängige – Kündigungs-

⁶³ Neeracher, S. 32.

⁶⁴ Streiff/von Kaenel, Art. 340 N 14; Neeracher, S. 36; Bohny, S. 110.

⁶⁵ Bspw. die Schädigung infolge der Verwertung von Berufserfahrung oder Branchenkenntnissen; Vgl. dazu Neeracher, S. 36.

⁶⁶ Art. 340c Abs. 1 OR.

⁶⁷ Neeracher, S. 66; Bohny, S. 137.

⁶⁸ Neeracher, S. 66; Bohny, S. 137.

⁶⁹ Art. 340c Abs. 2 OR.

⁷⁰ Streiff/von Kaenel, Art. 340c N 3; Neeracher, S. 69; Bohny, S. 142.

⁷¹ Streiff/von Kaenel, Art. 340c N 3.

gründe genügen nicht als Kündigungsgrund und führen zum Dahinfallen des Konkurrenzverbot⁷².

a) Als begründeter Anlass für eine arbeitgeberseitige Kündigung geschützt wurde⁷³:

- geplante Übernahme eines Konkurrenzbetriebes;
- konkurrierende Tätigkeit während des Arbeitsverhältnisses;
- vorsätzliche Schlechterfüllung der Arbeitspflicht;
- fortgesetzte Unpünktlichkeit und unentschuldigtes Fernbleiben.

b) Kein begründeter Anlass waren die arbeitgeberseitigen Kündigungen aus folgenden Gründen:

- Kündigung infolge einmaligem Blaumachen
- forsches Einfordern der fälligen Lohnansprüche
- einmalige Weigerung zur Leistung von Überstunden

Kündigt der Angestellte das Arbeitsverhältnis, fällt das Konkurrenzverbot nur dahin, falls die Kündigung aus einem „begründeten Anlass“ erfolgte. Auch zu dieser Sachverhaltskonstellation finden sich diverse Gerichtsentscheide⁷⁴:

a) Kein begründeter Anlass (Gültigkeit des Konkurrenzverbotes) war die Kündigung des Arbeitnehmers wegen

- zu tiefem Lohn (lag nur knapp über dem Mindestlohn);
- Lohneinbusse von Fr. 100.-, während die Branche einen Umsatzeinbruch von 25% erlitt;
- Vertragsänderungen, die den Arbeitnehmer nicht wesentlich schlechter stellen.

b) Demgegenüber fiel das Konkurrenzverbot dahin bei einer Kündigung infolge

- einer wesentlich unter dem Marktüblichen liegenden Entlohnung;
- Streichung einer Umsatzbeteiligung von Fr. 48'000.-;
- Änderung des Tätigkeitsbereiches ohne vorgängiges Gespräch;
- Notwendigkeit zur Leistung einer grossen Zahl von Überstunden, ohne dass der Arbeitgeber dagegen Abhilfe schuf;
- Schlechtes Betriebsklima;
- Vorwürfe an den Arbeitnehmer (Chefvertreter), er sei ausgebrannt und akquiriere unter dem Minimum.

Interessant ist das Urteil des Bundesgerichts in BGE 130 III 353, wo ein Arbeitnehmer ordentlich kündigte, die Arbeitgeberin aber noch vor Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist den Vertrag fristlos kündigte. Der Grund für die fristlose Kündigung war die Tatsache, dass der Angestellte bei einer Konkurrenzunternehmung die Arbeit aufnehmen würde und bereits

⁷² Ungenügend ist bspw. ein Produktions- bzw. Umsatzrückgang wegen Billigimporten (Streiff/von Kaenel, Art. 340c N 3 m.V.a. BGE 92 II 36 und 82 II 143).

⁷³ Vgl. Neeracher, S. 71, m.w.V.

⁷⁴ Vgl. dazu Streiff/von Kaenel, Art. 340c N 6; Bohny, S. 146 ff.; Neeracher, S. 74 f.

während der noch laufenden Kündigungsfrist dabei war, diese Tätigkeit vorzubereiten. Dazu führt das Bundesgericht aus⁷⁵:

„Aus dem vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt ergibt sich aber, dass der Kläger [Arbeitnehmer] erst ordentlich kündigte, als er eine neue Stelle gefunden hatte. Ferner habe nicht irgendwelches Fehlverhalten der Arbeitgeberin den Kläger zur Kündigung veranlasst, sondern der schlichte Umstand, eine bessere Stelle gefunden zu haben. Mit Blick auf den Wirkungsbereich der neuen Arbeitgeberin war auch klar, dass der Kläger mit der neuen Anstellung das vereinbarte Konkurrenzverbot verletzen werde. Dies und vom Kläger im Betrieb der Beklagten unternommene Machenschaften zur Vorbereitung der späteren Tätigkeit im Konkurrenzunternehmen, waren nach Darstellung der Beklagten denn auch der Grund für die fristlose Entlassung. Dass sich daraus ohne vorherige Abmahnung kaum ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR ergibt, liegt auf der Hand (...), braucht aber vorliegend mangels Entscheiderheblichkeit nicht endgültig geklärt zu werden. Ausschlaggebend ist einzig, dass solche Vorbereitungen als begründeter Anlass zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR genügen. Stellt die Arbeitgeberin fest, dass ein Arbeitnehmer trotz vertraglichen Konkurrenzverbotes den Übertritt in ein Konkurrenzunternehmen vorbereitet, braucht sie nicht zuzuwarten, bis der Arbeitnehmer die Stelle kündigt. Sie hat vielmehr einen begründeten Anlass, ihrerseits das Arbeitsverhältnis zu beenden, gegebenenfalls unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist.“

4 Beschränkungen des Konkurrenzverbotes

„Das Konkurrenzverbot ist nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen, so dass eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist.“⁷⁶ Wurde ein Konkurrenzverbot gültig vereinbart, so darf dies die wirtschaftlichen Entwicklungsmöglichkeiten des Angestellten nicht unbegrenzt einschränken. Das Konkurrenzverbot muss vor allem in Bezug auf Ort, Zeit und Gegenstand klar definiert sein. Ein übermässiges Konkurrenzverbot fällt jedoch nicht einfach ersatzlos dahin, sondern wird vom Gericht auf das zulässige Mass reduziert bzw. herabgesetzt⁷⁷.

Bei der Beurteilung über die Angemessenheit des Konkurrenzverbotes sind die Interessen des Arbeitgebers an der Unterlassung einer konkurrenzierenden Tätigkeit gegen die Interessen des Angestellten auf seine wirtschaftliche Entfaltungsmöglichkeit abzuwägen⁷⁸. Dies kann je nach Sachverhaltskonstellation zu unterschiedlichen Gerichtsurteilen führen, obwohl formelle Aspekte wie berufliche Stellung, Tätigkeitsbereich etc. gleich sind.

Einen für den Angestellten strengeren Massstab legen die Gerichte bei der Prüfung des Konkurrenzverbotes an, wenn diesem dafür eine Karenzentschädigung bezahlt wird⁷⁹. Auch wenn bei Bezahlung einer solchen Leistung die formellen Voraussetzungen eines Konkurrenzverbotes trotzdem gegeben sein müssen, darf die, dem Angestellten auferlegte Einschränkung seines wirtschaftlichen Fortkommens schwerer wiegen als im Falle eines unbezahlten Konkurrenzverbotes. Bei solchen Leistungen ist zu unterscheiden zwischen einer Karenzentschädigung, welche voraussetzungslos geschuldet ist und einer sogenannten

⁷⁵ BGE 130 III 353, im Original teilweise Fettdruck.

⁷⁶ Art. 340a Abs. 1 OR.

⁷⁷ Art. 340a Abs. 2 OR; Streiff/von Kaenel, Art. 340a N 5 und 7; Neeracher, S. 63.

⁷⁸ Bohny, S. 113.

⁷⁹ Streiff/von Kaenel, Art. 340a N 6; Vgl. dazu auch den Wortlaut in Art. 340a Abs. 2 OR, letzter Halbsatz.

„Lohngarantie“, auf welche der Angestellte nur dann Anspruch hat, wenn er aufgrund der Einhaltung des Konkurrenzverbotes eine Lohneinbusse erleidet⁸⁰.

4.1 Beschränkung nach Ort

Als örtliche Ausdehnung gilt der geografische Bereich, auf welchen sich das Konkurrenzverbot erstrecken soll. Sie wird in jedem Fall beschränkt durch den geografischen Geschäftsbereich des ehemaligen Arbeitgebers, da es ausserhalb dieses Gebietes an einer Konkurrenzierung per se fehlt⁸¹. Weiter beschränkt sich der örtliche Ausdehnungsbereich eines Konkurrenzverbotes in aller Regel auf dasjenige Gebiet, in welchem die oder der ehemalige Angestellte effektiv tätig war⁸². Diese Überlegung resultiert aus der Vermutung, dass nur in demjenigen Gebiet Kundenkenntnisse erworben wurden, in welchen der Angestellte effektiv tätig war. Dem ist aber entgegen zu halten, dass beispielsweise ein Aussendienstmitarbeiter auch Geschäftsgeheimnisse kennen kann, die sich auf das gesamte und nicht nur sein Verkaufsgebiet erstrecken können. Zwar kennt er den Kundenkreis nur aus seinem ehemaligen Verkaufsgebiet, Kalkulationsgrundlagen (Rabattsysteme, Einstandspreise, Preisuntergrenzen, Margen etc.) und Verkaufsstrategien gelten in der Regel aber für ein grösseres Gebiet. Weiter können sich auch Überschneidungen ergeben, weil der ehemalige und der neue Arbeitgeber die Gebiete unterschiedlich definieren⁸³. Ebenfalls darauf zu achten ist bei der örtlichen Abgrenzung, ob auf den Sitz des Konkurrenten oder seinen Wirkungsbereich abgestellt wird⁸⁴.

In Bezug auf die Zulässigkeit der Grösse des Sperrgebietes findet sich bei kleinen und mittleren Unternehmen häufig die Regelung, wonach das Konkurrenzverbot für die gesamte Schweiz gelten soll. Diese Ausdehnung ist per se unzulässig, wenn die Unternehmung nicht in der gesamten Schweiz tätig ist. Heikel ist sie zudem darum, weil ein gesamtschweizerisches Konkurrenzverbot faktisch zu einem Berufsverbot führen kann, was durch die Gerichte nur in seltenen Fällen geschützt wird. Abgestützt werden kann jedoch auf die Grundregel, nach der die Ausdehnung des Konkurrenzverbotes umso grösser sein darf, je spezialisierter ein Geschäft und je intensiver der Kundenkontakt ist⁸⁵.

4.2 Beschränkung nach Zeit

In Bezug auf die zeitliche Beschränkung des Konkurrenzverbotes ist vorweg Art. 340a Abs. 1 OR zu erwähnen, wonach ein solches nur unter „besonderen Umständen“ drei Jahre überschreiten darf. Insofern findet sich in Vertragsvereinbarungen denn auch häufig die Regelung eines Konkurrenzverbotes für maximal drei Jahre.

⁸⁰ Streiff/von Kaenel, Art. 340a N 6.

⁸¹ Streiff/von Kaenel, Art. 340a N 2; Neeracher, S. 50.

⁸² Einschränkung: Streiff/von Kaenel, Art. 340a N 2.

⁸³ Bsp: Beim Baumaterialhändler 1 wird das Verkaufsgebiet für den Aussendienst über den Ort der Baustelle definiert. Beim Baumaterialhändler 2 richtet sich das Verkaufsgebiet nach dem Sitz des Käufers der Produkte (bspw. Architekten, Bauunternehmer, etc.).

⁸⁴ Bsp: Ein Immobilienmakler 1 hat Sitz im Kanton ZH und ist ausschliesslich dort tätig. Immobilienmakler 2 hat zwar seinen Sitz in Genf, bearbeitet den Kanton Zürich aber ebenfalls (Werbung, Akquisition etc.).

⁸⁵ Streiff/von Kaenel, Art. 340a N 2.

Die zulässige Maximaldauer eines Konkurrenzverbotese hängt entscheidend von dem zu schützenden Wissen ab⁸⁶. In Gerichtsfällen kommt es häufig zu einer Reduktion der zeitlichen Dauer eines Konkurrenzverbotese, wobei die diesbezügliche Praxis jedoch uneinheitlich ist⁸⁷:

- Reduktion auf 6 Monate, da dies für den Schutz der Kundschaft genüge;
- Reduktion eines 5-jährigen Verbotese für einen Verkaufschaffeur auf 2 Jahre;
- Reduktion auf 2 Jahre bei einem Kleinvertreter;
- Schutz des Kundenkreises während 2 Jahren;
- Nach Meinung des Bundesgerichts ist eine Dauer von einem Jahr eine relativ kurze Zeit;
- Reduktion des Konkurrenzverbotese von 2 auf 1 Jahr bei einem Mitarbeiter einer Arbeitsvermittlung und Personalverleih;

4.3 Beschränkung nach Gegenstand^[SE6]

Der Gegenstand des Konkurrenzverbotese betrifft die Art der verbotenen Tätigkeit⁸⁸. Auch diesbezüglich kann das Konkurrenzverbot nicht über diejenige Tätigkeit hinaus gehen, welche die Angestellte beim ehemaligen Arbeitgeber ausübte, bzw. darüber entsprechende Kenntnisse besass⁸⁹. Dabei kann das Verbot für eine stark spezialisierte Tätigkeit im Ergebnis zu einem Berufsverbot führen, was durch die Gerichte regelmässig nicht geschützt wird. Zu den Tätigkeiten im Einzelnen wird auf die eingangs gemachten Bemerkungen zu den verschiedenen Arten der Konkurrenzierung verwiesen⁹⁰.

4.4 Keine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens

Das Konkurrenzverbot darf nicht derart streng formuliert sein, dass es beim Angestellten zu einer „unbilligen Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens“⁹¹ führt. Die Beurteilung richtet sich nach den Verhältnissen im konkreten Einzelfall und beschränkt sich nicht nur auf die Kriterien Ort, Zeit und Gegenstand des Konkurrenzverbotese. Ebenfalls von Bedeutung sind bspw. auch die Befähigung und Ausbildung des Angestellten, die ihm verbleibenden Erwerbsmöglichkeiten, seine Vermögens- oder Familienverhältnisse, Alter, Lage auf dem Arbeitsmarkt, Lohnhöhe, Schadenspotenzial beim Arbeitgeber und andere Faktoren⁹². Das zu reduzierende Übermass eines Konkurrenzverbotese kann sich aus einem einzigen Kriterium allein⁹³ oder aus dem Zusammenspiel sämtlicher Bedingungen ergeben, die es insgesamt als übermässig erscheinen lassen⁹⁴.

⁸⁶ Streiff/von Kaenel, Art. 340a N 3.

⁸⁷ Vgl. dazu Streiff/von Kaenel, Art. 340a N 3, m.w.V.

⁸⁸ Streiff/von Kaenel, Art. 340a N 4.

⁸⁹ Streiff/von Kaenel, Art. 340a N 4.

⁹⁰ Vgl. oben, Ziff. 2.2, S. 1 ff.

⁹¹ Art. 340a Abs. 1 OR.

⁹² Streiff/von Kaenel, Art. 340a N 5; Bohny, S. 118 ff.

⁹³ Bspw. weltweiter Geltungsbereich oder Gültigkeit während 5 Jahren.

⁹⁴ Streiff/von Kaenel, Art. 340a N 5.

5 Durchsetzung eines Konkurrenzverbotes

Verletzt der ehemalige Angestellte ein gültiges Konkurrenzverbot, so kann der Arbeitgeber - gesetzt den Fall einer entsprechenden vertraglichen Ausgestaltung des Konkurrenzverbotes - gegenüber dem Fehlbaren folgende zivilrechtlichen Ansprüche geltend machen:

- a) Schadenersatz;
- b) Konventionalstrafe;
- c) Unterlassung der konkurrenzierenden Tätigkeit.

Geschützt wird der Arbeitgeber zudem durch weitere Gesetze, namentlich das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und das Strafgesetzbuch (StGB). Nachfolgend einige Bemerkungen zu diesen Ansprüchen im Einzelnen:

5.1 Zivilrechtliche Ansprüche

5.1.1 Schadenersatz

Der Angestellte hat den Schaden zu ersetzen, welchen er der Arbeitgeberin durch die Verletzung eines Konkurrenzverbotes verursacht⁹⁵. Der bei der Arbeitgeberin entstandene Schaden setzt sich aus dem erlittenen Verlust und dem entgangenen Gewinn zusammen. Der Anspruch und die Bemessung des Schadenersatzes richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen einer Vertragsverletzung⁹⁶, was zur Folge hat, dass erstens der Arbeitgeber sowohl Gegenstand als auch Umfang des eingetretenen Schadens vollumfänglich zu beweisen hat⁹⁷. Lässt sich der Schaden nicht ziffernmässig nachweisen, so ist dieser durch das Gericht zu schätzen⁹⁸. Zweitens besteht nur dann eine Schadenersatzpflicht des Angestellten, wenn zwischen der vertragswidrigen Handlung (Konkurrenzierung) und dem eingetretenen Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang besteht⁹⁹. Mit anderen Worten musste die konkurrenzierende Tätigkeit nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung dazu geeignet sein, den eingetretenen Schaden herbeizuführen, was ebenfalls durch den Arbeitgeber zu beweisen ist.

Aus diesen Ausführungen wird relativ rasch ersichtlich, dass eine Schadenersatzklage wegen Verletzung des Konkurrenzverbotes mit einem erheblichen Prozessrisiko und damit auch einem entsprechenden Kostenrisiko belastet ist. Aus diesem Grund wird im Zusammenhang mit Konkurrenzverboten häufig eine Konventionalstrafe vereinbart.

5.1.2 Konventionalstrafe

Obwohl die Konventionalstrafe als Rechtsinstitut bereits im allgemeinen Teil des Obligationenrechts geregelt ist¹⁰⁰, finden sich im Einzelarbeitsvertragsrecht zusätzliche, spezifische Regelungen¹⁰¹.

⁹⁵ Art. 340b Abs. 1 OR.

⁹⁶ Vgl. dazu: Streiff/von Kaenel, Art. 340b N 2; Bohny, S. 150 ff.; Neeracher, S. 100 ff.

⁹⁷ Streiff/von Kaenel, Art. 340b N 2; Bohny, S. 150; Neeracher, S. 101.

⁹⁸ Streiff/von Kaenel, Art. 340b N 2; Neeracher, S. 101.

⁹⁹ Streiff/von Kaenel, Art. 340b N 2; Neeracher, S. 101.

¹⁰⁰ Art. 160 ff. OR.

Eine Konventionalstrafe ist nur geschuldet, wenn dies schriftlich vereinbart wurde¹⁰². Dabei bedarf deren Formulierung im Vertrag aufgrund der dispositiven Gesetzesregelung besonderes Augenmerk. Die gesetzliche Regelung sieht nämlich vor, dass erstens der Arbeitgeber mangels anderer Abrede nur die Erfüllung des Vertrages oder die Zahlung der Konventionalstrafe verlangen kann¹⁰³. Zweitens hat der Arbeitnehmer einen die Konventionalstrafe übersteigenden Schaden nur dann zu bezahlen, wenn ihn ein Verschulden trifft¹⁰⁴. Diese dispositiven Regelungen werden im wesentlichen auch im Einzelarbeitsvertragsrecht bestätigt¹⁰⁵. Will sich der Arbeitgeber für den Fall der Verletzung eines Konkurrenzverbotes sämtliche Optionen offen halten, empfiehlt sich eine vorsichtige Formulierung der entsprechenden Vertragsklausel.

Die Höhe der vereinbarten Konventionalstrafe lässt sich sowohl in Form eines fixen Betrages als auch in Abhängigkeit des Monatslohnes ausdrücken. Obwohl die Vertragsparteien diesbezüglich frei sind, steht es dem Gericht offen, eine übermässig hohe Konventionalstrafe nach seinem Ermessen herabzusetzen¹⁰⁶. Die Gerichtspraxis zur Reduktion von Konventionalstrafen ist äusserst uneinheitlich und oft werden dabei auch verschiedene, sachfremde Kriterien mitberücksichtigt¹⁰⁷. Einige Beispiele von Kürzungen durch die Gerichte¹⁰⁸:

- von Fr. 50'000 auf Fr. 20'000 (Handelsreisender Eisenwarenhandel);
- von Fr. 50'000 auf Fr. 20'000 (Chefchemiker Oberflächentechnik);
- von Fr. 16'800 auf Fr. 1'000 (Herrencoiffeur);
- von Fr. 10'000 auf Fr. 3'000 (Autoverkäufer, gemeinsames Verschulden an Auflösung des Arbeitsverhältnisses);
- von Fr. 58'000 auf Fr. 25'000 (Servicemonteur für Schreibmaschinen);
- von Fr. 100'000 auf $\frac{2}{3}$ eines Monatslohnes (Ein- und Verkäuferin einer Modeboutique);
- von Fr. 20'000 auf 7'500 (Baumaterialvertreter);
- von Fr. 100'000 auf Fr. 10'000 (Geschäftsführer Transportunternehmen);
- von Fr. 66'000 auf Fr. 6'000 (Direktor);
- von Fr. 50'000 auf Fr. 9'000 (entsprach zwei Monatslöhnen; Angestellter eines Personalvermittlungsbüros);
- von Fr. 82'000 auf Fr. 4'000 (entsprach der an den Angestellten bezahlten Karenzentschädigung).

5.1.3 Klage auf Unterlassung der konkurrenzierenden Tätigkeit

Sofern vertraglich vereinbart¹⁰⁹, kann der Arbeitgeber ein gültiges Konkurrenzverbot auch in Form einer Unterlassungsklage durchsetzen. Dies stellt das stärkste Instrument dar und führt

¹⁰¹ Art. 340b Abs. 2 und 3 OR.

¹⁰² Dies gilt sowohl für die Konventionalstrafe per se, da diese ein wesentlicher Teil des Konkurrenzverbotes darstellt (Streiff/von Kaenel, Art. 340b N 4), als auch für spezifische Arten der Ausgestaltung (Art. 340b Abs. 3 OR).

¹⁰³ Art. 160 Abs. 1 OR; Art. 340b Abs. 3 OR.

¹⁰⁴ Art. 161 Abs. 2 OR.

¹⁰⁵ Art. 340b Abs. 2 und 3 OR.

¹⁰⁶ Art. 163 Abs. 1 und 3 OR.

¹⁰⁷ Vgl. zu den diesbezüglichen Erkenntnissen im Einzelnen: Streiff/von Kaenel, Art. 340b N 5.

¹⁰⁸ Vgl. Streiff/von Kaenel, Art. 340b N 6; Weitere Beispiele bei ZK-Staehelin, Art. 340b N 11 f. und Bohny, S. 158.

¹⁰⁹ Art. 340b Abs. 3 und Art. 160 Abs. 1 OR.

im Erfolgsfall dazu, dass das Gericht den Angestellten unter Strafandrohung anweist, eine (konkrete) konkurrenzierende Tätigkeit zu unterlassen. Geschützt wird eine solche Klage nur, wenn die gerichtliche Interessenabwägung klar zu Gunsten des Arbeitgebers ausfällt: Dieser muss ein überragendes Interesse am Verzicht einer konkurrierenden Tätigkeit haben, vergleicht man dieses mit den Interessen des Angestellten an der Ausübung bzw. Weiterführung seiner beruflichen Tätigkeit¹¹⁰.

Auf Seiten des Angestellten wird als Voraussetzung einer Realexekution ein besonders treuwidriges Verhalten des Arbeitnehmers verlangt¹¹¹. Die Verletzung des vertraglich vereinbarten Konkurrenzverbotes allein genügt dabei nicht. Vielmehr wird ein Verhalten verlangt, das in besonderer Weise gegen Treu und Glauben verstösst, beispielsweise wenn sich der Arbeitnehmer die Konventionalstrafe durch den neuen Arbeitgeber bezahlen lässt, jegliche Bereitschaft vermissen lässt, sich an das vereinbarte Verbot zu halten oder Kunden mit falschen Behauptungen abwirbt¹¹².

In der gerichtlichen Praxis werden Klagen auf Realerfüllung eines Konkurrenzverbotes nur sehr zurückhaltend geschützt. Dies nicht zuletzt, weil der beim klagenden Arbeitgeber drohende Schaden enorm gross sein muss und durch diesen zu beweisen ist¹¹³. Verschiedentlich ist davon die Rede, dass gar die Existenz der betroffenen Unternehmung in Frage gestellt sein muss, womit Realerfüllung nur in eigentlichen Notfällen Platz greift¹¹⁴. Auch wenn diese Meinung durch das Bundesgericht nicht bestätigt wurde¹¹⁵, bleibt festzustellen, dass die Realexekution, trotz vertraglicher Vereinbarung, nur in Ausnahmefällen erfolgreich geltend gemacht werden kann.

5.1.4 Exkurs: Vorsorgliche Massnahmen im Gerichtsverfahren

Die Realexekution kann im Gerichtsverfahren auch im Rahmen einer vorsorglichen (provisorischen) Massnahme beantragt werden¹¹⁶. Sinn und Zweck einer solchen Massnahme ist es, zu verhindern, dass eine unzulässige Konkurrenzierung während eines laufenden Gerichtsverfahrens den Anspruch des Arbeitgebers auf Einhaltung eines Konkurrenzverbotes faktisch verunmöglicht¹¹⁷. Die prozessualen Voraussetzungen für eine solche Massnahme ergeben sich aus dem kantonalen Prozessrecht, wo regelmässig auch vorgesehen ist, dass der betroffene Arbeitnehmer die Leistung einer Prozesskaution (Sicherheitsleistung) verlangen kann¹¹⁸. Verhängt das Gericht ein Konkurrenzverbot in Form einer vorsorglichen Massnahme, so wird dem Angestellten gerichtlich befohlen, seine Stelle per sofort zu verlassen. Aufgrund der damit für den Angestellten verbundenen Nachteile sollte die Prozesskaution nach Ansicht von STREIFF/VON KAENEL nicht unter einem Jahressalär liegen¹¹⁹.

¹¹⁰ Streiff/von Kaenel, Art. 340b N 8; Neeracher, S. 119; Bohny, S. 159.

¹¹¹ Neeracher, S. 120; Streiff/von Kaenel, Art. 340b N 8.

¹¹² Neeracher, S. 120, m.w.V.

¹¹³ Streiff/von Kaenel, Art. 340b N 8.

¹¹⁴ Streiff/von Kaenel, Art. 340b N 8; Neeracher, S. 119.

¹¹⁵ BGE 103 II 126.

¹¹⁶ Streiff/von Kaenel, Art. 340b N 9; Neeracher, S. 121 ff.; Bohny, S. 164 ff.

¹¹⁷ Streiff/von Kaenel, Art. 340b N 9; Neeracher, S. 121 f.

¹¹⁸ Streiff/von Kaenel, Art. 340b N 9; Neeracher, S. 126 f.

¹¹⁹ Streiff/von Kaenel, Art. 340b N 9.

5.2 Andere Rechtsbehelfe

Entscheidet sich ein Arbeitgeber, gegen ein unerlaubtes Verhalten des ehemaligen Angestellten vorzugehen, sind sämtliche, zur Verfügung stehenden Optionen zu prüfen. Hauptproblem einer gerichtlichen Durchsetzung des Konkurrenzverbotes ist das meines Erachtens hohe Prozessrisiko. Gesetz und Rechtsprechung eröffnen eine Vielzahl von Möglichkeiten, ein vereinbartes Konkurrenzverbot herabzusetzen oder als ungültig zu erklären.

Ein gültiges Konkurrenzverbot bedingt geheimhaltungswürdige Informationen¹²⁰. Es bietet sich daher an, nicht nur die Konkurrenzierung zu verbieten, sondern im Einzelarbeitsvertrag auch eine ausdrückliche Geheimhaltungspflicht (mit Konventionalstrafe) zu vereinbaren. Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse stehen zudem unter dem Schutz weiterer gesetzlicher Vorschriften, weshalb es sich anbietet, andere Anspruchsgrundlagen zu prüfen, die zwar nicht die Konkurrenzierung, dafür aber bereits den Geheimnisverrat sanktionieren. Die grösste Schwierigkeit liegt in der Regel darin, die entsprechenden fehlbaren Handlungen¹²¹ nachzuweisen. Trotzdem aber sind es prüfenswerte Alternativen, die je nach Situation alternativ oder kumulativ geltend gemacht werden können.

5.2.1 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

Geheimhaltungswürdiges Wissen wird nicht nur durch das Einzelarbeitsvertragsrecht¹²² geschützt. Ein Geheimnisverrat verletzt den unverfälschten und lautereren Wettbewerb, weshalb auch im Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) Vorschriften finden, auf die sich ein Arbeitgeber berufen kann. Zu unterscheiden ist in diesem Fall zudem der Adressat. Es besteht nämlich die Möglichkeit, sowohl gegen den ehemaligen Angestellten, als auch gegen den neuen Arbeitgeber vorzugehen. Zur Anwendung gelangen können dabei nachfolgende Vorschriften:

a) Gegen den ehemaligen Angestellten

- *passive Bestechung* durch Annahme oder sich versprechen lassen von nicht gebührenden Vorteilen für eine pflichtwidrige oder in seinem Ermessen liegende Handlung (Art. 4a lit. b UWG);
- *unbefugtes Verwerten einer fremden Leistung*, bspw. Offerten, Berechnungen oder Pläne des ehemaligen Arbeitgebers (Art. 5 lit. a UWG);
- *Verwertung oder Weitergabe von fremden Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen*, die unrechtmässig in Erfahrung gebracht wurden (Art. 6 UWG).

b) Gegen den neuen Arbeitgeber

- *aktive Bestechung* durch Anbieten oder Versprechen von nicht gebührenden Vorteilen für eine pflichtwidrige oder im Ermessen des Bestochenen liegende Handlung (Art. 4a lit. a UWG);

¹²⁰ Vgl. oben, Ziff. 2.1, S. 1.

¹²¹ Bspw. den Geheimnisverrat oder dessen Verwertung.

¹²² Und dort durch das Konkurrenzverbot (Art. 340 ff. OR) und die Geheimhaltungspflicht (Art. 321a Abs. 4 OR).

- *Verwerten einer fremden Leistung, die unbefugterweise überlassen oder zugänglich gemacht wurde*, bspw. Kundenlisten des ehemaligen Arbeitgebers, die der neu eingetretene Angestellte mitbrachte (Art. 5 lit. b UWG);
- *Übernahme und Verwertung eines marktreifen Ergebnisses ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren* (Art. 5 lit. c UWG);
- *Verwertung oder Weitergabe von fremden Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen*, die unrechtmässig in Erfahrung gebracht wurden (Art. 6 UWG).

Das UWG bietet dem Betroffenen sowohl zivil- als auch strafrechtliche Instrumente an. Der Geschädigte kann auf Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe klagen und auch veranlassen, dass eine drohende Verletzung verboten, eine bestehende Verletzung beseitigt oder die Widerrechtlichkeit einer bestehenden Verletzung festgestellt wird¹²³. Möglich ist auch eine Strafklage, da die vorsätzliche Verletzung der oben erwähnten Bestimmungen mit Gefängnis oder Busse bis Fr. 100'000.- bestraft werden kann¹²⁴.

5.2.2 Strafgesetzbuch

Schliesslich ist auch Art. 162 StGB zu erwähnen, welcher den Verrat eines Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses, das infolge einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht zu bewahren ist, mit Gefängnis oder Busse bestraft. Ebenfalls strafbar ist diejenige Person, welche den Verrat für sich oder einen anderen ausnützt¹²⁵.

6 Zusammenfassung

Das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Arbeitsrecht ist ein Instrument, welches die unerlaubte Verwertung betrieblicher Geheimnisse und Know-How verhindern soll. Dieses Ziel widerspricht jedoch diametral den Interessen des Arbeitnehmers, welcher nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses darauf angewiesen ist, seine Arbeitskraft und damit auch seine Fähigkeiten und Kenntnisse auf dem Arbeitsmarkt anbieten zu können.

Die Gültigkeit eines Konkurrenzverbotes hängt von sehr vielen Voraussetzungen ab und das Gesetz sieht diverse Fälle vor, in denen es dahinfällt oder durch das Gericht reduziert werden kann. Hinzu kommt, dass die Vorschriften, welche die Voraussetzung für eine solche Reduktion umschreiben, viele unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten. Das Ergebnis ist ein enormer Ermessensspielraum der Gerichte bei der Beurteilung eines Konkurrenzverbotes. Dies und die Tendenz der Gerichte zum Arbeitnehmerschutz führt dazu, dass nur in absolut begründeten Fällen ein gültiges Konkurrenzverbot vereinbart und davon ausgegangen werden kann, dass ein solches im Streitfall auch geschützt wird.

Aus dieser Tatsache heraus ergibt sich die Empfehlung, dass sich ein Arbeitgeber bewusst sein muss, dass Konkurrenzverbote nur in begründeten Fällen erfolgreich gerichtlich durchgesetzt werden können. Und selbst dann ist es absolut notwendig, die vertragliche Vereinbarung sorgfältig aufzusetzen und auf den konkreten Einzelfall abzustimmen.

¹²³ Art. 9 UWG.

¹²⁴ Art. 23 UWG.

¹²⁵ Art. 162 Abs. 2 StGB.

Anhang: Gesetzliche Grundlagen

VII. Konkurrenzverbot 1. Voraussetzungen	<p>Art. 340</p> <p>¹ Der handlungsfähige Arbeitnehmer kann sich gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich verpflichten, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sich jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten, insbesondere weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem des Arbeitgebers in Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen.</p> <p>² Das Konkurrenzverbot ist 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.</p>
2. Beschränkungen	<p>Art. 340a</p> <p>¹ Das Verbot ist nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen, so dass eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist; es darf nur unter besonderen Umständen drei Jahre überschreiten.</p> <p>² Der Richter kann ein übermässiges Konkurrenzverbot unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen einschränken; er hat dabei eine allfällige Gegenleistung des Arbeitgebers angemessen zu berücksichtigen.</p>
3. Folgen der Übertretung	<p>Art. 340b</p> <p>¹ Übertritt der Arbeitnehmer das Konkurrenzverbot, so hat er den dem Arbeitgeber erwachsenden Schaden zu ersetzen.</p> <p>² Ist bei Übertretung des Verbotes eine Konventionalstrafe geschuldet und nichts anderes verabredet, so kann sich der Arbeitnehmer durch deren Leistung vom Verbot befreien; er bleibt jedoch für weiteren Schaden ersatzpflichtig.</p> <p>³ Ist es besonders schriftlich verabredet, so kann der Arbeitgeber neben der Konventionalstrafe und dem Ersatz weiteren Schadens die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangen, sofern die verletzten oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers und das Verhalten des Arbeitnehmers dies rechtfertigen.</p>
4. Wegfall	<p>Art. 340c</p> <p>¹ Das Konkurrenzverbot fällt dahin, wenn der Arbeitgeber nachweisbar kein erhebliches Interesse mehr hat, es aufrecht zu erhalten.</p> <p>² Das Verbot fällt ferner dahin, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat, oder wenn es dieser aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst.</p>

Art. 464

D. Konkurrenz-
verbot

¹ Der Prokurist, sowie der Handlungsbevollmächtigte, der zum Betrieb des ganzen Gewerbes bestellt ist oder in einem Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Gewerbes steht, darf ohne Einwilligung des Geschäftsherrn weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Geschäfte machen, die zu den Geschäftszweigen des Geschäftsherrn gehören.¹⁸⁰

² Bei Übertretung dieser Vorschrift kann der Geschäftsherr Ersatz des verursachten Schadens fordern und die betreffenden Geschäfte auf eigene Rechnung übernehmen.