

ARBEITSRECHT

NOVEMBER 2020
NEWSLETTER 10

KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE – PERSPEKTIVEN



Liebe Leserin, lieber Leser

Viele Arbeitsverträge beinhalten ein nachvertragliches Konkurrenzverbot. Die **Durchsetzung des Konkurrenzverbots** gestaltet sich aber oft schwierig und endet oft in einem Gerichtsverfahren. In unserem ersten Top-Thema wird erklärt, was bei der Formulierung des Konkurrenzverbots zu beachten ist, damit dieses den gewünschten Schutz vor einer Konkurrenzierung durch den ehemaligen Mitarbeitenden bietet.

In unserem zweiten Top-Thema erfahren Sie das Wichtigste über die **Verjährung von arbeitsrechtlichen Forderungen**. In Bezug auf die Verjährung von Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis ist insbesondere zwischen geldwerten Leistungen mit Lohncharakter und solchen ohne Lohncharakter zu unterscheiden.

Beste Grüße

Marc Ph. Prinz, Herausgeber, Head of Employment VISCHER

IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema:
Konkurrenzverbote Seite 1
- Praxisfälle:
Konkurrenzverbot Seite 4
- Top-Thema:
Verjährung arbeitsrechtlicher Ansprüche Seite 5
- Gerichtsentscheid:
Überstundenarbeit Seite 7
- Top-Thema:
Entschädigung Homeoffice Seite 8
- Gerichtsentscheid:
Konkurrenzverbot Seite 11
- Arbeitshilfe:
Konkurrenzverbotsklausel Seite 12

Durchsetzung von Konkurrenzverboten

Arbeitgeber vereinbaren in den Arbeitsverträgen ihrer leitenden Mitarbeitenden häufig ein nachvertragliches Konkurrenzverbot, um diesen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine konkurrenzierende Tätigkeit zu verbieten. Doch sind derartige Konkurrenzverbote faktisch durchsetzbar?

■ Von Joy Malka

Infolge der arbeitsrechtlichen Treuepflicht (Art. 321a OR) ist es den Mitarbeitenden während der Dauer des Arbeitsverhältnisses untersagt, für die Konkurrenz tätig zu sein oder eine selbstständige konkurrenzierende Tätigkeit auszuüben. Dieses Konkurrenzverbot erlischt mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Möchte ein Arbeitgeber sein Unternehmen

auch in der Folgezeit schützen, so muss er mit einem Mitarbeitenden ein nachvertragliches Konkurrenzverbot vereinbaren (vgl. Art. 340 Abs. 1 OR). Das Gesetz enthält klare Gültigkeitsvoraussetzungen sowie Beschränkungen, die es bei dem Verfassen eines Konkurrenzverbots zu beachten gilt, andernfalls ein solches Verbot nicht durchgesetzt werden kann.

Gültigkeitsvoraussetzungen

Für die Gültigkeit eines Konkurrenzverbots wird zunächst vorausgesetzt, dass der sich verpflichtende Mitarbeitende **handlungsfähig**, d.h., volljährig und urteilsfähig ist.

Zudem bedarf ein Konkurrenzverbot für dessen Gültigkeit einer **schriftlichen Vereinbarung**, welche mindestens die Unterschrift des sich verpflichtenden Mitarbeitenden aufweisen muss. Bis dato ungeklärt bzw. in Lehre und Rechtsprechung umstritten ist dabei die Frage, ob der Verweis im Arbeitsvertrag auf ein separates Personalreglement, welches ein Konkurrenzverbot aufweist, dem Schriftlichkeitserfordernis genügt.

Als dritte Gültigkeitsvoraussetzung muss das Arbeitsverhältnis dem Mitarbeitenden **Ein-**



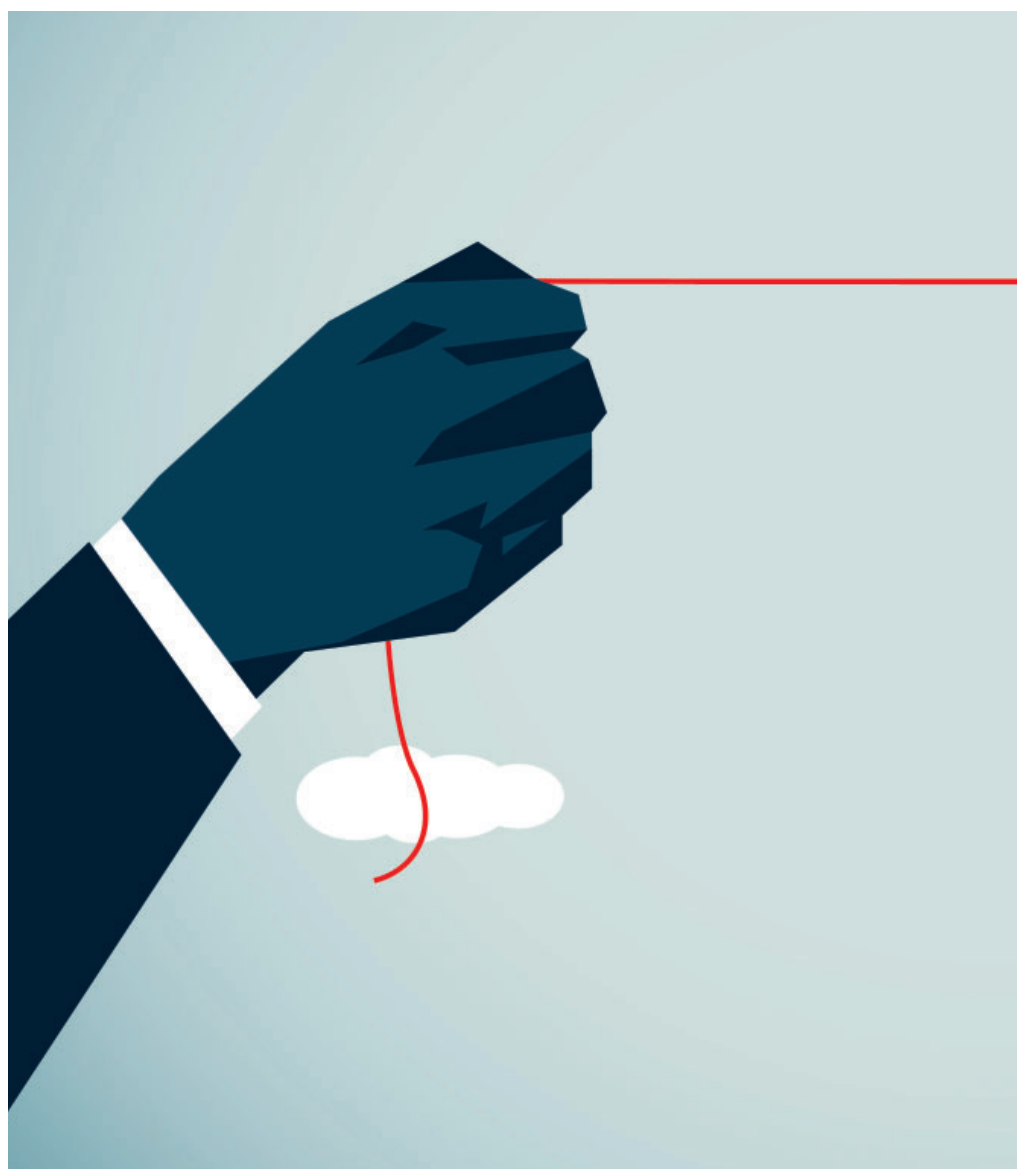
blick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewähren und die Verwendung dieser Kenntnisse muss den **Arbeitgeber erheblich schädigen können** (Art. 340 Abs. 2 OR). Entsprechend kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein Konkurrenzverbot vereinbart werden, sofern ein Mitarbeitender dem Kunden eine Leistung erbringt, die vorwiegend von seinen persönlichen Eigenschaften bzw. Fähigkeiten geprägt ist, so dass der Kunde diesen Fähigkeiten eine grössere Wichtigkeit beimisst als der Identität des Arbeitgebers (vgl. BGE 138 III 67, E. 2.2.1). Dies gilt insbesondere bei den sog. freien Berufen (z.B. Ärzte, Zahnärzte, Rechtsanwälte, Architekten, Ingenieure), bei welchen die Persönlichkeit des Mitarbeitenden für die Beziehung zu den Patienten bzw. Klienten oder Kunden üblicherweise von entscheidender Bedeutung ist. Folglich ist grundsätzlich davon auszugehen, dass – Ausnahmen vorbehalten – ein Konkurrenzverbot mit Angehörigen dieser Berufsgattung nicht gültig vereinbart werden kann (Urteil 4C-100/2006 vom 13. Juli 2007, E. 2.6; Urteil 4A_489/2011 vom 10. Januar 2012, E. 2.2).

Beschränkungen

Das Gesetz sieht folgende Beschränkungen vor, welche zum Ziel haben, die Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Fortkommens des Mitarbeitenden zu begrenzen:

- **Geographische Beschränkung:** Das Konkurrenzverbot darf nicht weiter als der effektive Wirkungskreis des Arbeitgebers reichen.
- **Zeitliche Beschränkung:** Das Konkurrenzverbot darf nur unter besonderen Umständen für länger als drei Jahre vereinbart werden. In der Praxis wird regelmässig eine Dauer zwischen sechs Monaten und zwei Jahren vorgesehen, wobei die Dauer wesentlich vom Schädigungspotenzial des Mitarbeitenden für den Arbeitgeber abhängt.
- **Sachliche Beschränkung:** Das Konkurrenzverbot soll nicht über die beim Arbeitgeber effektiv ausgeübte Tätigkeit hinausgehen.

Das Bundesgericht hat jüngst festgehalten, dass das Verbot in geografischer, zeitlicher und gegenständlicher Hinsicht bestimmt oder durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip bestimmbar sein muss, ansonsten es nicht



gültig vereinbart wurde. Die sachliche Verbotsbeschreibung als *«jede konkurrenzierende Tätigkeit»* erachtete es als genügend bestimmt bzw. hinreichend bestimmbar (Urteil 4A_210/2018 vom 2. April 2019, E. 3.6).

Sofern ein übermässiges Konkurrenzverbot vereinbart wurde, kann der Richter das Verbot nach seinem Ermessen einschränken (Art. 340a Abs. 2 OR). Bei der Evaluierung, ob ein Konkurrenzverbot als übermässig zu qualifizieren ist, wird auch gewürdigt, ob der betroffene Mitarbeitende eine Gegenleistung (sog. Karententschädigung) erhält.

Wegfall des Konkurrenzverbots

Ein vertraglich vereinbartes Konkurrenzverbot fällt von Gesetzes wegen in den folgenden Fällen dahin (Art. 340c OR):

- Der Arbeitgeber hat nachweisbar kein erhebliches Interesse an der Aufrechterhaltung des Konkurrenzverbots.
- Der Arbeitgeber hat das Arbeitsverhältnis mit dem Mitarbeitenden ohne begründeten Anlass gekündigt.
- Der Mitarbeitende hat den Arbeitsvertrag aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass gekündigt.

Was den Begriff des «begründeten Anlasses» anbelangt, ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Gegenpartei den Anlass zur Kündigung zu verantworten hat. Dabei muss kein wichtiger Grund, welcher für eine fristlose Kündigung zwingend notwendig ist, vorliegen. Zudem muss es sich beim Anlass, welcher zur Kündigung geführt hat, nicht um eine eigentliche Vertragsverletzung der Gegenpartei handeln.



Konsequenzen bei Missachtung des Konkurrenzverbots

Sofern ein Konkurrenzverbot gültig vereinbart wurde und nicht dahingefallen ist, stehen einem Arbeitgeber bei Verletzung des Verbots durch den Mitarbeitenden folgende Massnahmen offen:

Schadenersatzforderung

Im Falle einer Verletzung des Konkurrenzverbots sieht das Gesetz zunächst die Schadenersatzpflicht des Mitarbeitenden vor (Art. 340b Abs. 1 OR). Der erstattungsfähige Schaden sowie der Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und der Vertragsverletzung müssen vom Arbeitgeber bewiesen werden. Dieses Unterfangen erweist sich in der Praxis oft als schwierig oder gar unmöglich.

Konventionalstrafe

Das Gesetz sieht weiter vor, dass die Parteien im Falle einer Verletzung des Konkurrenzverbots zusätzlich die Zahlung einer Konventionalstrafe vereinbaren können (Art. 340b Abs. 2 OR). Eine solche Sanktion, welche schriftlich vereinbart werden muss, verlangt keinen Schadensnachweis durch den Arbeitgeber. Zudem sind die Parteien bezüglich der Festlegung der Höhe der Konventionalstrafe grundsätzlich frei. Sofern der vereinbarte Betrag als übermässig erachtet wird, reduzieren die Gerichte diesen nach ihrem Ermessen (vgl. Art. 163 OR) und berücksichtigen dabei die konkreten Umstände des Einzelfalls. Erfolgt die Verletzung des Verbots wiederholt, ist die Konventionalstrafe – ohne anderslautende Abrede der Parteien – nur einmal geschuldet. Das wiederholte Tätigwerden für den gleichen

Konkurrenten gilt dabei als eine Verletzung, weshalb die Konventionalstrafe nur einmal zu entrichten ist. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Mitarbeitende mangels anderslautender Abrede durch die Leistung der Konventionalstrafe vom Verbot befreien kann.

Realexekution

Neben der Zahlung von Schadenersatz und einer Konventionalstrafe sieht das Gesetz schliesslich noch das (schärfste) Mittel zur Durchsetzung des Konkurrenzverbots vor, die sog. Realexekution. Die Beseitigung des vertragswidrigen Zustands muss jedoch schriftlich vereinbart worden sein (Art. 340b Abs. 3 OR). Ferner müssen die verletzten oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers und das Verhalten des Mitarbeitenden diese scharfen Massnahme rechtfertigen. Verbotene Konkurrenzierung allein genügt deshalb noch nicht, was bei betroffenen Arbeitgebern auf wenig Verständnis trifft. Angesichts des scharfen Eingriffs in die wirtschaftliche Freiheit des Mitarbeitenden fordern die Gerichte bei der vorzunehmenden Interessenabwägung aber ein eindeutiges Resultat, was dazu führt, dass die Realexekution in der Praxis trotz klarem Verbotsverstoss nicht immer gelingt. Aus prozessualer Sicht ist es empfehlenswert, bei einem nachweisbaren Verstoss gegen das Konkurrenzverbot und der erheblichen Verletzung bzw. Gefährdung der Interessen des Arbeitgebers die Realexekution umgehend zu verlangen. Bei zu langem Zuwarten besteht das Risiko, dass das Gericht von einem geringen Interesse des Arbeitgebers an der Realexekution ausgeht und diese nicht gewähren wird.

Fazit

Die Vereinbarung eines Konkurrenzverbots kann den Arbeitgeber nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor einer konkurrierenden Tätigkeit des ehemaligen Mitarbeitenden schützen. Ein solcher Schutz ist jedoch nur dann gewährleistet, wenn das Verbot sorgfältig verfasst wurde. Selbst ein gut formuliertes Konkurrenzverbot schützt im Einzelfall aber nicht immer vor einer tatsächlichen Konkurrenzierung durch den ehemaligen Mitarbeitenden.



AUTORIN

Joy Malka, lic. iur., Rechtsanwältin bei Blesi & Papa, Zürich.