

EmploymentNews Nr.

41

**Stolpersteine im Bereich des arbeitsrechtlichen
Konkurrenzverbots:** Bewusstseinschärfung im Lichte des Urteils des Bundesgerichts

4A_210/2018 vom 2. April 2019.



Von **Philippe Nordmann**
Partner
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Telefon +41 58 658 14 50
philippe.nordmann@walderwyss.com



und **Jonas Knechtli**
Senior Associate
MLaw, Rechtsanwalt
Telefon +41 58 658 14 82
jonas.knechtli@walderwyss.com

Notwendige Bewusstseinschärfung

Arbeitsverträge enthalten heute beinahe schon standardmässig nachvertragliche Konkurrenzverbote. Ob und unter Beachtung welcher Voraussetzungen sich damit tatsächlich eine Konkurrenzierung durch ehemalige Arbeitnehmer verhindern lässt, ist jedoch mit zahlreichen Unsicherheiten verbunden. Mindestens eine dieser Unsicherheiten hat das Bundesgericht in seinem Urteil 4A_210/2018 vom 2. April 2019 nun aber ausgeräumt, indem es unmissverständlich klargestellt hat, dass sich die Arbeitsvertragsparteien auch gültig auf ein Verbot „jeder konkurrenzierender Tätigkeit“ verständigen können. Dies soll zum Anlass genommen werden, mit vorliegenden EmploymentNews einen kleinen Beitrag zur allgemeinen Bewusstseinschärfung zu liefern sowie auf einige in der Praxis besonders häufig begangene, jedoch ohne Weiteres vermeidbare „Fehler“ hinzuweisen.

Ausgangslage

Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ist dem Arbeitnehmer die Konkurrenzierung seiner Arbeitgeberin bereits aufgrund seiner allgemeinen gesetzlichen Treuepflicht verboten (vgl. Art. 321a Abs. 3 OR). Gerade gegenteilig verhält es sich jedoch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses: Ab diesem Zeitpunkt ist es dem Arbeitnehmer grundsätzlich unbenommen, seine ehemalige Arbeitgeberin zu konkurrenzieren.

Möchte die Arbeitgeberin dies dereinst verhindern, muss sie eine ganze Reihe von durch Gesetzgeber (vgl. Art. 340 ff. OR) und Rechtsprechung aufgestellte Voraussetzungen beachten. Unterlässt sie dies, ist das entsprechende nachvertragliche Konkurrenzverbot (anschliessend - sofern nicht ausdrücklich anders bezeichnet - "Konkurrenzverbot") entweder ungültig oder mindestens nicht vollumfänglich durchsetzbar.

In vorliegenden EmploymentNews soll unter Hinweis auf das kürzlich ergangene Urteil des Bundesgerichts 4A_210/2018 vom 2. April 2019 zunächst übersichtsweise aufgezeigt werden, unter welchen Voraussetzungen ein gültiges sowie durchsetzbares Konkurrenzverbot vereinbart werden kann und welche Folgen dessen Übertretung nach sich zieht. Gestützt darauf soll dann in einem zweiten Schritt auch noch auf die in diesem Zusammenhang wohl häufigsten Stolpersteine hingewiesen sowie aufgezeigt werden, wie diese nach Möglichkeit vermieden werden können.

Gültigkeitsvoraussetzungen

An die gültige Vereinbarung eines Konkurrenzverbots werden folgende Mindestvoraussetzungen gestellt:

1. Das Konkurrenzverbot muss schriftlich vereinbart werden und mindestens vom handlungsfähigen (d.h. volljährigen und urteilsfähigen) Arbeitnehmer unterschrieben werden. Wie das Bundesgericht in seinem Urteil 4A_210/2018 vom 2. April 2019 (E. 3) nun klargestellt hat, muss die schriftliche Vereinbarung zwingend auch den zeitlichen, örtlichen und gegenständlichen Umfang des Konkurrenzverbots definieren. Die an diese umfangmässige Definition gestellten Anforderungen sind immerhin verhältnismässig tief angesetzt – eine gegenständliche Erstreckung auf „jede konkurrenzierende Tätigkeit“ soll dem entsprechenden Bestimmtheits- bzw. Bestimmbarkeitserfordernis gemäss dem besagten Urteil etwa bereits genügen.
2. Der Arbeitnehmer muss im Verlaufe des Arbeitsverhältnisses Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse der Arbeitgeberin erhalten haben. Einblick in den Kundenkreis hatte ein Arbeitnehmer praxismässig nur dann, wenn er aufgrund der über Stammkunden und deren Gewohnheiten erlangten Kenntnisse leicht vergleichbare Leistungen wie die

Arbeitgeberin anbieten und die Kunden so für sich gewinnen könnte. Einblick in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse hatte der Arbeitnehmer nur bei Möglichkeit der Erlangung von arbeitgeberspezifischen Spezialkenntnissen technischer, organisatorischer oder finanzieller Natur, die geheim sind und dies nach dem Willen der Arbeitgeberin auch bleiben sollen.

3. Infolge des erwähnten Einblicks muss sodann eine erhebliche Schädigung der Arbeitgeberin drohen. Daran fehlt es namentlich dann, wenn der Arbeitnehmer Leistungen erbrachte, die überwiegend von seinen persönlichen Fähigkeiten geprägt waren, sodass diese Fähigkeiten für den Kunden wichtiger als die Identität der Arbeitgeberin sind (regelmässig der Fall bei freien Berufen wie Arzt, Architekt, etc.).
4. Schliesslich darf das Arbeitsverhältnis nicht durch die Arbeitgeberin aufgelöst worden sein, ohne dass ihr der Arbeitnehmer begründeten Anlass dazu gegeben hatte bzw. nicht durch den Arbeitnehmer aufgelöst worden sein, nachdem die Arbeitgeberin ihm begründeten Anlass dazu gegeben hatte. Als begründeter Anlass gilt jedes der anderen Partei zuzurechnende Ereignis, das bei vernünftiger kaufmännischer Erwägung erheblichen Anlass zur Kündigung geben konnte – eine zugestandenermassen schwammige Definition.

Sind diese Mindestvoraussetzungen nicht oder nicht mehr erfüllt, bleibt bzw. wird ein vereinbartes Konkurrenzverbot ungültig.

Möglicher Umfang des Konkurrenzverbots

Das Vorliegen eines gültig vereinbarten Konkurrenzverbots bedeutet nun aber nicht, dass dieses auch schrankenlos durchsetzbar wäre: Vielmehr müssen Konkurrenzverbote in örtlicher, zeitlicher und gegenständlicher Hinsicht dergestalt angemessen begrenzt sein, dass das

wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers nicht unbillig erschwert wird. Werden zwar der örtliche, zeitliche und gegenständliche Umfang eines Konkurrenzverbots definiert, jedoch gleichzeitig die Grenzen der Angemessenheit überschritten, so bleibt das Konkurrenzverbot als solches gültig; seine Durchsetzbarkeit wird jedoch in freiem gerichtlichem Ermessen auf ein angemessenes Mass beschränkt.

Zur Frage, ob ein Konkurrenzverbot noch angemessen ist, liefert das Gesetz leider kaum praktikable Leitlinien; solche finden sich eher in der reichhaltigen Gerichtspraxis. Entscheidend sind und bleiben letztlich aber stets die Umstände des Einzelfalls wie namentlich, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe der Arbeitnehmer eine Gegenleistung (sog. Karenzentschädigung) für die Übernahme des Konkurrenzverbots erhält.

Folgen der Übertretung eines gültigen und angemessenen Konkurrenzverbots

Übertritt der Arbeitnehmer ein gültiges und angemessenes Konkurrenzverbot, so wird er der ehemaligen Arbeitgeberin gegenüber (schaden-)ersatzpflichtig. Um die Arbeitgeberin vom kaum je zu führenden Schadensbeweis zu befreien, wird regelmässig – und aus Arbeitgebersicht sinnvollerweise – auch eine Konventionalstrafe vereinbart. Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe birgt für die Arbeitgeberin jedoch auch Gefahren: Möchte sie verhindern, dass sich der Arbeitnehmer durch die einmalige Leistung der Konventionalstrafe vom Konkurrenzverbot „freikaufen“ kann, muss dies so vereinbart werden. Ausserdem kann kaum je auf die Höhe einer vereinbarten Konventionalstrafe vertraut werden, kann ein Gericht doch auch die Konventionalstrafe nach freiem Ermessen auf ein ihm angemessen erscheinendes Mass herabsetzen.

Die konkurrenzierende Tätigkeit als solche kann die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer schliesslich nur dann verbieten, wenn dies ausdrücklich und unzweideutig schriftlich vereinbart wurde und die verletzen oder bedrohten Interessen der Arbeitgeberin sowie das besonders sto-

ssende Verhalten des Arbeitnehmers dies ganz ausnahmsweise rechtfertigen. In der Praxis begegnet man regelmässig dem gerichtlichen Einwand, die Bezahlung einer Konventionalstrafe würde den verletzten oder bedrohten Interessen der Arbeitgeberin bereits hinreichend Rechnung tragen, sodass ein zusätzliches Verbot der konkurrenzierenden Tätigkeit als solche nicht mehr in Frage komme.

Stolpersteine und Wegweiser für die Praxis

Stolperstein Nr. 1 - Unsorgfältige Formulierung des Konkurrenzverbots: Die Bedeutung einer sorgfältig redigierten Konkurrenzverbotsklausel kann kaum überschätzt werden. Dies nicht bloss weil jegliche Unklarheit stets zum Nachteil ihrer Verfasserin, d.h. der Arbeitgeberin, ausgelegt wird. Ins Gewicht fallen namentlich auch die diversen „Formalien“, von deren Beachtung Gültigkeit oder mindestens Nutzen eines vereinbarten Konkurrenzverbots abhängen. Insbesondere sollte sich die Konkurrenzverbotsklausel stets ausdrücklich und unmissverständlich zum örtlichen, zeitlichen und gegenständlichen Umfang des Konkurrenzverbots äussern. Sie sollte festhalten, dass der Arbeitnehmer der Arbeitgeberin im Übertretungsfall eine Konventionalstrafe in bestimmter Höhe schuldet. Sie sollte klarstellen, dass der Arbeitnehmer sich auch durch Leistung der Konventionalstrafe nicht vom Konkurrenzverbot befreien kann. Und sie sollte ausdrücklich darauf hinweisen, dass der Arbeitgeberin auch das Recht zustehen soll, die konkurrenzierende Tätigkeit als solche zu verbieten.

Stolperstein Nr. 2 - Regelung des Konkurrenzverbots ausserhalb des Arbeitsvertrags: Nach wohl herrschender Meinung muss die Unterschrift des sich verpflichtenden Arbeitnehmers auf dem das Konkurrenzverbot enthaltenden Schriftstück selbst geleistet werden. Die Konkurrenzverbotsklausel sollte deshalb stets in den Arbeitsvertrag mitaufgenommen werden. Bei nachträglicher Vereinbarung eines Konkurrenzverbots sollte ein entsprechender Nachtrag zum Arbeitsvertrag erstellt werden. Bei der Auslagerung des Konkurrenzverbots in

ein Personalreglement oder dergleichen ist hingegen Vorsicht geboten; wenn dies trotzdem geschehen soll, muss die Arbeitgeberin unbedingt dafür Sorge tragen, dass die Arbeitnehmer das fragliche Reglement unterschriftlich anerkennen.

Stolperstein Nr. 3 - Unreflektierte Vereinbarung eines (zu) weitreichenden Konkurrenzverbots: Wie bereits erwähnt ist auch ein unangemessenes Konkurrenzverbot gültig bzw. wird ein solches lediglich gerichtlich auf ein angemessenes Mass reduziert, sofern dessen schriftliche Vereinbarung immerhin den örtlichen, zeitlichen und gegenständlichen Umfang definiert. Nichtsdestotrotz dürfte es sich aus Arbeitgebersicht zumeist empfehlen, das Konkurrenzverbot zwar in gegenständlicher Hinsicht relativ umfassend – etwa durch ein Verbot „jeder konkurrenzrender Tätigkeit“ mitsamt einer nicht abschliessenden Aufzählung derartiger konkurrenzrender Tätigkeiten – zu formulieren, sich in örtlicher und zeitlicher Hinsicht jedoch von allem Anfang an zu mässigen. Dies namentlich zwecks Erhöhung der Chancen, dass das Konkurrenzverbot auch tatsächlich im vereinbarten Umfang für durchsetzbar befunden werden kann sowie vor dem Hintergrund, dass mit einer gerichtlichen Beschränkung eines für unangemessen befundenen Konkurrenzverbots standardmässig auch eine Reduktion einer vereinbarten Konventionalstrafe einhergeht. Anders liegt die Sache allenfalls dann, wenn das Konkurrenzverbot primär „abschrecken“ soll bzw. die effektive Durchsetzbarkeit des Konkurrenzverbots bereits aus anderen Gründen fraglich ist.

Stolperstein Nr. 4 - Blindes Vertrauen auf die Gültigkeit eines Konkurrenzverbots ungeachtet der Natur des Arbeitsverhältnisses: Wie erwähnt ist es nicht möglich, ein gültiges Konkurrenzverbot zu vereinbaren, wenn der Kunde den persönlichen Fähigkeiten des Arbeitnehmers grössere Bedeutung als der Identität der Arbeitgeberin beimisst. Dies kommt namentlich – aber nicht ausschliesslich – bei Angehörigen freier Berufe wie Ärzten, Architekten, etc. vor. Ist mindestens zweifelhaft, ob überhaupt ein gültiges Konkurrenzverbot vereinbart werden kann, soll-

te die Arbeitgeberin regelmässig in Erwägung ziehen, an dessen Stelle eine relativ lange Kündigungsfrist zu vereinbaren. Dies bedingt zwar eine volle Lohnzahlung während dieser Kündigungsfrist, hindert den Arbeitnehmer aber immerhin verlässlich an der Konkurrenzierung, da er während der Dauer des gesamten Arbeitsverhältnisses – und somit eben auch während der Kündigungsfrist – bereits von Gesetzes wegen einem Konkurrenzverbot untersteht.

Stolperstein Nr. 5 - Keine Regelung des Konkurrenzverbots in einer Aufhebungsvereinbarung: Anders als eine Arbeitgeberkündigung ohne begründeten Anlass führt die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich nicht zum Dahinfallen eines Konkurrenzverbots. Der gegenteilige Grundsatz gilt allerdings dann, wenn die Aufhebungsvereinbarung eine sog. Saldoklausel (Ausschluss weiterer Forderungen) enthält oder wenn die Aufhebungsvereinbarung auf Veranlassung der Arbeitgeberin geschlossen wird und im Wesentlichen den Regeln einer ordentlichen Kündigung folgt (hier stellt sich darüber hinaus regelmässig die Frage nach der Gültigkeit der gesamten Aufhebungsvereinbarung). In diesem Zusammenhang bestehen jedoch diverse Unsicherheiten. Ist die Arbeitgeberin trotz einvernehmlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses an einem Fortbestand des Konkurrenzverbots interessiert, sollte sie diesen Punkt deshalb sicherheitshalber ausdrücklich in der Aufhebungsvereinbarung regeln.

EmploymentNews berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Arbeitsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar, und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2019