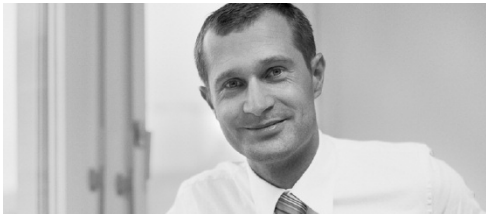


EmploymentNews Nr.11 November 2008

Konkurrenzverbote bei Aufhebungsvereinbarungen



Dr. Ueli Sommer, LL.M., Rechtsanwalt
Partner
+41 44 498 95 16; usommer@wwp.ch



Saskia Cruchon, Rechtsanwältin
Associate
+41 44 498 96 16; scruchon@wwp.ch



Daniel Staffelbach, Rechtsanwalt
Counsel
+41 44 498 96 50; dstaffelbach@wwp.ch

Das Bundesgericht geht in einem neuen Entscheid vom 31. Juli 2008 (BGer 4A_209/2008) der Frage nach, welche Auswirkungen eine Aufhebungsvereinbarung auf ein nachvertragliches Konkurrenzverbot hat. Es kommt dabei zum Schluss, dass ein Konkurrenzverbot nicht nur bei einer arbeitgeberseitigen Kündigung ohne begründeten Anlass, sondern auch bei einer einvernehmlichen Vertragsauflösung dahinfallen kann, selbst wenn die Aufhebungsvereinbarung die Weitergeltung des Konkurrenzverbotes statuiert.

Nach Art. 340 OR kann sich der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich verpflichten, sich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses für eine gewisse Zeit jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten. In der Regel fallen solche Konkurrenzverbote mit Ablauf der vereinbarten Verbotsfrist dahin. Ferner fällt das Konkurrenzverbot dahin, wenn der Arbeitgeber nachweisbar kein erhebliches Interesse mehr hat, es aufrecht zu erhalten (Art. 340c Abs.1 OR) oder wenn er darauf verzichtet. Gemäss Art. 340c Abs. 2 OR entfällt es ausserdem, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat, oder wenn es der Arbeitnehmer aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst. Gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt ist jedoch die Frage, welches die Auswirkungen des Abschlusses einer Aufhebungsvereinbarung auf ein vertraglich vereinbartes Konkurrenzverbot sind.

Aufhebungsvereinbarungen

In der Praxis werden Arbeitsverhältnisse anstatt durch einseitige Kündigung nicht selten durch zweiseitige Übereinkunft (sog. Aufhebungsvereinbarungen) beendet. Die Auflösung mittels Aufhebungsvereinbarung ist insofern vorteilhaft, als die Parteien den Ablauf der vertraglichen Kündigungsfrist nicht abwarten müssen und einen Beendigungszeitpunkt frei festlegen können. Für den Arbeitgeber von Interesse sein kann zudem, dass die Sperrfristen gemäss Art. 336c OR bei einer Aufhebungsvereinbarung nicht zur Anwendung kommen. Meist wird die Auflösung des

Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsvereinbarung vom Arbeitgeber vorgeschlagen. Nicht selten wird aber auch der Arbeitnehmer an einer Vertragsbeendigung durch eine solche Vereinbarung interessiert sein. Es gibt jedoch auch Konstellationen, in welchen die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses auf Wunsch des Arbeitgebers zustande kommt und der Arbeitnehmer in erster Linie zustimmt, um die vom Arbeitgeber in Aussicht gestellte Kündigung und Konflikte, welche sich negativ auf das Arbeitszeugnis auswirken könnten, zu vermeiden. Eine Kündigung durch den Arbeitgeber kann zudem bei der Stellensuche von Nachteil sein, weshalb sich ein Arbeitnehmer allenfalls zur Unterzeichnung einer Aufhebungsvereinbarung veranlasst sieht.

Art. 340c Abs. 2 OR kommt nach seinem Wortlaut bei einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zum Tragen. Es kann jedoch argumentiert werden, dass Art. 340c Abs. 2 OR einem Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers entsprechen soll und daher auch bei einer einvernehmlichen Aufhebung zur Anwendung kommen sollte, wenn der Arbeitgeber keinen begründeten Anlass im Sinne des Gesetzes zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses hatte.

Zum aktuellen Fall

In dem durch das Bundesgericht zu beurteilenden Fall arbeitete der Arbeitnehmer beim Arbeitgeber als Bücherexperte und übernahm nach kurzer Zeit auch die Funktion des Geschäftsführers. Der Arbeits-

vertrag enthielt ein zweijähriges Konkurrenzverbot. Bei Übertretung des Konkurrenzverbotes sollte eine Konventionalstrafe von CHF 20'000 verfallen, zuzüglich CHF 500 für jedes Mandat, das im Widerspruch zum Konkurrenzverbot ausgeübt wurde. Nach langjähriger Zusammenarbeit unterzeichneten die Parteien eine Austrittsvereinbarung. Darin wurde der Austrittstermin nicht entsprechend der Kündigungsfrist auf drei, sondern sechs Monate nach Unterzeichnung der Austrittsvereinbarung festgelegt, mithin die Kündigungsfrist «verdoppelt». Zudem wurde vereinbart, dass der Arbeitnehmer die auf dem Gebiet der Forensic Services akquirierten Mandate an seinen neuen Tätigkeitsort mitnehmen durfte. Der Arbeitgeber verpflichtete sich überdies zur Bezahlung eines Outplacements bis maximal CHF 50'000. Bezüglich des vertraglich vereinbarten Konkurrenzverbotes wurde nichts Konkretes vereinbart. Die Austrittsvereinbarung enthielt jedoch eine Bestimmung, dass der ursprüngliche Arbeitsvertrag – mithin also auch das Konkurrenzverbot – mit Ausnahme der Bestimmung über die Kündigungsfrist weiter gelten solle.

Der Arbeitgeber warf dem Arbeitnehmer anschliessend vor, gegen das vertragliche Konkurrenzverbot verstossen zu haben und machte vor Arbeitsgericht eine Konventionalstrafe von CHF 22'500 geltend. Eine entsprechende Klage wurde erstinstanzlich abgewiesen, weil trotz des gemeinsamen Aufhebungsvertrages die Interessen des Arbeitgebers an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses überwogen hätten, weshalb das Konkurrenzverbot bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses weggefallen sei.

Die zweite Instanz stellte sich im folgenden auf den Standpunkt, der Frage, wer die Kündigung zu verantworten habe, komme nur insofern Bedeutung zu, als im Aufhebungsvertrag eine eigentliche Gesetzesumgehung zu sehen sei. Eine solche verneinte sie mit Blick auf die mit dem Aufhebungsvertrag für den Arbeitnehmer verbundenen Vorteile wie namentlich die Tatsache, dass keine Entlassung erfolgte, die Verlängerung der Zeit für die Stellensuche und die Beteiligung an den Kosten des Outplacements.

Das Bundesgericht hielt schliesslich fest, dass bei der Beurteilung der Frage, ob tatsächlich eine einvernehmliche Aufhebungsvereinbarung vorliege, nicht allein massgebend sei, ob es zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf Wunsch des Arbeitgebers kam. Es könne auch von einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gesprochen werden, wenn eine von den normalen Kündigungsfristen abweichende Regelung, die zu einer substantiellen Besserstellung des Arbeitnehmers führt,

getroffen wurde. Es liege in der Wahlfreiheit des Arbeitnehmers, ob er das Arbeitsverhältnis zu den vereinbarten Konditionen aufheben oder das Konkurrenzverbot bei einer allfälligen Kündigung zu den normalen Konditionen dahinfallen lassen wolle. Der Schutz von Art. 340c Abs. 2 OR könne nicht soweit gehen, dass sich der Arbeitnehmer die vom Arbeitgeber im Rahmen der einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses angebotenen Vorteile aneignen könne, um sich später auf die Ungültigkeit des Konkurrenzverbotes zu berufen. Folge demgegenüber eine auf Betreiben des Arbeitgebers abgeschlossene Aufhebungsvereinbarung im Wesentlichen den Regeln der ordentlichen Kündigung, sei die Vereinbarung mit Blick auf Art. 340c Abs. 2 OR unabhängig von der Formulierung wie eine vom Arbeitgeber einseitig ausgesprochene Kündigung zu behandeln.

Geklärte Rechtslage

Art. 340c Abs. 2 OR kommt nach der bundesgerichtlichen Meinung entgegen seinem Wortlaut auch bei einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum Tragen. Der Arbeitnehmer kann daher auch bei einer einvernehmlichen Aufhebung geltend machen, dass das vertraglich vereinbarte Konkurrenzverbot wegfällt, wenn der Arbeitgeber keinen begründeten Anlass zur Kündigung respektive Auflösung des Arbeitsverhältnisses hatte.

Liegt kein begründeter Anlass vor, so müssen damit dem Arbeitnehmer Vorteile eingeräumt werden, welche er im Rahmen der ordentlichen Kündigung nicht hätte, damit ein nachvertragliches Konkurrenzverbot vereinbart oder aufrecht erhalten werden kann.

Schlussfolgerungen

Es empfiehlt sich auf jeden Fall, in einer Aufhebungsvereinbarung ein Konkurrenzverbot nochmals aufzunehmen und nicht einfach auf den bestehenden Arbeitsvertrag zu verweisen, damit ganz eindeutig wird, dass die Parteien im Bewusstsein um das Bestehen des nachvertraglichen Konkurrenzverbots ihr Einverständnis zur Aufhebungsvereinbarung gegeben haben. Wird dies nicht ausdrücklich vereinbart, läuft der Arbeitgeber Gefahr, dass ein Richter durch Vertragsauslegung zum Schluss kommt, die Parteien hätten auf das Konkurrenzverbot verzichtet. Dies gilt insbesondere, wenn eine Saldoklausel sämtliche Ansprüche aus in der Aufhebungsvereinbarung nicht erwähnten Rechten und Pflichten erfasst.

Geht der Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung auf Veranlassung des Arbeitnehmers zurück oder

liegt ein vom Arbeitnehmer gesetzter begründeter Anlass zur Aufhebung vor, so sollte dies in der Aufhebungsvereinbarung erwähnt werden, um spätere Einwendungen des Arbeitnehmers zu vermeiden. Kommt es hingegen zur Auflösung auf Wunsch des Arbeitgebers, ohne dass ein begründeter Anlass vorliegt, so muss in der Formulierung der Aufhebungsvereinbarung klar herausgestrichen werden, dass die Auflösung durch Aufhebungsvereinbarung im Interesse beider Parteien liegt. Dabei ist es hilfreich, wenn betont wird, welche Vorteile der Arbeitnehmer zusätzlich zu seinen vertraglichen Ansprüchen aus dem Arbeitsvertrag erhält. Es kann dabei auch helfen, wenn man zusätzliche Zahlungen (z.B. Severance Payments) als Gegenleistung der Erfüllung des Konkurrenzverbotes bezeichnet.

EmploymentNews berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereiche des schweizerischen Arbeitsrechts. Die darin gemachten Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die gemachten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden. Sollten Sie keine weiteren Zustellungen der EmploymentNews wünschen, so teilen Sie uns dies bitte per E-Mail (EmploymentNews@wwp.ch) mit.

© Walder Wyss & Partner AG, Zürich, 2008



**Walder Wyss & Partner
Rechtsanwälte**

Walder Wyss & Partner AG
Seefeldstrasse 123
Postfach 1236
CH-8034 Zürich
Telefon +41 44 498 98 98
Fax +41 44 498 98 99
reception@wwp.ch
www.wwp.ch