

BRIEF

Nr. 69.09

18. November 2009

JK

Das Konkurrenzverbot nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses besteht ein gesetzliches Konkurrenzverbot. Doch mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erlischt dieses. Will der Arbeitgeber, dass er weiter vor konkurrenzierender Tätigkeit eines ehemaligen Mitarbeiters geschützt bleibt, muss er dies speziell vereinbaren. Worauf Sie bei der Begründung eines Konkurrenzverbots achten müssen, erläutert der folgende Blaue Brief.

1. Nachwirkende Treuepflicht

Das Obligationenrecht führt aus, dass Arbeitnehmende während der Dauer des Arbeitsverhältnisses keine Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten leisten dürfen, soweit sie dadurch ihre Treuepflicht verletzen (Art. 321a Abs. 3 OR). Diese Einschränkung bedeutet, dass nicht jede entgeltliche Arbeit für einen anderen Arbeitgeber per se untersagt ist, sondern nur diejenige, welche die Treuepflicht verletzt. Dies ist ausdrücklich dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber konkurrenziert. Durch das Konkurrenzverbot wird dem Arbeitnehmer untersagt, in einem — sich zumindest teilweise — überschneidenden Kundenkreis, eine auf dieselben Kundenbedürfnisse ausgerichtete, gleichartige Leistung wie sein Arbeitgeber anzubieten. Das Verbot gilt nur während dem bestehenden Arbeitsverhältnis und fällt mit dessen Ende dahin.

Die Treuepflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber bestimmt, dass er insbesondere die berechtigten Interessen des Arbeitgebers wahren muss (Art. 321 a OR). Diese Bestimmung umfasst auch eine Schweige- bzw. Geheimhaltungspflicht. Diese Pflicht endet grundsätzlich nicht bereits mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, lockert sich aber zumindest auf.

2. Allgemein

Da die nachwirkende Treuepflicht wie gesehen die Interessen des Arbeitgebers nur teilweise wahrt, kann dieser mit dem Arbeitnehmer eine Konkurrenzverbotsabrede treffen. Durch eine solche Abrede verpflichtet sich der Arbeitnehmer jede konkurrenzierende Tätigkeit zu unterlassen, 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 (Art. 340 Abs. 1 OR).

3. Voraussetzungen des Konkurrenzverbots

Da eine Konkurrenzverbotsabrede für den Arbeitnehmer weitreichende Folgen haben kann, unterliegt sie strengen Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen:

3.1 Handlungsfähigkeit

Der Arbeitnehmer, der sich einem Konkurrenzverbot unterwirft, muss handlungsfähig sein. Die Handlungsfähigkeit besitzt, wer mündig und urteilsfähig ist. Mündig ist, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat. Mit dieser Voraussetzung sollen unter anderem Jugendliche geschützt werden; ihre volle wirtschaftliche Bewegungsfreiheit bleibt gewährleistet.

3.2 Schriftform

Die Abrede muss schriftlich erfolgen. Dies soll den Arbeitnehmer vor Unachtsamkeit und Sorglosigkeit schützen. Das Konkurrenzverbot muss klar und unzweideutig formuliert sein. Unklarheiten werden zu Ungunsten des Arbeitgebers ausgelegt. Aufgrund des Schriftformerfordernisses kann ein gültiges Konkurrenzverbot nicht in einem mündlichen Vertrag vereinbart werden. Da es umstritten ist, ob die blosser Aufnahme in allgemeine Arbeitsbedingungen (z.B. Personalreglement) der Schriftform genügt, sollten umsichtige Arbeitgeber das Konkurrenzverbot immer im Einzelarbeitsvertrag regeln.

3.3 Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse

Die Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes ist nur verbindlich, wenn dem Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses auch tatsächlich Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse gewährt wurde. Der Kundenkreis wird durch diejenigen Personen gebildet, die in regelmässigen Geschäftsbeziehungen zum Arbeitgeber stehen und einen mehr oder weniger stetigen Umsatz generieren. Das Bundesgericht verlangt, dass der Arbeitnehmer den Kontakt zu den Kunden pflegte. Die blosser Kenntnisnahme der Kundenliste reicht somit nicht aus. Die Liste kann aber unter Umständen unter das Geschäftsgeheimnis fallen.

Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse sind Wissen, das nur einem beschränkten Personenkreis und nicht allgemein zugänglich ist. Der Arbeitgeber als Geheimnisträger muss ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse haben und einen entsprechenden Geheimhaltungswillen offenbaren.

Die beim ehemaligen Arbeitgeber erlangte Berufserfahrung darf der Arbeitnehmer hingegen verwerten.

3.4 Möglichkeit erheblicher Schädigung

Die Verwendung bzw. Verwertung von Betriebsgeheimnissen kann nur untersagt werden, wenn sie geeignet ist, den ehemaligen Arbeitgeber erheblich zu schädigen. Die Schädigungsmöglichkeit kann auch nur rein hypothetischer Natur sein. Erheblich ist eine Schädigung, wenn sie die wirtschaftliche Stellung des früheren Arbeitgebers massgebend beeinträchtigen könnte. Dies kann unter anderem dadurch geschehen, dass der Arbeitnehmer dank seinen erworbenen Kenntnissen seinem ehemaligen Arbeitgeber Kunden abspenstig macht oder ihm durch Ausnutzung geschäftlicher oder technischer Besonderheiten, die dieser nicht preisgeben möchte, ernsthafte Schwierigkeiten bereitet (BGE 103 II 126).

4. Beschränkung des Konkurrenzverbots

Das Interesse des Arbeitgebers an einem Konkurrenzverbot (u.a. Schutz des Knowhows) darf den Arbeitnehmer nicht unbillig in seinem wirtschaftlichen Fortkommen einschränken. Deshalb ist das Verbot nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen und darf nur unter besonderen Umständen drei Jahre überschreiten (Art. 340a Abs. 1 OR).

4.1 Beschränkung nach Ort

Die räumliche Ausdehnung des Konkurrenzverbots beschränkt sich auf das Gebiet, wo der Arbeitgeber seine Geschäftsbeziehungen pflegt und darf nicht darüber hinausgehen. Weiter muss dieses Gebiet auf den Teil reduziert werden, wo der Arbeitnehmer durch seine Tätigkeit auch tatsächlich spezielle Kenntnisse erwarb. Ist der Arbeitgeber zum Beispiel in der ganzen Schweiz tätig, der Arbeitnehmer betreute aber ausschliesslich Kunden in der Westschweiz, wäre ein Konkurrenzverbot für die ganze Schweiz nicht möglich.

4.2 Beschränkung nach Zeit

Weiter ist das Konkurrenzverbot zeitlich zu begrenzen. Die Maximalfrist beträgt grundsätzlich drei Jahren und kann höchstens zur Sicherung von nicht schutzfähigem Knowhow ausgeschöpft

werden. Das Konkurrenzverbot hat angemessen zu sein und darf nicht länger dauern, als der Arbeitgeber überhaupt ein berechtigtes Interesse daran hat (siehe 6.1).

4.3 Beschränkung nach Gegenstand

Der Gegenstand bezeichnet allgemein die verbotene Tätigkeit. Dieser kann nicht beliebig weit gefasst werden, sondern unterliegt ebenfalls einer Beschränkung. Konkret können zwei sachliche Grenzen unterschieden werden: Eine Tätigkeit bei einem Konkurrenzunternehmen und eine persönliche Tätigkeit im bisherigen Arbeitsgebiet. Bei ersterem wird dem Arbeitnehmer jede Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen untersagt. Bei letzterem hat sich das Konkurrenzverbot auf die Tätigkeiten zu beschränken, bei welcher der Arbeitnehmer beim früheren Arbeitgeber konkrete Kenntnisse erwarb und mit welcher er sich während der Dauer des Arbeitsverhältnisses auch tatsächlich befasste.

4.4 Übermässiges Konkurrenzverbot

Ein übermässiges Konkurrenzverbot liegt vor, wenn die Beschränkungen missachtet oder überhaupt nicht vorgenommen werden. Eine solche Vereinbarung ist zwar nicht von vornherein ungültig, wird aber vom Richter unter Würdigung aller Umstände auf das zulässige Mass reduziert. Dabei hat er insbesondere eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers zu verhindern.

5. Folgen der Übertretung

Die Folgen einer Übertretung des Konkurrenzverbotes werden in Art. 340b OR aufgezählt. Es sind dies Schadenersatz, Leistung einer Konventionalstrafe und Realerfüllung.

5.1 Schadenersatz

Verletzt der Arbeitnehmer das Konkurrenzverbot und erleidet der frühere Arbeitgeber dadurch einen Schaden, kann letzterer unter Umständen den Ersatz des dadurch erwachsenen Schadens verlangen. Da es in der Praxis aber oft sehr schwierig ist, den Beweis für Schaden oder Kausalzusammenhang zu erbringen, empfiehlt es sich, das Konkurrenzverbot mit einer Konventionalstrafe abzusichern.

5.2 Konventionalstrafe

Die Konventionalstrafe soll nicht nur einen allfälligen Schaden decken, sondern auch eine Strafe beinhalten und als Abschreckung dienen. Sie setzt sich deshalb aus zwei Komponenten zusammen: Interesse des Arbeitgebers an der Einhaltung des Verbots und einem angemessenen Strafbetrag. Bei einem ausgesprochen grossen Interesse (Übertretung birgt hohes Schädigungspotential) rechtfertigt sich ein Jahressalär des Arbeitnehmers als Strafhöhe.

Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, kann sich der Arbeitnehmer durch die Leistung der Konventionalstrafe vom Wettbewerbsverbot befreien. Er bleibt jedoch für weiteren Schaden, der bis zur Befreiung entstanden ist, ersatzpflichtig. Die Höhe der Konventionalstrafe unterliegt grundsätzlich der Vertragsfreiheit und kann von den Parteien frei vereinbart werden. Ist der Betrag aber unangemessen, kann ihn der Richter nach seinem Ermessen herabsetzen (Art. 163 Abs. 3 OR). Folgende Kriterien wurden von den Gerichten bereits als Reduktionsgründe berücksichtigt: Anstellungsdauer, Verhältnis zwischen Lohn und Konventionalstrafe, Rückstufung in der Firmenhierarchie. Allerdings dürfen nur unverhältnismässig hohe Konventionalstrafen angepasst werden. Der Arbeitgeber tut deshalb gut daran, einen realistischen Betrag festzusetzen. Dabei hat er die Strafhöhe so zu wählen, dass sie nach Recht und Billigkeit seinem Erfüllungsinteresse an der Einhaltung des Verbots entspricht.

5.3 Realerfüllung

Die schärfste Form des Konkurrenzverbots ist die Realerfüllung (Art. 340b Abs. 3 OR). Das Verbot wird prozessual durchgesetzt und dem Arbeitnehmer die Fortführung der konkurrenzierenden Tätigkeit verboten. Hierzu wird aber eine ausdrückliche und unmissverständliche schriftliche

Abrede vorausgesetzt. Es bedarf einer Klausel, die festhält, dass der Arbeitgeber die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangen und den Arbeitnehmer beispielsweise zum Verlassen der neuen Stelle zwingen darf. Ausserdem wird materiell vorausgesetzt, dass die schärfste Massnahme eines Konkurrenzverbotes durch die verletzten oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers und durch das krass treuwidrige Verhalten des Arbeitnehmers gerechtfertigt ist.

6. Wegfall des Konkurrenzverbots

Das Konkurrenzverbot kann aus verschiedenen Gründen wegfallen. Im Gesetz werden mangelndes Interesse des Arbeitgebers, begründete Kündigung durch den Arbeitnehmer und die ungerechtfertigte Kündigung durch den Arbeitgeber erwähnt. Ausserdem kommen als weitere Gründe ein Verzicht des Arbeitgebers und der Fristablauf in Frage.

6.1 Mangelndes Interesse des Arbeitgebers

Hat der Arbeitgeber nachweislich kein erhebliches Interesse mehr, das Konkurrenzverbot aufrecht zu erhalten, fällt es dahin. Die Beweispflicht trägt hierbei der Arbeitnehmer. Kein Interesse besteht beispielsweise mehr, wenn der Arbeitgeber im fraglichen Bereich nicht mehr tätig ist oder wenn die ehemals geheime Tatsache auf anderem Weg bekannt oder durch den technologischen Fortschritt obsolet geworden ist.

6.2 Auflösung des Arbeitsverhältnisses

Auch wenn ein Konkurrenzverbot grundsätzlich verbindlich ist, kann es unter Umständen bei einer Kündigung wegfallen.

6.2.1 Begründete Kündigung durch den Arbeitnehmer

So fällt das Verbot dahin, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aufgrund eines vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst. Dies kann zum Beispiel der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer eine grosse Zahl von Überstunden leisten muss und der Arbeitgeber keinerlei abhelfende Massnahmen trifft. Ausserdem beurteilten Gerichte ein schlechtes Betriebsklima oder eine massive Lohneinbusse als begründeten Anlass.

6.2.2 Ungerechtfertigte Kündigung durch den Arbeitgeber

Weiter fällt das Verbot dahin, wenn der Arbeitgeber kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat. Tätlichkeiten im Betrieb oder vorsätzliche Schlechterfüllung der Arbeitspflicht können einen Anlass begründen.

6.3 Verzicht des Arbeitgebers

Ausserdem hat der Arbeitgeber die Möglichkeit auf die Einhaltung des Konkurrenzverbots zu verzichten. Dies kann er ausdrücklich oder auch formlos machen. Ein Verzicht kann in der längeren, bewussten Duldung der konkurrierenden Tätigkeit gesehen werden. Mittels einer Abmahnung kann der frühere Arbeitgeber einem anscheinenden Verzicht entgegenwirken.

6.4 Fristablauf

Aufgrund seiner zeitlichen Begrenzung, fällt das Konkurrenzverbot schlussendlich immer mit Ablauf der Verbotsfrist dahin; dies auch dann, wenn sich der Arbeitnehmer nicht daran gehalten hat.

7. Weitere Informationen

Für allfällig weitere Fragen steht Ihnen unser Rechtsdienst gerne zur Verfügung. Kontaktieren Sie Jan Krejci (Telefon 062 837 18 02 oder per E-Mail jan.krejci@aihk.ch) oder Philip Schneider (Telefon 062 837 18 04 oder per E-Mail philip.schneider@aihk.ch).