

## Konkurrenzverbot – Gültig und durchsetzbar?

Factsheet vom 2. Juli 2020



Dr. iur. Wolfram Kuoni  
Partner  
Rechtsanwalt  
MBA INSEAD  
wolfram.kuoni@kuonilaw.ch



MLaw Amelia Perucchi  
Associate  
Rechtsanwältin  
amelia.perucchi@kuonilaw.ch

### I. EINLEITUNG

Das Konkurrenzverbot führt immer wieder zu Kontroversen darüber, ob es überhaupt gültig und durchsetzbar ist. Besonders beim Ausscheiden von höheren Kadermitarbeitern (senior executives), stellen sich regelmässig Fragen im Zusammenhang mit Konkurrenzverboten. Auch die Gerichte müssen sich oft damit auseinandersetzen.

Nachfolgend werden daher wesentliche Aspekte beleuchtet.

### II. VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE GÜLTIGKEIT

#### Schriftlichkeit mit Unterschrift des Arbeitnehmers

Ein Konkurrenzverbot muss schriftlich abgefasst und vom (handlungsfähigen) Arbeitnehmer unterschrieben sein. Die Schriftform soll den Arbeitnehmer schützen, indem er sich dadurch der Tragweite seiner Verpflichtung bewusst wird. Daraus sowie auch aus dem Wortlaut ergibt sich, dass nur die Verpflichtungserklärung des Arbeitnehmers sowie der wesentliche Inhalt des Konkurrenzverbots der Schriftform bedürfen, nicht dagegen eine allfällige Gegenleistung des Arbeitgebers.

Es ist umstritten, ob ein globaler Verweis auf Allgemeine Arbeitsbedingungen oder Reglemente, welche das Konkurrenzverbot beinhalten und keiner Unterschrift bedürfen, für die Gültigkeit genügen. Der wohl überwiegende Teil der Lehre und die kantonale Rechtsprechung erachten ein solches Konkurrenzverbot jedoch als ungültig. Begründet wird dies mit dem Schutzzweck der Schriftform.

#### Konkurrenzierende Tätigkeit

Unter „konkurrenzierender Tätigkeit“ ist grundsätzlich jede Tätigkeit zu verstehen, die mit derjenigen des Arbeitgebers im wirtschaftlichen Wettbewerb steht. Im Rahmen der Begriffsbestimmung ist der Zweck des arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbots vor Augen zu halten, nämlich die Verhinderung einer Schädigung des Arbeitgebers durch Verwendung der bei diesem erworbenen, besonderen Kenntnisse.

Entscheidend ist, ob die zwei Anbieter gleichartige Leistungen anbieten, die unmittelbar gleiche oder ähnliche Bedürfnisse befriedigen und einem sich

mindestens teilweise überschneidenden Zielpublikum angeboten werden.

#### Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse

Die Konkurrenzklausel ist nur gültig, wenn der betroffene Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse erhält. Beim Einblick in den Kundenkreis sind genügend intensive Kundenkontakte erforderlich, aufgrund derer der Arbeitnehmer die Bedürfnisse und Eigenschaften der Kunden kennenlernt. Beim Einblick in Fabrikationsgeheimnisse oder Geschäftsgeheimnisse ist massgebend, ob dieses Wissen vom Arbeitgeber als geheim bezeichnet wird oder sich der Geheimhaltungswille sonst aus den Umständen ergibt.

#### Erhebliche Schädigung des Arbeitgebers durch den Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse

Voraussetzung ist zudem, dass der Arbeitnehmer die am alten Arbeitsort erworbenen Kenntnisse am neuen Ort konkurrenzierend verwenden kann. Zwischen dem Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse und der Möglichkeit der Schadenszufügung muss demnach ein Kausalzusammenhang bestehen.

Die oben genannten Einblicke müssen den Arbeitgeber zudem erheblich schädigen können. Nicht erforderlich ist, dass der Schaden tatsächlich eingetreten ist. Es muss aber ein ins Gewicht fallendes Schadenspotenzial vorhanden sein, was auch beim drohenden Verlust eines einzigen, jedoch bedeutenden Kunden der Fall sein kann. Der Arbeitgeber trägt für diese Einblicke und für den Geheimnischarakter die Beweislast.

Ein Konkurrenzverbot kann ungültig sein, wenn die Kunden den persönlichen Leistungen und Fähigkeiten des Arbeitnehmers eine grössere Wichtigkeit als der Identität des Arbeitgebers beimessen und deshalb dem Arbeitnehmer folgen. Dies ist beispielsweise oft bei den freien Berufen (Rechtsanwalt, Arzt, Architekt, Coiffeur etc.) der Fall. Es fehlt in diesem Fall am Kausalzusammenhang zwischen den erworbenen Spezialkenntnissen und der Schädigungsmöglichkeit.

## Konkurrenzverbot – Gültig und durchsetzbar?

Factsheet vom 2. Juli 2020



### Kein Wegfall mangels Interesse

Das Konkurrenzverbot entfällt, wenn der Arbeitgeber nachweisbar kein Interesse mehr hat, es aufrecht zu erhalten. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die früher geheimen Tatsachen anderweitig bekannt oder durch technologische Entwicklung obsolet geworden sind oder der Arbeitgeber den fraglichen Produktionszweig aufgegeben hat.

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.

### Angemessene Begrenzung nach Ort, Zeit und Gegenstand

Das Konkurrenzverbot darf das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers nicht unbillig erschweren. Es darf nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht weiter gehen, als es die berechtigten Interessen des Arbeitgebers erfordern und ist entsprechend zu beschränken:

- Geographisch: Das Konkurrenzverbot ist auf den Wirkungskreis des Unternehmens zu beschränken.
- Zeitlich: Das Konkurrenzverbot darf im Normalfall für nicht länger als drei Jahre vereinbart werden.
- Sachlich: Konkurrenzierend sind nur Tätigkeiten, die im Geschäftszweig des früheren Arbeitgebers liegen.

Gemäss einem neueren Bundesgerichtsentscheid<sup>1</sup> entfaltet ein Konkurrenzverbot, dessen zeitlicher, örtlicher sowie gegenständlicher Umfang weder tatsächlich bestimmt ist noch durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ermittelt werden kann, genauso wie ein gesamtheitlich unbegrenztes Verbot, von vornherein keine Wirkung. Der Umfang des Konkurrenzverbots ist ein objektiv wesentliches Element, welches vom Schriftformvorbehalt erfasst ist. Der Arbeitnehmer muss also das Ausmass des Konkurrenzverbots der schriftlichen Vereinbarung entnehmen können; andernfalls ist das Verbot ungültig.

<sup>1</sup> 4A\_210/2018 Urteil vom 2. April 2019.

Erst wenn der Umfang eines Konkurrenzverbots in zeitlicher, örtlicher sowie sachlicher Hinsicht definiert ist, kann es bei allfälliger Übermässigkeit vom Richter unter Berücksichtigung der Umstände im Einzelfall entsprechend reduziert werden.

Zahlt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Karenzentschädigung (Entschädigung für die Verdiensteinbusse als Folge der Einhaltung des Konkurrenzverbots), so wird diese bei der Herabsetzung von Konkurrenzverboten durch den Richter berücksichtigt. Bei der Herabsetzung ist dann grössere Zurückhaltung geboten. Eine Karenzentschädigung ist jedoch keine Gültigkeitsvoraussetzung.

### III. DURCHSETZBARKEIT UND RECHTSFOLGEN

Ist ein Konkurrenzverbot gültig, so ist es auch durchsetzbar. Bei einer Verletzung des Konkurrenzverbots drohen die folgenden Rechtsfolgen:

- Leistung von Schadenersatz; der Beweis für Schadenersatz ist allerdings sehr schwer zu erbringen;
- Sofern vereinbart, Leistung der vereinbarten Konventionalstrafe; die Leistung der Konventionalstrafe entbindet den Arbeitnehmer nicht von der Leistung eines weiteren, die Konventionalstrafe übersteigenden Schadens, wenn dies nicht vereinbart wurde. Hingegen entbindet die Leistung der Konventionalstrafe den Arbeitnehmer von der weiteren Einhaltung des Konkurrenzverbotes, ausser dies sei anders vereinbart worden; ist die Konventionalstrafe tief angesetzt, kann es daher für einen Arbeitnehmer interessant sein, die Konventionalstrafe zu leisten, um sich so des Konkurrenzverbots zu entledigen;
- 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.

## Konkurrenzverbot – Gültig und durchsetzbar?

Factsheet vom 2. Juli 2020



### **IV. KARENZENTSCHÄDIGUNG ALS VERDECKTE ABGANGSENTSCHÄDIGUNG?**

Gemäss Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (Ve-güV) sind insbesondere Abgangentschädigungen an Geschäftsleitungsmitglieder, die vertraglich vereinbart oder statutarisch vorgesehen sind, unzulässig.

Nicht angemessene (überhöhte) Karenzentschädigungen bei Konkurrenzverbotabreden können eine verdeckte Abgangentschädigung darstellen; ebenso Karenzentschädigungen gestützt auf ein ungültiges Konkurrenzverbot.

### **V. FAZIT**

Die beruflichen Konsequenzen eines Konkurrenzverbots können unter Umständen einschneidend sein. Daher lohnt es sich, Konkurrenzverbote – idealerweise vor Unterzeichnung, spätestens aber vor einem Stellenwechsel – sorgfältig zu studieren bzw. prüfen zu lassen.

Falls Sie Fragen haben zu diesem Thema, stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.