

Konkurrenzverbot: Darauf ist zu achten

Die Zulässigkeit von Konkurrenzverboten beschäftigt Gerichte ungewöhnlich oft. Unklar ist beispielsweise, wie weit sich ein Konkurrenzverbot geografisch erstrecken darf oder wann eine konkurrenzierende Tätigkeit des Arbeitnehmers überhaupt vorliegt. Heikel ist auch, wenn der Arbeitnehmer bereits während der Kündigungsfrist seine eigene Firma aufzubauen beginnt.

Tonia Villiger www.ad-voca.ch

April 2021

Der Arbeitnehmer will sich selbständig machen

Während des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer weitreichende Treuepflichten ([Art. 321a OR](#)). Darunter gehört, dass er die konkurrenzierende, treuwidrige Tätigkeit bei einem Dritten unterlässt. Der Arbeitnehmer hat sich aber auch an das Abwerbeverbot zu halten. Einerseits darf er Arbeitskollegen nicht überzeugen, sich zusammen mit ihm selbständig zu machen. Andererseits darf er keine Kunden abwerben. Hingegen ist die blosser Mitteilung an Kunden, man scheidet aus der Firma aus, grundsätzlich statthaft, aber nur, wenn die eigenen Dienste nicht angepriesen werden. Die Vorbereitung einer selbständigen, konkurrenzierenden Tätigkeit (z.B. Gründung einer AG, Erstellen eines Facebook-Profiles etc.) während der Kündigungsfrist ist nicht zu empfehlen, insbesondere, wenn ein nachvertragliches Konkurrenzverbot besteht.

Die Formulierung des nachträglichen Konkurrenzverbotes

Vertraglich kann eine Konkurrenzierung innert bestimmten Schranken auch für die Zeit nach Ende des Arbeitsverhältnisses vereinbart werden ([Art. 340 OR](#)). Dazu muss der Arbeitnehmer aber urteilsfähig und mündig sein. Das Konkurrenzverbot verlangt zudem eine **schriftliche Regelung im Arbeitsvertrag**; eine Klausel in einem Reglement oder Mitarbeiterhandbuch genügt oft nicht, weshalb eine Regelung im unterzeichneten Einzelarbeitsvertrag am Sichersten ist. Die Vertragsklausel muss sich über die **Dauer**, den **geografischen Umfang** und den **Gegenstand** äussern ([Art. 340a OR](#)). Üblich ist eine Länge von ca. sechs Monaten. Die dreijährige Maximalfrist dürfte nur in seltenen Fällen zulässig sein. Die verbotene Tätigkeit darf sich soweit ausdehnen, als die intensiven Geschäftsbeziehungen der alten Arbeitgeberin und der Wirkungsbereich des Arbeitnehmers reichten (z. B. die Schweiz).

Gegenstand des Verbots kann eine unternehmensbezogene oder eine tätigkeitsbezogene Konkurrenzierung sein. Die erste verbietet Tätigkeiten in Konkurrenzunternehmen allgemein, die zweite nur die persönliche Tätigkeit im bisherigen Aufgabengebiet. Ist das Konkurrenzverbot in den genannten Bereichen übermässig, kann es der Richter **auf das erlaubte Mass reduzieren**.

Empfehlenswert sind die zusätzliche Vereinbarung einer Konventionalstrafe und/oder die sogenannte Realerfüllung, also die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes bzw. die Unterlassung der konkurrenzierenden Tätigkeit. Schliesslich kann eine Karenzentschädigung als Gegenleistung an den Arbeitnehmer vorgesehen werden.

Weitere Voraussetzungen für die Geltung des Konkurrenzverbotes

Verbindlich ist ein vertragliches Konkurrenzverbot nur dann, wenn der Arbeitnehmer **Einblick** in den **Kundenkreis** oder in **Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse** hatte. Ausschlaggebend ist dabei die Geschäftsbeziehung. Einblick bedeutet, dass der Arbeitnehmer z.B. persönlichen Kundenkontakt pflegte, so dass er die Bedürfnisse und Eigenschaften der Kunden kennenlernte. Blosser Kenntnis von Kundenlisten oder von Kundennamen vermitteln noch keinen Einblick. Grundsätzlich unzulässig ist die aktive Abwerbung von Kunden. Der Arbeitnehmer muss als weiteres Kriterium **konkurrenzierend tätig** sein. Entscheidend ist hier, ob die beiden Unternehmen gleichartige Leistungen anbieten, wie Kunstseide/Seide, Margarine/Butter, Markenrechtsbüro/Anwalt. Konkurrenzieren kann man sodann mit einem eigenen Betrieb, als Angestellter oder mittels Beteiligung an einem Unternehmen, wobei letztere einen gewissen Einfluss auf das Unternehmen voraussetzt. Weitere Voraussetzung ist die **mögliche erhebliche Schädigung** der Arbeitgeberin, z.B. ins Gewicht fallende Provisionsverluste. Das **wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers** darf bei alledem jedoch **nicht unnötig erschwert werden**.

Das Konkurrenzverbot gilt dann nicht, wenn die Kunden dem Arbeitnehmer wegen seiner besonderen, persönlichen Eigenschaften folgen, was z.B. bei einem Coach, Reitlehrer oder Klavierlehrer zutreffen kann. Bei freien Berufen wie Arzt, Anwalt oder Architekt ist ein Konkurrenzverbot in der Regel ebenfalls ungültig oder zumindest stark eingeschränkt.

Die Folgen der Verletzung

Bei Übertretung wird der Arbeitnehmer schadenersatzpflichtig. Wurde eine Konventionalstrafe vereinbart, ist diese zusätzlich zum Schadenersatz zu bezahlen. Der Arbeitnehmer kann sich durch die

Bezahlung der Konventionalstrafe – falls nichts anderes abgemacht wurde – von seinem Konkurrenzverbot befreien. Die Realerfüllung kann die Arbeitgeberin nur dann verlangen, wenn sie schriftlich vereinbart wurde und es die bedrohten Interessen der Arbeitgeberin sowie das Verhalten des Arbeitnehmers rechtfertigen ([Art. 340b OR](#)).

Das Konkurrenzverbot fällt dahin, wenn **kein Interesse an der Einhaltung** mehr besteht. Dasselbe gilt für den Fall, dass die **Arbeitgeberin ohne begründeten Anlass kündigt** oder umgekehrt, dass der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus einem von der Arbeitgeberin zu vertretenden Anlass kündigt. Im letzteren Fall kann das Konkurrenzverbot beispielsweise wegfallen bei einer Kündigung wegen unüblich tiefer Entlohnung, schlechtem Betriebsklima oder Zwang zum Büroumzug.