

## DAS KONKURRENZVERBOT DES ARBEITNEHMERS

### VANESSA NIEDERMANN

**Während eines laufenden Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber die gesetzliche Treuepflicht zu wahren. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann die Wirkung der Treuepflicht durch ein nachvertragliches Konkurrenzverbot verlängert werden. Dieses kann aber unter Umständen dahinfallen.**

### DER FALL

Zwischen einem Arbeitnehmer und einer Arbeitgeberin wurde im Arbeitsvertrag ein gültiges Konkurrenzverbot vereinbart, in welchem sich der Arbeitnehmer verpflichtete, während der Dauer seiner Anstellung und während zwei Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Gebiet der ganzen Schweiz die Arbeitgeberin in keiner Art und Weise zu konkurrenzieren.

Während des laufenden Arbeitsverhältnisses begann der Arbeitnehmer seinen Übertritt in ein Konkurrenzunternehmen vorzubereiten (Erstellen eines Facebook-Profiles, Registrieren einer Webseitenadresse, Erstellen von Logos und Ähnlichem), worüber die Arbeitgeberin informiert war. Anfang Oktober kündigte der Arbeitnehmer dann das Arbeitsverhältnis auf Ende März – trotz vertraglicher Kündigungsfrist von nur zwei Monaten. Mit Schreiben von Ende Oktober kündigte die Arbeitgeberin ihrerseits

das Vertragsverhältnis per Ende Dezember (Gegenkündigung).

Nach dem Übertritt des Arbeitnehmers in das Konkurrenzunternehmen stellte dieser sich auf den Standpunkt, dass das Konkurrenzverbot dahingefallen sei. Die Arbeitgeberin aber hielt am Konkurrenzverbot fest (Urteil des BGer 4A\_22/2014 vom 23. April 2014).

### DIE TREUEPFLICHT DES ARBEITNEHMERS

Artikel 321a OR verpflichtet den Arbeitnehmer, unter anderem die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Das heisst, dass der Arbeitnehmer alles zu unterlassen hat, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte.

Das Bundesgericht hat in früheren Urteilen festgehalten, dass es legitim sei, bereits vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses Vorkehrungen zu treffen, wenn ein Arbeitnehmer plane, sich selbstständig zu machen oder zusammen mit anderen ein Konkurrenzunternehmen zu gründen. Die Treuepflicht verbiete einzig, noch vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Konkurrenzierung des Arbeitgebers zu beginnen oder ihm Angestellte bzw. Kunden abzuwerben.

Folglich hat der Arbeitnehmer im vorliegenden Fall seine Treuepflicht nicht verletzt.

## **DAS NACHVERTRAGLICHE KONKURRENZVERBOT**

Die gesetzliche Treuepflicht des Arbeitnehmers endet mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Unter der Voraussetzung, dass der Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in die Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse des Arbeitgebers hat, kann mit der Vereinbarung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots die Wirkung dieser Treuepflicht verlängert werden (Art. 340 OR).

Üblicherweise verbietet ein nachvertragliches Konkurrenzverbot dem ehemaligen Arbeitnehmer das Tätigwerden in jeglicher Form für ein Konkurrenzunternehmen. Dieses Verbot muss aber zeitlich, örtlich und sachlich begrenzt sein.

Für den Fortbestand eines nachvertraglichen Konkurrenzverbotes ist die Frage, wer das Arbeitsverhältnis gekündigt hat, entscheidend. Kündigt der Arbeitgeber, fällt es dahin, wenn kein begründeter Anlass für die Kündigung gegeben ist (was Arbeitgeber gelegentlich übersehen). Kündigt der Arbeitnehmer, bleibt es für gewöhnlich wirksam, ausser wenn der Arbeitgeber einen begründeten Anlass für die Kündigung gegeben hat (Art. 340c Abs. 2 OR).

## **DER BEGRÜNDETE ANLASS**

Als begründeter Anlass ist nach konstanter Rechtsprechung jedes der anderen Partei zuzurechnende Ereignis anzusehen, das "bei einer vernünftigen kaufmännischen Erwägung" einen erheblichen Anlass zur Kündigung geben kann. Es ist nicht notwendig, dass eine eigentliche Vertragsverletzung vorliegt.

Das Bundesgericht hat die Vorbereitung einer späteren Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen bereits in einem früheren Urteil als begründeten Anlass qualifiziert. Es hielt ganz klar fest, dass wenn die Arbeitgeberin feststelle, dass ein Arbeitnehmer trotz vertraglichen Konkurrenzverbotes den Übertritt in ein Konkurrenzunternehmen vorbereite, sie nicht zuzuwarten brauche, bis der Arbeitnehmer die Stelle kündige.

Entsprechend erachtete das Bundesgericht im vorliegenden Fall die Vorbereitung einer späteren Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen in konstanter Rechtsprechung zwar nicht als Verletzung der Treuepflicht durch den Arbeitnehmer, jedoch aber als begründeten Anlass für eine Kündigung durch die Arbeitgeberin. Damit blieb das Konkurrenzverbot bestehen und die Arbeitgeberin konnte erfolgreich gegen den ehemaligen Arbeitnehmer vorgehen.

## **KONVENTIONALSTRAFE**

Diese nachvertragliche Treuepflicht kann durch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe abgesichert werden.

Vorliegend konnte das Bundesgericht aus Mangel an Informationen die Höhe der Konventionalstrafe nicht selbst festsetzen und musste den Fall an die Vorinstanz zurückweisen.

Dass – sofern eine Konventionalstrafe vereinbart wurde – die Verletzung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbotes für den Arbeitnehmer durchaus auch schwerwiegende finanzielle Folgen haben kann, belegen weitere Urteile:

- In BGer 4A-466/2012 wurde eine Arbeitnehmerin wegen Verletzung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbotes zur Bezahlung von CHF 63'000.- an ihre ehemalige Arbeitgeberin verurteilt.
- In BGer 4A-107/2011 hatte der Arbeitnehmer seiner ehemaligen Arbeitgeberin sogar einen Betrag in Höhe von CHF 100'000.- zu bezahlen, da er ein nachvertragliches Konkurrenzverbot verletzt hatte.

Das Gesetz sieht keine Obergrenze für die Höhe einer Konventionalstrafe vor. Allgemein anerkannt gilt das Jahresgehalt des Arbeitnehmers als Obergrenze.

#### **SCHLUSSFOLGERUNGEN**

Aus dem Gesagten folgt:

1. Die Vereinbarung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbotes ist aus Arbeitgebersicht zu empfehlen, sofern der Arbeitnehmer Einblick in dessen Kundenkreis, Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse hat.
2. Ein Arbeitnehmer darf während des laufenden Arbeitsverhältnisses Vorkehrungen für eine konkurrenzierende Tätigkeit treffen, sofern diese den Arbeitgeber noch nicht konkurrenzieren (keine Verletzung der Treuepflicht).
3. In diesem Fall hat der Arbeitgeber aber einen begründeten Anlass für eine Kündigung. Ein allfälliges Konkurrenzverbot des Arbeitnehmers bleibt aufrechterhalten.
4. Das nachvertragliche Konkurrenzverbot sollte durch die vertragliche Vereinbarung einer Konventionalstrafe abgesichert werden.

Ihre Ansprechpartnerin für Arbeitsrecht:



**MLaw**  
**Vanessa Niedermann**  
Rechtsanwältin