

## Grenzen der Treuepflicht von Arbeitnehmenden

# Nachvertragliche Konkurrenzverbote

Unternehmen haben grosses Interesse daran, die gesetzlich verankerte Treuepflicht ihres Personals auch über das Arbeitsverhältnis hinaus aufrechtzuerhalten, denn konkurrenzierende Aktivitäten ehemaliger Mitarbeitender bergen hohes Schädigungspotenzial. Verbreitetes Mittel dazu: nachvertragliche Konkurrenzverbote.

Von Isabelle Oehri

Im Arbeitsrecht spricht man von einem nachvertraglichen Konkurrenzverbot, wenn sich Mitarbeitende verpflichten, nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf alle oder bestimmte Tätigkeiten zu verzichten, mit denen sie die Arbeitgeberin konkurrenzieren würden. Darunter fällt neben der Tätigkeit für eine neue Arbeitgeberin, die mit der früheren im Wettbewerb steht, auch der Aufbau eines eigenen oder die Beteiligung an einem bereits bestehenden Konkurrenzunternehmen.

Der Schweizer Gesetzgeber hat in Art. 340–340c Obligationenrecht (OR) eine Reihe von Regeln aufgestellt, die im Zusammenhang mit nachvertraglichen Konkurrenzverboten zu beachten sind.

### Gültigkeit: vier Voraussetzungen

Die Gültigkeit eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots ist gemäss Art. 340 OR an vier Voraussetzungen geknüpft:

- Der Arbeitnehmer muss handlungsfähig (d.h. volljährig und urteilsfähig) sein.

- Das Verbot muss schriftlich vereinbart werden.
- Der Arbeitnehmer muss Einblick in den Kundenkreis oder alternativ in Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse der Arbeitgeberin haben.
- Die Verwendung der gewonnenen Kenntnisse muss erhebliches Schädigungspotenzial für die Arbeitgeberin aufweisen.

Während die Handlungsfähigkeit des Arbeitnehmers regelmässig unproblematisch ist, wird das Erfordernis der Schriftform in der Praxis bisweilen zur Fehlerquelle. Schriftlich bedeutet, dass der Arbeitnehmer die Vereinbarung grundsätzlich eigenhändig unterzeichnen muss.<sup>1</sup> Entsprechend empfiehlt es sich, das Konkurrenzverbot direkt in den zu unterschreibenden Einzelarbeitsvertrag aufzunehmen.

Weniger ratsam sind Konkurrenzverbote in Personalreglementen oder allgemeinen Anstellungsbedingungen. Um dem Schriftformerfordernis zu genügen, müssten solche Standardklauseln jedenfalls im

Arbeitsvertrag zum integralen Bestandteil desselben erklärt werden. Aber selbst dann ist die formelle Gültigkeit umstritten. Darüber hinaus kann ein lediglich reglementarisch verankertes Konkurrenzverbot auch inhaltlich heikel sein: Denn wo Arbeitnehmende nicht mit einer solchen «klein gedruckten» Verbotsbestimmung rechnen müssen, dürfte deren Gültigkeit an der sog. Ungewöhnlichkeitsregel scheitern, welche im AGB-Kontext gilt.<sup>2</sup>

Dass ein Konkurrenzverbot nur dann vereinbart werden darf, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitgeberin erheblich schädigen kann, indem er illegitim Kunden abwirbt oder deren Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse nutzt, ist an sich selbstverständlich. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass Mitarbeitenden, die keinen oder nur geringen direkten Kundenkontakt pflegen und keinen Einblick in Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse haben, kein nachvertragliches Konkurrenzverbot auferlegt werden kann. Letztere Begriffe sind jedoch weit zu verstehen und umfassen nicht nur eigentliche Produkt- oder Dienstleistungsinnovatio-



**adt zurich** gmbh  
assessment & development team

*Personal-Diagnostik ist unsere Kernkompetenz –  
in Assessments beurteilen wir Taten und nicht nur Worte.*

[www.adtzurich.ch](http://www.adtzurich.ch) – Niederdorfstrasse 18 – 8001 Zürich – 044 253 29 92



nen, sondern allenfalls auch strategische Konzepte, Lieferantennetzwerke, Kalkulationsmaterialien und dergleichen.<sup>3</sup>

Insbesondere bei freien Berufen, wo Kundenbeziehungen stark persönlich geprägt sind, sind Konkurrenzverbote nach Gerichtspraxis regelmässig unzulässig. Ist die persönliche Beziehung zwischen Arbeitgeberin und Kunden ausschlaggebend, wird es dem Arbeitnehmer auch bei vorhandenen Einblicken nicht gelingen, diese abzuwerben. In diesem Sinne dürfte etwa eine bekannte Anwältin ihrem Praktikanten kein Konkurrenzverbot auferlegen können. Im entgegengesetzten Fall – man denke etwa an einen in einer Praxis beschäftigten Zahnarzt – sind für den Kunden häufig die Fähigkeiten des Arbeitnehmers deutlich wichtiger als die Tatsache, für wen dieser arbeitet. Dass der Kunde diesem entsprechend bei einem Arbeitgeberwechsel regelmässig folgen wird, ist hier aber nicht auf die erworbenen Insiderkenntnisse zurückzuführen und ein Konkurrenzverbot daher nicht zulässig.<sup>4</sup>

### Schranken und Wegfall

Sind die vier Gültigkeitsvoraussetzungen erfüllt, bedeutet dies noch nicht, dass ein nachvertragliches Konkurrenzverbot bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch tatsächlich exakt wie vereinbart zur Anwendung gelangt. Vielmehr gibt es Konstellationen, in denen es eingeschränkt werden oder ganz dahinfallen kann.

#### Örtliche, zeitliche und inhaltliche Begrenzung

Damit das wirtschaftliche Fortkommen der Arbeitnehmenden nicht über Gebühr erschwert wird, sind Konkurrenzverbote zeitlich, örtlich und sachlich angemessen zu begrenzen (Art. 340a Abs. 1 OR). In diesem Sinne übermässige Konkurrenzverbote werden durch das Gericht bei der Anwendung eingeschränkt (Art. 340a Abs. 2 OR). Die Bestimmung des angemessenen Rahmens eines Konkurrenzverbots hängt von den Umständen des konkreten Einzelfalls ab.

*Zeitlich* sehen in der Praxis die meisten Klauseln eine Dauer von wenigen Monaten vor und liegen damit deutlich unter der gesetzlichen Obergrenze von drei Jahren. Das zulässige Mass ist stark von der spezifischen Situation abhängig: Während im Zusammenhang mit Einblicken in den Kundenkreis von einem Richtwert von sechs Monaten ausgegangen werden kann, dürfte sich bei Geschäftsgeheimnissen eine wesentlich längere Frist rechtfertigen.<sup>5</sup>

*Geografisch* kann ein Konkurrenzverbot höchstens auf den tatsächlichen Markt der Arbeitgeberin ausgedehnt werden, denn ausserhalb desselben fällt ein Schädigungspotenzial ausser Betracht.<sup>6</sup>

*Sachlich* kann das Verbot selbstredend nicht über den Geschäftszweig der Arbeitgeberin hinausgehen. Die in der Praxis etablierte Umschreibung mit «jeder konkurrenzierenden Tätigkeit» ist gemäss Bundesgericht zulässig.<sup>7</sup>

Für die Beurteilung, ob ein Konkurrenzverbot angemessen oder übermässig ist, sind



## Weniger Unfälle, weniger Ausfälle

Freizeitunfälle zu verhüten lohnt sich für Unternehmen. Die BFU bietet dazu alles aus einer Hand – forschungsbasiert und unabhängig:

- Beratungen und Schulungen für Sicherheitsfachleute und Vorgesetzte
- Sensibilisierungsangebote und Einsatzmittel für Mitarbeitende

[bfu.ch/unternehmen](https://bfu.ch/unternehmen)

## KONKURRENZVERBOTE: DOS & DON'TS

- Integrieren Sie das Konkurrenzverbot direkt in den Einzelarbeitsvertrag, der unterzeichnet wird.
- Prüfen Sie vor der Vereinbarung eines Konkurrenzverbots im Einzelnen, ob der Arbeitnehmer Einblicke in Kundenkreis oder Geschäftsgeheimnisse hat und ob ein erhebliches Schädigungspotenzial für die Arbeitgeberin besteht.
- Beschränken Sie das Konkurrenzverbot örtlich, zeitlich und sachlich angemessen und klar.
- Bestimmen Sie eine allfällige Karenzentschädigung genau.
- Vereinbaren Sie eine massvolle Konventionalstrafe für die Verletzung des Konkurrenzverbots und legen Sie fest, dass die Bezahlung derselben nicht von der weiteren Einhaltung entbindet. Behalten Sie die Möglichkeit der Realexekution schriftlich vor.
- Seien Sie sich bewusst, dass das Konkurrenzverbot bei arbeitgeberseitig veranlasster Beendigung des Arbeitsverhältnisses dahinfällt.
- Vereinbaren Sie im Falle einer Vertragsbeendigung durch Aufhebungsvertrag explizit, dass das Konkurrenzverbot fortbestehen soll.

die zeitliche, die örtliche und die sachliche Ausdehnung nicht gesondert, sondern in ihrem Zusammenspiel zu betrachten. So kann etwa ein geografisch und sachlich relativ weitgehendes Konkurrenzverbot zulässig sein, wenn die Dauer sehr kurz angesetzt wird. Mit Blick auf die Angemessenheit ebenfalls miteinzubeziehen ist eine allfällige Karenzentschädigung, die der scheidende Arbeitnehmer für die Einhaltung des Verbots erhält.<sup>8</sup>

### Wegfall

Nicht nur herabgesetzt, sondern ganz aufgehoben wird ein Konkurrenzverbot, wenn die Arbeitgeberin nachweislich kein erhebliches Interesse mehr an dessen Aufrechterhaltung hat (Art. 340c Abs. 1 OR) und – praktisch bedeutsamer – wenn das Arbeitsverhältnis aus arbeitgeberseitig bedingten Gründen beendet wird (Art. 340c Abs. 2 OR). Nur wenn die Vertragsbeendigung dem Arbeitnehmer zuzuschreiben ist, hat das Konkurrenzverbot Bestand. Kündigt die Arbeitgeberin, fällt das Konkurrenzverbot dahin, sofern sie nicht beweisen kann, dass ihr der Arbeitnehmer begründeten Anlass zur Vertragsauflösung gegeben hat. Kündigt der Arbeitnehmer, entfällt das Konkurrenzverbot, wenn er belegt, dass die Arbeitgeberin ihm begründeten Anlass zur Kündigung gegeben hat. Ein begründeter Anlass erfordert nicht zwingend eine Vertragsverletzung durch die Gegenpartei. Vielmehr lässt die bundesgerichtliche Rechtsprechung ein der anderen Seite zuzurechnendes Ereignis genügen, das bei vernünftiger kaufmännischer Erwägung einen erheblichen Anlass zur Kündigung darstellt. Bejaht wurde ein solcher

begründeter Anlass etwa bei einer arbeitnehmerseitigen Kündigung wegen wesentlich unter dem Marktüblichen liegender Entlohnung, bei arbeitgeberseitiger Kündigung beispielsweise aufgrund von Vorbereitungen des Arbeitnehmers auf eine Tätigkeit in einem Konkurrenzbetrieb.<sup>9</sup>

Gemäss Gerichtspraxis kann ein Konkurrenzverbot nicht nur bei einer Kündigung, sondern auch im Falle eines Aufhebungsvertrags entfallen, wobei analoge Beurteilungskriterien herangezogen werden.<sup>10</sup> Um in solchen Konstellationen Klarheit zu schaffen, ist es ratsam, den Fortbestand des Konkurrenzverbots im Aufhebungsvertrag explizit zu vereinbaren.

### Rechtsfolgen bei Verletzung

Verletzt ein Arbeitnehmer sein gültig vereinbartes, wirksames Konkurrenzverbot, wird er gemäss Art. 340b Abs. 1 OR schadenersatzpflichtig. Dies setzt freilich voraus, dass die Arbeitgeberin den Schaden beweisen kann, der ihr aus dem Verstoß erwächst, was in der Praxis oft schwierig ist. Daher wird die Vereinbarung eines Konkurrenzverbots häufig mit einer Konventionalstrafe verbunden. Die Strafzahlung sollte in der Regel eine Obergrenze eines Jahreslohns nicht übersteigen, da sonst eine Herabsetzung droht.<sup>11</sup>

Mangels abweichender Abrede ist davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer sich durch die Bezahlung der vereinbarten Geldsumme der weiteren Einhaltung des Konkurrenzverbots entledigen kann (Art. 340b Abs. 2 OR). Entspricht dies nicht der Intention der Parteien, muss

durch entsprechende Formulierung der Klausel klargestellt werden, dass die Entrichtung der Konventionalstrafe nicht vom Verbot befreit.

Unter den Voraussetzungen von Art. 340b Abs. 3 OR kann sich die Arbeitgeberin für besonders schwerwiegende Konstellationen ferner schriftlich die Möglichkeit vorbehalten, neben Schadenersatz und Konventionalstrafe die Realexekution, d.h. die Untersagung der konkurrenzierenden Tätigkeit unter richterlicher Strafandrohung, zu verlangen (Art. 340b Abs. 3 OR).<sup>12</sup>

### Durchsetzbar, massvoll und klar

Am Ende eines Arbeitsverhältnisses haben Arbeitgeberin und Arbeitnehmer häufig gegenläufige Interessen: Die Arbeitgeberin möchte nicht, dass der scheidende Arbeitnehmer weiter von ihren wertvollen Assets profitiert; der Arbeitnehmer will sich beruflich optimal weiterentwickeln. Mit einem massvollen, durchsetzbaren, klar formulierten Konkurrenzverbot können die legitimen Anliegen beider Seiten angemessen berücksichtigt und Konflikte vermieden werden.

#### Fussnoten

- <sup>1</sup> Vgl. Art. 13 f. OR. Das Gesetz kennt als digitale Alternative zur handschriftlichen Unterzeichnung die qualifizierte elektronische Signatur. Dieser kommt im arbeitsvertraglichen Kontext heute allerdings praktisch keine Bedeutung zu. Jedenfalls ungenügend ist unter geltendem Recht eine Vereinbarung etwa per E-Mail oder in einem PDF-File, das mit einem blossen Scan einer händischen Unterschrift versehen wird.
- <sup>2</sup> Vgl. statt vieler Emmel, F. (2016). Kommentar zu Art. 340 OR, N 2. *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (3. Aufl.)*. Zürich/Basel: Genf: Schulthess.
- <sup>3</sup> Vgl. zum Ganzen etwa Rehinder, M., & Stöckli, J.-F. (2014). Kommentar zu Art. 340 OR N 10. *Berner Kommentar: Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Das Obligationenrecht – Der Arbeitsvertrag, Art. 331–355 und Art. 361–362 OR (2. Aufl.)*. Bern: Stämpfli.
- <sup>4</sup> Vgl. etwa die Urteile des Bundesgerichts BGE 138 III 67, E. 2.2, oder BGE 4C.100/2006 vom 13. Juli 2007, E. 2.
- <sup>5</sup> Vgl. zum Ganzen BGE 4A\_62/2011 vom 20. Mai 2011, E. 4.
- <sup>6</sup> Vgl. BGE 4A\_466/2012 vom 12. November 2012, E. 5.
- <sup>7</sup> Vgl. etwa BGE 4C.298/2001 vom 12. Februar 2002, E. 2; BGE 4A\_210/2018 vom 2. April 2019, E. 3.
- <sup>8</sup> Vgl. BGE 130 III 353, E. 2.
- <sup>9</sup> Vgl. zum Ganzen etwa BGE 4A\_8/2013 vom 2. Mai 2013, E. 6.2; BGE 4A\_22/2014 vom 23. April 2014, E. 4.3.1.
- <sup>10</sup> Vgl. BGE 4A\_209/2008 vom 31. Juli 2008, E. 3.
- <sup>11</sup> Vgl. BGE 4A\_466/2012 vom 12. November 2012, E. 6.
- <sup>12</sup> Vgl. zum Ganzen etwa Portmann, W., & Rudolph, R. (2020). Kommentar zu Art. 340b OR, N 4 ff. *Basler Kommentar – Obligationenrecht I (7. Aufl.)*. Basel: Helbing Lichtenhahn.



**Isabelle Oehri,**  
Rechtsanwältin, M.A. HSG  
in Law & Economics, Stv.  
Leiterin Kompetenzzentrum  
Management & Law,  
Leiterin Fachgruppe Recht  
& Steuern, Dozentin, Studiengangs-  
und Projektleiterin an der Hochschule  
Luzern – Wirtschaft.