



## Die Durchsetzung von Konkurrenzverboten im Arbeitsrecht

ROLAND MÜLLER



DAVID ZÜND

Für die erfolgreiche Durchsetzung eines Konkurrenzverbotes ist nebst der unmissverständlichen Formulierung zur Realexekution auch das prozessrechtliche Vorgehen zentral. Ferner sind je nach Situation zusätzliche Spezialprobleme zu beachten. So kann eine Umgehung der arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften durch ein gesellschaftsrechtliches Konkurrenzverbot in einem Aktionärsbindungsvertrag unzulässig sein, falls ein wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis und ein Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers und Aktionärs bestehen. Weiter tendieren Gerichte bei mehreren prozessualen Handlungen eines Arbeitgebers dazu, unter Zuhilfenahme des Konstrukts der Tateinheit von einer einzigen Verletzungshandlung auszugehen und die Konventionalstrafe nur einmal zuzusprechen. Die Zulässigkeit der Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bleibt umstritten. Die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften sollten grundsätzlich auch dann noch beachtet werden, wenn bei der Vereinbarung des Konkurrenzverbots die Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch nicht länger als einen Monat zurückliegt, da in diesem Zeitraum immer noch ein bestimmtes Abhängigkeitsverhältnis besteht.

Afin d'imposer avec succès une interdiction de concurrence, les démarches procédurales sont aussi essentielles qu'une formulation sans équivoque pour l'exécution réelle. Selon la situation, d'autres problèmes spécifiques doivent également être pris en compte. Ainsi, une interdiction de concurrence prévue par une convention d'actionnaires relevant du droit des sociétés peut constituer un moyen illicite de contourner les prescriptions de protection prévues par le droit du travail lorsque le travailleur et actionnaire se trouve dans un rapport de dépendance économique et a besoin d'être protégé. Les tribunaux ont par ailleurs tendance, lorsqu'un employeur agit à plusieurs reprises par voie procédurale, à se baser, en s'aidant de la notion d'unité d'action, sur une seule violation et à ne prononcer qu'une seule peine conventionnelle. La validité d'une prohibition de concurrence convenue après la fin des rapports de travail demeure controversée. Les normes de droit du travail destinées à protéger le travailleur doivent en principe aussi être observées lorsque la fin des rapports de travail remonte à moins d'un mois au moment où la prohibition de concurrence est convenue, étant donné qu'un certain rapport de dépendance existe encore pendant ce laps de temps.

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Mögliche Sanktionen
  1. Schadenersatz
  2. Konventionalstrafe
  3. Realexekution
  4. Rückforderung der Karenzenschädigung
- III. Prozessuale Mittel zur Realexekution
  1. Überblick
  2. Vorsorgliche Massnahme
  3. Superprovisorische Massnahme
- IV. Stolpersteine bei der Durchsetzung
  1. Hauptsachenprognose
  2. Nachteilsprognose
  3. Sicherheitsleistung und Schadenersatzpflicht
- V. Spezialfragen
  1. Gesetzesumgehung durch gesellschaftsrechtliches Konkurrenzverbot
  2. Konventionalstrafe pro Verletzung
  3. Konkurrenzverbotsvereinbarung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses
- VI. Fazit und Empfehlungen

### I. Einleitung

Arbeitsverträge mit leitenden Arbeitnehmern<sup>1</sup>, mit Mitarbeitern von Marketing- und Sales-Abteilungen sowie mit Entwicklungsingenieuren enthalten heute vielfach Konkurrenzverbote, welche eine Konkurrenzierung durch den betreffenden Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verhindern sollen. Arbeitnehmern wird während des Arbeitsverhältnisses häufig Einblick in Kundenkreis oder Geschäftsgeheimnisse gewährt. Falls der Arbeitnehmer nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses diese Kenntnisse zur Konkurrenzierung seines ehemaligen Arbeitgebers einsetzt, kann diesem ein Schaden entstehen. Das Risiko eines solchen Schadens soll durch Konkurrenzverbote möglichst minimiert werden.

Einerseits beinhalten Konkurrenzverbote somit eine präventive Komponente<sup>2</sup>: Der Arbeitnehmer soll durch die Androhung diverser Konsequenzen davon abgehalten

ROLAND MÜLLER, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Staad/SG, Universitäten St. Gallen und Bern.

DAVID ZÜND, lic. iur. oec. HSG, dipl. Wirtschaftspädagoge, Juristischer Mitarbeiter bei ME Advocat AG, Staad/SG.

<sup>1</sup> Nachstehend wird zur Vereinfachung vom «Arbeitnehmer» und «Arbeitgeber» gesprochen, womit jeweils Personen beiderlei Geschlechts gemeint sind.

<sup>2</sup> Die präventive Komponente ebenfalls hervorhebend: ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, Art. 340 OR N 3.

werden, die erlangten Kenntnisse zur Konkurrenzierung zu verwenden.<sup>3</sup> Andererseits beinhalten Konkurrenzverbote jedoch auch eine pönale und schadenausgleichende bzw. schadenmindernde Komponente: Der Arbeitnehmer muss bei Verletzung des Konkurrenzverbots häufig eine Konventionalstrafe bezahlen, darüber hinaus noch den diese übersteigenden Schaden begleichen sowie womöglich die konkurrenzierende Tätigkeit vollständig unterlassen.<sup>4</sup>

Konkurrenzverbote scheinen auf den ersten Blick ein sicheres Mittel für Arbeitgeber zu sein, um zu verhindern, dass ehemalige Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses erlangte Kenntnisse zur Konkurrenzierung nutzen, beziehungsweise um sicherzustellen, dass dem Arbeitgeber kein Schaden verbleibt. Die Durchsetzung solcher Konkurrenzverbote beinhaltet jedoch zahlreiche Klippen. Dies zeigt sich an der Häufigkeit von Gerichtsverfahren zu Konkurrenzverboten generell sowie an der Zahl der Verfahren, welche für den Arbeitgeber nicht in einer erfolgreichen Durchsetzung des Konkurrenzverbots endeten.<sup>5</sup> Der Arbeitnehmer seinerseits kann vor Gericht diverse Verteidigungsargumente vorbringen. Über die verschiedenen Aspekte, welche es bei der Durchsetzung von Konkurrenzverboten zu beachten gilt, soll in diesem Aufsatz ein Überblick geboten werden.

Weiter stellen sich im Zusammenhang mit Konkurrenzverboten gewisse Spezialfragen. Bis anhin noch weitgehend ungeklärt scheint die Frage, ob es möglich ist, durch Abschluss eines gesellschaftsrechtlichen Konkurrenzverbots mit einem Arbeitnehmer, der gleichzeitig auch Aktionär des Arbeitgebers ist, die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften in Bezug auf Konkurrenzverbote zu umgehen. Ebenfalls Probleme bereiten arbeitsvertragliche Konkurrenzverbote, welche eine Konventionalstrafe vorsehen, die für jede Verletzung je einzeln und kumulativ geschuldet ist.<sup>6</sup> Schliesslich interessiert nicht nur der Inhalt, sondern auch der Zeitpunkt der Vereinbarung von Konkurrenzverboten. Kann sich der Arbeitnehmer auf die Ungültigkeit von erst bei oder nach der Beendigung des

Arbeitsverhältnisses vereinbarten Konkurrenzverbotsabreden berufen? Dieser Aufsatz versucht, unter Bezugnahme auf die einschlägige Literatur und Judikatur einen Beitrag zur Klärung dieser Spezialfragen zu leisten.

## II. Mögliche Sanktionen

### 1. Schadenersatz

Da viele Arbeitnehmer leichtsinnig Konkurrenzverbote eingehen, sind ihnen die weitreichenden Folgen auch oft nicht bewusst. Ahnungslos verstossen sie in der Folge nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das arbeitsvertraglich gültig<sup>7</sup> vereinbarte Konkurrenzverbot. Dem Arbeitgeber bieten sich sodann mehrere Sanktionsmöglichkeiten<sup>8</sup>, wobei der Schadenersatz oft an erster Stelle steht. Die Grundsanktion für die Verletzung eines arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbots stellt gemäss Art. 340b Abs. 1 OR der Ersatz des dem Arbeitgeber erwachsenen Schadens dar. Dieser berechnet sich als Differenz zwischen dem tatsächlich vorhandenen Vermögensstand des Arbeitgebers und dem Vermögensstand des Arbeitgebers, falls das Konkurrenzverbot eingehalten worden wäre. Der Schaden entspricht somit dem positiven Vertragsinteresse. Darunter fallen der wirklich erlittene Verlust, der entgangene Gewinn sowie ein allenfalls erlittener immaterieller Schaden.<sup>9</sup> Für die Zusprechung von Schadenersatz gelten die gleichen Voraussetzungen wie bei anderen Vertragsverletzungen.<sup>10</sup> Der Schaden ist gemäss Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 42 Abs. 1 OR vom Arbeit-

<sup>3</sup> Insbesondere eine (hohe) Konventionalstrafe soll den Arbeitnehmer davon abzuhalten, den ehemaligen Arbeitgeber zu konkurrenzieren.

<sup>4</sup> Wird dem Arbeitnehmer verboten, weiterhin konkurrenzierende, durch das Konkurrenzverbot untersagte Tätigkeiten auszuüben, spricht man von einer sog. Realexécution.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu die umfassende tabellarische Übersicht in: MICHAEL BAUMBERGER, Durchsetzbarkeit eines nachvertraglichen Konkurrenzverbotes nach OR 340 ff. in der Praxis, Masterarbeit Universität Bern, 2011, Anhänge XVI ff.; Gemäss seiner Analyse von 146 Fällen obsiegte der Arbeitnehmer in 74 Fällen.

<sup>6</sup> Vgl. BGE 130 III 353; Entscheid des Obergerichts Aargau vom 11.4.2002, AR.1999.00035.

<sup>7</sup> Die Gültigkeitsvoraussetzungen werden in Kapitel IV thematisiert.

<sup>8</sup> Die Verletzung eines arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbots stellt eine Nichterfüllung einer vertraglichen Unterlassungspflicht dar. Es gelten somit die allgemeinen Bestimmungen von Art. 97, Art. 98 Abs. 2 und Art. 99 ff. OR. Vgl. hierzu ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, 3. A., Zürich 1996, Art. 340b OR N 2; Wettbewerbsrechtliche und strafrechtliche Aspekte von Konkurrenzverbotsverletzungen und den damit verbundenen Handlungen werden in der Folge bewusst nicht thematisiert. Einen kurzen Überblick bietet: CHRISTOPH SENTI, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot: Grundlagen und Gerichtsentscheide, in: Jusletter vom 27. August 2007, Rz 55 ff. Ausführlicher zu wettbewerbsrechtlichen Aspekten: LUKAS COTTI, Das vertragliche Konkurrenzverbot: Voraussetzungen, Wirkungen, Schranken, Freiburg 2001, 101 ff.

<sup>9</sup> Mit weiteren Hinweisen: STAEHELIN (FN 8), Art. 340b OR N 4; gleicher Meinung auch: MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, VI 2/2/2, Bern 1992, Art. 340b OR N 3. Zur umstrittenen Frage, ob auch der Schaden zu ersetzen sei, der auf die persönlichen Fähigkeiten des Arbeitnehmers zurückzuführen ist, vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 340b OR N 2.

<sup>10</sup> Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 340b OR N 2.

geber zu beweisen,<sup>11</sup> was nicht immer einfach ist. Gelingt der genaue Nachweis nicht, hat der Richter den Schaden nach Massgabe von Art. 42 Abs. 2 OR abzuschätzen. Ist eine Konventionalstrafe<sup>12</sup> geschuldet, so muss der Arbeitgeber ausserdem nachweisen, dass der Schaden die vom Arbeitnehmer zu leistende Konventionalstrafe übersteigt.<sup>13</sup>

Oft wird der Arbeitgeber gezwungen sein, den Schaden durch Editionsbegehren in Bezug auf Geschäftsunterlagen der Konkurrenz, die Offenlegung der eigenen Geschäftsbücher sowie durch Benennung von ehemaligen Geschäftspartnern als Zeugen zu beweisen. Ob dieser Beweis gelingt, ist fraglich. Einerseits kann das Editionsbegehren scheitern, falls dieses zu unbestimmt ist<sup>14</sup> oder die Interessenabwägung zwischen Persönlichkeitsrechten Dritter und der prozessualen Wahrheitsfindung zu Ungunsten des Arbeitgebers ausfällt.<sup>15</sup> Andererseits werden zum ehemaligen Arbeitnehmer abgesprungene Geschäftspartner häufig mehr Sympathien für den Arbeitnehmer haben als für den klagenden Arbeitgeber, da sie ja nun mit dem ehemaligen Arbeitnehmer ihre Geschäftsbeziehungen pflegen. Dies hat zur Konsequenz, dass der ehemalige Geschäftspartner vielfach eher zu Gunsten des ehemaligen Arbeitnehmers aussagen wird, was sich für den klagenden Arbeitgeber negativ auswirkt. Schliesslich wird der klagende Arbeitgeber auch seine eigenen Geschäftsbücher offenlegen müssen, um einen Schaden beziffern zu können. Dies wiederum führt dazu, dass die Konkurrenz Einblick in Geschäftsgeheimnisse erhält und dies zusätzlich im Wettbewerb zu ihrem Vorteil ausnützen kann. Dadurch wird die Konkurrenz nicht, wie vom Konkurrenzverbot eigentlich intendiert, geschwächt, sondern womöglich zusätzlich gestärkt. Die gerichtliche Geltendmachung von Schadenersatz bei einer Konkurrenzverbotsverletzung ist somit nicht nur schwierig, sondern kann für die Interessen des klagenden Arbeitgebers auch völlig kontraproduktiv sein.

## 2. Konventionalstrafe

Die Mehrzahl aller Konkurrenzverbote enthält eine Konventionalstrafe, welche vom Arbeitnehmer bei Verletzung

des Konkurrenzverbots zu entrichten ist.<sup>16</sup> Da sich der Arbeitnehmer gemäss Art. 340b Abs. 2 OR durch Bezahlung der Konventionalstrafe vom Konkurrenzverbot befreien kann, falls dies nicht anders vereinbart wurde, empfiehlt sich eine Formulierung, welche die Befreiung durch Bezahlung der Konventionalstrafe ausschliesst. In jedem Fall hat der Arbeitnehmer den die Konventionalstrafe übersteigenden Schaden zu ersetzen. Wie jedoch aufgezeigt wurde, kann die Geltendmachung von Schadenersatz für den Arbeitgeber äusserst schwierig und sogar nachteilig sein, weshalb häufig eine Konventionalstrafe vereinbart wird. Diese dispensiert den Arbeitgeber vom Schadensnachweis.<sup>17</sup>

Die Höhe der Konventionalstrafe kann frei vereinbart werden.<sup>18</sup> Ist die Konventionalstrafe jedoch übermässig hoch, wird sie der Richter nach seinem Ermessen reduzieren,<sup>19</sup> wobei der Arbeitnehmer die Übermässigkeit zu beweisen hat.<sup>20</sup> Die Konventionalstrafe kann in Form eines bestimmten Betrages, einer bestimmten Anzahl Monatslöhne oder als prozentualer Anteil des Jahressalärs vereinbart werden.<sup>21</sup> Im Hinblick auf steigende Inflation sowie steigende Löhne kann es jedoch von Vorteil sein, die Konventionalstrafe nicht in festen Summen, sondern in Abhängigkeit zum Lohn zu fixieren.<sup>22</sup> In der Praxis ist die ungeschriebene Regel entstanden, dass eine Konventionalstrafe maximal einem Jahressalär entsprechen darf.<sup>23</sup> Die Gerichte orientieren sich bei der Beurteilung am Jahressalär des Arbeitnehmers und stellen diesem sein Verschulden gegenüber. Nur bei einem massiven Verschulden des Arbeitnehmers wird eine Strafe von maximal einem Jahresgehalt geschützt.<sup>24</sup> Eine Konventionalstrafe sollte grundsätzlich sechs Monatslöhne nur in begründeten Fällen übersteigen, um keine gerichtliche Herabsetzung zu riskieren. Dennoch werden immer wieder weit höhere Konventionalstrafen vereinbart. Dies lässt sich dadurch erklären, dass die präventive Wirkung

<sup>11</sup> Dies bereits aus Art. 8 ZGB folgernd: CHRISTOPH NEERACHER, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Bern 2001, 100.

<sup>12</sup> Vgl. hierzu die anschliessenden Ausführungen zur Konventionalstrafe.

<sup>13</sup> Vgl. BGE 92 II 38.

<sup>14</sup> Bei ungenügender Bestimmtheit des Editionsbegehrens besteht die Gefahr, dass dieses als Beweisausforschung – auch als «fishing expedition» bezeichnet – qualifiziert wird.

<sup>15</sup> Vgl. hierzu: ERNST F. SCHMID in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 160 ZPO N 24–25.

<sup>16</sup> Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 340b OR N 4; gleicher Ansicht: JÜRGEN BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A., Bern 1996, Art. 340b OR N 2a.

<sup>17</sup> Vgl. RÉMY WYLER, Droit du travail, 2. A., Bern 2008, 612; die vom Schadensnachweis dispensierende Wirkung der Vereinbarung einer Konventionalstrafe ebenfalls betonend: BGE 95 II 539 E. 5.

<sup>18</sup> Vgl. Art. 163 Abs. 1 OR.

<sup>19</sup> Vgl. Art. 163 Abs. 3 OR.

<sup>20</sup> Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 340b OR N 4; BGE 95 II 539 E. 5.

<sup>21</sup> Vgl. SENTI (FN 8), Rz 50.

<sup>22</sup> Vgl. BRÜHWILER (FN 16), Art. 340b OR N 2c.

<sup>23</sup> Vgl. WYLER (FN 17), 612; BRÜHWILER (FN 16), Art. 340b OR N 3; Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 6. August 2002, E. 4., in: JAR 2003, 360.

<sup>24</sup> Vgl. NEERACHER (FN 11), 109.

eines Konkurrenzverbots umso grösser ist, je höher die angedrohte Konventionalstrafe ist, da viele Arbeitnehmer die gängige Praxis der Gerichte nicht kennen.<sup>25</sup>

### 3. Realexekution

Es gibt schwerwiegende Fälle, in welchen die Benachteiligung des Arbeitgebers durch die Konkurrenzierung dermassen gross ist, dass sie nicht durch die Leistung von Schadenersatz beziehungsweise einer Konventionalstrafe und dem Ersatz weiteren Schadens ausgeglichen werden kann.<sup>26</sup> Der Gesetzgeber hat hierfür die Möglichkeit der Realexekution vorgesehen.<sup>27</sup> Die Realexekution bezeichnet das an den betroffenen ehemaligen Arbeitnehmer gerichtete Verbot, die konkurrenzierende Tätigkeit weiterhin auszuüben. Das Konkurrenzverbot wird real vollstreckt. Der Arbeitnehmer wird also nicht bloss schadenersatzpflichtig, sondern kann stattdessen vom ehemaligen Arbeitgeber gerichtlich und unter Androhung von Zwangsvollstreckung gezwungen werden, die Konkurrenzierung vollumfänglich einzustellen. Dies stellt somit die schärfste Sanktion bei einer Konkurrenzverbotverletzung dar.<sup>28</sup> Deshalb hat der Gesetzgeber vorgesehen, dass die Realexekution einer besonderen schriftlichen Abrede bedarf.<sup>29</sup>

Wird in der Konkurrenzverbotsklausel nicht ausdrücklich und unmissverständlich darauf hingewiesen, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zwingen kann, die konkurrenzierende Tätigkeit einzustellen, so ist eine Realexekution nicht möglich. Aus der Formulierung muss insbesondere unmissverständlich hervorgehen, dass der Arbeitgeber selbst bei Bezahlung der Konventionalstrafe<sup>30</sup> und dem Ersatz weiteren Schadens *zusätzlich* die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangen kann. Eine Formulierung, die Bezahlung der Konventionalstrafe entbinde nicht von der weiteren Einhaltung des Konkurrenzverbots, genügt nicht.<sup>31</sup> Darunter könnte

auch verstanden werden, dass bei fortgesetzter Verbotsverletzung die Konventionalstrafe mehrfach geschuldet sei, somit als Abrede, die gemäss Art. 340b Abs. 2 OR die Befreiung vom Konkurrenzverbot durch Zahlung der Konventionalstrafe ausschliesst.<sup>32</sup> Auch die Formulierung «Realexekution im Sinne von Art. 340 Abs. 3 OR bleibt vorbehalten.» ist nicht ausreichend.<sup>33</sup> Folgende Formulierung wäre dagegen ausreichend:

*«Der Arbeitgeber kann in jedem Fall, auch bei Bezahlung der Konventionalstrafe und Ersatz weiteren Schadens, die Beseitigung des vertragswidrigen Zustands verlangen. Er kann den Arbeitnehmer somit jederzeit gerichtlich und unter Androhung der Zwangsvollstreckung zwingen, sämtliche gegen das Konkurrenzverbot verstossende Tätigkeiten und Verhaltensweisen einzustellen.»<sup>34</sup>*

Für eine Realexekution wird materiell vorausgesetzt, dass die Interessen des Arbeitgebers durch die Konkurrenzierung unzumutbar stark verletzt oder gefährdet werden. Er muss ein besonderes Interesse an der Realexekution und der Arbeitnehmer sich aussergewöhnlich treuwidrig verhalten haben.<sup>35</sup> Die Unzumutbarkeit ist anzunehmen, wenn es unbillig erscheinen würde, den Arbeitgeber auf die Geltendmachung der Konventionalstrafe zu verweisen, da die zu erwartende Schädigung die Konventionalstrafe deutlich übersteigen würde. Allgemein wird davon ausgegangen, dass das Interesse des Arbeitgebers an einer Realexekution mit der Restdauer des Konkurrenzverbots abnimmt.<sup>36</sup> Langes Zuwarten mit der Durchsetzung des Konkurrenzverbots deutet zusätzlich auf ein geringeres Interesse des Arbeitgebers hin.<sup>37</sup> Ein besonders treuwidriges Verhalten liegt beispielsweise vor, wenn die Konventionalstrafe durch den neuen Arbeitgeber bezahlt wird. Die Realexekution soll schliesslich für den Arbeitgeber ultima ratio darstellen und wird deshalb nur in Ausnahmefällen gewährt.<sup>38</sup> Die Geltendmachung einer Realexekution ist deshalb auch nur in besonderen Fällen möglich.<sup>39</sup>

<sup>25</sup> Die Meinung vertretend, dass die Ernsthaftigkeit eines Konkurrenzverbots mit einer Konventionalstrafe unterstrichen werden kann: DANIEL BRAND et. al., Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, Kommentar zu den Art. 319–146a, 361/362, Bern 1991, Art. 340b OR N 5.

<sup>26</sup> Vgl. STAEHELIN (FN 8), Art. 340b OR N 13.

<sup>27</sup> Vgl. Art. 340b Abs. 3 OR.

<sup>28</sup> Vgl. ROGER RUDOLPH, Die Realexekution von arbeitsrechtlichen Konkurrenzverboten, TREX 6/03, 324.

<sup>29</sup> Vgl. Art. 340b Abs. 3 OR.

<sup>30</sup> Es ist äusserst umstritten, ob die Vereinbarung einer Realexekution, ohne dass eine Konventionalstrafe vereinbart wird, möglich ist. Vgl. hierzu die Übersicht bei: NEERACHER (FN 11), 117, Fn 713.

<sup>31</sup> Vgl. PETER BOHNY, Konkurrenzverbot, in: Peter Münch/Markus Metz (Hrsg.), Stellenwechsel und Entlassung, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. 2, Basel 2012, 204, Fn 182.

<sup>32</sup> Vgl. REHBINDER (FN 9), Art. 340b OR N 11.

<sup>33</sup> Vgl. NEERACHER (FN 11), 117, Fn 711, mit Verweis auf ein Urteil des Bezirksgerichts Visp, in: RVJ 1997, 278.

<sup>34</sup> Angelehnt an den Formulierungsvorschlag von: ROGER RUDOLPH, Sorgenkind Arbeitsrecht, TREX 2010/02, 90.

<sup>35</sup> Vgl. das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 16. September 2002, E. 2. [recte: 3.], in: JAR 2003, 364.

<sup>36</sup> Vgl. das Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 21. März 1988, in: JAR 1991, 302.

<sup>37</sup> Vgl. RUDOLPH (FN 28), 326.

<sup>38</sup> Vgl. REHBINDER (FN 9), Art. 340b OR N 11; ebenfalls: WYLER (FN 17), 613.

<sup>39</sup> Vgl. SENTI (FN 8), Rz 52 f.; weitere Beispiele von besonders treuwidrigen Verhaltensweisen finden sich bei: RUDOLPH (FN 28), 326; ebenso mit weiteren Hinweisen: COTTI (FN 8), 273.



#### 4. Rückforderung der Karenzentschädigung

Da in der Schweiz, im Gegensatz zu Deutschland, für die Gültigkeit eines Konkurrenzverbots keine Karenzentschädigung nötig ist, sind Streitfälle bei Konkurrenzverboten mit vereinbarter Karenzentschädigung selten.<sup>40</sup> Die Rückforderung einer bereits geleisteten Karenzentschädigung ist deshalb auch eine selten anwendbare Sanktion. Dies kann nebst Schadenersatz und Konventionalstrafe mindestens für die Dauer der Konkurrenzverbotverletzung gefordert werden.<sup>41</sup>

### III. Prozessuale Mittel zur Realexekution

#### 1. Überblick

Die reale Durchsetzung des Konkurrenzverbots bedingt ein zeitlich aufwändiges Gerichtsverfahren. Konkurrenzverbote sind aber unter anderem zeitlich zu begrenzen und die Dauer darf nur unter besonderen Umständen drei Jahre überschreiten.<sup>42</sup> Dieser Konflikt kann für Arbeitgeber im Hinblick auf ein prozessuales Vorgehen problematisch sein.

Einerseits ist die Situation denkbar, dass ein Konkurrenzverbot nur noch während relativ kurzer Zeit gültig ist, wenn der ehemalige Arbeitnehmer den Arbeitgeber zu konkurrenzieren beginnt. Bis dann im Rahmen eines ordentlichen Gerichtsverfahrens ein Urteil ergeht, ist die Verbotsdauer des Konkurrenzverbots meist bereits abgelaufen und eine Realexekution überflüssig geworden.<sup>43</sup> Das

erstrittene Verbot wird in solchen Fällen gar nie rechtswirksam.<sup>44</sup>

Andererseits gibt es Konstellationen, in welchen ein Arbeitnehmer durch sein Verhalten dem Arbeitgeber einen immensen Schaden verursacht. Natürlich besteht grundsätzlich eine Schadenersatzpflicht, aber wenn der ehemalige Arbeitnehmer dazu wirtschaftlich schlicht nicht in der Lage ist, kann der Arbeitgeber im Rahmen des ordentlichen Gerichtsverfahrens keinen genügenden Schutz erlangen. Ein ordentliches Gerichtsverfahren kann von der Klageerhebung bis zu einem Urteil durchaus ein Jahr oder länger dauern. Eine lange Zeit, während derer durch konkurrenzierendes Verhalten ein massiver Schaden verursacht werden kann. Arbeitgeber können in solchen Situationen auf schnellere Verfahren zurückgreifen: Als realistische prozessuale Mittel stehen ihnen die Beantragung einer vorsorglichen bzw. einer superprovisorischen Massnahme offen.<sup>45</sup>

#### 2. Vorsorgliche Massnahme

Vorsorgliche Massnahmen sollen dem Gesuchsteller einstweiligen Rechtsschutz gewähren, bevor das Gericht ein Endurteil im ordentlichen Verfahren gefällt hat.<sup>46</sup> Durch eine vorsorgliche Massnahme wird dem Arbeitnehmer in der Regel unter Androhung der Bestrafung mit Busse wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen (Art. 292 StGB) verboten, die gegenwärtige sowie eine künftige konkurrenzierende Tätigkeit auszuüben.<sup>47</sup> Es handelt sich somit um eine vorgezogene Realexekution, welche jedoch gegebenenfalls im Hauptverfahren zum Konkurrenzverbot wieder aufgehoben werden kann. Wird ein solches Arbeitsverbot verfügt, verliert ein beispielsweise bei der Konkurrenz untergekommener Arbeitnehmer seine neue Arbeitsstelle meist definitiv. Es handelt sich deshalb faktisch um eine Vorwegnahme des eigentlichen Urteils im Verfahren betreffend der behaupteten Konkurrenzverbotverletzung. Obsiegt der Arbeitnehmer dann schliesslich im Hauptverfahren und erweist sich die vorsorgliche Realexekution somit als ungerechtfertigt, so

<sup>40</sup> Vgl. BOHNY (FN 31), Fn 124. Er führt dies darauf zurück, dass die Arbeitnehmer nur selten überhaupt riskieren, die Abgeltung des Konkurrenzverbotes (Karenzentschädigung) zu verlieren. Unserer Meinung nach wäre hier auch noch anzufügen, dass eine Karenzentschädigung das Konkurrenzverbot abgelten und der Arbeitnehmer somit gar kein Interesse daran haben sollte, den Arbeitgeber zu konkurrenzieren. Ein Arbeitnehmer wird deshalb das Konkurrenzverbot erst missachten, wenn die Karenzentschädigung tiefer ist, als sein möglicher Verdienst/Gewinn im Rahmen einer Konkurrenzierung. Die Arbeitgeber, welche Karenzentschädigungen ausrichten, werden diese deshalb eher höher ansetzen, was die tiefe Zahl von Streitfällen erklärt.

<sup>41</sup> Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 340b OR N 4; STAEHELIN (FN 8), Art. 340 OR N 25, führt hierzu aus, dass das Konkurrenzverbot bei Vereinbarung einer Karenzentschädigung zu einem synallagmatischen Vertrag mit der Karenzentschädigung als Entgelt für die Unterlassung werde. Bei Verzug würden die Bestimmungen der Art. 82 ff. und 107 ff. OR zur Anwendung kommen. So könne eine bezahlte Karenzentschädigung schliesslich nach Art. 109 OR zurückgefordert werden.

<sup>42</sup> Art. 340a Abs. 1 OR.

<sup>43</sup> Vgl. RUDOLPH (FN 28), 327; gleicher Meinung: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 340b OR N 9.

<sup>44</sup> Vgl. RUDOLPH (FN 34), 90.

<sup>45</sup> Natürlich stünde Arbeitgebern auch der Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO offen. Dafür müsste der Sachverhalt jedoch unbestritten und sofort beweisbar sein (Art. 257 Abs. 1 ZPO), was bei Konkurrenzverbotverletzungen in den meisten Fällen nicht der Fall ist.

<sup>46</sup> Vgl. LUCIUS HUBER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 261 N 1.

<sup>47</sup> Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 340b OR N 9.

haftet der Arbeitgeber für den Schaden, welcher dem Arbeitnehmer dadurch entstanden ist. Begehren um vorsorgliche Massnahmen sind sorgfältig zu prüfen. Die finanziellen Folgen könnten für den betreffenden Arbeitgeber im Einzelfall äusserst weitreichend sein.<sup>48</sup>

Sobald das Gericht im Hauptverfahren einen Entscheid gefällt hat, kann keine vorsorgliche Massnahme mehr beantragt werden. Da Verfahren zu Konkurrenzverbotverletzungen jedoch gewöhnlich eine gewisse Zeit dauern und vorsorgliche Massnahmen umgehend beantragt werden sollten, um nicht zu riskieren, dass das Gericht das lange Zuwarten als Indiz für ein fehlendes besonderes Interesse an der realen Durchsetzung des Konkurrenzverbots wertet, wird dies wohl kaum ein Problem darstellen. Hingegen kann eine Realexekution als vorsorgliche Massnahme auch vor Einreichung der eigentlichen Klage beantragt werden. In diesem Fall setzt das Gericht dem Arbeitgeber eine Frist zur Einreichung der Klage verbunden mit der Androhung, dass die vorsorglich angeordnete Realexekution bei ungenutztem Ablauf der Frist ohne weiteres dahinfalle.<sup>49</sup> Der Arbeitnehmer kann ein vorsorgliches Verbot der Konkurrenzierung dadurch abwenden, dass er eine angemessene Sicherheit leistet, wobei die Angemessenheit unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zu beurteilen ist.<sup>50</sup> Die Sicherheitsleistung muss so hoch sein, dass dem Arbeitgeber bei Abwarten des Endurteils kein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.<sup>51</sup>

Will der Arbeitgeber ein vorsorgliches Verbot des konkurrenzierenden Verhaltens des Arbeitnehmers erwirken, muss er zunächst glaubhaft machen, dass ein materiell-rechtlicher Unterlassungsanspruch besteht (Hauptsachenprognose).<sup>52</sup> Dabei kann er auf Art. 340b Abs. 3 OR und das vereinbarte Konkurrenzverbot verweisen, falls dieses die Realvollstreckung rechtsgenügend klar vorsieht.<sup>53</sup> Ebenfalls glaubhaft zu machen ist, dass dieser Unterlassungsanspruch bereits verletzt wurde oder eine Verletzung zumindest zu befürchten ist.<sup>54</sup> Schliesslich ist weiter vorausgesetzt, dass der Arbeitgeber mindestens glaubhaft machen kann, dass ihm aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht<sup>55</sup> und dass eine gewisse zeitliche Dringlichkeit besteht (Nachteilspro-

gnose).<sup>56</sup> Gerade Letzteres mag erstaunen, wird doch in Art. 261 ZPO die zeitliche Dringlichkeit nicht explizit als Voraussetzung genannt. Gemäss der Botschaft zur ZPO ist das Kriterium der zeitlichen Dringlichkeit jedoch im Kriterium des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils enthalten.<sup>57</sup> Es muss für den Arbeitgeber unzumutbar sein, das Endurteil abzuwarten.<sup>58</sup>

### 3. Superprovisorische Massnahme

Es sind Konstellationen denkbar, in welchen einem vorsorglichen gerichtlichen Verbot hohe Dringlichkeit zukommen kann. In solchen Fällen besteht für den Arbeitgeber die Möglichkeit, eine superprovisorische Massnahme zu beantragen. Superprovisorische Massnahmen zeichnen sich dadurch aus, dass das Gericht ohne Anhörung des Arbeitnehmers ein vorsorgliches Verbot der Konkurrenzierung erlässt<sup>59</sup> und erst zusammen mit der Anordnung entweder zu einer Verhandlung vorlädt, welche unverzüglich stattzufinden hat, oder dem Arbeitnehmer Frist zur schriftlichen Stellungnahme setzt.<sup>60</sup> Das rechtliche Gehör wird somit erst im Nachhinein gewährt. Anschliessend entscheidet das Gericht jedoch unverzüglich über Fortbestand, Abänderung oder Aufhebung der superprovisorisch angeordneten Massnahme.<sup>61</sup>

Zusätzlich zu den Voraussetzungen der vorsorglichen Massnahme<sup>62</sup> muss der Arbeitgeber im Rahmen seines Gesuchs um superprovisorische Massnahmen somit eine besondere Dringlichkeit glaubhaft machen. Dabei muss er im Gegensatz zur vorsorglichen Massnahme vor allem glaubhaft machen, dass eine vorsorgliche Massnahme zu spät käme und es für ihn unzumutbar wäre, das Verbot im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme zu erwirken, weil beispielsweise eine vorgängige Anhörung des Arbeitnehmers die Erfolgchance des Verbots vereiteln würde oder aber das Verfahren für eine vorsorgliche Massnahme zu lange dauern würde und der bis zum Entscheid über die vorsorgliche Massnahme entstandene Schaden bereits einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil darstellen würde, was mit einem superprovisorischen Verbot noch verhindert werden könnte.<sup>63</sup> Arbeitgeber sollten da-

<sup>48</sup> Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 340b OR N 9.

<sup>49</sup> Vgl. Art. 263 ZPO.

<sup>50</sup> Vgl. Art. 261 Abs. 2 ZPO.

<sup>51</sup> Vgl. HUBER (FN 46), Art. 261 N 26.

<sup>52</sup> HUBER (FN 46), Art. 261 N 25.

<sup>53</sup> Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 340b OR N 9.

<sup>54</sup> Vgl. Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO.

<sup>55</sup> Vgl. Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO.

<sup>56</sup> Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 340b OR N 9.

<sup>57</sup> Vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7354.

<sup>58</sup> Vgl. mit weiteren Hinweisen: HUBER (FN 46), Art. 261 N 22.

<sup>59</sup> Vgl. Art. 265 Abs. 1 ZPO.

<sup>60</sup> Vgl. Art. 265 Abs. 2 ZPO.

<sup>61</sup> Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 340b OR N 9.

<sup>62</sup> Vgl. die voranstehenden Ausführungen.

<sup>63</sup> Vgl. HUBER (FN 46), Art. 265 N 7 f.; Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7356.

bei beachten, dass das offensichtliche Hinauszögern eines Gesuchs um superprovisorische Massnahmen gegen das Vorliegen der vorausgesetzten besonderen Dringlichkeit spricht und ihr Gesuch in diesem Fall zudem unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchsverbots abgelehnt werden wird. Dem Arbeitgeber wird selbstverständlich eine gewisse Bedenk- und Vorbereitungszeit einzuräumen sein.<sup>64</sup>

## IV. Stolpersteine bei der Durchsetzung

### 1. Hauptsachenprognose

Im Gesuch um vorsorgliche bzw. superprovisorische Massnahme muss der ehemalige Arbeitgeber zumindest glaubhaft machen, dass er auch einen Unterlassungsanspruch gegenüber dem ehemaligen Arbeitnehmer hat und dass dieser dagegen bereits verstossen hat oder zumindest beabsichtigt, dagegen zu verstossen.<sup>65</sup> Das vorsorgliche Verbot der weiteren Konkurrenzierung kann den ehemaligen Arbeitnehmer hart treffen und den eigentlichen Entscheid über die behauptete Konkurrenzverbotverletzung faktisch vorwegnehmen.<sup>66</sup> Entscheidend ist deshalb, ob der Kläger im ordentlichen Verfahren auch Aussicht auf Erfolg hat, wobei an die Erfolgsaussichten der Klage allgemein erhöhte Anforderungen zu stellen sind. Vorsorgliche Massnahmen sind eher gerechtfertigt, je höher die Wahrscheinlichkeit des Obsiegens des ehemaligen Arbeitnehmers im ordentlichen Verfahren betreffend Konkurrenzverbotverletzung ist.<sup>67</sup>

Dies stellt für den Arbeitgeber häufig bereits eine erste Hürde dar. Das Gericht hat bereits im Rahmen des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen zu prüfen, ob das Konkurrenzverbot überhaupt gültig und anwendbar ist.<sup>68</sup> Auch die Voraussetzungen für die Realexekution sind zu prüfen.<sup>69</sup> Zudem hat das Gericht zu beurteilen, ob eine Verletzung des Konkurrenzverbots überhaupt glaubhaft

dargelegt wurde.<sup>70</sup> Auch da scheitern viele Arbeitgeber, da eine Konkurrenzierung zwar häufig vermutet wird, aber nicht glaubhaft gemacht werden kann.

Auch im Rahmen eines Verfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen können hohe Parteikosten entstehen, da die Rechtsschriften durch eine faktische Vorwegnahme des Entscheids im Hauptverfahren entsprechend umfangreich ausfallen können.

### 2. Nachteilsprognose

Der Arbeitgeber hat auch glaubhaft zu machen, dass ihm bei Abweisung des Gesuchs ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht.<sup>71</sup> Dabei ist eine Abwägung zwischen den Nachteilen, welche die beiden Parteien je nach Entscheid über das Gesuch um vorsorgliche Massnahme erleiden, vorzunehmen. Der für den ehemaligen Arbeitgeber drohende Nachteil bei Abweisung seines Gesuchs entspricht dem Schaden, welcher ihm gerade eben dadurch entsteht, dass der ehemalige Arbeitnehmer bis zum Urteil im ordentlichen Verfahren nicht daran gehindert werden kann, weiter gegen das Konkurrenzverbot zu verstossen. Hierbei sind auch immaterielle Schäden zu berücksichtigen.<sup>72</sup> Der ehemalige Arbeitnehmer verliert bei Gutheissung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahme entweder seinen momentanen Job oder kann seine Erwerbstätigkeit nicht mehr ausüben. Dies kann sich im schlimmsten Fall sogar weit über die Dauer des Konkurrenzverbots hinaus erstrecken.<sup>73</sup> Aber auch entgangene Berufserfahrung muss beispielsweise in die Nachteilsabwägung einfließen. Bei dieser Interessenabwägung müssen die drohenden Nachteile bei Abweisung des Gesuchs für den ehemaligen Arbeitgeber umso schwerwiegender sein, je gravierender die Nachteile einer vorsorglichen Massnahme für den ehemaligen Arbeitnehmer sind.<sup>74</sup>

Gerade weil der Nachteil für einen Arbeitnehmer sehr gross sein und den wirtschaftlichen Ruin des ehemaligen Arbeitnehmers beinhalten kann, können Gesuche um vorsorgliche Massnahme an der Nachteilsprognose scheitern. Arbeitgeber sollten somit nicht nur ihren eigenen drohen-

<sup>64</sup> Vgl. HUBER (FN 46), Art. 265 N 9.

<sup>65</sup> Da das Gericht anschliessend eine gewisse Prognose treffen muss, ob überhaupt ein Anspruch auf die Unterlassung der Konkurrenzierung besteht, wird dies als Hauptsachenprognose bezeichnet.

<sup>66</sup> Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 340b OR N 9.

<sup>67</sup> Vgl. mit weiteren Hinweisen: NEERACHER (FN 11), 124; ebenfalls eine «erhöhte Glaubhaftigkeit» verlangend und darüber hinaus sogar von einem «Teil-Beweisverfahren» ausgehend mit weiteren Hinweisen auch auf die Rechtsprechung: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 340b OR N 9.

<sup>68</sup> Vgl. zu den Gültigkeitsvoraussetzungen mit weiteren Hinweisen: SENTI (FN 8), Rz 15 ff.

<sup>69</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen für die Realexekution das Kapitel II 3; zudem: RUDOLPH (FN 28), 324 ff.

<sup>70</sup> Vgl. BOHNY (FN 31), Rz 7.87.

<sup>71</sup> Es muss dem Gericht dadurch möglich sein, eine Prognose über die drohenden Nachteile bei Nichtgewährung einer vorsorglichen Massnahme zu erstellen. Daher der Begriff «Nachteilsprognose».

<sup>72</sup> Vgl. HUBER (FN 46), Art. 261 N 20.

<sup>73</sup> Man denke beispielsweise an einen Arbeitnehmer, der sich nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses selbständig gemacht hat. Muss er diese Selbständigkeit aufgrund einer vorsorglichen Massnahme einstellen, verliert er womöglich sämtliche Kunden an die Konkurrenz.

<sup>74</sup> Vgl. NEERACHER (FN 11), 124 f.

den Nachteil, sondern auch den Nachteil ihres ehemaligen Arbeitnehmers bei Gutheissung des Gesuchs beachten, wenn sie entscheiden müssen, ob sie ein solches stellen wollen.

### 3. Sicherheitsleistung und Schadenersatzpflicht

Die Verfahrenskosten können für den ehemaligen Arbeitgeber in enorme Höhen steigen. Der Gesetzgeber hat in Art. 264 ZPO dem Gericht nämlich die Möglichkeit eingeräumt, die Gewährung vorsorglicher Massnahmen von einer angemessenen Sicherheitsleistung des Gesuchstellers abhängig zu machen. Diese Sicherheitsleistung stellt eine Kautions zur Abdeckung eines eventuellen Schadens des ehemaligen Arbeitnehmers, welcher diesem aufgrund einer fälschlicherweise erlassenen vorsorglichen Massnahmen entstehen könnte, dar. Bei superprovisorischen Massnahmen hat die Anordnung von Sicherheitsleistungen von Amtes wegen zu erfolgen,<sup>75</sup> bei vorsorglichen Massnahmen hingegen bloss auf Antrag.<sup>76</sup> Bei vorsorglichen Massnahmen hat der ehemalige Arbeitnehmer zusätzlich den womöglich entstehenden Schaden glaubhaft zu machen, wobei auch die Prozesskosten der vorsorglichen Massnahme vollumfassend gedeckt sein müssen.<sup>77</sup> Die Sicherheitsleistung wird häufig nicht unter einem Jahreslöhrliegen.<sup>78</sup>

Wird eine vorsorgliche bzw. superprovisorische Massnahme fälschlicherweise ausgesprochen, so haftet der Arbeitgeber für den gesamten Schaden, der seinem ehemaligen Arbeitnehmer dadurch entsteht, wobei das Gericht diese Schadenersatzpflicht herabsetzen oder gar gänzlich von ihr entbinden kann, wenn der ehemalige Arbeitgeber beweist, dass er sein Gesuch um vorsorgliche bzw. superprovisorische Massnahme in guten Treuen gestellt hat.<sup>79</sup> Wenn der ehemalige Arbeitgeber eine angemessene Sicherheitsleistung erbringt, ändert dies nichts daran, dass er für den gesamten, dem ehemaligen Arbeitnehmer entstehenden Schaden ersatzpflichtig ist. Reicht die erbrachte Sicherheitsleistung für die Deckung des Schadens nicht aus, so hat der ehemalige Arbeitgeber den Fehlbetrag zusätzlich zu leisten. Die Schadenersatzpflicht bleibt somit nicht auf die erbrachte Sicherheitsleistung beschränkt.

Arbeitgeber, welche nicht über eine genügende Liquidität verfügen, sollten sich der Problematik einer möglichen Sicherheitsleistung bewusst sein, wenn sie ein Gesuch um vorsorgliche oder superprovisorische Massnahmen stellen. Ebenfalls sollte sich jeder Arbeitgeber der Schadenersatzpflicht bewusst sein. Unter Umständen kann der Schadenersatz in beachtliche Höhen steigen. Da bei Konkurrenzverboten diverse Einwände seitens des ehemaligen Arbeitnehmers im Hauptverfahren möglich sind, ist es manchmal schwierig, das Risiko eines Unterliegens im Hauptverfahren im Vorherein einzuschätzen. Jedoch sollten Arbeitgeber, welche ihre Chancen, im Hauptverfahren zu obsiegen, nicht bedeutend höher einschätzen als die Wahrscheinlichkeit einer Klageabweisung, unter Berücksichtigung der erörterten Schadenersatzproblematik von einem Gesuch absehen, falls sie nicht über genügend Liquidität verfügen beziehungsweise einen möglichen Schaden nicht ersetzen können.

## V. Spezialfragen

### 1. Gesetzesumgehung durch gesellschaftsrechtliches Konkurrenzverbot

Die im Arbeitsrecht bestehenden Schutzvorschriften für Arbeitnehmer im Zusammenhang mit Konkurrenzverboten schränken die Arbeitgeber in ihren Möglichkeiten, eine Konkurrenzierung mittels arbeitsvertraglichen Konkurrenzverboten zu verhindern, stark ein. Zu denken ist einerseits an die Gültigkeitsvoraussetzungen für arbeitsrechtliche Konkurrenzverbote,<sup>80</sup> andererseits jedoch auch an die nicht in jedem Falle gegebene Anwendbarkeit eines Konkurrenzverbots<sup>81</sup> sowie auch an ein mögliches Dahinfallen von Konkurrenzverboten bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses.<sup>82</sup> Ein Ausweg für den Arbeitgeber bestünde darin, mit seinem Arbeitnehmer ein gesellschaftsrechtliches Konkurrenzverbot in einem Aktionärbindungsvertrag zu vereinbaren, worauf die arbeits-

<sup>75</sup> Vgl. Art. 265 Abs. 3 ZPO.

<sup>76</sup> Vgl. Art. 264 Abs. 1 ZPO; sowie: HUBER (FN 46), Art. 264 N 2.

<sup>77</sup> Vgl. HUBER (FN 46), Art. 264 N 15.

<sup>78</sup> Dies sogar fordernd: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 340b OR N 9.

<sup>79</sup> Vgl. Art. 264 Abs. 2 ZPO.

<sup>80</sup> Vgl. Art. 340 und 340a OR.

<sup>81</sup> So wird zum Beispiel der geforderte Kausalzusammenhang zwischen dem Einblick in den Kundenkreis und der erheblichen Schädigung des ehemaligen Arbeitgebers bei den «freien Berufen» meist verneint, da bei diesen Berufen in der Regel die persönlichen Fähigkeiten im Vordergrund stehen.

<sup>82</sup> Vgl. Art. 340c OR. Das Bundesgericht stellt Auflösungsvereinbarungen ohne substanzielle Besserstellung des Arbeitnehmers Arbeitgeberkündigungen ohne begründeten Anlass gleich, weshalb ein arbeitsvertragliches Konkurrenzverbot in diesen Fällen gemäss Art. 340c Abs. 2 OR ebenfalls dahinfällt; vgl. den Entscheid des Bundesgerichts vom 31. Juli 2008, 4A\_209/2008.



rechtlichen Schutzvorschriften der Art. 340 ff. OR nicht anwendbar wären.

Auszugehen ist beispielsweise von einem genialen Chemiker. Dieser erhält von seiner Arbeitgeberin (einer Aktiengesellschaft), welche von den beiden einzigen weiteren Aktionären und einzigen Verwaltungsräten beherrscht und geführt wird, einen unbedeutend kleinen Aktienanteil im einstelligen Prozentbereich und unterzeichnet gleichzeitig mit den übrigen Aktionären einen Aktionärbindungsvertrag, welcher ein für ihn sehr nachteiliges Konkurrenzverbot enthält, das gemäss den Art. 340 ff. OR weder gültig noch anwendbar wäre. Der Arbeitnehmer wäre an das Konkurrenzverbot gebunden, obwohl es arbeitsrechtlich in dieser Form nicht zulässig wäre. Die beiden anderen Aktionäre könnten darin eine massiv übersetzte Konventionalstrafe, eine unlimitierte Dauer und keinerlei örtliche Beschränkung vorsehen. In sachlicher Hinsicht wäre das Konkurrenzverbot einfach auf die chemische Industrie beschränkt. Obwohl auch die beiden Mehrheitsaktionäre an das Konkurrenzverbot gebunden wären, sind durchaus Konstellationen denkbar, in welchen sie dadurch faktisch in ihrer wirtschaftlichen Entfaltung nicht gross eingeschränkt würden. Zu denken ist an ein Start Up, in welchem sämtliche Produkte nur auf den Entwicklungen des genialen Chemikers basieren, während die beiden anderen Aktionäre bloss Investoren sind, die von Chemie nichts verstehen. Sollte ein Investor die Unternehmung verlassen und seine Aktien verkaufen, könnte er einfach in einer vollkommen anderen Branche Unterschlupf finden. Für den langjährigen Mitarbeiter, welcher sich sein ganzes Leben lang nur der Chemie in einem ganz bestimmten Bereich gewidmet hätte, wäre es jedoch praktisch unmöglich, eine andere Tätigkeit auszuführen. Die grösste Gefahr für das Unternehmen und somit auch für dessen Aktionäre bestünde zudem in einer Konkurrenzierung durch den genialen Chemiker, ohne den es die Unternehmung nie gegeben hätte und ohne den die Unternehmung auch nicht weiterexistieren könnte. Dieser Gefahr hätten die beiden Mehrheitsaktionäre jedoch durch das Konkurrenzverbot im Aktionärbindungsvertrag gekonnt und umfassend einen Riegel geschoben. Die Konkurrenzverbotsklausel im Aktionärbindungsvertrag würde für den Chemiker einem Berufsverbot gleichkommen und er könnte sich nicht dagegen zur Wehr setzen.

So ausgeklügelt dieser Ausweg erscheinen mag, so sehr haftet ihm ein Rechtsmissbrauchsverdacht an. Das Bundesgericht musste sich bereits mehrmals mit vertraglichen Konstrukten auseinandersetzen, welche die Umgehung der arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften zu Konkurrenzverboten zum Ziel hatten. So wurde ausgeführt, dass bei Dauerschuldverhältnissen, in welchen die

eine Partei wirtschaftlich von der andern abhängig sei, die Schutzbedürftigkeit der schwächeren Vertragspartei die sinngemässe Anwendung zwingender Vorschriften erheischen könne, welche das Gesetz für verwandte Vertragstypen vorsehe. Es sei jedoch stets vorausgesetzt, dass sich der Regelungsgedanke bestimmter gesetzlicher Schutzvorschriften auf das konkrete Vertragsverhältnis übertragen lasse. Ob und für welche Bestimmungen dies zutrefte, sei im Einzelfall ausgehend von der Bedeutung zu beurteilen, die der Vertrag für die schwächere Vertragspartei einnehme. Massgebend dabei seien die Art und das Ausmass der Abhängigkeit der schwächeren von der stärkeren Vertragspartei.<sup>83</sup>

Entscheidend für eine analoge Anwendung der arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften der Art. 340 ff. OR auf Konkurrenzverbote aus Aktionärbindungsvertrag ist somit, dass ein nicht arbeitsvertragliches Dauerschuldverhältnis besteht, welches zu einer wirtschaftlichen Abhängigkeit und zu einem Schutzbedürfnis führt. Der soziale Rechtsschutz des Arbeitnehmers im Arbeitsrecht beruht auf der Grundüberlegung, dass der Arbeitnehmer typischerweise die sozial schwächere Vertragspartei ist und deshalb eines besonderen Schutzes bedarf.<sup>84</sup> Im geschilderten Fall besteht nebst einem Arbeitsvertrag mit dem Aktionärbindungsvertrag auch ein nicht arbeitsvertragliches Dauerschuldverhältnis. Dabei liegt hier die Besonderheit vor, dass der Arbeitnehmer einen verschwindend kleinen Aktienanteil hält und die beiden Mehrheitsaktionäre den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung bilden. Der Minderheitsaktionär und Arbeitnehmer hat dabei faktisch keinerlei Mitspracherecht in Bezug auf Entscheidungen der Geschäftsleitung. Das Arbeitsverhältnis zum Arbeitnehmer könnte jederzeit im Rahmen einer Änderungskündigung zu dessen Ungunsten geändert werden. Auch eine durch die Mehrheitsaktionäre veranlasste Kündigung wäre jederzeit möglich. Die Macht der Mehrheitsaktionäre über den unbedeutenden Minderheitsaktionär und Arbeitnehmer ist somit noch bedeutend grösser, als wenn gar kein Arbeitsverhältnis bestehen würde. Es kann deshalb nicht zulässig sein, die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften der Art. 340 ff. OR über einen Aktionärbindungsvertrag in Fällen wie im geschilderten Beispiel zu

<sup>83</sup> Vgl. das Urteil des Bundesgericht 4C.360/2004 vom 19. Januar 2005, E. 2.3. Bereits 1992 hat das Bundesgericht in BGE 118 II 157 entschieden, dass sich die sinngemässe Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften auf ein Franchise-Verhältnis rechtfertige, falls der Franchisenehmer faktisch in einem ähnlichen Abhängigkeitsverhältnis vom Franchisegeber wie ein Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber stehe.

<sup>84</sup> Vgl. COTTI (FN 8), 325.

umgehen, eine analoge Anwendung muss bei diesem rechtsmissbräuchlichen Vorgehen möglich sein.<sup>85</sup> Selbstverständlich ist jedoch eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen, zumal grundsätzlich in Aktionärbindungsverträgen ohne das Vorliegen bestimmter Begleitumstände die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften der Art. 340 ff. OR nicht zu beachten sind.

## 2. Konventionalstrafe pro Verletzung

Konventionalstrafen sind bei Konkurrenzverbotverletzung ohne gegenteilige Abrede grundsätzlich nur einmal geschuldet.<sup>86</sup> Oft werden in Konkurrenzverboten jedoch pro Verletzung geschuldete Konventionalstrafen vereinbart. Die Durchsetzung gelingt aber den Arbeitgebern häufig nicht, da die Gerichte dazu neigen, Verletzungshandlungen als Einheit zu betrachten. So hat das Bundesgericht festgehalten, der Arbeitnehmer, welcher sich von einer Konkurrentin seiner früheren Arbeitgeberin anstellen liess und damit gegen das Konkurrenzverbot mit pro Verletzung vereinbarter Konventionalstrafe versties, schulde die Konventionalstrafe nur einmalig, da die einzelnen Handlungen für seine neue Arbeitgeberin alle Teil dieser Übertretung darstellen würden. Sie seien deshalb nicht gesondert jedes Mal als neue Verletzung des Verbots anzusehen, sondern bildeten vielmehr als Ganzes die konkurrenzierende Tätigkeit.<sup>87</sup>

Als Indiz, ob ein Gericht im Einzelfall eher von mehreren unabhängigen Verletzungshandlungen oder von «Tateinheit» ausgeht, kann die Höhe der vereinbarten Konventionalstrafe berücksichtigt werden: Sehr tiefe Konventionalstrafen sprechen eher für eine mehrfach, pro Verletzungshandlung geschuldete Konventionalstrafe, wohingegen bei hohen Konventionalstrafen mehrere Verletzungshandlungen eher als Einheit betrachtet werden.<sup>88</sup>

## 3. Konkurrenzverbotsvereinbarung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Konkurrenzverbote werden in der Regel zu Beginn des Arbeitsverhältnisses vereinbart. Es kommt jedoch auch vor, dass Konkurrenzverbote erst bei oder nach der Beendigung vereinbart werden. BOHNY hält es sogar für sinnvoll, den Abschluss beziehungsweise die Präzisierung eines Konkurrenzverbotes auf den Zeitpunkt des Firmenaustritts zu legen, da erst dann endgültig beurteilt werden könne, ob und welche schützenswerten wettbewerbsrelevanten Einblicke der oder die austretende Angestellte hatte. Es ist indessen umstritten, ob Konkurrenzverbote nach dem Austritt überhaupt eingegangen werden können.<sup>89</sup> Eine klare Praxis zu dieser Frage fehlt.

Ein Teil der Lehre hält Konkurrenzverbotsvereinbarungen bei oder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses für problematisch, da der Arbeitnehmer damit auf eine im Verlaufe des Arbeitsverhältnisses erworbene Rechtsposition verzichte, was gemäss analoger Anwendung von Art. 341 OR bis zu einem Monat nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht möglich sei und somit eine solche Vereinbarung nur gültig wäre, wenn eine substantielle Gegenleistung seitens des Arbeitgebers erbracht würde.<sup>90</sup> Dies würde dazu führen, dass bei arbeitsrechtlichen Konkurrenzverboten, welche nicht während des Arbeitsverhältnisses vereinbart werden, die Ausrichtung einer Karenzentschädigung zwingende Gültigkeitsvoraussetzung darstellte. Dies kann kaum im Sinne des Gesetzgebers sein, der auch bei in den Arbeitsvertrag aufgenommenen Konkurrenzverboten nicht zwingend eine Karenzentschädigung für deren Gültigkeit verlangt, obwohl während des Arbeitsverhältnisses oder bei dessen Vereinbarung der Arbeitnehmer stärker vom Arbeitgeber abhängig ist als nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Vorstellbar wäre bei Befürwortung der analogen Anwendung des Art. 341 OR hingegen, die Schutzvorschriften der Art. 340 ff. OR auf im Anschluss an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgeschlossene, mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängende Konkurrenzverbote anzuwenden.<sup>91</sup> Die Frage einer analogen Anwendung des Art. 341 OR ist bisher von den Gerichten noch nicht eingehender behandelt worden.<sup>92</sup>

Das Appellationsgericht Basel-Stadt hat im Fall eines Arbeiters, der gekündigt hatte und anschliessend seinen

<sup>85</sup> Auch das Tribunal Cantonal VD hat in seinem Entscheid vom 12. August 2008 (JAR 2009, S. 651, E. V.b) entschieden, dass eine Umgehung der arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften durch die Aufnahme eines Konkurrenzverbots in einen Aktionärbindungsvertrag grundsätzlich nicht zulässig ist.

<sup>86</sup> Vgl. STAEHELIN (FN 9), Art. 340b OR N 7.

<sup>87</sup> Vgl. das Urteil des Bundesgerichts vom 20. Februar 2004, 4C.276/2003, E. 3.1. Ähnlich entschied das Obergericht Aargau, als es die Gründung eines Konkurrenzgeschäfts, welches mehrere Vertretungen dem alten Arbeitgeber abspenstig machte und viele alte Kunden belieferte, bloss als einmalige Übertretung des Konkurrenzverbots qualifizierte: Vgl. den unveröffentlichten Entscheid des Obergerichts Aargau vom 11. April 2002, AR.1999.00035, zit. in: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 340b OR N 4.

<sup>88</sup> Vgl. mit weiteren Hinweisen: NEERACHER (FN 11), 106 f.

<sup>89</sup> Vgl. BOHNY (FN 31), Rz 7.7.

<sup>90</sup> Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 340a OR N 9.

<sup>91</sup> Vgl. NEERACHER (FN 11), 15; ebenfalls dieser Meinung mit weiteren Hinweisen: BOHNY (FN 31), Fn 4.

<sup>92</sup> Vgl. REHBINDER (FN 9), Art. 340b OR N 11.

Schlusslohn nur gegen eine Quittung erhalten hatte, mit welcher er gleichzeitig ein umfassendes Konkurrenzverbot für drei Jahre unterschrieb, die Rechtmässigkeit eines nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbarten Konkurrenzverbots verneint. Es führte aus, dass angesichts der vorgelegenen Koppelung der Auszahlung des geschuldeten Schlusslohnes mit der Unterzeichnung der Quittung und der damit verbundenen Zustimmung zu einem dreijährigen Konkurrenzverbot von einem unsittlichen und daher nichtigen Rechtsgeschäft auszugehen sei. Zur Frage, ob eine analoge Anwendung von Art. 341 OR geboten wäre, hat sich das Gericht nicht abschliessend geäussert. Es merkte jedoch an, dass ein Arbeitnehmer womöglich bei Vertragsbeendigung eher abschätzen könne, welche Beschränkungen er in Kauf nehme, als bei Eingehung des Arbeitsvertrages.<sup>93</sup>

Mehr als einen Monat nach Ende des Arbeitsverhältnisses können die Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich jegliches Konkurrenzverbot vereinbaren. Der Arbeitnehmer steht nach dieser Monatsfrist auch nicht mehr in einem Abhängigkeitsverhältnis zu seinem ehemaligen Arbeitgeber. Der Arbeitgeber wird sich somit ein Konkurrenzverbot nur durch eine angemessene Karenzenschädigung «erkaufen» können, wobei der Arbeitnehmer nach beendetem Arbeitsverhältnis besser einschätzen kann, worauf er sich bei dem vorgeschlagenen Konkurrenzverbot einlässt, weshalb er keines besonderen Schutzes mehr bedarf.

## VI. Fazit und Empfehlungen

Aus Sicht des Arbeitgebers empfiehlt es sich bei der arbeitsvertraglichen Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes, eine Konventionalstrafe zu vereinbaren, da der Schadensnachweis häufig problematisch ist. Meist ist der Arbeitgeber dafür auf Informationen angewiesen, welche nur mittels Edition von Geschäftsunterlagen eines Konkurrenzunternehmens erlangt werden können. Die Entscheidung über Editionsanträge verlangt eine gerichtliche Interessenabwägung. Zudem müssen zum Schadensnachweis häufig auch die eigenen Geschäftsbücher offengelegt werden, was auch der Konkurrenz unerwünschte Einblicke ermöglichen kann. Die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen mittels Editionsbegehren kann somit – obwohl der Schadensnachweis womöglich dadurch sogar erbracht werden kann – sogar kontraproduktiv sein.

Eine angemessene Konventionalstrafe hingegen ist einiges leichter durchsetzbar und verlangt keine Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen.

Es empfiehlt sich auch, die Realexekution ausdrücklich und unmissverständlich im Rahmen einer Konkurrenzverbotsabrede vorzusehen. Aus der Formulierung muss klar hervorgehen, dass der Arbeitgeber selbst bei Bezahlung der Konventionalstrafe und dem Ersatz weiteren Schadens *zusätzlich* die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangen kann. Bei einem Verstoss gegen das Konkurrenzverbot wäre darauf zu achten, dass umgehend eine Realdurchsetzung angestrengt wird, da von den Gerichten ein zu langes Zuwarten als Indiz für ein geringes Interesse des Arbeitgebers gewertet wird, was die Erfolgsaussichten für die Gewährung einer Realexekution verschlechtert.

Die Gerichte wenden bei vereinbarter Karenzenschädigung einen gegenüber dem Arbeitgeber weniger restriktiven Massstab an, da der Arbeitnehmer für das Konkurrenzverbot entschädigt werde. Eine Karenzenschädigung kann zudem bei Verstoss gegen das Konkurrenzverbot als weitere Sanktion vom Arbeitgeber, zumindest pro rata, zurückgefordert werden. Aufgrund der Rechtsprechung und in Analogie zur Praxis in Deutschland müsste daher empfohlen werden, eine Karenzenschädigung zu vereinbaren. Eine solche ist jedoch unnötig, sofern das Konkurrenzverbot umfassend und klar formuliert wird. Nur bei ungenügender Formulierung, kann eine vereinbarte Karenzenschädigung vor Gericht für den Arbeitgeber vorteilhaft sein. Es ist somit vor allem auf eine umfassende und klare Formulierung zu achten.

Bei der prozessualen Durchsetzung des Konkurrenzverbots empfiehlt es sich, möglichst umgehend nach der Kenntnisnahme von der Konkurrenzierung durch den Arbeitnehmer um vorsorgliche beziehungsweise sogar um superprovisorische Massnahmen zu ersuchen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer zahlreiche Möglichkeiten hat, um eine vorsorgliche Realexekution zu verhindern, da das Gericht bereits im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen zu prüfen hat, ob das Konkurrenzverbot gültig und anwendbar ist, was faktisch oft einer Vorwegnahme des Entscheids im Hauptverfahren gleichkommt. Zu beachten gilt es, dass die Kostenfolgen eines Verfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen im Falle eines Unterliegens im Hauptverfahren beträchtlich sein können. Auch kann vom Arbeitgeber eine Sicherheitsleistung verlangt werden. Jeder Arbeitgeber ist deshalb gut beraten, die Erfolgsaussichten vorgängig gründlich zu prüfen. Ein von seiner Rechtsposition überzeugter Arbeitgeber sollte jedoch nicht zögern, um eine vorsorgliche Realexekution zu ersuchen.

<sup>93</sup> Vgl. das Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 1. Juli 1981 in: JAR 1982, 218.

Dass eine Umgehung der arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften durch die Vereinbarung eines gesellschaftsrechtlichen Konkurrenzverbots nicht geschützt werden kann, hat das Bundesgericht bereits entschieden und dabei festgehalten, dass jeweils im Einzelfall anhand der gegebenen Begleitumstände zu entscheiden sei.

Die häufig anzutreffende Vereinbarung, dass eine Konventionalstrafe *pro Verletzung* des Konkurrenzverbots geschuldet sei, vermag vor Gericht nicht immer zu bestehen. Je tiefer die Konventionalstrafe, desto eher wird eine solche Vereinbarung von einem Gericht akzeptiert werden.

Die Vereinbarung von Konkurrenzverboten nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses kommt gelegentlich vor. Dabei ist zu berücksichtigen, dass gemäss Art. 341 OR die Vereinbarung eines Konkurrenzverbots bis einen Monat nach Ende des Arbeitsverhältnisses dazu führt, dass die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften der Art. 340 ff. OR Anwendung finden sollten. Mehr als einen Monat nach Ende des Arbeitsverhältnisses sind die Parteien frei, im Rahmen der Vertragsfreiheit ein Konkurrenzverbot zu vereinbaren, da das bei einem Arbeitsverhältnis bestehende Abhängigkeitsverhältnis dann wohl nicht mehr gegeben ist.

Schliesslich zeigt die Praxis, dass es für beide Parteien eines Arbeitsverhältnisses ratsam ist, eine Konkurrenzverbotsklausel vorgängig eingehend juristisch prüfen zu lassen. Verfahren betreffend Konkurrenzverbote sind meist langwierig und zumindest für eine Partei äusserst kostspielig. Es gilt deshalb, vor Einleitung eines Verfahrens die eigene Rechtsposition genau zu prüfen.