

# Konkurrenzverbot

Unterlage zum Referat "Konkurrenzverbot – Übersicht und einzelne Aspekte"  
am Seminar Aktuelles Arbeitsrecht vom 27.06.2012, Europa Institut an der Universität Zürich

## Georges Chanson

Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Chanson Wille Rechtsanwälte, Zürich

[www.arbeitsrechtler.ch](http://www.arbeitsrechtler.ch)

Bodmerstrasse 10, CH-8027 Zürich

Telefon 044 201 10 30, Fax 044 201 47 51

[chanson@arbeitsrechtler.ch](mailto:chanson@arbeitsrechtler.ch)

## Hinweis

Der nachstehende Text<sup>1</sup> basiert auf einem am WEKA Fachkongress Arbeitsrecht vom 30.10.2008 vor Personalfachleuten gehaltenen Referat. Er wurde adaptiert, mit weiteren Hinweisen auf ausgewählte Literatur und Weblinks<sup>2</sup> sowie mit einem Verzeichnis ausgewählter Fundstellen<sup>3</sup> ergänzt, neu verlinkt und auf den Stand Juni 2012 aktualisiert und steht unter [www.praxis.arbeitsrechtler.ch](http://www.praxis.arbeitsrechtler.ch) zum Download bereit. Die gesetzlichen Vorschriften sind auf die Systematische Rechtssammlung ([SR](#)) verlinkt und soweit relevant auch im Service-  
teil<sup>4</sup> wiedergegeben.

---

1 Version vom Mai 2015, mit geringfügigen Anpassungen gegenüber dem Stand von 2012

2 → nachstehend S. 50

3 → nachstehend ab S. 53

4 → nachstehend ab S. 30

## Inhalt

Hinweis	1
Inhalt	2
Einstieg	4
Nachvertragliches Konkurrenzverbot	4
Ein Konkurrenzverbot - wirkungslos?	4
Begriffe	4
Interessenlage	7
Rechtsgrundlagen	9
Obligationenrecht	9
Vertrag	9
Gültigkeitsvoraussetzungen	10
Grundlage in Art. 340 OR	10
Formelle Voraussetzungen	10
Einblick in den Kundenkreis	11
Einblick in Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse	12
Schädigungspotential	12
Wegfall des Konkurrenzverbots	13
Bedeutung	13
Wegfall des Arbeitgeber-Interesses	13
Wegfall durch Kündigung	14
Verzicht des Arbeitgebers	17
Sonderfall Betriebsübergang	17
Beschränkungen des Konkurrenzverbots	18
Grundsatz	18
Örtliche und zeitliche Begrenzung	19
Sachliche Beschränkung	20
Verletzung des Konkurrenzverbots und Folgen	20
Verbotsverletzung	20
Grundsanktion: Schadenersatz	21
Vereinbarte Sanktion: Konventionalstrafe	22
Härteste Sanktion: Arbeitsverbot	23
Feststellungsklagen	24
Gewinnherausgabe	24
Durchsetzung von Sanktionen	25
Karenzentschädigung	27
Fehlen einer gesetzlichen Grundlage	27
Regelungsbedarf	27
Höhe und Zahlung der Karenzentschädigung	28
Anrechnung anderweitiger Leistungen	28
Wegfall der Karenzentschädigung	29
Serviceteil: Gesetze	30
ZGB	30
OR	31
ZPO	36
LugÜ	39
Serviceteil: 2 Entscheide	40
Konkurrenzverbot für einen Buchhaltungsexperten	40
Wirksamkeit eines Konkurrenz- und Abwerbeverbots, Wegfall	44
Serviceteil: Literatur + Weblinks	50
Kommentarreihen	50
Praxiskommentare	50
Dissertationen / Masterarbeit	50
Aufsätze	51
Grundrisse / Ratgeber	51
Weblinks	51
Materialien	51
Serviceteil: Muster	52
Vertragsklausel	52

---

Serviceteil: Ausgewählte Fundstellen	53
Einstieg	53
Begriffe	53
Literatur	53
Entscheide	53
Rechtsgrundlagen	53
Obligationenrecht	53
Literatur	53
Gültigkeitsvoraussetzungen	54
Formelle Voraussetzungen	54
Literatur	54
Entscheide	54
Einblick in den Kundenkreis	54
Literatur	54
Entscheide	54
Einblick in Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse	55
Literatur	55
Entscheide	55
Schädigungspotential	55
Literatur	55
Wegfall des Konkurrenzverbots	55
Wegfall des Arbeitgeber-Interesses	55
Literatur	55
Wegfall durch Kündigung	56
Literatur	56
Entscheide	56
Verzicht des Arbeitgebers	57
Literatur	57
Entscheide	57
Sonderfall Betriebsübergang	57
Literatur	57
Entscheide	57
Beschränkungen des Konkurrenzverbots	57
Grundsatz	57
Literatur	57
Örtliche und zeitliche Begrenzung	58
Literatur	58
Entscheide	58
Sachliche Beschränkung	58
Literatur	58
Verletzung des Konkurrenzverbots und Folgen	58
Grundsanktion: Schadenersatz	58
Literatur	58
Vereinbarte Sanktion: Konventionalstrafe	58
Literatur	58
Entscheide	59
Härteste Sanktion: Arbeitsverbot	59
Literatur	59
Entscheide	59
Durchsetzung von Sanktionen	60
Literatur	60
Entscheide	60
Feststellungsklagen	61
Literatur	61
Entscheide	61
Gewinnherausgabe	61
Literatur	61
Entscheide	61
Karenzentschädigung	61
Literatur	61
Entscheide	62

---

## Einstieg

### Nachvertragliches Konkurrenzverbot

Gegenstand dieses Referats ist das nachvertragliche Konkurrenzverbot, d.h. das erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses wirksame. Nur am Rand behandelt<sup>5</sup> wird das aus der Treuepflicht und dem Verbot der Schwarzarbeit von [Art. 321a Abs. 3 OR](#) abgeleitete gesetzliche Konkurrenzverbot von Arbeitnehmenden während der Dauer ihres Arbeitsvertrags.

### Ein Konkurrenzverbot - wirkungslos?

"Ein Konkurrenzverbot lässt sich ja ohnehin nicht durchsetzen".  
"Man kann mir doch kein Berufsverbot auferlegen."

Solche und ähnliche Einwände höre ich in der Beratungspraxis immer wieder. Treffen sie zu? Die Antwort ist ein klares "Nein". Ein Konkurrenzverbot lässt sich durchaus durchsetzen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen alle gegeben sind und wenn es nicht – ausnahmsweise – weggefallen ist. Allerdings lassen sich solche Verbote nicht flächendeckend für alle Arbeitnehmenden durchsetzen, sondern ihr Anwendungsbereich ist von Gesetzes wegen auf besondere Tatbestände beschränkt. Dies dient den Arbeitnehmenden, welche sich häufig sehr unbedarft auf ein Verbot verpflichten, das sie später als lästige Fessel spüren.

### Begriffe

Nach der grundlegenden Vorschrift von [Art. 340 OR](#) kann sich eine handlungsfähige arbeitnehmende Person schriftlich verpflichten, sich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten, sofern sie Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse hat.

Zum Verständnis dieser Bestimmung sind vorweg ein paar Begriffe zu erläutern:

– Arbeitsverhältnis

Die Vorschriften über das Konkurrenzverbot von [Art. 340 - 340c OR](#) gelten nur für Arbeitsverhältnisse, d.h. nach [Art. 319 OR](#) nur für Vertragsbeziehungen, bei denen eine natürliche Person für eine andere natürliche oder juristische Person gegen Lohn Arbeit leistet und sich dabei in deren Dienst stellt, d.h. sich in deren Arbeitsorganisation eingliedert und sich den Weisungen der arbeitgebenden Person unterzieht. Abgrenzungsmerkmal zu anderen Verträgen, in denen Arbeit geleistet wird, namentlich zu den Vorschriften über den Auftrag<sup>6</sup> und zur Agentur<sup>7</sup>, ist diese im Arbeitsvertrag charakteristische Unterordnung (Subordination). Beauftragte und Agenten gelten im Gegensatz zu Arbeitnehmenden als zivilrechtlich selbständig.

---

5 → bei Fussnote 11, nachstehend S. 6

6 [Art. 394 ff. OR](#)

7 [Art. 418a ff. OR](#)

– Konkurrenz

Konkurrenzieren heisst nach der weiteren Umschreibung in [Art. 340 Abs. 1 OR](#), in einem Geschäft tätig oder daran beteiligt sein oder ein Geschäft zu betreiben, das mit jenem des Arbeitgebers im Wettbewerb steht. Deshalb spricht man in Deutschland regelmässig von "Wettbewerbsverbot", was das gleiche wie das hier gebräuchliche "Konkurrenzverbot" meint. Von Wettbewerb spricht man im Zusammenhang mit Konkurrenzverboten dann, wenn zwei Geschäfte dem gleichen Abnehmerkreis gleichartige Leistungen für ähnliche oder gleiche Bedürfnisse anbieten und sich dabei beim "Kampf" um den Kunden in die Quere kommen könnten. Dabei müssen ihre Leistungen nicht genau die gleichen sein. Wer Öl zu Heizzwecken verkauft, steht mit dem Anbieter einer Wärmepumpenheizung, wenn sich beide an den Endkunden wenden, im Wettbewerb. Beliefert dagegen der erste die Hauseigentümer und der zweite nur Installationsfirmen, so haben wir zwar gleichartige Leistungen, aber einen unterschiedlichen Abnehmerkreis. Ebenso wird die Konkurrenz zwischen einem Waschmaschinenhersteller und einer Wäscherei oder zwischen einem Wirt und einem Weinhändler verneint, obwohl sie einander Umsatz wegnehmen könnten.

In welcher Form konkurrenziert wird, ob in einem Arbeitsvertrag<sup>8</sup>, als Selbständiger, mit einem eigenen Unternehmen<sup>9</sup> oder namhaft an einem Konkurrenzunternehmen Beteiligter, spielt letztlich auch keine Rolle. Tarnungen durch Vorschieben anderer Personen oder durch Verlegung des Firmensitzes ausserhalb des Verbotsgebiets helfen in der Regel nicht.

Ob eine Anstellung bei einem Kunden des bisherigen Arbeitgebers eine Konkurrenzierung darstellt, ist nicht restlos geklärt. Dagegen spricht, dass Arbeitgeber und Kunde nicht im Wettbewerb stehen. Dafür spricht, dass beispielsweise ein Berater, der sich vom Kunden direkt anstellen lässt, seinem bisherigen Arbeitgeber dadurch natürlich einen erheblichen Umsatzrückgang bescheren kann, weil der Kunde keine externen Beratungsleistungen braucht. Gewisse Chancen, ein Konkurrenzverbot in solchen Fällen durchzusetzen, hätte die arbeitgebende Partei nur dann, wenn der Fall der Anstellung bei einem Kunden auch ausdrücklich verboten ist.

Ein Thema für sich sind Konkurrenzverbote im Konzern<sup>10</sup>. Sie begünstigen Geschäftseinheiten, die nicht mit dem eigentlichen Arbeitgeber identisch sind. Dies wirft viele Fragen auf, die von der Praxis nicht einheitlich beantwortet sind.

– Konkurrenzverbot

Von einem Konkurrenzverbot spricht man dann, wenn gesetzliche oder vertragliche Bestimmungen den Wettbewerb verbieten. Gesetzliche Konkurrenzverbote sind solche, für die es keine besondere Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien braucht, sondern wo bereits das Gesetz ein Konkurrenzieren verbietet. Sie gelten regelmässig nur solange, wie ein Vertrag läuft. Erstes Beispiel dafür ist [Art. 321a OR](#), die Vorschrift, die Arbeitnehmenden – als Teil der Treuepflicht – verbietet, treuwidrig gegen Entgelt Arbeit für einen Dritten zu leisten, worunter ausdrücklich auch die Konkurrenzierung des Ar-

---

8 indirekte Konkurrenz

9 direkte Konkurrenz

10 → nachstehend auch S. 20

beitgebers fällt.<sup>11</sup> Ein gesetzliches Konkurrenzverbot besteht aber auch für Prokuristen<sup>12</sup>, für Personen also, denen eine besondere Zeichnungsberechtigung für ein Unternehmen erteilt wird und die im Handelsregister eingetragen sind. Es gilt nach dem Wortlaut des Gesetzes auch für Bevollmächtigte, die nicht zugleich Arbeitnehmende sind, und erlaubt eine Gewinnabschöpfung. Weiter gibt es gesetzliche Konkurrenzverbote im Gesellschaftsrecht<sup>13</sup>, z.B. für die Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft<sup>14</sup> oder einer Kollektivgesellschaft<sup>15</sup> und für mit der Geschäftsführung einer GmbH betraute Personen<sup>16</sup>. Ein nachvertragliches Konkurrenzverbot, d.h. ein Verbot, das erst nach dem Ausscheiden der damit verpflichteten Person aus dem Unternehmen wirksam wird, kann nicht von Gesetzes wegen entstehen, sondern verlangt eine ausdrückliche Abmachung zwischen den Parteien, die meist bei Vertragsbeginn getroffen wird. Auf das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag verweist das Gesetz in [Art. 418d Abs. 2 OR](#) auch bei Agenten. Im Unterschied zum Arbeitnehmenden hat der Agent bei Beendigung seines Vertragsverhältnisses einen gesetzlichen Anspruch auf ein "angemessenes besonderes Entgelt", d.h. auf eine Karenzentschädigung.

– Karenzentschädigung<sup>17</sup>

Karenz meint in diesem Zusammenhang Verzicht, Enthaltung und hat auch die Bedeutung einer Wartezeit. Eine Karenzentschädigung ist eine Summe, die dafür bezahlt wird, dass sich eine arbeitnehmende Person eine Zeitlang aufgrund ihres Konkurrenzverbots nicht frei auf dem Markt bewegen kann, sondern in der Wahl einer neuen Stelle beschränkt ist, weil sie nicht konkurrenzieren darf. Im Gegensatz zum Agenturvertrag und zur Regelung in Deutschland schreibt das schweizerische Obligationenrecht im Arbeitsvertrag keine Karenzentschädigung vor. Dies macht Auseinandersetzungen um Karenzentschädigungen dann nicht einfach, wenn im Vertrag nur die Entschädigung, aber keine weiteren Modalitäten festgesetzt sind. Häufig wollen Arbeitgebende zwar ein Konkurrenzverbot vereinbaren, sind aber nicht bereit, dafür eine konkrete Gegenleistung oder gar eine Karenzentschädigung zu versprechen. Meist wird stattdessen argumentiert, die Abgeltung für das Eingehen eines Konkurrenzverbots bestehe in einem höheren Lohn oder wenigstens in besseren Verdienstchancen.

---

11 Der Anwendungsbereich von [Art. 321a OR](#) geht allerdings über die Konkurrenzierung hinaus. Hat ein Arbeitnehmender derart viele Nebenbeschäftigungen, dass er seine Hauptarbeit nicht mehr richtig erbringen kann, so verletzt er damit auch das sog. Verbot der Schwarzarbeit. Das Gesetz bezeichnet in dieser Bestimmung – anders als bei [Art. 340b OR](#) für das nachvertragliche Konkurrenzverbot – keine Sanktion, sondern es gilt die allgemeine Regel, dass eine Vertragsverletzung schadenersatzpflichtig macht → bei Fussnote 55, S. 21. Schwere Vertragsverletzungen berechtigen überdies zur fristlosen Auflösung eines Arbeitsvertrags.

12 vgl. [Art. 464 OR](#)

13 auf welche die Anwendung der Schutzvorschriften aus dem Arbeitsrecht (Art. 340 – 340c OR) höchstens zur Diskussion steht, wenn die vom Verbot betroffene Person zugleich Arbeitnehmer/in ist

14 [Art. 536 OR](#)

15 [Art. 561 OR](#)

16 [Art. 812 Abs. 3 OR](#)

17 → nachstehend S. 27 ff

– Einblick in den Kundenkreis

Wie erwähnt setzt ein gültiges Konkurrenzverbot voraus, dass entweder Einblick in den Kundenkreis oder stattdessen in Geheimnisse vorliegt. Einblick in den Kundenkreis hat nicht schon, wer nur eine Kundenliste, d.h. die Namen und Koordinaten, kennt oder wer nicht direkt mit Kunden zu tun hat. Voraussetzung ist vielmehr, dass die arbeitnehmende Person den Kunden und seine Bedürfnisse persönlich kennen lernt und diese Beziehung auch wirtschaftlich verwerten könnte. Kundennamen alleine genügen also nicht. Abgrenzungsprobleme zum Einblick in den Kundenkreis ergeben sich regelmässig dann, wenn die Kundenbeziehung auf persönlichen Beziehungen beruht. Darauf ist zurückzukommen<sup>18</sup>.

– Einblick in Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse

Die Abgrenzung, was Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse sind, verläuft manchmal etwas schwierig. Nicht jedes Interna ist ein Geheimnis. Vielmehr fallen darunter nur technische, organisatorische oder finanzielle Spezialkenntnisse, die wirklich geheim sind, und die der Arbeitgeber auch weiterhin geheim halten will und entsprechende Massnahmen trifft. Was viele im Unternehmen wissen, kann kaum als Geschäftsgeheimnis gelten. Nicht Geschäftsgeheimnis sind auch die Fähigkeiten, die Arbeitnehmende als berufliche Erfahrungen während ihrer Tätigkeit erworben haben, wie z.B. vertiefte Branchenkenntnisse. Manchmal ist auch die Abgrenzung schwierig. So gelten bei einem Personalvermittler in der Regel die Arbeitgebenden, denen er Arbeitnehmende zuweist, als Kunden, während die Daten der vermittelten Personen den Charakter von Geschäftsgeheimnissen haben.

## Interessenlage

Statistische Erhebungen zur **Zahl von Konkurrenzverboten** in Schweizer Arbeitsverträgen kenne ich nicht. Immerhin ist das Konkurrenzverbot in der Beratungspraxis ein häufiges Thema und namentlich im Verkauf und teils auch bei Führungskräften häufig anzutreffen.

Vereinfacht dargestellt bringt ein Konkurrenzverbot einem Arbeitgeber nur und **dem Arbeitnehmer keine Vorteile**: Die arbeitgebende Partei kostet es nichts, wenn sie sich auf das Konkurrenzverbot beruft, die arbeitnehmende dagegen ist in der Stellensuche stark eingeschränkt. Sie kann die berufliche Position, die sie oft im Laufe von Jahren vertieft und in einem konkreten Markt spezialisiert hat, nicht mehr innert nützlicher Frist verwerten oder ist, wenn sie es dennoch tut, im Ungewissen, welche Sanktionen sie zu erwarten hat.

Berät man **Arbeitgebende** im Zusammenhang mit Konkurrenzverboten, so sind Regelungen verlangt, die im Streitfall greifen und nicht zu Auslegungsdiskussionen führen, welche die Arbeitgeber-Position zuerst einmal schwächt. Diesen Anforderungen wird keineswegs immer nachgelebt, sondern ich treffe immer wieder auf schlecht redigierte Konkurrenzverbote, vor allem im Zusammenhang mit den Sanktionen. So fehlt immer wieder einmal die Vereinbarung einer Konventionalstrafe<sup>19</sup>, was die Durchsetzung erheblich erschwert, weil der Arbeitgeber der Konkurrenz, wo der frühere Arbeitnehmende ja dann tätig ist, die eigenen Zahlen

---

18 → nachstehend S. 11

19 → nachstehend S. 22

präsentieren und den Einwand gewärtigen muss, ein allfälliger Zahlenrückgang hänge überhaupt nicht mit der Verletzung des Konkurrenzverbots zusammen. Recht häufig wird vergessen, explizit zu vereinbaren, dass das Konkurrenzverbot mit der Zahlung der Konventionalstrafe nicht dahinfällt. Gelegentlich sind auch die Regeln über die gerichtliche Durchsetzung eines Konkurrenzverbots nicht ideal. Weiter kann man dann auch trefflich über verunglückte Formulierungen streiten, was überhaupt als Konkurrenzierung gilt. Sichern Arbeitgebende eine Karenzenschädigung, eine Gegenleistung für Arbeitnehmende zu, so braucht es angesichts des Fehlens gesetzlicher Bestimmungen sorgfältige individuelle Lösungen, die möglichen Eventualitäten Rechnung trägt. Was gilt, wenn der Arbeitnehmer unverschuldet krank wird, was wenn er aus eigenem Verschulden (z.B. wegen Drogen, Gefängnisaufenthalt) gar nicht arbeiten kann? Zu einer aus Arbeitgebersicht sorgfältig redigierten Karenzenschädigungs-Vereinbarung gehört auch eine Ausstiegsklausel, z.B. in Form einer Kündigungsmöglichkeit, die natürlich zum Verzicht auf die Einhaltung des Konkurrenzverbots führt. Ist ein Konkurrenzverbot erst einmal verletzt und will der Arbeitgebende Sanktionen durchsetzen, wird er dies kaum ohne professionelle Unterstützung und entsprechenden finanziellen Aufwand tun können. Bei diesen Unwägbarkeiten auf arbeitgebender Seite erstaunt nicht, dass einzelne Patrons kategorisch auf Konkurrenzverbote verzichten, weil sie sie ohnehin für unwirksam und wenig zielführend halten, während andere auf das Abschreckungspotential solcher Konkurrenzkláuseln setzen und von Zeit zu Zeit auch ein Exempel statuieren. Dieses ist dann meist an die Adresse der noch beschäftigten Mitarbeitenden gerichtet, kann sich gelegentlich auch als Bumerang erweisen, wenn gerichtlich festgestellt wird, dass das Konkurrenzverbot gar nicht "verhebet".

Ganz anders ist die Situation auf Seiten der **Arbeitnehmenden**. Sie gehen häufig ziemlich blind ein Konkurrenzverbot ein, weil sie die angebotene Stelle ja wollen und nicht daran denken oder sich nicht getrauen, über das Wettbewerbsverbot zu verhandeln. Heikel wird dies, wenn der Gedanke, das Verbot lasse sich ohnehin nicht durchsetzen oder sei ungültig, bei der Unterzeichnung Pate steht. Dann kommt die Überraschung meistens später. Natürlich gibt es – es sind eher wenige – vorsichtige Arbeitnehmende, die ihren Arbeitsvertrag vorläufig prüfen wollen. Ihnen ist manchmal mit dem Rat geholfen, den Arbeitgeber zu fragen, was dann genau die Gegenleistung für das Konkurrenzverbot sei, oder direkt eine Karenzenschädigung zu fordern. Letzteres zwingt die Arbeitgeberseite, sich ihrerseits Gedanken zu machen, was ihr Konkurrenzverbot wert ist. Häufig lassen sich im Rahmen solcher Verhandlungen auch übermässige Konkurrenzverbote reduzieren. Immer bleibt natürlich das Risiko, dass sich die arbeitnehmende Partei für eine andere Person entscheidet, die weniger Fragen zum Konkurrenzverbot stellt. Haben sich Arbeitnehmende mit einem Konkurrenzverbot innerlich zu einem Weggang entschlossen, verbinden sie dies oft mit der Beratung über ein Konkurrenzverbot. Dabei geht es darum, vorab die Gültigkeit und Wirksamkeit eines Konkurrenzverbots zu beurteilen, seinen möglichen Wegfall zu prüfen, und wenn man zum Schluss kommt, ein bestehendes Verbot werde verletzt, die Wirkungen der Sanktionen abzuschätzen. Das ist eher schwierig, weil nie genau prognostiziert werden kann, wie ein Richter entscheiden wird, ob er tatsächlich eine Konkurrenzierung bejaht, ob und in welcher Höhe er die Konventionalstrafe herabsetzt etc.

All dies garantiert, dass das Konkurrenzverbot mindestens aus juristischer Sicht ein durchaus interessantes Thema sein kann.



---

## Rechtsgrundlagen

### Obligationenrecht

Gesetzliche Regelungen zum Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag sind auf die vier [Artikel 340 - 340c](#) des Schweizerischen Obligationenrechts beschränkt. Davon ist die Regelung über die Sanktionen absolut zwingend<sup>20</sup>, d.h. für beide Seiten unabänderlich, und die restliche gesetzliche Regelung stellt ein Mindeststandard zugunsten der Arbeitnehmenden dar. Zum Teil sind die OR-Bestimmungen ausdrücklich<sup>21</sup> als relativ zwingend erklärt oder ihr bindender Charakter ergibt sich wie bei [Art. 340 Abs. 2](#), [Art. 340a Abs. 2](#) und [Art. 340b Abs. 3 OR](#) aus dem Wortlaut.

Eine besondere gesetzliche Regelung zur Karenzentschädigung, die in [Art. 340a Abs. 2 OR](#) nur als eine von möglichen Gegenleistungen erwähnt wird, gibt es im Arbeitsvertragsrecht nicht.

Ein Konkurrenzverbot mit einer lernenden Person im Lehrvertrag ist gesetzlich verboten<sup>22</sup>.

Das **Arbeitsgesetz**, das primär die körperliche Überforderung von Arbeitnehmenden verhindern soll, sagt naturgemäss zum Thema Konkurrenzverbot nichts.

### Vertrag

Ohne einen Vertrag gibt es kein nachvertragliches Konkurrenzverbot. In der Vertragsgestaltung sind die Parteien nicht frei, sondern an die bereits erwähnten zwingenden OR-Regelungen gebunden. Weichen sie davon ab, so passt der Richter im Streitfall den Vertrag auf die gesetzlichen Vorgaben an, d.h. er wird nicht dadurch gänzlich ungültig, weil er in irgendeinem Punkt dem Gesetz widerspricht. Hält also ein Vertrag die gebotene örtliche Beschränkung<sup>23</sup> nicht ein, weil er jegliche Konkurrenzierung auf der ganzen Welt verbietet, so macht ihn dies nicht ungültig, sondern der Richter prüft im Einzelfall, ob die Konkurrenzierung noch in einem angemessenen Rayon stattfand und zieht darauf seine Konsequenzen für den Entscheid. Dabei zeigt sich häufig, dass die Konkurrenzierung zwar in einem sehr weiten Rayon verboten ist, dass der Arbeitnehmende aber meist praktisch ein paar Häuser weiter konkurrenziert. Dann hilft der Einwand, das Verbot sei örtlich übermässig, natürlich nicht.

---

20 vgl. [Art. 340b Abs. 1 + 2](#) mit [Art. 361 OR](#)

21 durch [Art. 362 OR](#), nämlich [Art. 340 Abs. 1](#), [340a Abs. 1](#) und [340c](#)

22 vgl. [Art. 344a Abs. 6 OR](#)

23 vgl. [Art. 340a Abs. 1 OR](#)

---

## Gültigkeitsvoraussetzungen

### Grundlage in Art. 340 OR

Für den Bestand eines Konkurrenzverbots braucht es vier vom Gesetz<sup>24</sup> vorgegebene Voraussetzungen:

- Form: Schriftlichkeit
- Handlungsfähigkeit, d.h. Urteilsfähigkeit und Mündigkeit
- alternativ entweder
  - Einblick in Kundenkreis oder
  - Einblick in Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse
- Schädigungspotential

Fehlt eine dieser Voraussetzungen, so fehlt es an einem gültigen Verbot.

### Formelle Voraussetzungen

**Schriftlichkeit** bedeutet nach [Art. 13 Abs. 1 OR](#) für einen Vertrag, dass er die Unterschriften<sup>25</sup> aller Personen trägt, die durch ihn verpflichtet werden sollen. Weil sich bei einem Konkurrenzverbot ohne Gegenleistung nur die arbeitnehmende Partei verpflichtet, genügt bei strenger Betrachtung schon deren Unterschrift. Ein Konkurrenzverbot kann im Vertrag selber oder in einer Nebenabrede enthalten sein. Kaum Chancen bei der Durchsetzung hätte es, wenn es in einem Personalreglement oder in allgemeinen Anstellungsbedingungen enthalten ist, obwohl das Bundesgericht diesbezüglich bei Überstunden liberaler entschieden hat. Ein Konkurrenzverbot in solchen allgemeinen vorformulierten Bedingungen müsste regelmässig auch an der von der Gerichtspraxis entwickelten Ungewöhnlichkeitsklausel scheitern, weil man üblicherweise nicht mit solchen Beschränkungen im "Kleingedruckten" rechnet. Davon abgesehen macht es auch keinen Sinn, Konkurrenzverbote in einem Personalreglement gewissermassen "flächendeckend" zu vereinbaren.

Weitere formelle Voraussetzung ist die **Handlungsfähigkeit**, die nach [Art. 13 ZGB](#) zwei Elemente hat

- Mündigkeit, d.h. über dem Mündigkeitsalter von 18 Jahren<sup>26</sup> und nicht entmündigt<sup>27</sup>
  - Urteilsfähigkeit, d.h. die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln<sup>28</sup>
- von denen keines fehlen darf<sup>29</sup>.

---

24 vgl. [Art. 340 Abs. 1 + 2 OR](#)

25 dazu gehören heutzutage auch qualifizierte digitale Signaturen, vgl. [Art. 14 Abs. 2bis OR](#), sicher aber nicht eine faksimilierte Unterschrift nach Abs. 2 dieser Bestimmung

26 [Art. 14 ZGB](#)

27 nicht "bevormundet"

28 die gemäss [Art. 16 ZGB](#) im "Kindesalter oder infolge von Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnlichen Zuständen mangel"

29 siehe [Art. 17 ZGB](#)

## Einblick in den Kundenkreis

Mit dem Element des Einblicks in den Kundenkreis wird die **Geschäftsbeziehung des Arbeitgebers mit der Kundschaft** geschützt, die regelmässig ein Teil des Unternehmenswerts ausmacht. Verhindert werden soll, dass Arbeitnehmende ihr Wissen über die Kundschaft, das sie während ihrer Arbeitstätigkeit erworben haben, ausnützen, um die Kunden abspensig zu machen oder mindestens deren Geschäftsbeziehungen zu ihren bisherigen Arbeitgebenden massiv verschlechtern. Dabei spielt es keine Rolle, wenn die arbeitnehmende Person den oder die Kunden selber beworben hat. Dazu sind ja beispielsweise Mitarbeitende im Verkauf oder im Aussendienst angestellt.

Wie schon gezeigt, genügt für den Einblick in den Kundenkreis nicht, dass man die Namen der Kunden kennt. Einblick in den Kundenkreis im Sinne von [Art. 340 Abs. 2 OR](#) verlangt einen **persönlichen und direkten Kundenkontakt**, der es der arbeitnehmenden Partei ermöglicht, die Faktoren für einen allfälligen Wechsel der Kundschaft zur Konkurrenz auszunützen.

Natürlich gibt es viele Gerichtsentscheide dazu, wann Einblick in den Kundenkreis gegeben ist. Nicht zu den Kunden zählt man dabei in der Regel bloss potentielle Kunden oder Interessenten. Auch wird eine gewisse Regelmässigkeit von Geschäftsbeziehungen verlangt, d.h. eine einmalige Bestellung genügt in der Regel nicht, ausser es handle sich dabei um einen sehr individuellen, massgeschneiderten Auftrag. Ob die Feststellung, ein Geschäft, das Staubsauger oder Nähmaschinen verkaufe, habe keinen Kundenkreis, da man dies nur alle paar Jahre tue, noch zutrifft, ist fraglich. Bietet dieses Geschäft auch noch Serviceleistungen an, ist die Situation ohnehin wieder anders. Es muss also in jedem Einzelfall geprüft werden, ob der Kundenkontakt intensiv genug und grundsätzlich geeignet ist, um einen Wechsel zur Konkurrenz zu initiieren.

Kunden können auch **Vermittler** sein, die dem Arbeitgeber-Unternehmen Kundschaft zuführen wie z.B. Architekten, die einen Vertrag zwischen Bauherrschaft und Unternehmen herbeiführen. Bei einem Snowboardlehrer wurde deshalb einmal der Einblick in den Kundenkreis verneint, weil die Schüler seiner Arbeitgeberin durch Touroperators zugeführt wurden, die der Schneesportlehrer gar nicht kannte.

Kunden im Sinne von [Art. 340 OR](#) sind immer nur die Abnehmer und **nicht die Lieferanten oder andere Mitarbeitende** der arbeitgebenden Partei. Gegen die Störung solcher Rechtsbeziehungen hilft ein Konkurrenzverbot nichts. Sie kann allenfalls eine Verletzung der Treuepflicht nach [Art. 321a OR](#) sein, die aber nach der hier vertretenen Auffassung mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses dahinfällt und kaum darüber hinaus geschützt werden kann. Ausnahmsweise können Lieferantenbeziehungen als Geschäftsgeheimnisse gelten, also Voraussetzung sein, damit überhaupt ein gültiges Konkurrenzverbot entsteht. Schützen lässt sich diese Lieferantenbeziehung durch ein Konkurrenzverbot aber dennoch nicht, weil ja kein Wettbewerb zwischen Arbeitgeber und Lieferant vorliegt.

Besonderer Betrachtung bedarf die Kundenbeziehung aufgrund persönlicher Eigenschaften der arbeitnehmenden Person. Sie lässt sich mit einem Konkurrenzverbot nicht schützen, weil es am Kausalzusammenhang zwischen dem Einblick in den Kundenkreis und einer Schädigung

gung des Arbeitgebers fehlt. Dies liegt vor, wenn die Kunden dem Arbeitnehmenden nicht wegen den beim Arbeitgebenden erworbenen Kenntnissen folgen, sondern wegen dessen besonderen persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten. Diese Abgrenzung ist allerdings nicht einfach und es gibt widersprüchliche Entscheide, z.B. für Coiffeurpersonal. Bei einer Kosmetikerin hat das Zürcher Obergericht die Gültigkeit eines Konkurrenzverbots verneint. Dagegen können Personalberater in Personalvermittlungsunternehmen mittels Konkurrenzverbot zur Wettbewerbsenthaltung verpflichtet werden<sup>30</sup>. Im Jahr 2008 hat das Bundesgericht auch geklärt<sup>31</sup>, dass ein Bücherexperte einem Konkurrenzverbot unterstehen kann. Dagegen lässt sich bei den freien Berufen, namentlich Ärzten, Zahnärzten und Anwälten kein Konkurrenzverbot vereinbaren, weil dort die persönliche Beziehung im Vordergrund steht. Auch im Bereich des Private Banking sind Konkurrenzverbote kaum anzutreffen, sei es, weil dort häufig die persönliche Beziehung zum Kunden im Vordergrund steht, sei es, weil man über solche Kundenbeziehungen, die Diskretion verlangen, nicht streiten will und die Finanzinstitute in Kauf nehmen, dass Kunden mit ihrem Berater wechseln, wofür in der Praxis vom neuen Arbeitgeber auch regelmässig Entschädigungen<sup>32</sup> geleistet werden.

## Einblick in Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse

Der Begriff des Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisses ist naturgemäss einfacher zu fassen als jener des Einblicks in den Kundenkreis. Zu den Geschäftsgeheimnissen gehören Kalkulationen, Lieferquellen, Rabattsätze, Strategien etc., immer sofern sie auch geheim gehalten werden und nicht allgemein bekannt sind. Arbeitnehmende in leitenden Führungspositionen werden regelmässig Einblick in solche Geschäftsgeheimnisse haben. Fabrikationsgeheimnisse können Rezepturen, Abläufe etc. sein. Nicht als Geschäftsgeheimnisse gelten die Besonderheiten einer Branche, d.h. Branchenkenntnisse, oder die persönlichen Erfahrungen, die Berufserfahrung der arbeitnehmenden Person. Die Kenntnis solcher Geheimnisse darf nicht isoliert betrachtet werden, sondern sie werden nur bedeutsam, wenn ihre Verwendung auch ein Schadenspotential für die Arbeitgeberin birgt. Die Verletzung solcher Geheimnisse lässt sich auch nicht mit einem Konkurrenzverbot schützen, sondern müsste ihm Rahmen der nachvertraglichen Geheimhaltungspflicht von [Art. 321a Abs. 4 OR](#) angegangen werden, die gesetzlich beschränkt ist und besondere berechnete Arbeitgeber-Interessen verlangt. Da diese Vorschrift dispositiv ist, lässt sich eine nachvertragliche Geheimhaltung vereinbaren und auch mit einer Konventionalstrafe absichern, wie man es in der Praxis gelegentlich antrifft. Wirkt sich eine solche Geheimhaltungsklausel wie ein Konkurrenzverbot aus, ist sie allerdings auch an den Regeln von Art. 340 ff OR zu messen.

## Schädigungspotential

Diese vierte Voraussetzung wird in der Praxis gelegentlich etwas stiefmütterlich behandelt. Zu Unrecht, denn auch sie muss erfüllt sein. Konkurrenzverbote sind nur gültig, wenn Arbeitnehmende ihre Arbeitgeber durch den Einblick in den Kundenkreis oder in Geschäfts-/Fabri-

---

30 vgl. unter anderem [BGE 130 III 353](#) → Serviceteil: Entscheide, S. 44 ff

31 [BGer 4A\\_209/2008](#) vom 31.07.2008, dort E. 2 → Serviceteil: Entscheide, S. 41, wo es mangels entsprechender Vorbringen im kantonalen Verfahren allerdings keine umfassende Auseinandersetzung mit dieser Rechtsfrage gab

32 auch als "finder's fee" bekannt

kationsgeheimnisse "erheblich" schädigen können, d.h. die theoretische Möglichkeit einer Schädigung genügt nicht. Stets ist zu fragen, ob zwischen diesem Einblick und der Schädigung ein kausaler Zusammenhang besteht. Dieser entfällt, wenn die persönliche Beziehung zwischen Kunden und Arbeitnehmer im Vordergrund steht. Häufig höre ich in Beratungen von Arbeitnehmenden den Einwand, der Kunde wäre sowieso mitgekommen. Dies kann, aber muss nicht diesen Kausalzusammenhang unterbrechen.

## Wegfall des Konkurrenzverbots

### Bedeutung

Ist ein Konkurrenzverbot gültig zustande gekommen und sind alle weiteren Voraussetzungen erfüllt, muss im Streitfall zuerst geprüft werden, ob es nicht allenfalls nachträglich dahingefallen ist. Erst wenn man dies verneint, bleibt zu prüfen, ob ein Verbot nicht gegen die gesetzlichen Beschränkungen verstösst, und dann, welche Sanktionen bei einer Verletzung in Frage kommen.

Praktisch hat die Regelung über den Wegfall des Konkurrenzverbots eine sehr grosse Bedeutung. Sie ist häufig "Notbremse" für Arbeitnehmende, jedenfalls aber geeignet, der Durchsetzung eines Konkurrenzverbots Steine in den Weg zu legen. Ein Konkurrenzverbot fällt entweder dahin, weil die Arbeitgeberin kein Interesse mehr hat<sup>33</sup>, was seltener ist, oder dann<sup>34</sup>, wenn Arbeitgebende ohne einen vom Arbeitnehmenden begründeten Anlass künden bzw. Arbeitnehmende aus achtenswerten Gründen künden, die arbeitgeberseits liegen.

### Wegfall des Arbeitgeber-Interesses

Die Möglichkeit eines Wegfalls des Konkurrenzverbots hängt eng mit dem Schädigungspotential zusammen<sup>35</sup>. Gibt die Arbeitgeberin beispielsweise ihren Betrieb auf oder verlegt sie ihn in eine andere Region, so entfällt in der Regel auch eine erhebliche Schädigungsmöglichkeit. Allerdings ist die Beweislast umgekehrt. Für die Durchsetzung eines Konkurrenzverbots muss die Arbeitgeber-Partei das Vorliegen aller Voraussetzungen nachweisen. Berufet sich die arbeitnehmende Person dagegen auf einen Wegfall dieses Verbots, so hat sie die damit zusammenhängenden rechtshindernden Tatsachen darzulegen und letztlich auch zu beweisen. Gerichtssentscheide zu [Art. 340c Abs. 1 OR](#), d.h. zum Wegfall eines Konkurrenzverbots mangels Interesse des Arbeitgebers, sind selten. In der Literatur werden neben der erwähnten Aufgabe von Tätigkeiten die Offenbarung von bisher geheim gehaltenen Tatsachen genannt oder der Umstand, dass eine arbeitnehmende Person mit Konkurrenzverbot ihrem ehemaligen Vorgesetzten, der nicht oder nicht mehr einem Konkurrenzverbot untersteht, in ein Konkurrenzunternehmen folgt. In diesem Zusammenhang wird das Beispiel der "rechten Hand eines Geschäftsführers" genannt<sup>36</sup>, wo man sich allerdings fragen kann, ob

---

33 [Art. 340c Abs. 1 OR](#)

34 [Art. 340c Abs. 2 OR](#)

35 [Art. 340 Abs. 2 OR](#)

36 Entscheid Nr. 27 in den Entscheiden 1997 und 1998 des Arbeitsgerichts Zürich = ZR 99/2000 S. Nr. 94, S. 223

deren administrativen Aufgaben eine typische Grundlage für ein Konkurrenzverbot sind. In der Literatur wird ein weiterer Fall des Zürcher Arbeitsgerichts<sup>37</sup> genannt, wo die Arbeitgeberin die Generalvertretung für bestimmte Kugellager verlor, für deren Vertrieb der Arbeitnehmer spezifisch tätig war. Auch hier fehlte es letztlich am Schädigungspotential.

Bei einem echten Betriebsübergang gehen die Arbeitsverhältnisse von Gesetzes wegen<sup>38</sup> auf den Erwerber über. Das bedeutet, dass sich dieser als neuer Arbeitgebender auf das Konkurrenzverbot berufen kann. Allerdings haben Arbeitnehmende das gesetzliche Recht<sup>39</sup>, den Übergang ausdrücklich abzulehnen, womit das Arbeitsverhältnis auf den nächsten gesetzlichen Termin – oder allenfalls früheren Vertragstermin – dahinfällt. Weil das Gesetz Arbeitnehmenden diese Ablehnungsmöglichkeit gewährt und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses dann nicht in ihrer Person, sondern im Betriebsübergang, d.h. in objektiven Gründen liegt, wird ein Konkurrenzverbot nach meiner Auffassung in solchen Fällen wegfallen.

## Wegfall durch Kündigung

Von wem die Kündigung ausgeht, spielt beim Wegfall nach Abs. 2 von [Art. 340c OR](#) keine Rolle. Entscheidend ist nur, ob die andere Partei einen **begründeten Anlass** zur Kündigung gab oder ob die Kündigung ohne Anlass der Gegenpartei erging. Begründeter Anlass heisst nicht wichtiger Grund, wie er zur fristlosen Entlassung berechtigt<sup>40</sup>, sondern geht weniger weit. Es braucht auch nicht notwendigerweise eine Vertragsverletzung. Es geht stets darum, ob die Gegenpartei den Anlass zur Kündigung gesetzt bzw. zu verantworten hat. Das Bundesgericht sagt dazu<sup>41</sup>: "Als begründeter Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR ist jedes der anderen Partei zuzurechnende Ereignis anzusehen, das bei einer vernünftigen kaufmännischen Erwägung einen erheblichen Anlass zur Kündigung geben kann." Da sich Arbeitnehmende sehr oft auf den Einwand des Wegfalls des Konkurrenzverbots im Zusammenhang mit der Kündigung berufen, gibt es dazu auch eine reiche, vielfach kasuistische, d.h. einzel-fallorientierte Gerichtspraxis. Die Frage, ob ein Anlass begründet ist, lässt dem Richter einen grossen Ermessensspielraum. Häufig ist es auch nicht nur ein Anlass, sondern eine Summe von Faktoren, die zu einer Kündigung geführt haben und die richtigerweise als Gesamtes betrachtet werden müssen.

Keine Rolle spielt grundsätzlich, ob ein Arbeitsverhältnis **ordentlich oder fristlos gekündigt** worden ist. Erweist sich eine fristlose Entlassung durch den Arbeitgeber als ungerechtfertigt, so fällt damit vielfach, aber nicht zwingend, das Konkurrenzverbot dahin. Auch eine als missbräuchlich<sup>42</sup> qualifizierte Kündigung oder eine gerechtfertigte fristlose Auflösung durch den Arbeitnehmer wird in aller Regel ein Wegfall des Konkurrenzverbots bewirken. Umgekehrt spricht eine gerechtfertigte fristlose Entlassung durch den Arbeitgeber für einen begründeten

---

37 Urteil vom 07.06.1999, soweit ersichtlich nicht publiziert, zitiert von Neeracher, S. 67 (→ Serviceteil: Literatur + Weblinks, S. 50)

38 vgl. [Art. 333 Abs. 1 OR](#)

39 vgl. [Art. 333 Abs. 1 OR](#)

40 [Art. 337 OR](#)

41 [BGE 130 III 353](#), E. 2.2.1, S. 359 → Serviceteil: Entscheide, S. 44 ff, konkret auf S. 48

42 gemäss [Art. 336 OR](#)

---

Anlass, d.h. der Arbeitnehmer kann sich dann kaum noch auf einen Wegfall des Konkurrenzverbots berufen.

Ohne berechtigten Anlass **kündigt die arbeitgebende Partei** im Sinne von [Art. 340c Abs. 2 OR](#) stets dann, wenn sich der Kündigungsgrund nicht aus der Person der arbeitnehmenden Partei ergibt, sondern objektiv besteht, was z.B. für wirtschaftliche Schwierigkeiten, Restrukturierungen etc. gilt. Umgekehrt gilt als begründeter Anlass, wenn ein Arbeitnehmender sich treuwidrig verhält, mehrfach und nach Verwarnung schlechte Arbeit leistet und immer wieder unpünktlich oder unzuverlässig ist, was beides verlangt, dass klare Mahnungen vorangegangen sind. Weitere mögliche Beispiele sind Straftaten, Tätlichkeiten, die Planung eines Konkurrenzunternehmens<sup>43</sup> etc. Wenn in der juristischen Lehre die Meinung vertreten wurde, eine Arbeitgeberkündigung sei stets unbegründet, wenn der Arbeitnehmer-Aufforderung auf Begründung der Kündigung nicht Folge geleistet wird oder wenn die Kündigungsgründe nicht mit der Kündigung genannt werden, so geht dies m.E. klar zu weit.

Bei **Arbeitnehmer-Kündigungen** sind zahlreiche Fälle denkbar. Im neuesten Kommentar von Streiff / von Kaenel / Rudolph<sup>44</sup> werden folgende Fälle genannt:

- Nicht als begründeter Anlass wurde anerkannt
  - ein Lohn nur knapp über dem Mindestlohn der Berufsgattung
  - die Lohneinbusse eines Vertreters im Umfang von rund CHF 100, während die Branche gleichzeitig einen Rückgang des Umsatzes von 25% hinnehmen musste
  - abgelehnte Forderung auf eine Lohnerhöhung
  - reduzierte Gratifikation, nachdem der fixe Jahreslohn wesentlich stärker angehoben worden war
  - verspätete Gratifikationszahlungen, die wegen eines Engpasses mit den Mitarbeitern vereinbart worden waren
  - Vertragsänderungen, die den Arbeitnehmer nicht wesentlich schlechter stellen (z.B. Herabsetzung der Verbotsfrist bei gleichzeitiger geringfügiger Erhöhung der Konventionalstrafe)
  - Verschiebung des Schwergewichtes der Tätigkeit der Arbeitgeberin weg vom Spezialgebiet des Arbeitnehmers
  - Beanstandungen am Arbeitsklima (u.a. persönliche Animositäten), deren Intensität in den konkreten Fällen nicht ausreichend schien
  - Ernennung einer Laborchefin im Geschäftsbereich des Arbeitnehmers ohne vorherige Konsultation, wobei aber das unkorrekte Vorgehen des Arbeitgebers bei der Herabsetzung der Konventionalstrafe berücksichtigt wurde
  - fehlendes Interesse des Arbeitgebers an der Fortführung des Arbeitsverhältnisses
  - die Argumentation des Arbeitnehmers, die jährliche Erneuerung des Arbeitsverhältnisses sei ihm zu unsicher geworden
- Als ausreichend für den begründeten Anlass wurden dagegen qualifiziert<sup>45</sup>:
  - dauerhafte Überlastung und übermässige Einsätze wegen Personalmangels
  - angespanntes Arbeitsklima und Änderung der Gebiets- und Kundenzuteilung
  - verspätete Lohnzahlungen

---

43 die für sich noch nicht zur fristlosen Entlassung berechtigt

44 dort N. 6 zu Art. 340c, mit weiterführenden Zitaten → Serviceteil: Literatur + Weblinks, S. 50

45 Quelle: → Fussnote 44 vorstehend

- Verschweigen von strafrechtlichen Untersuchungen gegen den Arbeitgeber bei den Anstellungsverhandlungen
- eine wesentlich unter dem Marktüblichen liegende Entlohnung
- Lohnreduktion um einen Drittel, ohne Respektierung der hypothetischen Kündigungsfrist
- Lohneinbusse während neun Monaten von rund 50% infolge Marktzusammenbruchs
- Streichung einer Umsatzbeteiligung von CHF 48'000
- eine schlechtere Berechnung der Provision, ohne die verlangten Erklärungen zu erteilen
- Unregelmässigkeiten in der Abrechnung über die Umsatzprovision
- eine massive Lohneinbusse
- Versetzung an einen geringeren Posten an einem anderen Arbeitsort anstatt der zugesagten Ernennung zum Abteilungsleiter und später zum Regionaldirektor
- Fortsetzung der Kurzarbeit über die bewilligte Frist hinaus trotz Protest
- eine negative Persönlichkeitsänderung des Inhabers, Zwang zum Umzug in ein Büro mit Kollegen, undurchsichtige Regelung von Prämien u.ä.
- Änderungen des Tätigkeitsbereiches ohne vorheriges Gespräch
- Versetzung einer Mitarbeiterin, die drei kleine Kinder hatte, in ein fernes Zweigbüro, obwohl Verlegungen des Arbeitsortes im Arbeitsvertrag ausdrücklich zugestanden worden waren
- Ärger mit einem Lehrling, über den sich der Arbeitnehmer mit einem eingehenden Brief beim Chef beklagte, ohne darauf eine Antwort zu erhalten
- Notwendigkeit, eine grosse Zahl von Überstunden zu leisten und keinerlei Abhilfemassnahmen seitens des Arbeitgebers
- schlechtes Betriebsklima
- vom Arbeitgeber zu verantwortendes, schlechtes Arbeitsklima und dessen Druck, einen ungünstigen Arbeitsvertrag zu unterschreiben
- nicht eingehaltenes Versprechen an den Chefmitarbeiter, er könne die Firma übernehmen, wenn er 50-jährig sei
- Vorwürfe an den Chefvertreter einer Firma, er sei ausgebrannt und akquiriere unter dem Minimum
- Entlassung zweier wichtiger Mitarbeiter und der persönlichen Sekretärin durch die Mutterfirma ohne Konsultation des Leiters der Filiale.

Wer sich als Arbeitnehmender auf solche Gründe berufen will, tut gut, sie auch entsprechend zu dokumentieren. Schreibt die arbeitnehmende Person in der Kündigung nichts davon, sondern bedankt sich floskelhaft für das angenehme Arbeitsverhältnis, so wird die nachträgliche Berufung auf einen begründeten Anlass eher schwierig. Denkbar ist schliesslich, dass beide Parteien Anlass zu einer Kündigung gegeben haben, was häufig nicht zum Wegfall des Konkurrenzverbots führt, sondern allenfalls zu einer Reduktion der Konventionalstrafe.

Bei Vertragsauflösungen im gegenseitigen Einverständnis wird man sich ebenfalls fragen müssen, woher der Anstoss für die Auflösung kam und womit sie begründet ist. Dies tut im Grunde auch das Bundesgericht im Entscheid über das Konkurrenzverbot eines Bücherexperten<sup>46</sup>, kommt dann allerdings zum Schluss, dieser habe ein erhebliches eigenes

---

46 [BGer 4A 209/2008](#) vom 31.07.2008, dort E. 3 → Serviceteil: Entscheide, S. 40 ff,



---

Interesse an der von der Arbeitgeberin angebotenen Vertragsauflösung gehabt, weshalb er sich nicht mehr auf [Art. 340c Abs. 2 OR](#) berufen könne.

Die **Beweislast** für den begründeten Anlass soll bei jener Partei liegen, welche die Kündigung ausgesprochen hat. Dies entspricht bei Arbeitgeberkündigungen allerdings nicht ganz dem Wortlaut von [Art. 340c Abs. 2 OR](#), wo es ja heisst, ein Konkurrenzverbot falle dahin, wenn der Arbeitgeber ohne begründeten Anlass gekündigt habe. Folglich müsste nach der allgemeinen Beweislastregel<sup>47</sup> der Arbeitnehmer nachweisen, dass ein Anlass fehlt, was ein negativer Beweis ist, der sehr schwer zu erbringen wäre.

## Verzicht des Arbeitgebers

Auf die Einhaltung des Konkurrenzverbots kann jederzeit einseitig verzichtet werden, wenn es unentgeltlich eingeräumt ist. Hat der Arbeitgeber dagegen eine Karenzentschädigung versprochen, so kann sich dieser nach meiner Meinung nicht einfach entschlagen, indem er auf das Konkurrenzverbot verzichtet.

Ein Verzicht kann ausdrücklich, aber auch stillschweigend sein. Arbeitet die arbeitgebende Partei beispielsweise weiterhin widerspruchsfrei mit dem konkurrenzierenden Arbeitnehmer zusammen oder wird die Verletzung eines Konkurrenzverbots bewusst nicht geahndet, so ist das Risiko gross, dass im Prozess auf einen Verzicht auf das Verbot erkannt wird. Wird der arbeitnehmenden Person im Schlusszeugnis bestätigt, sie verlasse das Unternehmen frei von allen Verpflichtungen, was man immer wieder etwa antrifft, so wird es erheblich schwieriger sein, sich doch noch auf das Konkurrenzverbot berufen zu können.

## Sonderfall Betriebsübergang

Beim Betriebsübergang nach [Art. 333 OR](#) stellen sich zwei Fragen, nämlich ob und unter welchen Umständen das Konkurrenzverbot damit wegfällt und ob die Ansprüche aus einem nachvertraglichen Verbot auf den Erwerber des Betriebs übergehen, insbesondere wenn der Betriebsübergang nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses stattfindet.

Lehnt die arbeitnehmende Person den Übergang nicht ab, so geht das Arbeitsverhältnis nach [Art. 333 Abs. 1 OR](#) "mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über". Eine Ablehnung bewirkt nach Abs. 2 dieser Bestimmung eine Auflösung unter Einhaltung der gesetzlichen (nicht vertraglichen) Kündigungsfrist und wird in der Praxis wie eine Arbeitnehmerkündigung gemäss [Art. 340c Abs. 2 OR](#) behandelt. Dann muss geprüft werden, ob der Übergang ein genügend begründeter Anlass für die Auflösung ist. Dies wird dann zu verneinen sein, wenn sich am Arbeitsplatz, an der Hierarchie, bei den unmittelbaren Vorgesetzten und auch bei den künftigen Perspektiven nicht viel ändert, während bei persönlich geprägteren Arbeitsverhältnissen schnell ein begründeter Anlass gegeben sein kann.

---

<sup>47</sup> [Art. 8 ZGB](#): "Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet."

Mit Streiff / von Kaenel / Rudolph<sup>48</sup> halte ich dafür, dass ein nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgter Betriebsübergang das Konkurrenzverbot unberührt lässt. Offen bleibt für mich, ob das Verbot wenigstens dann übergeht, wenn der alte dem neuen Betriebsinhaber seine diesbezüglichen Rechte aus dem früheren Arbeitsverhältnis ausdrücklich abgetreten hat, was im Licht von [Art. 333 Abs. 4 OR](#) beurteilt werden müsste. Eine besondere Betrachtung wäre auch im Fall einer Fusion zu machen, die in verschiedenen Varianten abgewickelt werden könnte.

## Beschränkungen des Konkurrenzverbots

### Grundsatz

Wie schon angedeutet, führt ein nach [Art. 340a OR](#) übermässiges Konkurrenzverbot nicht zu seiner Ungültigkeit oder Unwirksamkeit, sondern es wird vom Richter auf Einrede im Einzelfall hin herabgesetzt. Dies wird in Abs. 2 dieser Bestimmung ausdrücklich gesagt, wobei das Gesetz dem Richter vorgibt, auch auf eine allfällige Entschädigung Rücksicht zu nehmen. Zahlt die Arbeitgeberin eine Karenzentschädigung, wird man bei einer Herabsetzung des Konkurrenzverbots wesentlich zurückhaltender sein als wenn die arbeitnehmende Person, was ja meistens der Fall ist, das Verbot ohne jede Gegenleistung einging. Die gleiche Betrachtungsweise gilt übrigens auch für die Herabsetzung von Konventionalstrafen.

Nach meiner Erfahrung wird in der Praxis weit mehr über den Wegfall eines Konkurrenzverbots gestritten als über die Herabsetzung. Ich habe schon mehrfach erlebt, dass ein Arbeitnehmer am Tag nach seinem Ausscheiden am alten Arbeitsort im gleichen Ort oder sogar an der gleichen Strasse ein identisches Konkurrenzunternehmen eröffnet hat. Da hilft die Berufung auf ein zeitlich oder örtlich übermässiges Konkurrenzverbot natürlich nicht.

Richtig betrachtet hängt auch die Beschränkung mit dem Schadenspotential zusammen. Besteht nach genügend langer Zeit oder genügend örtlicher oder sachlicher Distanz kein erhebliches Schadensrisiko, so drängt sich auch eine entsprechende Beschränkung des Konkurrenzverbots auf. Entschädigt die arbeitgebende Seite das Konkurrenzverbot zusätzlich, so muss sie sich auch weniger Beschränkungen entgegenhalten, was sich daraus ergibt, dass der Richter nach Abs. 2 von [Art. 340a OR](#) eine allfällige Gegenleistung<sup>49</sup> angemessen berücksichtigen muss.

Die Prüfung von örtlicher und zeitlicher Beschränkung ist stets ein Zusammenspiel von Faktoren und bezieht auch sachliche Begrenzungen mit ein. Deshalb kann ein Konkurrenzverbot auch nie zu einem faktischen Berufsverbot führen. Allerdings liegt ein solches Berufsverbot nicht so schnell vor, wie Arbeitnehmende gelegentlich jammern. Wenn die arbeitnehmenden Personen gleiche Aufgaben wie bisher in einer anderen Branche, in einer anderen Wirt-

---

<sup>48</sup> N. 21 zu Art. [340](#), [mit ausführlicher Begründung und Hinweis auf entsprechende EU-Richtlinien 77/187 EWG und 98/50/EG](#), die sich nur auf bestehende Arbeitsverhältnisse beziehen und auf welchen der 1994 revidierte Wortlaut von [Art. 333 OR](#) basiert → Serviceteil: Literatur + Weblinks, S. 50

<sup>49</sup> zum Beispiel eine Karenzentschädigung

---

schaftsstufe (z.B. im Engros- statt Detailverkauf) oder in einem anderen Gebiet übernehmen, so lässt dies durchaus die Ausübung des bisherigen Berufs zu.

Aus meiner Sicht macht es wegen der gesetzlichen Möglichkeit, Verbote einzuschränken, aus Arbeitgeber-Warte keinerlei Sinn, ein möglich weitreichendes Konkurrenzverbot zu vereinbaren. Vielmehr sollte dieses massgeschneidert und auf das Nötige beschränkt sein, womit die Prozesschancen im Fall einer Auseinandersetzung steigen. Setzt der Richter nämlich ein viel zu weitgehendes Konkurrenzverbot herab, so ist dies meist auch ein Unterliegen des Arbeitgebers im Prozess, was ihn teilweise kosten- und entschädigungspflichtig macht. Auch wird der Richter eher geneigt sein, eine Konventionalstrafe herabzusetzen<sup>50</sup>, wenn er schon das Konkurrenzverbot einschränken muss. Bei massgeschneiderten Konkurrenzverboten müssen Arbeitgebende allerdings darauf achten, dass bei veränderten Bedingungen die nötigen Anpassungen gemacht werden, was natürlich einen Konsens zwischen den Vertragsparteien verlangt. Wird nämlich die arbeitnehmende Person versetzt, so soll nach der juristischen Lehre bei eng umschriebenen Verboten nicht automatisch das neue Tätigkeitsgebiet geschützt sein, sondern es bedarf dafür einer Vertragsänderung. Dies ist unter dem Gesichtspunkt, dass das wirtschaftliche Fortkommen nicht übermässig erschwert werden darf, auch richtig.

## Örtliche und zeitliche Begrenzung

Örtlich muss ein Konkurrenzverbot stets auf das Gebiet beschränkt sein, in dem die Arbeitgeber-Firma überhaupt tätig ist. Mehr verbietet sich schon wegen der Voraussetzung des Schadenspotentials. Der Entscheid über die örtliche Limitierung ist stets ein Einzelfallentscheid. Wenn es in jedem Dorf einen Anbieter gibt, der das Gleiche vertreibt wie der Arbeitgeber, der sich auf ein Konkurrenzverbot berufen will, so wird ein Verbot nur in kleinem Umkreis sein. Wer als spezialisierter Betrieb aber ganz Europa oder gar die ganze Welt beliefert, wird sich auf einen grösseren Rayon berufen können. Weil ein Konkurrenzverbot, jedenfalls ein unentgeltlich eingeräumtes, stets ein Klotz am Fuss des Arbeitnehmenden ist, muss man m.E. eher grosszügig beschränken. Klar ist, dass man einem Aussendienstmitarbeiter, der bisher in der Westschweiz war, nicht die Tätigkeit in Graubünden verbieten kann. Dies ergibt sich aber auch wieder aus dem Aspekt des Schadenspotentials.

Auch die zeitliche Dauer des Konkurrenzverbots muss vernünftig sein. Aus Arbeitgebersicht genügt es, die Konkurrenzierung solange zu verbieten, bis Aufträge üblicherweise abgewickelt sind, bis die arbeitnehmende Person salopp gesagt "vom Markt" und auch üblicherweise intern ersetzt ist. Dann muss man sich als Arbeitgebender auch nicht den Einwand übermässiger Dauer entgegenhalten lassen. Diese "Halbwertsdauer" ist häufig nicht mehr als ein paar Monate<sup>51</sup>. Dennoch spricht das Gesetz<sup>52</sup> von einer Dauer von drei Jahren, welche nur ausnahmsweise überschritten werden könne. Ein über drei Jahre geltendes Konkurrenzverbot ist kaum denkbar. In heutiger Zeit sind drei Jahre schon sehr lang und die Chance einer Herabsetzung hoch. Anders wäre dies nur, wenn eine Offertphase auch Jahre dau-

---

50 → nachstehend S. 22

51 vgl. dazu [BGer 4A 62/2011](#) vom 20.05.2011, wo das Bundesgericht die Beschränkung auf ein halbes Jahr bestätigte

52 Abs. 1 von [Art. 340a OR](#)

ert, wie dies bei Grossprojekten gelegentlich der Fall sein kann. Auch bei Geschäftsgeheimnissen kann eine längere Geltungsdauer angemessen sein.

## Sachliche Beschränkung

Wie erwähnt, darf das Konkurrenzverbot nicht zum Berufsverbot werden. Artikel [340a Abs. 1 OR](#) ordnet an, dass "eine **unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens ausgeschlossen** ist". Im Zusammenhang mit der sachlichen Beschränkung wird in der juristischen Literatur diskutiert, ob dort, wo ein Konkurrenzverbot auf den Einblick in den Kundenkreis gründet, es nicht auf den reinen Kundenschutz zu beschränken wäre, was regelmässig auch eine Beschränkung auf das bisherige Tätigkeitsgebiet bedeuten würde. Dagegen trifft man in der Praxis immer wieder auf generelle Konkurrenzverbote, die jede Tätigkeit in Konkurrenzunternehmen verbieten. Solche weitreichende Verbote sind natürlich viel eher einer Beschränkung zugänglich und bergen deshalb ein Prozessrisiko für die arbeitgebende Partei. Im Grunde genommen genügt es – jedenfalls dort, wo es keinen Einblick in Geheimnisse gibt –, wenn man der arbeitnehmenden Person vertraglich verbietet, sich an die bisher betreuten Kunden zu wenden, wobei als Kunden im weiteren Sinne natürlich auch solche zählen, denen man eine Geschäftsbeziehung offeriert hat, die aber noch nicht zustande gekommen ist. Solche kundenbezogenen Konkurrenzverbote sind für Arbeitnehmende auch weniger nachteilig und lassen sich deshalb auch eher "verkaufen" als Knebelvereinbarungen, die jegliche Tätigkeit im gleichen Markt unter Strafe stellen wollen.

Arbeitet eine Person in einem **Konzern** und hat sie sich einem Konkurrenzverbot unterzogen, stellt sich regelmässig die Frage, ob das Verbot auch zugunsten anderer Gesellschaften im Konzern gilt. Nach meiner Auffassung bräuchte es dafür eine klare vertragliche Regelung und die durch das Verbot verpflichtete Person muss auch Einblick in die Geheimnisse (oder allenfalls in den Kundenkreis) dieser anderen Konzerngesellschaften haben, die nicht formell Arbeitgebende sind. Lediglich beim Schädigungspotential könnte man sich überlegen, ob es reicht, dass in solchen Fällen nicht der effektive Arbeitgeber, sondern indirekt der Konzern betroffen ist.

## Verletzung des Konkurrenzverbots und Folgen

### Verbotsverletzung

Die Verletzung eines gültigen und nicht weggefallenen Konkurrenzverbots findet schon dann statt, wenn die arbeitnehmende Person mit ihrer Arbeitgeberin in den Wettbewerb tritt, d.h. ab dann, wenn sie auf der gleichen Wirtschaftsstufe direkt oder indirekt<sup>53</sup> gleichartige Leistungen anbietet. Es braucht dafür also nicht erst einen konkreten Kundenkontakt, wenn auch mit solchen Kontakten die Verbotsverletzung leichter nachgewiesen werden kann. Ist das Verbot verletzt, so treten die Folgen von [Art. 340b OR](#) ein. Beweispflichtig für die Übertretung des Konkurrenzverbots ist stets die Arbeitgeberseite, die aus dem Sachverhalt der Verbotsverletzung ja Rechte ableiten will<sup>54</sup>.

---

53 → dazu vorstehend Fussnoten 8 + 9, S. 5

54 Es gilt auch hier die Beweislastverteilung von [Art. 8 ZGB](#) → vorstehend Fussnote 47, S. 17

---

## Grundsanktion: Schadenersatz

Die Übertretung eines vertraglichen Konkurrenzverbots ist eine Vertragsverletzung, die schadenersatzpflichtig macht. Dies ergibt sich schon aus den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts<sup>55</sup>, wird aber vom Gesetz in [Art. 340b Abs. 1 OR](#) noch ausdrücklich wiederholt. Wie bei allen Vertragsverletzungen braucht es ein Verschulden, das jedoch von Gesetzes wegen vermutet wird. Artikel 97 Abs. 1 OR macht eine Beweislastumkehr, indem sich derjenige, der einen Vertrag verletzt hat, "entschuldigen" (= exkulpieren) muss. Weshalb der Gesetzgeber diesen Absatz 1<sup>56</sup> von [Art. 340b OR](#) als absolut zwingend, d.h. sowohl zugunsten wie zulasten des Arbeitnehmers unabänderlich, erklärt hat, ist allerdings nicht verständlich und wahrscheinlich eine Fehlüberlegung<sup>57</sup>. Wenn man diese Zwingenderklärung ernst nimmt, könnten die Vertragsparteien beispielsweise nicht im Voraus auf eine Schadenersatzleistung verzichten. Schaden ist nach langjähriger Rechtsprechung jene Vermögenseinbusse, die sich aus der konkurrenzierenden Tätigkeit durch die Verwendung der beim früheren Arbeitgeber erworbenen Kenntnisse in Bezug auf Kundschaft, Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse im Konkurrenzunternehmen ergibt. Der Weg zum Nachweis solchen Schadens ist für Arbeitgebende nur steinig. Einerseits müssen sie sich dabei in ihre Karten blicken lassen und Zahlen offen legen, wohl wissend, dass hinter dem ehemaligen Arbeitnehmenden die direkte Konkurrenz steht. Andererseits liegt der Kausalzusammenhang zwischen der Verbotsverletzung und einem allfälligen Arbeitgeber-Schaden nicht auf der Hand. Es können auch verbotsfremde Faktoren für einen Umsatzrückgang verantwortlich sein, wie eine schlechte Wirtschaftslage, andere Konkurrenz, die eigene Preispolitik oder auch die persönliche Tüchtigkeit der Arbeitnehmer-Person, die sich ja mit einem Konkurrenzverbot nicht verbieten lässt. Auch muss aus einer Verbotsverletzung nicht notwendigerweise ein Schaden entstanden sein. Wer sich nur auf den Markt begibt, aber keinen Kunden abwerben kann, verletzt zwar unter Umständen ein gültiges Verbot, stiftet aber keinen Franken Schaden. Und vergessen wir nicht: Schaden ist nur das, was wirklich im Portemonnaie fehlt und nicht schlechte Gefühle, Ärger<sup>58</sup>, was man in Geld ummünzen möchte. So ist ein Konkurrenzverbot, das keine Sanktionen enthält<sup>59</sup> und sich deshalb an die gesetzliche Schadenersatzpflicht halten muss, in der Regel ein zahnloses, das der Arbeitnehmer-Partei nicht viel Kopfweh bereiten muss. Wesentlich besser fahren Arbeitgebende deshalb mit einer Konventionalstrafe.

---

55 [Art. 97 Abs. 1 OR](#)

56 und Absatz 2

57 Man hatte dies bei der Revision des Dienstvertragsrechts Ende der sechziger Jahre in der Botschaft des Bundesrats an das Parlament, d.h. in der Erläuterung des Gesetzesentwurfs, wie folgt begründet ([BBl 1967 II 241](#), S. 402: "Die Vorschriften des Artikels dienen zunächst dem Schutz der Interessen des Arbeitgebers, gleichzeitig aber begrenzen sie dessen Ansprüche bei Übertretung des Konkurrenzverbotes. Sie werden deshalb unter die absolut zwingenden Vorschriften aufgenommen."

58 ich sage dem Frustrationsschaden

59 solche gibt es in der Praxis

---

## Vereinbarte Sanktion: Konventionalstrafe

Unter Konventionalstrafe versteht man die Vereinbarung einer Vertragsbusse, die bei einem bestimmten Tatbestand, eben der Übertretung des Konkurrenzverbots, fällig wird<sup>60</sup>. Sie muss, wie das Konkurrenzverbot überhaupt<sup>61</sup> schriftlich vereinbart sein. Die Konventionalstrafe – und das ist ihr entscheidender Vorteil gegenüber dem blossen Schadenersatz – kann auch gefordert werden, wenn kein Schaden entstanden ist<sup>62</sup> und der Arbeitgeber kann jederzeit bei Verschulden den die Vertragsstrafe übersteigenden Schaden einverlangen, auch wenn das Konkurrenzverbot wie gleich beschrieben dahinfällt.

Haben die Parteien es nicht explizit anders vereinbart<sup>63</sup>, fällt das Konkurrenzverbot mit der Zahlung der Konventionalstrafe dahin, d.h. es entfällt die Möglichkeit, ein richterliches Arbeitsverbot zu erwirken<sup>64</sup>, und der nach Dahinfallen des Verbots entstandene Schaden bleibt bei der arbeitgebenden Partei hängen.

Gemäss [Art. 163 Abs. 1 OR](#) könnten die Parteien die Höhe der Konventionalstrafe zwar frei vereinbaren, doch steht der Absatz 3 dieser Bestimmung Auswüchsen entgegen, indem der Richter übermässig hohe Konventionalstrafen nach seinem Ermessen herabsetzen kann. Auf diese Bestimmung wird sich jeder richtig beratene Arbeitnehmende berufen, wenn er für eine Konventionalstrafe belangt wird. Allerdings verkommt die Gerichtspraxis ein wenig zur Lotterie, weil es sehr schwierig ist, aus den einzelnen Entscheiden Richtlinien herauszuarbeiten. Sie sind sehr kasuistisch auf den Einzelfall geprägt und man erfährt vielfach auch nicht, in welchem Verhältnis die Konventionalstrafe zum bezogenen Lohn steht. Hier nehme ich persönlich als (grobe) Faustregel, dass die Konventionalstrafe in einfachen Fällen nicht mehr als 3 Monatslöhne betragen soll, was dafür spricht, im Vertrag jedenfalls nicht mehr 6 Monatslöhne abzumachen. Der Lohn für sechs Monate mag bei einer Führungsperson angemessen sein, wo man unter Umständen auch mit einer Strafe in der Höhe eines Jahresgehalts rechnen müsste. All dies gilt nur bei unentgeltlichen Konkurrenzverboten und sieht bei Zahlung einer Karenzentschädigung anders aus. Zurückhaltender herabsetzen wird ein Richter auch dann, wenn er weiss, dass ein Dritter, in der Regel die neue Arbeitgeberfirma, für das Konkurrenzverbot aufkommt. Das Problem bei der Beratung von Arbeitnehmenden mit gültigem Konkurrenzverbot ist, dass man schwierig prognostizieren kann, was die Verletzung des Verbots "kostet" und dass sich mit dieser Ungewissheit schlecht eine künftige Konkurrenzplanung plan lässt. In solchen Fällen wird man dann versuchen, die Arbeitgeberseite um einen Auskauf aus dem Konkurrenzverbot anzugehen.

---

60 vgl. zur Definition auch [Art. 160](#), [161](#) und [163 OR](#)

61 [Art. 340 Abs. 1 OR](#)

62 [Art. 161 Abs. 1 OR](#)

63 zum Beispiel mit dem Satz "Das Konkurrenzverbot fällt mit einer Zahlung der Konventionalstrafe nicht dahin." Vgl. auch die Formulierung des Verbots, das in [BGE 130 III 353](#) beurteilt wurde  
→ Serviceteil: Entscheide S. 44

64 sog. Realexekution → nachstehend S. 23

---

## Härteste Sanktion: Arbeitsverbot

Nur wenn es besonders – und natürlich auch schriftlich – verabredet ist, kann die Arbeitgeberseite die Einstellung der Konkurrenz verlangen, wenn

- die verletzten oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers
- das Verhalten des Arbeitnehmers

dies rechtfertigen, wenn also noch zwei zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sind. Die "Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes", wie es in [Art. 340b Abs. 3 OR](#) heisst, bedeutet ein Arbeitsverbot, was natürlich viel einschneidender ist als eine blosser Geldforderung auf Schadenersatz oder Konventionalstrafe.

Für die Durchsetzung eines solchen Arbeitsverbots – man nennt dies Realexekution – hängen die Trauben für Arbeitgebende ausserordentlich hoch. Erstens sind die hohen materiellen Hürden zu nehmen und dann kommt noch die Crux der prozessualen Durchsetzung. Dass der bisherige Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer zum Verlassen einer neuen Stelle zwingen kann, ist ein sehr starker Eingriff in die wirtschaftliche Freiheit und verlangt bei richtiger Betrachtung ein überragendes Arbeitgeber-Interesse bei viel geringerem Arbeitnehmer-Interesse. Doch dies allein genügt nicht, sondern es muss nach der Vorgabe des Gesetzes noch ein besonders treuwidriges Verhalten des Arbeitnehmers hinzukommen. Die Realexekution ist also auf sehr schwere Fälle beschränkt und ich habe in meiner 30-jährigen Praxis erst zwei eigene Fälle erlebt, wo sie gewährt wurde. Im einem Fall stahl ein Kundenberater im Finanzbereich die gesamte Kundenkartei, kündigte das Arbeitsverhältnis fristlos und ohne Grund auf und trat unmittelbar danach mit einem Brief an die Kunden heran, wo er noch die Repräsentanten seines bisherigen Arbeitgebers schlecht machte. Das vorsorglich verfügte Verbot wurde aber bald wieder aufgehoben. Im anderen Fall wechselte ein Berater, ohne dass ihm die Arbeitgeberin irgendwelchen Anlass gegeben hätte, zur Konkurrenz, die ihm die Erklärung gegeben hatte, ihn von allen Forderungen wie Konventionalstrafe, Anwalts- und Gerichtskosten schadlos zu halten, und bezog in einer Kleinstadt Räume, die er wenige Wochen vorher noch mit seiner bisherigen Arbeitgeberin benutzt hatte. Dort kam es im Rechtsmittelverfahren zu einem Vergleich. In beiden Fällen vertrat ich die Arbeitgeber. Arbeitnehmende, denen gültig ein Arbeitsverbot auferlegt worden wäre, gab es in meiner Praxis bisher nie. Dies will nicht repräsentativ sein, zeigt aber doch die sehr hohen materiellen Anforderungen.

Zu diesen kommen die prozessualen Steilwände, die es zu erklimmen gilt. Ein Arbeitsverbot macht nur Sinn, wenn es rasch angeordnet wird und man nicht ein oder zwei Jahre darüber prozessieren muss. Deshalb werden Arbeitsverbote infolge Verletzung von Konkurrenzverboten in Form von sog. vorsorglichen Massnahmen verlangt, d.h. in einem rascheren Verfahren um einstweiligen Rechtsschutz, in dem die Beweismittel beschränkt sind<sup>65</sup>. Für den Erlass solcher provisorischer Verbote stellt die Praxis zu Recht noch höhere Anforderungen, weil sich die Arbeitnehmenden in solchen summarischen Verfahren ja nicht umfassend wehren können und aufgrund der Beweisbeschränkung ein Glaubhaftmachen genügen muss. Deshalb macht man in solchen Verfahren nicht nur eine Hauptsachenprognose, d.h. schätzt ab, wie der Prozess im ordentlichen Verfahren ausgehen kann, sondern es braucht auch

---

<sup>65</sup> siehe dazu [Art. 261 ff](#) der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)

noch eine Nachteilsprognose, in welcher die Nachteile eines Verbots für den Arbeitnehmer mit den Vorteilen für die Arbeitgeberin abzuwägen sind. Zur Hauptsachenprognose gehört die Prüfung, ob alle Voraussetzungen für ein Konkurrenzverbot gegeben sind, ob es nicht aus irgendeinem Grund weggefallen ist oder ob es beschränkt werden muss. Dazu muss der Arbeitgeber regelmässig<sup>66</sup> eine Sicherheitsleistung bringen für den Fall, dass sich nachträglich herausstellt, dass das Verbot zu Unrecht erlassen wurde und dem Arbeitnehmer daraus Schaden entsteht<sup>67</sup>. In der zürcherischen Praxis betrug die Höhe dieser Sicherheit bisher in der Regel ein Jahreslohn und es gibt in [Art. 264 Abs. 2 ZPO](#) eine Haftung, wenn sich ein Verbot als ungerechtfertigt erweist. Dies schreckt natürlich viel Arbeitgebende ab und man muss sich eine prozessuale Durchsetzung gar nicht erst überlegen, wenn man nicht bereit ist, eine Kautionsleistung zu leisten und diese schlimmstenfalls zu verlieren.

## Feststellungsklagen

In relativ engen Grenzen lässt die Praxis auch noch Klage auf Feststellung zu, ob ein Konkurrenzverbot verletzt ist oder nicht. Allerdings steht eine Feststellungsklage nicht offen, wenn man stattdessen eine Leistungsklage machen, d.h. zum Beispiel die Konventionalstrafe einfordern kann. Eher noch könnten Arbeitnehmende auf Feststellung klagen, dass ein Konkurrenzverbot nicht oder nicht mehr gilt, z.B. weil es durch Kündigung aus berechtigtem Anlass dahingefallen ist. Allerdings ist das Problem das Gleiche wie bei der ordentlichen Klage auf Durchsetzung eines Arbeitsverbots: Bis es zu einem Urteil kommt, dürfte die relevante Verbotsfrist meist abgelaufen sein.

## Gewinnherausgabe

In Bestätigung eines St. Galler Entscheids<sup>68</sup> hat das Bundesgericht kürzlich festgehalten<sup>69</sup>, dass dort, wo die Voraussetzungen von [Art. 464 OR](#) erfüllt sind, d.h. ein Arbeitnehmender zugleich als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter im Handelsregister eingetragen ist, er im Falle einer diesfalls gesetzlich verbotenen Konkurrenzierung die dabei erlangten Vorteile (d.h. seinen Gewinn) herauszugeben hat. Dies stützt sich auf Abs. 2 dieser Bestimmung, wonach der Geschäftsherr den Ersatz des verursachten Schadens fordern und die betreffenden Geschäfte auf eigene Rechnung übernehmen kann. Allerdings stand in diesem Fall nicht die Verletzung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots zur Diskussion, sondern der in der Geschäftsleitung einer Heizungsfirma beschäftigte Arbeitnehmer tätigte während seiner Anstellung Geschäfte auf eigene Rechnung. Offen blieb auch vor Bundesgericht die Frage, ob diese Gewinnherausgabe mit der Arbeitnehmer-Herausgabepflicht von [Art. 321b Abs. 2 OR](#), kombiniert mit der Pflicht zur Vorteilsherausgabe bei Geschäftsanmassung ([Art. 423 OR](#)), begründet werden könnte, was in der juristischen Lehre umstritten ist.

Erst die künftige Praxis wird zeigen, ob die Vorteilsherausgabe einen festen Platz unter den Sanktionen bei Verletzung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots bekommen wird. Dies

---

66 jedenfalls in der bisherigen zürcherischen Praxis

67 vgl. dazu [Art. 264 ZPO](#)

68 [Kantonsgericht SG BZ.2010.53](#) vom 28.04.2011

69 [BGE 137 III 607](#) = [BGer 4A 345/2011](#) vom 28.11.2011



würde allerdings voraussetzen, dass man das in [Art. 340b OR](#) festgelegte Sanktionensystem (Schadenersatz, Konventionalstrafe, Realexekution) nicht als abschliessend geregelt versteht, da diese Bestimmung ja zwingend<sup>70</sup> ist. Die Meinungen dazu sind kontrovers<sup>71</sup> und letztlich müsste ein Gericht entscheiden<sup>72</sup>. Für eine Zulassung der Gewinnherausgabe auch bei der Verletzung von nachvertraglichen Konkurrenzverboten spricht, dass damit ein ungerechtfertigter Vorteil ausgeglichen wird und dass [Art. 464 OR](#) (wenn anwendbar) oder dann [Art. 321b Abs. 2 OR](#), kombiniert mit [Art. 423 OR](#), Teil des gesamten vertragsrechtlichen Systems sind. Die Anschluss-Frage lautet dann, was Rechtsgrundlage für eine solche Vorteils-herausgabe bei nicht im Handelsregister Eingetragenen ist und auch noch, ob diese automatisch greift oder ob es dazu eine vorgängig getroffene Vereinbarung bräuchte. Sicher würde [Art. 321b Abs. 2 OR](#), da nicht zwingend, für sich allein eine solche vertragliche Abmachung nicht verbieten.

Lässt man eine Gewinnherausgabe zu, weil man die in [Art. 340b OR](#) geregelten Sanktionen nicht für abschliessend hält, müsste allerdings eine solche Vorteils-herausgabe bei der Beurteilung der Angemessenheit einer Konventionalstrafe (bzw. bei ihrer Herabsetzung) berücksichtigt werden.

## Durchsetzung von Sanktionen

Für die Durchsetzung von Arbeitgeber-Ansprüchen aus Konkurrenzverbot hat sich mit der Einführung einer nationalen Zivilprozessordnung (ZPO)<sup>73</sup>, welche auf Anfang 2011 die kantonalen Prozessgesetze ablöste, verfahrensmässig Einiges geändert, ohne dass dies revolutionäre Änderungen wären. Der bisherige Art. 343 aOR, der ein rasches und einfaches Verfahren mit Officialmaxime und eine Kostenfreiheit für Gerichtskosten bis zu einem Streitwert von CHF 30'000 vorsah und die Festlegung des Gerichtsstands in Art. 24 aGeStG sind weitgehend unverändert in die ZPO übernommen worden, nämlich mit

- [Art. 34 ZPO](#):  
Gerichtsstand am Wohnsitz/Sitz der beklagten Partei oder am gewöhnlichen Arbeitsort
- [Art. 113 Abs. 2 lit. d](#) + [114 Abs. 1 lit. c. ZPO](#):  
keine Gerichtskosten für arbeitsrechtliche Streitigkeiten bis zum Streitwert von CHF 30'000, im Schlichtungs- und Entscheidverfahren
- [Art. 243 Abs. 1 ZPO](#):  
Behandlung von Streitigkeiten bis zum Streitwert von CHF 30'000 im vereinfachten Verfahren, ohne obligatorische schriftliche Klagebegründung
- [Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO](#):  
Feststellung von Amts wegen in Streitigkeiten bis zum Streitwert von CHF 30'000.

---

<sup>70</sup> Abs. 1 + 2 absolut (was eine gesetzgeberische Fehlleistung sein soll), Abs. 3 vom Wortlaut her  
<sup>71</sup> dazu die Überlegungen von Cotti → Serviceteil: Literatur + Weblinks, dort Dissertationen / Masterarbeit, nachstehend S. 50, und von Schmid → Serviceteil: Ausgewählte Fundstellen, nachstehend S. 61  
<sup>72</sup> vgl. dazu [BGE 126 III 69](#) E. 2b und 2c, S. 72 f. = Pra 90/2001 Nr. 11, eine Praxisänderung, wo ein Untermieter gestützt auf Art. 423 OR zur Herausgabe der durch unerlaubte Untermiete erzielten Mieten verpflichtet worden ist  
<sup>73</sup> Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO, [SR 272](#))

Für die Durchsetzung von Arbeitsverboten relevant sind die bereits erwähnten Bestimmungen über vorsorgliche Massnahmen<sup>74</sup>. Besondere Beachtung ist der Formulierung der Rechtsbegehren<sup>75</sup> zu schenken, die bei der Realexekution von Konkurrenzverboten regelmässig mit der Androhung einer Bestrafung wegen Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen gemäss [Art. 292 StGB](#) im Widerhandlungsfall zu verbinden sind. Für vorsorgliche Massnahmen regelt [Art. 13 ZPO](#) den Gerichtsstand, der sagt, die Zuständigkeit liege zwingend am Ort der Hauptsache (also nach [Art. 34 ZPO](#) bestimmt) oder dann dort, wo die Massnahme vollstreckt werden soll, was Letzteres bei einem Konkurrenzverbot nicht so ohne weiteres bestimmbar ist<sup>76</sup>. Im internationalen Verhältnis sind die Gerichtsstandsbestimmungen des sog. Lugano-Übereinkommens<sup>77</sup> zu beachten, wenn beide Parteien ihren Sitz in einem Unterzeichner-Staat<sup>78</sup> haben. Trotz jenen Schutzvorschriften zugunsten der Arbeitnehmenden ([Art. 18 LugÜ](#): Garantie des Wohnsitzgerichtsstands + [Art. 21 LugÜ](#): keine Gerichtsstandsklauseln vor Entstehen der Streitigkeit) könnten vorsorgliche Massnahmen bei Erfüllung der weiteren Voraussetzung in der Schweiz beantragt werden, müssten aber allenfalls am ausländischen Wohnsitz der arbeitnehmenden Partei vollstreckt werden. Ausserhalb des LugÜ-Anwendungsbereichs gilt vorab [Art. 10 IPRG](#), der [Art. 13 ZPO](#) entspricht.

Unter Umständen können Arbeitgebende bei besonderer Dringlichkeit ein sog. superprovisorisches Verbot nach [Art. 265 ZPO](#) erwirken, das vorerst ohne Anhörung der Gegenseite erlassen und über dessen Aufrechterhaltung nach einer Verhandlung entschieden wird. Wer als Arbeitnehmender ein solches Verbot befürchtet, kann gemäss [Art. 270 ZPO](#) eine sog. Schutzschrift einreichen und seine Argumente gegen ein Verbot vorweg vortragen, ohne dass die Gegenpartei sofort davon erfährt.

Beharrt ein Arbeitgebender zu Unrecht auf Einhaltung des Konkurrenzverbots und findet der Arbeitnehmende deshalb keine Stelle, kann er schadenersatzpflichtig werden<sup>79</sup>.

Michael Baumberger hat in seiner [Masterarbeit](#)<sup>80</sup> fast 150 Urteile zum Konkurrenzverbot ausgewertet und zeigt auf<sup>81</sup>, dass in rund zwei Drittel dieser Fälle die Durchsetzung gescheitert ist und dass bei erfolgreicher Durchsetzung in fast 70 % dieser Urteile (allenfalls neben weiteren Sanktionen) eine Konventionalstrafe geschuldet war.

Arbeitnehmende, die einem nachvertraglichen Konkurrenzverbot unterstehen, sind nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses meiner Meinung nach nicht verpflichtet, von sich aus oder auf Anfrage ihres bisherigen Patrons bekannt zu geben, wo sie arbeiten. Das Konkurrenzver-

---

74 [Art. 261 ff ZPO](#), → vorstehend. S. 23

75 vgl. als Beispiel [BGer 4A 586/2010](#) vom 16.12.2010, dort im Sachverhalt Teil B. → Serviceteil: Fundstellen, nachstehend S. 59

76 siehe dazu den Aufsatz von Rudolph von 2003, Teil C.III, S. 329 in der [Trex-Fassung](#) → Serviceteil: Literatur + Weblinks, nachstehend S. 51, und Sutter-Somm/Klingler, N 24 zu Art. 13 ZPO → Serviceteil: Ausgewählte Fundstellen, nachstehend S. 60

77 LugÜ, [SR 0.275.12](#) → Serviceteil: Gesetze, nachstehend S. 39

78 neben der Schweiz auch die gesamte Europäische Union

79 vgl. das in [BGer 4A 25/2007](#) vom 25.05.2007 behandelte Beispiel

80 → Serviceteil: Literatur + Weblinks, nachstehend S. 51

81 S. 26 in dieser Masterarbeit

bot begründet eine Unterlassungspflicht und nicht eine Pflicht zum aktiven Handeln. Eine Informationspflicht lässt sich auch nicht mit der Treuepflicht von [Art. 321a Abs. 1 OR](#) begründen, die nach Vertragsende nur noch sehr limitiert besteht. Die prozessuale Behauptungs- und Beweislast für eine angebliche Konkurrenzierung liegt beim Arbeitgebenden. Anders sähe es aus, wenn eine vertragliche Verpflichtung zu einer solchen Information besteht, die im Rahmen einer Vereinbarung über eine Karenzentschädigung sicher zulässig erscheint.

## Karenzentschädigung

### Fehlen einer gesetzlichen Grundlage

Wie erwähnt enthält das schweizerische Arbeitsrecht anders als das deutsche Recht<sup>82</sup> keine Regelung zur Karenzentschädigung<sup>83</sup>. Deshalb ist für das Zustandekommen eines Konkurrenzverbots – anders als in Deutschland<sup>84</sup> – nicht Gültigkeitsvoraussetzung, dass eine Vereinbarung einer solchen Entschädigung für die Verdiensteinbusse getroffen wurde. Arbeitgebende, welche ihre Konkurrenzklauseln mit einer Karenzentschädigung ergänzen, was gelegentlich bei Verträgen, die einen Bezug zu Deutschland haben, vorkommt, sind gut beraten, dies mit einer umfassenden Regelung zu tun. Nur damit lässt sich eine richterliche Lückenfüllung im Streitfall vermeiden. Der Umstand, dass [Art. 340a Abs. 2 OR](#) "eine allfällige Gegenleistung des Arbeitgebers" erwähnt, worunter auch eine Karenzentschädigung fällt, genügt als Rechtsgrundlage nicht.

Weil es keine zwingenden Regeln zur Karenzentschädigung gibt, darf der Richter m.E. auch nicht regulierend in eine bereits getroffene Abrede der Parteien eingreifen. Kommt er zur Überzeugung, die Klausel führe zu einer unbilligen Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens, so wäre dies über die Herabsetzung des Konkurrenzverbots zu korrigieren, wozu [Art. 340a OR](#) die Instrumente gibt.

### Regelungsbedarf

Vorab setzt eine Vereinbarung über die Ausrichtung einer Karenzentschädigung natürlich ein gut formuliertes Konkurrenzverbot voraus. Festzulegen sind sodann zuerst die Höhe und die Dauer der Karenzentschädigung und auch ihre Auszahlung. Weiter muss sich ein Arbeitgebender Gedanken machen, was bei Verhinderung des Arbeitnehmenden während der Dauer der Karenzzahlung geschieht, sei sie unverschuldet (wie Krankheit, Unfall, Mutterschaft) oder verschuldet (z.B. das Absitzen einer Freiheitsstrafe) und wie weit er Ersatzleistungen

---

82 siehe § 74 HGB (Quelle: [www.gesetze-im-internet.de](http://www.gesetze-im-internet.de)):

(1) Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen, die den Gehilfen für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt (Wettbewerbsverbot), bedarf der Schriftform und der Aushändigung einer vom Prinzipal unterzeichneten, die vereinbarten Bestimmungen enthaltenden Urkunde an den Gehilfen.

(2) Das Wettbewerbsverbot ist nur verbindlich, wenn sich der Prinzipal verpflichtet, für die Dauer des Verbots eine Entschädigung zu zahlen, die für jedes Jahr des Verbots mindestens die Hälfte der von dem Handlungsgehilfen zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen erreicht.

83 → Begriff, vorstehend S. 6

84 Vgl. überdies die unterschiedliche Formulierung beim Agenturvertrag ([Art. 418d Abs. 2 OR](#))

aus unverschuldeter Verhinderung oder generell anderweitiges Erwerbseinkommen angerechnet haben will. Zentral ist auch eine Regelung, wann sich ein Arbeitgebender auf einen Wegfall der Entschädigung berufen kann oder ob er sich durch eine Kündigung von der Verpflichtung befreien kann.

## Höhe und Zahlung der Karenzentschädigung

In der Festlegung der Höhe der Entschädigung sind die Parteien frei. Sie können sie als Abgeltung für das Verbot oder als bloss subsidiäre Lohngarantie ausgestalten. Im ersteren Fall kann die arbeitnehmende Person typischerweise tun und lassen, was sie will, im zweiten Fall weist ihr die Literatur eine Schadenminderungspflicht zu mit der Verpflichtung, die Arbeitskraft optimal zu verwerten<sup>85</sup>. Ist aus einer Vereinbarung nicht ersichtlich, welchen Charakter die Karenzentschädigung hat, wird man sie als zusätzliche Leistung und grundsätzlich vorbehaltlos geschuldet verstehen.

Wird die Entschädigung während des Arbeitsverhältnisses (und nachher nicht mehr) ausgerichtet, was ich für zulässig halte<sup>86</sup>, so muss klar sein, welcher Teil des Lohns auf diese Entschädigung entfällt. Dafür ist die arbeitgebende Partei beweispflichtig und sie muss wohl auch belegen, dass der Zuschlag zu einem überdurchschnittlichen Lohn führt. Karenzentschädigungen sind – auch wenn sie nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausbezahlt werden – AHV-pflichtig<sup>87</sup>. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausbezahlte Karenzentschädigungen dürfen m.E. nicht als freiwillige Arbeitgeberleistungen gemäss [Art. 11a AVIG](#) verstanden werden, die den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung schmälern.

Ob eine Karenzentschädigung in Raten oder einmal ausbezahlt wird, ist ebenfalls der Disposition der Parteien überlassen. Die zweite Variante wäre für Arbeitgebende allerdings ungünstiger, wenn die Auszahlung schon am Schluss des Arbeitsverhältnisses erfolgt, weil sie eine nachträgliche Rückforderung erschwert oder vielleicht verhindert, sei es aus rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen. Diesen Schwierigkeiten kann mit einer Auszahlung nach Ablauf der Dauer des Konkurrenzverbots begegnet werden<sup>88</sup>.

## Anrechnung anderweitiger Leistungen

Ist die Karenzentschädigung als Gegenleistung für die Konkurrenzenthaltung und nicht bloss als Lohngarantie zu verstehen, lässt die Praxis ohne ausdrückliche vertragliche Regelung keine Anrechnung von anderweitigem Erwerbs- oder Ersatzeinkommen zu. Man macht damit die Karenzzahlung zur einmaligen<sup>89</sup> Entschädigung für die Einschränkung des beruflichen Horizonts durch ein einzuhaltendes Konkurrenzverbot. Kann die arbeitnehmende Person

---

85 vgl. allerdings [BGE 101 II 277](#)

86 was dann m.E. aber auch zur Einrechnung bei Kranken/Unfall- und Ferienlohn und bei der Überstundenentschädigung führen und sich beim versicherten Lohn für Taggelder und bei Arbeitslosigkeit auswirken muss

87 Wegleitung des BSV über den massgebenden Lohn ([WML](#)), Rz. 2083 in der Fassung vom 01.01.2012, womit ich gestützt auf [Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG](#), der an die AHV-Beitragspflicht von Arbeitnehmenden anknüpft, auch eine Pflicht für ALV-Beiträge sehe

88 was ich ungeachtet von [Art. 339 Abs. 1 OR](#) für zulässig halte

89 wenn auch in Raten zahlbaren

aber aus persönlichen Gründen (wie Arbeitsunfähigkeit, Mutterschaft oder Freiheitsentzug) überhaupt nicht arbeiten, scheint mir das Arbeitgeber-Bedürfnis nach einer Korrektur achtbar. Auch dazu braucht es einen Konsens zwischen den Parteien, d.h. eine klare Vereinbarung. Sie müsste alle möglichen Ersatzleistungen umfassen, insbesondere auch Taggeldleistungen, Erwerbsausfallersatz infolge Militär- oder Zivildienst bzw. Mutterschaft und (wenn beabsichtigt) auch die Arbeitslosenentschädigung. Soll die Anrechnung solcher Leistungen fair sein, muss allerdings ein Schlüssel gefunden werden, der erst bei einer "Übersicherung", d.h. bei definierter Überschreitung des bisherigen Lohns, spielt.

## Wegfall der Karenzentschädigung

Fällt das Konkurrenzverbot aufgrund von [Art. 340c Abs. 1 oder 2 OR](#) dahin, sollte aufgrund einer analogen Anwendung von [Art. 119 Abs. 2 OR](#) auch die Abrede auf Leistung einer Karenzentschädigung dahinfallen. Die Meinungen sind dazu nicht einheitlich und es wird auch in solchen Fällen gefordert, dass ein Arbeitgebender seine Zahlungsverpflichtung kündigt. Das mag seine Berechtigung haben, wo sich ein Wegfall des Verbots wegen fehlendem Arbeitgeber-Interesse erst nachträglich einstellt (Abs. 1 von Art. 340c OR). Beim Wegfall laut Abs. 2 infolge Kündigung fällt das Verbot aber bereits mit einer unbegründeten Arbeitgeber- bzw. einer begründeten Arbeitnehmer-Kündigung dahin. Die widersprüchlichen Meinungen auch zu dieser Frage lassen deshalb eine klare Regelung zwischen den Parteien empfehlen. Genau das Gleiche gilt für die Frage, ob ein Arbeitgebender sich der Entschädigung ent schlagen kann, indem auf die Einhaltung des Konkurrenzverbots verzichtet wird. Auch hier verlangt die Praxis eine angemessene Kündigungsfrist, wobei man dann trefflich darüber streiten kann, was genau angemessen ist. Ich halte die Parteien mangels zwingender Vorgaben für völlig frei, wie sie den Wegfall oder einen Verzicht auf die Karenzentschädigung regeln. Weil es im Arbeitsvertragsrecht nicht vorgeschrieben ist, dass eine solche Entschädigung zwingend ist, muss salopp gesagt alles möglich sein, was besser ist als gar keine Entschädigung. Allerdings kommt wie schon erwähnt der Ausgestaltung der Karenzvereinbarung eine wesentliche Bedeutung im Zusammenhang mit der Beurteilung des Konkurrenzverbots und auch einer allfälligen Herabsetzung der Konventionalstrafe zu.

---

## Serviceteil: Gesetze

### ZGB

Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB, SR 210<sup>90</sup>, Stand 01.01.2012)

Auszug

Erster Teil: Das Personenrecht  
Erster Titel: Die natürlichen Personen  
Erster Abschnitt: Das Recht der Persönlichkeit

#### Art. 11

- A. Persönlichkeit im allgemeinen  
I. Rechtsfähigkeit
- <sup>1</sup> Rechtsfähig ist jedermann.  
<sup>2</sup> Für alle Menschen besteht demgemäss in den Schranken der Rechtsordnung die gleiche Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben.

#### Art. 12

- II. Handlungsfähigkeit  
1. Inhalt
- Wer handlungsfähig ist, hat die Fähigkeit, durch seine Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen.

#### Art. 13

2. Voraussetzungen  
a) Im allgemeinen
- Die Handlungsfähigkeit besitzt, wer mündig und urteilsfähig ist.

#### Art. 14

- b) Mündigkeit
- Mündig ist, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat.

#### Art. 16<sup>91</sup>

- d) Urteilsfähigkeit
- Urteilsfähig im Sinne dieses Gesetzes ist ein jeder, dem nicht wegen seines Kindesalters oder infolge von Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnlichen Zuständen die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.

#### Art. 17

- III. Handlungsunfähigkeit  
1. Im allgemeinen
- Handlungsunfähig sind die Personen, die nicht urteilsfähig, oder die unmündig oder entmündigt sind.

#### Art. 18

2. Fehlen der Urteilsfähigkeit
- Wer nicht urteilsfähig ist, vermag unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen durch seine Handlungen keine rechtliche Wirkung herbeizuführen.

---

90 [www.admin.ch/ch/d/sr/c210.html](http://www.admin.ch/ch/d/sr/c210.html)

91 Art. 15 ZGB ist seit 1996 aufgehoben

---

**OR**

**Schweizerisches Obligationenrecht** (OR, SR 220<sup>92</sup>, Stand 01.01.2012)

**Auszug**

Erste Abteilung: Allgemeine Bestimmungen  
Erster Titel: Entstehung der Obligation  
Erster Abschnitt: Die Entstehung durch Vertrag

**Art. 12**

B. Form der Verträge  
I. Schriftlichkeit  
1. Gesetzlich vorgeschriebene Form  
a) Bedeutung

<sup>1</sup> Ist für einen Vertrag die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben, so gilt diese Vorschrift auch für jede Abänderung, mit Ausnahme von ergänzenden Nebenbestimmungen, die mit der Urkunde nicht im Widerspruche stehen.

**Art. 13**

b) Erfordernis

<sup>1</sup> Ein Vertrag, für den die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben ist, muss die Unterschriften aller Personen tragen, die durch ihn verpflichtet werden sollen.

**Art. 14**

c) Unterschrift

<sup>1</sup> Die Unterschrift ist eigenhändig zu schreiben.

<sup>2</sup> Eine Nachbildung der eigenhändigen Schrift auf mechanischem Wege wird nur da als genügend anerkannt, wo deren Gebrauch im Verkehr üblich ist, insbesondere wo es sich um die Unterschrift auf Wertpapieren handelt, die in grosser Zahl ausgegeben werden.

<sup>2bis</sup> Der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt ist die qualifizierte elektronische Signatur, die auf einem qualifizierten Zertifikat einer anerkannten Anbieterin von Zertifizierungsdiensten im Sinne des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 2003<sup>93</sup> über die elektronische Signatur beruht. Abweichende gesetzliche oder vertragliche Regelungen bleiben vorbehalten.

<sup>3</sup> Für den Blinden ist die Unterschrift nur dann verbindlich, wenn sie beglaubigt ist, oder wenn nachgewiesen wird, dass er zur Zeit der Unterzeichnung den Inhalt der Urkunde gekannt hat.

Zweiter Titel: Die Wirkung der Obligationen  
Zweiter Abschnitt: Die Folgen der Nichterfüllung

**Art. 97**

A. Ausbleiben der Erfüllung  
I. Ersatzpflicht des Schuldners  
I. Im Allgemeinen

<sup>1</sup> Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.

---

92 [www.admin.ch/ch/d/sr/c220.html](http://www.admin.ch/ch/d/sr/c220.html)

93 Bundesgesetz über die elektronische Signatur, ZertES, [SR 943.03](http://www.admin.ch/ch/d/sr/c943_03.html), [www.admin.ch/ch/d/sr/c943\\_03.html](http://www.admin.ch/ch/d/sr/c943_03.html)

Vierter Titel: Besondere Verhältnisse bei Obligationen  
Dritter Abschnitt: Haft- und Reugeld. Lohnabzüge. Konventionalstrafe

**Art. 160**

- C. Konventionalstrafe  
I. Recht des Gläubigers  
I. Verhältnis Strafe zur Vertragserfüllung
- <sup>1</sup> Wenn für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht richtigen Erfüllung eines Vertrages eine Konventionalstrafe versprochen ist, so ist der Gläubiger mangels anderer Abrede nur berechtigt, entweder die Erfüllung oder die Strafe zu fordern.  
<sup>2</sup> ...  
<sup>3</sup> Dem Schuldner bleibt der Nachweis vorbehalten, dass ihm gegen Erlegung der Strafe der Rücktritt freistehen sollte.

**Art. 161**

2. Verhältnis der Strafe zum Schaden
- <sup>1</sup> Die Konventionalstrafe ist verfallen, auch wenn dem Gläubiger kein Schaden erwachsen ist.  
<sup>2</sup> Übersteigt der erlittene Schaden den Betrag der Strafe, so kann der Gläubiger den Mehrbetrag nur so weit einfordern, als er ein Verschulden nachweist.

**Art. 163**

- II. Höhe, Ungültigkeit und Herabsetzung der Strafe
- <sup>1</sup> Die Konventionalstrafe kann von den Parteien in beliebiger Höhe bestimmt werden.  
<sup>2</sup> ...  
<sup>3</sup> Übermässig hohe Konventionalstrafen hat der Richter nach seinem Ermessen herabzusetzen.

Zehnter Titel: Der Arbeitsvertrag  
Erster Abschnitt: Der Einzelarbeitsvertrag

**Art. 319**

- A. Begriff und Entstehung  
I. Begriff
- <sup>1</sup> Durch den Einzelarbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes, der nach Zeitabschnitten (Zeitlohn) oder nach der geleisteten Arbeit (Akkordlohn) bemessen wird.  
<sup>2</sup> Als Einzelarbeitsvertrag gilt auch der Vertrag, durch den sich ein Arbeitnehmer zur regelmässigen Leistung von stunden-, halbtage- oder tageweiser Arbeit (Teilzeitarbeit) im Dienst des Arbeitgebers verpflichtet.

**Art. 321**

- B. Pflichten des Arbeitnehmers  
I. Persönliche Arbeitspflicht
- Der Arbeitnehmer hat die vertraglich übernommene Arbeit in eigener Person zu leisten, sofern nichts anderes verabredet ist oder sich aus den Umständen ergibt.

**Art. 321a**

- II. Sorgfalts- und Treuepflicht
- <sup>1</sup> Der Arbeitnehmer hat die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren.  
<sup>2</sup> ...  
<sup>3</sup> Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses darf der Arbeitnehmer keine Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten leisten, soweit er dadurch seine Treuepflicht verletzt, insbesondere den Arbeitgeber konkurrenziert.  
<sup>4</sup> Der Arbeitnehmer darf geheim zu haltende Tatsachen, wie namentlich Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, von denen er im Dienst des Arbeitgebers Kennt-



nis erlangt, während des Arbeitsverhältnisses nicht verwerten oder anderen mitteilen; auch nach dessen Beendigung bleibt er zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist.

### Art. 333

F. Übergang des Arbeitsverhältnisses  
1. Wirkungen

<sup>1</sup> Überträgt der Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten, so geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt.

<sup>1bis</sup> ....

<sup>2</sup> Bei Ablehnung des Überganges wird das Arbeitsverhältnis auf den Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist aufgelöst; der Erwerber des Betriebes und der Arbeitnehmer sind bis dahin zur Erfüllung des Vertrages verpflichtet.

<sup>3</sup> Der bisherige Arbeitgeber und der Erwerber des Betriebes haften solidarisch für die Forderungen des Arbeitnehmers, die vor dem Übergang fällig geworden sind und die nachher bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlichlicherweise beendet werden könnte oder bei Ablehnung des Überganges durch den Arbeitnehmer beendet wird.

<sup>4</sup> Im übrigen ist der Arbeitgeber nicht berechtigt, die Rechte aus dem Arbeitsverhältnis auf einen Dritten zu übertragen, sofern nichts anderes verabredet ist oder sich aus den Umständen ergibt.

### Art. 340

G. Beendigung des Arbeitsverhältnisses  
VII. Konkurrenzverbot  
1. Voraussetzungen

<sup>1</sup> Der handlungsfähige Arbeitnehmer kann sich gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich verpflichten, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sich jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten, insbesondere weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem des Arbeitgebers in Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen.

<sup>2</sup> Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte.

### Art. 340a

2. Beschränkungen

<sup>1</sup> Das Verbot ist nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen, so dass eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist; es darf nur unter besonderen Umständen drei Jahre überschreiten

<sup>2</sup> Der Richter kann ein übermässiges Konkurrenzverbot unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen einschränken; er hat dabei eine allfällige Gegenleistung des Arbeitgebers angemessen zu berücksichtigen.

### Art. 340b

3. Folgen der Übertretung

<sup>1</sup> Übertritt der Arbeitnehmer das Konkurrenzverbot, so hat er den dem Arbeitgeber erwachsenden Schaden zu ersetzen.

<sup>2</sup> Ist bei Übertretung des Verbotes eine Konventionalstrafe geschuldet und nichts anderes verabredet, so kann sich der Arbeitnehmer durch deren Leistung vom Verbot befreien; er bleibt jedoch für weiteren Schaden ersatzpflichtig.

<sup>3</sup> 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.

**Art. 340c**

4. Wegfall

<sup>1</sup> Das Konkurrenzverbot fällt dahin, wenn der Arbeitgeber nachweisbar kein erhebliches Interesse mehr hat, es aufrecht zu erhalten.

<sup>2</sup> 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.

**Art. 341**

H. Unverzichtbarkeit und Verjährung

<sup>1</sup> Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung kann der Arbeitnehmer auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben, nicht verzichten.

<sup>2</sup> ...

Zweiter Abschnitt: Besondere Einzelarbeitsverträge

**Art. 344a**

A. Lehrvertrag

<sup>1</sup> Der Lehrvertrag bedarf zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form.

I. Begriff und Entstehung

...

2. Entstehung und Inhalt

<sup>6</sup> Abreden, die die lernende Person im freien Entschluss über die berufliche Tätigkeit nach beendiger Lehre beeinträchtigen, sind nichtig.

Vierter Abschnitt: Zwingende Vorschriften

**Art. 361**

A. Unabänderlichkeit zuungunsten des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers

<sup>1</sup> Durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag darf von den folgenden Vorschriften weder zuungunsten des Arbeitgebers noch des Arbeitnehmers abgewichen werden:

...

Artikel 340b: Absätze 1 und 2 (Folgen der Übertretung des Konkurrenzverbotes)

...

<sup>2</sup> Abreden sowie Bestimmungen von Normalarbeitsverträgen und Gesamtarbeitsverträgen, die von den vorstehend angeführten Vorschriften zuungunsten des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers abweichen, sind nichtig.

**Art. 362**

B. Unabänderlichkeit zuungunsten des Arbeitnehmers

<sup>1</sup> Durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag darf von den folgenden Vorschriften zuungunsten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers nicht abgewichen werden:

...

Artikel 340: Absatz 1 (Voraussetzungen des Konkurrenzverbotes)

Artikel 340a: Absatz 1 (Beschränkung des Konkurrenzverbotes)

Artikel 340c: (Wegfall des Konkurrenzverbotes)

Artikel 341: Absatz 1 (Unverzichtbarkeit)

...

<sup>2</sup> Abreden sowie Bestimmungen von Normalarbeitsverträgen und Gesamtarbeitsverträgen, die von den vorstehend angeführten Vorschriften zuungunsten des Arbeitnehmers abweichen, sind nichtig.

Dreizehnter Titel: Der Auftrag  
Erster Abschnitt: Der einfache Auftrag

**Art. 394**

- A. Begriff
- <sup>1</sup> Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen.
- <sup>2</sup> Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besondern Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den Auftrag.
- <sup>3</sup> Eine Vergütung ist zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist.

Dreizehnter Titel: Der Auftrag  
Vierter Abschnitt: Der Agenturvertrag

**Art. 418a**

- A. Allgemeines  
I. Begriff
- <sup>1</sup> Agent ist, wer die Verpflichtung übernimmt, dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln oder in ihrem Namen und für ihre Rechnung abzuschliessen, ohne zu den Auftraggebern in einem Arbeitsverhältnis zu stehen.
- <sup>2</sup> Auf Agenten, die als solche bloss im Nebenberuf tätig sind, finden die Vorschriften dieses Abschnittes insoweit Anwendung, als die Parteien nicht schriftlich etwas anderes vereinbart haben. Die Vorschriften über das Delcredere, das Konkurrenzverbot und die Auflösung des Vertrages aus wichtigen Gründen dürfen nicht zum Nachteil des Agenten wegbedungen werden.

**Art. 418d**

- B. Pflichten des Agenten  
II. Geheimhaltungspflicht und Konkurrenzverbot
- <sup>1</sup> Der Agent darf Geschäftsgeheimnisse des Auftraggebers, die ihm anvertraut oder auf Grund des Agenturverhältnisses bekannt geworden sind, auch nach Beendigung des Vertrages nicht verwerten oder anderen mitteilen.
- <sup>2</sup> Auf ein vertragliches Konkurrenzverbot sind die Bestimmungen über den Dienstvertrag<sup>94</sup> entsprechend anwendbar. Ist ein Konkurrenzverbot vereinbart, so hat der Agent bei Auflösung des Vertrages einen unabdingbaren Anspruch auf ein angemessenes besonderes Entgelt.

Vierzehnter Titel: Die Geschäftsführung ohne Auftrag

**Art. 423**

- B. Stellung des Geschäftsherrn  
II. Geschäftsführung im Interesse des Geschäftsführers
- <sup>1</sup> Wenn die Geschäftsführung nicht mit Rücksicht auf das Interesse des Geschäftsherrn unternommen wurde, so ist dieser gleichwohl berechtigt, die aus der Führung seiner Geschäfte entspringenden Vorteile sich anzueignen.
- <sup>2</sup> Zur Ersatzleistung an den Geschäftsführer und zu dessen Entlastung ist der Geschäftsherr nur so weit verpflichtet, als er bereichert ist.

---

94 heute Arbeitsvertrag nach [Art. 319 ff OR](#)

Siebzehnter Titel: Die Prokura und andere Handlungsvollmachten

**Art. 464**

D. Konkurrenz-  
verbot

<sup>1</sup> Der Prokurist, sowie der Handlungsbevollmächtigte, der zum Betrieb des ganzen Gewerbes bestellt ist oder in einem Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Gewerbes steht, darf ohne Einwilligung des Geschäftsherrn weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Geschäfte machen, die zu den Geschäftszweigen des Geschäftsherrn gehören.

<sup>2</sup> Bei Übertretung dieser Vorschrift kann der Geschäftsherr Ersatz des verursachten Schadens fordern und die betreffenden Geschäfte auf eigene Rechnung übernehmen.

**ZPO**

**Schweizerische Zivilprozessordnung** (ZPO, SR 272<sup>95</sup>, Stand 01.01.2012)

**Auszug**

1. Teil: Besondere Bestimmungen
2. Titel: Zuständigkeit der Gerichte und Ausstand
2. Kapitel: Örtliche Zuständigkeit
1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen

**Art. 13**

Vorsorgliche  
Massnahmen

Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, ist für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zwingend zuständig das Gericht am Ort, an dem:

- a. die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist; oder
- b. die Massnahme vollstreckt werden soll.

6. Abschnitt: Klagen aus Vertrag

**Art. 34**

Arbeitsrecht

<sup>1</sup> Für arbeitsrechtliche Klagen ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort, an dem die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer gewöhnlich die Arbeit verrichtet, zuständig.

<sup>2</sup> Für Klagen einer stellensuchenden Person sowie einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers, die sich auf das Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989<sup>96</sup> stützen, ist zusätzlich das Gericht am Ort der Geschäftsniederlassung der vermittelnden oder verleihenden Person, mit welcher der Vertrag abgeschlossen wurde, zuständig.

8. Titel: Prozesskosten und unentgeltliche Rechtspflege
3. Kapitel: Besondere Kostenregelungen

95 [www.admin.ch/ch/d/sr/c272.html](http://www.admin.ch/ch/d/sr/c272.html)

96 [SR 823.11](#)

**Art. 113**

Schlichtungsverfahren <sup>1</sup> Im Schlichtungsverfahren werden keine Parteientschädigungen gesprochen. Vorbehalten bleibt die Entschädigung einer unentgeltlichen Rechtsbeistandin oder eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes durch den Kanton.

<sup>2</sup> Keine Gerichtskosten werden gesprochen in Streitigkeiten:

a. ...

d. aus dem Arbeitsverhältnis sowie nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989<sup>97</sup> bis zu einem Streitwert von 30 000 Franken;

...

**Art. 114**

Entscheidverfahren <sup>1</sup> Im Entscheidverfahren werden keine Gerichtskosten gesprochen bei Streitigkeiten:

a. ...

d. aus dem Arbeitsverhältnis sowie nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989<sup>98</sup> bis zu einem Streitwert von 30 000 Franken;

...

2. Teil: Besondere Bestimmungen  
4. Titel: Vereinfachtes Verfahren

**Art. 243**

Geltungsbereich <sup>1</sup> Das vereinfachte Verfahren gilt für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 30 000 Franken.

...

**Art. 247**

Feststellung des Sachverhaltes <sup>1</sup> Das Gericht wirkt durch entsprechende Fragen darauf hin, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen.

<sup>2</sup> Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest:

a. in den Angelegenheiten nach Artikel 243 Absatz 2;

b. bis zu einem Streitwert von 30 000 Franken:

1 ....

2. in den übrigen arbeitsrechtlichen Streitigkeiten.

5. Titel: Summarisches Verfahren  
5. Kapitel: Vorsorgliche Massnahmen und Schutzschrift  
1. Abschnitt: Vorsorgliche Massnahmen

**Art. 261**

Grundsatz <sup>1</sup> Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass:

a. ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist; und

b. ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

<sup>2</sup> Leistet die Gegenpartei angemessene Sicherheit, so kann das Gericht von vorsorglichen Massnahmen absehen.

[97](#) [SR 823.11](#)

[98](#) [SR 823.11](#)

---

Inhalt	<p><b>Art. 262</b></p> <p>Eine vorsorgliche Massnahme kann jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden, insbesondere:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a. ein Verbot;</li><li>b. eine Anordnung zur Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands;</li></ul> <p>...</p>
Sicherheitsleistung und Schadenersatz	<p><b>Art. 264</b></p> <p><sup>1</sup> Ist ein Schaden für die Gegenpartei zu befürchten, so kann das Gericht die Anordnung vorsorglicher Massnahmen von der Leistung einer Sicherheit durch die gesuchstellende Partei abhängig machen.</p> <p><sup>2</sup> Die gesuchstellende Partei haftet für den aus einer ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahme erwachsenen Schaden. Beweist sie jedoch, dass sie ihr Gesuch in guten Treuen gestellt hat, so kann das Gericht die Ersatzpflicht herabsetzen oder gänzlich von ihr entbinden.</p> <p><sup>3</sup> Eine geleistete Sicherheit ist freizugeben, wenn feststeht, dass keine Schadenersatzklage erhoben wird; bei Ungewissheit setzt das Gericht eine Frist zur Klage.</p>
Superprovisorische Massnahmen	<p><b>Art. 265</b></p> <p><sup>1</sup> Bei besonderer Dringlichkeit, insbesondere bei Vereitelungsgefahr, kann das Gericht die vorsorgliche Massnahme sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei anordnen.</p> <p><sup>2</sup> Mit der Anordnung lädt das Gericht die Parteien zu einer Verhandlung vor, die unverzüglich stattzufinden hat, oder setzt der Gegenpartei eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme. Nach Anhörung der Gegenpartei entscheidet das Gericht unverzüglich über das Gesuch.</p> <p><sup>3</sup> Das Gericht kann die gesuchstellende Partei von Amtes wegen zu einer vorgängigen Sicherheitsleistung verpflichten.</p>

## 2. Abschnitt: Schutzschrift

### Art. 270

- <sup>1</sup> Wer Grund zur Annahme hat, dass gegen ihn ohne vorgängige Anhörung die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme, eines Arrests nach den Artikeln 271 - 281 SchKG<sup>99</sup> oder einer anderen Massnahme beantragt wird, kann seinen Standpunkt vorsorglich in einer Schutzschrift darlegen.
- <sup>2</sup> Die Schutzschrift wird der Gegenpartei nur mitgeteilt, wenn diese das entsprechende Verfahren einleitet.
- <sup>3</sup> Die Schutzschrift ist sechs Monate nach Einreichung nicht mehr zu beachten.

---

## LugÜ

**Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen (LugÜ, SR 0.275.12<sup>100</sup>, Stand 03.05.2011)**

**Auszug**

Titel II: Zuständigkeit

Abschnitt 5: Zuständigkeit für individuelle Arbeitsverträge

**Art. 20**

1. Die Klage des Arbeitgebers kann nur vor den Gerichten des durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates erhoben werden, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer seinen Wohnsitz hat.

...

**Art. 21**

Von den Vorschriften dieses Abschnitts kann im Wege der Vereinbarung nur abgewichen werden:

1. wenn die Vereinbarung nach der Entstehung der Streitigkeit getroffen wird; oder
2. wenn sie dem Arbeitnehmer die Befugnis einräumt, andere als die in diesem Abschnitt angeführten Gerichte anzurufen.

## Serviceteil: 2 Entscheide

Wiedergegeben werden zwei Entscheide des Bundesgerichts als exemplarische Illustration.

### Konkurrenzverbot für einen Buchhaltungsexperten

<a href="#">BGer 4A 209/2008</a> <sup>101</sup>	31.07.2008	Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen
Arbeitsvertrag; Kündigung; Konkurrenzverbot	Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern, I. Kammer als Appellationsinstanz, vom 25. März 2008 (11 07 116) = <a href="#">LGVE 2008 I Nr. 18</a>	

### Private, nichtamtliche Regeste<sup>102</sup>

Buchhaltungsexperte, Treuhänder und Revisoren werden nicht zu den freien Berufen gezählt, bei denen ein Konkurrenzverbot nicht oder nur eingeschränkt zulässig ist (E. 2.1)

Bei einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommt Art. 340c Abs. 2 OR nicht zum Tragen (E. 3).

Sofern zwischen den Parteien eine von den normalen Kündigungsmodalitäten abweichende Regelung getroffen wird, die zu einer substantiellen Besserstellung des Arbeitnehmers führt, kann auch dann, wenn die Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf Wunsch des Arbeitgebers erfolgt, von einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gesprochen werden (E. 3.1).

### Sachverhalt:

A.

A. \_\_\_\_\_ (Beschwerdeführer) arbeitete seit dem 20. Januar 1986 als Bücherexperte bei der X. \_\_\_\_\_ AG (Beschwerdegegnerin) und übernahm ab dem 1. Oktober 1986 die Funktion des Geschäftsführers. Der Arbeitsvertrag enthielt ein Konkurrenzverbot bis zwei Jahre nach Auflösung des Vertrages. Bei Übertretung des Konkurrenzverbots sollte eine Konventionalstrafe von Fr. 20'000.-- verfallen zuzüglich Fr. 500.-- für jedes Mandat, das im Widerspruch zum Konkurrenzverbot ausgeübt wurde. Am 19. Dezember 2005 unterzeichneten die Parteien eine Austrittsvereinbarung. In dieser Vereinbarung wurde der Austrittstermin auf den 30. Juni 2006 festgesetzt, wobei damit die Kündigungsfrist von ursprünglich drei auf neu sechs Monate "verdoppelt" wurde. Es wurde vereinbart, dass der ursprüngliche Vertrag bis auf die in Ziff. 10 enthaltene Kündigungsfrist unverändert weiter gelten sollte. Die Vereinbarung hält fest, der Beschwerdeführer dürfe die auf dem Gebiet der Forensic Services akquirierten Mandate an seinen neuen Tätigkeitsort mitnehmen. Der Arbeitgeber verpflichtete sich zur Bezahlung eines Outplacements bis maximal Fr. 50'000.--.

B.

101 siehe [www.bger.ch](http://www.bger.ch), dort <Rechtsprechung (gratis)><weitere Urteile ab 2000>

102 Quelle: teils aus ARVonline 2008 Nr. 464, früher publiziert auf [www.arv-online.ch](http://www.arv-online.ch)



Die Beschwerdegegnerin warf dem Beschwerdeführer vor, gegen das vertragliche Konkurrenzverbot verstossen zu haben und verlangte vor dem Arbeitsgericht Luzern unter diesem Titel Fr. 22'500.--. Das Arbeitsgericht wies die Klage ab, da trotz des gemeinsamen Aufhebungsvertrages die Interessen des Arbeitgebers an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses überwogen hätten, weshalb das Konkurrenzverbot bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses weggefallen sei. Demgegenüber erkannte das Obergericht des Kantons Luzern mit Urteil vom 25. März 2008, der Frage, wer die Kündigung zu verantworten habe, komme nur Bedeutung zu, wenn im Aufhebungsvertrag eine eigentliche Gesetzesumgehung zu sehen sei. Eine solche verneinte das Obergericht mit Blick auf die mit dem Aufhebungsvertrag für den Beschwerdeführer verbundenen Vorteile wie namentlich die Tatsache, dass keine Entlassung erfolgte, die Verlängerung der Zeit für die Suche einer neuen Arbeitsstelle und die Beteiligung an den Kosten des Outplacement. Infolge Verletzung des Konkurrenzverbots sprach es der Beschwerdegegnerin Fr. 22'000.-- zu, nachdem es die im Appellationsverfahren erfolgte Erhöhung der Forderung um Fr. 500.-- auf Fr. 23'000.-- aus prozessualen Gründen für unzulässig erklärt hatte. Wie das Arbeitsgericht wies das Obergericht die Forderung der Beschwerdegegnerin auf Nachweis der Arbeitsstunden während der bezahlten Arbeitsunfähigkeit beziehungsweise (vor Arbeitsgericht) die Rückerstattung der vereinnahmten Honorare ab.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Beschwerdeführer dem Bundesgericht, die Klage abzuweisen. Die Beschwerdegegnerin und das Obergericht schliessen im Wesentlichen auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

### **Erwägungen:**

1: ...

2.

Der Beschwerdeführer weist darauf hin, er habe sowohl vor erster Instanz als auch vor der Vorinstanz geltend gemacht, ein Bücherexperte stehe in einer so engen Beziehung mit seinen Kunden, dass, wie bei den freien Berufen, schon aus diesem Grund das Konkurrenzverbot entfallen müsse. Mit diesem Argument habe sich das Obergericht gar nicht auseinandergesetzt und dadurch das rechtliche Gehör verletzt. Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben, da der Beschwerdeführer nicht geltend macht, die Vorinstanz habe diesbezüglich tatsächliche Behauptungen unberücksichtigt gelassen. Ob die gemäss den tatsächlichen Feststellungen ausgeübte Tätigkeit einem Konkurrenzverbot entgegensteht, ist eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen prüfen kann.

2.1 Die herrschende Lehre nimmt in der Tat an, bei freien Berufen sei ein Konkurrenzverbot nicht oder nur eingeschränkt zulässig. Zu diesen Berufen werden aber Buchhaltungsexperten und Treuhänder (vgl. BGE 78 II 39 E. 1 S. 41; Staehelin, Zürcher Kommentar, N. 16 zu Art. 340 OR; Rémy Wyler, Droit du travail, 2. Aufl., S. 599), sowie auch Revisoren (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., N. 11 zu Art. 340 OR) gerade nicht gezählt.

2.2 Unter diesen Umständen kann sich der Beschwerdeführer nicht darauf beschränken zu behaupten, bei Bücherexperten falle das Konkurrenzverbot automatisch dahin. Er hätte vielmehr bereits im kantonalen Verfahren im Einzelnen darlegen müssen, dass und weshalb die ihm tatsächlich übertra-

genen Aufgaben mit freien Berufen vergleichbar sind. Mangels entsprechender Begründung, ist auf die Rüge nicht einzutreten.

3.

Nach Art. 340c Abs. 2 OR fällt ein Konkurrenzverbot 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. Bei einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommt diese Bestimmung nach ihrem Wortlaut nicht zum Tragen (Stahelin, a.a.O, N. 5 zu Art. 340c OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 8 zu Art. 340c OR). Indessen hält die Vorinstanz selbst fest, dass es für den Arbeitnehmer unter Umständen von grossem Vorteil ist, wenn er darauf hinweisen kann, das Arbeitsverhältnis sei im gegenseitigen Einvernehmen aufgelöst worden. Er hat daher Interesse an einer derartigen Formulierung, auch wenn die Auflösung des Arbeitsverhältnisses allein auf Wunsch des Arbeitgebers erfolgt. Dass nach dem Wortlaut eine einvernehmliche Auflösung erfolgte, kann daher, wie der Beschwerdeführer zu Recht ausführt, nicht allein ausschlaggebend sein, auch wenn in dieser Formulierung für den Arbeitnehmer ein Vorteil liegen mag. Zu prüfen ist vielmehr, ob tatsächlich eine einvernehmliche Aufhebungsvereinbarung vorliegt.

3.1 Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist bei der Beurteilung dieser Frage nicht allein massgebend, ob es zur Auflösung auf Wunsch des Arbeitgebers kam. Sofern eine von den normalen Kündigungsmodalitäten abweichende Regelung getroffen wird, die zu einer substantiellen Besserstellung des Arbeitnehmers führt, kann vielmehr auch unter diesen Umständen von einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gesprochen werden. Der Arbeitnehmer hat die Wahl, ob er das Arbeitsverhältnis zu den vereinbarten Konditionen aufheben oder das Konkurrenzverbot bei einer allfälligen Kündigung zu den normalen Konditionen dahinfallen lassen will. Der Beschwerdeführer weist an sich zu Recht darauf hin, dass Art. 340c Abs. 2 OR den Arbeitnehmer schützen soll. Dieser Schutz kann allerdings nicht so weit gehen, dass sich der Arbeitnehmer die vom Arbeitgeber im Rahmen der einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnis angebotenen Vorteile aneignen kann, um sich später auf die Ungültigkeit des Konkurrenzverbots zu berufen. Folgt demgegenüber eine auf Betreiben des Arbeitgebers abgeschlossene Auflösungsvereinbarung im Wesentlichen den Regeln der ordentlichen Kündigung, ist die Vereinbarung mit Blick auf Art. 340c Abs. 2 OR unabhängig von der Formulierung wie eine vom Arbeitgeber einseitig ausgesprochene Kündigung zu behandeln.

3.2 Im Vergleich zu einer ordentlichen Kündigung wurde die Frist in der Auflösungsvereinbarung verdoppelt. Da es nach der Behauptung des Beschwerdeführers die Beschwerdegegnerin war, der an einer Trennung lag, kann diese Verlängerung nur im Interesse des Beschwerdeführers erfolgt sein, dem dadurch mehr Zeit für die Stellensuche eingeräumt wurde.

3.3 Der Beschwerdeführer durfte die auf dem Gebiet der Forensic Services akquirierten Mandate an sei-ne neue Arbeitsstelle "mitnehmen". Damit wurde das Konkurrenzverbot eingeschränkt, wobei allerdings offen ist, ob die Beschwerdegegnerin an der Weiterführung der Mandate überhaupt ein Interesse hatte.

3.4 Letztlich ist ausschlaggebend, dass sich die Beschwerdegegnerin verpflichtete, bis Fr. 50'000.-- für das Outplacement zu bezahlen. Auch wenn die Zahlung nicht direkt dem Beschwerdeführer zukam, hat die Beschwerdegegnerin damit doch einen substantiellen Beitrag zur Verbesserung der Be-

rufschancen des Beschwerdeführers geleistet. Wenn er diesen Vorteil für sich in Anspruch nimmt, muss er die geschlossene Vereinbarung auch als einvernehmlich gegen sich gelten lassen. Erfolgte die Auflösung des Vertrages aber einvernehmlich, kann der Beschwerdeführer aus Art. 340c Abs. 2 OR nichts zu seinen Gunsten ableiten (Staehein, a.a.O, N. 5 zu Art. 340c OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 8 zu Art. 340c OR).

3.5 Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig, wobei für die Gerichtskosten ein reduzierter Betrag in Ansatz kommt (Art. 65 Abs. 4 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 700.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen.
4. Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Luzern, I. Kammer als Appellationsinstanz, schriftlich mitgeteilt.

## Wirksamkeit eines Konkurrenz- und Abwerbeverbots, Wegfall

<a href="#">BGE 130 III 353</a> <sup>103</sup> <a href="#">4C.276/2003</a> <sup>104</sup>	20.02.2004	Bundesgericht Eidgenössische Berufung
Arbeitsvertrag; Konkurrenzverbot	Berufung gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 18. August 2003	

### Regeste<sup>105</sup>

Art. 340 ff. OR; Wirksamkeit eines Konkurrenz- und Abwerbeverbots. Bedeutung und Voraussetzungen eines neben dem Konkurrenzverbot vereinbarten Abwerbeverbots (E. 2.1). Begründeter Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR. Haben sowohl der Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber (fristlos) eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen, ist bei der Prüfung, ob ein begründeter Anlass für die Vertragsauflösung vorlag, auf den tatsächlichen Beendigungsgrund abzustellen (E. 2.2).

### Sachverhalt

Die A. AG (Beklagte) betreibt unter anderem in Zürich die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, vor allem im Bereich Bau und Industrie. B. (Kläger) trat am 1. Januar 2001 bei der Beklagten eine Stelle als "Personalberater" an. Der Arbeitsvertrag enthält folgende Vereinbarung:

*BGE 130 III 353 S. 354*

"Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, während der Dauer von 24 Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine unmittelbare oder mittelbare Tätigkeit für ein oder in einem Unternehmen, welches mit der Arbeitgeberin direkt oder indirekt im Wettbewerb steht, auszuüben, sowie kein eigenes Unternehmen gleicher Art zu eröffnen oder sich an einem solchen direkt oder indirekt zu beteiligen.

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich auch, während 24 Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine Arbeitnehmer oder Kunden der Arbeitgeberin abzuwerben oder an Konkurrenten der Arbeitgeberin zu vermitteln.

Das Konkurrenz- und Abwerbeverbot gilt für einen Umkreis von 150 km vom Arbeitsplatz.

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, für jede Verletzung des Konkurrenz- und oder Abwerbeverbotes eine Konventionalstrafe in sechsfacher Höhe seines letzten Monatslohnes (Fixum, Provision, Spesen) zu zahlen. Die Bezahlung der Konventionalstrafe befreit den Arbeitnehmer nicht davon, das Konkurrenz- und Abwerbeverbot vollumfänglich einzuhalten. Der Arbeitgeberin steht sodann das Recht zu, zusätzlich zur Konventionalstrafe weiteren Schaden geltend zu machen.

Unabhängig vom Anspruch auf Bezahlung der Konventionalstrafe sowie des Schadenersatzanspruches steht der Arbeitgeberin ein Anspruch auf Realerfüllung des Konkurrenzverbotes und auf Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes gemäss Art. 340b Abs. 3 OR zu."

103 siehe [www.bger.ch](http://www.bger.ch), dort <Rechtsprechung (gratis)><BGE (Leitentscheide)>

104 siehe [www.bger.ch](http://www.bger.ch), dort <Rechtsprechung (gratis)><weitere Urteile ab 2000>

105 Leitsatz

Mit Schreiben vom 31. August 2001 kündigte der Kläger sein Arbeitsverhältnis auf den 30. September 2001. Am 11. September 2001 entliess die Beklagte ihn fristlos.

Das Obergericht des Kantons Zürich hiess eine Widerklage, mit der die Beklagte die Zusprechung einer Konventionalstrafe in der Höhe von sechs Monatslöhnen forderte, in zweiter Instanz teilweise gut. Das Bundesgericht weist eine Berufung der Beklagten und eine Anschlussberufung des Klägers, soweit sie sich dagegen richten, ab.

Auszug aus den Erwägungen:

2. Ein Arbeitnehmer kann sich gegenüber dem Arbeitgeber verpflichten, ihn nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zu konkurrenzieren. Eine solche Vereinbarung bedarf der Schriftform (Art. 340 Abs. 1 OR). Das Konkurrenzverbot ist nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen, so dass eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist (Art. 340a Abs. 1 OR).

*BGE 130 III 353 S. 355*

Ob ein Konkurrenzverbot als übermässig anzusehen ist, lässt sich immer nur unter gesamthafter Berücksichtigung seines Umfangs nach Gegenstand, Ort und Zeit beurteilen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob der Berechtigte dem Verpflichteten für das Konkurrenzverbot eine Karenzentschädigung ausrichtet oder nicht (BGE 91 II 372 E. 8 S. 381; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N. 6 zu Art. 340a OR). Entscheidend ist, ob das Konkurrenzverbot das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers in einer Weise beeinträchtigt, dass es sich durch die Interessen des Arbeitgebers nicht rechtfertigen lässt (BGE 96 II 139 E. 3b; STAEHELIN, a.a.O., N. 6 zu Art. 340a OR). Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den ehemaligen Arbeitgeber erheblich schädigen könnte (Art. 340 Abs. 2 OR). Zudem fällt das Konkurrenzverbot dahin, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass geboten hat oder wenn es dieser aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst (Art. 340c Abs. 2 OR).

2.1 Die Beklagte macht geltend, es könne vorliegend nicht darauf ankommen, ob diese Voraussetzungen im Einzelnen erfüllt seien. Die Parteien hätten nämlich nicht nur ein Konkurrenzverbot vereinbart, das den genannten strengen Regeln unterliege. Vielmehr bestehe daneben auch ein vertragliches Verbot, Arbeitssuchende abzuwerben. Dieses Abwerbeverbot bestehe selbständig neben dem Konkurrenzverbot und es sei für jede Abwerbung eines Temporärmitarbeiters eine Konventionalstrafe geschuldet. Das Abwerbeverbot unterliege zudem nicht den für das Konkurrenzverbot geltenden Voraussetzungen.

2.1.1 Soweit die Beklagte dafür hält, das vorliegend vereinbarte Abwerbeverbot unterstehe nicht den gleichen Voraussetzungen wie ein Konkurrenzverbot, verkennt sie die gesetzliche Regelung. Die schweizerische Wirtschaftsordnung geht vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit aus (Art. 94 Abs. 1 BV). Entsprechend gewährleistet die neue Bundesverfassung auch ausdrücklich die Wirtschaftsfreiheit als Grundrecht (Art. 27 Abs. 1

*BGE 130 III 353 S. 356*

BV) und hält fest, dass diese insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung umfasse (Art. 27 Abs. 2 BV). Nach dem Grundrechtsverständnis der neuen Verfassung richten sich die Grundrechte nicht ausschliesslich gegen den Staat. Vielmehr müssen sie in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen (Art. 35 Abs. 1 BV) und die Behörden einschliesslich der Gerichte haben dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden (Art. 35 Abs. 3 BV; vgl. dazu JÖRG PAUL MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Thüerer/Aubert/-Müller [Hrsg.], Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 39 Rz. 36 ff.).

Es ist nicht zu verkennen, dass gewisse Wettbewerbsbeschränkungen für einen funktionierenden, transparenten und lauterer Markt zwingend sein können. Soweit damit aber die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der einzelnen Marktteilnehmer eingeschränkt wird, ist Zurückhaltung geboten. Diese Überlegungen gelten auch für den Arbeitsmarkt. Als Dauerschuldverhältnis setzt das Arbeitsverhältnis eine Vertrauensbasis zwischen den Parteien voraus. Es liegt auf der Hand, dass ein Arbeitnehmer Einblick in viele Geschäftsgeheimnisse haben kann, deren spätere Verwertung durch einen Konkurrenten grossen Schaden anzurichten geeignet ist. Die Absicherung, dass Know How, das ein Unternehmen mit hohen Kosten aufgebaut hat, nicht einfach ohne jegliche Entschädigung von einem anderen Unternehmen ausgenutzt werden kann, liegt im Interesse eines lauterer und transparenten Marktes. Entsprechend sieht das Arbeitsvertragsrecht eine Vielzahl von Regeln vor, welche die Vertraulichkeit im weiteren Sinne schützen. Weitere Schutznormen finden sich im UWG (SR 241; zur Begründung ausführlich: PETER BOHNY, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Diss. Basel 1988, S. 1 ff.).

Das Arbeitsvertragsrecht bezweckt aber mit seinen zwingenden Bestimmungen auch den Schutz des Arbeitnehmers als schwächere Partei. Weil der Arbeitnehmer in der Regel auf das Erwerbseinkommen und damit auf eine Anstellung für seinen Lebensunterhalt angewiesen ist, sind alle Bindungen und Einschränkung der beruflichen Betätigungsfreiheit, die über das Arbeitsverhältnis hinausgehen, bedenklich. Entsprechend hat der Gesetzgeber solchen Vereinbarungen im Arbeitsvertragsrecht in aller Regel klare Schranken gesetzt. Die ausführlichste Ausgestaltung hat dabei das nachvertragliche Konkurrenzverbot gefunden (Art. 340 ff. OR). Aber auch die nachvertragliche Geheimhaltungspflicht ist positivrechtlich verankert. Der Arbeitnehmer ist nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist (Art. 321a Abs. 4 OR).

*BGE 130 III 353 S. 357*

Es liegt auf der Hand, dass der Gesetzgeber nicht alle denkbaren nachvertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen regeln konnte. Eingang ins Gesetz fanden nur jene Klauseln, die in der Praxis Bedeutung haben. Daraus muss geschlossen werden, dass für ähnliche beschränkende Vereinbarungen wie die im Gesetz vorgesehenen die gleichen Regeln und Voraussetzungen analog gelten müssen wie für die im Gesetz ausdrücklich geregelten, sofern sie überhaupt als zulässig zu betrachten sind (zur analogen Anwendung zwingender Bestimmungen vgl. Geiser, Neue Arbeitsvertragsformen zwischen Legalität und Illegalität, in: Murer [Hrsg.], Neue Erwerbsformen - veraltetes Arbeits- und Sozialversicherungsrecht-, Bern 1996, S. 61 ff.).

Dass ein Abwerbeverbot von Kunden einen Arbeitnehmer in seiner Wirtschaftsfreiheit weniger beschränke als ein Konkurrenzverbot, lässt sich nicht allgemein behaupten (so wohl auch MARKUS FRICK, Abwerbung von Personal und Kunden, Diss. Zürich 2000, S. 84). Ein Konkurrenzverbot kann

so eng gefasst sein, dass es praktisch keine Einschränkung darstellt, während sich andererseits eine Betätigung ohne Abwerbung der Kunden bei einem sehr kleinen Markt als unmöglich und sich ein Abwerbeverbot entsprechend einschneidend erweisen kann. Die in den Art. 340 ff. OR enthaltene Regelung macht die Wirksamkeit und die Rechtsfolgen des eigentlichen Konkurrenzverbots wie auch anderer nachvertraglicher Wettbewerbsbeschränkungen von einem ausgewogenen Interessenausgleich abhängig. Die Regelung verlangt eine Beurteilung der Interessen im Einzelfall und erlaubt damit sehr wohl auch zu berücksichtigen, in welchem Ausmass die konkrete Ausgestaltung der Wettbewerbsbeschränkung die wirtschaftliche Freiheit des Arbeitnehmers tatsächlich beeinträchtigt. Die Regelung bietet damit genügend Raum, dem unterschiedlichen Ausmass der Bindung Rechnung zu tragen. Insofern müssen von vornherein für alle nachvertraglichen Einschränkungen der Betätigungsfreiheit die gleichen Voraussetzungen gelten wie für das nachvertragliche Konkurrenzverbot, sofern diese nicht durch besondere Gesetzesbestimmungen ohnehin unzulässig sind (vgl. z.B. Art. 19 Abs. 5 lit. b und Art. 22 Abs. 2 Arbeitsvermittlungsgesetz AVG; [SR 823.11]).

2.1.2 Die kantonalen Instanzen haben dem Abwerbeverbot keine selbständige Bedeutung beigemessen. Obgleich der Vertragstext dieses neben ein Konkurrenzverbot stellt, handle es sich um das Gleiche. Als Konkurrenzierung sei nicht nur ein Tätigwerden gegenüber potentiellen Einsatzbetrieben zu betrachten, sondern auch ein solches gegenüber potentiellen Arbeitswilligen. Die Beklagte sieht darin eine falsche Auslegung des Vertrages.

*BGE 130 III 353 S. 358*

Ein Unternehmen tritt regelmässig auf mehreren Märkten auf. Auf den einen bietet es seine Produkte und Dienstleistungen an. Auf den andern bezieht es die dafür notwendigen Rohstoffe bzw. Produkte. Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot betrifft nur die anbieterseitige Konkurrenz. Nicht erfasst wird die konkurrierende Nachfrage nach gleichen Gütern zur Weiterverarbeitung (Urteil des Bundesgerichts 4C.338/2001 vom 5. April 2002, E. 4; BECKER, Berner Kommentar, N. 8 zu Art. 356 OR; BOHNY, a.a.O., S. 74; FRITZ PFLÜGER, Das vertragliche Konkurrenzverbot im Dienstvertrag, Diss. Bern 1949, S. 34). Der Begriff des Konkurrenzierens ist im landläufigen Sinn auszulegen (BGE 92 II 22 E. 1d/e). Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass in Art. 340 Abs. 2 OR als Voraussetzung für die Verbindlichkeit eines Konkurrenzverbotes nicht nur der Einblick in den Kundenkreis sondern auch jener in die Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse erwähnt werden. Die Bestimmung regelt nur die Gültigkeitsvoraussetzungen des Konkurrenzverbotes, nicht aber die Frage, welche Märkte für die verbotene Tätigkeit relevant sind. Aus dem Umstand, dass die Art. 340 ff. OR nur die Konkurrenz auf dem Angebotsmarkt nicht aber jene auf dem Nachfragemarkt regeln, ist zu schliessen, dass ein nachvertragliches Konkurrenzverbot für letzteren im Arbeitsvertragsrecht unzulässig ist (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 4C.338/2001 vom 5. April 2002, E. 4b).

*BGE 130 III 353 S. 359*

Beim vorliegenden Abwerbeverbot handelt es sich allerdings nicht um eine Frage des Nachfragemarktes. Die Beklagte bietet die Dienstleistung der Arbeitsvermittlung an. Kunden ihrer Dienstleistung sind nicht nur die Arbeitgeberinnen, die Arbeitskräfte suchen, sondern auch die Arbeitnehmer, die eine Arbeitsstelle wollen. Bei beiden tritt die Beklagte als Vermittlerin auf. Sie bietet damit ihre Dienstleistung auf beiden Märkten an. Die Abwerbung von Temporärarbeitnehmern für die Vermittlung durch den neuen Arbeitgeber fällt somit unter die Konkurrenzierung. Der Kläger tritt damit auf dem gleichen Angebotsmarkt auf, auf dem auch die Beklagte ihre Dienstleistungen anbietet. Es handelt sich insofern nicht bloss um die Abwerbung von Arbeitnehmern der bisherigen Arbeitgeberin (vgl. dazu FRICK,

a.a.O., S. 79 ff.). Die kantonalen Instanzen haben deshalb die selbständige Bedeutung des Abwerbverbots zu Recht verneint.

2.1.3 Die Zulässigkeit und die Wirksamkeit der vereinbarten Wettbewerbsbeschränkung richtet sich somit - wie das Obergericht zu Recht festgestellt hat - nach den Bestimmungen über das Konkurrenzverbot. Dass der Kläger Einsicht in den Kundenkreis hatte, die Verwendung dieser Kenntnisse die Beklagte erheblich schädigen könnte und die Vereinbarung auch die gesetzlichen Formerfordernisse erfüllt, ist unbestritten.

2.2 Der Kläger vertritt die Ansicht, das Konkurrenzverbot sei aufgrund der gegen ihn ausgesprochenen ungerechtfertigten fristlosen Entlassung dahingefallen.

2.2.1 Ein gültig vereinbartes Konkurrenzverbot fällt dahin, wenn die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer kündigt, ohne dass dieser dazu einen begründeten Anlass gegeben hat oder wenn der Arbeitnehmer seinerseits aus einem begründeten, von der Arbeitgeberin zu verantwortenden Anlass das Arbeitsverhältnis auflöst (Art. 340c Abs. 2 OR). Dabei ist der begründete Anlass nicht mit dem wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung zu verwechseln (vgl. BGE 92 II 31 E. 3 S. 35 f.).

Als begründeter Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR fallen nur Gründe in Betracht, die jeweils von der Gegenpartei gesetzt bzw. zu verantworten sind. Als begründeter Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR ist jedes der anderen Partei zuzurechnende Ereignis anzusehen, das bei einer vernünftigen kaufmännischen Erwägung einen erheblichen Anlass zur Kündigung geben kann (REHBINDER, Berner Kommentar, N. 3 zu Art. 340c OR; STAEHELIN, a.a.O., N. 7 f. zu Art. 340c OR; PETER BOHNY, Konkurrenzverbot, in: Geiser/Münch Hrsg.), Stellenwechsel und Entlassung, Basel 1997, Rz. 5.31 und 5.34; vgl. auch STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 5. Aufl., Zürich 1992, N. 7 zu Art. 340c OR; CHRISTOPH NEERACHER, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Diss. Zürich 2000, S. 76). Es ist nicht notwendig, dass es sich um eine eigentliche Vertragsverletzung handelt. Entsprechend fällt das Konkurrenzverbot bei einer Kündigung durch den Arbeitnehmer beispielsweise dahin, wenn diese die Folge einer wesentlich unter dem Marktüblichen liegenden Entlohnung oder einer chronischen Arbeitsüberlastung trotz Abmahnung ist oder wegen steter Vorwürfe oder eines generell schlechten Betriebsklimas erfolgt (vgl. REHBINDER, a.a.O., N. 4 zu Art. 340c OR; NEERACHER, a.a.O., S. 72 ff.; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 5 f. zu Art. 340c OR; vgl. auch BGE 110 II 172 E. 2b).

*BGE 130 III 353 S. 360*

Dabei ist gleichgültig, ob es sich um eine ordentliche oder eine fristlose Kündigung handelt. Erweist sich eine fristlose Kündigung der Arbeitgeberin als gerechtfertigt, so wird in aller Regel ein begründeter Anlass im Sinne des Gesetzes vorliegen, so dass das Konkurrenzverbot bestehen bleibt. Erweist sich demgegenüber die fristlose Entlassung als nicht gerechtfertigt, kann daraus noch nicht geschlossen werden, dass kein begründeter Anlass vorlag. Es ist sehr wohl möglich, dass der zur Kündigung führende Vorfall zwar nicht als so gravierend angesehen werden kann, dass er die fristlose Entlassung rechtfertigt, indessen bei vernünftiger kaufmännischer Erwägung einen erheblichen Anlass zur Kündigung gibt (vgl. BGE 92 II 31 E. 3 S. 35 f.).

2.2.2 Eine Besonderheit des vorliegenden Falles liegt darin, dass die fristlose Entlassung von der Arbeitgeberin ausgesprochen worden ist, nachdem der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis bereits or-



dentlich gekündigt hatte. Es stellt sich daher die Frage, welche Kündigung für die Frage massgeblich ist, ob das Konkurrenzverbot dahin gefallen ist oder nicht.

Grundsätzlich kann es nur darauf ankommen, aus welchem Grund das Arbeitsverhältnis beendet worden ist. Das nachvertragliche Konkurrenzverbot rechtfertigt sich nur, wenn die Arbeitgeberin bei einem korrekten Verhalten des Arbeitnehmers bereit gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen bzw. wenn nicht die Arbeitgeberin die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne begründeten Anlass verursacht hat. Es ist deshalb auf den tatsächlichen Beendigungsgrund abzustellen (anders wohl STAHELIN, a.a.O., N. 20 zu Art. 340c OR). Hat ein Arbeitnehmer ohne begründeten Anlass gekündigt, so kann das Konkurrenzverbot dennoch nachträglich dahinfallen, wenn das Arbeitsverhältnis vor Ablauf der Kündigungsfrist aus einem anderen Grund beendet wird, sei es, dass die Arbeitgeberin ohne jeglichen Grund eine fristlose Entlassung ausspricht oder dass der Arbeitnehmer wegen des Verhaltens der Arbeitgeberin während der Kündigungsfrist gerechtfertigt das Arbeitsverhältnis vorzeitig beendet. Die ordentliche Kündigung kann nicht bewirken, dass das Verhalten der Parteien während der Kündigungsfrist für die Frage des Bestands des Konkurrenzverbots ohne jede Bedeutung wird.

### 2.2.3

*BGE 130 III 353 S. 361*

Vorliegend hat die von der Arbeitgeberin am 11. September 2001 ausgesprochene fristlose Entlassung das Arbeitsverhältnis beendet. Massgebend sind somit die Gründe, die zur fristlosen Entlassung geführt haben. Dabei ist von den grundsätzlich verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz auszugehen. Soweit sich die Parteien auf weitere Sachverhaltselemente berufen, ohne sich auf eine Ausnahme nach Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG zu berufen, sind sie damit nicht zu hören (BGE 127 III 248 E. 2c; BGE 125 III 193 E. 1e S. 205; BGE 115 II 484 E. 2a).

Die Vorinstanz ist auf die Gründe, die zur fristlosen Entlassung geführt haben, nicht weiter eingegangen, weil sie diese im vorliegenden Zusammenhang - fälschlicherweise - als unbeachtlich angesehen hat. Aus dem vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt ergibt sich aber, dass der Kläger erst ordentlich kündigte, als er eine neue Stelle gefunden hatte. Ferner habe nicht irgendwelches Fehlverhalten der Arbeitgeberin den Kläger zur Kündigung veranlasst, sondern der schlichte Umstand, eine bessere Stelle gefunden zu haben. Mit Blick auf den Wirkungskreis der neuen Arbeitgeberin war auch klar, dass der Kläger mit der neuen Anstellung das vereinbarte Konkurrenzverbot verletzen werde. Dies und vom Kläger im Betrieb der Beklagten unternommene Machenschaften zur Vorbereitung der späteren Tätigkeit im Konkurrenzunternehmen, waren nach Darstellung der Beklagten denn auch der Grund für die fristlose Entlassung. Dass sich daraus ohne vorherige Abmahnung kaum ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR ergibt, liegt auf der Hand (vgl. BGE 129 III 380 E. 2.1 mit Hinweisen), braucht aber vorliegend mangels Entscheiderheblichkeit nicht endgültig geklärt zu werden. Ausschlaggebend ist einzig, dass solche Vorbereitungen als begründeter Anlass zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR genügen. Stellt die Arbeitgeberin fest, dass ein Arbeitnehmer trotz vertraglichen Konkurrenzverbotes den Übertritt in ein Konkurrenzunternehmen vorbereitet, braucht sie nicht zuzuwarten, bis der Arbeitnehmer die Stelle kündigt. Sie hat vielmehr einen begründeten Anlass, ihrerseits das Arbeitsverhältnis zu beenden, gegebenenfalls unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist.

Das Obergericht ist somit im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass die Art der Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Konkurrenzverbot nicht hat wegfallen lassen.

---

## Serviceteil: Literatur + Weblinks

Auswahl, ohne Anspruch auf Vollständigkeit

### Kommentarreihen

- |  |   |
|--|---|
| Portmann<br>Wolfgang                         | Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht,<br>Obligationenrecht I,<br>5.A. 2011, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel<br><br>nicht online publiziert  |
| Rehbinder<br>Manfred                         | Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/2/2/2, Art. 331 -<br>355 OR, 1992, Stämpfli Verlag AG, Bern<br><br>online unter <a href="http://www.arbeitsrecht.recht.ch">www.arbeitsrecht.recht.ch</a> abrufbar (kostenpflichtig) |
| Rehbinder<br>Manfred / Stöckli<br>Jean-Fritz | Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Der<br>Arbeitsvertrag, Art. 331 -355 OR und Art. 361 - 362. OR, 2014,<br>Stämpfli Verlag AG, Bern<br><br>nicht online publiziert (Stand Mai 2015)                       |
| Stahelin Adrian                              | Zürcher Kommentar, Bd. V/2c, Art. 319 - 362 OR , 3.A. 1996,<br>Schulthess Verlag, Zürich<br><br>online unter <a href="http://www.swisslex.ch">www.swisslex.ch</a> abrufbar (kostenpflichtig)  |
| Stahelin Adrian                              | Zürcher Kommentar, Bd. V/2c, Art. 330b - 355 OR , 4.A. 2014,<br>Schulthess Verlag, Zürich<br><br>online unter <a href="http://www.swisslex.ch">www.swisslex.ch</a> abrufbar (kostenpflichtig)   |

### Praxiskommentare

- |   |   |
|---|---|
| Streiff Ullin /<br>von Kaenel Adrian /<br>Rudolph Roger | Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 - 362 OR, 7.A. 2012,<br>Schulthess Verlag, Zürich<br><br>online unter <a href="http://www.swisslex.ch">www.swisslex.ch</a> abrufbar (kostenpflichtig)<br>ab März 2013 mit (kostenpflichtigem) Update-Service:<br><a href="http://www.schulthess.com/arbeitsrecht">www.schulthess.com/arbeitsrecht</a> |
| Subilia Olivier /<br>Duc Jean-Louis                     | Droit du Travail, Élément de droit suisse, 2010, Éditions Bis & Ter Snc;<br>Lausanne  |

### Dissertationen / Masterarbeit

- |                        |   |
|------------------------|---|
| Cotti Lukas            | Das vertragliche Konkurrenzverbot, Dissertation, 2001,<br>Universitätsverlag Freiburg, Freiburg<br><br>online unter <a href="http://www.swisslex.ch">www.swisslex.ch</a> abrufbar (kostenpflichtig) |
| Neeracher<br>Christoph | Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Dissertation, 2001,<br>Stämpfli Verlag AG, Bern   |
| Bohny Peter            | Bohny Peter, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Schweizer<br>Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 123, Dissertation,   |

1989, Verlag Schulthess, Zürich (vergriffen)

Baumberger Michael Durchsetzbarkeit eines nachvertraglichen Konkurrenzverbotes nach OR 340 ff. in der Praxis, Masterarbeit Bern, 2011, mit tabellarischer Übersicht über 146 Urteile im Anhang 3  
[www.faa.unisg.ch](http://www.faa.unisg.ch), dort <Bachelor- und Masterarbeiten>

## Aufsätze

Rudolph Roger Die Realexekution von arbeitsrechtlichen Konkurrenzverboten, 2003, Arbeitsrecht/Droit du Travail, ARV/DTA, 2003, S. 1, sowie  
[Treuhandexperte \(TREX\) 6/03, S. 323 ff](#)

Rudolph Roger Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, 2010,  
[Treuhandexperte \(TREX\) 2/10](#)

Schindler Niels / Roustas Sara La clause de non-concurrence en droit du travail, Anwaltsrevue 4/2010, S. 178ff, [Direktlink für SAV-Mitglieder](#)

## Grundrisse / Ratgeber

Geiser Thomas / Müller Roland Arbeitsrecht in der Schweiz, 2.A. 2012, Stämpfli Verlag AG, Bern, § 2 Teil O., Rz. 703 - 729, S. 262 ff

Schürer Hans Ueli Arbeit und Recht, 11.A. 2011, Verlag SKV, Zürich, Teil 12, S. 211 - 219

## Weblinks

[www.konkurrenzverbot.info](http://www.konkurrenzverbot.info) Sammlung von Entscheiden, Literaturangaben und Gesetzen  
Autor: Vischer AG

[www.linkliste-arbeitsrecht.ch](http://www.linkliste-arbeitsrecht.ch) allgemeine Links zu Gesetzen, Fundstellen, Praxis etc. dort insbesondere unter den Themen  
Autor: Georges Chanson  
– [Gesetzgebung / Rechtsetzung](#)  
– [Rechtsprechung](#)  
– [Datenbanken / Linklisten / Suchmaschinen](#)

[www.konkurrenzverbot.ch](http://www.konkurrenzverbot.ch) Darstellung des Themas, mit Checklisten + Musterklauseln  
Autor/Herausgeber:  
Bürgi Nägeli Rechtsanwälte

## Materialien

OR-Gesamtrevision Arbeitsvertrag 1972

- Botschaft (BBI 1967 II 241): <http://links.weblaw.ch/BBI-1967-II-241>
- Referendumsvorlage (BBI 1971 I 1421): <http://links.weblaw.ch/BBI-1971-I-1421>
- Sammeldatei (Botschaft + Referendumsvorlage):  
[www.doku.arbeitsrechtler.ch/Materialien\\_Arbeitsvertrag\\_iK\\_01.1972.pdf](http://www.doku.arbeitsrechtler.ch/Materialien_Arbeitsvertrag_iK_01.1972.pdf)

---

## Serviceteil: Muster

### Vertragsklausel

Eine durchaus taugliche Vertragsklausel stellt die Abrede dar, die in [BGE 130 III 353](#) beurteilt worden ist<sup>106</sup>. Mit Vorsicht zu verwenden ist lediglich die Abwerbungsklausel, soweit sie sich auf Arbeitnehmende bezieht. Dieses vom Bundesgericht beurteilte Konkurrenzverbot stammt aus dem Arbeitsvertrag einer Arbeitsvermittlungs- und Verleihfirma, die unter anderem Temporärarbeitnehmende beschäftigte, welche das Bundesgericht ebenfalls zu den Kunden des Unternehmens zählte<sup>107</sup>, was nicht unproblematisch ist und zu wenig klar zwischen Arbeitsvermittlung und Arbeitsverleih, d.h. Temporärarbeit, differenziert. Mit einem Konkurrenzverbot kann die Abwerbung von anderen Mitarbeitenden, die mit dem durch das Verbot belasteten Arbeitnehmenden zusammenarbeiten, nicht verhindert werden.

Musterklauseln sind auch im Anhang 1 der [Masterarbeit von Michael Baumberger](#)<sup>108</sup> zu finden.

Ebenso stellt Roger Rudolph in seinem [Aufsatz in Trex 2010](#)<sup>109</sup> eine Musterklausel bereit.

---

106 → Serviceteil: Entscheide S. 44

107 in E. 2.1.2, auf S. 359 des publizierten Entscheids

108 → Serviceteil: Literatur + Weblinks, dort Dissertationen / Masterarbeit, vorstehend S. 51

109 → Serviceteil: Literatur + Weblinks, dort Aufsätze, vorstehend S. 51

---

## Serviceteil: Ausgewählte Fundstellen

Dieser Abschnitt enthält – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – ausgewählte Fundstellen, namentlich Bezüge zur neuesten Auflage des Praxiskommentars Streiff / von Kaenel / Rudolph, und<sup>110</sup> Kurzbeschreibungen zu verschiedenen, meist neueren Urteilen, vorwiegend solche des Schweizerischen Bundesgerichts<sup>111</sup>.

### Einstieg

#### Begriffe

#### Literatur

- Streiff / von Kaenel / Rudolph<sup>112</sup>
  - N 2 zu Art. 340: *Konkurrenzverbote ausserhalb von Arbeitsverhältnissen*
  - N 5 zu Art. 340: *gesetzliche Konkurrenzverbote*
  - N 7 zu Art. 340: *Konkurrenzierung, Konkurrenzverbot im Konzern*
  - N 13 zu Art. 340: *Konkurrenzierung*
  - N 17 zu Art. 340: *Personalverleih, AVG*
  - N 18 zu Art. 340: *Verhältnis zu Geheimhaltungspflichten*
  - N 20 zu Art. 340: *Konkurrenzverbot + Probezeit*
  - N 10 zu Art. 340a: *Beginn der Verbotszeit*

#### Entscheide

- [BGer 4A 340/2011](#) vom 13.09.2011, E. 4.3 + 4.4<sup>113</sup>:  
*Konkurrenzverbot in einem "Partnervertrag" von Aktionären, Beurteilung nach den Schranken von [Art. 19 OR](#) + [Art. 27 ZGB](#), auch keine analoge Anwendung der Vorschriften von [Art. 340 ff OR](#).*
- [BGE 130 III 353](#) = [BGer 4C.276/2003](#) vom 20.02.2004, E. 2.1, S. 355<sup>114</sup>:  
*Konkurrenzverbot eines Personalberaters. Bedeutung eines mit dem Konkurrenzverbot vereinbarten Abwerbeverbots und Anwendung der Art. 340 ff OR auch auf dieses Verbot.*

## Rechtsgrundlagen

### Obligationenrecht

#### Literatur

- Streiff / von Kaenel / Rudolph<sup>115</sup>
  - N 22 zu Art. 340: *abschliessender Charakter der Regelung*
  - N 24 zu Art. 340: *zwingender Charakter von Art. 340*

---

110 chronologisch absteigend

111 wobei die amtlich publizierten mit "BGE" (Band, Teil, Seite) und die vollständig im Internet publizierten sog. Urteile ab 2000 mit "BGer" der Prozessnummer und dem Datum zitiert werden

112 → vorstehend S. 50

113 siehe den gleichen Entscheid nachstehend unter "Vereinbarte Sanktion: Konventionalstrafe", S. 59

114 → vorstehend S. 45

115 → vorstehend S. 50

- N 12 zu Art. 340a: *zwingender Charakter von Art. 340a*
- N 11 zu Art. 340b: *zwingender Charakter von Art. 340b*
- N 11 zu Art. 340c: *zwingender Charakter von Art. 340c*

## Gültigkeitsvoraussetzungen

### Formelle Voraussetzungen

#### Literatur

- Streiff / von Kaenel / Rudolph<sup>116</sup>
  - N 4 zu Art. 340: *Handlungsfähigkeit*
  - N 5 + 6 zu Art. 340: *Schriftform*

#### Entscheide

- Kantonsgericht GR, II. Zivilkammer, [ZK2 09 3](#), vom 17.08.2009 + [ZK2 09 8](#) (PKG 2010 S. 33) vom 18.08.2009:  
*Konkurrenzverbot für Verkaufsverantwortlichen bzw. Regionalvertreter, wahrscheinlich bei der gleichen Arbeitgeberin beschäftigt, da weitgehend identische Erwägungen und gleiche Rechtsvertreter. Konkurrenzverbot in einem (dem Gericht nicht vorgelegten) Haus-GAV enthalten. Gültigkeit der Konkurrenzverbote verneint, weil beide Verträge nur auf diesen Haus-GAV verwiesen und keinen Hinweis auf Konkurrenzverbot enthielten. GAV kann nicht direkt ein Konkurrenzverbot begründen, da er nach [Art. 358 OR](#) die zwingenden Bestimmungen und damit die Formvorschrift von [Art. 340 Abs. 1 OR](#) zu beachten hat. Geltendmachung auf Formungültigkeit war nicht rechtsmissbräuchlich.*

### Einblick in den Kundenkreis

#### Literatur

- Streiff / von Kaenel / Rudolph<sup>117</sup>
  - N 9 zu Art. 340: *Einblick in den Kundenkreis*
  - N 10 zu Art. 340: *Persönliche Eigenschaften*
  - N 11 zu Art. 340: *freie Berufe*

#### Entscheide

- [BGE 138 III 67](#) = [BGer 4A 489/2011](#), 4A\_491/2011 vom 10.01.2012, französisch, in der Praxis noch nicht übersetzt, kurz besprochen von David Vasella auf [www.swissblawg.ch](http://www.swissblawg.ch):  
*Ungültigkeit eines Konkurrenzverbots für Management-Trainer wegen überwiegender persönlicher Bindung an Kunden.*
- Kantonsgericht GR, II. Zivilkammer, [ZK2 09 77](#), vom 21.09.2010<sup>118</sup>:  
*Anwendungsfall eines Konkurrenzverbots eines Verkaufsberaters im Aussendienst mit Einblick in den Kundenkreis.*
- [BGer 4A 209/2008](#) vom 31.07.2008<sup>119</sup>:  
*Konkurrenzverbot für Buchhaltungsexperte, Treuhänder und Revisoren zulässig, da nicht zu den freien Berufen gezählt.*

---

116 → vorstehend S. 50

117 → vorstehend S. 50

118 siehe den gleichen Entscheid nachstehend unter "Örtliche und zeitliche Begrenzung", S. 58

- 
- [BGer 4C.100/2006](#) vom 13.07.2007:  
*Ungültiges Konkurrenzverbot einer Zürcher Zahnärztin. Bestätigt, dass Prüfung nicht generell für den Beruf, sondern auf den Einzelfall hin erfolgt.*

## **Einblick in Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse**

### **Literatur**

- Streiff / von Kaenel / Rudolph<sup>120</sup>
  - N 12 zu Art. 340: *Einblick in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse*

### **Entscheide**

- [BGer 4A 283/2010](#) vom 11.08.2010, E. 2.7:  
*Konkurrenzverbot für den Geschäftsführer einer Taxiunternehmung verneint. Die Höhe bezahlter Löhne ist kein Geschäftsgeheimnis.*
- [BGer 4A 31/2010](#) vom 16.03.2010, E. 2, französisch:  
*Konkurrenzverbot für Entwicklungszeichner (dessinateur-prototypiste) mangels Geschäftsgeheimnissen verneint. Abläufe und Prozesse, die auch in Konkurrenzunternehmen bekannt sind, stellen keine Geheimnisse dar.*
- [BGer 4A 417/2008](#) vom 03.12.2008, E. 4, französisch,  
Vorinstanz: Ile Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, [CC.2005.26](#) vom 11.08.2008, französisch:  
*Konkurrenzverbot für Uhrmacher (horloger rhabilleur) mangels Geschäftsgeheimnissen verneint. Die Kenntnisse, die in allen Unternehmen der gleichen Branche erworben werden können, gehören zur beruflichen Erfahrung des Arbeitnehmers und sind keine Geheimnisse.*

## **Schädigungspotential**

### **Literatur**

- Streiff / von Kaenel / Rudolph<sup>121</sup>
  - N 14 - 16 zu Art. 340:  
*Gelegenheit, Einblick zu verwenden; erhebliches Schädigungspotential, Zeitpunkt*

## **Wegfall des Konkurrenzverbots**

## **Wegfall des Arbeitgeber-Interesses**

### **Literatur**

- Streiff / von Kaenel / Rudolph<sup>122</sup>
  - N 2 zu Art. 340c: *Wegfall mangels Arbeitgeberinteresse*

---

119 → Serviceteil: Entscheide, vorstehend S. 40

120 → vorstehend S. 50

121 → vorstehend S. 50

122 → vorstehend S. 50

---

## Wegfall durch Kündigung

### Literatur

- Streiff / von Kaenel / Rudolph<sup>123</sup>
  - N 3 + 4 zu Art. 340c: *Wegfall bei Arbeitgeber-Kündigung*
  - N 5 + 6 zu Art. 340c: *Wegfall bei Arbeitnehmer-Kündigung, mit reicher Kasuistik (N6)*
  - N 7 zu Art. 340c: *Kündigung aus objektiven Gründen*
  - N 9 zu Art. 340c: *Berücksichtigung der Pflicht, Kündigung zu begründen*

### Endscheide

- [BGer 4A\\_33/2011](#) vom 21.03.2011, französisch<sup>124</sup>:  
*Konkurrenzverbot eines "Business Development Manager". Arbeitgeber-Kündigung mangels Erfüllung seiner Aufgaben gerechtfertigt. Würdigung von Zeugenaussagen dazu durch das Bundesgericht. Überdies Verletzung der Treuepflicht durch gewisse (nicht näher umschriebene) Vorbereitungen der Tätigkeit bei der Konkurrenz noch während des Arbeitsverhältnisses, was für sich ein begründeter Anlass zur Kündigung sei.*
- BGer 4A\_558/2009 vom 05.03.2010, E. 6, französisch:  
*Fristlose Entlassung eines Leiters einer Treuhandgesellschaft gerechtfertigt. Wegfall des Konkurrenzverbots nach [Art. 340c Abs. 2 OR](#) verneint.*
- [BGer 4A\\_126/2009](#) vom 12.06.2009<sup>125</sup>, E. 4, französisch,  
besprochen von Georges Chanson, ARVonline 2009 Nr. 413,  
[www.praxis.arbeitsrechtler.ch](http://www.praxis.arbeitsrechtler.ch):  
*Konkurrenzverbot für eine Personalvermittlerin (Filialleiterin). Wegfall wegen begründeter Arbeitnehmer-Kündigung verneint. Gründe nicht genügend gewichtig und vorgeschoben.*
- [BGer 4A\\_209/2008](#) vom 31.07.2008<sup>126</sup>:  
*Konkurrenzverbot für Buchhaltungsexperte. Bei einer – aufgrund der Umstände konkret bejahten – einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommt [Art. 340c Abs. 2 OR](#) nicht zum Tragen*
- [BGer 4A\\_25/2007](#) vom 25.05.2007<sup>127</sup>, E. 5, französisch:  
*Konkurrenzverbot für Entwickler/Computer-Techniker. Arbeitgeber-Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen bewirkt Wegfall des Konkurrenzverbots.*
- [BGer 4C.13/2007](#) vom 26.04.2007, E. 4, französisch:  
*Konkurrenzverbot eines Vertreters für Lebensmittel. Tragen beide Parteien die Verantwortung für die Kündigung, fällt das Konkurrenzverbot nicht dahin. Konkret Arbeitnehmer-Kündigung aus begründetem Anlass bejaht.*
- [BGE 130 III 353](#) = [BGer 4C.276/2003](#) vom 20.02.2004, E. 2.12, S. 355<sup>128</sup>:  
*Konkurrenzverbot eines Personalberaters. Nach Arbeitnehmer-Kündigung fristlose Arbeit-*

---

123 → vorstehend S. 50

124 siehe den gleichen Entscheid nachstehend unter "Vereinbarte Sanktion: Konventionalstrafe", S. 58

125 siehe den gleichen Entscheid nachstehend unter "Vereinbarte Sanktion: Konventionalstrafe", S. 58

126 → Serviceteil: Entscheide, vorstehend S. 40

127 siehe den gleichen Entscheid nachstehend unter "Durchsetzung von Sanktionen", S. 60

128 → vorstehend S. 45



---

*geber-Kündigung. Beendigung durch letztere. Massgebend sind die Gründe dafür. Begründeter Anlass bejaht.*

## **Verzicht des Arbeitgebers**

### **Literatur**

- Streiff / von Kaenel / Rudolph<sup>129</sup>
  - N 8 zu Art. 340c: *Dahinfallen aus anderen Gründen, Aufhebungsvertrag, Verzicht*

### **Entscheide**

- [BGer 4A 581/2008](#) vom 19.05.2009:  
*Konkurrenzverbot eines Personalberaters. Konkludente Aufhebung durch einen Vertragsnachtrag, in dem das Verbot nicht mehr genannt war. Willkürfreie subjektive Vertragsauslegung durch die Vorinstanz.*

## **Sonderfall Betriebsübergang**

### **Literatur**

- Streiff / von Kaenel / Rudolph<sup>130</sup>
  - N 21 zu Art. 340: *Betriebsübergang*
  - N 10 zu Art. 340c: *Betriebsübergang*

### **Entscheide**

- [BGE 134 III 102](#) = [BGer 4A 48/2007](#) vom 23.10.2007 = Pra 97/2008 Nr. 30:  
*Swissair-Fall: Art. 333 OR gelangt nur zur Anwendung, wenn das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Betriebsübernahme noch bestanden hat; auf Vereinbarungen im Zusammenhang mit Frühpensionierungen, die das Arbeitsverhältnis vor der Betriebsübernahme effektiv beendet haben, ist Art. 333 OR demnach nicht anwendbar.*

## **Beschränkungen des Konkurrenzverbots**

### **Grundsatz**

#### **Literatur**

- Streiff / von Kaenel / Rudolph<sup>131</sup>
  - N 5 zu Art. 340a: *Herabsetzung des Verbots*
  - N 7 zu Art. 340a: *keine Ungültigkeit bei fehlenden Schranken*
  - N 9 zu Art. 340a: *bei Austritt eingegangene Konkurrenzverbote*
  - N 11 zu Art. 340a: *Auslegung von Konkurrenzverboten*

---

129 → vorstehend S. 50

130 → vorstehend S. 50

131 → vorstehend S. 50

---

## Örtliche und zeitliche Begrenzung

### Literatur

- Streiff / von Kaenel / Rudolph<sup>132</sup>
  - N 2 zu Art. 340a: *Begrenzung nach Ort*
  - N 3 zu Art. 340a: *Begrenzung nach Zeit*

### Entscheide

- [BGer 4A 62/2011](#) vom 20.05.2011:  
*Konkurrenzverbot eines Verkaufssachbearbeiters mit 50%-Aussendienst-Aufgaben u.a. in der Bauindustrie. Beurteilung einer zeitlichen Beschränkung nach [Art. 340a OR](#), konkret auf 6 Monate.*
- [BGer 4A 340/2011](#) vom 13.09.2011, E. 6<sup>133</sup>:  
*Konkurrenzverbot in einem "Partnervertrag" von Aktionären, Herabsetzung von einem Jahresumsatz auf ein Jahresnettoeinkommen von CHF 264'000 bestätigt.*
- Kantonsgericht GR, II. Zivilkammer, [ZK2 09 77](#), vom 21.09.2010<sup>134</sup>:  
*Anwendungsfall eines Konkurrenzverbots eines Verkaufsberaters im Aussendienst. Beurteilung der örtlichen Ausdehnung.*

## Sachliche Beschränkung

### Literatur

- Streiff / von Kaenel / Rudolph<sup>135</sup>
  - N 4 zu Art. 340a: *Begrenzung nach Gegenstand*

## Verletzung des Konkurrenzverbots und Folgen

### Grundsanktion: Schadenersatz

#### Literatur

- Streiff / von Kaenel / Rudolph<sup>136</sup>
  - N 2 zu Art. 340b: *Hauptsanktion = Schadenersatz*
  - N 3 zu Art. 340b: *Beweislast*

### Vereinbarte Sanktion: Konventionalstrafe

#### Literatur

- Streiff / von Kaenel / Rudolph<sup>137</sup>
  - N 4 zu Art. 340b: *Sicherung durch Konventionalstrafe*
  - N 8 zu Art. 340a: *Herabsetzung Konventionalstrafe bei Verbotsherabsetzung*

---

132 → vorstehend S. 50

133 siehe den gleichen Entscheid vorstehend unter "Begriffe", S. 53

134 siehe den gleichen Entscheid vorstehend unter "Einblick in den Kundenkreis", S. 54

135 → vorstehend S. 50

136 → vorstehend S. 50

137 → vorstehend S. 50

- N 5 + 6 zu Art. 340b: *Herabsetzung Konventionalstrafe, mit reicher Kasuistik (N6)*
- N 7 zu Art. 340b: *Befreiung durch Zahlung der Konventionalstrafe*

### Entscheide

- [BGer 4A 107/2011](#) vom 25.08.2011:  
*Herabsetzung der Konventionalstrafe von CHF 100'000 (= Umsatz von ca. 3 Monaten = 8 Monatslöhne) für Unternehmensberater in Personalfragen verweigert.*
- [BGer 4A 33/2011](#) vom 21.03.2011, französisch<sup>138</sup>:  
*Konkurrenzverbot eines "Business Development Manager" mit Jahressalär von CHF 120'000. Herabsetzung der vom Tribunal de prud'hommes GE festgesetzten Konventionalstrafe von CHF 100'000 auf CHF 40'000 (vor Bundesgericht nicht mehr streitig)*
- [BGer 4A 126/2009](#) vom 12.06.2009<sup>139</sup>, E. 5, französisch,  
besprochen von Georges Chanson in ARVonline 2009 Nr. 413,  
[www.praxis.arbeitsrechtler.ch](http://www.praxis.arbeitsrechtler.ch):  
*Konventionalstrafe für eine Personalvermittlerin (Filialleiterin) von 6 Monatslöhnen für die Verletzung eines Konkurrenzverbots bestätigt. Im Rechtsöffnungsverfahren durchgesetzt.*
- [BGE 133 III 201](#) = [4C.374/2006](#) vom 15.03.2007 = Pra 96/2007 Nr. 126:  
*Herabsetzung einer bereits geleisteten Konventionalstrafe in einem Kaufvertrag. Herabsetzungsprinzipien.*
- [BGE 133 III 43](#) = [BGer 4C.172/2006](#) vom 30.10.2006:  
*Herabsetzung einer bereits geleisteten Konventionalstrafe (Angeld) in einem Kaufrechtsvertrag. Herabsetzungsprinzipien.*

### Härteste Sanktion: Arbeitsverbot

#### Literatur

- Streiff / von Kaenel / Rudolph<sup>140</sup>
  - N 8 zu Art. 340b: *Realerfüllung*
  - N 9 zu Art. 340b: *Prozessuale Durchsetzung der Realerfüllung*
- Rudolph, [Aufsatz 2003](#)<sup>141</sup>:  
*Grundlagen der Realexekution*

### Entscheide

- [BGer 4A 586/2010](#) vom 16.12.2010:  
*Beispiel für die Anordnung einer Realexekution bei einem Personalberater. Wiedergabe des Verbots und Befehls des Obergerichts Zug (als Beispiel für die Rechtsbegehren) im Sachverhalt, Teil B. Nichteintreten des Bundesgerichts mangels zulässiger Rügen bzw. mangels Erfüllen der Begründungsanforderungen.*
- Arbeitsgericht Zürich (AG090020) vom 01.12.2009<sup>142</sup>, in Entscheidungen des Arbeitsgerichts Zürich 2009 Nr. 21 = JAR 2010 S. 679:  
*Anforderungen an eine Realexekution ([Art. 340b Abs. 3 OR](#)). Berechnung des Streitwerts.*

---

138 siehe den gleichen Entscheid vorstehend unter "Wegfall durch Kündigung", S. 56

139 siehe den gleichen Entscheid vorstehend unter "Wegfall durch Kündigung", S. 56

140 → vorstehend S. 50

141 → Serviceteil: Literatur + Weblinks, dort Aufsätze, vorstehend S. 51

- 
- [BGer 4P.234/2006](#) vom 20.11.2006:  
*Staatsrechtliche Beschwerde einer Sales Representative, der superprovisorisch verboten wurde, für ihre neue Arbeitgeberin tätig zu sein. Prüfung von Verfahrensfragen und der Voraussetzungen der Realexekution. Nichtanwendung von [Art. 333 OR](#) auf eine geplante Fusion. Die Arbeitgeberin hatte eine Kautions von CHF 140'000 zu leisten. Der Lohn ist nicht bekannt.*
  - [BGE 131 III 473](#) = [BGer 4P.293/2004](#) vom 05.05.2005, französisch = Pra 95/2006 Nr. 32:  
*Prüfung, ob Hauptbegehren aufgrund der glaubhaft gemachten Tatsachen relativ klar als begründet erscheint, wenn Realexekution im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme verlangt wird. Fall eines vom Bundesgericht aufgehobenen Arbeitsverbots einer Personalberaterin.*

## Durchsetzung von Sanktionen

### Literatur

- Streiff / von Kaenel / Rudolph<sup>143</sup>
  - N 14 zu Art. 340: *Beweislastverteilung*
  - N 3 zu Art. 340b: *Beweislast*
  - N 9 zu Art. 340b: *prozessuale Durchsetzung der Realerfüllung*
- Rudolph, Aufsatz 2003<sup>144</sup>, Teil C, S. 327 - 330 in der [Trex-Fassung](#):  
*Ausgewählte prozessuale Fragen zur Durchsetzung der Realexekution*
- Baumberger<sup>145</sup> gesamte [Masterarbeit](#), speziell die Tabelle im Anhang 3:  
*umfassende Behandlung der Durchsetzung*
- Sutter-Somm Thomas / Klingler Rafael, ZPO Kommentar, 2010, Verlag Schulthess, Zürich, N 24 zu Art. 13:  
*für eine blosser Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen am Ort der Hauptsache, da es keinen eigentlichen Vollstreckungsort gebe.*

### Entscheide

- Arbeitsgericht Zürich (AG090020) vom 01.12.2009<sup>146</sup>, in Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2009 Nr. 21 = JAR 2010 S. 679:  
*Anforderungen an eine Realexekution ([Art. 340b Abs. 3 OR](#)). Berechnung des Streitwerts.*
- [BGer 4A 25/2007](#) vom 25.05.2007<sup>147</sup>, französisch:  
*Konkurrenzverbot für Entwickler/Computer-Techniker. Schadenersatz zugunsten Arbeitnehmer im Umfang von 1/3 der Differenz zwischen hypothetischem Lohn und Arbeitslosenentschädigung wegen Beharren des Arbeitgebenden auf der Einhaltung des Konkurrenzverbots mit entsprechendem Vermerk im (erst durch das Gericht korrigierten) Arbeitszeugnis.*

---

142 siehe den gleichen Entscheid nachstehend unter "Durchsetzung von Sanktionen", S. 60

143 → vorstehend S. 50

144 → Serviceteil: Literatur + Weblinks, dort Aufsätze, vorstehend S. 51

145 → Serviceteil: Literatur + Weblinks, dort Dissertationen / Masterarbeit, vorstehend S. 51

146 siehe den gleichen Entscheid vorstehend unter "Härteste Sanktion: Arbeitsverbot", S. 59

147 siehe den gleichen Entscheid vorstehend unter "Wegfall durch Kündigung", S. 56

- 
- Arbeitsgericht Zürich vom 08.01.1997, in Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 1997 + 1998 Nr. 34 = ZR 99/2000 Nr. 100:  
*Streitwertberechnung bei Durchsetzung eines Konkurrenzverbotes (Realexekution).*

## Feststellungsklagen

### Literatur

- Streiff / von Kaenel / Rudolph<sup>148</sup>
  - N 10 zu Art. 340b: *Feststellungsklage*

### Entscheide

- [BGE 135 III 378](#) = [BGer 4A 548/2008](#) vom 11.03.2009 = Pra 98/2009 Nr. 138:  
*Feststellungsklage bei einer Pfandsache. Feststellungsinteresse.*

## Gewinnherausgabe

### Literatur

- Cotti<sup>149</sup>, § 8, Teil E: Gewinnherausgabe nach Art. 423 Abs. 1 OR, S. 225 - 249
- Schmid Jörg, Zürcher Kommentar zum Zivilrecht, Teilband V/3a, Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419 - 424 OR, 1993, N 82 zu Art. 423:  
*Beurteilung der rechtlichen Situation zu [Art. 423 OR](#) bei Missachtung arbeitsvertraglicher Konkurrenzverbote*

### Entscheide

- [BGE 137 III 607](#) = [BGer 4A 345/2011](#) vom 28.11.2011:  
*Gewinnherausgabe von Prokurist aufgrund [Art. 464 Abs. 2 OR](#) bestätigt, Rechtslage bei nicht als Prokuristen/Handlungsbevollmächtigte im Handelsregister eingetragenen Arbeitnehmenden offen gelassen.*
- [Kantonsgericht SG BZ.2010.53](#) vom 28.04.2011:  
*Im Verfahren BGE 137 III 607 angefochtener Entscheid. Würdigung der Praxis zu [Art. 321b Abs. 2 OR](#) kombiniert mit [Art. 423 OR](#).*

## Karenzentschädigung

### Literatur

- Streiff / von Kaenel / Rudolph<sup>150</sup>
  - N 19 zu Art. 340: *strengere Praxis*
  - N 6 zu Art. 340a: *Grundsätzliches zur Karenzentschädigung*
  - N 4 zu Art. 340b: *Rückforderung*
  - N 5 lit. f zu Art. 340b: *Bemessung Konventionalstrafe*
- Bohny<sup>151</sup>, Teil B.3.1.2, S. 120 - 124:  
*Behandlung der Karenzentschädigung*

---

148 → vorstehend S. 50

149 → Serviceteil: Literatur + Weblinks, dort Dissertationen / Masterarbeit, vorstehend S. 50

150 → vorstehend S. 50

151 → vorstehend S. 50

- 
- Neeracher<sup>152</sup>, § 12, Teil A.1, S. 58 – 60:  
*Behandlung der Karenzentschädigung*
  - Bühler Theodor, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. V/2f, Der Agenturvertrag, Art. 418a-418v OR, 2000, Schulthess Verlag, Zürich, N 35 ff zu Art. 418d:  
*Bemessung der Karenzentschädigung eines Agenten: "... die Entschädigung den Gegenwert für den Schaden darstellt, den der Agent in Folge der ihm auferlegten Konkurrenzenthaltungspflicht erleidet." (N 37)*

### Entscheide

- [BGE 101 II 277](#):  
*Konkurrenzverbot mit Karenzentschädigung, Beurteilung eines Berufswechsels mit Verdiensteinbusse, Fälligkeit der Entschädigung.*
- [BGE 130 III 353](#) = [BGer 4C.276/2003](#) vom 20.02.2004, E. 2, S. 355<sup>153</sup>:  
*Konkurrenzverbot eines Personalberaters. Berücksichtigung Karenzentschädigung bei Beurteilung der Beschränkungen des Konkurrenzverbots.*
- [BGE 95 II 143](#), E. II.5, S. 152 ff:  
*Bemessung der Karenzentschädigung eines Agenten nach [Art. 418d Abs. 2 OR](#).*

---

152 → vorstehend S. 50

153 → vorstehend S. 45