

## Mitarbeitenden-Bindung und Geheimnisschutz über arbeitsvertragliche Konkurrenzverbote

Johannes Balmer\*

Das Gesetz lässt die Vereinbarung arbeitsvertraglicher Konkurrenzverbote einzig mit Blick auf den Schutz der wettbewerbsrelevanten Geheimnisse zu. In der Praxis werden Konkurrenzverbotsklauseln aber oft auch in Arbeitsverträge für Mitarbeitende integriert, die gar nicht Zugang zu kunden-, geschäfts- oder fabrikationsbezogenen Firmengeheimnissen haben. Auf diese Weise wird versucht, wichtige Mitarbeitende, insbesondere solche, die in ihrem Arbeitsbereich über wertvolles Spezialwissen verfügen, zusätzlich an die Unternehmung zu binden. Gerade bei Stellen, die eine längere Einarbeitungszeit voraussetzen, will die Arbeitgeberin verhindern, dass die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter kurz nach Erreichen der Wirtschaftlichkeitsschwelle mit dem erworbenen Fachwissen zur Konkurrenz abwandert. Denn für Arbeitnehmende kann ein solcher Wechsel – zumindest kurzfristig – durchaus lohnenswert sein. Sie werden bei der ersten Firma aufgrund mangelnder Erfahrung zu einem eher tieferen Lohn angestellt, welcher auch nach der Einarbeitung oft nur marginal steigt. Bewerben sie sich dann für eine ähnliche Funktion bei der Konkurrenz, können sie bereits relevante Arbeitserfahrung vorweisen – und dadurch oft einen beträchtlichen Gehaltssprung erzielen. Mit Konkurrenzverboten versuchen Arbeitgeberinnen immer wieder, diesem Anreiz entgegenzusteuern, zumal es oft gerade die direkten Konkurrenten sind, die der Unternehmung die ausgebildeten Fachkräfte abwerben. Rechtlich gesehen, läuft das jedoch auf eine Zweckentfremdung des Konkurrenzverbots hinaus. Damit stellt sich die Frage, wie weit solche Konkurrenzverbote im Streitfall überhaupt gültig und durchsetzbar sind.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass Art. 27 BV den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung schützt, was auf Gesetzesebene in Art. 340 ff. OR dahin konkretisiert wird, dass Konkurrenzverbote nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen und in beschränktem Umfang zulässig sind.

### Rechtliche Leitplanken im Überblick

Gültigkeit, Tragweite und Durchsetzbarkeit von Konkurrenzverboten beurteilen sich in vier Schritten:

- Erstens ist zu prüfen, ob die – kumulativ zu erfüllenden – Gültigkeitsvoraussetzungen des Konkurrenzverbots (Art. 340 und 340c OR) gegeben sind. Fehlt eine der Voraussetzungen, führt dies zur vollständigen Ungültigkeit der Konkurrenzklausele.
- Zweitens ist zu fragen, ob das Konkurrenzverbot in zeitlicher, geografischer und tätigkeitsmässiger Hinsicht angemessen eingegrenzt ist (Art. 340a OR). Fehlt es daran, ist damit zu rechnen, dass im Streitfall das Gericht die entsprechende Eingrenzung vornimmt.
- Drittens ist zu untersuchen, ob die konkrete neue Tätigkeit des ehemaligen Mitarbeiters das (gültige und angemessen eingegrenzte) Konkurrenzverbot tatsächlich verletzt oder aber damit vereinbar ist.
- Viertens schliesslich ist zu prüfen, ob und wie weit Sanktionen, insbesondere Schadenersatzansprüche und Konventionalstrafen (Art. 340b OR), gerichtlich durchgesetzt werden können.

Gemäss Art. 340 Abs. 2 OR ist das Konkurrenzverbot nur verbindlich, «...wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer *Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse* ge-

\* BSc Business Law, wissenschaftlicher Assistent am Institut für Wirtschaftsrecht der ZHAW School of Management and Law.

währt...». Das bedeutet, dass nur die wettbewerbsrelevante Geheimsphäre geschützt werden kann. Der Zugang des Mitarbeiters zu Geheimnissen des Unternehmens ist Gültigkeitsvoraussetzung für das Konkurrenzverbot<sup>1</sup>. Dies wirft die Frage nach der genaueren Abgrenzung der Geheimsphäre auf.

## Kundenbezogene Geheimsphäre

Der Kundenkreis im Sinne von Art. 340 Abs. 2 OR umfasst die ständigen Abnehmer einer Ware oder Dienstleistung, d.h. die Personen, die zumindest von Zeit zu Zeit die Ware zu bestellen bzw. die Dienstleistung in Anspruch zu nehmen pflegen. Nicht vorausgesetzt ist, dass geradezu ein «besonders enges und dauerndes Verhältnis» vorliegt<sup>2</sup>. NEERACHER beschreibt den Kundenkreis als die Gesamtheit derjenigen Personen, «die mit einer gewissen Regelmässigkeit in Geschäftsbeziehungen zum Arbeitgeber stehen und als einigermaßen beständigen Faktor seiner Umsatzberechnung betrachtet werden dürfen»<sup>3</sup>.

Damit von einem Einblick in einen derartigen Kundenkreis gesprochen werden kann, muss der Arbeitnehmer zudem direkten und persönlichen Kontakt zu den Kunden gepflegt haben, sodass er das Wissen um deren Eigenheiten einsetzen könnte, um die Kunden zu einem Wechsel zu bewegen. Dafür genügt die blossе Einsicht in die Kundenkartei nicht<sup>4</sup>. Sind Kunden vom Mitarbeiter selbst gewonnen worden, so gehören sie nur dann zur kundenbezogenen Geheimsphäre des Unternehmens, wenn ihre Akquisition vor allem der Attraktivität des Angebots und nicht den persönlichen Fähigkeiten und Eigenschaften des Mitarbeiters zuzuschreiben ist<sup>5</sup>. Denn Letztere sowie die Berufserfahrung eines Arbeitnehmers können niemals Gegenstand eines Konkurrenzverbotes sein<sup>6</sup>. Restriktiv ist die Praxis auch in Fällen, in denen die Beziehung zwischen der Kundschaft und der Arbeitgeberin vorwiegend persönlicher Natur ist und auf einem besonderen Vertrauensverhältnis beruht. Zwar zählt solche Kundschaft durchaus zum Kundenkreis im Sinne von Art. 340 Abs. 2 OR. Angesichts der ausgeprägten persönlichen Beziehung geht das Bundesgericht jedoch davon aus, dass selbst die Verwendung der durch den Einblick in den Kundenkreis gewonnenen Kenntnisse das starke Band zwischen der Ar-

beitgeberin und ihrer Kundschaft nicht zu trennen vermag<sup>7</sup>.

## Geschäfts- und fabrikationsbezogene Geheimsphäre

Zur wettbewerbsrelevanten Geheimsphäre sind neben dem Kundenkreis auch Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse zu rechnen<sup>8</sup>. Geschäftsgeheimnisse sind kaufmännisch-organisatorische Besonderheiten einer Unternehmung, die nur einem ganz beschränkten Personenkreis zugänglich sind<sup>9</sup>. Beispiele sind betriebsspezifische Informationen bezüglich Bezugsquellen, Preisberechnungen, Margen, Organisation, Werbeaktionen, Personalwesen oder Pläne und Strategien<sup>10</sup>. Der Geheimnischarakter ergibt sich aus den folgenden drei Elementen:

- Erstens muss es sich um eine Information handeln, die nicht allgemein bekannt und nicht einfach zugänglich ist (*relative Unbekanntheit*).
- Zweitens muss der Arbeitgeber die Information tatsächlich geheim halten wollen und entsprechende Geheimhaltungsmassnahmen getroffen haben (*subjektiver Geheimhaltungswille*).
- Drittens muss die Geheimhaltung der Information objektiv berechtigt erscheinen, beispielsweise aufgrund der Relevanz für das Betriebsergebnis (*objektiver Geheimhaltungswille*)<sup>11</sup>.

1 BGE 102 II 211 ff.; REHBINDER, N 377; BOHNY, Rz. 5.14 und 5.19. Entgegen der etwas missverständlichen Formulierung des Gesetzestextes genügt hierbei der Einblick entweder in den Kundenkreis oder in Geschäftsgeheimnisse oder in die Fabrikationsgeheimnisse (COTTI, N 205).

2 BGE 91 II 372, 378; BGER 4C.338/2001, E.4; COTTI, N 219.

3 NEERACHER, 21.

4 BRUNNER, 294; NEERACHER, 27; BOHNY, Rz. 5.16; COTTI, N 220.

5 BOHNY, Rz. 5.17.

6 BGER 4A\_283/2010 E. 2.1; BOHNY, Rz. 5.14; BRUNNER, 294.

7 BGER 4C.100/2006 E. 2.1.

8 Art. 340 Abs. 1 OR.

9 BRUNNER, 295.

10 BGER 4A\_283/2010 E. 2.1; BGE 103 IV 283, 284 NEERACHER, 29; BOHNY, Rz. 5.20;

11 BGER 4A\_283/2010 E. 2.1; BGE 103 IV 283, 284; BGER 4C.338/2001 E. 4.a; BOHNY, Rz. 5.20; COTTI, N 210 ff.



Bereits wenn eine Tatsache nur ganz wenigen ausgewiesenen Branchenexperten bekannt ist, handelt es sich nicht mehr um ein Geschäftsgeheimnis im Sinne des Gesetzes<sup>12</sup>. Denn da die Berufserfahrung sowie die persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten nicht Gegenstand eines Konkurrenzverbots sein können, ist auch der Schutz von Informationen, die durch Erfahrung oder Fähigkeiten erlangt werden können, ausgeschlossen<sup>13</sup>.

### **Prozesschancen und -risiken**

Selbst wenn ein Konkurrenzverbot sich tatsächlich auf die wettbewerbsrelevante Geheimsphäre des Unternehmens bezieht, ist damit die gerichtliche Anerkennung eines Anspruchs auf Schadenersatz oder Bezahlung der Konventionalstrafe noch lange nicht erreicht. Oft scheitern Ansprüche aus Konkur-

renzverboten daran, dass der zeitliche, geografische oder tätigkeitsmässige Umfang vom Gericht als zu weit erachtet und deshalb eingegrenzt wird. Zudem müssen sämtliche Tatsachen, aus welchen sich der Bestand und die Verletzung eines Konkurrenzverbots ableiten lassen, von der Arbeitgeberin bewiesen werden. Hierzu gehören neben allen Gültigkeitsvoraussetzungen auch die Umstände, welche einen genügend weiten Verbotsumfang rechtfertigen sowie die tatsächliche Verletzung der Abrede und ein nach wie vor berechtigtes Interesse zur Aufrechterhaltung des Konkurrenzverbots belegen. Die gerichtliche Durchsetzung eines Verletzungsanspruchs ist folglich mit hohen Prozessrisiken verbunden. Dennoch kann die vorsorgliche Implementierung von Konkurrenzklauseln aus Unternehmenssicht sinnvoll sein, da sich Mitarbeitende häufig freiwillig daran halten werden. Andererseits kann es aus Sicht des Mitarbeiters oder der Mitarbeiterin unter Umständen empfehlenswert sein, gegen extensive Konkurrenzklauseln zu verstossen und eine gerichtliche Auseinandersetzung in Kauf zu nehmen, da die Prozesschancen oft gut sind.

<sup>12</sup> NEERACHER, 28.

<sup>13</sup> BGer 4A\_283/2010 E. 2.1; BOHNY, Rz. 5.14; BRUNNER, 294.