

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Herausgegeben von Jörg Schmid im Auftrag der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Band 145

Joe Räber

Das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag

de lege lata und de lege ferenda

Schulthess § 2020

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XXV
Materialienverzeichnis.....	XXXIX
Abkürzungsverzeichnis.....	XLI
Einleitung	1
Teil 1: Grundlagen.....	3
I. Konkurrenzverbot.....	3
A. Begriff und Zweck.....	3
B. Arten	5
1. Unterscheidung nach Entstehungsgrund	5
a) <i>Gesetzliche Konkurrenzverbote</i>	5
b) <i>Vertraglich vereinbarte Konkurrenzverbote</i>	6
c) <i>Statutarische Konkurrenzverbote</i>	7
2. Unterscheidung nach Selbständigkeit.....	8
3. Unterscheidung nach dem Austauschverhältnis	9
4. Unterscheidung nach zeitlicher Geltung	10
5. Weitere Unterarten	10
C. Rechtsnatur	11
1. Vertrag eigener Art.....	11
2. Nebenleistungspflicht.....	11
D. Anwendungsbereiche.....	12
1. Vertragsrecht	12
a) <i>Kaufvertrag</i>	12
aa) <i>Allgemeines</i>	12
bb) <i>Vertragsimmanentes Konkurrenzverbot</i>	13
cc) <i>Kartellrechtliche Relevanz</i>	14
b) <i>Miet- und Pachtvertrag</i>	16
aa) <i>Allgemeines</i>	16

bb) <i>Vertragsimmanentes Konkurrenzverbot</i>	16
c) <i>Arbeitsvertrag</i>	17
d) <i>Agenturvertrag</i>	17
e) <i>Kaufmännische Stellvertretung</i>	18
f) <i>Weitere Nominatverträge</i>	19
g) <i>Innominatverträge</i>	19
2. <i>Gesellschaftsrecht</i>	20
a) <i>Allgemeines</i>	20
b) <i>Personengesellschaften</i>	20
c) <i>Aktiengesellschaft</i>	21
aa) <i>Allgemeines</i>	21
bb) <i>Konkurrenzverbote in Aktionärbindungsverträgen</i>	22
d) <i>Gesellschaft mit beschränkter Haftung</i>	23
II. <i>Arbeitsvertragliches Konkurrenzverbot</i>	24
A. <i>Übersicht</i>	24
B. <i>Analoge Anwendung der Art. 340 ff. OR</i>	25
1. <i>Analogieverbot und Ausnahmen</i>	25
2. <i>Beispiele</i>	26
C. <i>Eingrenzung des Arbeitsthemas</i>	26
III. <i>Abgrenzung</i>	27
A. <i>Treupflicht (Art. 321a OR)</i>	27
1. <i>Allgemeines</i>	27
2. <i>Verbot der Schwarzarbeit</i>	30
a) <i>Allgemeines</i>	30
b) <i>Treuwidrige Nebenbeschäftigung</i>	31
c) <i>Nebenbeschäftigung bei Teilzeitarbeit</i>	32
3. <i>Geheimhaltungspflicht</i>	33
a) <i>Allgemeines</i>	33
b) <i>Geheimnisbegriff</i>	34
aa) <i>Umschreibung</i>	34

bb)	<i>Geheim zu haltende Tatsachen im Sinne von Art. 321a Abs. 4 OR</i>	34
cc)	<i>Abgrenzung zum Schutzgegenstand beim Konkurrenzverbot</i>	36
dd)	<i>Persönliche Fähigkeiten und allgemeine Berufserfahrung</i>	37
c)	<i>Umfang</i>	37
aa)	<i>Allgemeines</i>	37
bb)	<i>Mitteilungs- und Verwertungsverbot</i>	38
cc)	<i>Nachvertragliches Verwertungsverbot</i>	39
dd)	<i>Interessenabwägung bei der nachvertraglichen Geheimhaltungspflicht</i>	41
ee)	<i>Vertragliche Modifikation</i>	43
ff)	<i>Herausgabepflicht im Besonderen</i>	44
d)	<i>Abgrenzung zum nachvertraglichen Konkurrenzverbot</i>	44
4.	<i>Gesetzliches Abwerbeverbot</i>	46
a)	<i>Allgemeines</i>	46
b)	<i>Kontakte noch während der Anstellung anlässlich eines Stellenwechsels</i>	47
c)	<i>Nachvertragliches Abwerbeverbot</i>	49
5.	<i>Vorbereitungshandlungen im Besonderen</i>	49
B.	<i>Weitere gesetzliche Schutzbestimmungen</i>	51
1.	<i>Unlauterer Wettbewerb</i>	51
a)	<i>Allgemeines</i>	51
b)	<i>Schnittstellen</i>	52
aa)	<i>Abwerbung</i>	52
bb)	<i>Geheimnissmissbrauch</i>	54
cc)	<i>Verwertung fremder Arbeitsergebnisse</i>	54
c)	<i>Rechtsfolgen</i>	55
2.	<i>Kartellrecht</i>	55
3.	<i>Strafrecht</i>	56

4. Immaterialgüterrecht	57
C. Vertraglich vereinbarte Wettbewerbsbeschränkungen	57
1. Allgemeines.....	57
2. Analoge Anwendung der Art. 340 ff. OR	58
a) <i>Lehre und Rechtsprechung</i>	58
b) <i>Eigene Stellungnahme</i>	59
3. Beschränkungen auf dem Nachfragemarkt im Besonderen.....	61
4. Arten.....	62
a) <i>Konkurrenzverbot auf dem Nachfragemarkt</i>	62
b) <i>Abwerbeverbote</i>	63
aa) <i>Kundenabwerbeverbot</i>	63
bb) <i>Personalabwerbeverbot</i>	64
cc) <i>Lieferantenabwerbeverbot</i>	64
c) <i>Verbot, beim Kunden tätig zu werden</i>	65
d) <i>Weitere Wettbewerbsbeschränkungen</i>	66
D. Vereinbarungen mit Dritten	66
IV. Rechtsentwicklung	67
A. Bis zum Erlass des Obligationenrechts (1881)	67
1. Kantonales Arbeitsrecht	67
2. Fabrikgesetz (1877) und Obligationenrecht (1881).....	69
B. Frühe Praxis des Bundesgerichts zum Konkurrenzverbot	71
1. Erste Entscheidungen (1875–1911).....	71
2. Fazit.....	73
C. Gesetzliche Verankerung des Konkurrenzverbotes im OR.....	73
1. Allgemeines.....	73
2. Regelungsinhalt.....	74
3. Abgewiesene Anträge	75
a) <i>Ausschluss tiefer Einkommensklassen</i>	75
b) <i>Karenzentschädigung</i>	76
D. Die Revision des Arbeitsvertragsrechts 1971	77

1. Sozialer und wirtschaftlicher Hintergrund	77
2. Zustandekommen	78
3. Regelungsinhalt	79
a) <i>Neue Regelungen</i>	79
b) <i>Abgelehnte Karenzentschädigung</i>	79
E. Jüngere Entwicklungen.....	80
V. Interessenlage und verfassungsrechtliche Aspekte.....	82
A. Schweizerische Wirtschaftsordnung	83
a) <i>Historische Übersicht</i>	83
b) <i>Heutige Wirtschaftsordnung</i>	84
c) <i>Erkenntnisse für das Konkurrenzverbot</i>	85
B. Verfassungsrechtliche Aspekte	86
1. Drittwirkung von Grundrechten	86
2. Selbstbeschränkung bei der Ausübung von Grundrechten	87
a) <i>Vertragsfreiheit als Grundsatz</i>	87
b) <i>Schranken</i>	87
3. Verfassungsgerichtsbarkeit	89
4. Verfassungskonforme Auslegung	91
a) <i>Grundlagen zur Gesetzesauslegung</i>	91
b) <i>Begriff und Anwendungsbereiche</i>	92
c) <i>Zweck und Stellung innerhalb der Auslegungsmethodik</i>	92
d) <i>Grenzen</i>	93
e) <i>Abgrenzung zur verfassungskonformen Rechtsfortbildung</i> <i>contra legem</i>	94
f) <i>Erkenntnisse für das Konkurrenzverbot</i>	95
C. Parteiinteressen und Grundrechte	95
1. Arbeitnehmer.....	96
a) <i>Persönliche Freiheit</i>	96
b) <i>Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)</i>	97
aa) <i>Inhalt</i>	97

bb) <i>Vertragsfreiheit im Besonderen</i>	98
2. Arbeitgeber.....	99
a) <i>Schutz des eigenen Geschäfts</i>	99
b) <i>Geheimnisschutz</i>	99
c) <i>Vertragsfreiheit</i>	100
3. Interessenabwägung	100
Teil 2: Analyse der Rechtslage	103
I. Einleitung	103
II. Zweck und Auslegung	104
A. Zweck der gesetzlichen Bestimmungen.....	104
B. Auslegung.....	104
1. Gesetzesauslegung	105
2. Vertragsauslegung.....	106
III. Gültigkeitsvoraussetzungen	108
A. Allgemeines	108
1. Abschluss- und Wirkungsvoraussetzungen	108
2. Zeitpunkt der Vereinbarung	109
B. Handlungsfähigkeit.....	110
C. Schriftform.....	110
1. Allgemeines.....	110
2. Unterzeichnung	111
3. Inhalt	112
a) <i>Formen von Konkurrenzierung</i>	112
b) <i>Geltungsbereich</i>	112
c) <i>Karenzentschädigung</i>	115
4. Verweise.....	115
a) <i>Lehre und Rechtsprechung</i>	115
b) <i>Eigene Stellungnahme</i>	118
D. Konkurrenzsituation.....	119
1. Konkurrenzierende Tätigkeit.....	120

a) Begriff.....	120
aa) Mindestens teilweise übereinstimmender Kundenkreis	121
bb) Gleichartige und das gleiche Bedürfnis befriedigende Leistung.....	121
cc) Angebotsseite	122
b) Schädigungsmöglichkeit	123
c) Konzernverhältnis.....	123
2. Formen konkurrenzierender Tätigkeit.....	124
a) Betreiben eines eigenen Geschäfts	124
b) Tätigkeit für ein Konkurrenzunternehmen.....	125
c) Beteiligung an einem Konkurrenzunternehmen.....	125
E. Einblick in Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse.....	126
1. Einblick in den Kundenkreis	127
a) Einleitung	127
b) Kundenkreis.....	127
c) Einblick.....	129
aa) Qualifizierte Kenntnisse.....	129
bb) Persönlicher Kontakt	132
d) Geheimnischarakter.....	134
e) Kritik und Lösungsvorschlag.....	136
2. Einblick in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse.....	137
F. Kausalzusammenhang	138
1. Persönliche Fähigkeiten und Eigenschaften.....	139
2. Freie Berufe.....	143
3. Treuhänder, Steuerexperten und Vermögensverwalter	143
4. Weitere Praxisbeispiele	145
5. Würdigung der Rechtslage	147
G. Möglichkeit erheblicher Schädigung	148
1. Schädigungsmöglichkeit	148

2. Möglichkeit erheblicher Schädigung.....	149
IV. Geltungsbereich	151
A. Gültigkeitsvoraussetzung.....	151
B. Unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens	153
C. Örtlicher Geltungsbereich.....	154
1. Allgemeines.....	154
2. Schutzobjekt Kundenkreis im Besonderen.....	157
D. Zeitlicher Geltungsbereich.....	158
1. Allgemeines.....	158
2. Schutzobjekt Kundenkreis.....	160
3. Schutzobjekt Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse	162
E. Sachlicher Geltungsbereich	162
1. Umschreibungsarten.....	162
a) <i>Unternehmensbezogenes Verbot</i>	162
b) <i>Tätigkeitsbezogenes Verbot</i>	164
2. Grenze	165
3. Relevanz der neuen Tätigkeit	165
F. Richterliche Beurteilung und Einschränkung	167
1. Allgemeines.....	167
2. Interessenabwägung	168
a) <i>Arbeitnehmerinteressen</i>	168
b) <i>Arbeitgeberinteressen</i>	171
V. Karenzentschädigung.....	171
1. Allgemeines.....	172
a) <i>Rechtsnatur</i>	172
b) <i>Zweck</i>	172
c) <i>Kein Obligatorium</i>	173
d) <i>Art und Zeitpunkt der Ausrichtung</i>	173
e) <i>Anrechnung von Einkommen</i>	175
aa) <i>Keine Anrechnung als Grundsatz</i>	175

<i>bb) Anrechnung als Ausnahme</i>	176
2. Auswirkung auf den Verbotsumfang	177
3. Wegfall der Zahlungspflicht.....	178
<i>a) Dahinfallen des Konkurrenzverbotes von Gesetzes wegen (Art. 340c OR)</i>	179
<i>b) Verzichts- und Kündigungsrecht des Arbeitgebers</i>	182
<i>aa) Allgemeines</i>	182
<i>bb) Lehre und Rechtsprechung</i>	184
<i>cc) Eigene Stellungnahme</i>	185
<i>c) Aufhebungsvertrag (Art. 115 OR)</i>	186
<i>d) Verbotsverletzung und Rückforderung</i>	187
<i>e) Freiwillige Neuorientierung des Arbeitnehmers</i>	188
4. Börsenkotierte Arbeitgeber im Besonderen	188
VI. Wegfall	189
A. Allgemeines	189
B. Tatbestände in Art. 340c OR	190
1. Kein erhebliches Interesse des Arbeitgebers	190
<i>a) Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses</i>	190
<i>b) Intensität und Dauer des mangelnden Interesses</i>	190
<i>c) Beispiele</i>	191
<i>d) Partieller Interessenverlust</i>	192
<i>e) Beweislastverteilung und Karenzentschädigung</i>	194
2. Kündigung des Arbeitgebers ohne begründeten Anlass.....	194
<i>a) Allgemeines</i>	194
<i>b) Begründeter Anlass</i>	195
<i>aa) Massstab</i>	195
<i>bb) Vom Arbeitnehmer gesetzt</i>	197
<i>cc) Objektive Gründe</i>	197
<i>dd) Verschulden</i>	200
<i>ee) Beide Parteien geben Anlass</i>	201

ff) Kausalzusammenhang.....	202
gg) Beispiele.....	203
c) Pflicht zur Begründung der Kündigung.....	204
d) Beweislast.....	207
3. Kündigung des Arbeitnehmers aus begründetem Anlass	208
a) Allgemeines.....	208
b) Begründeter Anlass	208
c) Beispiele	209
d) Pflicht zur Begründung der Kündigung.....	211
e) Spezialtatbestände.....	212
aa) Betriebsübergang.....	212
bb) Überholende Kündigung.....	213
C. Weitere Gründe.....	214
1. Aufhebungsvertrag.....	215
2. Verzicht des Arbeitgebers	216
3. Befristeter oder bedingter Arbeitsvertrag.....	217
VII. Folgen der Übertretung	217
A. Allgemeines.....	217
B. Schadenersatz	218
1. Allgemeines.....	218
2. Voraussetzungen	219
a) Vertragsverletzung	219
b) Schaden	219
aa) Allgemeines	219
bb) Umsatzeinbuße.....	220
cc) Schaden durch Verlust besonders tüchtiger Arbeitnehmer.....	221
c) Kausalzusammenhang.....	223
d) Verschulden.....	223
3. Exkurs: Schadenersatz des Arbeitgebers.....	223

C. Konventionalstrafe.....	224
1. Allgemeines.....	224
2. Gestaltungsarten.....	225
a) <i>Übersicht</i>	225
b) <i>Mehrfaches Verfallen der Strafe</i>	226
3. Befreiung vom Verbot durch Bezahlung der Strafe.....	227
4. Verhältnis zum Schadenersatz.....	227
a) <i>Allgemeines</i>	227
b) <i>Keine Beweislastumkehr beim Verschulden</i>	227
5. Höhe und Herabsetzung.....	229
a) <i>Grundsätze</i>	229
b) <i>Beurteilungskriterien</i>	230
aa) <i>Persönliche Situation des Arbeitnehmers</i>	230
bb) <i>Interesse des Arbeitgebers am Konkurrenzverbot</i>	231
cc) <i>Schwere der Verbotsverletzung und Verschulden</i>	232
dd) <i>Weitere</i>	233
c) <i>Ober- und Untergrenze</i>	234
6. Würdigung der Rechtslage.....	235
a) <i>Unzulässigkeit der Herabsetzung nach freiem Ermessen</i>	235
b) <i>Gewichtung des Zwecks bei der Bemessung der Konventionalstrafe</i>	236
c) <i>Einfluss der Umfangsreduktion auf die Konventionalstrafe</i>	237
7. Prozessuale Einzelfragen.....	238
D. Realvollstreckung.....	240
1. Allgemeines.....	240
2. Stellung im Sanktionssystem von Art. 340b OR.....	241
3. Formelle Voraussetzung.....	242
a) <i>Schriftlichkeit</i>	242
b) <i>Konventionalstrafe als Voraussetzung</i>	243

4. Materielle Voraussetzungen	245
a) <i>Besonderes Interesse des Arbeitgebers</i>	245
b) <i>Besonders treuwidriges Verhalten des Arbeitnehmers</i>	249
E. Weitere Sanktionen	252
VIII. Vorsorgliche Realvollstreckung	253
A. Einleitung zum Prozessrecht	253
B. Allgemeines	254
C. Voraussetzungen	255
1. Übersicht	255
2. Materieller Anspruch des Zivilrechts	256
3. Nicht wieder gutzumachender Nachteil (Dringlichkeit)	257
a) <i>Allgemeines</i>	257
b) <i>Langes Zuwarten durch den Arbeitgeber</i>	258
c) <i>Interessenabwägung</i>	259
D. Verhältnismässigkeitsprinzip	260
E. Glaubhaftmachung	260
1. Begriffsumschreibung	260
2. Mittel zur Glaubhaftmachung	262
3. Erhöhte Anforderungen	263
F. Sicherheitsleistung und Schadenersatz	265
1. Sicherheitsleistung des Arbeitnehmers	265
2. Sicherheitsleistung des Arbeitgebers (Kautions)	266
a) <i>Grundlagen</i>	266
b) <i>Würdigung der Rechtslage</i>	267
3. Schadenersatz aufgrund ungerechtfertigter Massnahme	269
G. Superprovisorische Massnahme und Schutzschrift	269
1. Voraussetzungen	269
2. Würdigung der Rechtslage	271
3. Schutzschrift	272
H. Einzelfragen	273

1. Streitwert.....	273
2. Frist zur Klageansetzung.....	274
I. Fazit.....	275
Teil 3: Vorschläge de lege ferenda.....	277
I. Einführung.....	277
II. Auswirkungen der digitalen Revolution.....	278
A. Strukturelle Veränderungen.....	278
1. Globalisierung.....	278
2. Digitalisierung.....	279
3. Gesellschaftlicher Wertewandel.....	280
B. Auswirkungen auf die Arbeitswelt.....	281
1. Tendenzen.....	281
2. Neue Arbeits- und Absatzformen.....	281
3. Risiken.....	283
C. Auswirkungen auf das Konkurrenzverbot.....	283
1. Einleitung.....	283
2. Auswirkungen.....	284
a) <i>Standardisierung</i>	284
b) <i>Verfügbarkeit von Daten</i>	284
c) <i>Berufliche Vernetzung</i>	285
d) <i>Höhere Spezialisierung</i>	286
e) <i>Onlinehandel</i>	287
f) <i>Flexibilisierung</i>	288
g) <i>Teilzeitarbeit</i>	288
h) <i>Vermittlungsplattformen</i>	289
i) <i>Plattformarbeit</i>	290
3. Fazit.....	291
III. Anwendungsschwierigkeiten.....	291
A. Arbeitgeberperspektive.....	291
B. Arbeitnehmerperspektive.....	292

C. Neutrale Perspektive	293
IV. Möglichkeiten zur Verbesserung der Rechtslage	293
A. Abwerbeverbot als mildere Massnahme	293
B. Beweiserleichterung beim Schadenersatz	295
1. Ausgangslage	295
2. Richterliche Schadensschätzung	296
a) <i>Übersicht</i>	296
b) <i>Beispiel Überstundenentschädigung</i>	297
c) <i>Erkenntnisse für das Konkurrenzverbot</i>	297
3. Vertraglich pauschalierter Schadenersatz	298
a) <i>Ausgangslage</i>	298
b) <i>Rechtslage</i>	299
C. Zwingende Karenzenschädigung	301
1. Ausgangslage	301
a) <i>Bedeutung der Karenzenschädigung heute</i>	301
b) <i>Forderung in der Lehre</i>	301
c) <i>Ablehnung des Gesetzgebers und einzelner Vertreter der Lehre</i>	302
d) <i>Rechtsvergleichung</i>	303
2. Mögliche Ansätze	305
a) <i>Herleitung über die verfassungskonforme Auslegung</i>	305
b) <i>Anreize erhöhen</i>	306
c) <i>Gesetzliche Verankerung einer zwingenden Karenzenschädigung</i>	306
3. Kritische Würdigung	307
4. Fazit	310
D. Verbot des Konkurrenzverbotes	310
1. Ausgangslage	310
2. Initiative Janiak	311
3. Kritische Würdigung	311

E.	Weitere Möglichkeiten	313
1.	Strengere Formvorschriften.....	313
2.	Einkommensgrenze	315
3.	Gewinnherausgabe	316
4.	Reduktion auf Einblick in Geschäftsgeheimnisse	316
5.	Einblick in Geheimnisse von besonderem Wert.....	317
6.	Verkürzung der zeitlichen Begrenzung	317
7.	Streichung der Rechtsfolgevoraussetzungen in Art. 340b Abs. 3 OR.....	318
V.	Zwei ausgewählte eigene Vorschläge	319
A.	Objektivierung von Ermessen.....	319
1.	Ausgangslage	319
2.	Grundlagen der Ermessensausübung.....	320
3.	Konkrete Richtlinien	322
a)	<i>Einleitung</i>	322
b)	<i>Beurteilung des Kausalzusammenhangs</i>	323
c)	<i>Herabsetzung der Konventionalstrafe</i>	325
aa)	<i>1. Schritt: Strafraumen</i>	326
bb)	<i>2. Schritt: Abstrakte Strafbandbreiten</i>	326
cc)	<i>3. Schritt: Bestimmung der Bandbreite im konkreten Fall</i>	327
dd)	<i>4. Schritt: Subsumtion</i>	328
ee)	<i>Fazit</i>	328
d)	<i>Beurteilung des begründeten Anlasses</i>	329
4.	Fazit.....	331
B.	Treuwidrigkeit als Voraussetzung für die Konventionalstrafe.....	331
1.	Ausgangslage	331
2.	Gültigkeits- oder Rechtsfolgevoraussetzung.....	332
3.	Anforderungen an die Treuwidrigkeit	333
4.	Fazit.....	334

Zusammenfassung in Thesen	337
Anhang	345
A. Gesetzestext OR (alte Fassung von 1911)	345
B. Checkliste	347
C. Musterklausel	349
D. Richtlinie zur Beurteilung der Konventionalstrafe	350
E. Fragenkatalog zur Beurteilung des begründeten Anlasses	354
Sachregister	355