

# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>XVII</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>XXIX</b>
<b>Verzeichnis der zitierten Materialien und Erlasse .....</b>	<b>XLIX</b>
<b>Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>Gegenstand und Ziele der Untersuchung .....</b>	<b>1</b>
<b>Aufbau der Untersuchung .....</b>	<b>3</b>
<b>Hinweise und Eingrenzung des Themas .....</b>	<b>5</b>
<b>Erster Teil: Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot im Umfeld der Konkurrenzverbote .....</b>	<b>7</b>
<b>§ 1 Wesen der Konkurrenzverbote.....</b>	<b>7</b>
A. Allgemein.....	7
B. Einschränkung des Wettbewerbs .....	8
C. Interessenkollision .....	8
<b>§ 2 Gesetzliche und rechtsgeschäftliche Konkurrenzverbote.....</b>	<b>9</b>
A. Überblick .....	9
B. Entstehungsgrund.....	10
C. Charakteristische Begriffsmerkmale und typische Erscheinungsformen .....	10
I. Charakteristische Begriffsmerkmale und typische Erscheinungsformen der gesetzlichen Konkurrenzverbote im OR .....	10
1. Allgemein.....	10
a. Bestand .....	10
b. Rechtsgrund.....	11
c. Wesen .....	11
2. Konkurrenzverbot beim Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten und Handelsreisenden .....	12
3. Gesellschaftsrechtliche Konkurrenzverbote.....	13
a. Konkurrenzverbote in Personengesellschaften und in der GmbH .....	13
b. Verbot statutarischer Konkurrenzverbote in der AG.....	15
II. Charakteristische Begriffsmerkmale und typische Erscheinungsformen der rechtsgeschäftlichen Konkurrenzverbote .....	19

1. Allgemein.....	19
2. Bestandteil eines gesetzlich geregelten Vertrages .....	20
3. Bestandteil eines Vertrages sui generis.....	23
4. Konkurrenzverbotsvertrag selbstständiger Art .....	24
5. Gewerbeverbot in Form einer Grunddienstbarkeit, unter Berücksichtigung der Frage nach der Zulässigkeit von sog. Konkurrenzverbotsdienstbarkeiten .....	25
<b>Zweiter Teil: Grundlagen .....</b>	<b>27</b>
<b>§ 1 Wesen und Zweck des arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbotes.....</b>	<b>27</b>
A. Wesen.....	27
I. Gesetzliche Bestimmungen .....	27
II. Gegenstand .....	28
1. Schutzobjekt.....	28
2. Geheimhaltungswürdiges Wissen.....	28
3. Selbstbeschränkung.....	29
III. Wettbewerbsverhältnis .....	29
IV. Konkurrenzformen .....	31
V. Voraussetzungen für eine Konkurrenzierung .....	34
VI. Entgeltliche oder unentgeltliche Tätigkeit.....	34
VII. Anbieterseitige Konkurrenz, allgemeine und partielle arbeitsvertragliche Konkurrenzverbote .....	35
VIII. Bestand .....	37
IX. Beginn der Geltungsdauer und Wirkungen .....	38
X. Umfang.....	39
XI. Anwendungsbereich .....	39
XII. Einseitige Ausgestaltung .....	42
XIII. Zweiseitige Ausgestaltung in der Praxis als Ausnahmefall.....	42
1. Allgemein.....	42
2. Beispiele hoher Entschädigungen .....	42
3. Umsetzung der Minder-Initiative in Bezug auf Entschädigungen.....	44
XIV. Interessenkollision in grundrechtlich relevanten Bereichen.....	45
1. Interessenlage und Motive des Arbeitgebers .....	45
a. Interessenlage .....	45
b. Motive .....	46
2. Interessen des Arbeitnehmers .....	49
a. Während des Arbeitsverhältnisses.....	49
b. Nach beendetem Arbeitsverhältnis .....	49
c. Grundrechtlicher Schutz.....	50

3. Spannungsverhältnis .....	51
4. Interessenabwägung durch den Richter in grundrechtlich relevanten Bereichen.....	52
a. Allgemein .....	52
b. Dargestellt am Beispiel einer gerichtlichen Anordnung eines Konkurrenzverbotes .....	53
B. Zweck.....	56
<b>§ 2 Rechtslage .....</b>	<b>58</b>
A. Unterlassungspflicht .....	58
I. Charakteristische Merkmale.....	58
II. Inhalt .....	58
III. Rechtsfolgen bei einer Nichteinhaltung der Unterlassungspflicht.....	59
1. Verbotsverletzung und Allgemeines zu den Rechtsfolgen .....	59
2. Schadenersatz.....	60
3. Konventionalstrafe.....	64
4. Realerfüllung .....	71
a. Allgemein .....	71
b. Aussergewöhnliche Treuwidrigkeit des Arbeitnehmers .....	77
aa. Aussergewöhnliche Treuwidrigkeit in der Art der Auflösung des Arbeitsvertrages.....	79
bb. Besondere Treuwidrigkeit bei Ausübung der konkurrenzierenden Tätigkeit .....	80
cc. Qualifizierte Treuwidrigkeit aufgrund besonderer Umstände.....	81
c. Interessen des Arbeitgebers unzumutbar stark verletzt oder gefährdet.....	81
5. Kritische Hinterfragung des mit der Botschaft verfolgten Zwecks des Sanktionsystems von Art. 340b OR .....	83
6. Auswertung der Umfrage zur Konventionalstrafe und Realexekution .....	84
IV. Wirkung.....	85
<b>§ 3 Übertragung .....</b>	<b>85</b>
A. Auf Seiten des Arbeitgebers .....	85
B. Auf Seiten des Arbeitnehmers .....	87
<b>§ 4 Abgrenzung zu anderen Vorschriften zum Schutz von gewerblichen Geheimhaltungsinteressen des Arbeitgebers.....</b>	<b>89</b>
A. Allgemein.....	89
B. Konkurrenzverbot nach Art. 321a OR.....	89
I. Treuepflicht.....	89

II.	Konkurrenzenthaltungs- und Geheimhaltungspflicht.....	91
III.	Abgrenzung zum arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbot gemäss Art. 340 OR .....	95
C.	Konkurrenzverbot und UWG.....	98
I.	Anwendungsbereich von Art. 4 lit. c und Art. 6 UWG .....	98
II.	Abgrenzung zum Schutzbereich des arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbotes gemäss Art. 340 OR.....	99
D.	Konkurrenzverbot und strafrechtlicher Schutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen .....	100
I.	Anwendungsbereich von Art. 162 StGB .....	100
II.	Abgrenzung zum arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbot gemäss Art. 340 OR .....	101
<b>Dritter Teil: Gültigkeitsvoraussetzungen, Verbotsumfang und Wegfall.....</b>		<b>103</b>
<b>§ 1</b>	<b>Allgemein .....</b>	<b>103</b>
<b>§ 2</b>	<b>Verbindlichkeit.....</b>	<b>105</b>
A.	Handlungsfähigkeit.....	105
B.	Schriftform.....	107
<b>§ 3</b>	<b>Gültigkeit .....</b>	<b>112</b>
A.	Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse .....	112
I.	Einblick in den Kundenkreis .....	112
1.	Qualifizierung des Kundenkreises .....	112
2.	Einblick .....	114
3.	Persönliche Eigenschaften und Fähigkeiten als massgebendes Kriterium für die Beziehung zu Kunden .....	117
II.	Einblick in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse.....	118
1.	Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse.....	118
2.	Geheimhaltung.....	121
3.	Einblick .....	122
B.	Erhebliche Schädigungsmöglichkeit des Arbeitgebers.....	123
C.	Kausalzusammenhang.....	126
<b>§ 4</b>	<b>Verbotsumfang und Wegfall.....</b>	<b>126</b>
A.	Begrenzung des Konkurrenzverbotes .....	126
I.	Allgemein .....	126
II.	Angemessenheit des Konkurrenzverbotes nach Ort.....	128
III.	Angemessenheit des Konkurrenzverbotes nach Zeit.....	131
IV.	Angemessenheit des Konkurrenzverbotes nach Gegenstand .....	134
V.	Folgen eines übermässigen Konkurrenzverbotes .....	135

1. In Bezug auf die Gültigkeit.....	135
2. Herabsetzung .....	136
a. Ausprägung des Treueverhältnisses .....	137
b. Schädigungsgefahr und Grad des Verschuldens.....	138
c. Vertragsexterne und vertragsimmanente Faktoren.....	138
VI. Gegenleistung in Form einer Karenzentschädigung.....	139
1. Grundlagen der Karenzentschädigung.....	139
2. Strengeres Konkurrenzverbot bei Gegenleistung.....	142
B. Wegfall.....	143
I. Allgemein .....	143
II. Mangels erheblichen Interesses des Arbeitgebers.....	144
III. Kündigung.....	146
1. Wegfall bei Kündigung durch den Arbeitgeber.....	146
2. Wegfall bei Kündigung durch den Arbeitnehmer.....	151
IV. Weitere Fälle des Dahinfallens.....	153
1. Auflösung im gegenseitigen Einvernehmen durch Aufhebungsvertrag.....	153
2. Verzicht.....	154
3. Willensmängel beim Vertragsabschluss .....	154
<b>Vierter Teil: Prozessuale Durchsetzung .....</b>	<b>155</b>
<b>§ 1 Allgemeines zum Verfahren.....</b>	<b>155</b>
A. Bis Ende 2010 nach kantonalen ZPOs und aGestG .....	155
B. Seit 1. Januar 2011 nach der Schweizerischen ZPO .....	158
<b>§ 2 Sachlegitimation.....</b>	<b>159</b>
<b>§ 3 Prozessuale Durchsetzung.....</b>	<b>159</b>
A. Leistungs-, Unterlassungs-, Feststellungs- und Gestaltungsklage .....	159
I. Klagen des Arbeitgebers .....	159
II. Klagen des Arbeitnehmers .....	160
III. Örtliche Zuständigkeit.....	161
1. Schweizerische örtliche Zuständigkeit.....	161
2. Internationale örtliche Zuständigkeit .....	162
<b>§ 4 Realexekution mittels vorsorglicher Massnahmen .....</b>	<b>162</b>
A. Begriff und Zweck .....	162
B. Wesen.....	164
C. Funktion und Inhalt.....	164
I. Leistungsmassnahmen.....	164
II. Vorläufige Vollstreckung der Unterlassungspflicht .....	165
D. Summarverfahren.....	166
E. Glaubhaftmachung .....	167

F. Voraussetzungen .....	169
I. Allgemeines zum Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund .....	169
1. Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund nach Art. 261 Abs. 1 ZPO .....	169
2. Vorentwurf für eine Schweizerische ZPO vom Juni 2003 .....	170
3. Vorgehensweise bei der Geltendmachung .....	171
II. Materieller Anspruch zivilrechtlicher Natur .....	171
III. Gefährdung oder Verletzung des Anspruchs .....	172
IV. Drohender, nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil .....	172
V. Zeitliche Dringlichkeit .....	174
VI. Verhältnismässigkeit .....	174
G. Hauptsachen- und Nachteilsprognose .....	175
H. Sicherheitsleistung .....	176
I. Örtliche Zuständigkeit .....	177
I. Schweizerische örtliche Zuständigkeit .....	177
II. Internationale örtliche Zuständigkeit .....	178
J. Schutzschrift .....	178
K. Rechtsmittel .....	179
<b>Fünfter Teil: Folgen der Durchsetzung und Lösungsvorschläge .....</b>	<b>181</b>
<b>§ 1 Unterlassungspflicht als „einseitige Knebelung“ .....</b>	<b>181</b>
A. Einseitige Verpflichtungslage als „Knebelung“ .....	181
B. Folgen der Durchsetzung .....	182
<b>§ 2 Dilemma-These und Lösungsansatz .....</b>	<b>183</b>
<b>§ 3 Lösungsvorschläge zum Schutz des Arbeitnehmers .....</b>	<b>184</b>
A. Ersatzlose Streichung des arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbotes ..	184
I. Parlamentarische Initiative von Claude Janiak vom 14. März 2002 .....	184
II. Deregulierung .....	186
III. Folgen .....	187
1. Allgemein .....	187
2. Anwendung des agenturrechtlichen Konkurrenzverbotes ..	187
3. Anwendung eines sog. Konkurrenzhaupervertrages .....	188
IV. Vor- und Nachteile für den Arbeitnehmer .....	189
1. Allgemein .....	189
2. In Bezug auf die Gültigkeitsvoraussetzung der Handlungsfähigkeit .....	189

a.	Vergleich des Begriffes der Handlungsfähigkeit von Art. 340 Abs. 1 OR mit demjenigen von Art. 19 Abs. 1 ZGB .....	189
3.	In Bezug auf die Gültigkeitsvoraussetzung der Form.....	190
a.	Vergleich der Formvorschrift von Art. 340 Abs. 1 OR mit derjenigen von Art. 11 OR.....	190
4.	In Bezug auf den Inhalt.....	190
a.	Betreffend die konkurrenzierende Tätigkeit.....	190
b.	Betreffend die Umschreibung des Geheimnisbegriffs....	191
c.	Betreffend die Kenntnisnahme der besonderen Geheimnisse .....	191
d.	Betreffend die erhebliche Schädigungsmöglichkeit .....	192
e.	Betreffend die inhaltliche Begrenzung des Konkurrenzverbotes .....	192
5.	In Bezug auf die Folgen bei einer Übertretung.....	194
a.	Allgemein .....	194
b.	Auswirkungen auf die Realexekution.....	194
c.	Auswirkungen auf die Konventionalstrafe .....	195
V.	Fazit.....	196
B.	Auslegung zu Gunsten des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung der horizontalen Drittewirkung der Grundrechte.....	196
C.	Öffentliche Beurkundung.....	198
I.	Motion Schmid-Zürich vom 11. Dezember 1952.....	198
II.	Vorteile einer öffentlichen Beurkundung.....	199
D.	Karenzentschädigung .....	201
I.	Lehrmeinungen in der Ökonomie zu einer finanziellen Kompensation durch die begünstigte an die benachteiligte Partei im Sinne eines Exkurses .....	201
II.	Vergleich mit der Karenzentschädigung im Agenturvertrag.....	202
III.	Vergleich mit den Karenzregelungen in europäischen Ländern und im Europäischen Recht .....	203
IV.	Vorschlag einer zwingenden Karenzentschädigung für das schweizerische Recht .....	206
E.	Reduktion der zeitlichen Begrenzung .....	209
F.	Voraussetzung eines Mindestgehalts .....	210
G.	Einschränkung des Konkurrenzverbotes auf Tätigkeiten, bei denen Arbeitnehmer Einblick in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse von hohem wirtschaftlichen Wert haben.....	210
<b>§ 4</b>	<b>Lösungsvorschläge zum Schutz des Arbeitgebers.....</b>	<b>212</b>
A.	Bei Personalabwerbung durch die Konkurrenz.....	212
B.	Gewinnherausgabe .....	213

C. Anrechnung von Einkommen aus nicht konkurrenzierender Tätigkeit auf die Karenzentschädigung.....	215
D. Bedingtes Konkurrenzverbot .....	216
E. Streichung eines Teils der Durchsetzungshindernisse nach Art. 340b Abs. 3 OR .....	218
<b>Würdigung und Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Arbeit.....</b>	<b>221</b>
<b>Sachverzeichnis.....</b>	<b>227</b>