

Das Konkurrenzverbot in der öffentlichen Verwaltung

Fanny Sutter
Rechtsanwältin, LL.M.,
Streichenberg und Partner

Programm

- Einleitung: Das Konkurrenzverbot im Allgemeinen, Beispiel Konkurrenzklausel, Fälle aus der Praxis
- Das Konkurrenzverbot in der öffentlichen Verwaltung
- Fall aus der Praxis (ZH): Konkurrenzverbot
- Andere Kantone
- Fall aus der Praxis (ZH): Nebenbeschäftigung
- Auf Bundesebene
- Exkurs: Universität Zürich
- Fazit

Einleitung: Das Konkurrenzverbot im Allgemeinen

- Ursprung im Privatrecht (OR)
- Unterscheidung **vertragliches und nachvertragliches** Konkurrenzverbot (Art. 321a bzw. Art. 340 ff. OR).
 - *Fokus nachvertragliches Konkurrenzverbot*
- **Sinn und Zweck** des nachvertraglichen Konkurrenzverbots ist es, dass Mitarbeitende, die weitgehenden Einblick in das Geschäft/den Kundenkreis der Arbeitgeberin hatten, davon abgehalten werden, nach ihrem Abgang der alten Arbeitgeberin Konkurrenz zu machen und Schaden anzurichten.
- Privatrecht: Geprägt vom **Grundsatz der Vertragsfreiheit**. Man hat weitgehende Möglichkeiten, bspw. zusätzlich Kundenschutz oder Abwerbverbot sowie Karenzenschädigung und/oder Konventionalstrafe.
- Dauer: Verbot für max. **3 Jahre** (in Ausnahmefällen sogar mehr!)

Einleitung: Das Konkurrenzverbot im Allgemeinen

- **Durchsetzungsmechanismen** teilweise sehr weitgehend (Art. 340b OR):
 - Hohe Konventionalstrafen (3-6, oder auch bis zu 12 Monatslöhnen...)
 - Realvollstreckung (vorsorgliches/superprovisorisches Tätigkeitsverbot)
- Zusätzlich **Schadenersatz**
- Aber: **Herabsetzung** / Einschränkung durch Gericht möglich (Art. 340a OR).
- **Wegfall** insb. bei Kündigung durch Arbeitgeberin ohne begründeten Anlass oder Kündigung durch Arbeitnehmer aus begründetem Anlass (Art. 340c OR).

Einleitung: Beispiel nachvertragliche Konkurrenzklause

Die Arbeitnehmerin verpflichtet sich hiermit, während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und während 2 Jahren ab Beendigung, auf dem Gebiet des Kantons Zürich weder direkt noch indirekt, sei es als Selbständige, Arbeitnehmerin, Beraterin oder sonstwie (i) die Arbeitgeberin auf irgendeine Art zu konkurrenzieren; (ii) für Kunden der Arbeitgeberin tätig zu werden; (iii) für ein Unternehmen zu arbeiten oder aktiv zu sein oder zu investieren, welches mit der Arbeitgeberin direkt oder indirekt in Konkurrenz steht; (iv) Mitarbeitende, Kunden, Lieferanten oder andere Geschäftspartnerinnen und -partner der Arbeitgeberin abzuwerben; (v) Vorbereitungshandlungen zu den genannten Handlungen vorzunehmen.

Die Arbeitnehmerin verpflichtet sich, der Arbeitgeberin bei Verletzung des Konkurrenz-/Abwerbverbotes eine Konventionalstrafe in Höhe von CHF 50'000 zu bezahlen. Die Zahlung der Konventionalstrafe entbindet die Arbeitnehmerin nicht von der Einhaltung des Konkurrenz-/Abwerbverbots. Die Arbeitgeberin hat das Recht, Ersatz des darüberhinausgehenden Schadens zu fordern und die Realvollstreckung des Konkurrenz-/Abwerbverbots zu verlangen (insb. mittels Erlass einer (super)provisorischen Massnahme).

Einleitung: Fälle aus der Praxis

- Ein Unternehmensberater (insb. für Personalangelegenheiten) kündigt und macht sich in der Folge im gleichen Bereich und im gleichen Kanton (St. Gallen) selbständig, wobei er den Kundenstamm der ehemaligen Arbeitgeberin abwirbt. Konventionalstrafe gemäss Klausel im Vertrag von CHF 100'000 wird vom Bundesgericht geschützt (BGer 4A_107/2011).
- Eine Verkaufsmitarbeiterin im Bereich des Vertriebs von Medizinprodukten kündigt bei der alten Arbeitgeberin und wechselt zur direkten Konkurrenz, wo sie ebenfalls im Verkauf für gleiche/sehr ähnliche Medizinprodukte tätig ist. Das Bezirksgericht Winterthur gewährt eine vorsorgliche Massnahme, womit der Mitarbeiterin per sofort die konkurrenzierende Tätigkeit bis zum Ablauf des Konkurrenzverbots (1 Jahr) verboten wird.

Das Konkurrenzverbot in der öffentlichen Verwaltung

- Grosser Unterschied: **Grundrechtsbindung** und somit eingeschränkte Vertragsfreiheit!
- Konkurrenzverbot als massive **Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)**.
 - Teilgehalt **freier Zugang zur privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit** (Art. 27 Abs. 2 BV)
- Was heisst das konkret? → Prüfung nach Art. 36 BV:
 - Gesetzliche Grundlage
 - Öffentliches Interesse
 - Verhältnismässigkeit

Gesetzliche Grundlage?

- § 49 Personalgesetz ZH (Treuepflicht):

Die Angestellten haben sich rechtmässig zu verhalten, die Rechte und Freiheiten des Volkes zu achten, die ihnen übertragenen Aufgaben persönlich, sorgfältig, gewissenhaft und wirtschaftlich auszuführen und die Interessen des Kantons in guten Treuen zu wahren.

Gesetzliche Grundlage?

- § 51 Personalgesetz ZH (Amtsgeheimnis):

¹ Die Angestellten sind zur Verschwiegenheit über dienstliche Angelegenheiten verpflichtet, [...].

² Diese Verpflichtung bleibt nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen.

Gesetzliche Grundlage?

- § 53 Personalgesetz ZH (Nebenbeschäftigung):

¹ Die Ausübung einer Nebenbeschäftigung ist nur zulässig, wenn sie die amtliche Aufgabenerfüllung nicht beeinträchtigt und mit der dienstlichen Stellung vereinbar ist.

² Eine Bewilligung ist erforderlich, sofern vereinbarte Arbeitszeit beansprucht wird. Die obersten kantonalen Gerichte können die Bewilligungspflicht auf zusätzliche Tatbestände ausdehnen. Die Bewilligung kann mit Auflagen zur Kompensation beanspruchter Arbeitszeit und zur Abgabe von Nebeneinnahmen verbunden werden.

Fall aus der Praxis (ZH): Konkurrenzverbot

- Entscheid des Verwaltungsgerichts ZH vom 29.6.2016 (VB.2016.00044).
- **Sachverhalt** (etwas vereinfacht): Arzt A war ab dem 1.10.2006 als leitender Arzt am Universitätsspital Zürich im Bereich Viszeralchirurgie tätig. Am 8.11.2011 vereinbarten die Parteien mittels eines «Addendums zur Anstellungsverfügung» eine Konkurrenzklausel, wonach dem Arzt A die **Durchführung bestimmter hochspezialisierter Eingriffe auf dem Kantonsgebiet Zürich während 3 Jahren ab Beendigung der Anstellung verboten** wurde. Per 31.8.2015 kündigte Arzt A dann beim USZ und war ab 1.9.2015 als Arzt für das Spital E im Kanton Zürich tätig. Das USZ erliess am 7.12.2015 eine Verfügung, wonach Arzt A verpflichtet wurde, die konkurrenzierende Tätigkeit sofort zu unterlassen und eine Konventionalstrafe von rund CHF 90'000 zu bezahlen. Arzt A erhob dagegen Beschwerde beim Verwaltungsgericht ZH.

Fall aus der Praxis (ZH): Konkurrenzverbot

- **Erwägungen:**
 - E.5.: Staatliches Handeln muss stets auf einer **gesetzlichen Grundlage** beruhen (Art. 5 Abs. 1 BV). Entsprechend müssen sich die Rechte und Pflichten der Angestellten im Grundsatz aus einer Rechtsnorm ergeben [...]. Ebenso ist die Verwaltung an das **Verhältnismässigkeitsprinzip** gebunden und muss ihr Handeln im **öffentlichen Interesse** sein (Art. 5 Abs. 2 BV) [...]. Hier liegt ein Konkurrenzverbot im Streit, das auch **Auswirkungen auf eine nachfolgende privatwirtschaftliche Tätigkeit** der Angestellten haben kann und insofern den sachlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) betrifft [...].

Fall aus der Praxis (ZH): Konkurrenzverbot

- E.5.1: [...] Sowohl die Treuepflicht [§ 49 PG ZH] als auch die [...] Nebenbeschäftigung [§ 53 PG ZH] gelten grundsätzlich nur für die Dauer des Anstellungsverhältnisses. Damit sind die entsprechenden Bestimmungen **keine gesetzliche Grundlage** für die Auferlegung eines über das Ende der Anstellungsdauer hinauswirkenden Konkurrenzverbots. Die Pflicht, das Amtsgeheimnis zu wahren [§ 51 PG ZH], wirkt sodann zwar ausdrücklich über die Beendigung des Anstellungsverhältnisses hinaus [...]; es fehlt indes an einem sachlichen Zusammenhang zwischen Konkurrenzverbot und Amtsgeheimnis, weshalb die entsprechende Bestimmung ebenfalls **keine genügende gesetzliche Grundlage** für ein Konkurrenzverbot bildet.

Fall aus der Praxis (ZH): Konkurrenzverbot

- Zum öffentlichen Interesse und Verhältnismässigkeit führt das Verwaltungsgericht in Analogie zu Art. 340 ff. OR insb. aus, dass
 - Arzt A **keinen Einblick in die Geschäftsgeheimnisse** des USZ hatte, sondern schon vorher über sämtliche notwendigen Kenntnisse verfügte und diese Kenntnisse in sämtlichen anderen Spitälern, welche dieselben Operationen durchführen, hätte erlangen können (E.5.2.2),
 - es sich bei den Ärztinnen und Ärzten um einen sog. **freien Beruf** handelt, wo die PatientInnen regelmässig aufgrund besonderer, persönlicher Eigenschaften und Fähigkeiten die Ärztin/den Arzt auswählen und ein Konkurrenzverbot deshalb sowieso unzulässig ist (E.5.2.3) und
 - es nicht **Sinn und Zweck des Konkurrenzverbots** sei, die vom USZ vorgebrachte Umsetzung der Spitalplanung («Stärkung der hochspezialisierten Medizin am USZ») durchzusetzen, sondern dass dies mittels entsprechender gesetzgeberischer und planerischer Massnahmen erfolgen müsse (E.5.2.3).

Fall aus der Praxis (ZH): Konkurrenzverbot

- Schlussfolgerung (E.5.3): Demnach **widerspricht das Konkurrenzverbot dem übergeordneten materiellen Recht**. Die dem [Arzt A] [...] auferlegte Pflicht, das Konkurrenzverbot unter Strafandrohung einzuhalten sowie eine Konventionalstrafe von Fr. 91'854.- zu bezahlen, erweist sich damit als **rechtswidrig**.
- Die Verfügung des USZ vom 7.12.2015 wurde aufgehoben.

Andere Kantone

- Die Kantone statuieren in ihren Personalgesetzen alle die **Treuepflicht**, regeln die **Nebenbeschäftigung** (Grds. Erlaubnis unter bestimmten Voraussetzungen) und kennen eine das Arbeitsverhältnis überdauernde **Geheimhaltungspflicht**.
- **Kein Kanton** hat momentan eine gesetzliche Grundlage für Konkurrenzverbote.
 - Das heisst? Konkurrenzverbote sind auf Kantonebene generell **unzulässig!**
- Gäbe es ein Bedürfnis oder ist der Schutz genügend?

Fall aus der Praxis (ZH): Nebenbeschäftigung

- BGE 121 I 326 (5.12.1995): X war Bezirksanwalt (heute: Staatsanwalt) für Wirtschaftsdelikte bei der Bezirksanwaltschaft (Staatsanwaltschaft) Kanton Zürich. Er ersuchte um Bewilligung, nebenamtlich, in seiner Freizeit als Verwaltungsrat bei der Firma F AG tätig zu sein. Der Regierungsrat ZH wies das Gesuch ab. Vor Bundesgericht rügt X insb. die Verletzung der Wirtschaftsfreiheit.
- Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass eine genügende gesetzliche Grundlage vorliegt (§15 Beamtenverordnung, heute: § 53 PG/PVO). Ausserdem seien hohe Anforderungen an die **Vermeidung von Interessenskollisionen und die Sicherstellung der Unparteilichkeit** von Beamten zu stellen. Es komme nicht nur auf das Ausmass der zeitlichen Belastung einer Nebenbeschäftigung an. Die Verweigerung der Bewilligung sei deshalb zulässig (E.2.c)bb)).

Auf Bundesebene

- Das Gleiche gilt auf Bundesebene:
 - Art. 20 BPG: Treuepflicht
 - Art. 21 Abs. 4 BPG: Verbot der Ausübung einer amtlichen Funktion für einen ausländischen Staat
 - Art. 22 BPG: Berufs-, Geschäfts- und Amtsgeheimnis
 - Art. 23 BPG: Nebenbeschäftigung
 - Weitere Erlasse, z.B. BGG in Bezug auf BundesrichterInnen
- Die vom Bund angebotenen Leistungen werden in der Regel nicht auch von anderen Anbietern (Privaten, Kantonen und Gemeinden, etc.) angeboten. Insofern sind die **Angestellten des Bundes konkurrenzlos tätig**. Wenn sie neben ihrem Arbeitsverhältnis beim Bund noch anderweitig arbeiten – für Dritte oder selbständig –, so verletzen sie dadurch unter Umständen zwar die Treuepflicht bzw. das Nebenbeschäftigungsverbot; sie können den Bund in der Regel aber nicht konkurrenzieren (SHK BPG-Helbling, zu Art. 20 BPG, N 54).
→ Das heisst? **Kein Bedürfnis!**

Exkurs: Universität Zürich

- Nebenbeschäftigung ist eingehend geregelt, insb. §53 Personalverordnung der Universität Zürich (PVO-UZH):

*...Die Universität anerkennt die **Bedeutung von universitätsnahen Nebenbeschäftigungen** und von praxisbezogener Zusammenarbeit des Universitätspersonals mit Dritten.*

- Aber auch §56 PVO-UZH:

*...Nebenbeschäftigungen sind zulässig, wenn sie... die Universität **nicht direkt konkurrenzieren**.*

Fazit

- Schutz durch **Treuepflicht, Geheimhaltungspflichten** und Regelung der **Nebenbeschäftigung** in allen Kantonen und auf Bundesebene gewährleistet.
- **Nachvertragliche Konkurrenzverbote** in der öffentlichen Verwaltung momentan **in allen Kantonen sowie auf Bundesebene unzulässig!**
- **Relevanz?**
 - Ev. Spitäler, Hochschulen (ETH, Uni ZH, Unispital ZH, HSG)
 - Könnte sich die Relevanz in näherer Zukunft ändern? → Stichwort neue Technologien / KI

Danke für Ihre Aufmerksamkeit

Kontakt
Fanny Sutter
Rechtsanwältin, LL.M.,
Streichenberg und Partner
Stockerstrasse 38
8002 Zürich
fanny.sutter@streichenberg.ch

