

ZH_OBERGERICHT LA220019 vom 31. Juli 2023

ZH Obergericht, 2023-07-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA220019

FR: ZH_OBERGERICHT LA220019 du 31 juillet 2023

IT: ZH_OBERGERICHT LA220019 del 31 luglio 2023

Erwägungen

E. 1

Der Kläger war seit dem 1. September 2010 als stellvertretender Geschäftsleiter und Projektleiter Ophthalmologie bei der Beklagten angestellt und zudem ein Mitglied der Geschäftsleitung der Beklagten. Am 3. November 2020 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis ordentlich auf den 31. Mai 2021 (Urk. 2 S. 5; Urk. 14 S. 4 ff.). Die Parteien haben im Arbeitsvertrag eine "Erfolgsbeteiligung nach separatem Projekt-Bonusplan" vereinbart, welche dem Kläger in den Jahren 2019 bis 2021 nicht ausbezahlt wurde (Urk. 2 S. 9 ff.; Urk. 14 S. 6 ff.). Ferner haben die Parteien ein nachvertragliches Konkurrenz- und Abwerbeverbot vereinbart, dessen grundsätzliche Gültigkeit nicht bestritten wird (Urk. 2 S. 14 ff.; Urk. 14 S. 9 ff.). Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, dass es sich bei der vertraglich vereinbarten Erfolgsbeteiligung um einen variablen Lohnbestandteil handle, und macht diesen für die Jahre 2019 bis 2021 geltend. Weiter ist er der Auffassung, die Beklagte habe ihm begründeten Anlass zur Kündigung gegeben, weshalb das Konkurrenzverbot dahingefallen sei. Eventualiter sei das Konkurrenzverbot zeitlich zu beschränken. Schliesslich ist der Kläger der Ansicht, die Beklagte schulde ihm noch einen Anteil der Karenzentschädigung. Die Beklagte macht im Wesentlichen geltend, dass die vertraglich vereinbarte Erfolgsbeteiligung als eine freiwillige Gratifikation zu qualifizieren sei, weshalb seitens des Klägers kein Anspruch darauf bestehe. Zudem stellt sie sich auf den Standpunkt, das Konkurrenzverbot bestehe noch und sie sei ihren Verpflichtungen unter dem Titel Karenzentschädigung bislang vollumfänglich nachgekommen. Dementsprechend beantragt die Beklagte die vollumfängliche Abweisung der Klage (Urk. 46 S. 6 f.).

E. 2

Mit Urteil vom 18. Mai 2022 stellte die Vorinstanz fest, dass das zwischen den Parteien vereinbarte Konkurrenz- und Abwerbeverbot mit der Kündigung des Klägers vom 3. November 2020 dahingefallen sei. Sie verpflichtete die Beklagte, dem Kläger Fr. 52'600.50 nebst Zins zu 5% seit 1. November 2020 zu bezahlen.

- 6 - Im Mehrumfang wurde die Klage abgewiesen (Urk. 46 S. 23). Gegen dieses Urteil erhob die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) mit Eingabe vom

E. 6

Juli 2022, hier eingegangen am 7. Juli 2022, fristgerecht Berufung und stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 46 S. 2). Der ihr mit Verfügung vom

E. 11

Juli 2022 auferlegte Kostenvorschuss von Fr. 10'850.-- (Urk. 51) wurde rechtzeitig geleistet (Urk. 52). Die Berufungsantwort des Klägers und Berufungsbeklagten (fortan

Kläger) datiert vom 16. November 2022 und ging am 17. November 2022 rechtzeitig ein (Urk. 54). Sie wurde mit Verfügung vom 3. Januar 2023 der Gegenpartei zur Stellungnahme innert 10 Tagen zugestellt (Urk. 58). Die entsprechende Eingabe der Beklagten datiert vom 13. Januar 2023 (Urk. 59). Diese Eingabe wurde dem Kläger mit Verfügung vom 3. März 2023 zugesandt (Urk. 61). Die daraufhin vom Kläger eingereichte Stellungnahme wurde am 25. April 2023 der Beklagten zur Kenntnis gebracht (Urk. 62). Diese äusserte sich in der Folge wiederum dazu am 3. Mai 2023 (Urk. 64). Mit Verfügung vom 5. Mai 2023 wurde diese Eingabe der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt und den Parteien angezeigt, dass das Berufungsverfahren in die Phase der Urteilsberatung übergegangen ist (Urk. 65). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten nicht. Das Verfahren ist spruchreif. Auf die Ausführungen der Parteien ist nur so weit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1.). Am vorliegenden Entscheid wirkt Oberrichter Dr. M. Kriech anstelle des ferienhalber abwesenden Kammerpräsidenten lic. iur. A. Huizinga mit. 3. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Beklagte verlangt im Berufungsverfahren die Aufhebung der Dispositivziffern 1-4 des vorinstanzlichen Urteils bzw. Abweisung/Nichteintreten der/auf die Rechtsbegehren 1-5 (Urk. 45 S. 2). Der Kläger erhob keine Anschlussberufung (Urk. 54 S. 2). Demgemäss ist davon Vormerk zu nehmen, dass das Urteil des Arbeitsgerichts Dietikon vom 18. Mai 2022 bezüglich Dispositivziffer 2, soweit die Klage im Fr. 52'600.50 nebst Zins zu 5% seit 1. November 2020 übersteigenden Betrag abgewiesen wurde, am 18. November 2022 in Rechtskraft erwachsen ist.

- 7 - II. 1. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Die Parteien haben die von ihnen kritisierten Erwägungen des angefochtenen Entscheides wie auch die Aktenstücke, auf die sie ihre Kritik stützen, genau zu bezeichnen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_580/2015 vom 11.04.2016, E. 2.2 [nicht publiziert in BGE 142 III 271]; BGer 5A_127/2018 vom 28.02.2019, E. 3, m.w.H.). Demnach hat der Berufungskläger im Sinne von Art. 311 ZPO in seiner Berufungsschrift hinreichend begründet aufzuzeigen, inwiefern das vorinstanzliche Urteil in den angefochtenen Punkten fehlerhaft sein bzw. an den gerügten Mängeln leiden soll. Dafür ist der Berufungskläger gehalten, die von ihm angefochtenen vorinstanzlichen Erwägungen genau zu bezeichnen, sich im Einzelnen argumentativ mit diesen auseinanderzusetzen und mittels präziser Verweisungen auf die Akten darzulegen, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Ungenügend sind folglich pauschale Behauptungen der Fehlerhaftigkeit des vorinstanzlichen Urteils sowie pauschale Verweise auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung (BGE 138 III 374, Erw. 4.3.1; BGer 5A_164/2019 vom 20. Mai 2020, Erw. 5.2.3; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, Erw. 2.1). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um

festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine

- 8 - pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.). Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor; der angefochtene Entscheid ist grundsätzlich nur auf die gerügten Punkte hin zu überprüfen. Das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden. Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6). Unter der Geltung des Verhandlungsgrundsatzes haben die Parteien die Tatsachen, auf die sie sich stützen, darzulegen und die entsprechenden Beweismittel frist- und formgerecht anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Von Amtes wegen wird nur Beweis erhoben, wenn an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen (Art. 153 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZPO). Die Parteien sind grundsätzlich gehalten, erstinstanzlich gestellte Beweisanträge, denen nicht entsprochen wurde, vor der zweiten Instanz zu wiederholen (BGer 4A_496/2016 vom 08.12.2016, E. 2.2.2; 4A_258/2015 vom 21.10.2015, E. 2.4.2; 5A_660/2014 vom 17.06.2015, E. 4.2). Es kann aus praktischen Gründen vom

- 9 - Berufungsgericht nicht verlangt werden, dass es die – oft umfangreichen – erstinstanzlichen Akten nach erstinstanzlich erhobenen, vor zweiter Instanz jedoch nicht erneuerten Beweisanträgen durchforscht. Zudem entspräche dies nicht der Natur des Berufungsverfahrens als eigenständiges Verfahren (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.1 mit Hinweis auf die Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221, 7374 zu Art. 313 E-ZPO; BGE 144 III 394 E. 4.2). Die Begründungsanforderungen gelten auch für die Berufungsantwort, wenn darin Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im erstinstanzlichen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2; BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2; BGer 4A_496/2016 vom 08. Dezember 2016, E. 2.2.2; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 312 N 11). Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien in der Berufungs- bzw. Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen. Ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des sog. Replikrechts dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder zu ergänzen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). In diesem Sinne sind die

Replikschriften der Parteien (Urk. 59, 62, 64) entgegenzunehmen. 2. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Diese Voraussetzungen gelten kumulativ. Handelt es sich um echte Noven, ist das Erfordernis der Neuheit ohne Weiteres erfüllt und einzig das des unverzüglichen Vorbringens zu prüfen. Was unechte Noven angeht, so ist es Sache der Partei, die sie vor der Berufungsinstanz geltend machen will, zu beweisen, dass sie die erforderliche Sorgfalt an den Tag gelegt hat, was namentlich bedingt, die Gründe darzutun, warum die Tatsachen und Beweismittel nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (BGE 144 III 349 E. 4.2.1; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 34).

- 10 - III. 1.a) Es ist unbestritten, dass die Beklagte dem Kläger in den Jahren 2011 bis 2018 Boni in folgender Höhe ausbezahlt: 2011 Fr. 12'500.00; 2012 Fr. 20'000.00; 2013 Fr. 15'000.00; 2014 Fr. 18'000.00; 2015 Fr. 27'002.00; 2016 8 Wochen Ferien (ungefährer Gegenwert = 2 Monatslöhne = Fr. 37'900.00); 2017 Fr. 30'000.00; 2018 Fr. 50'000.00. Zudem erhielt der Kläger für die Jahre 2015 und 2016 je eine echte Gratifikation in der Höhe von EUR 150'000.00 bzw. CHF 134'556.00 (Urk. 2 S. 10; Urk. 4/7; Urk. 14 Rz 49 f.; Urk. 39 Rz 7 ff.). Zwischen den Parteien ist strittig, ob der Kläger auch für die Jahre 2019 und 2020 sowie für 2021 pro rata von der Beklagten einen Bonus zugute hat. Die Parteien sind sich bezüglich der Qualifikation dieser Vergütungen uneins. Im Anstellungsvertrag wurde eine Erfolgsbeteiligung nach separatem Projekt-Bonusplan vereinbart (Urk. 4/4 S. 1). Die Vorinstanz prüfte zunächst, ob es sich - wie vom Kläger behauptet - bei der vertraglich vereinbarten Erfolgsbeteiligung (Urk. 4/4 S. 1) um einen variablen Lohnbestandteil handle. Sie erwog, dass die Parteien die streitgegenständliche Vergütung im Arbeitsvertrag als "Erfolgsbeteiligung nach separatem Projekt-Bonusplan" bezeichnet und die Beklagte diese unter dem Titel "Bonus" ausbezahlt habe. Dieser Begriff sei aufgrund der Ausführungen der Parteien auslegungsbedürftig. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass es dem Kläger nicht gelungen sei darzutun, nach welchen fixen Kriterien die Boni berechnet worden seien, und dass der Beklagten dabei kein Ermessensspielraum zugekommen sei. Auch seien die Boni gegenüber dem Lohn akzessorisch, sodass der Kläger auch aus diesem Grund die Qualifikation als Lohnbestandteil nicht herleiten können. Er habe somit nicht nachweisen können, dass es sich dabei um variablen Lohn gehandelt habe (Urk. 46 S. 12).

- 11 - Der Kläger hielt im Berufungsverfahren grundsätzlich daran fest, dass es sich bei den Bonuszahlungen um eine Erfolgsbeteiligung im Sinne eines variablen Lohnbestandteils und nicht um eine Gratifikation gemäss Art. 322d Abs. 1 OR handle (Urk. 54 Rz 17, S. 8). Werde dieser Argumentation nicht gefolgt, so wäre in Anlehnung an den vorinstanzlichen Entscheid mindestens von einer (unechten) Gratifikation auszugehen (Urk. 54 Rz 4, S. 9). Der Kläger unterliess es, sich mit den diesbezüglichen vorinstanzlichen Erwägungen betreffend die Qualifikation bzw. Nichtqualifikation der Boni als Lohnbestandteil argumentativ auseinanderzusetzen und begründet aufzuzeigen, inwiefern die vorinstanzlichen Erwägungen fehlerhaft seien. Damit genügen die Ausführungen des Klägers den inhaltlichen Anforderungen an die Berufungsbegründung nicht, weshalb auf seine in diesem Zusammenhang gemachten Vorbringen nicht weiter einzugehen und in Übereinstimmung mit der Vorinstanz davon auszugehen ist, dass die Boni nicht als Lohnbestandteil zu qualifizieren sind. b) Die Vorinstanz prüfte weiter, ob es sich bei den Boni um eine echte oder unechte Gratifikation handle. Sie erwog, dass dem Kläger während acht

Jahren ununterbrochen jährlich ein Bonus ohne Freiwilligkeitsvorbehalt ausbezahlt worden sei, weshalb diese Bonuszahlungen als unechte Gratifikation zu qualifizieren seien. Diese Zahlungsleistungen habe die Beklagte zu keinem Zeitpunkt von bestimmten Bedingungen abhängig gemacht. Es gelinge ihr daher nicht, ihren Standpunkt, wonach es sich bei den Zahlungen um echte Gratifikationen handle, zu belegen. Der Kläger habe somit dem Grundsatz nach Anspruch auf Bonuszahlungen, wobei der Beklagten bezüglich der Höhe der Boni ein Ermessensspielraum zukomme (Urk. 46 S. 12 f.). Die Beklagte kritisierte diese Auffassung der Vorinstanz. Sie vertrat die Auffassung, dass es sich bei den Bonuszahlungen um eine echte Gratifikation handle (Urk. 45 Rz 21; Urk. 14 Rz 44), über deren Ausrichtung und Höhe sie frei entscheiden könne. Die Vorinstanz leite ihre Ansicht einzig aus der Tatsache ab, dass dem Kläger während acht Jahren ein Bonus ausbezahlt worden sei (Urk. 45 Rz 27). Der Arbeitsvertrag sehe vor, dass der Kläger allenfalls von einer "Erfolgsbeteiligung nach separatem Projekt-Bonusplan" profitieren könne. Der Arbeitsver-

- 12 - trag definiere jedoch weder konkrete Ziele noch einen Zielbonus oder eine Berechnungsgrundlage. Entsprechend stünden Ausrichtung und Höhe des Bonus im freien Ermessen des Arbeitgebers. Etwas Abweichendes könne vom Kläger nicht belegt werden (Urk. 45 Rz 27). Der Kläger habe keine Projekt-Bonuspläne der Vorjahre ins Recht legen oder auch nur darlegen können, weshalb er nicht in deren Besitz sein sollte. Auch habe er nicht ausgeführt, wer diese angeblichen Bonuspläne jeweils erstellt haben sollte und was deren (ungefähre) Parameter, die eine genaue Berechnung ermöglichen sollten, sein sollten. Es wäre am Kläger gelegen zu belegen, dass es sich bei der Gratifikation um einen objektiv messbaren Anspruch handle. Dies gelinge ihm nicht (Urk. 45 Rz 30 f.). Der Kläger habe daher keinen Anspruch auf Bonuszahlungen. Wie bereits erwähnt, stellte sich der Kläger auf den Standpunkt, dass in Anlehnung an den vorinstanzlichen Entscheid mindestens von einer (unechten) Gratifikation auszugehen sei (Urk. 54 Rz 4, S. 9). Demgemäss ist im Berufungsverfahren noch strittig, ob es sich bei den Zahlungen um eine echte oder unechte Gratifikation handelt bzw. ob die Zahlungen freiwillig waren oder ein Anspruch darauf bestand. c) Beim Bonus handelt es sich abhängig von der vertraglichen Ausgestaltung im Einzelfall um einen Lohnbestandteil oder um eine echte oder unechte Gratifikation. Auf eine echte Gratifikation hat der Arbeitnehmer (unter dem vorliegend irrelevanten Vorbehalt des Prinzips der Akzessorietät; vgl. BGE 142 III 381 E. 2.2.1) keinen Anspruch; ihre Ausrichtung liegt sowohl im Grundsatz als auch in ihrer Höhe im Ermessen des Arbeitgebers. Eine unechte Gratifikation muss der Arbeitgeber ausrichten; ihm steht bei der Festsetzung ihrer Höhe jedoch ein Ermessen zu. Sowohl die echte als auch die unechte Gratifikation treten zum Lohn hinzu. Darin unterscheiden sie sich vom im Voraus festgesetzten und fest vereinbarten Bonus, der (variabler) Lohnbestandteil ist. Dieser muss vom Arbeitgeber in der vereinbarten Höhe bezahlt werden (BGE 136 III 313 E. 2.; BGE 129 III 276 E. 2; BGE 109 II 447; ZK-Staeheli/Vischer, Art. 322d OR N 15; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 13). Die Verpflichtung zur Ausrichtung eines Bonus im Sinne einer unechten Gratifikation oder eines Lohnbestandteils kann zu Beginn des Arbeitsverhältnisses vereinbart worden sein oder aber während des

- 13 - laufenden Arbeitsverhältnisses durch ausdrückliche oder stillschweigende Vertragsänderung entstehen. aa) Was die Parteien vereinbart haben, bestimmt sich unter dem Vorbehalt zwingender gesetzlicher Vorgaben primär nach ihrem übereinstimmenden wirklichen Willen, der mittels Indizien zu ergründen ist. Kann ein solcher tatsächlicher

Parteiwille nicht festgestellt werden, ist die Vereinbarung zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens nach dem Vertrauensprinzip objektiviert auszulegen. Dabei ist zu untersuchen, wie die Parteierklärung vom jeweiligen Erklärungsempfänger nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind, verstanden werden durfte und musste (statt vieler: BGE 142 III 671 E. 3.3; BGE 131 III 606 E. 4.1; BGE 129 III 118 E. 2.5; BGer 4C.120/2006 vom 30. Juni 2006, E. 2.3; vgl. auch BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 11 ff.). Mit anderen Worten entscheidet sich der Inhalt eines Vertrages im Einzelfall und nicht abstrakt. Da der Konsens aber auch dadurch zustande kommen kann, dass eine konkludente Erklärung der einen Partei von der anderen nach Treu und Glauben in einem bestimmten Sinn verstanden werden durfte, hindert das eine über den konkreten Fall hinaus gültige Bewertung bestimmter Verhaltensweisen durch Lehre und Rechtsprechung nicht. Das Bundesgericht nimmt in zwar nicht unbestrittener (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Art. 322d N 4), aber ständiger Rechtsprechung einen stillschweigend vereinbarten Anspruch des Arbeitnehmers auf einen künftigen Bonus jedenfalls immer dann an, wenn der Arbeitgeber während mindestens drei aufeinanderfolgenden Jahren echte Gratifikationen ohne Freiwilligkeitsvorbehalt ausgerichtet hat (BGE 129 III 276 E. 2. mit Hinweisen; BGer 4D_98/2011 vom 12.03.2012, E. 2.4). Die ursprünglich freiwillige (echte) Gratifikation mutiert zu einer Gratifikation, welche im Sinne von Art. 322d Abs. 1 OR als verabredet gilt, auf die also ein Rechtsanspruch besteht (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O.). Der Hinweis auf die Freiwilligkeit der Gratifikation muss unmissverständlich sein, kann sich aber auch aus konkludentem Handeln des Arbeitgebers ergeben (ZK-Staehelin/Vischer Art. 322d OR N 10). Ob ein Freiwilligkeitsvorbehalt bei je-

- 14 - der Gratifikationsausrichtung speziell erneuert werden muss oder ob auch ein Freiwilligkeitsvorbehalt im Arbeitsvertrag oder einem Personalhandbuch genügt, wird in Lehre und Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 322d N 3, S. 336 mit Hinweisen). Im Licht des Vertrauensprinzips, das auch vom Arbeitnehmer verlangt, alle ihm aus den Umständen erkennbaren Tatsachen zu berücksichtigen (vgl. für den Bindungswillen BGE 116 II 695 E. 2a, 2b), erscheint es jedoch nicht überzeugend, Freiwilligkeitsvorhalten beispielsweise in Arbeitsverträgen grundsätzlich ihre Bedeutung abzusprechen. Die ausdrückliche Regelung des Bonusanspruchs in einem schriftlichen Arbeitsvertrag schliesst eine konkludente Vertragsänderung nicht aus und die Bundesgerichtliche Rechtsprechung nimmt eine solche ohne Rücksicht auf die konkrete Ausgestaltung des schriftlichen Arbeitsvertrags grundsätzlich nach drei Jahren der Bonusauszahlung für die Zukunft an. Dennoch kann die Handhabung des Bonus im betrieblichen Alltag nach Treu und Glauben auch nicht einfach von ihrer vertraglichen Grundlage losgelöst verstanden werden. Ist der Bonus in einem Arbeitsvertrag nicht nur geregelt, sondern enthalten die Vertragsgrundlagen darüber hinaus einen klaren Freiwilligkeitsvorbehalt, kann ein Arbeitnehmer daher trotz wiederholter Ausrichtung eines Bonus nicht ohne Weiteres auf einen Verpflichtungswillen des Arbeitgebers schliessen (vgl. BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 11; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 322d N 3). Seine Wirkung verliert ein Freiwilligkeitsvorbehalt aber jedenfalls dann, wenn er jahrzehntelang angebracht wird, ohne dass der Arbeitgeber je von diesem Gebrauch gemacht hat, obwohl er dazu Anlass gehabt hätte (BGE 129 III 276 E. 2.3). bb) Wie bereits erwähnt, leitete die Vorinstanz den Anspruch des Klägers auf die Auszahlung von Boni aus der Tatsache ab, dass dem Kläger

ununterbrochen während acht Jahren ein Bonus ohne Freiwilligkeitsvorbehalt seitens der Beklagten ausbezahlt worden war. Diese Zahlungen habe die Beklagte zu keinem Zeitpunkt von bestimmten Bedingungen abhängig gemacht (Urk. 46 S. 12 f.). Die Beklagte unterliess es im Berufungsverfahren, sich mit diesen Erwägungen der Vorinstanz zum Thema, wonach sie dem Kläger während Jahren ohne Freiwilligkeitsvorbehalt Boni ausbezahlt habe, auseinanderzusetzen. Insbesondere dementierte sie nicht, dass sie anlässlich der Auszahlung der Boni in all den Jahren

- 15 - nie einen Freiwilligkeitsvorbehalt oder andere Vorbehalte angebracht hat. Von dieser Tatsache ist somit auszugehen. Ihr Einwand, dass die Boni jeweils auf einem von ihr in freiem Ermessen gefassten Beschluss sowohl nach Grundsatz der Ausrichtung als auch nach Höhe festgesetzt worden seien (Urk. 45 Rz 28; Urk. 14 Rz 19), ist in diesem Zusammenhang unerheblich und im Übrigen auch nicht substantiiert, worauf noch näher einzugehen sein wird. Wie bereits erwähnt, erachtet das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung einen stillschweigend vereinbarten Anspruch des Arbeitnehmers auf einen künftigen Bonus immer dann als gegeben, wenn der Arbeitgeber während mindestens drei aufeinanderfolgenden Jahren (echte) Gratifikationen ohne Freiwilligkeitsvorbehalt ausgerichtet hat, wie dies vorliegend der Fall war. Zwar ist im Arbeitsvertrag eine Erfolgsbeteiligung nach separatem Projekt-Bonusplan vereinbart worden (Urk. 4/4 S. 1). Die Vorinstanz hielt jedoch fest, dass die Beklagte im Rahmen der Duplik ausgeführt habe, es sei in den Jahren 2011 bis 2018 jeweils kein solcher Projekt-Bonusplan erstellt worden (Urk. 46 S. 11 mit Verweis auf Prot. I S. 15). Die Beklagte erklärte explizit, dass es nie einen Plan über eine Erfolgsbeteiligung gegeben habe (Prot. I S. 15). Dem Kläger kann daher auch nicht vorgeworfen werden, dass er keinen solchen eingereicht hat (Urk. 45 Rz 30). Die zwischen den Parteien im Anstellungsvertrag vereinbarte "Erfolgsbeteiligung nach separatem Bonusplan" wurde offensichtlich nicht gemäss Vertrag praktiziert, sondern der Bonus wurde nach einer konkludenten Vertragsänderung über Jahre hinweg in unterschiedlicher Höhe jährlich an den Kläger ausbezahlt. Diese Bonuspraktik wurde in diesen Jahren von keiner der beiden Parteien je in Frage gestellt. Die Beklagte machte vor Vorinstanz selbst ausdrücklich geltend, dass im Laufe der Jahre konkludent eine Gratifikation abgemacht worden sei und der Kläger dies so akzeptiert habe (Prot. I S. 15). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung nimmt wie erwähnt eine solche konkludente Vertragsänderung ohne Rücksicht auf die konkrete Ausgestaltung des schriftlichen Arbeitsvertrags grundsätzlich nach drei Jahren der Bonusauszahlung für die Zukunft an. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, sind die ausbezahlten Boni demnach als unechte Gratifikation zu qualifizieren, wobei betreffend die Höhe der Boni der Beklagten ein Ermessensspielraum zukam (Urk. 46 S. 13).

- 16 - cc) Bezüglich der Höhe der Boni erwog die Vorinstanz, dass die Beklagte geltend mache, dass allfällige Bonuszahlungen auf dem Geschäftsgang und der finanziellen Situation basierten. In den Jahren 2019 und 2020 sei der Geschäftsgang schlecht gewesen. Dieser Umstand stelle einen objektiven Grund dar, welcher die Entstehung eines Gratifikationsanspruches auszuschliessen vermöge. Der Kläger habe den schlechten Geschäftsgang bestritten. Die Beklagte habe es dennoch unterlassen darzulegen, inwiefern das Geschäftsergebnis in den Jahren 2019 und 2020 schlecht gewesen sei. Sie habe es insbesondere unterlassen, eine Bilanz ins Recht zu legen, welche den schlechten Geschäftsgang aufgezeigt hätte (Urk. 46 S. 13). Sie habe sich zwar eventualiter auf den Standpunkt gestellt, es könne auf den Entwurf des Projekt-Bonusplanes abgestellt werden,

den sie ins Recht gereicht habe (vgl. Urk. 16/4). Da jedoch feststehe, dass die Parteien sich nicht auf diesen Plan geeinigt hätten und es deshalb bei einem Entwurf geblieben sei, stehe fest, dass für die Jahre 2019 und folgende eben keine Zielboni und Parameter für die Berechnung der Boni vereinbart worden seien. Mangels anderer Anhaltspunkte sei für die Berechnung der Höhe der Boni für die Jahre 2019 und 2020 deshalb auf den Durchschnitt der in den Jahren 2011 bis 2018 ausbezahlten Boni abzustellen, welcher Fr. 26'300.25 betragen habe. Der Kläger habe für die Jahre 2019 und 2020 somit einen Anspruch auf Boni in der Höhe von insgesamt Fr. 52'600.50 nebst Zins zu 5% seit 1. November 2020 (Urk. 46 S. 14). Im Berufungsverfahren stellte sich die Beklagte auf den Standpunkt, selbst wenn man den Ausführungen des Klägers folgen wollte und ihm einen Anspruch auf die Zahlungen attestieren würde, wären solche Zahlungen für das Jahr 2019 und 2020 wegen des schlechten Geschäftsganges nicht geschuldet. Die Beklagte hatte schon vor Vorinstanz zu dieser Behauptung als Beweismittel die "Präsentation Entwicklung EBITDA und Darlehenszinsen" (Urk. 40/1) sowie die Parteibefragung von C._____ und die Zeugenbefragung von D._____ offeriert (Urk. 39 Rz 7). Die Beklagte führte dazu aus, dass die Übersicht "Entwicklung EBITDA und Darlehenszinsen" bei Bedarf von C._____ erläutert werden könnte (Urk. 39 Rz 7). Zu Recht verzichtete die Vorinstanz auf die Erhebung dieser Beweismittel. Die Beklagte unterliess es nämlich, vorgängig darzulegen, wie die in den Vorjahren an den Kläger ausbezahlten Boni berechnet wurden, was jedoch unerlässliche Vo-

- 17 - raussetzung ist, um beurteilen zu können, inwiefern der Geschäftsgang für die konkrete Bemessung der Boni massgeblich sein soll. Es fehlen jegliche Angaben der Beklagten über die für die Berechnung entscheidenden Parameter. Allein die Behauptung, dass sich der Geschäftsgang 2019 und 2020 verschlechtert habe, genügt nicht. Es gibt keine Behauptungen dazu, inwiefern sich der Geschäftsgang gegenüber 2018 und den Vorjahren verschlechtert haben soll und wie sich dies konkret auf den Bonus auswirkt. Es ist deshalb festzuhalten, dass die Beklagte es unterliess, nähere Angaben zu den für die Berechnung der Boni massgeblichen Grundlagen zu machen. Zwar behauptete sie, dass es keine klare Berechnungsformel für den Bonus gegeben habe, sondern die Festsetzung von dessen Höhe in ihrem freien Ermessen gelegen habe. Diese Aussage steht jedoch im Widerspruch dazu, dass sich die Beklagte für die Nichtauszahlung von Boni in den Jahren 2019 und 2020 auf den verschlechterten Geschäftsgang berief und ausdrücklich erklärte, dass dieser Umstand eine Auszahlung verunmögliche (Urk. 39 Rz 8; Urk. 14 Rz 16 ff.). Zudem offerierte sie zu dieser Behauptung, dem ihr zustehenden freien Ermessen, im vorinstanzlichen Verfahren auch keinerlei Beweismittel (Urk. 39 Rz 8; Urk. 14 Rz 20). Der Kläger hielt daran fest, dass der Bonus jeweils berechnet worden sei, was durch die starken Schwankungen desselben in den einzelnen Jahren bewiesen sei (Prot. I S. 19). In diesem Sinne genügen die Ausführungen der Beklagten den Begründungsanforderungen nicht: Gilt wie vorliegend die Verhandlungsmaxime, ist es Sache der Parteien, dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Den Parteien obliegt die Behauptungslast. Es genügt aber nicht, das Vorhandensein einer Tatsache global zu behaupten. Eine Tatsachenbehauptung, muss, um der Substantiierungspflicht zu genügen, immer so konkret formuliert werden, dass eine substantiierte Bestreitung möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (BSK ZPO-Gehri, Art. 55 N 4). Die zulässigen Beweismittel müssen genannt werden, wobei die Beweisofferten den behaupteten Tatsachen zuzuordnen sind (Prinzip der Beweisverbindung; Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO). Zusammenfassend sind die betreffenden

Behauptungen zu wenig substantiiert und nicht bewiesen. Der Beklagten gelang es somit nicht zu belegen, dass aufgrund des schlechten

- 18 - Geschäftsganges kein Bonus zu bezahlen ist. Somit steht fest, dass der Kläger grundsätzlich für die Jahre 2019 und 2020 Anspruch auf Bonuszahlungen hat. Wie bereits ausgeführt, stellte die Vorinstanz mangels anderer Anhaltspunkte für die Berechnung der Höhe der Boni der Jahre 2019 und 2020 auf den Durchschnitt der in den Jahren 2011 bis 2018 ausbezahlten Boni ab, welcher Fr. 26'300.25 betrug. Der Kläger habe für die Jahre 2019 und 2020 somit einen Anspruch auf Boni in der Höhe von insgesamt Fr. 52'600.50 nebst Zins zu 5% seit 1. November 2020 (Urk. 46 S. 14). Mit diesen Ausführungen zum Quantitativ setzten sich die Parteien in ihren Berufungsschriften nicht auseinander (Urk. 45 und Urk. 54). Da sie überzeugend erscheinen, sind sie zu bestätigen. Die Beklagte ist demnach zu verpflichten, dem Kläger Fr. 52'600.50 nebst Zins zu 5% seit 1. November 2020 zu bezahlen. Die Berufung ist in diesem Punkt somit abzuweisen und Dispositiv-Ziffer 2 des vorinstanzlichen Urteils, soweit noch nicht in Rechtskraft erwachsen, zu bestätigen. 2.a) Der Kläger hatte auch verlangt, es sei festzustellen, dass das mit Anstellungsvertrag vom 17. August 2016 zwischen den Parteien vereinbarte Konkurrenz- und Abwerbeverbot dahingefallen sei (Urk. 2 S. 2). Die Parteien hatten in Ziffer 8 des Anstellungsvertrages vom 17. August 2016 folgendes Konkurrenz- und Abwerbeverbot vereinbart (Urk. 4/4): "Der Arbeitnehmer verpflichtet sich hiermit während zwei Jahren ab Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer bzw. durch den Arbeitgeber, wenn der Arbeitnehmer ihm dazu begründeten Anlass gegeben hat, im Gebiet der Schweiz und Liechtenstein weder direkt noch indirekt, sei es als Selbständigerwerbender, Arbeitnehmer, Berater oder sonst wie: i) den Arbeitgeber auf irgendeine Art zu konkurrenzieren, insb. weder Produktlinien von Lieferwerken des Arbeitgebers zu übernehmen oder zu vertreiben (sei es als Inhaber eines eigenen Geschäftes, sei es als Arbeitnehmer in einem Konkurrenzunternehmen), noch als Angestellter oder Vertreter einer Lieferfirma des Arbeitgebers tätig zu sein; ii) in eine Unternehmen zu investieren, welches mit dem Arbeitgeber direkt oder indirekt in Konkurrenz steht (ausgenommen Investitionen in kotierte Unternehmen bis maximal 5% von Kapital und Stimmen);

- 19 - iii) Arbeitnehmer, Kunden, Lieferanten oder andere Geschäftspartner des Arbeitgebers abzuwerben oder zu entmutigen, mit dem Arbeitgeber Geschäfte zu tätigen; iv) andere Personen oder Unternehmen bei Handlungen gemäss (i)-(iii) zu unterstützen. Der Arbeitnehmer verpflichtet sich dem Arbeitgeber bei Verletzung des Konkurrenz-/Abwerbeverbotes eine Konventionalstrafe in Höhe von CHF 100'000 zu bezahlen. Bei fortdauernder Verletzung hat der Arbeitnehmer zusätzlich CHF 10'000 für jeden angebrochenen Monat der andauernden Verletzung zu bezahlen. Die Zahlung der Konventionalstrafe entbindet den Arbeitnehmer nicht von der Einhaltung des Konkurrenz-/Abwerbeverbots. Der Arbeitgeber hat weiter das Recht, Ersatz des ihm entstandenen Schadens zu fordern und die effektive Durchsetzung des Konkurrenz-/Abwerbeverbots zu verlangen (Realexekution). Der Arbeitnehmer ist gehalten, in der Zeit, während der das obengenannte Konkurrenzverbot wirksam ist, dem Arbeitgeber auf Verlangen alle Angaben zu machen, die benötigt werden, um die Einhaltung des Konkurrenzverbotes zu überprüfen. Der Arbeitgeber verpflichtet sich dem Arbeitnehmer während der Dauer des Konkurrenzverbotes eine Karenzentschädigung von 50% des Salärs zu bezahlen. Der Arbeitgeber kann jederzeit den Arbeitnehmer von der Einhaltung des Konkurrenzverbotes freistellen, wobei nach einer solchen Freistellung keine

Karenzentschädigung mehr zu bezahlen ist." Die Gültigkeit des Konkurrenzverbotes wurde von den Parteien nicht in Frage gestellt (Urk. 46 S. 16). Unbestrittenermassen kündigte der Kläger mit Schreiben vom 3. November 2020 das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten unter Einhaltung der sechsmonatigen Kündigungsfrist per Ende Mai 2021 (Urk. 4/5). Das zweijährige Konkurrenzverbot hätte demgemäss bis 31. Mai 2023 gedauert. Es ist inzwischen durch Zeitablauf dahingefallen. Die Vorinstanz ging davon aus, dass der Kläger wegen in der Sphäre der Beklagten liegenden Gründen berechtigten Anlass zur Kündigung gehabt habe. Es stehe fest, dass die Beklagte dem Kläger für das Jahr 2019 einen Bonus in der Höhe von Fr. 26'300.25 schuldete, welcher im Frühjahr 2020 hätte zur Auszahlung gelangen sollen. Auch für das Jahr 2020 habe die Beklagte unbestrittenermassen keinen vertraglich vorgesehenen Projekt-Bonusplan erstellt, weshalb der Kläger habe davon ausgehen müssen, dass er auch für das Jahr 2020 leer aus-

- 20 - gehen und ebenfalls keinen Bonus erhalten werde (Urk. 46 S. 18). Die Tatsache, dass die Beklagte dem Kläger im Frühjahr 2020 den vertraglich geschuldeten Bonus in der Höhe von Fr. 26'300.25 nicht bezahlt habe, stelle für den Kläger einen begründeten Anlass zur Kündigung dar. Da zwischen dem Ausbleiben der Bonuszahlung im Frühjahr 2020 und der Kündigung des Klägers einige Monate verstrichen seien, stelle sich jedoch die Frage der Kausalität. Es sei von den Parteien nicht geltend gemacht worden, dass dem Kläger mitgeteilt worden sei, dass für das Jahr 2019 keine Bonus-Zahlung erfolgen werde; vielmehr sei die Auszahlung einfach unterblieben. Somit sei dem Kläger zuzugestehen, dass er zuerst abgewartet und gehofft habe, dass die Bonuszahlung noch verspätet erfolge. Der Kläger sei damals bereits 55 Jahre alt gewesen und es sei nachvollziehbar, dass er sich eine Kündigung in diesem Alter reiflich überlegt habe. Die Vorinstanz stellte daher fest, dass das Konkurrenzverbot mit der Kündigung des Klägers per 3. November 2020 dahingefallen sei. Somit stehe fest, dass der Kläger wegen der nicht bezahlten Boni begründeten Anlass zur Kündigung gehabt habe (Urk. 46 S. 19). Die Vorinstanz ging demnach davon aus, dass allein der Umstand, dass die Beklagte den vertraglich geschuldeten Bonus nicht bezahlte, dem Kläger begründeten Anlass für die Kündigung gegeben habe. Der Kläger erklärte sich mit diesen Erwägungen einverstanden, indem er ausführte, dass das Urteil der Vorinstanz eingehend und nachvollziehbar begründet sei und weder eine unrichtige Sachverhaltsermittlung noch eine unrichtige Rechtsanwendung beinhalte (Urk. 54 Rz 10, S. 10). Die Beklagte kritisierte diese Auffassung der Vorinstanz, wonach das Konkurrenzverbot dahingefallen sei. Sie stellte sich auf den Standpunkt, dass der Kläger keinen begründeten Anlass für die Kündigung gehabt habe (Urk. 45 Rz 39). Selbst wenn man jedoch vom Vorliegen eines begründeten Anlasses ausgehen wollte, sei zwischen dem Nichtbezahlen des Bonus und der Kündigung zu viel Zeit vergangen. Es fehle deshalb am erforderlichen Kausalzusammenhang (Urk. 45 Rz 40). Im Übrigen seien sich die Parteien noch im Juni 2021 über die Gültigkeit und das Weiterbestehen des Konkurrenzverbotes einig gewesen. Der Kläger habe mit E-Mail vom 21. Juni 2021 bei der Beklagten die monatliche Be-

- 21 - zahlung der Karenzentschädigung für die Dauer des Konkurrenzverbotes angefordert. Sie habe in der Folge nie dagegen opponiert (Urk. 45 Rz 42). Der Kläger meinte dagegen, dass die Kündigung aus Gründen, welche von der Beklagten gesetzt worden seien, erfolgt sei (Urk. 54 Rz 5 ff.). Er hielt an seinen schon vor Vorinstanz genannten Gründen fest, welche ihn zur Kündigung veranlasst hätten, nämlich: Die Verweigerung der Bonuszahlungen durch die Beklagte, das von der Beklagten zu verantwortende

angespannte Arbeitsklima, die Kompetenzbeschneidung verbunden mit einer Lohnreduktion sowie der Umstand, dass ihm nicht die volle Karenzentschädigung ausgerichtet worden sei (Urk. 2 Rz 34 ff.; Urk. 37 Rz 30 ff.). b) Wenn man davon ausgeht, dass die Beklagte durch die Nichtbezahlung des Bonus dem Kläger einen begründeten Anlass zur Kündigung gegeben hätte, stellt sich die Frage der erforderlichen Kausalität zwischen Nichtbezahlung des Bonus für das Jahr 2019, welcher im Frühling 2020 hätte ausbezahlt werden sollen, und der Kündigung vom 3. November 2020. Die Vorinstanz erachtete das lange Zuwarten des Klägers angesichts der Umstrukturierungsphase, in welcher sich die Beklagte befunden habe, als verständlich. Zudem sei der Kläger im Jahre 2020 bereits 55 Jahre alt gewesen. Es sei nachvollziehbar, dass er sich in diesem Alter eine Kündigung reiflich überlegt und dabei die Entwicklung bei der Beklagten abgewartet habe (Urk. 46 S. 19). Die Beklagte kritisierte diese vorinstanzlichen Erwägungen. Sie verneinte grundsätzlich einen begründeten Anlass des Klägers zur Kündigung. Selbst wenn man jedoch von einem solchen ausgehen würde, sei zwischen der Nichtbezahlung des Bonus und der Kündigung viel zu viel Zeit vergangen, weshalb es am erforderlichen Kausalzusammenhang fehle. Ein Bonus wäre im ersten Quartal 2020 ausbezahlt worden, die Kündigung sei jedoch erst im November 2020 erfolgt (Urk. 45 Rz 39 ff.). Die Beklagte monierte zudem, dass die Vorinstanz die Dispositionsmaxime verletzt habe, indem sie dem Urteil Tatsachen zugrunde gelegt habe, die der Kläger nicht geltend gemacht habe. So habe die Vorinstanz das Alter des Klägers als Grund erwähnt, weshalb er sich eine Kündigung längere Zeit reiflich überlegt habe, und habe gestützt darauf die Kausalität bejaht, obwohl dies vom

- 22 - Kläger selbst nie so behauptet worden sei. Dieser habe anlässlich der Hauptverhandlung erklärt, Grund für die späte Kündigung sei gewesen, dass ein Mitarbeiter nicht als Erstes zum neuen Inhaber gehe und ihm mit Kündigung drohe, wenn der Bonus nicht sofort bezahlt werde. Sein Alter habe er als Grund mit keinem Wort erwähnt (Urk. 45 Rz 45 f.). Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Der Kläger hatte sein Alter nicht als Begründung für das lange Zuwarten mit der Kündigung begründet, was er auch im Berufungsverfahren nicht bestritt (Urk. 54 Rz 56 f., S. 19 f.). Der Kläger musste bereits im April/Mai 2020 davon ausgehen, dass er keinen Bonus erhalten werde. Es ist daher nicht plausibel, weshalb er noch circa ein halbes Jahr zuwartete, bevor er sich zur Kündigung entschloss. Es fehlt bei dieser Konstellation klarerweise an der zeitlichen Nähe, weshalb nicht von einer Kausalität zwischen Bonusverweigerung und Kündigung ausgegangen werden kann (vgl. dazu JAR 2012, S. 577 ff.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340c OR N 3). Was für den Arbeitgeber gilt, muss umgekehrt auch für den Arbeitnehmer gelten. Aufgrund der fehlenden Kausalität kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Konkurrenzverbot mit der Kündigung dahingefallen ist. c) Der Umstand, dass dem Kläger von der Beklagten nach seiner Auffassung bis heute nicht die volle Karenzentschädigung ausbezahlt worden sei (Urk. 2 S. 19; Urk. 37 S. 16), stellt keinen Grund für die Kündigung dar, da dieser Umstand - sofern er den vorläge - sich erst nach Ablauf der Kündigungsfrist im Mai 2021 ereignet hätte. Der Anspruch auf die Karenzentschädigung ist grundsätzlich erst mit Ablauf der Kündigungsfrist und mit Geltung des Konkurrenzverbotes fällig (vgl. auch Urk. 14 S. 17). Die Vorinstanz hielt zudem fest, dass sich die Karenzentschädigung nach dem fixen Jahressalär (ohne Einrechnung von Bonuszahlungen) berechne und die Beklagte den Betrag korrekt ausbezahlt habe. Sie wies darüber hinausgehende Forderungen des Klägers ab (Urk. 46 S. 20 f.). Dies wurde von den Parteien im Berufungsverfahren nicht beanstandet.

- 23 - d) Die Beklagte erklärte vor Vorinstanz, dass der Kläger gemäss Ansteltungsvertrag während der Dauer des Konkurrenzverbotes eine Karenzentschädigung von 50% des Salärs erhalte. Sie habe diese Entschädigung denn auch monatlich bezahlt. Für die Beklagte hätten zu keinem Zeitpunkt Zweifel bestanden, dass das nachvertragliche Konkurrenz- und Abwerbeverbot Gültigkeit habe. Obwohl sich der Kläger auf dessen Ungültigkeit berufe, sei er offenbar selber davon ausgegangen, dass das nachvertragliche Verbot gelte, und habe mit E-Mail vom 21. Juni 2021 (Urk. 16/5) bei der Beklagten die Bezahlung der Karenzentschädigung eingefordert (Urk. 14 S. 10 f.). Wäre er von der Ungültigkeit des Konkurrenzverbotes ausgegangen, hätte er auch nicht die Bezahlung der Karenzentschädigung gefordert und die bezahlten Gelder angenommen (Urk. 14 S. 28). Seit nunmehr 11 Monaten nehme der Kläger die Karenzentschädigung vorbehaltlos entgegen und habe damit einen Betrag von knapp Fr. 100'000.-- kassiert (vgl. auch Urk. 16/6-12; Urk. 14 S. 27, 28; Prot. I S. 16; Urk. 45 Rz 42). Der Kläger fordere weiterhin die Bezahlung von Karenzentschädigungen (Prot. I S. 16). Wäre das Konkurrenzverbot nicht gültig, hätte er die Entschädigung nicht entgegennehmen sollen. Er mache erst jetzt im vorliegenden Prozess geltend, dass das Konkurrenzverbot nicht gelte (Urk. 39 S. 7; Prot. I S. 16). Der Kläger erachtete diese Auffassung der Beklagten als nicht ganz fair (Prot. I S. 18). Die Beklagte habe die geschuldete Entschädigung für die Monate Juni und Juli 2021 erst im August 2021 bezahlt (Urk. 2 S. 20). Er habe sie gefordert, weil er nicht wisse, wie man ihm die Leistung bei Nichtkonkurrenzierung zurückzahlen würde (Prot. I S. 17). Im Berufungsverfahren hielt die Beklagte daran fest, dass sich die Parteien noch im Juni 2021 über die Gültigkeit und das Weiterbestehen des Konkurrenzverbotes einig gewesen seien. So habe der Kläger mit E-Mail vom 21. Juni 2021 (Urk. 16/5) bei ihr die Bezahlung der Karenzentschädigung eingefordert und sie habe diese monatlich für die Dauer des Konkurrenzverbotes bezahlt. Der Kläger habe dagegen nie opponiert (Urk. 45 Rz 42). Der Kläger stellte sich dagegen auf den Standpunkt, dass die Beklagte aus der Bezahlung der Karenzentschädigungen nichts zu ihren Gunsten ableiten könne. Er habe sich vorsorglich an das Konkurrenzverbot gehalten, nichtsdestotrotz die Karenzentschädigung aber bisher

- 24 - nicht angerührt. Es werde ausdrücklich bestritten, dass er mit der Beklagten einig gewesen sei, dass das Konkurrenz- und Abwerbeverbot weiterhin Bestand habe. Vielmehr habe er von Anfang an eine einvernehmliche Lösung mit der Beklagten gesucht, da er eine "kalte Erstreckung" durch jahrelanges Prozessieren habe verhindern wollen (Urk. 54 Rz 13 f., S. 12). Im Übrigen habe die Beklagte die Zahlungen inzwischen eingestellt (Urk. 54 Rz 53, S. 19). aa) Es steht fest, dass der Kläger mit E-Mail vom 21. Juni 2021 die Bezahlung der Karenzentschädigung von der Beklagten verlangte (Urk. 16/5) und die Beklagte diese in der Folge auch bezahlte. Der Kläger machte nicht geltend, dass er bezüglich der Entgegennahme dieser Zahlungen einen Vorbehalt angebracht habe. Er hat diese demgemäss während Monaten vorbehaltlos angenommen. Dass die Zahlungen nun angeblich eingestellt wurden, ist nicht zu hören, da der Kläger diese neue Behauptung in keiner Weise substantiierte bzw. belegte und daher auch nicht beurteilt werden kann, ob es sich dabei um ein zulässiges Novum handelt. bb) Die Konkurrenzverbotsklausel ist eine akzessorische Klausel des Einzelarbeitsvertrags, durch welche dem Arbeitnehmer untersagt wird, eine bestimmte Tätigkeit während einer bestimmten Dauer nach Beendigung des Arbeitsvertrages auszuüben (BGer 5A_89/2019 vom 01.05.2019, E. 5.2.1; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 340 N 1; ZK OR-Staehelin, Art. 340 N 3; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 340 N 1). Ist das Konkurrenzverbot mit einer Karenzentschädigung verbunden, besteht ein zweiseitiger Vertrag, bei dem die Entschädi-

gungszahlung des Arbeitgebers die Gegenleistung dafür bildet, dass sich der Arbeitnehmer konkurrierender Tätigkeit enthält (BGer 5A_89/2019 vom 01.05.2019, E. 5.2.1, m.w.H.; ZK OR-Staehelin, Art. 340 N 25; Heeb, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot nach Art. 340-340c OR, Bern 2016, S. 139; Bohny, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Zürich 1989, S. 121). Die Karenzentschädigung ist ein suspensiv bedingtes Leistungsversprechen des Arbeitgebers (Heeb, a.a.O., S. 141). Vorliegend entstand der Anspruch grundsätzlich mit Beendigung des Arbeitsvertrages, wenn das Konkurrenzverbot in Kraft tritt. Wenn der Arbeitnehmer die Karenzentschädigung als Gegenleistung für die Beachtung des Ver-

- 25 - botes der Konkurrenzierung seiner Arbeitgeberin innerhalb einer gewissen Zeitspanne nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses beansprucht, jedoch gleichzeitig die Gültigkeit des Konkurrenzverbotes anfechtet, so ist dies als widersprüchliches Verhalten zu qualifizieren und verstösst gegen Treu und Glauben. Es wird deshalb teilweise in der Literatur der Standpunkt vertreten, dass der Arbeitnehmer mit der vorbehaltlosen Annahme der Karenzentschädigung implizit die Gültigkeit des Konkurrenzverbotes anerkenne. Soweit auf diese Weise jedoch ein nach den Regeln von Art. 340 ff. OR an sich unzulässiges oder übermässiges Konkurrenzverbot wirksam werden sollte, könne dieser Schluss nur aus Karenzentschädigungen gezogen werden, die nach Ablauf der Schutzfrist von Art. 341 Abs. 1 OR angenommen würden (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340a N 6 m.H.). Letzteres ist vorliegend der Fall. Es ist somit davon auszugehen, dass das Konkurrenzverbot jedenfalls durch die vorbehaltlose Entgegennahme der Karenzzahlungen vom Kläger als gültig anerkannt wurde. Selbst wenn die Zahlungen inzwischen eingestellt sein sollten (Urk. 54 Rz 53), ändert dies nichts an diesem Umstand. Es ist auch unerheblich, ob der Kläger die Karenzentschädigung unangetastet liess, wie er dies behauptet. Das Konkurrenzverbot ist somit auch aus diesem Grund nicht dahingefallen. Die weiteren vom Kläger geltend gemachten Gründe für die Aufhebung des Konkurrenzverbotes (Urk. 2 S. 14 ff.; Urk. 37 S. 12 ff.) greifen unter diesen Umständen von vornherein nicht. Gegenleistungen des Arbeitgebers für Konkurrenzenthaltungen sind bei der Beurteilung der Angemessenheit eines Konkurrenzverbotes besonders zu berücksichtigen. Ein Konkurrenzverbot ist nicht hart, wenn der Arbeitgeber während seiner Dauer den vollen Lohn weiterhin ausbezahlt; es ist zumindest erträglicher, wenn er eine regelmässige Entschädigung leistet (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340a N 6). Vorliegend bezahlte die Beklagte dem Kläger die Hälfte des Lohnes, nämlich fast Fr. 9'000.-- pro Monat. Der Kläger hätte zudem in einem nicht konkurrierenden Bereich arbeitstätig sein können. Diese Umstände lassen das Konkurrenzverbot als angemessen erscheinen. Zudem wäre ein Rechtsschutzinteresse des Klägers an einer Herabsetzung derzeit nicht mehr gegeben, da das Konkurrenzverbot inzwischen durch Zeitablauf dahingefallen und sein

- 26 - eventualiter gestelltes Begehren auf Herabsetzung der Dauer des vereinbarten Konkurrenzverbotes damit gegenstandslos geworden wäre. cc) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das gemäss Anstellungsvertrag vom 17. August 2016 zwischen den Parteien vereinbarte Konkurrenz- und Abwerbeverbot mit der Kündigung des Klägers vom 3. November 2020 nicht dahingefallen ist. Die Berufung ist daher in diesem Punkt gutzuheissen. Dispositiv-Ziffer 1 des vorinstanzlichen Urteils ist aufzuheben und Rechtsbegehren Ziffer 2 der Klage abzuweisen. IV. 1.a) Die Kosten- und Entschädigungsfolgen richten sich nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien (Art. 106

Abs. 2 ZPO). Ausgangsgemäss sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens neu zu verlegen. Die Vorinstanz ging von einem Streitwert von Fr. 235'854.45 aus (Urk. 46 S. 21), welcher sich aus Fr. 100'000.-- bezüglich des vermögensrechtlichen Wertes des Konkurrenzverbotes und Fr. 135'854.45 für die bezifferten Rechtsbegehren (Bonus, Karenzentschädigung) zusammensetzt (Urk. 46 S. 21). Die Beklagte beantragte zwar die Aufhebung von Dispositivziffer 3 (Entscheidgebür). Da hierzu sowohl ein bezifferter Antrag als auch eine Begründung fehlt, ist darauf nicht einzutreten. Es bleibt bei den von der Vorinstanz errechneten Gerichtskosten von Fr. 17'750.-- (Urk. 46 S. 21). Entgegen dem vorinstanzlichen Entscheid unterliegt der Kläger nunmehr bezüglich der Feststellung des Nichtbestehens des Konkurrenzverbotes. Betreffend die bezifferten Rechtsbegehren obsiegt er - wie vor Vorinstanz - im Umfang von Fr. 52'600.50. Im Weiteren obsiegt er bezüglich des vorsorglichen Massnahmenbegehrens (Urk. 46 S. 21). Es rechtfertigt sich somit, dem Kläger drei Viertel (Fr. 13'312.50) und der Beklagten ein Viertel (Fr. 4'437.50) der Gerichtskosten von Fr. 17'750.-- aufzuerlegen. Die Kosten sind vorab aus dem vom Kläger in der Höhe von Fr. 14'300.-- geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Über die restlichen Kosten wird die Obergerichtskasse Rechnung stellen. Die Beklagte ist zu

- 27 - verpflichtet, dem Kläger den Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 987.50 zu ersetzen. Zudem hat der Kläger die Kosten für das Schlichtungsverfahren von Fr. 950.-- ebenfalls zu drei Vierteln zu tragen - was einen Betrag von Fr. 712.50 ergibt - und die Beklagte zu einem Viertel, nämlich im Betrag von Fr. 237.50 (Urk. 46 S. 22). In diesem Umfang hat die Beklagte dem Kläger diese Kosten zu ersetzen. b) Ausserdem ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten eine auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Die Vorinstanz (Urk. 46 S. 22) ging von einer vollen Parteientschädigung von Fr. 27'786.60 (inkl. 7,7 % MwSt), was im Berufungsverfahren nicht gerügt wurde. Die vom Kläger an die Beklagte zu leistende Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren beträgt somit Fr. 13'893.30 (inkl. 7,7% MwSt). 2.a) Die Entscheidgebür für das Berufungsverfahren - dessen Streitwert noch Fr. 152'600.-- beträgt - bemisst sich auf Fr. 10'850.-- (§ 4 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV). Im Berufungsverfahren ist der Kläger zu zwei Dritteln und die Beklagte zu einem Drittel unterlegen. Entsprechend sind den Parteien die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO) und mit dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 10'850.-- (Urk. 51 und 52) zu verrechnen. Der Kläger ist zu verpflichten, der Beklagten den Vorschuss im Umfang von Fr. 7'233.35 zu ersetzen. b) Der Kläger ist ausserdem zu verpflichten, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine auf einen Drittel reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'117.-- plus Fr. 240.-- (7,7% MwSt), also insgesamt Fr. 3'357.--, zu bezahlen (§ 4 Abs. 1, § 11 Abs. 1 und 2, § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Es wird beschlossen:

- 28 - 1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Arbeitsgerichts Dietikon vom 18. Mai 2022 bezüglich Dispositivziffer 2 soweit die Klage im Fr. 52'600.50 nebst Zinst zu 5% seit 1. November 2020 übersteigenden Betrag abgewiesen wurde, am 18. November 2022 in Rechtskraft erwachsen ist. 2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Urteil. und erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird Dispositivziffer 1 des Urteils des Arbeitsgerichts Dietikon vom 18. Mai 2022 aufgehoben und Rechtsbegehren Ziffer 2 der Klage abgewiesen. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und Dispositivziffer 2 des Urteils des Arbeitsgerichts Dietikon vom 18. Mai 2022 – soweit noch nicht in Rechtskraft erwachsen – bestätigt. 2. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche

Verfahren werden auf Fr. 17'750.-- festgesetzt. 3. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden dem Kläger zu drei Vierteln und der Beklagten zu einem Viertel auferlegt und mit dem vom Kläger geleisteten Vorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag wird die Obergerichtskasse Rechnung stellen. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 987.50 zu ersetzen. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 237.50 für ihren Anteil an den Kosten der Klagebewilligung zu bezahlen. 4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 13'893.30 zu bezahlen. 5. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 10'850.-- festgesetzt. 6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger zu zwei Dritteln und der Beklagten zu einem Drittel auferlegt und mit ihrem

- 29 - Kostenvorschuss verrechnet. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 7'233.35 zu ersetzen. 7. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'357.-- zu bezahlen. 8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 9. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 152'600.50. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 31. Juli 2023
Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer
Der Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber:
Dr. M. Kriech MLaw R. Meli versandt am: ya

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.