

# ZH\_OBERGERICHT LA240005 vom 13. November 2024

ZH Obergericht, 2024-11-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LA240005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA240005)

FR: ZH\_OBERGERICHT LA240005 du 13 novembre 2024

IT: ZH\_OBERGERICHT LA240005 del 13 novembre 2024

## Erwägungen

### E. 1

Der Kläger und Berufungskläger ("Kläger") war von Mai 2006 bis 31. Dezember 2021 bei der Beklagten und Berufungsbeklagten ("Beklagte") angestellt (Urk. 4/12). Im Arbeitsvertrag vom 6. Februar 2008, welcher anlässlich seiner Erneuerung zum Country Manager der Beklagten den Arbeitsvertrag vom 31. März 2006 ersetzte, vereinbarten die Parteien in Ziffer 13 ein nachvertragliches Konkurrenzverbot sowie eine Karenzenschädigung mit folgendem Wortlaut (Urk. 4/6 Ziff. 13): "13. Konkurrenzverbot 13.1 Unter Beachtung der Art. OR 340, 340 a,b,c verpflichtet sich der Arbeitnehmer während des Zeitraumes von zwei Jahren keine unmittelbare oder mittelbare Tätigkeit für ein Unternehmen anzunehmen, das mit dem Arbeitgeber im Wettbewerb steht. Er verpflichtet sich ausserdem,

- 4 - während des genannten Zeitraumes kein eigenes Unternehmen gleicher Art zu eröffnen oder eine Beteiligung zu übernehmen und im Geschäftsbereich des Arbeitgebers keine Geschäfte für fremde Unternehmen zu tätigen. 13.2 Für die Dauer des Konkurrenzverbotes erhält der Arbeitnehmer eine Karenzenschädigung von 50 % der zuletzt gezahlten Salärbezüge ohne Bonus."

### E. 1.1

Die Berufung richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid im Sinne von Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, deren Streitwert Fr. 10'000.– übersteigt (Art. 308 Abs. 2 ZPO) und die nicht unter einen Ausnahmetatbestand gemäss Art. 309 ZPO fällt. Sie wurde form- und fristgerecht bei der zuständigen kantonalen Berufungsinstanz (vgl. § 48 GOG) erhoben (Art. 311 Abs. 1 ZPO; Urk. 39, 41). Der vor Vorinstanz unterlegene und damit beschwerte Kläger ist zur Berufungserhebung legitimiert. Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt. Auf die Berufung ist unter dem Vorbehalt hinreichender Begründung einzutreten.

### E. 1.2

Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache und folglich über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A\_1049/2019 vom 25. August 2021 E. 3). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist, respektive an einem der genannten Fehler leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass die Berufung erhebende Partei die

vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die sie anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden er-

- 6 - hoben wurden, beziehungsweise aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015 E. 2.1). Von der Berufungsinstanz kann nicht erwartet werden, dass sie von sich aus in den Vorakten die Argumente zusammensucht, die zur Berufungsbegründung geeignet sein könnten (OGer ZH NP220014 vom 16. November 2022 E. II.1 S. 5; BGer 5A\_438/2012 vom 27. August 2012 E. 2.4). Das obere kantonale Gericht hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Auf die Parteivorbringen ist insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1). Dabei ist die Rechtsmittelinstanz weder an die Argumente der Parteien noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO), weshalb sie die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese auch mit einer von der Argumentation der ersten Instanz abweichenden Begründung abweisen kann (sog. Motivsubstitution; BGE 147 III 176 E. 4.2.1 S. 179).

### **E. 1.3**

Im Berufungsverfahren werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Im Berufungsverfahren ist das Nachbringen von Behauptungen, welche im erstinstanzlichen Verfahren unsubstantiiert geblieben waren, ausgeschlossen (ZK ZPO-Reetz, Vorbemerkungen zu Art. 308-318 N 44). Dies gilt auch für Verfahren, welche – wie das vorliegende arbeitsrechtliche Verfahren – der sozialen Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 Abs. 2 ZPO unterstehen (BGE 142 III 413 E. 2.2.2; BGE 138 III 625 E. 2.2).

### **E. 1.4**

Heisst die Rechtsmittelinstanz die Berufung gut, kann sie neu entscheiden oder die Sache an die erste Instanz zurückweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. b und c ZPO). In der Regel entscheidet die Rechtsmittelinstanz selbst, wenn sie die Berufung gutheisst. Dies dient der Prozessökonomie und es liegt im Ermessen der Rechtsmit-

- 7 - telinstanz, auch in den Fällen, in denen ein wesentlicher Teil der Klage von der Vorinstanz nicht beurteilt wurde, die Sache aber spruchreif ist (vgl. Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO), selbst zu entscheiden (DIKE-Komm ZPO-Steininger, Art. 318 N 4 f.; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 11). 2. Ausgangslage

## **E. 2**

Der Kläger kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 22. Juni 2021 auf Ende Dezember 2021 (Urk. 4/3), woraufhin er per 2. Juli 2021 freigestellt wurde (Urk. 4/9). In der Freistellung wies die Beklagte den Kläger auf seine Pflichten unter dem Arbeitsvertrag, insbesondere seine Treupflicht und sein Konkurrenzverbot, hin (Urk. 4/9). Die Beklagte

sandte dem Kläger mit E-Mail vom 1. September 2021 eine Aufhebungsvereinbarung zu (Urk. 13/2), die unter anderem das Konkurrenzverbot gemäss Ziffer 13 des Arbeitsvertrags thematisierte (Ziffer 7 der Aufhebungsvereinbarung). Der Kläger unterzeichnete diese Aufhebungsvereinbarung nicht. Mit Schreiben vom 28. September 2021 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass sie das Konkurrenzverbot, einschliesslich des Anspruchs des Klägers auf Entschädigung, kündige (Urk. 4/8). Der Kläger forderte die Beklagte mit Schreiben vom 25. Januar 2022 unter anderem zur Leistung der Karenzenschädigung auf (Urk. 4/10). Mit Klage vom 29. Juni 2022 verlangte der Kläger die Bezahlung einer Karenzenschädigung für die Monate Januar und Februar 2022 (unter Nachklagevorbehalt) sowie die Ausstellung eines anderen Arbeitszeugnisses als des bereits ausgestellten. Das Arbeitszeugnis bildet nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens.

### **E. 2.1**

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. Ist das Konkurrenzverbot mit einer Karenzenschädigung verbunden, liegt ein zweiseitiger Vertrag vor, bei dem die Entschädigungszahlung des Arbeitgebers die Gegenleistung dafür bildet, dass sich der Arbeitnehmer konkurrierender Tätigkeit enthält (BGer 5A\_89/2019 vom 1. Mai 2019 E. 5.2.1; OGer ZH LA190014 vom 7. Februar 2020 E. IV.4 S. 19 m.w.H.).

### **E. 2.2**

Ein gültiges Konkurrenzverbot ist – wie auch die Vorinstanz festhielt (Urk. 42 S. 15) – eine Voraussetzung für eine Karenzenschädigung (Urk. 46 Rz. 17). 3. Nichtigkeit des Konkurrenzverbots

### **E. 3**

Mit Urteil vom 4. Dezember 2023 wies die Vorinstanz die Klage ab (Urk. 42 = Urk. 36). Dagegen erhob der Kläger am 2. Februar 2024 rechtzeitig Berufung und stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 41). Mit Verfügung vom 12. März 2024 wurde der Beklagten Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 45), welche sie am 26. April 2024 rechtzeitig zur Post gab (Urk. 46). Mit Verfügung vom 8. Mai 2024 wurde die Berufungsantwort dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 47). Weitere Eingaben erfolgten nicht. Am 22. Oktober

- 5 - 2024 fand eine Vergleichsverhandlung statt, die zu keiner Einigung führte (Prot. S. 4 ff.; Urk. 48 f.).

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz erwog, Ziffer 13 des Arbeitsvertrags äussere sich nicht zum räumlichen Geltungsbereich des Konkurrenzverbots. Der Wortlaut von Ziffer 13 weise damit keine räumliche Beschränkung des Konkurrenzverbots aus. Sofern möglich, sei der räumliche Umfang der Konkurrenzverbotsabrede durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln. Bei der Beklagten handle es sich um die Tochtergesellschaft einer internationalen Unternehmensgruppe mit Betriebsstätten in verschiedenen Ländern wie Dänemark, China, den USA, der Slowakei und Thailand sowie Tochtergesellschaften in mehr als 30 Ländern. Ihr räumliches Tätigkeitsgebiet erstreckte sich damit über mehrere Länder und Kontinente. Die Beklagte konkurriere mit Unternehmen aus verschiedensten Teilen der

Welt. Aus der Begrenzung des Tätigkeitsfeldes des Klägers auf die Schweiz könne nicht geschlossen werden, dass die Beklagte lediglich ein Interesse an der Konkurrenzenthaltung in der Schweiz habe. Ebenso wenig sei das geografisch begrenzte Tätigkeitsgebiet

- 8 - des Klägers ein Indiz dafür, dass die Beklagte das Konkurrenzverbot auf das gesamte Tätigkeitsfeld des Klägers hätte ausweiten wollen. Es könne mit anderen Worten weder davon ausgegangen werden, dass das Konkurrenzverbot ein geografisch kleineres oder grösseres Gebiet als die Schweiz umfasse, noch, dass es genau die Schweiz umfasse. Das Konkurrenzverbot weise damit betreffend den örtlichen Umfang eine Lücke auf. Das Schriftformerfordernis nach Art. 340a Abs. 1 OR i.V.m. Art. 11 OR sei mangels Umschreibung des räumlichen Geltungsbereichs nicht erfüllt. Da der räumliche Umfang des Konkurrenzverbots weder tatsächlich bestimmt sei noch durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ermittelt werden könne, entfalte dieses von vornherein keine Wirkung (Urk. 42 S. 14 f.).

### **E. 3.2**

Der Kläger rügt, das Konkurrenzverbot sei aufgrund der Formulierung von Ziffer 13 des Arbeitsvertrags räumlich beschränkt. Und selbst wenn in der expliziten Formulierung keine örtliche Beschränkung erblickt werden sollte, ergebe eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip, dass sich die örtliche Beschränkung auf das Land beziehe, für welches der Kläger Country-Manager gewesen sei (Urk. 41 Rz. 7-12).

### **E. 3.3**

Die Beklagte argumentiert, die vorinstanzliche Einschätzung sei korrekt. Das Konkurrenzverbot enthalte keine Aussage zur Frage, auf welches Gebiet es sich in räumlicher Hinsicht beziehe. Auch könne aus dem arbeitsvertraglichen Tätigkeitsgebiet des Klägers nichts zum räumlichen Geltungsbereich abgeleitet werden (Urk. 46 Rz. 6-11). 3.4.1. Auf die rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann verwiesen werden (Urk. 42 S. 12-14). Ergänzend ist festzuhalten, dass das Bundesgericht mit BGE 145 III 365 von seiner bisherigen Rechtsprechung abwich, wonach eine fehlende örtliche, sachliche oder zeitliche Begrenzung des Konkurrenzverbots dieses nicht als Ganzes ungültig mache (vgl. BGE 96 II 139), und den nach Art. 340a Abs. 1 OR zu begrenzenden Umfang des Konkurrenzverbots präzisierend als ein objektiv wesentliches Element, das vom Schriftformvorbehalt von Art. 340 Abs. 1 OR erfasst werde, qualifizierte (BGE 145 III 365 E. 3). Ein Konkurrenzverbot, dessen Umfang nach Ort, Zeit und Gegenstand weder tatsächlich bestimmt noch durch Auslegung nach Vertrauensprinzip ermittelbar sei,

- 9 - sei von vornherein ohne Wirkung (BGE 145 III 365 E. 3.5.1). Im Ergebnis entschied das Bundesgericht in diesem Urteil, dass eine Formulierung, die "jede konkurrierende Tätigkeit" untersagt, in gegenständlicher Hinsicht genügend bestimmt beziehungsweise anhand allgemeiner Auslegungsmethoden hinreichend bestimmbar sei (BGE 145 III 365 E. 3.5.2 f.). Das Bundesgerichtsurteil wurde von der Lehre teilweise positiv (Rudolph, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2019 - Arbeitsrecht, in: ZBJV 156/2020 S. 621 f.; derselbe, Richterliche Rechtsfindung im Arbeitsrecht, 2021, N 317; von Kaenel, Entwicklungen im Arbeitsrecht, in: SJZ 116/2020 S. 459), teilweise kritisch (Grebski, Entscheidbesprechung, in: AJP 2/2020 S. 226 ff.; Koller, Konsens- oder Formmangel?, in: AJP 2020 S. 169 f.; Räber, Das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag, Diss. 2020, N 387 ff.; Schmid, Die privatrechtliche Rechtsprechung des

Bundesgerichts im Jahr 2019 - Obligationenrecht, in: ZBJV 156/2020 S. 678 ff.) kommentiert. 3.4.2. Der Kläger verpflichtete sich mit dem vorliegend strittigen Konkurrenzverbot, "keine unmittelbare oder mittelbare Tätigkeit für ein Unternehmen anzunehmen, das mit dem Arbeitgeber im Wettbewerb steht" und "kein eigenes Unternehmen gleicher Art zu eröffnen oder eine Beteiligung zu übernehmen und im Geschäftsbe- reich des Arbeitgebers keine Geschäfte für fremde Unternehmen zu tätigen" (zum Wortlaut vorne Erw. I.1; Hervorhebungen hinzugefügt). Der Kläger war als Country Manager (Geschäftsführer) für die Beklagte, die B.\_\_\_\_\_ AG Schweiz, angestellt (Urk. 4/6 Vorbemerkungen; Urk. 20 Rz. 11). Die Beklagte argumentiert, sie sei eine Tochtergesellschaft einer internationalen Unternehmensgruppe, die ihre Produkte weltweit – insbesondere auch in den Nachbarländern der Schweiz – vertreibe. Auf- grund des Konzernverhältnisses stehe sie auch mit ausländischen Unternehmen im Wettbewerb und der Kläger könne daher die Beklagte auch durch eine Tätigkeit für einen ausländischen Konkurrenten, der auch, aber nicht nur in der Schweiz prä- sent sei, konkurrenzieren (Urk. 46 Rz. 9; Urk. 28 Rz. 8; vgl. Urk. 4/4; Urk. 29/1; vgl. weiter Urk. 41 Rz. 10; Urk. 31 Rz. 4 f.). Die Vorinstanz folgte dieser Argumentation und hielt fest, das räumliche Tätigkeitsgebiet der Beklagten erstrecke sich über mehrere Länder und Kontinente; die Beklagte konkurriere mit Unternehmen aus verschiedensten Teilen der Welt (vorne Erw. II.3.1). Diese vorinstanzliche Feststel- lung, das räumliche Tätigkeitsgebiet der Beklagten erstrecke sich über mehrere

- 10 - Länder und Kontinente (Urk. 42 S. 14), ist, wie der Kläger rügt (Urk. 41 Rz. 9), un- richtig. Die Beklagte trägt nämlich selbst vor – und dies blieb unbestritten – , sie sei eine Ländergesellschaft, deren Tätigkeit auf den Vertrieb der B.\_\_\_\_\_ -Produkte in der Schweiz beschränkt sei (Urk. 12 Rz. 6; Urk. 20 Rz. 6, Rz. 11; vgl. Urk. 41 Rz. 7). Die Beklagte ist im schriftlichen Arbeitsvertrag als Arbeitgeberin aufgeführt (Urk. 4/6). Indizien, die gegen eine Arbeitgeberstellung der Beklagten oder für eine Erweiterung auf andere (Konzern-)Gesellschaften sprechen würden – beisiels- weise dass der Kläger bei seiner Tätigkeit auch Einblick in ein anderes Konzernun- ternehmen erhalten habe –, werden nicht vorgetragen (vgl. Zürcher Fausch, Kon- kurrenzverbote in Konzernverhältnissen, Diss. 2007, S. 162 ff.). Das vereinbarte Konkurrenzverbot bestand folglich zwischen dem Kläger und der Beklagten, welche ihrerseits die Schweizer Gesellschaft eines Konzerns ist. Die Vorinstanz vermischt in ihren Erwägungen, wie der Kläger zu Recht geltend macht, den Tätigkeitsbereich des Konzerns, zu welchem die Beklagte gehört, mit dem Tätigkeitsbereich der Be- klagten (Urk. 42 S. 14; Urk. 41 Rz. 9, Rz. 11). Als Ländergesellschaft eines Kon- zerns erstreckt sich der Tätigkeitsbereich der in C.\_\_\_\_\_ ansässigen Beklagten auf die Schweiz und dabei handelt es sich um die geografische Ausdehnung des Kon- kurrenzverbots. Mit anderen Worten durfte der Kläger während der Dauer des Kon- kurrenzverbots keine entsprechende Tätigkeit mit Auswirkungen auf den Schweizer Markt ausüben, und das unabhängig davon, ob diese von der Schweiz aus oder von einem ausländischen Unternehmen aus ausgeübt worden wäre (vgl. Räder, a.a.O., N 539; vgl. weiter Urk. 46 Rz. 8; Urk. 28 Rz. 8). Dieses Auslegungsergebnis wird von der schriftlichen Formulierung des Konkurrenzverbots (das mit dem Ar- beitgeber im Wettbewerb steht und im Geschäftsbereich des Arbeitgebers) erfasst, womit das Formerfordernis gewahrt wurde. Der vorinstanzlichen Ansicht, das Kon- kurrenzverbot sei räumlich nicht beschränkt, kann nicht gefolgt werden. 3.4.3. Selbst wenn anders entschieden und das Konkurrenzverbot mangels örtli- cher Bestimmtheit als wirkungslos qualifiziert würde, wäre der Beklagten vorliegend eine Berufung auf die Wirkungslosigkeit

versagt. Den Erwägungen, mit welchen die

- 11 - Vorinstanz dem Kläger die Anrufung des Rechtsmissbrauchsverbots verwehrte, kann nämlich nicht gefolgt werden: 3.4.4. Die Vorinstanz erwog, es möge zwar vorliegend so sein, dass der Kläger die Auszahlung einer Karenzentschädigung als vorteilhafter betrachte als den Wegfall des Konkurrenzverbots und deswegen der Ansicht sei, der Wegfall des Konkurrenzverbots und damit der Karenzentschädigungspflicht aufgrund eines Verschuldens der Beklagten sei mit dem Arbeitnehmerschutz und dem Rechtsmissbrauchsverbot nicht zu vereinbaren. Es gelte jedoch klarzustellen, dass Art. 340a OR dem Schutz des Arbeitnehmers diene. Der Arbeitgeber werde durch diese Bestimmung dazu verpflichtet, den Umfang des Konkurrenzverbots zu definieren und damit auch zu beschränken. Komme ein Arbeitgeber diesen Pflichten nicht nach, so wirke sich dies zu seinem Nachteil auf. Er könne die Durchsetzung des Konkurrenzverbotes nicht verlangen, da dieses nie wirksam zustande gekommen sei. Vorliegend sei – so die Vorinstanz weiter – die Interessenlage zwischen den Parteien insofern atypisch, als dass der Kläger als Arbeitnehmer sich auf die Gültigkeit des Konkurrenzverbotes – eines Verbotes, das ihn in seiner persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit beschränke – berufe. Die Wirksamkeit eines Konkurrenzverbots mit fehlender Beschränkung des Umfangs i.S.v. Art. 340a OR könne jedoch nicht von der individuellen Interessenlage der Parteien abhängen. Im Entscheid BGE 145 III 365 habe das Bundesgericht eine Interessenabwägung vorgenommen und erwogen, dass ein durchschnittlicher Arbeitnehmer besser gestellt sei, wenn ein Konkurrenzverbot, dessen Umfang nicht bestimmt worden sei, von Anfang an keine Wirkung entfalte. Dieser Interessenabwägung sei beizupflichten und auch im vorliegenden Fall Rechnung zu tragen. Da die Karenzentschädigung das Gegenstück zum Konkurrenzverbot bilde, habe die Pflicht zur Zahlung der Karenzentschädigung ebenso wie das Konkurrenzverbot nie Wirkung entfaltet. Diese Rechtsanwendung führe auch zu keinem unbilligen Ergebnis. Der Kläger sei in keiner Weise in seiner persönlichen oder wirtschaftlichen Freiheit eingeschränkt; wäre das Konkurrenzverbot gültig zustande gekommen, so wäre das Gegenteil der Fall gewesen. Der Kläger könne – so die Vorinstanz abschliessend – nicht behaupten, er wäre durch eine Karenzentschädigung in der Höhe der Hälfte seines letzten Lohnes besser gestellt

- 12 - gewesen als durch die vollständige persönliche und wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit (Urk. 42 S. 17 f.). 3.4.5. Der Kläger rügt zusammengefasst, es sei nicht erkennbar, weshalb das Gericht nicht eine individuelle Interessenabwägung vornehmen könne; die Würdigung der Vorinstanz sei geprägt vom schemenhaften Denken, dass ein Arbeitnehmer stets besser fahre, wenn ein Konkurrenzverbot nichtig erklärt werde (Urk. 41 Rz. 13-24). 3.4.6. Die Beklagte argumentiert zusammengefasst, die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach der Kläger durch den Wegfall der Nichtkonkurrenzverpflichtung bessergestellt sei als bei Aufrechterhaltung dieser Verpflichtung bei Erhalt einer Karenzentschädigung in der Höhe eines halben Monatslohns, sei weder falsch noch unbillig, sondern zutreffend (Urk. 46 Rz. 12-26). 3.4.7.1. Wie die Vorinstanz ausführte, verweigert das Rechtsmissbrauchsverbot Verhaltensweisen den Rechtsschutz, die zwar im Einklang mit der entsprechenden gesetzlichen Norm stehen, aber objektiv eine Verletzung von Treu und Glauben darstellen und damit das Vertrauen auf redliches und sachangemessenes Verhalten enttäuschen (Urk. 42 S. 16 f.). Die Vorinstanz erwog, die Wirksamkeit eines Konkurrenzverbots könne nicht von der individuellen Interessen der Parteien abhängen (Urk. 42 S. 17). Diese Argumentation geht an der Kernfrage vorbei,

denn sie bezieht sich auf die Frage der Wirksamkeit des Konkurrenzverbots an sich statt auf jene nach dem Rechtsmissbrauch. Während zwar korrekt ist, dass legislatorische Motive – beim Konkurrenzverbot, aber auch allgemein – typisiert sind und ihr Zutreffen nicht Voraussetzung der Anwendung einer Bestimmung im Einzelfall ist, schliesst dies nicht aus, dass die Geltendmachung eines Rechts gemäss einer Gesetzesbestimmung – vorliegend die Berufung auf die Unwirksamkeit eines Konkurrenzverbots – im Einzelfall missbräuchlich sein kann. Der diesbezüglich von der Vorinstanz gezogenen Schlussfolgerung, der Kläger könne nicht behaupten, er wäre durch eine Karenzenschädigung in der Höhe der Hälfte seines letzten Lohnes

- 13 - besser gestellt gewesen als durch die vollständige persönliche und wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit, ist nicht zu folgen: 3.4.7.2. Der rote Faden, der sich zum Konkurrenzverbot durch Gesetz und Rechtsprechung zieht, ist der Grundgedanke des Arbeitnehmerschutzes. Das zeigt sich schon daran, dass zu denjenigen Artikeln, von denen nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden darf, auch Art. 340a Abs. 1 OR gehört, der eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers verhindern will (Art. 362 OR; vgl. Urk. 41 Rz. 17; Urk. 20 Rz. 13). Nur weil in strittigen Verfahren häufig die Arbeitgeberin ein Interesse an der Aufrechterhaltung eines Konkurrenzverbots hat und ein Arbeitnehmer sich davon lösen möchte, heisst dies nicht, dass die Interessen immer so gelagert sein müssen und ein Wegfall eines Konkurrenzverbots per se im Interesse des Arbeitnehmers ist. Den diesbezüglichen vorinstanzlichen Erwägungen kann, wie der Kläger zu Recht rügt, nicht gefolgt werden (Urk. 42 S. 13, S. 17; Urk. 41 Rz. 13 ff.). Eine solche stereotype Interessenverteilung lässt sich auch nicht aus der Rechtsprechung ableiten: Weder BGE 145 III 365, in welchem ausgeführt wird "auch in Bezug auf den Art. 340 Abs. 1 OR i. V. m. Art. 340a Abs. 1 OR zugrunde liegenden Gesetzeszweck des Arbeitnehmerschutzes, der die Parteien zu Recht dazu anhält, den örtlichen, zeitlichen und gegenständlichen Umfang gesamthaft schriftlich zu begrenzen" (BGE 145 III 365 E. 3.5.2) noch BGer 5A\_89/2019, in welchem das Bundesgericht unter Hinweis auf seine eingeschränkte Kognition in Rechtsöffnungsverfahren festhielt, die vorinstanzliche Feststellung, wonach die Aufhebung eines Konkurrenzverbots im Interesse des Arbeitnehmers liege, erscheine nicht verfehlt (BGer 5A\_89/2019 vom 1. Mai 2019 E. 5.2.1) noch OGer ZH LA190014, in dem es um ein wegen einer Massentlassung nicht wirksam gewordenes Konkurrenzverbot und die Folgen auf die Karenzenschädigung ging (OGer ZH LA190014 vom 7. Februar 2020 E. IV.4 S. 20-23), lassen einen solchen Schluss zu (vgl. Urk. 41 Rz. 21; Urk. 46 Rz. 22; Urk. 12 Rz. 26; Urk. 20 Rz. 48). 3.4.7.3. Der Kläger ging am 22. Juni 2021, als er kündigte – und damit auch in der Zeit zuvor, als der Kündigungsentscheid fiel –, davon aus, dass er nach einer Kündigung zwei Jahre an das vereinbarte Konkurrenzverbot gebunden sei. Es ist dies-

- 14 - bezüglich nicht nötig, dass sich die Beklagte vor der Kündigung des Klägers auf das Konkurrenzverbot gestützt hätte (vgl. Urk. 46 Rz. 15; Urk. 20 Rz. 14). Vielmehr hat zu genügen, dass das Konkurrenzverbot im Vertrag vereinbart worden war. Anders als die Beklagte geltend macht, musste der Kläger den Entscheid BGE 145 III 365 weder kennen, noch hätte er daraus etwas für sein Arbeitsverhältnis ableiten müssen (Urk. 46 Rz. 12; Urk. 28 Rz. 11). Dass der Kläger sich des Verbotes bewusst war und er sich daran vertragsgemäss halten wollte, kann für ihn keine nachteiligen Folgen haben. Nicht ausschlaggebend ist, in welchem Ausmass er seine Lebensplanung am nachvertraglichen Konkurrenzverbot ausrichtete (Urk. 2 Rz. 16, Rz. 20; Urk. 20 Rz. 20 f., Rz. 67, Rz. 85; Urk.

2 Rz. 10; Urk. 12 Rz. 47; Urk. 28 Rz. 18). Ferner kann offen bleiben, ob die Formulierung der Beklagten im Schreiben vom 1. Juli 2021, wonach der Kläger "remain bound by your duties of your employment contract and specifically your duty of loyalty (Art. 321a OR) and non-competition obligation", auf das streitgegenständliche nachvertragliche oder das sich aus Art. 321a Abs. 3 OR ergebende Konkurrenzverbot Bezug nahm (Urk. 4/9; Urk. 41 Rz. 18 i.V.m. Urk. 20 Rz. 14, Rz. 86; Urk. 28 Rz. 13; Urk. 12 Rz. 48). Denn in der dem Kläger unterbreiteten Aufhebungsvereinbarung vom 1. September 2021 bot die Beklagte dem Kläger an, diesen vom nachvertraglichen Konkurrenzverbot zu befreien (Urk. 13/2 Ziffer 7: "The Employee is released from the post-contractual non-compete agreement pursuant to clause 13 of the Employment Agreement."). Im Schreiben vom 1. September 2021 ging folglich selbst die Beklagte von der Gültigkeit des Konkurrenzverbots aus, sonst – insbesondere, wenn die Beklagte darauf hätte aufmerksam machen wollen, dass der Kläger bereits davon befreit sei, wie sie geltend macht (Urk. 28 Rz. 14 f.) – wäre Ziffer 7 der Aufhebungsvereinbarung anders formuliert worden. Am 28. September 2021 sprach die Beklagte dann die schriftliche Kündigung des Konkurrenzverbots aus (Urk. 4/8). Der Kläger reagierte mit Schreiben vom 18. Oktober 2024 und wies darauf hin, dass sich die Beklagte nicht einseitig ihrer Verpflichtung zur Zahlung der Karenzentschädigung entledigen könne (Urk. 20 Rz. 29; vgl. Urk. 12 Rz. 21). Im Rahmen der Klageantwort berief sich die Beklagte erstmals auf die Nichtigkeit des Konkurrenzverbots (Urk. 12). 3.4.7.4. Das Vorgehen der Beklagten, den Kläger nach dessen Kündigung im Juni 2021 während seiner Freistellung im September 2021 in einer Aufhebungsverein-

- 15 - barung vom Konkurrenzverbot entbinden zu wollen, dann einige Wochen später das Konkurrenzverbot schriftlich zu kündigen und sich anschliessend im Gerichtsverfahren auf die Nichtigkeit des Konkurrenzverbots zu berufen, erscheint als widersprüchliches Verhalten, das als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist. Die Rechtsfolge rechtsmissbräuchlichen Handelns besteht darin, dass dem missbräuchlich geltend gemachten Recht die Durchsetzung verweigert wird (BK ZGB- Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 N 204). Dies hat vorliegend zur Folge, dass die Beklagte aus einer Nichtigkeit des Konkurrenzverbots – wäre sie zu bejahen – nichts zu ihren Gunsten ableiten könnte. 3.4.7.5. Nichts daran ändert der Vergleich der Beklagten zur Karenzentschädigung in Fällen, in denen ein Konkurrenzverbot infolge einer (unbegründeten) Arbeitgeberkündigung dahinfällt, wie es in Art. 340c Abs. 2 OR vorgesehen ist (Urk. 46 Rz. 16; Urk. 28 Rz. 18, Rz. 27). Im Gegensatz zur (unbegründeten) Arbeitgeberkündigung führt eine Arbeitnehmerkündigung nicht zum Wegfall eines Konkurrenzverbots. Arbeitgeber- und Arbeitnehmerkündigungen werden damit vom Gesetz unterschiedlich behandelt. Auch Art. 340c OR beruht auf dem Gedanken des Arbeitnehmerschutzes: Wird einem Arbeitnehmer ohne Grund gekündigt oder sieht er sich aus begründetem Anlass zur Kündigung gezwungen, entfällt das Konkurrenzverbot. 3.4.7.6. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass das in Ziffer 13 des Arbeitsvertrags vereinbarte Konkurrenzverbot genügend bestimmt und damit gültig ist. Selbst wenn dem nicht so wäre, bliebe der Beklagten eine Geltendmachung der Nichtigkeit verwehrt, da ihr rechtsmissbräuchliches Verhalten vorzuwerfen wäre.

## **E. 4**

### Kündigung des Konkurrenzverbots

#### **E. 4.1**

Zur Frage der Kündigung des Konkurrenzverbots hat sich die Vorinstanz nicht äussern müssen, da sie von dessen Ungültigkeit ausging.

#### **E. 4.2**

Der Kläger ist der Ansicht, die Beklagte habe mit Schreiben vom 28. November 2021 (Urk. 4/8) auf die Durchsetzung ihres Unterlassungsanspruchs bezüglich des Konkurrenzverbotes verzichtet, was nicht zu beanstanden sei. Es gehe hinge-

- 16 - gen nicht an, dass die Beklagte sich einseitig auch von ihrer Verpflichtung zur Zahlung der Karenzentschädigung entledigen könne (Urk. 2 Rz. 11 ff.). Die Konkurrenzverbots- und Karenzentschädigungsregelung nach Ziffer 13 des Arbeitsvertrags stelle ein zweiseitiges Rechtsgeschäft dar. Diese Verpflichtung könne nicht ohne vertragliche Grundlage aufgehoben werden (Urk. 2 Rz. 14 ff.). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung halte fest, dass eine Arbeitgeberin nicht einseitig auf die Einhaltung der Pflichten aus der Konkurrenzverbotsabrede verzichten könne (Urk. 2 Rz. 15 mit Verweis auf Urteil BGER 5A\_89/2019 vom 1. Mai 2019, E. 5.2.1). Insbesondere könne eine Arbeitgeberin sich nicht einseitig von ihrer Pflicht zur Zahlung der Karenzentschädigung befreien (Urk. 2 Rz. 15 mit Verweis auf BGE 78 II 230 E. 3b und Urteil BGER 5A\_89/2019 vom 1. Mai 2019 E. 5.2.1). Die Beklagte sei sich dessen auch bewusst gewesen. Aus diesem Grund habe sie dem Kläger am 1. September 2021 die Aufhebungsvereinbarung unterbreitet (Urk. 20 Rz. 32). Die Parteien hätten auch keine Möglichkeit zur Kündigung der Konkurrenz- bzw. Karenzentschädigungsvereinbarung im Arbeitsvertrag festgehalten (Urk. 2 Rz. 17). Es treffe nicht zu, dass eine Karenzentschädigung bei Wegfall des Konkurrenzverbotes unter Einhaltung einer angemessenen Frist kündbar sei (Urk. 20 Rz. 37). Weiter würde der durch die Beklagte geäusserte Verzicht auf die Einhaltung des Konkurrenzverbotes keinen Wegfall des Konkurrenzverbotes i.S.v. Art. 340c OR darstellen (Urk. 20 Rz. 23). Diese Unterscheidung habe auch das Obergericht des Kantons Zürich getroffen, als es entschieden habe, dass kein Anspruch auf eine Karenzentschädigung bestehe, wenn das der Karenzentschädigung zugrunde liegende Konkurrenzverbot aufgrund einer Massenentlassung gestützt auf Art. 340c Abs. 2 OR wegfalle (Urk. 20 Rz. 48 ff.).

#### **E. 4.3**

Die Beklagte argumentiert, dass das Konkurrenzverbot – wenn es gültig vereinbart worden wäre – durch Verzicht weggefallen sei (Urk. 12 Rz. 18 ff.; Urk. 28 Rz. 19). Verschiedene Umstände würden zum Wegfall eines Konkurrenzverbotes und damit auch der Karenzentschädigung führen. So würden Lehre und Rechtsprechung Situationen anerkennen, die zusätzlich zu den in Art. 340c OR genannten Konstellationen zum Dahinfallen eines Konkurrenzverbotes führen würden – wie eben der Verzicht durch die Arbeitgeberin (Urk. 12 Rz. 16 und Rz. 28 ff.; Urk. 28 Rz. 20). Die Karenzentschädigung stelle eine Gegenleistung der Arbeitgeberin für

- 17 - die Konkurrenzenthaltung durch den Arbeitnehmer dar (Urk. 12 Rz. 14). Auch Art. 340a Abs. 2 OR bezeichne die Karenzentschädigung als "Gegenleistung" dafür, dass das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers durch das Konkurrenzverbot erschwert werde. Ziel einer Karenzentschädigung sei die Schaffung eines Ausgleichs für den erlittenen Nachteil im beruflichen Fortkommen. Es könne nicht angehen, dass die Arbeitgeberin einen Wegfall des Konkurrenzverbots durch Kündigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund von Art. 340c Abs. 2 OR einseitig bewirken könne, aber nicht einseitig auf das Konkurrenzverbot verzichten könne, wenn sie keine Kündigung

ausspreche (Urk. 28 Rz. 27, Rz. 35). Es stehe einer Arbeitgeberin frei, die Karenzenschädigungsvereinbarung unter Einhaltung einer angemessenen Frist zu kündigen (Urk. 12 Rz. 28 ff; Urk. 28 Rz. 21, Rz. 28). Die Beklagte habe dem Kläger mit Schreiben vom 28. September 2021 (Urk. 4/8) angezeigt, dass sie auf die Einhaltung des Konkurrenzverbots verzichte (Urk. 12 Rz. 18). Damit habe die Beklagte auch die Karenzenschädigung mit Wirkung per 31. Dezember 2021 gekündigt (Urk. 12 Rz. 19). Der Kläger habe der Beklagten sodann als Reaktion auf den Verzicht mit Schreiben vom 18. Oktober 2021 mitgeteilt, dass es ihm nun freistehe, konkurrenzierende Tätigkeiten aufzunehmen und er damit keine vertraglichen Pflichten seinerseits verletze (Urk. 12 Rz. 21). Der Kläger habe darüber hinaus bereits der ihm mit E-Mail vom 1. September 2021 zugestellten Aufhebungsvereinbarung entnehmen können, dass die Beklagte auf die Einhaltung des Konkurrenzverbotes verzichte (Urk. 12 Rz. 22). Sowohl die massgebende Lehre als auch das Obergericht des Kantons Zürich würden die Meinung vertreten, dass mit dem Wegfall eines Konkurrenzverbotes auch eine allfällig verabredete Karenzenschädigung dahinfalle (Urk. 12 Rz. 28 ff.). Die Auffassung des Klägers, wonach die Beklagte zwar auf die Einhaltung des Konkurrenzverbotes verzichten, sich selbst jedoch nicht von der Pflicht zur Zahlung der Karenzenschädigung befreien könne, sei unzutreffend (Urk. 12 Rz. 24 ff.). Der Kläger könne aus der von ihm zitierten Rechtsprechung – BGE 78 II 230 und Urteil BGer 5A\_89/2019 vom 1. Mai 2019 – nichts zu seinen Gunsten ableiten (Urk. 12 Rz. 25 ff.). Diese Entscheide seien nicht einschlägig. In beiden Urteilen seien Konkurrenzverbote beurteilt worden, die eine Kündigungsmöglichkeit ausdrücklich vorgesehen hätten. Im ersten Entscheid habe das Bundesgericht die Zulässigkeit der Kündigungsklausel beurteilt-

- 18 - len müssen und im zweiten Entscheid habe der Arbeitgeber es versäumt, die Karenzenschädigung innert Frist zu kündigen. Die Bundesgerichtsentscheide würden die Position der Beklagten, die dem Kläger den Verzicht auf die Einhaltung der Konkurrenzverbotsverpflichtung frühzeitig angezeigt habe und die Karenzenschädigung damit innert angemessener Frist gekündigt habe, stützen (Urk. 12 Rz. 27).

4.4.1. Das vertraglich vereinbarte Konkurrenzverbot sah keine Kündigungsmöglichkeit vor (zum Wortlaut von Ziffer 13 vorne Erw. I.1). Ein solche ergibt sich auch nicht aus (dispositiven) gesetzlichen Bestimmungen. Mit Schreiben vom 28. September 2021 teilte die Beklagte dem Kläger Folgendes mit (Urk. 4/8): " As mentioned in our previous communication, B.\_\_\_\_\_ AG is no longer interested in maintaining the non-compete clause pursuant to clause 13 of the Employment Agreement. As a consequence, we hereby declare that we waive the non-compete clause after the end of your employment relationship (on 31 December 2021). B.\_\_\_\_\_ AG therefore terminates the non-compete clause pursuant to clause 13 (including your entitlement to compensation pursuant to clause 13.2) with effect as of 31 December 2021. [...]"

4.4.2. Das Bundesgericht hielt in BGE 78 II 230 – in dem es um die Zulässigkeit einer Kündigungsklausel eines mit einer Karenzenschädigung kombinierten Konkurrenzverbots ging – fest, es stehe ausser Zweifel, dass beim entgeltlichen Konkurrenzverbot der daraus Berechtigte ohne entsprechende Vereinbarung nicht kündigen könne, weder fristlos noch unter Einhaltung einer Kündigungsfrist. Er könne sich auch nicht durch Verzicht auf das Verbot von der Pflicht zur Leistung des vereinbarten Entgelts befreien. Das ergebe sich aus dem Wesen des entgeltlichen Konkurrenzverbots als zweiseitig verpflichtendem Vertrag (BGE 78 II 230 E. 3 S. 239). Eine Kündigungsmöglichkeit zugunsten der ehemaligen Arbeitgeberin könne aber vertraglich vereinbart werden (BGE 78 II 230 E. 3 S. 240). Letztere Formulierung nahm

das Bundesgericht in einem Entscheid vom 1. Mai 2019 wieder

- 19 - auf, in dem es um ein Rechtsöffnungsgesuch eines Arbeitnehmers gegen seine ehemalige Arbeitgeberin ging und die Arbeitgeberin – kurz zusammengefasst – die vertragliche Kündigungsfrist für das Konkurrenzverbot um zwei Tage verpasst hatte (BGer 5A\_89/2019 vom 1. Mai 2019 E. 5.2.1; vgl. bereits Erw. II.3.4.7.2). Richtig ist damit zwar, dass beiden Urteilen ein Sachverhalt mit einer Kündigungsklausel zugrunde lag (Urk. 12 Rz. 25 f.). Dies ändert aber nichts am klaren Standpunkt des Bundesgerichts. Aus dem Obergerichtsentscheid LA190014 kann für die vorliegenden Rechtsfragen nichts abgeleitet werden. Es ging in diesem Entscheid um eine Massenentlassung und deren Folgen auf das Konkurrenzverbot und die Karenzentschädigung. Wie ein einseitiger Verzicht der Arbeitgeberin auf ein Konkurrenzverbot zu behandeln wäre, war – entgegen der Ansicht der Beklagten (Urk. 28 Rz. 34) – nicht Gegenstand des Entscheids (OGer ZH LA190014 vom 7. Februar 2020 E. IV.4; vgl. Urk. 20 Rz. 52). In der Lehre ist die Frage strittig; sie ist insbesondere nicht zu verwechseln mit der Frage nach der Zulässigkeit eines einfachen Verzichts auf ein Konkurrenzverbot ohne Karenzentschädigung (statt vieler: Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag Praxiskommentar, 7. A. 2012, Art. 340c N 8; Urk. 12 Rz. 16; Urk. 28 Rz. 19 f., Rz. 25, Rz. 45). Ein Teil der Lehre argumentiert, die Arbeitgeberin habe – wie bei allen zweiseitigen Verträgen – ohne vertragliche Grundlage und ohne die Zustimmung des Arbeitnehmers keine Möglichkeit, durch einseitigen Verzicht auf die Unterlassungsverpflichtung den Wegfall der Karenzentschädigung zu erreichen (Bohny, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Diss. 1989, S. 123 f.; Haefliger, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, Diss. 1974, S. 99; Heeb, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot nach Art. 340-340c OR, Diss. 2016, S. 142; Neeracher, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Diss. 2001, S. 82 f.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340a N 6; differenzierend und dem Arbeitnehmer ein Wahlrecht zugestehend Cotti, Das vertragliche Konkurrenzverbot, Diss. 2001, N 349). Zur von Neeracher geäusserten Meinung ist anzumerken, dass sich dieser klar gegen eine Kündigungsmöglichkeit ohne vertragliche Grundlage ausspricht; der Arbeitnehmer habe, wenn man der Arbeitgeberin eine Kündigungsmöglichkeit aus dem Nichts zuspreche, nur zu verlieren. Für den Fall, dass ein vertragliches Verzichtszugeständnis vereinbart wurde, spricht sich Neeracher für eine Weiterentrichtung der Karenzentschädigung

- 20 - während einer angemessenen Frist aus (Neeracher, a.a.O., S. 82 f.). Aus dem Hinweis der Beklagten, Neeracher spreche sich für eine Kündigungsfrist aus (Urk. 28 Rz. 29), kann diese folglich nichts zu ihren Gunsten ableiten. Dasselbe gilt für die Kommentierung von Streiff/von Kaenel/Rudolph, welche sich für eine angemessene Kündigungsfrist im Falle eines Wegfalls des Konkurrenzverbots von Gesetzes wegen (und nicht durch einseitigen Verzicht) aussprechen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340a N 6; vgl. Urk. 12 Rz. 39; Urk. 20 Rz. 72; Urk. 28 Rz. 45). Auch verweisen Streiff/von Kaenel/Rudolph in ihrer Kommentierung zu Art. 340c OR zum Sonderproblem des Verzichts bei vereinbarter Karenzentschädigung explizit auf ihre Kommentierung zu Art. 340a (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340c N 8 und Art. 340a N 6). Auch daraus kann die Beklagte folglich nichts ableiten (vgl. Urk. 28 Rz. 45). Ein anderer Teil der Lehre will eine Kündigung beziehungsweise einen Verzicht ohne vertragliche Grundlage vorbehaltlos zulassen, wobei als Ausgleich die Karenzentschädigung mit einer angemessenen Frist kündbar sein solle (Brühwiler, Kommentar Einzelarbeitsvertrag, 3. A. 2014, Art. 340 N 7b; Räber, a.a.O., Diss. 2020, N 632 f.; ZK-OR Staehelin, Art. 340c N 3;

Vischer, Schweizerisches Privatrecht VII/4, Der Arbeitsvertrag, 4. A. 2014, § 21 N 50 f.). Von einem weiteren Teil der Lehre wird Letzteres für einen Wegfall des Konkurrenzverbots im Sinne von Art. 340c OR vertreten (BK-OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 340c N 5; Subilia/Duc, Droit du travail, 2010, Art. 340c N 24). Hinsichtlich letzterer Lehrmeinungen bleibt – anders als der Beklagte zu behaupten scheint (Urk. 12 Rz. 25; vgl. Urk. 20 Rz. 38) – unklar, ob diese im Falle eines nicht unter Art. 340c OR fallenden einseitigen Verzichts gleicher Ansicht wären. Aufgrund des zum Konkurrenzverbot in Gesetz und in der Rechtsprechung verankerten Arbeitnehmerschutzgedankens (vorne Erw. II.3.4.7.2) sowie des klaren Standpunkts des Bundesgerichts ist mit einem gewichtigen Teil der Lehre, der sich gegen eine Kündigungsmöglichkeit ohne vertragliche Grundlage ausspricht, eine einseitige Arbeitgeberkündigung, zumindest in Verhältnissen wie den vorliegenden, wenn ein Arbeitsverhältnis bereits durch den Arbeitnehmer gekündigt worden ist, ohne vertragliche Grundlage nicht zuzulassen. Dass eine (unbegründete) Arbeitgeberkündigung im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR und ein ohne vertragliche Kündigungsklausel erklärter Verzicht auf das Konkurrenzverbot unterschiedliche Folgen haben, ist

- 21 - nicht absurd – wie die Beklagte argumentiert (Urk. 28 Rz. 27, Rz. 35) –, sondern Folge der unterschiedlichen Behandlung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerkündigungen durch das Gesetz (wie bereits erwähnt vorne Erw. II.3.4.7.5). Dass ein Verzicht eines Arbeitgebers nach erfolgter Arbeitnehmerkündigung die Rechtsfolgen einer Arbeitgeberkündigung nach sich ziehen sollte, ist abzulehnen. 4.4.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte kein Kündigungsrecht hatte und damit ihre mit Schreiben vom 28. September 2021 erklärte Kündigung des Konkurrenzverbots und der Karenzenschädigung nicht zur Auflösung von Ziffer 13 des Arbeitsvertrags führte.

## **E. 5**

Karenzenschädigung

### **E. 5.1**

Die Karenzenschädigung ist ein suspensiv bedingtes Leistungsversprechen. Die Forderung auf eine Karenzenschädigung entsteht erst mit der Konkurrenzhaltung nach beendetem Arbeitsverhältnis (Heeb, a.a.O., S. 141).

### **E. 5.2**

Es blieb unbestritten, dass sich der Kläger während der Dauer des Konkurrenzverbots vom 1. Januar 2022 bis 31. Dezember 2023 an dieses hielt: Der Kläger behauptete in seiner Replik vom 12. Januar 2023, er sei bereit, die Konkurrenzverbotspflichtung zu erfüllen und er erfülle diese aktuell auch (Urk. 20 Rz. 8). Dies wurde nicht, beziehungsweise nicht substantiiert, bestritten (Urk. 28 Rz. 10). Der Kläger musste aufgrund der fehlenden Bestreitung nicht – wie die Beklagte behauptet – aufzeigen, dass er sich nur für neue Anstellungen bewarb, mit denen er sie nicht konkurrenziert hätte (Urk. 46 Rz. 27). Nichts daran ändert, dass der Kläger als Reaktion auf das Schreiben der Beklagten vom 28. September 2021 am 18. Oktober 2021 über seinen Anwalt zur Kenntnis nahm, dass er nun nicht mehr an das nachvertragliche Konkurrenzverbot gebunden sei und frei sei, eine konkurrenzrende Tätigkeit aufzunehmen (Urk. 20 Rz. 29; Urk. 28 Rz. 22 f.; Urk. 46 Rz. 20; vgl. Urk. 42 S. 18). Im Gesamtkontext des Schreibens ging es um die Kenntnisnahme vom Verzicht auf die Geltendmachung; das ist nicht einer einvernehmlichen Aufhebung oder Ähnlichem gleichzusetzen.

### **E. 5.3**

Es ist zusammenfassend festzuhalten, dass der Anspruch des Klägers auf eine Karenzentschädigung entstanden ist.

### **E. 5.4**

Höhe der Karenzentschädigung

#### **E. 5.4.1**

Der Kläger geht in seiner Klage von einem monatlichen Salär ohne Bonus von Fr. 16'843.60 aus, von welchem ihm während zweier Jahre eine monatliche Karenzentschädigung von 50 % zustehe. Das monatliche Salär setze sich zusammen aus dem festen Monatslohn von Fr. 13'460.– brutto (x 13), entsprechend Fr. 14'581.65 brutto (x 12), den von der Beklagten bezahlten Arbeitnehmerbeiträgen an die Pensionskasse von Fr. 1'610.55 brutto und Fr. 651.40 für ein auch zur privaten Nutzung zur Verfügung gestelltes Fahrzeug (Urk. 2 Rz. 9). In der Replik beruft sich der Kläger auf den in der für die Arbeitslosenversicherung ausgestellten Arbeitgeberbescheinigung ausgewiesenen AHV-pflichtigen Gesamtverdienst von Fr. 202'123.– (Urk. 20 Rz. 61 f.), was ebenfalls Fr. 16'843.60 monatlich entspricht. Somit würde die Karenzentschädigung nach der Darstellung des Klägers Fr. 8'412.80 pro Monat (Fr. 16'843.60 / 2) betragen.

#### **E. 5.4.2**

Die Beklagte geht von einem monatlichen Salär von Fr. 13'460.– aus, womit die Karenzentschädigung sich auf monatlich Fr. 7'290.85 (13 x Fr. 13'460.– / 2 / 12) belaufen würde (Urk. 12 Rz. 33; Urk. 28 Rz. 38).

#### **E. 5.4.3**

Gemäss Ziffer 13.2 des Arbeitsvertrags beläuft sich die Karenzentschädigung auf 50 % der zuletzt gezahlten Salärbezüge ohne Bonus (zum Wortlaut vorne Erw. I.1). Salärbezüge sind die in Ziffer 8 des Arbeitsvertrags aufgeführten Leistungen. Konkret zu berücksichtigen sind der Monatslohn (inkl. 13. Monatslohn) und die Arbeitnehmerbeiträge an die Pensionskasse, da die Pensionskassenbeiträge gemäss vertraglicher Abrede zu 100 % von der Arbeitgeberin getragen und in der Salärabrechnung als Teil des Bruttolohns ausgewiesen werden (Urk. 4/6 Ziffer 1- 4). Anhand der Lohnabrechnung des Monats Dezember 2021 ist von einem Monatslohn von Fr. 13'460.– (brutto) auszugehen (Urk. 4/7). Unter Berücksichtigung eines Anteils 13. Monatslohn von gerundet Fr. 1'122.– resultiert ein zuletzt gezahlter Salärbezug von Fr. 14'582.– (brutto). Hinzu kommt der BVG-Arbeitnehmer-Anteil von gerundet Fr. 1'611.–. Nicht zu berücksichtigen sind dagegen die Fr. 651.40

- 23 - für das Fahrzeug. Die private Nutzung des Fahrzeugs wurde nicht in Ziffer 8, sondern in Ziffer 9 ("Sonderleistungen") geregelt, weshalb davon auszugehen ist, dass diese Leistung der Beklagten an den Kläger nicht von Ziffer 13.2 des Arbeitsvertrags erfasst ist.

#### **E. 5.4.4**

Es ist damit von einem zuletzt gezahlten Salär von Fr. 14'582.– (brutto) zuzüglich Fr. 1'611.– BVG-Arbeitnehmer-Anteil, d.h. Fr. 16'193.–, auszugehen. 50 % davon sind (gerundet) Fr. 8'096.–. Während der Monate Januar und Februar 2022 beläuft sich die geschuldete Karenzentschädigung somit auf Fr. 16'192.– (brutto; Fr. 8'096.– x 2). Sofern

auf die Zahlung Sozialversicherungsabzüge, konkret AHV/IV/EO/ALV-Beiträge, geschuldet wären, wäre die Beklagte berechtigt, diese in Abzug zu bringen. Pensionskassenabzüge sind aufgrund des längst beendeten Arbeitsverhältnisses nicht mehr zu erwarten (vgl. zu den Sozialversicherungsabzügen uneinheitlich OGer ZH LA200026 vom 12. Februar 2021 E. III.2.2 S. 11; ZR 101/2002 S. 242; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340a N 6).

#### **E. 5.4.5**

Die Beklagte macht geltend, an die Karenzentschädigung seien Einkünfte aus Ersatztätigkeiten (insbesondere Leistungen der Arbeitslosenversicherung) anzurechnen (Urk. 28 Rz. 57 ff.; Urk. 46 Rz. 24). Der Kläger bestreitet dies (Urk. 31 Rz. 15-17).

#### **E. 5.4.6**

Die Frage der Anrechnung eines Ersatzverdienstes auf eine Karenzentschädigung ist in der Lehre umstritten: Während sich die herrschende Lehre gegen eine Anrechnung ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung ausspricht, argumentiert Vischer für eine Anrechnung (Vischer, a.a.O., § 21 N 50 f.; vgl. zudem BK-OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 340c OR N 5; Subilia/Duc, a.a.O., Art. 340c N 24, für eine analoge Anwendung von Art. 324 Abs. 2 OR, wobei unklar ist, ob diese im Falle eines nicht unter Art. 340c OR fallenden einseitigen Verzichts gleicher Ansicht wären, vgl. dazu vorne Erw. II.4.4.2). Die herrschende Lehre argumentiert demgegenüber, die Karenzentschädigung sei unabhängig von einer konkreten Beeinträchtigung geschuldet. Sie sei eine Gegenleistung für die abstrakte Beeinträchtigung des Arbeitnehmers auf dem Arbeitsmarkt durch das Konkurrenzverbot (Bohny, a.a.O., S. 122 f.; Heeb, a.a.O., S. 140; Neeracher, a.a.O., S. 58; Räber, a.a.O., N 599 ff.; ZK-OR Staehelin, Art. 340 N 25). Ein Arbeitnehmer müsse nicht nachweisen, dass

- 24 - das Konkurrenzverbot kausal für den Minderverdienst sei, er müsse nicht einmal einen Minderverdienst aufweisen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340a N 6). Anzumerken ist, dass Staehelin sich grundsätzlich gegen eine Anrechnungspflicht ausspricht und nur bei einem Wegfall des Konkurrenzverbots (Art. 340c OR) für eine Anrechnung plädiert (ZK-OR Staehelin, Art. 340c N 3). Der herrschenden Lehre, welche sich gegen eine Anrechnung anderweitigen Einkommens ohne vertragliche Grundlage ausspricht, ist zu folgen. Eine Anrechnung eines anderweitig erzielten Einkommens ist abzulehnen, wenn eine solche nicht vereinbart wurde. Dies anders zu entscheiden würde dazu führen, dass Karenzentschädigungen, insbesondere solche, die weniger hoch als der bisherige Lohn sind, nur in seltenen Fällen – beispielsweise wenn keine Arbeitslosenentschädigung bezogen oder keine neue Anstellung angetreten würde – überhaupt geschuldet wären. Dies lässt sich nicht mit dem Grundgedanken der Karenzentschädigung als Entschädigung für die durch das Konkurrenzverbot entstandene wirtschaftliche Einschränkung vereinbaren.

#### **E. 5.4.7**

Eine Anrechnung eines Ersatzverdienstes des Klägers ist vorliegend mangels entsprechender Vereinbarung nicht vorzunehmen. Es bleibt somit bei der Karenzentschädigung von Fr. 16'192.– (brutto). Da die Karenzentschädigung monatlich auszurichten gewesen wäre und der Verzug jeweils auf den 1. des Folgemonats eintrat (Ziffer 8.1 des Arbeitsvertrags [Urk. 4/6], Art. 323 Abs. 1 OR analog; Urk. 2 Rz. 23), ist auf diesen Betrag zusätzlich Zins von 5 % seit 15. Februar 2022 (mittlerer Verfall) geschuldet.

## **E. 6**

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).

- 27 - Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 16'843.60. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 13. November 2024 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Der Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. A. Huizinga MLaw N. Achermann versandt am: ib

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