

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA190014-O/U

Mitwirkend: die Oberrichterinnen Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, und
Dr. S. Janssen, Oberrichter Dr. M. Kriech und
Gerichtsschreiberin MLaw V. Stübi

Urteil vom 7. Februar 2020

in Sachen

A._____,

Kläger, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B1._____ **AG**,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Winterthur vom
1. Februar 2019 (AN170001-K)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

- „1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger netto CHF 166'477.65 zuzüglich 5 % Verzugszins seit 7. November 2017 (Klageeinleitung) zu bezahlen.
2. Unter Vorbehalt des Nachklagerechts.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MWSt) zu Lasten der Beklagten.“

Urteil des Arbeitsgerichtes Winterthur vom 1. Februar 2019:

(Urk. 37 S. 10)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger brutto Fr. 11'600.– zuzüglich 5 % Verzugszins seit 7. November 2017 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 11'400.–.
3. Die Kosten werden zu 13/14 dem Kläger und zu 1/14 der Beklagten auferlegt. Die Kosten werden aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger die Kosten im Umfang von Fr. 814.– zu ersetzen.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine leicht reduzierte Parteient-schädigung von Fr. 13'800.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.

(5./6. Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

Zur Hauptberufung:

Des Klägers, Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten (Urk. 36 S. 2):

- „1. In Abänderung von Ziff. 1 des Urteilsdispositivs des Bezirksgerichts Winterthur in der Geschäfts-Nr. AN170001 vom 1. Februar 2019 sei die Beklagte und Berufungsbeklagte zusätzlich zu verpflichten, dem Kläger und Berufungskläger netto CHF 156'493.90 zuzüglich 5 % Verzugszins seit 7. November 2017 zu bezahlen.
2. Es seien Ziff. 3. und 4. des Urteilsdispositivs des Bezirksgerichts Winterthur in der Geschäfts-Nr. AN170001 vom 1. Februar 2019 vollständig aufzuheben und die Entscheidegebühr, die Kostenverteilung und die Parteientschädigung ausgangsgemäss nach dem Obsiegen respektive Unterliegen der Parteien neu festzusetzen.
3. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und Berufungsbeklagten.“

Der Beklagten, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin (Urk. 42 S. 2):

- „1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers und Berufungsklägers.“

Zur Anschlussberufung:

Der Beklagten, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin (Urk. 42 S. 2):

- „3. Ziffer 1 Absatz 1 des Dispositivs des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 1. Februar 2019 (Geschäfts-Nr. AN170001-K) sei aufzuheben und auf die Klage sei im Umfang von CHF 11'600 (brutto) nicht einzutreten;
4. Ziffern 3 und 4 des Urteilsdispositivs [Dispositivs] des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 1. Februar 2019 (Geschäfts-Nr. AN170001-K) seien aufzuheben und die Entscheidegebühr und die Parteientschädigung für das

erstinstanzliche Verfahren seien vollumfänglich dem Kläger, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagten aufzuerlegen;

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers und [und] Anschlussberufungsbeklagten.“

Des Klägers, Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten (Urk. 46 S. 2):

- „1. Die Anschlussberufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin.“

Erwägungen:

I.

Die Beklagte ist eine international tätige Aktiengesellschaft mit Sitz in C._____, welche industrielle ... [Produkt] entwickelt, herstellt und verkauft. Am 30. September 2015 hatte sie mit der B2._____ AG fusioniert, welche vormals D._____ hiess. Der Kläger war bei dieser Firma seit dem Jahre 2005 als Sales Manager angestellt. Am 26. August 2011 unterzeichneten die Parteien im Zuge der geplanten Übernahme der D._____ durch die B._____-Gruppe einen neuen Arbeitsvertrag. Anlässlich einer Massenentlassung kündigte die Beklagte am 26. September 2016 das Arbeitsverhältnis per 31. März 2017. Wegen einer Erkrankung des Klägers verschob sich die Beendigung des Arbeitsverhältnisses schliesslich auf den 31. Oktober 2017. Der erwähnte Arbeitsvertrag enthielt eine Konkurrenzverbotsklausel, welche eine Konkurrenzentschädigung in der Höhe eines Jahresgehalts vorsah. Die Vorinstanz verneinte einen Anspruch des Klägers auf diese Konkurrenzentschädigung, weil das Konkurrenzverbot wegen der Massenentlassung nicht zum Tragen gekommen sei. Dagegen sprach die Vorinstanz einen Restbonus von Fr. 11'600.– brutto für das Geschäftsjahr 2016 zu. Die Beklagte ist der Ansicht, weil der Kläger diesen Restbonus im vorangegangenen Schlichtungsverfahren nicht geltend gemacht habe, handle es sich um eine unzu-

lässige Klageänderung, was zum Nichteintreten auf diesen Teil der Klage führen müsste.

II.

Die Klage samt Klagebewilligung ging am 8. November 2017 bei der Vorinstanz ein (Urk. 1 und 3). Der weitere Prozessverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 37 S. 2). Gegen das am 1. Februar 2019 ergangene Urteil hat der Kläger fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 35 und 36). Er hat einen Kostenvorschuss von Fr. 11'000.– geleistet (Urk. 40). Die Berufungsantwort ist am 28. Mai 2019 eingegangen (Urk. 42). Die Beklagte hat Anschlussberufung erklärt und einen Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– bezahlt (Urk. 42 S. 2; Urk. 44). Die Anschlussberufungsantwort datiert vom 7. Juli 2019 (Urk. 46). Mit Eingabe vom 25. Juli 2019 machte die Beklagte von ihrem Replikrecht Gebrauch. Ein Doppel wurde dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 48). Weitere Eingaben der Parteien sind nicht erfolgt.

III.

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 (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Diesen Anforderungen genügt der Kläger insbesondere bezüglich des von ihm behaupteten übereinstimmenden wirklichen Willens der Parteien nicht (nachfolgend Erw. IV/A/2c). Die Parteien haben die von ihnen kritisierten Erwägungen des angefochtenen Entscheids 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]). Was nicht in einer den gesetzlichen

Begründungsanforderungen genügender 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 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.). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist das Berufungsgericht nicht gehalten, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vor der zweiten Instanz vorliegen. 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. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (BGE 144 III 394 E. 4.1.4, m.w.H.).

Die Begründungsanforderungen gelten auch für die Berufungsantwort, wenn darin Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im kantonalen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können (BGer 4A_258/2015 vom 21.10.2015, E. 2.4.2; BGer 4A_580/2015 vom 11.04.2016, E. 2.2; BGer 4A_496/2016 vom 08.12.2016, E. 2.2.2; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 312 N 11).

2. Wer sich auf neue Tatsachen beruft (Art. 317 Abs. 1 ZPO), hat zu substantiieren und zu beweisen, dass er die entsprechenden Noven unverzüglich nach ihrer Entdeckung vorgebracht hat und dass er sie trotz Anwendung zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 34). Dazu gehört auch, dass die betreffende Partei die zumutbaren Nachforschungen vorgenommen hat (BGer 4A_259/2019 vom 10.10.2019, E. 1.3, unter Hinweis auf ZK ZPO-Leuenberger, Art. 229 N 8).

IV.

A. Konkurrenzenschädigung

1. a) Der Arbeitsvertrag vom 26. August 2011 enthält unter der Überschrift „**Konkurrenzverbotsklausel**“ folgende Bestimmung (Urk. 4/3 S. 2):

- „a) Der Mitarbeiter bestätigt, Einblick in den Kundenkreis und in die Geschäftsgeheimnisse der B1._____ AG zu haben, deren unbefugte Verwendung oder Weitergabe erheblich schädigen könnte.
- b) Der Mitarbeiter verpflichtet sich deshalb, während der Dauer und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sich weder direkt noch indirekt an einem Konkurrenzunternehmen zu beteiligen oder in einem solchen direkt oder indirekt tätig zu sein. Er darf nach Beendigung des Arbeitsvertrages weder ein Geschäft der gleichen Branche öffnen, noch sich in einem solchen bzw. für ein solches betätigen.

Das Konkurrenzverbot gilt:

[...]

Konkurrenzenschädigung (Art. 340 OR)

Entschädigung an Herrn A. _____ bei Kündigung des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers: **1 Jahresgehalt**. Falls Herr A. _____ innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Arbeitsvertrages in ein Konkurrenzunternehmen übertritt, muss er die von der Firma geleistete Entschädigung zurück bezahlen.“

b) Die Vorinstanz erwog, ob der Kläger Anspruch auf die Entschädigung von einem Jahresgehalt habe, sei von der Auslegung dieser Vertragsbestimmung abhängig. Die Entschädigung sei unter dem Titel „Ziffer 8. Konkurrenzverbotsklausel“ aufgeführt und als Konkurrenzenschädigung (Art. 340 OR) bezeichnet worden. Es stehe damit ausser Frage, dass diese Karenzenschädigung im Austausch für das Konkurrenzverbot geleistet werde. Diese Wechselbeziehung zwischen der Entschädigung und der Einhaltung des Konkurrenzverbotes werde vom Kläger auch nicht bestritten. Unter diesen Umständen sei die vereinbarte Entschädigung nicht als Abgangsentschädigung zu würdigen, welche bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses ohne weitere Voraussetzungen zur Zahlung fällig werde. Die Beklagte habe sich verpflichtet, dem Kläger für die Einhaltung des Konkurrenzverbotes eine Entschädigung zu zahlen. Der Kläger andererseits habe mit der vereinbarten Regelung das Wahlrecht erhalten, sich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses an das Konkurrenzverbot zu halten oder in ein Konkurrenzunternehmen überzutreten. Im ersten Fall hätte er die geleistete Karenzenschädigung behalten dürfen, im zweiten Fall hätte er sie zurückerstatten müssen. Die Zahlung der Entschädigung setze daher zwingend ein wirksames Konkurrenzverbot voraus. Daran vermöge auch die Formulierung "bei Kündigung durch den Arbeitnehmer und den Arbeitgeber" [sic!] nichts zu ändern. Die Formulierung dieser Begriffe könne nur so verstanden werden, dass die Kündigung des Arbeitnehmers und die Kündigung des Arbeitgebers mit begründetem Anlass darunter fielen. Würde man der Darstellung des Klägers folgen, wonach die Formulierung sämtliche Arbeitgeberkündigungen umfasst habe, wäre die Entschädigung ungeachtet eines wirksamen Konkurrenzverbotes bei jeder Auflösung des Arbeitsverhältnisses geschuldet gewesen. Das vereinbarte Wahlrecht des Klägers, sich an das Konkurrenzverbot zu halten oder sich für ein Konkurrenzunternehmen zu entscheiden und die Entschädigung zurückzubezahlen, wäre hinfällig geworden. Eine Entschädigung dieser Art wäre aber als Abgangsentschädigung zu qualifizie-

ren und stünde in keiner Weise mit dem Konkurrenzverbot im Zusammenhang. Die Regelung einer derartigen Entschädigung unter dem Titel "Konkurrenzverbot" würde keinen Sinn machen. Weiter sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte dem Kläger im Zuge einer Massenentlassung gekündigt habe. Ein Konkurrenzverbot falle dahin, wenn der Arbeitgeber kündige, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben habe (Art. 340c Abs. 2 OR). In diesem Sinne sei die Kündigung vom 26. September 2016 zu würdigen. Das Konkurrenzverbot sei somit zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht wirksam gewesen. Sei ein vereinbartes Konkurrenzverbot gar nie wirksam geworden, weil z.B. der Arbeitgeber ohne begründeten Anlass gekündigt habe, so entfalle auch eine zur Abgeltung des Konkurrenzverbotes vereinbarte Karenzentschädigung (unter Hinweis auf Streiff/von Känel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, N 6 zu Art. 340a OR). Vorliegend bestehe aus den dargelegten Gründen kein Anspruch des Klägers auf Auszahlung der Karenzentschädigung in Höhe eines Jahresgehaltes, weshalb die Klage in diesem Punkt abzuweisen sei (Urk. 37 S. 7 f.).

2. a) Der Kläger führt in seiner Berufungsschrift unter der Überschrift „RECHTLICHES / BERUFUNGSGRÜNDE“ zunächst aus, die Vorinstanz lasse bei der von ihr vorgenommenen Auslegung offen, ob es sich um eine subjektive, d.h. den wirklichen Willen der Parteien erkundende, oder eine objektive, nach Treu und Glauben erfolgte Vertragsauslegung handle (Urk. 36 S. 9). In der Folge legt der Kläger dar, dass die Vorinstanz den Sachverhalt unvollständig ermittelt bzw. berücksichtigt und eine falsche Beweiswürdigung vorgenommen habe. Bei richtiger Beweiswürdigung und subjektiver Vertragsauslegung hätte die Vorinstanz einen tatsächlichen übereinstimmenden Parteiwillen zum Abschluss einer Vereinbarung feststellen müssen, wonach der Kläger auch und gerade bei betriebsbedingter Kündigung durch die Beklagte eine Entschädigung von einem Jahressalär hätte erhalten sollen, welche nur zurückzuzahlen gewesen wäre, wenn er innerhalb eines Jahres zur Konkurrenz gewechselt hätte. Sollte die Vorinstanz eine objektive Vertragsauslegung vorgenommen haben, sei diese falsch (Urk. 36 S. 15).

b) Was die Parteien im Einzelnen vereinbart haben, bestimmt sich nach den allgemeinen Auslegungsregeln. Danach ist in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien festzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR). Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung. Beim Willen der Parteien handelt es sich um eine innere Tatsache, über die Beweis geführt werden kann (ZK OR-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 N 315 und 361). Der übereinstimmende tatsächliche Parteiwille ist mittels Indizien zu ergründen. Dazu gehören der Wortlaut der Erklärungen, die gesamten Begleitumstände beim Vertragsabschluss, der Vertragszweck, die Beweggründe der Parteien, das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsabschluss (BGE 142 III 239 E. 5.2.1; BGE 129 III 675 E. 2.3; BGer 4A_200/2015 vom 03.09.2015, E. 4.1.1; BGer 4C.62/2006 vom 21.04.2006, E. 3.1; BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 11 f., N 19 und N 26 ff.). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (objektivierte Vertragsauslegung; statt vieler: BGE 131 III 606 E. 4.1; BGer 4C.120/2006 vom 30.06.2006, E. 2.3; ZK OR-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 N 356). Dabei ist insbesondere der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck zu berücksichtigen, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 132 III 24 E. 4, mit Hinweis auf ZK OR-Jäggi/Gauch, Art. 18 N 370 ff., insb. N 384).

c) Der Kläger trägt vor, er habe vor Vorinstanz ausgeführt, dass es ihm bei der Aushandlung der Konkurrenzverbotsklausel nicht so sehr um das Konkurrenzverbot gegangen sei, sondern darum, dass er aufgrund der vielen Umstrukturierungen in der Vergangenheit wenig Vertrauen in die Stabilität des Arbeitsverhältnisses gehabt habe. Auf seine Frage, was denn passiere, wenn die Beklagte ihm kündige, habe er die Antwort erhalten, dass dann die Entschädigung bezahlt würde, was denn auch genauso in den Vertrag aufgenommen worden sei und den Kläger veranlasst habe, den Vertrag zu unterschreiben. Er habe hierzu beantragt, den damaligen Verhandlungspartner auf Seiten der Beklagten, E._____, als Zeugen zu vernehmen, welcher das vom Kläger geltend gemachte Verständnis der

Parteien bestätigen könne. Die Vorinstanz habe aber ohne erkennbaren Grund darauf verzichtet, diesen Zeugen zu befragen (Urk. 36 S. 13 f.).

Der Kläger zeigt nicht auf, wo vor Vorinstanz er den Sachverhalt betreffend die zitierte Frage/Antwort behauptet hat. Zudem ergibt sich aus diesem Sachverhalt nicht der von ihm behauptete übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien hinsichtlich der strittigen Konkurrenzentschädigung, wird doch die betriebsbedingte Kündigung nicht angesprochen. Der Kläger verweist zwar auf Urk. 1 Rz 17, wo er E. _____ als Zeuge anruft, der angeblich bei den Verhandlungen dabei gewesen sei und das Verständnis der Parteien bestätigen könne, aber welches Verständnis der Parteien gemeint ist, ergibt sich nicht aus dem Sachzusammenhang. Direkt zuvor hatte der Kläger nämlich ausgeführt, Ziff. 8 des Arbeitsvertrags könne nur *so ausgelegt* werden, dass damit nicht so sehr ein klassisches Konkurrenzverbot abgemacht worden sei, sondern vielmehr eine Abgangsentschädigung für den Kläger, welche an die (auflösende) Bedingung geknüpft worden sei, dass er die Beklagte während eines Jahres nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht konkurreiere (Urk. 1 S. 6 f. Rz 16). Damit hat der Kläger nicht behauptet, dass dies das beiderseitige wirkliche Verständnis der Parteien bei Vertragsabschluss gewesen sei. Der Kläger unterlässt es also, in der Berufungsschrift aufzuzeigen, wo er im vorinstanzlichen Verfahren behauptet hat, die Parteien seien sich beim Abschluss des Arbeitsvertrages einig gewesen, dass er auch und gerade bei betriebsbedingter Kündigung durch die Beklagte eine Entschädigung von einem Jahressalär erhalten sollte, welche nur zurückzuzahlen sein würde, wenn er innerhalb eines Jahres zur Konkurrenz gewechselt hätte. Der Vorinstanz kann auch nicht vorgeworfen werden, sie habe E. _____ zu Unrecht nicht als Zeuge befragt. Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO sind in der Klage die einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen zu bezeichnen. Die Beweisofferten müssen den einzelnen zu beweisenden Tatsachen klar zugeordnet werden (Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 221 N 17). Das Gericht muss bestimmen können, welche Beweismittel für welche Tatsachen angeboten werden (BGE 144 III 54 E. 4.1.3.5). Diesen Anforderungen genügte die Beweisofferte hinsichtlich des Zeugen E. _____ nach dem Gesagten nicht. Der Kläger moniert in der Berufungsschrift zudem, er sei nicht als Partei befragt worden, ohne aufzuzeigen, zu welchen Tatsachenbehaup-

tungen er vor Vorinstanz die Parteibefragung beantragt hat (Urk. 36 S. 14 Rz 40). Darauf ist daher nicht weiter einzugehen.

Zusammenfassend steht fest, dass der Kläger einen übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien, wie die strittige Vertragsklausel zu verstehen sei, nicht rechtsgenügend behauptet hat. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass ein übereinstimmender Wille bezüglich der strittigen Vertragsklausel nicht gegeben sei (Urk. 42 S. 10). Mangels einer tatsächlichen Willensübereinstimmung sind somit zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen (objektivierte Vertragsauslegung).

3. a) Der Kläger verweist für die „objektive“ Vertragsauslegung zunächst auf seine Ausführungen zur subjektiven Vertragsauslegung (Urk. 36 S. 16 Rz 48). Dass die Vorinstanz nicht explizit erklärt, auf welche Auslegungsmethoden sie sich abstützt (Urk. 36 S. 10 Rz 28), schadet nicht, solange der Entscheid so begründet ist, dass er gegebenenfalls sachgerecht angefochten werden kann. Die Begründung muss kurz die Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (BGE 136 I 184 E. 2.2.1 S. 188; 133 III 439 E. 3.3 S. 445; je mit Hinweisen). Eine sachgerechte Auseinandersetzung mit der Begründung der Vorinstanz war offensichtlich möglich, wie sich aus den Rechtsschriften der Parteien ergibt.

b) Der Kläger rügt, die von der Vorinstanz gezogene Schlussfolgerung, wonach die Verknüpfung zwischen Konkurrenzverbot und Entschädigung die Qualifizierung der Entschädigung als Abgangsentschädigung ausschliesse, sei von vornherein falsch. Nichts halte die Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit davon ab, eine Abgangsentschädigung an ein bestimmtes Verhalten des Begünstigten zu knüpfen, namentlich auch an den Verzicht zu konkurr[enz]ierendem Verhalten (Urk. 36 S. 10 Rz 29). Gemäss Beklagter ignoriert der Kläger den Vertragswortlaut vollends und lässt seine Argumentation vollkommen unberücksichtigt, dass die Parteien *in casu* ein nachvertragliches Konkurrenzverbot gemäss den Regeln (von) Art. 340 ff. OR vereinbart hätten, für dessen Einhaltung eine Karenzent-

schädigung vereinbart worden sei, welche in offenkundiger Weise die Gültigkeit des Konkurrenzverbots voraussetze (Urk. 42 S. 11 Rz 34).

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz nicht geschrieben hat, die Verknüpfung zwischen Konkurrenzverbot und Entschädigung schliesse die Qualifizierung der Entschädigung als Abgangsentschädigung aus. Sie hat vielmehr ausgeführt, eine Entschädigung, die ungeachtet eines wirksamen Konkurrenzverbots bei jeder Auflösung des Arbeitsverhältnisses geschuldet sei, sei als Abgangsentschädigung zu qualifizieren und stünde in keiner Weise mit dem Konkurrenzverbot im Zusammenhang (Urk. 37 S. 7). Richtig ist aber, dass eine Entschädigung für den Verzicht auf konkurrierendes Verhalten, unabhängig davon, ob überhaupt das vertraglich vereinbarte Konkurrenzverbot zum Tragen kommt oder nicht, vereinbart werden kann. Aus dem Wortlaut der *Konkurrenzentschädigungsklausel* ergibt sich in der Tat keine Beschränkung auf ein wirksames Konkurrenzverbot, ist doch die Entschädigung einzig davon abhängig, ob der Kläger innert eines Jahres nach Beendigung des Arbeitsvertrages in ein Konkurrenzunternehmen übertritt.

c) Einen Denkfehler der Vorinstanz sieht der Kläger dort, wo diese schreibe, das vereinbarte Wahlrecht des Klägers, sich an das Konkurrenzverbot zu halten oder sich für ein Konkurrenzunternehmen zu entscheiden und die Entschädigung zurückzuzahlen, wäre bei Beachtung der von den Parteien gewählten Wortwahl hinfällig geworden. Es verhalte sich gerade umgekehrt: Das Wahlrecht des Klägers würde ihm gemäss Auslegung der Vorinstanz gerade entzogen, wenn die Beklagte ohne begründeten Anlass das Arbeitsverhältnis kündigen würde (Urk. 36 S. 11 Rz 30 f.). Für die Beklagte ist die vorinstanzliche Auslegung dogmatisch begründbar. Sie lasse sich auch mit dem angeblichen Bedürfnis des Klägers nach Sicherheit vereinbaren. Die Parteien hätten unbestrittenermassen ein nachvertragliches Konkurrenzverbot vereinbart. Sofern das Konkurrenzverbot gültig sei, habe der Kläger das Wahlrecht, sich daran zu halten oder nicht. Halte er sich daran, erhalte er die Karenzentschädigung. Halte er sich nicht daran, erhalte er sie nicht bzw. müsse sie zurückbezahlen. Diese Handlungsoptionen setzten jedoch ein gültiges Konkurrenzverbot voraus. Ohne Konkurrenzverbot bestehe keine

Veranlassung für die Bezahlung der Karenzentschädigung, da der Kläger bei der Arbeitssuche nicht eingeschränkt sei (Urk. 42 S. 12 Rz 37).

Gemäss Vorinstanz wäre das Wahlrecht des Klägers hinfällig geworden, wenn eine Entschädigung ungeachtet eines wirksamen Konkurrenzverbots bei jeder Auflösung des Arbeitsverhältnisses geschuldet gewesen wäre (Urk. 37 S. 7). Das ist so nicht richtig. Hätte der Kläger die Entschädigung auch dann zugute, wenn das Konkurrenzverbot nicht zum Tragen kommt, könnte er so oder anders zwischen der Entschädigung und dem Eintritt in ein Konkurrenzunternehmen wählen. Dagegen entfällt diese Wahlmöglichkeit, wenn bei nicht wirksamem Konkurrenzverbot keine Entschädigung geschuldet ist. Dem Kläger ist auch beizupflichten, dass sich aus dem Wortlaut der *Konkurrenzentschädigungsklausel* nicht ergibt, gemeint sei nur die Kündigung des Arbeitnehmers und die Kündigung des Arbeitgebers mit begründetem Anlass (Urk. 36 S. 11 Rz 30 und Rz 34). Entgegen der Auffassung der Beklagten ergibt sich aus dem Wortlaut der Entschädigungsklausel nicht, dass der Fall einer Arbeitgeberkündigung ohne begründeten Anlass nicht geregelt wurde (Urk. 42 S. 7 Rz 20).

d) Der Kläger macht geltend, es sei von vornherein nicht anzunehmen, dass die Beklagte etwas anderes vereinbart habe, als sie gemäss Wortlaut tatsächlich gemeint habe, und verweist dazu auf die Betriebsgrösse der Beklagten (rund 700 Mitarbeiter bzw. weltweit über 2'000) sowie ihre Personal- und Rechtsabteilung. Umgekehrt werde dem Kläger unterstellt, er hätte sich bewusst sein sollen, dass die Entschädigung entgegen dem Wortlaut des Vereinbarten dann nicht bezahlt würde, wenn seine Arbeitsstelle einer weiteren Umstrukturierung zum Opfer fallen sollte. Insbesondere für diese Situation habe er sich die Entschädigung ausgehandelt. Zudem könne von ihm nicht erwartet werden, dass er die Besonderheiten von Art. 340c OR kenne (Urk. 36 S. 13 Rz 37 f. und S. 16 f. Rz 53). Die Beklagte weist darauf hin, dass der Kläger während der Vertragsverhandlungen anwaltlich beraten gewesen sei und unbestrittenermassen die streitgegenständliche Formulierung selber vorgeschlagen habe. Es sei daher ohne Weiteres davon auszugehen, dass der Rechtsvertreter des Klägers diesen über die Besonderheiten von Art. 340c OR aufgeklärt habe (Urk. 42 S. 14 Rz 42).

Bei der objektivierten Vertragsauslegung hat das Gericht das als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und redlich handelnde Personen unter den gegebenen, auch persönlichen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden. Beide Parteien behaupten neu bzw. ohne Aktenverweis auf früheres Vorbringen, die jeweilige Gegenpartei sei bei den Vertragsverhandlungen rechtskundig vertreten gewesen und sei daher über die Bedeutung der Entschädigungsklausel im Bilde gewesen. Damit sind die Parteien nicht zu hören (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vorn Erw. III).

e) Der Kläger moniert, die Vorinstanz habe den sachlichen Kontext und das Verständnis der an der Vertragsverhandlung Beteiligten nicht berücksichtigt (Urk. 36 S. 17). Für letzteres kann auf das verwiesen werden, was zur Frage einer tatsächlichen Willensübereinstimmung ausgeführt worden ist (Erw. IV/A/2). Den sachlichen Kontext sieht der Kläger darin, dass es ihm nicht so sehr um das Konkurrenzverbot gegangen sei als darum, dass er aufgrund der vielen Umstrukturierungen wenig Vertrauen in die Stabilität des Arbeitsverhältnisses gehabt habe (Urk. 36 S. 13). Andernorts führt der Kläger – wiederum ohne entsprechenden Verweis auf die vorinstanzlichen Akten – aus, er habe sich namentlich Sorgen gemacht, dass er es im Falle einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Anbetracht seines Alters schwer haben würde, eine adäquate neue Stelle zu finden. Dies habe umso mehr gegolten, wenn er nicht einmal konkurrierend hätte tätig sein dürfen (Urk. 36 S. 6 Rz 11). Laut Beklagter ist das erhöhte Bedürfnis nach finanzieller Absicherung eine Binsenwahrheit, aus der der Kläger nichts für sich ableiten könne (Urk. 42 S. 7).

Im ursprünglichen Vertragsentwurf war gemäss übereinstimmenden Parteivorbringen ein (herkömmliches) Konkurrenzverbot enthalten (Urk. 1 S. 5; Urk. 37 S. 3; Urk. 42 S. 15 Rz 48). Wie dieses im Einzelnen aussah, haben die Parteien – soweit ersichtlich – nicht dargelegt. Die strittige Konkurrenzverbotsklausel hat die Perspektiven des Klägers bei einer Kündigung jedenfalls nicht verschlechtert, d.h. auch wenn sie im Sinne der Beklagten und der Vorinstanz ausgelegt wird: Würde er bei wirksamem Konkurrenzverbot dieses beachten, erhielte er die Karenzent-

schädigung; würde er es nicht beachten, entfiere letztere und könnte er schadenersatzpflichtig werden (Streiff/von Känel/Rudolph, a.a.O., Art. 340b N 4). Dies wäre aber nur dann der Fall, wenn die Beklagte aus begründetem Anlass seitens des Klägers oder dieser ohne eines begründeten, von der Beklagten zu verantwortenden Anlasses gekündigt hätte (Art. 340c Abs. 2 OR). Bei nicht wirksamem Konkurrenzverbot erhalte der Kläger zwar keine Karenzentschädigung, wäre aber frei, bei einem Konkurrenzunternehmen tätig zu sein. Dies steht im Einklang mit der klägerischen Aussage, ein Stellenantritt bei einem Unternehmen, welches nicht in Konkurrenz mit der Beklagten stünde, sei aufgrund der langjährigen und einschlägigen Berufserfahrung des Klägers von vornherein unwahrscheinlich gewesen (Urk. 36 S. 7 Rz 12). Selbst wenn es dem Kläger um eine bessere Absicherung für die Zukunft ging, ist damit für den vorliegenden Auslegungsstreit nichts gewonnen.

f) Der Kläger argumentiert weiter, die Vorinstanz lasse unberücksichtigt, dass es sich nicht um eine typische Konkurrenzverbotsabrede handle. Gemäss angefochtenem Urteil liege eine konventionelle Konkurrenzverbotsabrede mit Karenzentschädigung vor. Die Vorinstanz lasse unberücksichtigt, dass

- sämtliche mit der Verletzung eines Konkurrenzverbots verbundenen üblichen Sanktionen (Konventionalstrafe, Schadenersatz, Realexekution) von der ursprünglichen Standardklausel aufgrund der vom Kläger geforderten und ausgehandelten Absicherung insbesondere für den Fall einer betriebsbedingten Kündigung gestrichen worden seien;
- nichts vereinbart worden sei, was auf eine typische „Karenzentschädigung“ hindeuten würde, namentlich die einseitige Möglichkeit der Beklagten, auf die Einhaltung des Konkurrenzverbots zu verzichten und deshalb die Entschädigung nicht zu zahlen;
- die Entschädigung nicht etwa monatlich auszurichten gewesen sei, wie dies typischerweise bei „Karenzentschädigungen“ der Fall sei;

- ein gesamtes Jahresgehalt zugesichert worden sei, entgegen dem für „Karenzentschädigungen“ üblichen Konzept, wonach lediglich ein Teil des Grundlohnes (in der Regel 30-60 %) weiterbezahlt werde;
- die Parteien explizit vereinbart hätten, dass die Entschädigung sowohl bei einer Kündigung durch den Arbeitnehmer als auch bei einer solchen durch den Arbeitgeber geschuldet und nur dann zurückzuzahlen sei, wenn der Kläger innert eines Jahres zur Konkurrenz wechseln würde; der Wortlaut der Formulierung habe sämtliche Arten von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberkündigungen erfasst und demzufolge auch eine solche infolge betriebsbedingter Restrukturierung (Urk. 36 S. 14 f.).

Sollte das Konzept eines klassischen Konkurrenzverbots mit Karenzentschädigung im Vordergrund stehen, sollte dies gemäss Praxis zu einer Verschärfung des Konkurrenzverbots führen, da der Richter die Entschädigung bei der Beurteilung des Konkurrenzverbots zu berücksichtigen habe (Art. 340a Abs. 2 OR). Vorliegend seien jedoch dem „Konkurrenzverbot“ sämtliche juristischen „Zähne gezogen“ worden. Das Auslegungsergebnis der Vorinstanz sei auch unter diesem Aspekt nicht überzeugend (Urk. 36 S. 17).

Die Beklagte weist darauf hin, dass die herkömmliche Konkurrenzverbotsabrede auf Wunsch und Formulierungsvorschlag des Klägers mit einer Karenzentschädigung ergänzt worden sei. Die Auslegung der Vorinstanz habe eine Verknüpfung zwischen der Wirksamkeit des Konkurrenzverbots und der Leistung der Karenzentschädigung ergeben. Es handle sich überwiegend um neue Behauptungen des Klägers, welche unzulässig seien (Urk. 42 S. 15).

Der Kläger legt nicht dar, wo er vor Vorinstanz ausgeführt hat, was eine typische Konkurrenzverbotsabrede und eine typische Karenzentschädigung beinhaltet. Das in diesem Zusammenhang Vorgebrachte ist nicht zulässig. Richtig ist, dass neben der Pflicht zur Rückerstattung der Konkurrenzentschädigung der Vertrag keine weiteren Sanktionen vorsah für den Fall, dass der Kläger das Konkurrenzverbot übertreten sollte. Wie die Beklagte aber zutreffend erwogen hat, muss die Möglichkeit von Schadenersatzansprüchen nicht gesondert vereinbart werden

(Urk. 42 S. 16 Rz 49; Streiff/von Känel/Rudolph, a.a.O., Art. 340b N 4; Wyler/Heinzer, Droit du travail, 3. A., Bern 2014, S. 732). Auf den Wortlaut der Konkurrenzschädigungsklausel ist bereits eingegangen worden.

g) Der Kläger argumentiert, weil die Beklagte die Redaktionshoheit über den Arbeitsvertrag gehabt habe, sei die Auslegung des Vertrags „in dubio contra stipulatorem“ vorzunehmen (Urk. 36 S. 18). Der Kläger belegt nicht, dass er dies schon vor Vorinstanz geltend gemacht hatte. Die Beklagte behauptet, wie bereits erwähnt, man habe den Formulierungsvorschlag des Klägers übernommen. Allfällige Unklarheiten wären zu seinen Lasten auszulegen. Die Klausel sei aber weder zulasten des Klägers noch der Beklagten ausgelegt worden (Urk. 42 S. 13 f. und 19 f.).

Wer für die Formulierung der Konkurrenzverbotsklausel und der Konkurrenzentschädigung im Besonderen verantwortlich war, bleibt somit unklar. Keine Partei rügt, rechtzeitig offerierte Beweismittel zu dieser Frage seien zu Unrecht nicht abgenommen worden. Es besteht daher kein Raum, im Zweifel diejenige Bedeutung vorzuziehen, die für den Verfasser der auszulegenden Bestimmung ungünstiger ist.

h) Weiter wirft der Kläger der Vorinstanz vor, lediglich auf die Überschrift von Ziff. 8 des Arbeitsvertrages abgestellt und dadurch Art. 18 OR verletzt zu haben. Die Klage werde vornehmlich mit der Begründung abgewiesen, dass die Entschädigung unter dem Titel „Konkurrenzentschädigung“ vereinbart worden sei und sich dies nicht mit der Annahme einer Abgangsentschädigung verträge. In dem die Vorinstanz bei dieser Analyse ausschliesslich auf die von den Parteien verwendeten Bezeichnungen abgestellt habe, anstatt primär den Inhalt des Vereinbarten zu würdigen, habe sie Art. 18 OR verletzt (Urk. 36 S. 18 Rz 60 f.).

Angesprochen ist das systematische Element bei der Auslegung von Verträgen: Der einzelne Ausdruck ist stets im Zusammenhang, in dem er steht, als Teil eines Ganzen aufzufassen (ZK OR-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 N 381). Massgeblich für die Bedeutung eines Wortes ist weniger dessen unmittelbarer Wortsinn als seine Stellung im Kontext und wiederum dessen Stellung im Gesamtkonzept

des Vertrages. Den wahren Sinn einer Vertragsklausel erschliesst erst der Gesamtzusammenhang, in dem sie steht (BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 24 und 38; BGE 128 III 265 E. 3a). Die „Konkurrenzenschädigung“ ist innerhalb der Konkurrenzverbotsklausel geregelt. Es wird ausdrücklich auf Art. 340 OR hingewiesen. Die Vorinstanz hat zu Recht ausgeführt, dass der Kläger eine Wechselbeziehung zwischen der Entschädigung und der Einhaltung des Konkurrenzverbotes nicht bestritten habe (Urk. 37 S. 7; Urk. 19 S. 7). Anders als in den Bundesgerichtsentscheiden 4C.440/1999 und 4C.442/1999 vom 02.03.2000, E. 3d, steht die Konkurrenzenschädigung im Zusammenhang mit dem Konkurrenzverbot. Die Entschädigungsklausel kann nur so verstanden werden, dass der Kläger bei Missachtung des Konkurrenzverbots („Falls Herr A. _____ innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Arbeitsvertrages in ein Konkurrenzunternehmen übertritt, ...“) die von der Beklagten geleistete Entschädigung zurückzahlen hat (bzw. keinen Anspruch auf die Entschädigung hat, falls sie noch nicht ausbezahlt wurde).

i) Im Ergebnis ist festzuhalten, dass in der Konkurrenzenschädigungsklausel zwar nicht differenziert wird, aus welchem Grund die Kündigung des Arbeitsvertrages erfolgt, dass aber im Kontext der Konkurrenzverbotsklausel die Entschädigung ein Entgelt für die Einhaltung des Konkurrenzverbots darstellt. Wie gesehen ändern die übrigen Auslegungsmittel nichts an diesem Ergebnis.

4. Die Konkurrenzverbotsklausel ist eine akzessorische Klausel des Einzelarbeitsvertrages, 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 Karenzenschädigung verbunden, besteht ein zweiseitiger Vertrag, bei dem die Entschädigungszahlung 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; Wyler/Heinzer, a.a.O., S. 731). Die Karenz-

entschädigung ist ein suspensiv bedingtes Leistungsversprechen des Arbeitgebers (Heeb, a.a.O., S. 141). Vorliegend entsteht der Anspruch grundsätzlich mit Beendigung des Arbeitsvertrags, wenn das Konkurrenzverbot in Kraft tritt.

Unbestritten ist, dass die Beklagte dem Kläger im Zuge einer Massenentlassung kündigte und daher das Konkurrenzverbot nicht wirksam wurde (Urk. 37 S. 8; ZK OR-Staehelin, Art. 340c N 11; Heeb, a.a.O., S. 149 bei Fn 752; Carruzzo, *Le contrat individuel de travail*, Zürich 2009, art. 340c N 2 bei Fn 8; Cotti, *Das vertragliche Konkurrenzverbot*, Freiburg 2001, S. 150, m.w.H.; BGer 4A_25/2007 vom 25.05.2007, E. 5.2). Es stellt sich daher die Frage, ob damit der Anspruch auf die Karenzentschädigung dahinfiel. Die Lehrmeinungen sind uneinheitlich. Teils wird vertreten, die Abrede auf Leistung einer Karenzentschädigung sollte in analoger Anwendung von Art. 119 Abs. 2 OR dahinfallen. Allenfalls müsse der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer unter Einhaltung einer angemessenen Frist kündigen, damit sich letzterer auf den Wegfall der Entschädigungsleistung einstellen könne (Chanson, *Konkurrenzverbot*, 2015, abrufbar unter www.arbeitsrechtler.ch; Streiff/von Känel/Rudolph, a.a.O., Art. 340a N 6 S. 1254; ZK OR-Staehelin, Art. 340c N 3; Vischer/Müller, *SPR VII/4*, 4. A., Basel 2014, § 21 N 51; Brühwiler, *Einzelarbeitsvertrag*, Basel 2014, Art. 340 N 7 S. 517; Heeb, a.a.O., S. 142; Subilia, *Droit du travail*, Lausanne 2010, S. 738; Portmann, *Individualarbeitsrecht*, Zürich 2000, N 1016; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 340c N 5; Geiser/Müller/Pärli, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 4. A., Bern 2019, Rz 729; CR CO I-Aubert, Art. 340c N 7; kritisch zum Kündigungsrecht Neeracher, *Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot*, Diss. Zürich 2001, S. 82). Soweit sich der Arbeitnehmer an das Konkurrenzverbot hielt und der Wegfall nicht festgestellt ist, bleibt die Vergütung des Arbeitgebers geschuldet (Bohny, in *Stellenwechsel und Entlassung*, herausgegeben von Münch/Metz, 2. A., Basel 2012, § 7 Konkurrenzverbot, Rz 7.35; ähnlich Haefliger, *Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht*, Diss. Bern 1974, S. 101). Wurde ein vereinbartes Konkurrenzverbot gar nie wirksam, so entfällt gemäss Streiff/von Känel/Rudolph auch eine zur Abgeltung des Konkurrenzverbots vereinbarte Karenzentschädigung (a.a.O., Art. 340a N 6 S. 1254; gl. M. Wyler/Heinzer, a.a.O., S. 731). Cotti ist der Auffassung, der Arbeitgeber bleibe in den Anwendungsfällen von Art. 340c Abs. 2 OR an die Gegen-

leistungspflicht grundsätzlich gebunden, da er den Wegfall der Unterlassungspflicht selbst zu verantworten habe. Allerdings könne der Arbeitnehmer diesfalls wählen, sich an das Konkurrenzverbot zu halten und die Vergütung zu fordern oder sich auf die Unwirksamkeit der Vereinbarung zu berufen, womit nicht nur seine Unterlassungspflicht, sondern auch sein Entschädigungsanspruch entfielen (Cotti, a.a.O., S. 158, m.w.H.). Gemäss Urteil der Cour des poursuites et faillites des Kantonsgerichts Waadt vom 26. Dezember 2018 hat die Arbeitgeberin, welche den Arbeitsvertrag aus wirtschaftlichen Gründen kündigte, glaubhaft gemacht, dass sie von ihrer Entschädigungspflicht befreit ist, weil die Konkurrenzklausel gestützt auf Art. 340c Abs. 2 OR keine Wirkung entfaltet (KC17.033105-180006); das Bundesgericht bestätigte diesen Entscheid (BGer 5A_89/2019 vom 01.05.2019, E. 5.2.3). Demgegenüber hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt in einem Entscheid vom 21. November 1948 ein Dahinfallen des vollen Lohnanspruchs verneint, wenn der Arbeitgeber ohne wichtigen, vom Arbeitnehmer zu vertretenden Grund die Kündigung aussprach und sich der Arbeitnehmer in der Folge dennoch an das Konkurrenzverbot hielt (SJZ 45 {1949} S. 344 ff.).

Die Art. 340-340c OR regeln das Konkurrenzverbot als eine von den Parteien des Einzelarbeitsvertrags getroffene Nebenabrede, die den Arbeitnehmer verpflichtet, sich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses einer konkurrierenden Tätigkeit zu enthalten. Sie bezweckt einen billigen Ausgleich zwischen dem Interesse des Arbeitgebers an der Wahrung der Betriebsgeheimnisse und dem Verbot von deren Verwertung und dem Interesse des Arbeitnehmers an der freien Entfaltung seiner wirtschaftlichen Persönlichkeit. Dieser soll nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor unangemessenen, seine persönliche Freiheit und Existenzmöglichkeit ungebührlich beschränkenden Konkurrenzverboten bewahrt werden (ZK OR-Staehelin, Art. 340 N 1; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 340 N 1; BGE 78 II 230 E. 2c S. 237 f.). Die Vorschriften von Art. 340-340c OR gelten grundsätzlich auch für das entgeltliche Konkurrenzverbot (BGE 78 II 230 E. 2a S. 234 zu den entsprechenden Bestimmungen im OR 1911; Haefliger, a.a.O., S. 101; stillschweigend wird dies auch von jenen Autoren vorausgesetzt, welche bei Wegfall des Konkurrenzverbots gestützt auf Art. 340c OR die Aufhebung der Entschädigungspflicht postulieren). Zweck der vom Arbeitgeber geschuldeten Gegenleis-

tung ist der Ausgleich für verminderte Chancen auf dem Arbeitsmarkt, nicht jedoch eine Art Vertragsstrafe für die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses. Gelingt es dem Arbeitnehmer nach Wegfall des Konkurrenzverbots nicht, innerhalb einer angemessenen Kündigungsfrist eine gleich gute Stelle zu finden, so ist der jetzt eintretende Schaden in der Auflösung des alten Arbeitsverhältnisses und nicht im inzwischen weggefallenen Konkurrenzverbot begründet (BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 340c N 5 S. 478). Tritt das Konkurrenzverbot gar nicht in Kraft, so ist der Arbeitnehmer so gestellt, wie wenn nie eines vereinbart worden wäre. Ein Entschädigungsanspruch entsteht in diesem Fall nicht, weil er aufschiebend bedingt vom Inkrafttreten des Konkurrenzverbots abhängig ist (Heeb, a.a.O., S. 141). Ein Wahlrecht des Arbeitnehmers ist nach der gesetzlichen Konzeption abzulehnen (vgl. Rehbinder/Stöckli, a.a.O.). Eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers (Art. 340a Abs. 1 OR) ergibt sich dadurch nicht, da er nach der Kündigung bzw. Beendigung des Arbeitsverhältnisses mangels eines wirksamen Konkurrenzverbots die volle Bewegungsfreiheit hat. Eine Einschränkung ist einzig darin zu sehen, dass der Arbeitnehmer grundsätzlich nicht kündigen kann, um danach zur Konkurrenz zu wechseln, weil das Konkurrenzverbot Wirkung entfalten würde. Dies ist aber die normale Folge eines jeden gültigen Konkurrenzverbots, auch desjenigen ohne Karenzentschädigung. Vorliegend kommt hinzu, dass der Kläger nicht geltend macht, im Hinblick auf das Konkurrenzverbot für ihn nachteilige Dispositionen getroffen zu haben, was allenfalls eine beschränkte Entschädigungspflicht der Beklagten entstehen lassen könnte, weil der Wegfall der vom Kläger geschuldeten Leistung (i.e. die Unterlassung konkurrierender Tätigkeiten) seinen Grund im von der Beklagten zu tragenden Betriebsrisiko hatte.

5. Der Kläger rügt, die Vorinstanz habe sich nicht mit seiner Rechtsmissbrauchseinrede befasst (Urk. 36 S. 19). Er hatte vor Vorinstanz geltend gemacht, die Beklagte habe schriftlich zugesichert, die Entschädigung unabhängig davon auszurichten, wer das Arbeitsverhältnis kündigt. Damit sei die Beklagte selber davon ausgegangen, dass die Entschädigung auch geschuldet bleibe, wenn sie das Arbeitsverhältnis ohne einen vom Kläger verschuldeten Anlass kündigt. Indem die Beklagte heute einen gegenteiligen Standpunkt einnehme, verhalte sie

sich treuwidrig und widersprüchlich. Das Verhalten der Beklagten erscheine umso stossender, als dass der Kläger den Vertrag nur unter der Voraussetzung unterzeichnet habe, dass ihm im Falle einer Vertragsbeendigung die verabredete finanzielle Sicherstellung zustehen würde (Urk. 1 S. 11; Urk. 19 S. 9). Wie dargelegt konnte der Kläger einen tatsächlichen übereinstimmenden Parteiwillen nicht beweisen, wonach er auch und gerade bei betriebsbedingter Kündigung durch die Beklagte eine Entschädigung von einem Jahressalär hätte erhalten sollen, welche nur zurückzuzahlen gewesen wäre, wenn er innerhalb eines Jahres zur Konkurrenz gewechselt hätte (Erw. IV/A/2). Damit ist seiner Rechtsmissbrauchseinrede die Grundlage entzogen.

Der Berufungsantrag Ziffer 1 ist somit abzuweisen.

B. Bonus

1. Die Vorinstanz sprach dem Kläger einen Restbonus von Fr. 11'600.– brutto für das Geschäftsjahr 2016 zu. Sie verwarf den Einwand der Beklagten, der Kläger habe diese Forderung im vorangegangenen Schlichtungsverfahren nicht geltend gemacht, weshalb es sich um eine unzulässige Klageänderung handle (vgl. Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 227 N 17). Gemäss Vorinstanz basierten sowohl die Karenzentschädigung als auch die Bonuszahlung auf dem gleichen Arbeitsvertrag und würden aus der Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien geltend gemacht. Die Konnexität der beiden Ansprüche, wie sie in Art. 227 Abs. 1 ZPO verlangt werde, sei daher zu bejahen (Urk. 37 S. 6).

2. Die Beklagte bestreitet in ihrer Anschlussberufung, dass die beiden Forderungen den gleichen Sachverhalt betreffen und daher konnex seien. Die Bonusforderung sei vom Kläger nicht aus oder im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht worden und habe daher mit der Frage der aufgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingeforderten Karenzentschädigung nichts zu tun. Dies ergebe sich auch daraus, dass der Kläger seinen Anspruch nicht direkt auf den Arbeitsvertrag abstütze, sondern auf ein davon losgelöstes Schreiben der Beklagten. Die Karenzentschädigung setze die Beendigung des Arbeitsverhältnisses voraus, während es sich beim Bonus um eine

Lohnforderung handle. Der Kläger habe bereits einen Monat vor der Schlichtungsverhandlung Kenntnis von der Diskrepanz in Bezug auf die Bonusforderung und genügend Zeit gehabt, sie gehörig in den Prozess einzubringen (Urk. 42 S. 5 f.).

Der Kläger weist darauf hin, dass die Kriterien für die Zulässigkeit einer Klageänderung dieselben seien wie jene für die Zulässigkeit einer Widerklage gemäss Art. 14 ZPO. Beim Bonus wie bei der Abgangsentschädigung handle es sich um einen arbeitsvertraglichen Anspruch, welche am Ende des Arbeitsverhältnisses infolge Kündigung durch die Beklagte fällig geworden seien. Die Beklagte behaupte zudem nicht, dass sie einen ungebührlichen prozessualen Nachteil dadurch erleide, dass die im Vergleich zur Abgangsentschädigung eher geringe Bonusforderung nicht Bestandteil der Klagebewilligung gewesen sei. Die Bonusforderung sei anlässlich der Schlichtungsverhandlung bereits angesprochen worden. Ein Nichteintreten auf die Bonusforderung hätte zur Folge, dass der Kläger diese Forderung nochmals zur Schlichtung bringen und vor Vorinstanz einklagen müsste, welche materiell ja bereits darüber befunden habe. Dies sei bereits aus prozessökonomischen Gründen geradezu absurd, namentlich auch vor dem Hintergrund, dass die Beklagte den materiellen Entscheid der Vorinstanz mit Bezug auf die Zulässigkeit der Forderung gar nicht beanstande (Urk. 46 S. 3 f.).

3. Gemäss Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO ist eine Klageänderung zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht.

Die gleiche Verfahrensart ist gegeben, da sich durch Einbezug der Bonusforderung die Verfahrensart, nämlich das ordentliche Verfahren, nicht ändert (Pahud, a.a.O., Art. 227 N 7; Art. 219 i.V.m. Art. 243 Abs. 1 ZPO).

Für das Vorliegen eines sachlichen Zusammenhanges gelten grundsätzlich die gleichen Kriterien wie bei Art. 14 Abs. 1 und Art. 15 Abs. 2 ZPO (Pahud, a.a.O., Art. 227 N 9; BK ZPO-Killias, Art. 227 N 38; BSK ZPO-Willisegger, Art. 227 N 28). Der neue Klagegrund muss zwar nicht aus dem identischen Lebensvorgang stammen, mit dem ursprünglichen aber in einem engen Zusammen-

hang stehen, was vor allem bei einem Anspruch aus einem benachbarten Lebensvorgang zutreffen kann (ZK ZPO-Leuenberger, Art. 227 N 21; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 61 N 4 und 11; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz 1396 m.w.H.). Ein sachlicher Zusammenhang kann dann vorliegen, wenn die verschiedenen Ansprüche über objektive Gemeinsamkeiten oder zumindest Ähnlichkeiten verfügen (Widmer, Stämpflis Handkommentar, ZPO, Art. 227 N 15 unter Hinweis auf Soliva, Die Klageänderung nach zürcherischem Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1992, S. 87 f.), dasselbe Objekt betreffen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 61 N 4; OFK ZPO-Engler, Art. 227 N 5) oder wenn die Ansprüche zwar auf verschiedenen Sachverhalten beruhen, aber in einer engen rechtlichen Beziehung zueinander stehen (BK ZPO-Killias, Art. 227 N 40; Pahud, a.a.O., Art. 227 N 10; BSK ZPO-Ruggle, Art. 14 N 16; ZK ZPO-Sutter-Somm/Grieder, Art. 14 N 9; BGE 129 III 230 E. 3.1). Demgegenüber liegt eine unzulässige Klageänderung vor, wenn die Änderung oder Ergänzung nicht mehr zu demjenigen Komplex von Tatsachen gehört, der bereits Grundlage des bisher dargelegten Sachverhalts bildet (Seiler, a.a.O., Rz 1398), oder wenn lediglich eine personelle Verflechtung oder eine enge rechtliche Beziehung zwischen den Parteien besteht, ohne dass sich die geltend gemachten Ansprüche in sachlicher Hinsicht betreffen (BSK ZPO-Willisegger, Art. 227 N 36). Ebenso wenig genügt zur Bejahung der notwendigen Konnexität, dass die Ansprüche auf Rechtsverhältnissen beruhen, die (bloss) in einem gewissen Zusammenhang stehen, oder dass nur prozessökonomische Gründe für eine Beurteilung der geänderten Klage sprechen (vgl. BGE 129 III 230 E. 3.3.3; Pahud, a.a.O., Art. 227 N 10; BK ZPO-Güngerich/Walpen, Art. 14 N 29). Als unbestimmter Rechtsbegriff eröffnet das Tatbestandsmerkmal des "sachlichen Zusammenhangs" der rechtsanwendenden Instanz im konkreten Einzelfall ein gewisses Konkretisierungsermessen (Seiler, a.a.O., Rz 1398).

Vorliegend steht fest, dass beide vom Kläger erhobenen Ansprüche auf demselben Rechtsverhältnis beruhen, nämlich dem Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien. Hinzu kommt, dass der Streit über beide Ansprüche letztlich mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zusammenhängt. Der Anspruch auf den

jährlichen Bonus ist zwar im Arbeitsvertrag geregelt (Urk. 4/3 Ziff. 5). Die Höhe des Bonus für das Geschäftsjahr 2016 ist aber deshalb strittig, weil die Beklagte nach ihrer Darstellung den im Kündigungsschreiben vom 26. September 2016 in Aussicht gestellten Bonus aufgrund der Geschäftszahlen des Vorjahres berechnet hatte, während beim effektiven Austritt des Klägers per 31. Oktober 2017 der Abschluss des Geschäftsjahres 2016 bekannt gewesen sei (Urk. 12 S. 12 f.; Urk. 4/12). Es geht also bei beiden Ansprüchen um die Bereinigung von Divergenzen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die enge rechtliche Beziehung zwischen den beiden Ansprüchen ist zu bejahen.

4. Die Vorinstanz hat die Beklagte verpflichtet, dem Kläger unter dem Titel „Bonus für das Jahr 2016“ Fr. 11'600.– brutto zu bezahlen, und dabei die Beklagte bei ihrer schriftlichen Zusicherung im Kündigungsschreiben vom 26. September 2016 behaftet (Urk. 37 S. 9; Urk. 4/12). In der Sache setzt sich die Beklagte nicht mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz auseinander (Urk. 42 S. 5 f.), weshalb es auch diesbezüglich beim vorinstanzlichen Entscheid bleibt.

V.

Ausgangsgemäss ist die Kosten- und Entschädigungsregelung im angefochtenen Entscheid zu bestätigen.

Im Berufungsverfahren unterliegt der Kläger im Umfang von Fr. 156'493.90 und die Beklagte im Umfang von Fr. 11'600.–. Dem Kläger sind 13/14 und der Beklagten 1/14 der Kosten aufzuerlegen. Der Kläger hat der Beklagten eine auf 6/7 reduzierte Parteientschädigung (ohne Mehrwertsteuerzuschlag) zu bezahlen (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung des Klägers und die Anschlussberufung der Beklagten werden abgewiesen und das Urteil des Arbeitsgerichtes Winterthur vom 1. Februar 2019 wird bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 11'400.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu 13/14 dem Kläger und zu 1/14 der Beklagten auferlegt und mit ihren Kostenvorschüssen verrechnet.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 6'500.– zu bezahlen.
5. 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.

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).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 166'477.65.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 7. Februar 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Scherrer

MLaw V. Stübi

versandt am:
am