

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA200026-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer. Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Ge-
richtsschreiber MLaw H. Schinz

Urteil vom 12. Februar 2021

in Sachen

A._____ Group GmbH,
Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____,
Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung,
im ordentlichen Verfahren vom 7. Mai 2020 (AN190034-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 49'723.15 brutto bzw. Fr. 46'627.90 netto nebst 5% Zins seit 27.11.2018 zu bezahlen.
2. Kosten- und Entschädigungsfolgen (zusätzlich MwSt) zulasten der Beklagten."

Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abt., vom 7. Mai 2020:

(Urk. 25 = Urk. 28)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 46'553.30 netto nebst Zins zu 5 % seit 27. November 2018 zu bezahlen.
2. Die Entscheidungsbüher wird auf Fr. 5'530.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt.

Die Gerichtskosten werden aus dem vom Kläger geleisteten Vorschuss bezogen. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den Prozesskostenvorschuss im Umfang von Fr. 5'530.– zu ersetzen.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger die Kosten des Schlichtungsverfahrens im Umfang von Fr. 560.– zurück zu erstatten.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 7'517.50 (Fr. 6'980.– zuzüglich Fr. 537.50 MwSt.) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. Eine **Berufung** gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Berufungsanträge:

Der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 27 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 7. Mai 2020 (Geschäfts-Nr. AN190034) aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventualiter sei die Angelegenheit zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen des Obergerichts des Kantons Zürich an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten und Klägers."

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 32 S. 2):

- "1. In Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils seien die Berufungsanträge der Beklagten vollumfänglich abzuweisen.
2. Kosten- und Entschädigungsfolgen (zusätzlich MwSt.) beider Instanzen zu lasten der Beklagten."

Erwägungen:

I.

1. Die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan: Beklagte) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Zürich und bezweckt die Erbringung von ...- und Finanzierungsdienstleistungen aller Art zu Gunsten von Gruppengesellschaften der A. _____ Gruppe (Urk. 5/2).

2. Mit Arbeitsvertrag vom 5. Juli 2011 wurde der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan: Kläger) mit Wirkung ab 1. Juli 2011 als Manager Internal Audit angestellt (Urk. 5/4). In einem Anhang (Attachment 2) vereinbarten die Parteien im Abschnitt "Restrictions" u.a. ein Konkurrenzverbot mit folgendem Wortlaut (Urk. 5/4 S. 13):

"You must not, after the cessation of your employment with the Company, directly or indirectly:

...

- b) for six months and in the Restraint Area, perform Restricted Services in competition with, or of a similar nature to, any business being carried on by the Company or any company in the Company group as at the date of termination of your employment;

..."

Das Konkurrenzverbot erstreckte sich auf die Schweiz, Frankreich, das Vereinigte Königreich, Spanien, Deutschland, Italien und Belgien. Es wurde für den Fall seiner Verletzung durch den Kläger mit einer Konventionalstrafe abgesichert. Die Beklagte verpflichtete sich im Gegenzug, dem Kläger für die Dauer der Konkurrenzenthaltung eine sog. Karenzentschädigung (compensation) in der Höhe der Hälfte des in den letzten zwölf Monaten verdienten Grundlohnes zu bezahlen; unter Anrechnung dessen, was der Kläger während der Konkurrenzenthaltung anderweitig verdient bzw. zu verdienen absichtlich unterlässt. Die Beklagte behielt sich das Recht vor, innerhalb einer Frist von 15 Tagen von der Zustellung der Kündigung an gerechnet, auf das Konkurrenzverbot zu verzichten mit der Folge, dass die Pflicht zur Leistung der Karenzentschädigung entfällt (Urk. 5/4 S. 14).

3. Mit Schreiben vom 31. Oktober 2016 kündigte die Beklagte den Arbeitsvertrag unter Beachtung der ordentlichen Kündigungsfrist auf den 31. Januar 2017, wobei der Kläger mit sofortiger Wirkung freigestellt wurde (Urk. 5/5). Aufgrund von Krankheit endete das Arbeitsverhältnis erst am 28. Februar 2017 (Urk. 1 Ziff. 6, Urk. 15 Ziff. 6). Für den Zeitraum vom 1. März 2017 bis zum 31. August 2017 wurden dem Kläger Arbeitslosentaggelder in der Höhe von Fr. 44'620.80 brutto ausbezahlt (Urk. 1 Ziff. 15, Urk. 15 Ziff. 20).

4. Mit E-Mail vom 4. November 2016 wandte sich der Kläger an seinen direkten Vorgesetzten C._____, der zusammen mit D._____ das Kündigungsschreiben unterzeichnet hatte. Darin bat der Kläger mit Blick auf die bevorstehende Anmeldung beim RAV auch um gewisse Klarstellungen ("some clarification") im Zusammenhang mit dem vereinbarten Konkurrenzverbot und der Karenzentschädigung. Wörtlich führte der Kläger aus: "Assuming A._____ will not

enforce those restrictions – for me this seems to be clear from our discussions – I also need some legal advice how to deal with this situation best, also to protect my interests, not being liable to pay for example." (Urk. 5/6). In seiner Antwort vom gleichen Tag wies C._____ den Kläger darauf hin, er habe einen "standard contract including the restriction clauses". Zudem teilte er dem Kläger mit, dass er keinen Streitpunkt ("issue") oder eine wirkliche Beschränkung erkennen könne, solange der Kläger nicht eine Stelle bei einem konkurrenzierenden Verpackungsunternehmen annehme (Urk. 5/6).

5. Mit Schreiben vom 27. bzw. 30. November 2018 machte der Kläger gegenüber der Beklagten die Karenzentschädigung geltend. Er führte aus, die Geltung des Wettbewerbsverbots sei von seinem Vorgesetzten mit E-Mail vom 4. November 2016 nochmals bestätigt worden. Die Arbeitgeberin habe auf seinen expliziten Hinweis hin keinerlei Handlungen vorgenommen, die einen Verzicht auf das Wettbewerbsverbot innerhalb von 15 Tagen nach der Kündigung mit einhergehender Aussetzung der Kompensationsklausel ausgelöst hätten (Urk. 5/7, Urk. 17/3). Mit Schreiben vom 13. Dezember 2018 wies die Beklagte die Forderung des Klägers zurück (Urk. 5/8). Mit Schreiben vom 29. Januar 2019 und 28. Februar 2019 hielten die Parteien an ihrem jeweiligen Standpunkt fest, wobei der Kläger die ihm vom 1. März bis 31. August 2017 ausbezahlten Arbeitslosentaggelder an die Karenzentschädigung anrechnete (Urk. 5/9, Urk. 5/10). Mit Schreiben vom 9. Mai 2019 berief sich die Beklagte auf einen Wegfall von Konkurrenzverbot und Karenzentschädigung unter Hinweis auf die aus restrukturierungsbedingten Gründen ausgesprochene Kündigung (Art. 340c Abs. 2 OR), woran auch die E-Mail von C._____ vom 4. November 2016 nichts zu ändern vermöge, zumal er über keine Zeichnungsberechtigung verfüge (Urk. 5/11).

6. Mit Klageschrift vom 9. Juli 2019 und unter Einreichung der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich vom 15. Mai 2019 machte der Kläger die Klage mit obgenanntem Rechtsbegehren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1, Urk. 3). Mit der Klage beansprucht der Kläger eine Karenzentschädigung (Kompensationszahlung) "in Höhe der Hälfte des während der letzten zwölf Monate erhaltenen Salärs" von Fr. 94'343.96 abzüglich der ihm ausbezahlten Arbeitslo-

sentaggelder in Höhe von Fr. 44'620.80 brutto (Urk. 1 S. 3, S. 7). Nach Erstattung der schriftlichen Klageantwort (Urk. 15) wurden die Parteien auf den 6. Februar 2020 zur Hauptverhandlung vorgeladen (Urk. 18, Prot. I S. 5 ff.). Am 7. Mai 2020 fällte die Vorinstanz das eingangs im Dispositiv aufgeführte Urteil (Urk. 25 = Urk. 28).

7. Gegen das ihr am 28. Mai 2020 zugestellte Urteil (Urk. 26/2) erhob die Beklagte mit Eingabe vom 25. Juni 2020, gleichentags zur Post gegeben und hierorts eingegangen am 26. Juni 2020, Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 27). Der Kostenvorschuss von Fr. 5'300.– wurde rechtzeitig geleistet (Urk. 29, Urk. 30). Die Berufungsantwort datiert vom 14. Oktober 2020 (Urk. 32) und wurde am 21. Oktober 2020 der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 33). Seither sind keine weiteren Eingaben mehr erfolgt.

II.

1. Der Kläger machte vor Vorinstanz im Wesentlichen geltend, ein Verzicht der Beklagten auf das Konkurrenzverbot liege nicht vor. Die Konkurrenzverbotsabrede sei ein zweiseitiger Vertrag, durch den sich der Kläger und die Beklagte verpflichtet hätten. Selbst wenn das Konkurrenzverbot aufgrund einer restrukturierungsbedingten Arbeitgeberkündigung dahingefallen wäre, gelte dies nicht ohne weiteres für die Karenzentschädigung. Ein automatischer Wegfall der ganzen Konkurrenzverbotsklausel bei Kündigung durch den Arbeitgeber sei nicht formuliert worden. In der Lehre werde postuliert, der Arbeitgeber müsse seine Zahlungsverpflichtung separat aufkündigen. Umso mehr hätte die Beklagte die vertraglich vereinbarte Verzichtsmöglichkeit wahrnehmen müssen, ansonsten sie zur Zahlung der Karenzentschädigung verpflichtet bleibe, zumal ihr Vertreter, C._____, ausdrücklich am Konkurrenzverbot festgehalten habe. Auch habe die Beklagte den Bestand des Konkurrenzverbots nicht in Abrede gestellt, als sich der Kläger mit Schreiben vom 27. November 2018 um die Kompensationszahlung bemüht habe; vielmehr habe sie ihm vorgeworfen, er hätte eine Stelle bei einem nicht mit der Beklagten in Konkurrenz stehenden Arbeitgeber finden können und so absichtlich auf Einkommen verzichtet. Der Kläger habe seine Verpflichtung er-

füllt und keine Stelle bei einem Konkurrenzbetrieb angenommen, zumal die Beklagte dies nach der Kündigung ausdrücklich von ihm verlangt habe. Die Beklagte hätte auf die Einhaltung des Konkurrenzverbotes verzichten können. Da sie dies nicht getan habe, habe sie nun die Kompensationszahlung zu leisten (Urk. 1 S. 6, Urk. 21 S. 4; vgl. auch Urk. 28 S. 4 ff.).

2. Die Beklagte vertrat zusammengefasst den Standpunkt, da sie dem Kläger restrukturierungsbedingt gekündigt habe, sei das Konkurrenzverbot und die daran geknüpfte Karenzentschädigung von Gesetzes wegen dahingefallen. Im Kündigungsschreiben sei das nachvertragliche Konkurrenzverbot nicht erwähnt worden; sie habe damit auch auf dessen Weitergeltung verzichtet. Dies sei offenbar auch das Verständnis des Klägers gewesen, habe er in seiner E-Mail vom 4. November 2016 doch festgehalten, dass ihm aufgrund der Diskussion klar sei, die Beklagte wolle dieses Verbot nicht durchsetzen. Die Antwort C.____s vermöge die Beklagte mangels Einzelzeichnungsberechtigung nicht zu binden und sei im Übrigen nur deshalb erfolgt, weil bei einer Tätigkeit für eine konkurrenzierende Verpackungsgesellschaft die Gefahr einer Verletzung der Geheimhaltungspflicht exponentiell gestiegen wäre. Eine nach erfolgter Kündigung getroffene Vereinbarung über die Weitergeltung von Konkurrenzverbot und Karenzentschädigung – die der Schriftform bedurft hätte – habe es somit nicht gegeben. Zudem hätte der Kläger vertraglich nicht auf den Wegfall des Konkurrenzverbotes verzichten können, da es sich bei Art. 340c OR um eine einseitig zwingende Bestimmung zugunsten des Arbeitnehmers handle. Offensichtlich sei auch der Kläger davon ausgegangen, dass das Konkurrenzverbot nicht gültig gewesen sei und ihm keine Kompensation zustehe, habe er seinen Entschädigungsanspruch doch erst 20 Monate nach der Fälligkeit der ersten Rate geltend gemacht (Urk. 15 S. 3 ff., Prot. I S. 6 ff.; vgl. auch Urk. 28 S. 7 ff.).

3. Die Vorinstanz erwog, aus der E-Mail des Klägers vom 4. November 2016 könne nicht geschlossen werden, die Beklagte habe anlässlich der Kündigung die Erklärung abgegeben, sie habe auf das nachvertragliche Konkurrenzverbot verzichtet (Urk. 28 S. 13). Auch lasse sich aus dem Umstand, dass die Beklagte im Kündigungsschreiben nur die Geheimhaltungspflicht explizit erwähnt habe, kein

Verzicht auf das nachvertragliche Konkurrenzverbot ableiten. Aus der Antwort C.____s, auf dessen Äusserungen die Beklagte zu behaften sei, habe der Kläger vielmehr in guten Treuen davon ausgehen dürfen, die Beklagte wolle am Konkurrenzverbot festhalten. Mit ihren Schreiben vom 13. Dezember 2018 und 28. Februar 2019 habe die Beklagte auch zwei Jahre nach der Kündigung zum Ausdruck gebracht, dass sie vom Bestand des Konkurrenzverbots ausgegangen sei (Urk. 28 S. 15 ff.).

Die Vorinstanz erwog weiter, dass das Konkurrenzverbot gemäss Art. 340c Abs. 2 OR von Gesetzes wegen dahingefallen sei, da der Kläger nicht bestritten habe, dass die Kündigung restrukturierungsbedingt und jedenfalls nicht aus einem vom Kläger zu vertretenden Anlass erfolgt sei. Sie kam zum Schluss, dass ein automatischer Wegfall der Karenzentschädigung bei einem Dahinfallen des Konkurrenzverbotes gemäss Art. 340c Abs. 2 OR mit dem Schutzzweck der Bestimmung nur dann vereinbar sei, wenn dem Kläger das Dahinfallen des Konkurrenzverbotes klar gewesen sei oder hätte klar sein müssen. Der Bestand eines Konkurrenzverbotes nach einer Kündigung durch den Arbeitgeber könne oft erst nach einem gerichtlichen Prozess festgestellt werden. Denkbar sei auch, dass der Arbeitnehmer aufgrund des Verhaltens des Arbeitgebers nicht nur im Ungewissen über den Bestand des Konkurrenzverbotes sei, sondern sogar in guten Treuen davon ausgehe, dass das Konkurrenzverbot weiter bestehe. In beiden Fällen werde sich der Arbeitnehmer regelmässig an das nachvertragliche Konkurrenzverbot halten. Damit würde dem Arbeitnehmer bei einem automatischen Wegfall der Karenzentschädigung mit dem Dahinfallen des Konkurrenzverbotes die Gegenleistung für seine tatsächliche Einschränkung auf dem Arbeitsmarkt genommen, was dem Zweck des relativ zwingenden Art. 340c Abs. 2 OR widerspreche. Dieser bestehe darin, das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers nicht noch durch ein Konkurrenzverbot zu erschweren, wenn das Arbeitsverhältnis aus einem nicht von ihm zu verantwortenden Grund gekündigt werde, zumal die Weiterarbeit im Betrieb durch den Arbeitgeber verunmöglicht werde. Halte sich der Arbeitnehmer an das Konkurrenzverbot, weil er sich (wieder aufgrund von Umständen auf Seiten des Arbeitgebers) im Glauben oder im Ungewissen über den Bestand des Konkurrenzverbotes befinde, sei der Arbeitnehmer entsprechend dem Schutzzweck

des Art. 340c OR in seinem Vertrauen auf den Erhalt der Karenzentschädigung zu schützen, zumal der Arbeitgeber durch die Einhaltung des Konkurrenzverbotes durch den Arbeitnehmer auch tatsächlich eine Leistung erhalte (Urk. 28 S. 20 f.).

Vorliegend habe die Beklagte die Möglichkeit gehabt, auf das Konkurrenzverbot zu verzichten und sich damit auch von der Pflicht zur Zahlung einer Karenzentschädigung zu befreien. Von dieser vertraglichen Kündigungsmöglichkeit habe die Beklagte keinen Gebrauch gemacht. Sie habe den Kläger aber nicht nur über den Bestand des Konkurrenzverbotes im Ungewissen gelassen. Vielmehr habe der Kläger aufgrund der Antwort seines damaligen Vorgesetzten in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass die Beklagte am Konkurrenzverbot weiter festhalten wolle. Es sei auch unbestritten geblieben, dass sich der Kläger in der Folge an das Konkurrenzverbot gehalten habe. Die Karenzentschädigung bleibe demnach trotz Wegfall des Konkurrenzverbotes geschuldet. Deren Berechnung und die vom Kläger bezogenen Taggelder seien unbestritten geblieben, womit nach Abzug der gesetzlichen Sozialleistungen ein Restbetrag von Fr. 46'553.30 netto verbleibe (Urk. 28 S. 21 ff.).

III.

1.1 Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid. Da die Streitwertgrenze erreicht wird, ist auf die Berufung – unter Vorbehalt hinreichender Begründung – einzutreten (Art. 308 und Art. 311 ZPO).

1.2 Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Es ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht. Es genügt nicht, lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen zu verweisen, auf frühere Pro-

zesshandlungen hinzuweisen oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise zu kritisieren (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Auf Rügen, die eine sachbezogene Auseinandersetzung mit den Erwägungen des angefochtenen Urteils vermissen lassen, ist nicht einzutreten. Soweit in der Berufungsbegründung Tatsachen vorgebracht oder Sachverhaltsrügen erhoben werden, ist mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor Vorinstanz zu zeigen, wo die entsprechenden Behauptungen oder Bestreitungen vorgetragen wurden (ZPO-Rechtsmittel-Kunz, Art. 311 N 95 und N 97; Hungerbühler/Bucher, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 311 N 37). Auch sind die Parteien grundsätzlich gehalten, erstinstanzlich gestellte Beweisanträge, denen nicht entsprochen wurde, vor der zweiten Instanz zu wiederholen (BGE 144 III 394 E. 4.2 S. 398). Diese Begründungsanforderungen gelten sinngemäss auch für den Inhalt der Berufungsantwort (BGer 5A_660/2014 vom 17. Juni 2015, E. 4.2 m.w.Hinw.; 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2).

1.3 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 mit den Rügen vorgetragene 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 S. 397 f. mit Hinweis auf BGE 142 III 413 E. 2.2.4 S. 416 ff. und weitere Entscheide). Das Berufungsgericht kann die Rügen der Parteien folglich auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (sog. Motivsubstitution; BGer 2C_124/2013 vom 25. November 2013, E. 2.2.2; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 318 N

21; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 1507; für das Verfahren vor Bundesgericht: BGE 138 III 537 E. 2.2 S. 540; 137 III 385 E. 3 S. 386; BSK BGG-Meyer/Dor-mann, Art. 106 N 11 f.).

1.4 Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Wer sich auf (unechte) Noven beruft, hat deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 143 III 42 E. 4.1 S. 43; BGer 5A_86/2016 vom 5. September 2016, E. 2.1, je m.w.Hinw.). Neue rechtliche Argumente (Vorbringen zum Recht) stellen keine Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO dar und können in der Berufung uneingeschränkt vorgetragen werden (BGer 4A_519/2011 vom 28. November 2011, E. 2.1; 5A_351/2015 vom 1. Dezember 2015, E. 4.3). Sie dürfen sich allerdings nicht auf unzulässige neue Tatsachen stützen.

2.1 Die Beklagte beanstandet, dass die Vorinstanz in ihren Erwägungen den 28. Februar 2019 als Enddatum der Anstellung vermerkte (Urk. 27 S. 2, Urk. 28 S. 2). Es ist unstrittig, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers am 28. Februar 2017 endete. Bei dem von der Vorinstanz angegebenen Datum handelt es sich demzufolge um einen Verschieb. Die Beklagte leitet daraus auch nichts für den Ausgang des Verfahrens ab, weshalb die Rüge ins Leere stösst.

2.2 Die Vorinstanz hat festgehalten, es sei unbestritten, dass der Kläger in den letzten zwölf Monaten seiner Anstellung Fr. 188'687.92 brutto verdient habe (Urk. 28 S. 4). Die Beklagte rügt, die Vorinstanz habe den Verdienst des Klägers falsch wiedergegeben. Der Kläger habe in den letzten zwölf Monaten unter Einschluss von MIP-Bonus (Fr. 51'805.–) und einer "Seniority premium" (Fr. 1'000.–) Fr. 241'493.– verdient (Urk. 27 S. 3). Wie die Beklagte selber anerkennt, handelt es sich bei dem von der Vorinstanz angegebenen Verdienst um das für die Berechnung der Karenzentschädigung massgebende Einkommen. Der Kläger führte in der Klageschrift aus, sein Salär habe in den letzten zwölf Monaten Fr. 188'687.92 betragen, was zu eine Kompensationszahlung von Fr. 94'343.96

für die fragliche Periode von sechs Monaten führe (Urk. 1 S. 7). Die Beklagte anerkannte in der Klageantwort die Ausführungen und Berechnungen des Klägers (Urk. 15 S. 5). Insofern ist offensichtlich, dass die Vorinstanz auf das für die Berechnung der Karenzentschädigung massgebende Basissalär (Urk. 5/4 S. 14) Bezug nahm. Auch hier zeigt die Beklagte nicht auf, dass dieser Punkt für den Ausgang des Verfahrens relevant ist, weshalb auch diese Rüge fehlt.

3.1 Die Beklagte macht geltend, die Vorinstanz habe fälschlicherweise verneint, dass die Karenzentschädigung vom Eintritt des Konkurrenzverbotes abhängig und damit aufschiebend bedingt gewesen sei (Urk. 27 S. 3 f.):

Die Vorinstanz habe zu Unrecht festgehalten, eine vereinbarte Karenzentschädigung bleibe trotz Kündigung des Arbeitsgebers ohne begründeten Anlass bestehen. Gemäss dem Entscheid der Kammer vom 7. Februar 2020 (ZR 119 [2020] Nr. 16) und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGer 5A_89/2019 vom 1. Mai 2019) sei die Karenzentschädigung aufschiebend bedingt und vom Inkrafttreten des Konkurrenzverbotes abhängig. Falls das nachvertragliche Konkurrenzverbot aber dahin, sei das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers in keiner Weise eingeschränkt.

Die Vorinstanz begründe ihre abweichende Auffassung mit der Unsicherheit, die der Arbeitnehmer hinsichtlich der Gültigkeit des Konkurrenzverbotes habe. Dabei verkenne sie, dass die Unsicherheit über den Bestand des Konkurrenzverbotes und die damit verbundene Einschränkung des wirtschaftlichen Fortkommens durch die gesetzliche Regelung (Art. 340c Abs. 2 OR) bedingt sei und nichts mit einer vertraglich vereinbarten Karenzentschädigung zu tun habe. Sie bestehe unabhängig davon, ob eine Karenzentschädigung in Aussicht gestellt worden sei. Dem Kläger sei klar gewesen, dass die Beklagte ihm restrukturierungsbedingt gekündigt habe, zumal ihm ein Outplacement bezahlt worden sei. Selbst in Unkenntnis über die Kündigungsgründe hätte der Kläger diese erfragen können. Damit hätte der Kläger gewusst bzw. zumindest wissen können, dass das Konkurrenzverbot von Gesetzes wegen dahingefallen sei. Die Vorinstanz halte zu Unrecht fest, dem Kläger sei das Dahinfallen des Konkurrenzverbotes weder klar gewesen noch habe er sich darüber im Klaren sein müssen.

Auch aufgrund der Erklärung des Vorgesetzten C._____ habe der Kläger nicht in guten Treuen davon ausgehen dürfen, das nachvertragliche Konkurrenzverbot gelte weiter. Dem Kläger habe bewusst sein müssen, dass die Beklagte und der für sie nicht zeichnungsberechtigte C._____ nicht einseitig über den Fortbestand des nachvertraglichen Konkurrenzverbots hätten befinden können. Umso mehr müsse die mehr als ein Jahr nach Ablauf eines allfälligen Konkurrenzverbotes abgegebene Erklärung der Beklagten vom 13. Dezember 2018 ausser Betracht bleiben, da dieses Schreiben das Verhalten des Klägers während der Dauer des Konkurrenzverbotes nicht habe beeinflussen können.

3.2 Die Beklagte wirft der Vorinstanz zudem vor, sie hätte nicht von einer Verpflichtung der Beklagten, auf das Konkurrenzverbot zu verzichten, ausgehen dürfen (Urk. 27 S. 4 f.):

Bei einer arbeitgeberseitigen Kündigung bliebe das nachvertragliche Konkurrenzverbot nur dann bestehen und wäre nur dann ein Verzicht möglich, wenn die Arbeitgeberin aus einem begründeten, vom Arbeitnehmer zu vertretenden Anlass kündige. Der Kläger mache zu Recht nicht geltend, es habe für die Beklagte ein solcher Anlass bestanden. Die Beklagte habe auch nicht einseitig darüber befinden können, ob das nachvertragliche Konkurrenzverbot weiterhin Anwendung finden solle, da dies gegen den zwingenden Charakter von Art. 340c Abs. 2 OR verstossen hätte. Die Parteien hätten im Arbeitsvertrag keine Pflicht der Beklagten statuiert, auch in den Fällen auf das Konkurrenzverbot zu verzichten, in denen das Konkurrenzverbot von Gesetzes wegen dahinfalle. Ziffer 24 Abs. 2 von Attachment 2 regle lediglich pauschal, dass die Beklagte auf das Konkurrenzverbot verzichten könne und dies dann auch zum Wegfall der Karenzentschädigung führe. Wie sie bereits vor Vorinstanz ausgeführt habe, regle diese Bestimmung all jene Fälle, in denen das Konkurrenzverbot nicht bereits von Gesetzes wegen dahingefallen sei. Dies sei seitens des Klägers unbestritten geblieben. Der Kläger habe auch nicht bereits im Arbeitsvertrag auf den Wegfall des Konkurrenzverbots in den von Art. 340c Abs. 2 OR erfassten Fällen verzichtet. Ein solcher Verzicht wäre aufgrund von Art. 362 OR auch nicht möglich gewesen.

4.1 Gemäss Art. 340c Abs. 2 OR fällt das Konkurrenzverbot dahin, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat. Dem Kündigungsschreiben selbst lässt sich der Grund für die Auflösung des Arbeitsvertrags nicht entnehmen (Urk. 5/5). Die Vorinstanz ist vorliegend von einem Wegfall des Konkurrenzverbotes ausgegangen, da der Kläger nicht bestritten habe, die Kündigung sei aus wirtschaftlichen Gründen (restrukturierungsbedingt) erfolgt (Urk. 28 S. 20). Dies blieb im Berufungsverfahren unangefochten. Wie die Beklagte zutreffend ausführt, fällt in diesem Fall auch der Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Karenzentschädigung grundsätzlich ohne weiteres dahin (ZR 119 [2020] Nr. 16, BGer 5A_89/2019 vom 1. Mai 2019, E. 5.2.3). In dem von der Kammer beurteilten Fall (ZR 119 [2020] Nr. 16) fiel auch ins Gewicht, dass der Kläger nicht geltend machte, im Hinblick auf das Konkurrenzverbot für ihn nachteilige Dispositionen getroffen zu haben.

4.2 Dass mit dem Wegfall des Konkurrenzverbotes auch der Rechtsgrund für die Gegenleistung (Karenzentschädigung) dahinfällt, ist auch der Vorinstanz nicht entgangen (Urk. 28 S. 22). Wenn sie dennoch zum Ergebnis gelangte, die Karenzentschädigung bleibe geschuldet, lag dies letztlich im Gebot des Handelns nach Treu und Glauben begründet (Art. 2 ZGB). Die Vorinstanz führte nämlich aus, der Kläger habe aufgrund des Verhaltens der Beklagten "in guten Treuen" davon ausgehen dürfen, die Beklagte wolle am Konkurrenzverbot weiter festhalten, und er habe sich in der Folge auch an das Konkurrenzverbot gehalten (Urk. 28 S. 15, S. 21, S. 22). Letzteres wird mit der Berufung nicht in Frage gestellt. Das der Beklagten zum Nachteil reichende Verhalten sah die Vorinstanz darin, dass sie von der vertraglichen Verzichtsmöglichkeit auf das Konkurrenzverbot keinen Gebrauch machte und der Vorgesetzte des Klägers (C._____) auf Nachfrage des Klägers hin am Konkurrenzverbot festhielt. Ein Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben liegt vor, wenn früheres Verhalten schutzwürdiges Vertrauen begründet, das durch neue Handlungen enttäuscht würde. Man spricht in einem solchen Fall auch von widersprüchlichem Verhalten (BK-Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB N 268 ff.; BSK ZGB I-Honsell, Art. 2 N 43). Aus Treu und Glauben kann sich für eine Partei, die eine bestimmte Vertragsklausel vorschlägt, auch eine Informationspflicht ergeben, insbesondere dann, wenn sie

erkennt oder erkennen muss, dass sich die Gegenpartei keine richtige Vorstellung von dieser Klausel macht (ZK-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 OR N 464, N 484).

4.3 In der Lehre wird verschiedentlich darauf hingewiesen, dass über den Wegfall eines Konkurrenzverbotes Unklarheit bestehen kann, wenn sich das Kündigungsschreiben über den Grund der Kündigung nicht ausspricht oder der Kündigende seiner Pflicht zur Begründung der Kündigung (Art. 335 Abs. 2 OR) nicht nachkommt. Über die Folgen einer Verletzung der Begründungspflicht für das Konkurrenzverbot herrscht Uneinigkeit. Zur Vermeidung von Missverständnissen wird aber darauf hingewiesen, es sei sicher sinnvoll, den begründeten Anlass im Kündigungsschreiben zu erwähnen oder noch besser zum Schicksal des Konkurrenzverbots Stellung zu nehmen, damit beide Seiten wissen, woran sie sind (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., 2012, Art. 340c OR N 9; Rudolph, in: FHB Arbeitsrecht, N 8.42). Ein Teil der Lehre spricht sich für einen Weiterbestand der Verpflichtung zur Zahlung der Karenzentschädigung aus, soweit sich der Arbeitnehmer ans Konkurrenzverbot hielt und der Wegfall nicht festgestellt ist (Bohny, in: Münch/Metz [Hrsg.], Stellenwechsel und Entlassung, 2. Aufl., 2012, § 7 Rz 7.35). Hält der Arbeitgeber zu Unrecht an einem Konkurrenzverbot fest und macht er dieses auch gegenüber Dritten (RAV, Klienten, potenziellen neuen Arbeitgebern des Arbeitgebers) geltend, so kann der Arbeitgeber schadenersatzpflichtig werden (BGer 4A_25/2007 vom 25. Mai 2007, E. 5.2; ARV 2007 S. 163 ff.). Auch die Beklagte geht davon aus, dass eine Unsicherheit über den Bestand eines Konkurrenzverbotes entstehen kann (Urk. 27 S. 3 f. Ziff. 10).

4.4 Die Beklagte wirft der Vorinstanz weiter vor, sie gehe zu Unrecht davon aus, der Wegfall des Konkurrenzverbotes sei dem Kläger nicht klar gewesen und habe ihm auch nicht klar sein müssen (Urk. 27 S. 4 Ziff. 11).

In diesem Zusammenhang behauptet die Beklagte zunächst, dem Kläger sei klar gewesen, dass ihm restrukturierungsbedingt gekündigt worden sei, zumal ihm auch ein Outplacement bezahlt worden sei (Urk. 27 S. 4 Ziff. 11). Sie zeigt allerdings nicht auf, dass sie dies bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorbrachte. Soweit ersichtlich beschränkte sich die Beklagte darauf vorzubringen, die Kündigung sei restrukturierungsbedingt erfolgt, weshalb sie dem Kläger ein dreimonati-

ges Outplacement bezahlt und die Arbeitslosenkasse dem Kläger 20 Wartetage und keine Einstelltage auferlegt habe (Urk. 15 S. 2 f. Ziff. 7).

Unbehelflich erweist sich das weitere Argument, der Kläger hätte sich über die Kündigungsgründe in Kenntnis setzen können (falls ihm diese nicht bekannt gewesen wären) und hätte dann gewusst oder zumindest wissen können, dass das Konkurrenzverbot "von Gesetzes wegen" dahingefallen sei (Urk. 27 S. 4 Ziff. 11). Vorliegend hat sich der Kläger zwar nicht über den Kündigungsgrund erkundigt; dafür kam er in seiner E-Mail vom 4. November 2016 direkt auf die "Restriction clause" zu sprechen und meldete weiteren Klärungsbedarf an (Urk. 5/6). Im Übrigen kann aus der Kenntnis des Kündigungsgrundes (wirtschaftliche Gründe) noch nicht darauf geschlossen werden, dem Kläger sei auch das gesetzliche Schicksal des Konkurrenzverbotes bewusst gewesen, zumal der Arbeitsvertrag lediglich dem Arbeitgeber die Möglichkeit einräumte, auf die "Restriction clause" zu verzichten, die gesetzliche Regelung von Art. 340c Abs. 2 OR indes nicht erwähnte bzw. wiederholte. Dergleichen wurde vor Vorinstanz auch nicht behauptet. Zwar ist Gesetzeskenntnis im Allgemeinen vorauszusetzen. Diese war bei der Beklagten aber offenbar ebenso wenig vorhanden. In der E-Mail vom 4. November 2016 hielt die Beklagte am Konkurrenzverbot fest und klärte den Kläger nicht darüber auf, dass das Konkurrenzverbot von Gesetzes wegen dahinfiel. Und zum Schreiben vom 13. Dezember 2018 (worin ausdrücklich auf die in der Konkurrenzverbotsklausel enthaltene Anrechnungspflicht Bezug genommen wurde; Urk. 5/8) erklärte sie, ihr interner Rechtsvertreter habe bei seinem Antwortschreiben bloss den Vertragswortlaut konsultiert, ohne die Sachlage im Detail zu klären (Urk. 15 S. 4). Treu und Glauben im Geschäftsverkehr bedeutet auch Treu und Glauben im Rechtsverkehr (BK-Schmidlin, Art. 23/24 OR N 224). Deshalb kann sich derjenige, der einen Rechtsirrtum selbst veranlasst hat, auch nicht auf die Unkenntnis des Gegeninteressenten über eine Norm berufen (BK-Jäggi, Art. 3 ZGB N 130; vgl. auch BSK ZGB I-Honsell, Art. 3 N 40). Vorliegend hat die Beklagte die Rechtsunkenntnis des Klägers zwar nicht veranlasst. Sie hat ihn aber auch nicht über den von ihr im Prozess nun eingenommenen Standpunkt, das Konkurrenzverbot sei von Gesetzes wegen dahingefallen, orientiert. Vielmehr hat sie unter Hinweis auf die mit einer Konventionalstrafe abgesicherte Konkurrenzklausel

am Konkurrenzverbot festgehalten und damit eine Art Rechtsschein geschaffen. Der von der Beklagten aus der Rechtsunkenntnis bzw. aus ihrer unzutreffenden Antwort gezogene Nutzen, der darin besteht, dass sich der Kläger einer konkurrierenden Tätigkeit enthalten hat (Urk. 28 S. 22), soll nicht entschädigungslos bleiben und damit zu Lasten des Klägers gehen. Ein solches Ergebnis wäre stossend und liesse sich mit dem Grundsatz von Treu und Glauben, der auf der Ebene des Vertrags (insb. bei der Inhaltsbestimmung, bei der Auslegung und Ergänzung und bei der Bestimmung des Umfangs der Leistungspflicht) zu beachten ist und auch zahlreiche Nebenpflichten (u.a. Aufklärungs- und Informationspflichten) begründet (BSK ZGB I-Honsell, Art. 2 N 11, N 16), nicht vereinbaren.

4.5.1 Die Beklagte ist der Meinung, der Kläger habe sich nicht in guten Treuen auf die Erklärung des Vorgesetzten C._____ vom 4. November 2016 verlassen dürfen, weil es ihr – und erst recht dem für sie nicht zeichnungsberechtigten C._____ – nicht zugestanden habe, einseitig über den Fortbestand des nachvertraglichen Konkurrenzverbotes zu befinden. Zudem sei C._____ für sie nicht zeichnungsberechtigt gewesen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz habe aufgrund von Art. 340c Abs. 2 OR auch keine Verpflichtung ihrerseits bestanden, auf das Konkurrenzverbot zu verzichten. Das Schreiben vom 13. Dezember 2018 habe das Verhalten des Klägers während der Dauer des Konkurrenzverbotes nicht beeinflussen können (Urk. 27 S. 4 Ziff. 12 bis 14).

4.5.2 Es trifft zu, dass die Beklagte nicht einseitig über den Fortbestand eines (einmal dahingefallenen) Konkurrenzverbotes befinden konnte. Das ist aber nicht der springende Punkt und auch die Vorinstanz argumentierte anders. Insbesondere hält sie nirgends dafür, das nachvertragliche Konkurrenzverbot habe infolge unterbliebener Verzichtserklärung oder aufgrund der Erklärung C._____s tatsächlich weiter bestanden, weshalb auch die Karenzentschädigung geschuldet bleibe. Vielmehr kam sie zum Schluss, die Karenzentschädigung bleibe trotz Wegfalls des Konkurrenzverbotes weiterhin geschuldet (Urk. 28 S. 22 f.). Wie bereits erwähnt, begründete sie ihren Entscheid mit dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem von der Beklagten an den Tag gelegten Verhalten. Für den Vertrauensschutz liess sie genügen, dass sich die Beklagte nicht zum Schicksal

des Konkurrenzverbots äusserte, mit einer Anfrage des Arbeitnehmers konfrontiert wurde, die auch die Pflicht zur Leistung einer allfälligen Konventionalstrafe thematisierte, und daraufhin zum Ausdruck brachte, das Konkurrenzverbot bestehe weiterhin. Damit hatte die Beklagte massgeblichen Anteil, dass sich die rechtliche Situation, die sie nun als klar und eindeutig darstellt, für den Kläger nicht klärte. Vielmehr bestand sie auf dem von ihr in den Arbeitsvertrag aufgenommenen Konkurrenzverbot und der Kläger wusste nun, "woran er bei der Beklagten war" (vgl. E. 4.3) und hielt sich an das strafbewehrte, entgeltliche Konkurrenzverbot. Nur dies ist entscheidend. Nach den in E. 4.4 dargelegten Grundsätzen muss sich die Beklagte darauf behaften lassen. Es widerspräche Treu und Glauben, wenn sie sich im Nachhinein auf den Wegfall des Konkurrenzverbotes berufen könnte, um sich der Zahlung der Gegenleistung (Karenzentschädigung) zu entziehen.

4.5.3 Entgegen der Darstellung der Beklagten (Urk. 27 S. 4 Ziff. 13 mit Verweis auf Urk. 28 S. 12 E. 2.3.1, S. 15 E. 2.3.3 und S. 22 E. 3.3.3) hat die Vorinstanz auch nicht einfach eine Verpflichtung der Beklagten bejaht, auf ein bereits von Gesetzes wegen dahingefallenes Konkurrenzverbot zu verzichten. Vielmehr analysierte die Vorinstanz, ob die Beklagte im Sinne von Ziffer 24 Abs. 4 von Attachment 2 auf das Konkurrenzverbot verzichtete, nachdem die Beklagte selber behauptet hatte, sie habe durch ihr Kündigungsschreiben auf die Weitergeltung des nachvertraglichen Konkurrenzverbotes verzichtet und sei dadurch auch nicht zur Zahlung der Karenzentschädigung verpflichtet gewesen (Urk. 28 S. 11 E. 2.1 mit Verweis auf Urk. 15 Ziff. 8 und Prot. I S. 7). In der Folge verneinte die Vorinstanz einen ausdrücklich oder konkludent erklärten Verzicht (Urk. 28 S. 13 ff. E. 2.3). Daraus kann die Beklagte nichts zu ihren Gunsten ableiten. Einzuräumen ist, dass die Vorinstanz ausserdem ausführte, die Parteien hätten in Ziffer 24 Abs. 4 von Attachment 2 eine Kündigungsmöglichkeit für die Karenzentschädigung vertraglich vereinbart und diese an eine Willensäusserung der Beklagten in Bezug auf den Bestand des Konkurrenzverbotes geknüpft, weshalb die Beklagte, um sich von ihrer Karenzentschädigungspflicht zu befreien, innert 15 Tagen ab der Kündigungsmittelung dem Kläger Klarheit darüber hätte verschaffen müssen, dass das nachvertragliche Konkurrenzverbot nicht bestehe (Urk. 28 S. 22 E. 3.3.3). Dies mag vor dem Hintergrund der in E. 4.1 wiedergegebenen Recht-

sprechung der Kammer fraglich erscheinen. Allerdings ist vorliegend nicht der Fall zu beurteilen, in dem sich der Arbeitgeber die Möglichkeit eines Verzichts auf das Konkurrenzverbot ausbedingt und es bei der Kündigung unterlässt, zum Schicksal des Konkurrenzverbots Stellung zu nehmen. Die Frage, wie in dieser Konstellation zu entscheiden wäre, kann vorliegend offen gelassen werden. Die Vorinstanz hat es denn auch nicht dabei belassen. Sie war schon vor ihren Ausführungen zur Kündigung der Karenzentschädigung (E. 3.3.3) zum Schluss gekommen, da die Beklagte den Kläger nicht nur über den Bestand des Konkurrenzverbotes im Ungewissen gelassen habe, sondern ihm gegenüber durch die Antwort seines damaligen Vorgesetzten ihren Festhaltewillen bekundet habe, müsse dem Kläger, der sich in der Folge an das Konkurrenzverbot gehalten habe, auch die Gegenleistung erhalten bleiben (Urk 28 S. 21 f. E. 3.3.2; so wiederum am Ende von E. 3.3.3). Zu Recht wirft die Beklagte dem Kläger nicht vor, er hätte es auf einen Prozess um eine Konventionalstrafe in der Höhe von "50 % of your last gross annual salary including performance bonuses" (Urk. 5/4 S. 14) ankommen lassen müssen. Wenn sie vorträgt, die Unsicherheit des Mitarbeiters bestehe unabhängig davon, ob eine Karenzentschädigung in Aussicht gestellt worden sei oder nicht (Urk. 27 S. 4 Ziff. 10), mag dies zutreffen. Ihr ist aber entgegenzuhalten, dass sich der Kläger genau wegen dieser Unsicherheit an sie wandte und um Klarstellungen ersuchte. Die Beklagte hat es daraufhin versäumt, den Kläger über die Tragweite bzw. den Wegfall des nachvertraglichen Konkurrenzverbots zu informieren.

4.5.4 Ob mit dem Einschub, der für sie nicht zeichnungsberechtigte C._____ habe erst recht nicht über den Fortbestand des Konkurrenzverbots befinden können (Urk. 27 S. 4 Ziff. 12), dem Rügeerfordernis Genüge getan wird, kann offen bleiben. Vor Vorinstanz hatte die Beklagte geltend gemacht, C._____ verfüge über keine *Einzel*zeichnungsberechtigung und habe daher nicht alleine für die Beklagte handeln können, weshalb der Kläger aus der E-Mail-Korrespondenz mit C._____ nichts für sich ableiten könne. Bei ihr verfüge keine Person über *Einzel*zeichnungsberechtigung, weshalb C._____ die Beklagte mit seiner E-Mail auch gar nicht habe binden können (Urk. 15 S. 4 Ziff. 18, S. 3 Ziff. 11; Hervorhebungen durch die Kammer). Die Vorinstanz erwog dazu, C._____ sei im Zeitpunkt der Kündigung unbestrittenermassen der direkte Vorgesetzte des Klägers gewesen

(Urk. 28 S. 15) und auch die Schreiben vom 13. Dezember 2018 (Urk. 5/8) und vom 28. Februar 2019 (Urk. 5/10), die vom internen Rechtsvertreter (E._____) der Beklagten unterzeichnet worden seien, würden darauf schliessen lassen, dass das nachvertragliche Konkurrenzverbot aus Sicht der Beklagten Bestand gehabt und sie daran festgehalten habe (Urk. 28 S. 16 f.). Die Beklagte bringt mit ihrer Berufung zwar vor, das Schreiben vom 13. Dezember 2018 habe das Verhalten des Klägers während der Dauer des Konkurrenzverbotes nicht beeinflussen können (Urk. 27 S. 4 Ziff. 12). Davon ging die Vorinstanz allerdings nicht aus. Vielmehr gelangte sie zur Auffassung, das Schreiben vom 13. Dezember 2018 lasse darauf schliessen, dass das nachvertragliche Konkurrenzverbot aus Sicht der Beklagten Bestand gehabt habe. Dagegen trägt die Beklagte nichts vor. Sie macht insbesondere nicht geltend, die E-Mail vom 4. November 2016 habe nicht ihrer damaligen Sicht der Dinge entsprochen. Falls aus der E-Mail vom 4. November 2016 nichts abgeleitet werden dürfte, wäre die Beklagte dem Kläger letztlich eine Antwort auf seine E-Mail vom gleichen Tag schuldig geblieben, was sich mit dem Grundsatz von Treu und Glauben wiederum nicht vertrüge. Hinzu kommt, dass die Vertreter der Beklagten nicht durchwegs kollektiv zeichneten, wie das vom Kläger angeführte Beispiel des von C.____ allein unterzeichneten Arbeitszeugnisses (Urk. 17/2) zeigt. Wenn die Beklagte nun sogar vorbringt, C.____ sei "für sie nicht zeichnungsberechtigt" gewesen (Urk. 27 S. 4 Ziff. 12), was mit dem Handelsregisterauszug übereinstimmt (vgl. Urk. 5/2 "Personalangaben"), kann dies mit dem Kündigungsschreiben, das C.____ mitunterzeichnet hat (vgl. Urk. 28 S. 4 mit Verweis auf Urk. 5/5), nicht in Einklang gebracht werden. Was den Bevollmächtigungswillen angeht, muss sich die Beklagte auf ihrem Gewährlassen behaften lassen. Es ist daher weder eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung noch eine unrichtige Rechtsanwendung ersichtlich, wenn die Vorinstanz die Erklärung C.____s der Beklagten anrechnete.

4.6 Die Beklagte legt schliesslich dar, aus welchen (überwiegend rechtlichen) Gründen nicht davon ausgegangen werden könne, sie habe in den von Art. 340c Abs. 2 OR erfassten Fällen bereits im Arbeitsvertrag auf den Wegfall des nachvertraglichen Konkurrenzverbots verzichtet (Urk. 27 S. 4 f. Ziff. 15). Auf welche vorinstanzlichen Erwägungen die Beklagte Bezug nimmt, wird dabei nicht

ersichtlich. Die Vorinstanz verneinte, dass die Beklagte anlässlich der Kündigung auf das Konkurrenzverbot verzichtete (Urk. 28 S. 11 ff.). Sie hielt weiter dafür, dass das Konkurrenzverbot von Gesetzes wegen dahingefallen sei, dies aber kein automatisches Dahinfallen der Karenzentschädigung zur Folge habe und eine Kündigung der Karenzentschädigung nicht erfolgt sei (Urk. 28 S. 22). Die Vorinstanz stützte ihren Entscheid mit anderen Worten nicht auf einen während des Arbeitsverhältnisses erklärten Verzicht der Beklagten auf den von Gesetzes wegen eintretenden Wegfall des Konkurrenzverbotes ab. Ein solcher Verzicht war vom Kläger auch nicht behauptet worden. Die Ausführungen der Beklagten sind daher theoretischer Natur, weshalb darauf nicht weiter eingegangen werden muss.

5. Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung als unbegründet. Sie ist abzuweisen und das Urteil der Vorinstanz ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

IV.

Ausgangsgemäss wird die Beklagte auch für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 7. Mai 2020 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'300.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– 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. 46'553.30.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 12. Februar 2021

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. D. Scherrer

MLaw H. Schinz

versandt am:
lee