



4A\_426/2023

**Urteil vom 3. Januar 2024**

**I. zivilrechtliche Abteilung**

Besetzung  
Bundesrichterin Jametti, Präsidentin,  
Bundesrichterin Kiss,  
Bundesrichter Rüedi,  
Gerichtsschreiber Matt.

Verfahrensbeteiligte

A. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Reto Wildeisen und Rechtsanwältin Sindy Pajarola,  
Beschwerdeführer,

*gegen*

B. \_\_\_\_\_ AG,  
vertreten durch Rechtsanwältin Laura Widmer und Rechtsanwältin Sandra Schaffner,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Arbeitsvertrag; Konkurrenzverbot,

Beschwerde gegen den Beschluss und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer,  
vom 31. Juli 2023 (LA220019-O/U).

**Sachverhalt:**

**A.**

A. \_\_\_\_\_ (Arbeitnehmer, Beschwerdeführer) war seit dem 1. September 2010 als stellvertretender Geschäftsleiter und Projektleiter bei der B. \_\_\_\_\_ AG (Arbeitgeberin, Beschwerdegegnerin) angestellt. Der Arbeitsvertrag wurde am 17. August 2016 erneuert. Die Parteien vereinbarten eine "Erfolgsbeteiligung nach separatem Projekt-Bonusplan", welche dem Arbeitnehmer in den Jahren 2019 bis 2021 nicht ausbezahlt worden war. Ferner wurde ein nachvertragliches Konkurrenzverbot vereinbart. Am 3. November 2020 kündigte der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis ordentlich auf den 31. Mai 2021. Er stellte sich auf den Standpunkt, dass die Erfolgsbeteiligung einen variablen Lohnbestandteil bildet und verlangte diesen für die Jahre 2019 bis 2021. Weiter vertrat er die Auffassung, das Konkurrenzverbot sei dahingefallen oder zumindest zeitlich zu beschränken.

**B.**

Nach erfolglosem Schlichtungsversuch klagte der Arbeitnehmer beim Arbeitsgericht Dietikon gegen die Arbeitgeberin. Mit Urteil vom 18. Mai 2022 stellte das Arbeitsgericht fest, das Konkurrenzverbot sei mit der Kündigung vom 3. November 2020 dahingefallen. Es verpflichtete die Arbeitgeberin, dem Arbeitnehmer Fr. 52'600.50 nebst Zins zu 5 % seit 1. November 2020 zu bezahlen. Im Mehrumfang wies es die Klage ab.

**C.**

Dagegen ging die Arbeitgeberin beim Obergericht des Kantons Zürich in Berufung und verlangte die vollumfängliche Abweisung der Klage.

Das Obergericht stellte am 31. Juli 2023 fest, das arbeitsgerichtliche Urteil sei in Rechtskraft erwachsen, soweit die Klage im Fr. 52'600.50 nebst Zins zu 5 % seit 1. November 2020 übersteigenden Betrag abgewiesen worden sei.

Gleichzeitig hiess das Obergericht die Berufung der Arbeitgeberin teilweise gut und hob das arbeitsgerichtliche Urteil teilweise auf. Anders als zuvor das Arbeitsgericht entschied das Obergericht, dass das Konkurrenzverbot mit der Kündigung vom 3. November 2020 nicht dahingefallen sei. Im Übrigen wies es die Berufung ab.

#### D.

Der Arbeitnehmer beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen, das obergerichtliche Urteil sei aufzuheben und der Entscheid des Arbeitsgerichts unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu bestätigen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen.

Die Arbeitgeberin trägt auf Abweisung der Beschwerde an, soweit darauf einzutreten sei. Das Obergericht verzichtete auf eine Vernehmlassung. Der Arbeitnehmer replizierte.

Das Gesuch des Arbeitnehmers um aufschiebende Wirkung wurde am 20. Oktober 2023 präsidialiter abgewiesen.

#### Erwägungen:

##### 1.

Bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten ist die Beschwerde zulässig, wenn der Streitwert mindestens Fr. 15'000.-- beträgt (Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG). Dieser Streitwert ist erreicht (Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG). Die Beschwerde erfolgte fristgerecht (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG), weshalb grundsätzlich darauf einzutreten ist.

##### 2.

**2.1.** Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG; vgl. dazu **BGE 140 III 86 E. 2**; **134 II 235 E. 4.3.4**). Allerdings prüft es, unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten. Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 BGG, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (vgl. **BGE 140 III 86 E. 2**, 115 E. 2).

Die Begründung hat in der Beschwerdeschrift selbst zu erfolgen. Die beschwerdeführende Partei darf eine allfällige Replik nicht dazu verwenden, ihre Beschwerde zu ergänzen oder zu verbessern. Zulässig sind nur Vorbringen, zu denen erst die Ausführungen in der Vernehmlassung eines anderen Verfahrensbeteiligten Anlass geben (vgl. **BGE 135 I 19 E. 2.2**; **132 I 42 E. 3.3.4**).

**2.2.** Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den Lebenssachverhalt, der dem Streitgegenstand zugrunde liegt, als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt. Zum Prozesssachverhalt gehören namentlich die Anträge der Parteien, ihre Tatsachenbehauptungen, rechtlichen Erörterungen, Prozessklärungen und Beweisvorbringen (**BGE 140 III 16 E. 1.3.1** mit Hinweisen). Das Bundesgericht kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Offensichtlich unrichtig bedeutet dabei willkürlich (**BGE 143 IV 241 E. 2.3.1**; **140 III 115 E. 2**, 264 E. 2.3). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (vgl. **BGE 140 III 16 E. 1.3.1** mit Hinweisen). Soweit die beschwerdeführende Partei den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (**BGE 140 III 86 E. 2**). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (**BGE 140 III 16 E. 1.3.1**).

**2.3.** Der Beschwerdeführer schildert unter dem Titel "Vorbemerkungen" den Sachverhalt aus seiner Sicht, ohne eine gehörige Willkürüge zu formulieren. Darauf ist nicht einzugehen. Auch im Übrigen ist auf die Beschwerde nicht einzutreten, soweit der Beschwerdeführer bloss in appellatorischer Weise seine eigene Sicht der Dinge präsentiert, ohne sich hinreichend mit den Erwägungen im angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen.

##### 3.

Vor Bundesgericht bleibt umstritten, ob das Konkurrenzverbot dahingefallen ist, weil der Beschwerdeführer aus begründetem Anlass gekündigt hat. Zudem macht der Beschwerdeführer geltend, das Konkurrenzverbot sei übermässig.

**3.1.** Das Konkurrenzverbot fällt dahin, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat, oder wenn der Arbeitnehmer es aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst (Art. 340c Abs. 2 OR). Als begründeter Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR ist nach konstanter Rechtsprechung jedes der anderen Partei zuzurechnende Ereignis anzusehen, das bei vernünftiger Betrachtung einen erheblichen Anlass zur Kündigung geben kann. Es ist nicht notwendig, dass es sich um eine eigentliche Vertragsverletzung handelt (vgl. **BGE 130 III 353** E. 2.2.1; Urteile 4A\_109/2021 vom 20. Juli 2021 E. 3.1; 4A\_468/2017 vom 12. März 2018 E. 2.1; 4A\_22/2014 vom 23. April 2014 E. 4.3.1). Entsprechend fällt das Konkurrenzverbot bei einer Kündigung durch den Arbeitnehmer beispielsweise dahin, wenn diese aufgrund einer wesentlich unter dem Marktüblichen liegenden Entlohnung, einer chronischen Arbeitsüberlastung trotz Abmahnung, wegen steter Vorwürfe oder eines generell schlechten Betriebsklimas erfolgt (**BGE 130 III 353** E. 2.2.1 mit zahlreichen Hinweisen). Nach der Rechtsprechung kann auch eine Einschränkung des Tätigkeitsbereichs einen solchen begründeten Anlass darstellen, wobei die damit verbundene Intensität entscheidend bleibt (vgl. **BGE 110 II 172** E. 2a).

**3.2.** Die Parteien vereinbarten ein Konkurrenzverbot. Dessen Gültigkeit wird nicht in Frage gestellt. Unbestritten ist auch, dass der Beschwerdeführer das Arbeitsverhältnis am 3. November 2020 mit der Beschwerdegegnerin unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist per Ende Mai 2021 kündigte. Das zweijährige Konkurrenzverbot dauerte demgemäss längstens bis Ende Mai 2023.

**3.3.** Die Erstinstanz stellte fest, dass die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer für das Jahr 2019 einen Bonus von Fr. 26'300.25 geschuldet habe, der im Frühjahr 2020 hätte ausgezahlt werden müssen. Auch für das Jahr 2020 habe die Beschwerdegegnerin den vertraglich vorgesehenen Projekt-Bonusplan nicht erstellt, weshalb der Beschwerdeführer habe annehmen müssen, dass er abermals leer ausgehen würde. Dass die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer im Frühjahr 2020 den vertraglich geschuldeten Bonus von Fr. 26'300.25 nicht bezahlt habe, qualifizierte die Erstinstanz als begründeten Anlass zur Kündigung. Darauf prüfte sie die Frage der Kausalität, denn zwischen dem Ausbleiben der Bonuszahlung im Frühjahr 2020 und der Kündigung am 3. November 2020 verstrichen einige Monate. Sie hielt dazu fest, die Parteien hätten nicht geltend gemacht, dem Beschwerdeführer sei mitgeteilt worden, dass für das Jahr 2019 kein Bonus ausgezahlt werde; vielmehr sei die Zahlung ohne Ankündigung einfach ausgeblieben. Aus diesem Grund sei verständlich, dass der Beschwerdeführer abgewartet habe in der Hoffnung, dass der Bonus doch noch gezahlt werde. Er sei damals bereits 55 Jahre alt gewesen und es sei nachvollziehbar, dass er sich eine Kündigung in diesem Alter reiflich überlegt habe. Die Erstinstanz hielt daher fest, das Konkurrenzverbot sei mit der Kündigung vom 3. November 2020 dahingefallen.

**3.4.** Demgegenüber kam die Vorinstanz zum Schluss, dass das Konkurrenzverbot nach der Kündigung bestehen blieb. Sie stützte dieses Erkenntnis auf zwei selbstständige alternative Begründungen. Einerseits verneinte sie einen Kausalzusammenhang zwischen dem ausgebliebenen Bonus und der Kündigung. Andererseits hielt sie fest, der Beschwerdeführer habe die Gültigkeit des Konkurrenzverbots anerkannt, indem er vorbehaltlos Karenzentschädigungen entgegengenommen habe. Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, verfängt nicht.

**3.4.1.** Die Beschwerdegegnerin machte im Berufungsverfahren geltend, selbst wenn man von einem begründeten Anlass zur Kündigung ausgehen würde, sei zwischen dem Ausbleiben des Bonus und der Kündigung zu viel Zeit vergangen, weshalb es am erforderlichen Kausalzusammenhang fehle. Die Beschwerdegegnerin monierte zudem, dass die Erstinstanz die Dispositionsmaxime verletzt habe, indem sie ihr Urteil auf Tatsachen gegründet habe, welche der Beschwerdeführer nicht geltend gemacht habe. So habe die Erstinstanz dessen Alter als Grund für die verzögerte Kündigung erwähnt. Der Beschwerdeführer habe an der Hauptverhandlung erklärt, Grund für die späte Kündigung sei gewesen, dass er dem neuen Inhaber nicht mit Kündigung habe drohen wollen, sollte der Bonus nicht sofort bezahlt werden. Sein Alter habe er mit keinem Wort als Grund erwähnt.

Zwischen dem begründeten Anlass und der Kündigung muss ein Kausalzusammenhang bestehen (vgl. dazu DAVID HEEB, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot nach Art. 340-340c OR, Diss. 2016, S. 151 f.; ADRIAN STAEHELIN, Der Arbeitsvertrag: Art. 330b-355 OR, Art. 361-362 OR, Zürcher Kommentar Band/ Nr. V/2c, 4. Auflage 2014, N. 9 zu Art. 340c OR mit Hinweisen auf die Praxis; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage 2012, N. 3 zu Art. 340c OR). Der kündigende Arbeitnehmer hat den Kausalzusammenhang zu beweisen. Allerdings ist keine unverzügliche Reaktion erforderlich wie bei der fristlosen Kündigung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verwirkt ein Arbeitnehmer das Recht, sich auf einen Auflösungsgrund im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR zu berufen, in der Regel nicht dadurch, dass er nicht innerhalb einer kurz bemessenen Bedenkfrist kündigt. Wartet er aber zu lange, läuft er Gefahr, dass aus seinem Verhalten nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen auf einen Verzicht oder eine Verwirkung der Einwendung aus Art. 340c Abs. 2 OR geschlossen wird (**BGE 110 II 172** E. 2a).

Die Vorinstanz verletzte kein Bundesrecht, indem sie den Argumenten der Beschwerdegegnerin folgte. Sie erwog überzeugend, der Beschwerdeführer habe das lange Zuwarten nicht mit seinem Alter begründet. Ohnehin habe er bereits im April und Mai 2020 davon ausgehen müssen, dass er keinen Bonus erhalten

werde. Daher sei nicht plausibel, weshalb er mit seiner Kündigung noch rund ein halbes Jahr zugewartet habe. Es fehle an der zeitlichen Nähe, weshalb nicht davon ausgegangen werden könne, dass die Verweigerung des Bonus kausal gewesen sei für die Kündigung.

**3.4.2.** Die Vorinstanz ging auf die Behauptung des Beschwerdeführers ein, wonach die Beschwerdegegnerin ihm nicht die volle Karenzentschädigung gezahlt habe. Sie erwog dazu, dies könne kein Grund für die Kündigung sein. Denn der Anspruch auf eine Karenzentschädigung werde grundsätzlich erst mit Ablauf der Kündigungsfrist und Geltung des Konkurrenzverbots fällig. Ohnehin habe die Erstinstanz erwogen, dass sich die Karenzentschädigung nach dem fixen Jahressalär ohne Berücksichtigung von Bonuszahlungen berechne und dass die Beschwerdegegnerin den Betrag korrekt ausbezahlt habe. Dies sei im Berufungsverfahren nicht beanstandet worden.

Die Karenzentschädigung ("indemnité de carence") ist ein Entgelt für die Einhaltung des Konkurrenzverbots (vgl. bereits **BGE 101 II 277** E. 1a). Durch die Vereinbarung einer Karenzentschädigung entsteht ein synallagmatischer Vertrag. Die Karenzentschädigung ist keine Voraussetzung für die Gültigkeit eines Konkurrenzverbots. Die Karenzentschädigung ist ein suspensiv bedingtes Leistungsversprechen des Arbeitgebers. Die Forderung des Arbeitnehmers entsteht erst mit dem Eintritt der Bedingung, also mit der Konkurrenzenthaltung des Arbeitnehmers nach beendetem Arbeitsverhältnis (Urteil 5A\_89/2019 vom 1. Mai 2019 E. 5.2.1 mit Hinweisen; vgl. auch HEEB, a.a.O., S. 139 ff. mit Hinweisen).

Die Vorinstanz hielt schlüssig fest, der Beschwerdeführer habe offenbar selbst angenommen, dass das Konkurrenzverbot gelte. Denn er habe mit E-Mail vom 21. Juni 2021 bei der Beschwerdegegnerin die Bezahlung der Karenzentschädigung eingefordert. So habe ihm die Beschwerdegegnerin denn auch während der Dauer des Konkurrenzverbots monatlich eine Karenzentschädigung von 50 % des Salärs bezahlt. Wäre der Beschwerdeführer von der Ungültigkeit des Konkurrenzverbots ausgegangen, hätte er die Karenzentschädigung weder gefordert noch vorbehaltlos angenommen. Die Vorinstanz ging nicht auf das Vorbringen des Beschwerdeführers ein, wonach die Zahlungen nun eingestellt worden seien. Denn er habe diese neue Behauptung in keiner Weise substantiiert oder belegt.

Weiter erwog die Vorinstanz nachvollziehbar, der Beschwerdeführer habe die Karenzentschädigung als Gegenleistung für die Beachtung des Konkurrenzverbots beansprucht. Gleichzeitig fechte er die Gültigkeit des Konkurrenzverbots an. Dies sei als widersprüchliches Verhalten zu qualifizieren und verstosse gegen Treu und Glauben. Mit der vorbehaltlosen Annahme der Karenzentschädigung habe er implizit die Gültigkeit des Konkurrenzverbots anerkannt, selbst wenn die Zahlungen inzwischen eingestellt sein sollten.

Unerheblich sei, ob der Beschwerdeführer die Karenzentschädigung unangetastet gelassen habe. Das Konkurrenzverbot sei auch aus diesem Grund nicht dahingefallen.

**3.4.3.** Gemäss Vorinstanz greifen die weiteren vom Beschwerdeführer geltend gemachten Gründe für die Aufhebung des Konkurrenzverbots nicht. Sie hielt zutreffend fest, dass Gegenleistungen des Arbeitgebers für Konkurrenzenthaltungen bei der Beurteilung der Angemessenheit eines Konkurrenzverbots besonders zu berücksichtigen sind (vgl. dazu etwa STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 6 zu Art. 340a OR). Vorliegend habe die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer die Hälfte des Lohnes bezahlt, nämlich fast Fr. 9'000.-- pro Monat. Der Beschwerdeführer hätte zudem in einem nicht konkurrenzierenden Bereich arbeiten können. Diese Umstände lassen das Konkurrenzverbot in der Tat als angemessen erscheinen.

**3.5.** Nach dem Gesagten ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz zum Schluss gelangte, das Konkurrenzverbot sei mit der Kündigung vom 3. November 2020 nicht dahingefallen.

#### **4.**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Ausgangsgemäss trägt der Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren die Kosten (Art. 66 Abs. 1 BGG) und hat die Beschwerdegegnerin zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

#### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

##### **1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

##### **2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

##### **3.**

Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 6'000.-- zu entschädigen.

##### **4.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jametti

Der Gerichtsschreiber: Matt