

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF180017-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur  
sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

## Urteil vom 19. April 2018

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1.\_\_\_\_\_ und / oder Rechtsanwalt Dr. iur.  
X2.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.\_\_\_\_\_,**

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y.\_\_\_\_\_,

betreffend  
**vorsorgliche Massnahmen**

Berufung gegen einen Entscheid des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren  
des Bezirksgerichtes Meilen vom 14. Februar 2018 (ET170006)

## **Erwägungen:**

### **I.**

1.1. B. \_\_\_\_\_ (Gesuchgegner und Berufungsbeklagter, fortan Berufungsbeklagter) und 'A. \_\_\_\_\_ AG' (Gesuchstellerin und Berufungsklägerin, fortan Berufungsklägerin) schlossen am 17. Juli 2016 ein "Employment Agreement", demgemäss der Berufungsbeklagte bei der Berufungsklägerin und deren Tochterunternehmen (insbesondere der 'C. \_\_\_\_\_ AG' und der 'D. \_\_\_\_\_ Clinic') als Chief Executive Officer (CEO) mit Stellenantritt per 15. August 2016 angestellt wurde (act. 3/3; deutsche Übersetzung act. 8/65).

1.2. Die Berufungsklägerin bezweckt die Behandlung und Beratung von Einzelpersonen, Familien und Paaren aus der Schweiz und dem Ausland bei Abhängigkeitserkrankungen und Begleiterscheinungen davon, sowie die Vermittlung von medizinischen und therapeutischen Dienstleistungen, Relocation-Dienstleistungen und die Nachbetreuung ausländischer Klienten in ihrem Herkunftsland (act. 3/2).

1.3. Im Vertrag zwischen der Berufungsklägerin und dem Berufungsbeklagten wurde unter Ziff. 14 ein Wettbewerbs- und Abwerbeverbot ("Convenant Not to Compete and Not to Solicit"), unter anderem mit Geltung für drei Jahre nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Gebiet von Singapur und der Schweiz, vereinbart (vgl. act. 3/3 resp. act. 8/65 Ziff. 14; insb. Ziff. 14.c). Mit Schreiben vom 31. Mai 2017 wurde das Arbeitsverhältnis per 31. Juli 2017 durch die Berufungsklägerin gekündigt (act. 3/13).

2.1. Mit Eingabe vom 25. Oktober 2017 machte die Berufungsklägerin ein Gesuch um Erlass (super-)provisorischer Massnahmen beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Meilen (fortan Vorinstanz) anhängig. Sie beantragte darin zusammengefasst, es sei dem Berufungsbeklagten unter Hinweis auf die Straffolgen von Art. 292 StGB und unter Androhung einer Ordnungsbusse bis Abschluss des Prosequierungsverfahrens, resp. bis längstens 31. August 2020, zu verbieten, die Be-

rufungsklägerin, die 'C.\_\_\_\_\_ AG' oder die 'D.\_\_\_\_\_ AG' in irgendeiner Weise zu konkurrenzieren. Weiter sei er unter Hinweis auf die Straffolgen von Art. 292 StGB und unter Androhung einer Ordnungsbusse zu verpflichten, jede rechtliche und tatsächliche Beziehung mit der 'E.\_\_\_\_\_ AG' innert drei Tagen ab Zustellung des Entscheids zu beenden und innert fünf Tagen den entsprechenden Nachweis zu erbringen (act. 1).

2.2. Mit Verfügung vom 9. November 2017 wurde das Gesuch um Erlass supervisorischer Massnahmen abgewiesen und dem Berufungsbeklagten Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 9). Mit Eingabe vom 24. November 2017 präzisier- te die Berufungsklägerin ihr Rechtsbegehren in geografischer Hinsicht insofern, als die konkurrenzierende Tätigkeit auf dem Gebiet von Singapur und der Schweiz zu unterlassen sei. Weiter reichte die Berufungsklägerin ein Novum ins Recht (act. 11). Am 18. Januar 2018 ging bei der Vorinstanz die Gesuchsantwort des Berufungsbeklagten (act. 20) und am 31. Januar 2018 eine unaufgeforderte Stellungnahme der Berufungsklägerin zur Gesuchsantwort ein (act. 24).

2.3. Mit Verfügung und Urteil vom 14. Februar 2018 fällte die Vorinstanz folgen- den Entscheid (act. 27 = act. 30 = act. 33):

- " 1. Insoweit die Gesuchstellerin ursprünglich ein geografisch unein- geschränktes Massnahmeverbot anbegehrte (ursprüngliches Rechtsbegehren Ziff. 1), wird das Verfahren als durch Teilrück- zug erledigt abgeschlossen.
2. Im Mehrumfang wird das Gesuch um Erlass vorsorglicher Mass- nahmen abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 14'000.–.
4. Die Gerichtskosten werden der Gesuchstellerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 14'000.– bezogen.
5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung von CHF 10'000.– (8 % [bis 31. Dezember 2017] resp. 7.7 % [ab 1. Januar 2018] MwSt darin enthalten) zu bezahlen.
- 6.–7. [Mitteilungen/Rechtmittelbelehrung]"

3.1. Mit Eingabe vom 1. März 2018 (Datum Poststempel) erhob die Berufungsklägerin rechtzeitig Berufung gegen diesen Entscheid (vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 28/2). Sie stellte die folgenden Anträge (act. 31 S. 2 f.):

- " 1. Das Urteil des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 14. Februar 2018 (Verfahren ET170006-G/U), Dispo-Ziffern 2.–5., sei aufzuheben;
  2. dem Gesuchgegner und Berufungsbeklagten sei unter Hinweis auf die Straffolgen von Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse) und unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 1'000 für jeden Tag der Zuwiderhandlung (Art. 343 Abs. 1 lit. a und lit. c ZPO) zu verbieten, während der Dauer dieses Verfahrens und der darin anzusetzenden Prosequierungsfrist sowie bis zum Abschluss eines nachfolgenden Prosequierungsprozesses, längstens jedoch bis zum 31. August 2020, in irgendeiner Weise die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin oder die C. \_\_\_\_\_ AG oder die D. \_\_\_\_\_ AG auf dem Gebiet der Schweiz oder von Singapur zu konkurrenzieren, insbesondere auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin oder der C. \_\_\_\_\_ AG oder der D. \_\_\_\_\_ AG in Wettbewerb steht oder in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen;
  3. der Gesuchgegner und Berufungsbeklagte sei unter Hinweis auf die Straffolgen von Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse) und unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 1'000 für jeden Tag der Zuwiderhandlung (Art. 343 Abs. 1 lit. a und c ZPO) zu verpflichten, jede rechtliche – insbesondere die Stellung als Verwaltungsrat und Geschäftsführer – und tatsächliche Beziehung mit der E. \_\_\_\_\_ AG innert 3 Tagen seit Zustellung des Entscheides zu beenden und der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin innert 5 Tagen seit Zustellung des Entscheides die entsprechenden Nachweise beizubringen;
  4. *eventualiter* sei das Urteil des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 14. Februar 2018 (Verfahren ET170006-G/U), Dispo-Ziffern 2.–5., aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zu Lasten des Gesuchgegners und Berufungsbeklagten."

3.2. Mit Verfügung vom 6. März 2018 wurde der Berufungsklägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt und es wurde die Prozessleitung delegiert (act. 35). Der Kostenvorschuss wurde von der Berufungsklägerin innert Frist geleistet (act. 36 f.). Es wurde davon abgesehen, eine Berufungsantwort einzuho-

len (act. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif. Dem Berufungsbeklagten ist mit dem Endentscheid ein Doppel von act. 31 zuzustellen.

## II.

1. Der vorinstanzliche Entscheid betrifft ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen. Erstinstanzliche Massnahmenentscheide sind grundsätzlich mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO), wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Berufung nur zulässig ist, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert beträgt hier Fr. 391'432.55 (vgl. act. 1 S. 8 Rz. 14). Die Berufung ist demgemäss zulässig.

2. Die Berufung ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Es kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel frei und uneingeschränkt prüfen, vorausgesetzt, dass sich die Berufung erhebende Partei mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz – soweit für die Berufung relevant – im Einzelnen auseinandersetzt und konkret aufzeigt, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch war (ZR 110/2011 Nr. 80; vgl. BGE 138 III 374 = Pra 2013 Nr. 4 E. 4.3.1). Soweit eine genügende Beanstandung vorgebracht wird, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Die Berufungsinstanz ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (vgl. BGE 133 II 249, E. 1.4.1 m.w.H.). Sie darf sich auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen sie sich hat leiten lassen (vgl. BK ZPO-HURNI, Bd. I, Bern 2012, N 60 f. zu Art. 53).

## III.

1. Die Berufungsklägerin machte vor Vorinstanz geltend, der Berufungsbeklagte habe in der Zeit, in welcher er für sie und ihre Tochtergesellschaften tätig ge-

wesen sei, vertieften Einblick in den Kundenkreis und die Geschäftsgeheimnisse gehabt. Insbesondere habe es zu seinen Aufgaben gehört, das Betriebskonzept der (noch nicht auf den Markt getretenen) 'D.\_\_\_\_\_ AG' zu entwickeln. Da die Berufungsklägerin in einem äusserst kleinen Markt tätig sei, hätte die konkurrenzierende Verwendung von geheimen Betriebskonzepten der Berufungsklägerin oder ihrer Tochtergesellschaften ein hohes Schädigungspotential, weshalb sich im Vertrag mit dem Berufungsbeklagten ein nachvertragliches Konkurrenzverbot finde. Vor Beginn des Arbeitsverhältnisses habe der Berufungsbeklagte keinerlei Kenntnisse und Erfahrungen im Geschäftsbereich der Berufungsklägerin gehabt. Seit Kurzem seien verschiedene Handlungen des Berufungsbeklagten bekannt, aus welchen sich ergebe, dass der Berufungsbeklagte ein geheimes Betriebskonzept verwende, welches er zuvor entgeltlich für die Berufungsklägerin (weiter)entwickelt habe und welches kurz vor der Implementierung auf dem Markt stehe. Ebenso verwende er die einzig bei der Berufungsklägerin erworbenen Kenntnisse und Kontakte, um die Berufungsklägerin und insbesondere deren Tochtergesellschaft, die 'D.\_\_\_\_\_ AG', direkt zu konkurrenzieren. Der Berufungsbeklagte versuche mit Verwendung des fremden Arbeitsergebnisses der Berufungsklägerin die wenigen, handverlesenen potentiellen Kunden ihres speziell gelagerten Marktes abspenstig zu machen, wodurch ein erhebliches Schädigungspotential zu Lasten der Berufungsklägerin bestehe. Das gelte es zu unterbinden (act. 1).

2. Der Berufungsbeklagte stellte sich demgegenüber auf dem Standpunkt, das in seinem Arbeitsvertrag befindliche Konkurrenzverbot auferlege ihm keinerlei Unterlassungspflichten bezüglich Geschäftstätigkeit im Wettbewerb zu den Tochtergesellschaften (namentlich die 'C.\_\_\_\_\_ AG' und die 'D.\_\_\_\_\_ AG') der Berufungsklägerin. Das Betriebskonzept der 'D.\_\_\_\_\_ AG' sei zudem nicht einzigartig und revolutionär, sondern existiere schon seit mehreren Jahren; geheim sei an dieser Idee nichts. Eine solche Geschäftsidee stelle klarerweise kein verwert- und schützbare – und damit für das Konkurrenzverbot bedeutsames – Geschäftsgeheimnis dar, sondern werde schon seit Jahren im In- und Ausland zuhauf praktiziert. Sodann fehle es auch gänzlich an einem Einblick in den Kundenkreis der 'D.\_\_\_\_\_ AG', da diese zum Zeitpunkt, als der Berufungsbeklagte bei der Berufungsklägerin ausgeschieden sei, noch gar nicht über irgendwelche Kunden ver-

fügt habe. Ein allfälliges Konkurrenzverbot sei aufgrund der missbräuchlichen, auf jeden Fall aber ohne begründeten Anlass erfolgten Kündigung durch die Berufungsklägerin ohnehin dahingefallen. So sei die Kündigung in erster Linie erfolgt, weil der Berufungsbeklagte Bonuszahlungen für das erste Quartal 2017 – und damit berechnete Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis – eingefordert habe. So dann sei ihm durch den Verwaltungsratspräsidenten der Berufungsklägerin (F.\_\_\_\_\_, fortan Verwaltungsratspräsident) mitgeteilt worden, dass dieser wieder selber als CEO amten wolle. Nachdem der Berufungsbeklagte eine Aufhebungsvereinbarung nicht habe unterzeichnen wollen, sei ihm das Arbeitsverhältnis gekündigt worden. Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot sei daher nicht gültig und das Gesuch damit abzuweisen (act. 20).

#### IV.

1. Als Nebenabrede im Arbeitsvertrag können die Parteien vereinbaren, dass der Arbeitnehmer nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses für eine gewisse Zeit keine den bisherigen Arbeitgeber konkurrenzierende Tätigkeit ausüben darf um zu verhindern, dass Arbeitnehmer die beim Arbeitgeber erlangten Kenntnisse nach Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses im wirtschaftlichen Wettbewerb gegen den Arbeitgeber verwenden. Art. 340 ff. OR enthält Regelungen, um ein Übermass der Beschränkung des Arbeitnehmers zu verhindern. Hierzu gehören die einschränkenden Vorschriften über den zulässigen Gegenstand und die Voraussetzungen für die Konkurrenzabrede (act. 340 OR), sowie die Regeln über die Beschränkung des Umfangs (Art. 340a OR) und über den Wegfall des Konkurrenzverbots (Art. 340c OR; vgl. auch BK-REHBINDER/STÖCKLI, Bern 2014, N 1 zu Art. 340). Übertritt der Arbeitnehmer das Konkurrenzverbot, so hat er den dem Arbeitgeber erwachsenden Schaden zu ersetzen (Art. 340b Abs. 1 OR). Ist es besonders schriftlich vereinbart, so kann der Arbeitgeber neben einer allfälligen Konventionalstrafe und Ersatz weiteren Schadens die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangen, sofern die verletzten oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers und das Verhalten des Arbeitnehmers dies rechtfertigen (sog. Realerfüllung, Art. 340b Abs. 3 OR).

2. Schwierigkeit bei der Durchsetzung der Realerfüllung ergibt die meist lange Dauer eines Prozesses. So dürfte die Verbotsfrist bei Rechtskraft des Urteils in der Regel bereits abgelaufen sein. Daher steht der hier gewählte Weg der vorsorglichen Massnahme als Instrument zur raschen Durchsetzung im Vordergrund. Bei verlangter vorsorglicher Massnahme hat die gesuchstellende Partei zum einen den Anspruch auf Realvollstreckung, einschliesslich den Bestand und die Verletzung des Konkurrenzverbots (Hauptsachenprognose, Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO), sowie zum andern das Drohen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO) und das Bestehen von Dringlichkeit glaubhaft zu machen. Da die Realexekution des Konkurrenzverbotes ein besonders schwerer Eingriff in die Rechte des jeweiligen Gesuchgegners darstellt, werden erheblich höhere Anforderungen an die Begründetheit des Begehrens in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht gestellt. Diese erhöhten Anforderungen gelten auch in Bezug auf die Glaubhaftmachung im Sinne des verlangten Beweismasses. Die Klage muss aufgrund der glaubhaft gemachten Tatsachen relativ klar als begründet erscheinen (BGE 131 III 473 = Pra 2006 Nr. 32, E. 2.3. u. 3.2.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich 2012, N 9 zu Art. 340b). Ob der Bestand eines Konkurrenzverbotes glaubhaft gemacht wurde, hat das Gericht folglich im Rahmen der vorsorglich beantragten Realexekution in einem ersten Schritt zu prüfen, wie dies auch die Vorinstanz zutreffend festhielt (act. 30 S. 8 f. E. IV./2.2.).

3.1. Der Berufungsbeklagte machte geltend, das Konkurrenzverbot sei durch die Kündigung der Berufungsklägerin dahingefallen, da diese Kündigung ohne begründeten Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR erfolgt sei (act. 20 S. 6 ff. Rz. 12 ff.), wohingegen die Berufungsklägerin in ihrem Gesuch geltend machte, ein begründeter Anlass habe bestanden (act. 1 S. 14 ff. Rz. 37 ff.). Es ist daher im Rahmen der vorsorglich beantragten Realexekution vorab zu prüfen, ob der Bestand des Konkurrenzverbotes – insbesondere das Bestehen eines begründeten Anlasses für die Kündigung – von der Berufungsklägerin glaubhaft gemacht wurde, wie dies auch die Vorinstanz zutreffend festhielt (act. 30 S. 8 f. E. IV./2.2.).

3.2. Gestützt auf Art. 340c Abs. 2 OR fällt das Konkurrenzverbot dahin, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu einen begründeten Anlass gegeben hat. Als begründeter Anlass gilt dabei jedes der anderen Partei zuzurechnende Ereignis, das bei einer vernünftigen kaufmännischen Erwägung einen erheblichen Anlass zur Kündigung geben kann, wobei es sich nicht um eine Vertragsverletzung handeln muss (BGE 130 III 353, E. 2.2.1 m.w.H.). Zwischen dem begründeten Anlass und der Kündigung muss ein Kausalzusammenhang gegeben sein, der vom Arbeitgeber zu beweisen ist. Bei nahem zeitlichem Zusammenhang wird das Gericht die Kausalität sehr rasch annehmen (vgl. zum Ganzen: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 3 zu Art. 340c).

3.3. Die Vorinstanz konzentrierte sich auf die Frage nach dem Gelingen der Glaubhaftmachung eines begründeten Anlasses für die Kündigung durch die Berufungsklägerin als Arbeitgeberin, und verneinte dies. Entsprechend wies sie das Gesuch ab.

4. Gegen diese Einschätzung setzt sich die Berufungsklägerin zur Wehr und macht geltend, die Vorinstanz habe verschiedentlich den Sachverhalt falsch festgestellt und das Recht falsch angewendet (act. 31). Auf die Vorbringen zu den einzelnen Punkten ist nachfolgend einzugehen.

## V.

1.1. Die Berufungsklägerin rügt am Entscheid der Vorinstanz grundsätzlich:

- die Vorinstanz sei zu Unrecht teilweise davon ausgegangen, es fehle am Kausalzusammenhang zwischen der behaupteten Verfehlung des Berufungsbeklagten und der Kündigung durch die Berufungsklägerin (insb. act. 31 S. 15 ff. Rz. 58 ff.);
- die Vorinstanz habe zu Unrecht das mit Eingabe vom 31. Januar 2018 Vorgebrachte als nicht zu beachtendes Novum qualifiziert (insb. act. 31 S. 17 Rz. 64 ff.).

Auf diese Vorbringen ist vorab einzugehen.

1.2.1 Die Vorinstanz erwog, zwischen dem vom Arbeitnehmer zu verantwortenden Anlass und der Kündigung sei ein Kausalzusammenhang erforderlich, ansonsten das Konkurrenzverbot dahinfalle (unter Verweis auf: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 3 zu Art. 340c). Daraus schloss die Vorinstanz Folgendes: Erfahre der Arbeitgeber von Verfehlungen des Arbeitnehmers erst, nachdem er bereits die Kündigung ausgesprochen habe, so könnten diese nicht kausal für die Kündigung sein, unabhängig davon, ob sie als "begründeter Anlass" im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR zu gelten hätten. Da dem Berufungsbeklagten am 31. Mai 2017 gekündigt worden sei, könnten später bekannt gewordene Verfehlungen nicht ausschlaggebend sein und sei der Kausalzusammenhang zu verneinen (act. 30 S. 13 f. E. 3.3.1.). Bei der einzelnen Prüfung der geltend gemachten Verfehlungen verneinte die Vorinstanz in der Folge verschiedentlich die Kausalität zur Kündigung, da die angeblichen Verfehlungen erst nach der Kündigung bekannt geworden seien (so in act. 30 S. 15 E. 3.3.4. in fine, E. 3.3.5. in fine, S. 16 E. 3.3.6 in fine).

1.2.2 Diese Auffassung der Vorinstanz rügt die Berufungsklägerin. Sie macht geltend, auch erst nachträglich entdeckte Gründe, welche zum Zeitpunkt der Kündigung bereits vorgelegen hätten und einen begründeten Anlass darstellten, seien beachtlich. Namentlich sei es erlaubt, diese Kündigungsgründe "nachzuschieben" (act. 31 S. 11 Rz. 34, S. 12 Rz. 39, S. 13 Rz. 43, insb. S. 15 ff. Rz. 58 ff.).

1.2.3 Dem ist zuzustimmen. So wird es in Rechtsprechung und Literatur als zulässig angesehen, Kündigungsgründe nachzuschieben, welche zum Zeitpunkt der Kündigung zwar vorlagen, aber damals noch nicht bekannt waren (BGE 105 II 200, E. 3.a; BK-REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N 3 zu Art. 340c S. 475; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 3 zu Art. 340c i.V.m. N 17 zu Art. 335 u. N 19 zu Art. 337). Das Erfordernis der Kausalität, auf welches die Vorinstanz sich beruft, ist im Zusammenhang mit den Kündigungsgründen so zu verstehen, dass nicht ungebührlich viel Zeit zwischen dem Vorliegen des Kündigungsgrundes – mithin der Kenntnis desselben – und der tatsächlich ausgesprochenen Kündigung be-

stehen darf (vgl. auch Ziff. IV./3.2.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 3 zu Art. 340c).

1.2.4 Die Vorinstanz wendete daher das Recht falsch an, indem sie ausführte, die erst im Nachhinein entdeckten und geltend gemachten Umstände seien nicht beachtlich da nicht kausal. Anzumerken ist, dass sich am Ergebnis der Vorinstanz bei korrekter Rechtsanwendung aber nichts ändert. So führte sie die Begründung, die Kausalität sei nicht gegeben, jeweils im Sinne einer Nachbemerkung ins Feld, nachdem sie die Glaubhaftmachung der Umstände bereits aus anderen Gründen verneint hatte (vgl. act. 30 S. 15 E. 3.3.4., E. 3.3.5., S. 16 E. 3.3.6.).

1.3.1 Die Vorinstanz erwog sodann, die Berufungsklägerin habe es in ihrer Eingabe vom 31. Januar 2018 (act. 24) unterlassen, darzutun, inwiefern die darin enthaltenen neuen Tatsachenbehauptungen die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllten, weshalb diese nicht zu beachten seien (act. 30 S. 3 ff. Ziff. 1). Die Berufungsklägerin sieht in der Nichtberücksichtigung ihrer Stellungnahme vom 31. Januar 2018 durch die Vorinstanz eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs. So enthalte ihre Eingabe, mit welcher sie von ihrem Replikrecht Gebrauch gemacht habe, in erster Linie nötige substantiierte Bestreitungen zu den Ausführungen der Gegenpartei (act. 31 S. 17 Rz. 64 ff.).

1.3.2 Die Vorinstanz hat Recht, wenn sie ausführt, die Novenschranke im Anwendungsbereich des summarischen Verfahrens falle mit dem ersten Parteivortrag (act. 30 S. 3 f. E. II./1.). So sieht Art. 253 ZPO vor, dass im summarischen Verfahren von der Gegenpartei eine mündliche oder schriftliche Stellungnahme einzuholen ist. Ein weiterer Schriftenwechsel ist nicht vorgesehen. Die Parteien haben folglich ihre Vorbringen, d.h. Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, im Gesuch bzw. in der Stellungnahme zum Gesuch darzulegen (Urteil OGer ZH vom 15. Dezember 2017, LF170041, E. III./3. m.w.H.). Danach sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO zulässig (ZK ZPO-KLINGLER, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 33 zu Art. 252, m.w.H.), wobei zu beachten ist, dass die blossе Bestreitung eines gegnerischen Vorbringens kein Novum darstellt (Urteil OGer ZH vom 16. Dezember 2016, LF140087, E. 7). Unabhängig davon, ob ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet

wurde, besteht aber das sog. Replikrecht, welches beinhaltet, dass Eingaben aufgrund des Anspruchs der Parteien auf rechtliches Gehör (vgl. Art. 53 Abs. 1 ZPO) der jeweiligen Gegenpartei zur Kenntnisnahme zuzustellen sind und ihr die Möglichkeit zu gewähren ist, Stellung zu nehmen. Die Novenschranke kann aber auf jeden Fall mit auf das Replikrecht gestützten Ausführungen weder umgangen, noch verschoben werden (Urteil OGer ZH vom 17. August 2015, PF150029, E. 3.5).

1.3.3 Die Berufungsklägerin durfte damit zwar im Rahmen ihrer Stellungnahme uneingeschränkt in der Gesuchantwort des Berufungsbeklagten enthaltene neue Vorbringen bestreiten – was sie auch tat. Auf diese Bestreitungen musste die Vorinstanz in ihrer Begründung aber nicht zwingend Bezug nehmen. Eine Gehörsverletzung liegt nicht vor, da die Vorinstanz die Behauptungen des Berufungsbeklagten nicht als unbestritten behandelt hat. Das Einführen weiterer Tatsachen und Beweismittel, welche weder im Gesuch vom 25. Oktober 2017 noch in der Stellungnahme des Berufungsbeklagten vom 16. Januar 2018 erwähnt waren, richtet sich jedoch nach Art. 229 Abs. 1 ZPO (Urteil OGer ZH vom 15. Dezember 2017, LF170041, E. III./4.).

1.3.4 Relevant ist das Dargetane im Zusammenhang mit dem Vorwurf der Berufungsklägerin, der Berufungsbeklagte habe seine Schwägerin begünstigt (vgl. hierzu nachfolgend Ziff. V./2.2.). Diesbezüglich bestreitet die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 31. Januar 2018 die Darstellung des Berufungsbeklagten in der Gesuchantwort und stellte diese aus ihrer Sicht richtig. Zu diesem Zweck reichte sie neu zwei E-Mails als Beweise ein (act. 25/67 u. 25/68). Die Vorinstanz erwog diesbezüglich, die Berufungsklägerin habe unterlassen darzutun, weshalb diese Noven unter Anwendung von Art. 229 ZPO zu hören seien; die Berufungsklägerin macht in der Berufungsschrift wie gezeigt geltend, substantiierte Bestreitungen seien zuzulassen. Die Berufungsklägerin habe nicht mit der unzutreffenden Behauptung des Berufungsbeklagten rechnen müssen, welche der Berufungsbeklagte in seiner Stellungnahme vom 16. Januar 2018 vorgebracht habe. Diese habe sie richtigstellen dürfen, und damit sei auch begründet, weswegen diese

Ausführung nachgeschoben werden durfte (vgl. act. 31 S. 10 Rz. 30 u. S. 17 Rz. 64 ff.).

1.3.5 Ein Richtigstellen geht über ein blosses Bestreiten hinaus. Stellt man etwas richtig, so bedeutet dies, dass einem behaupteten Sachverhalt ein behaupteter anderer Sachverhalt gegenübergestellt wird. Insofern dieser "andere Sachverhalt" sich nicht bereits im Gesuch vom 25. Oktober 2017 findet, ist Art. 229 ZPO beachtlich. Dasselbe gilt für die eingereichten E-Mails. Wie die Vorinstanz treffend ausführte, legte die Berufungsklägerin in ihrer Eingabe vom 31. Januar 2018 nicht dar, weshalb sie mit neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln hätte zugelassen werden müssen. So führte sie nicht aus, inwiefern die von ihr vorgebrachten Behauptungen nicht bereits im Rahmen des Gesuchs um Erlass vorsorglicher Massnahme hätten vorgebracht werden können. Auch ihre Vorbringen in der Berufungsbegründung vermögen hieran nichts zu ändern. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass die beiden E-Mails (act. 25/67 und 25/68), welche die Begünstigung der Schwägerin belegen sollen, nicht schon mit dem Gesuch hätten eingereicht werden können.

1.3.6 Die Vorinstanz folgerte zutreffend, soweit die Eingabe vom 31. Januar 2018 neue Tatsachenbehauptungen enthalte und nicht dargetan sei, weshalb diese unter Anwendung von Art. 229 ZPO zulässig seien, seien diese nicht zu beachten (vgl. act. 30 S. 3 f. E. 1).

2. Auf die einzelnen Umstände, welche gemäss der Berufungsklägerin einen begründeten Anlass für die durch sie ausgesprochene Kündigung darstellten, ist sodann im Folgenden einzugehen:

2.1. Zur Begünstigung des Cousins G.\_\_\_\_\_:

2.1.1 Die Berufungsklägerin machte vor Vorinstanz geltend, mit dem Cousin des Berufungsbeklagten, G.\_\_\_\_\_, auf Vorschlag des Berufungsbeklagten am 23. November 2016 einen Arbeitsvertrag geschlossen zu haben, welchen der Cousin am 22. Februar 2017 angetreten habe. Der Cousin sei als "Transport Manager" eingesetzt worden. Dies, obwohl der Cousin am 28. Dezember 2016 eine

erhebliche Verkehrsregelverletzung begangen habe und in der Folge am 27. Februar 2017 durch das Strassenverkehrs- und Schifffahrtsamt Bern zur Stellungnahme aufgefordert worden sei. Davon habe der Berufungsbeklagte mutmasslich gewusst und er hätte die Berufungsklägerin darüber umgehend informieren müssen. Sodann habe der Cousin die 'H.\_\_\_\_\_ AG' – ein Rechtsberatungsunternehmen, welches im Zusammenhang mit Abklärungen zu den fremdenrechtlichen Voraussetzungen für seine Anstellung engagiert worden sei – mit weiteren rechtlichen Abklärungen in eigener Sache beauftragt, namentlich im Zusammenhang mit einem Untermietvertrag sowie auch im Zusammenhang mit seinem Ausweisentzug. Diese Kosten habe er durch die Berufungsklägerin bezahlt haben wollen. In der Folge habe man sich entschieden, dem Cousin noch während der Probezeit zu kündigen, was jeder vernünftige Arbeitgeber unter diesen Umständen so getan hätte. Dennoch habe der Berufungsbeklagte gezwungen werden müssen, die Kündigung zu unterschreiben, womit sich zeige, dass der Berufungsbeklagte sich einer vernünftigen Personalführung verschlossen habe, um seinen Cousin zu begünstigen (act. 1 S. 18 ff. Rz. 49 ff.).

Der Berufungsbeklagte führte aus, von der Verkehrsregelverletzung seines Cousins bis zum Vorliegen des Schreibens des Strassenverkehrsamtes genauso wenig Bescheid gewusst zu haben, wie die Berufungsklägerin. Sodann könne nicht die Rede davon sein, er – der Berufungsbeklagte – habe gezwungen werden müssen, bei der Kündigung mitzuwirken. Dass er zum Ausdruck gebracht habe, mit der Kündigung nicht einverstanden gewesen zu sein, gründe darin, dass er gehört habe, sein Cousin sei gemobbt worden, und er die Information erhalten habe, die mobbende Person solle weiterhin beschäftigt werden, während seinem Cousin gekündigt werde. Auch sei ihm nicht bekannt gewesen, dass sein Cousin die 'H.\_\_\_\_\_ AG' mit privaten Abklärungen beauftragt habe. Im Rahmen der Entlassung des Cousins habe der Berufungsbeklagte denn auch den Standpunkt vertreten, der Cousin habe die Kosten im Zusammenhang mit seinen privaten Abklärungen selbst zu tragen (act. 20 S. 8 f. Rz. 16 ff.).

2.1.2 Die Vorinstanz erwog in Bezug auf diese Vorbringen im Wesentlichen, die Verfehlungen seines Cousins könnten dem Berufungsbeklagten nicht ohne weite-

res zugerechnet werden. Auch die vorgelegten Urkunden erhärteten den Vorwurf, der Berufungsbeklagte habe von den Verfehlungen des Cousins gewusst und die Berufungsklägerin nicht informiert, nicht (act. 30 S. 14 E. 3.3.3.).

2.1.3 Die Berufungsklägerin rügt die Schlussfolgerung, der Berufungsbeklagte habe nichts von den Verfehlungen seines Cousins gewusst. Vielmehr habe dieser anerkannt, mindestens nach Vorliegen des Schreibens des Strassenverkehrsamtes vom 27. Februar 2017 Kenntnis von den drohenden Administrativ- und Strafverfahren gegen seinen Cousin gewusst zu haben. Er bestreite sodann nicht, die Berufungsklägerin darüber nicht informiert zu haben. Der Berufungsbeklagte habe auch anerkannt, vor der Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Cousins von dessen privatem Bezug von Beratungsleistungen über die 'H. \_\_\_\_\_ AG' gewusst zu haben (act. 31 S. 8 Rz. 21 ff.). Grundsätzlich habe die Vorinstanz verkannt, dass es bei diesem Vorwurf aber im Kern nicht darum gehe, die Verfehlungen des Cousins dem Berufungsbeklagten direkt zuzurechnen, sondern darum, dass der Berufungsbeklagte die Kündigung nur widerwillig umgesetzt habe. Dies, obwohl belegt sei, dass aufgrund der Verfehlungen des Cousins eine Kündigung auf der Hand gelegen habe. Der Berufungsbeklagte habe seinen Cousin schützen wollen, was per se ein untragbares Verhalten als CEO, welcher gleichzeitig die Personalverantwortung inne habe, sei (act. 31 S. 8 ff., insb. Rz. 25 u. 27).

2.1.4 Unzutreffend ist, dass der Berufungsbeklagte anerkannt habe, vom Schreiben des Strassenverkehrsamtes vor der Berufungsklägerin gewusst zu haben. Dies wird explizit bestritten (vgl. act. 20 S. 7 Rz. 16). Vielmehr anerkannte der Berufungsbeklagte, wie die Berufungsklägerin von dem Schreiben erfahren zu haben, als dies ihnen vorgelegen habe. Damit ist weder anerkannt, der Berufungsbeklagte habe früher als die Berufungsklägerin von den Verfehlungen seines Cousins gewusst und selbige nicht informiert, noch gelingt es der Berufungsklägerin – wie die Vorinstanz zutreffend festhielt –, dies glaubhaft zu machen. So tut sie nicht dar, auf was sie diese von ihr angestellten Mutmassungen stützt. Das verwandtschaftliche Verhältnis stellt keine genügende Grundlage dafür dar.

Ebenfalls trifft es nicht zu, der Berufungsbeklagte habe anerkannt, von der privaten Inanspruchnahme des Beratungsdienstes durch den Cousin gewusst zu

haben. Dies bestreitet der Berufungsbeklagte ebenfalls explizit (vgl. act. 20 S. 8 Rz. 17). Aus dem Umstand, dass der Berufungsbeklagte dargetan hat, im Rahmen der Kündigung des Cousins nach einer Lösung für die Kostentragung gesucht zu haben, kann nichts anderes abgeleitet werden. So wurde mit Rechnungen vom 7. April 2017 (act. 3/28) und vom 19. April 2017 (act. 3/29) bekannt, dass der Cousin private Abklärungen hatte vornehmen lassen. Ab da war dies somit der Berufungsklägerin bekannt und der Berufungsbeklagte als CEO wird ab diesem Zeitpunkt ebenfalls im Bilde gewesen sein. Dies war in der Tat noch vor der Kündigung vom 10. Mai 2017 (act. 3/22). Dadurch ist aber nicht glaubhaft dargetan, dass der Berufungsbeklagte sogar noch früher von diesen Abklärungen wusste und dies nicht meldete.

2.1.5 Zuzustimmen ist der Berufungsklägerin darin, dass die Vorinstanz auf den Aspekt nicht eingegangen ist, der Berufungsbeklagte habe "gezwungen" werden müssen, die Kündigung zu unterschreiben, resp. er habe sich der Kündigung "widersetzt". In der Rechtsschrift vor Vorinstanz wurde dieser Aspekt aber noch nicht derart in den Vordergrund gestellt, wie dies nun der Fall ist (vgl. act. 1 S. 19 Rz. 54 u. S. 22 Rz. 61 in fine). Der Vorinstanz kann daher nicht zum Vorwurf gemacht werden, sie habe das Kernproblem – wie dieses nun bezeichnet wird – nicht erkannt. Es wäre dennoch angezeigt gewesen, diesen Punkt zu behandeln.

Dass der Berufungsbeklagte mit der Kündigung nicht glücklich war, ergibt sich aus einer E-Mail vom 7. Mai 2017. Dort schreibt er wörtlich: "You decided to let G.\_\_\_\_\_ go and put I.\_\_\_\_\_ back. I am not happy about it, but will execute coming week." (act. 3/23). Weitere Handlungen, welche sich als "Widersetzen" deuten liessen, werden nicht behauptet, und es wird nicht dargelegt, inwiefern der Berufungsbeklagte die Kündigung in der Folge nur "widerwillig" umgesetzt hätte (act. 1 S. 19 Rz. 54; act. 31 S. 9 Rz. 25). Einzig aus dem Umstand, dass der Berufungsbeklagte sein Bedauern über die Situation zum Ausdruck brachte, kann nicht gefolgert werden, er habe sich widersetzt. Offenbar hat der Berufungsbeklagte in der Folge wie gewünscht bei der Kündigung, welche am 10. Mai 2017 umgesetzt wurde, mitgewirkt (act. 3/22).

Die Erklärung des Berufungsbeklagten, das zum Ausdruck gebrachte Bedauern über die Kündigung gründe auf der ihm zugegangenen Information, der Cousin werde gemobbt und die mobbende Person werde weiterhin beschäftigt (act. 20 S. 8 Rz. 16), erscheint nachvollziehbar. Ob es sich dabei aber – wie von der Berufungsklägerin behauptet – um eine bloße Schutzbehauptung des Berufungsbeklagten handelt, kann ohnehin offen bleiben (so in act. 31 S. 9 Rz. 24 f.). So oder anders ginge es zu weit, alleine gestützt auf dieses zum Ausdruck gebrachte Bedauern anzunehmen, der Berufungsbeklagte habe sich der Kündigung widersetzt, und darin ein untragbares Verhalten für einen CEO zu sehen, der gleichzeitig die Personalverantwortung inne hat.

2.1.6 Es gelingt der Berufungsklägerin nicht, glaubhaft zu machen, der Berufungsbeklagte habe sich der Kündigung seines Cousins widersetzt und damit ein untragbares Verhalten für einen für das Personal verantwortlichen CEO an den Tag gelegt. Der Vorinstanz ist daher in diesem Punkt im Ergebnis zuzustimmen.

2.2. Zur Begünstigung der Schwägerin:

2.2.1 Die Berufungsklägerin machte im vorinstanzlichen Verfahren sodann geltend, der Berufungsbeklagte habe seiner Schwägerin im März 2017 eine Arbeitsstelle beim Reinigungspersonal der Berufungsklägerin verschafft, obwohl bereits vor, spätestens aber mit Einstellung der Schwägerin ein Überbestand beim Personal bestanden habe. Dies habe der Berufungsbeklagte als Personalverantwortlicher gewusst, resp. zumindest wissen müssen. Wegen dem Personalüberbestand sei der Schwägerin am 29. August 2017 wieder gekündigt worden. (act. 1 S. 22 Rz. 62 ff.).

Dagegen wendete der Berufungsbeklagte ein, er habe seiner Schwägerin den Job nicht verschafft. Vielmehr habe er auf sie hingewiesen, als die Leiterin des Bereichs "Hospitality" bei ihm Personalbedarf angemeldet habe. Danach habe seine Schwägerin ein normales Bewerbungsverfahren durchlaufen. Weiter sei ihm nicht bekannt, ob die Kündigung tatsächlich infolge Personalüberbestands erfolgt sei. Bei der Berufungsklägerin habe aber ohnehin eine "hire & fire" Mentalität geherrscht (act. 20 S. 9 Rz. 19 f.).

2.2.2 Die Vorinstanz erwog, es sei der Berufungsklägerin weder gelungen, glaubhaft zu machen, der Berufungsbeklagte habe seiner Schwägerin trotz Personalüberbestand zu einer Stelle verholfen, noch gelinge ihr der Nachweis, dass ein solcher Personalüberbestand geherrscht habe (act. 30 S. 14 f. E. 3.3.4.).

2.2.3 Zum einen bemängelte die Berufungsklägerin, die Vorinstanz habe zur Frage, ob der Berufungsbeklagte seiner Schwägerin die Stelle verschafft habe, die Eingabe der Berufungsklägerin vom 31. Januar 2018 zu Unrecht nicht beachtet und damit ihr rechtliches Gehör verletzt. Zum andern habe die Vorinstanz den dokumentarischen Nachweis, es sei zwei Personen infolge Personalüberbestandes im August 2017 gekündigt worden, nicht beachtet (act. 31 S. 10 Rz. 29).

2.2.4 Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass es der Berufungsklägerin nicht gelingt, den angeblichen Personalüberbestand glaubhaft zu machen. Ihre diesbezüglichen Behauptungen stützt sie lediglich mit zwei Kündigungen, welche sie zum einen am 29. August 2017 gegenüber der Schwägerin des Berufungsbeklagten, J.\_\_\_\_\_, und zum anderen am 31. August 2017 gegenüber K.\_\_\_\_\_ ausgesprochen hatte. In den Kündigungen findet sich keine Begründung, weshalb diese erfolgt sind. Insbesondere nicht, dass diese die Folge eines Personalüberbestands wären (vgl. act. 3/33 u. 3/34). Auch unterlässt es die Berufungsklägerin, weitere substantiierte Behauptungen zum Überbestand zu machen. Insbesondere wäre es angezeigt, aufzuzeigen, wie viel Personal nötig und wie viel tatsächlich angestellt war; dies insbesondere für die Zeit, in welcher der Berufungsbeklagte für das Personal verantwortlich war. Ihre diesbezüglichen Ausführungen sind ungenügend substantiiert.

2.2.5 Auch der Vorwurf, der Berufungsbeklagte habe seiner Schwägerin die Stelle "verschafft", bleibt unsubstantiiert. Wie genau dieses "Verschaffen" ausgesehen haben soll, wird nicht weiter dargetan. Wie gezeigt, sind in diesem Zusammenhang die verspäteten Ausführungen in der Eingabe vom 31. Januar 2018 (act. 24) sowie die damit eingereichten E-Mails vom 21. März 2017 (act. 24 S. 10 Rz. 40 f; act. 26/67–68) nicht beachtlich (vgl. Ziff. V./1.3.1 ff.).

Selbst wenn aber ein solches "Verschaffen" der Stelle als glaubhaft gemacht angesehen würde, begründet sich der darin inhärente Vorwurf primär im behaupteten Überbestand des Personals; namentlich habe der Berufungsbeklagte seiner Schwägerin *trotz* Personalüberbestand eine Stelle verschafft (vgl. act. 1 S. 22 Rz. 64). Kann ein solcher Personalüberbestand seinerseits nicht glaubhaft gemacht werden, so wäre im Verschaffen einer Arbeitsstelle an eine Verwandte nichts offenkundig Verwerfliches zu erkennen. Dies macht die Berufungsklägerin auch nicht geltend.

2.2.6 Der Vorinstanz ist damit im Ergebnis zuzustimmen. Der Berufungsklägerin gelingt es nicht, glaubhaft zu machen, dass der Berufungsbeklagte seiner Schwägerin *trotz* Personalüberbestand – und im Wissen um diesen – eine Arbeitsstelle verschafft und diese damit in Verletzung seiner Pflichten gegenüber der Berufungsklägerin begünstigt hat.

2.3. Zur schlechten Geschäftsführung im Zusammenhang mit dem Corporate Design:

2.3.1 Die Berufungsklägerin führte aus, der Berufungsbeklagte habe sich zum Zweck der Weiterentwicklung der Corporate Identity mit der 'L. \_\_\_\_\_ AG' in Verbindung gesetzt, um ein Konzept auszuarbeiten. Der Verwaltungsratspräsident habe den Preis der Offerte in der Folge als deutlich zu hoch moniert und den Berufungsbeklagten angehalten, diesen neu zu verhandeln, worauf der Berufungsbeklagte im Nachhinein auf ihn zugekommen sei und gemeint habe, den Preis um 10–15% drücken zu können, sofern die Zahlungsabwicklung via Dubai erfolge. Dem habe sich der Verwaltungsratspräsident widersetzt. Dennoch habe der Berufungsbeklagte die 'L. \_\_\_\_\_ AG' beauftragt und die Berufungsklägerin habe die Leistungen der 'L. \_\_\_\_\_ AG' in der Folge bezahlen müssen. Die Leistungen der 'L. \_\_\_\_\_ AG' seien massiv überteuert gewesen. Der Berufungsbeklagte habe es aber unterlassen, weitere Offerten einzuholen. Sodann habe es mindestens geschlagene drei Monate gedauert, bis der Berufungsbeklagte zu einem Vertragsabschluss gekommen sei. Damit habe der Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin durch eine klar ungenügende Aufgabenerfüllung als CEO geschädigt (act. 1 S. 22 ff. Rz. 71 ff.).

Der Berufungsbeklagte machte hierauf geltend, er habe drei Offerten einholen lassen und sei während des gesamten Verfahrens mit dem Verwaltungsratspräsidenten in Kontakt gewesen. Dieser sei mit dem Beizug der 'L. \_\_\_\_\_ AG' einverstanden gewesen. Die 'L. \_\_\_\_\_ AG' habe ihre Leistungen in der Folge erbracht und diese seien offenkundig durch die Berufungsklägerin beglichen worden. Hätte der Berufungsbeklagte tatsächlich Pflichten verletzt, so hätte sich die Berufungsklägerin gegenüber der 'L. \_\_\_\_\_ AG' auf die fehlende Vertretungsbefugnis des Berufungsbeklagten berufen und gegenüber diesem einen Vorwurf erheben können, was sie nicht getan habe (act. 20 S. 9 f. Rz. 21).

2.3.2 Die Vorinstanz erwog, es lasse sich aus der Korrespondenz zwischen dem Verwaltungsratspräsidenten und dem Berufungsbeklagten nicht erkennen, dass dieser sich gegen ein Engagement der 'L. \_\_\_\_\_ AG' ausgesprochen hätte – das Gegenteil sei der Fall: Er sei vom Berufungsbeklagten über die Verhandlungen mit der 'L. \_\_\_\_\_ AG' informiert worden und habe es in der Folge unterlassen, sich dazu zu äussern oder weitere Verhandlungen zu untersagen. Wäre er tatsächlich nicht einverstanden gewesen, so hätte er dies kundgetan (act. 30 S. 15 E. 3.3.5.).

2.3.3 Die Berufungsklägerin rügt, die Vorinstanz habe sich nicht auseinandergesetzt, dass in einem wichtigen Aufgabenbereich des Berufungsbeklagten sich der Vertragsabschluss über drei Monate hingezogen habe, der Berufungsbeklagte offenbar keine Alternativofferten eingeholt und einen überbezahlten Auftrag erteilt habe. Bei der Behauptung des Berufungsbeklagten, er habe weitere Offerten eingeholt, handle es sich um eine Schutzbehauptung. Er sei nicht in der Lage, diese Offerten zu bezeichnen. Auch damit habe die Vorinstanz sich nicht auseinandergesetzt (act. 31 S. 32 Rz. 35 ff.).

2.3.4 Den Ausführungen der Vorinstanz ist grundsätzlich zu folgen. So trifft es zu, dass sich aus der Korrespondenz des Berufungsbeklagten mit dem Verwaltungsratspräsidenten nirgends ergibt, Letzterer sei mit dem Vorgehen nicht einverstanden gewesen, nachdem er über die Verhandlungen mit der 'L. \_\_\_\_\_ AG' informiert worden war (vgl. act. 3/35). Es fehlt an Belegen für die Behauptungen, der Preis oder die Dauer der Vertragsverhandlungen seien moniert worden und der Verwaltungsratspräsident habe sich in irgendeiner Form widersetzt. Daran ändert

auch die Behauptung der Berufungsklägerin, der Berufungsbeklagte hätte unsubstantiiert dargetan, weitere Offerten eingeholt zu haben, nichts. So ist ohnehin nicht ersichtlich, weshalb er dies zwingend hätte tun müssen, war doch auch der Verwaltungsratspräsident gemäss den Darstellungen der Berufungsklägerin über die Kosten im Bild. Wenn die Kosten tatsächlich derart massiv zu hoch gewesen wären, so wäre bereits zu diesem Zeitpunkt zu erwarten gewesen, dass der Verwaltungsratspräsident von sich aus darauf aufmerksam gemacht hätte, es seien weitere Offerten einzuholen. Dies wird nicht behauptet, insbesondere nicht, der Verwaltungsratspräsident habe sich nach dem in Aussicht gestellten Preisnachlass von 10–15% nochmals zur Höhe vernehmen lassen, als er erfuhr, dass sich der Berufungsbeklagte im April 2017 noch immer in Verhandlungen mit der 'L.\_\_\_\_\_ AG' befand (act. 1 S. 22 f. Rz. 66 m.H. auf act. 3/35). Das lässt den Eindruck entstehen, die Kosten erschienen der Berufungsklägerin damals nicht so viel zu hoch, wie sie heute glauben machen will.

2.3.5 Es gelingt der Berufungsklägerin nicht, glaubhaft darzutun, dass sie mit dem Vorgehen des Berufungsbeklagten nicht einverstanden gewesen sei, resp. dass diesem im Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen und dem Vertragsabschluss etwas vorzuwerfen wäre. Offenbar war die Berufungsklägerin über sein Handeln informiert und hat es unterlassen, dieses ihm gegenüber in irgendeiner Form zu rügen. Der Vorinstanz ist zu folgen.

2.4. Zur schlechten Geschäftsführung im Zusammenhang mit der Homepage:

2.4.1 Die Berufungsklägerin machte vor Vorinstanz geltend, der Berufungsbeklagte habe im Zusammenhang mit seiner Kompetenz, den Web-Auftritt der Berufungsklägerin und der 'C.\_\_\_\_\_ AG' zu organisieren, vergessen, die 'W.\_\_\_\_\_ AG' – welche den "Google Ad-Words" Account der Berufungsklägerin zu managen gehabt habe – über die Aufschaltung der neuen Homepage zu informieren. Daher seien die Massnahmen der 'W.\_\_\_\_\_ AG' vorübergehend ins Leere und die Anfragen via Homepage in der Kalenderwoche 21 massiv in den Keller gegangen (act. 1 S. 24 f. Rz. 71 ff.).

Der Berufungsbeklagte führte aus, ihm erscheine schleierhaft, was die Berufungsklägerin aus den eingereichten Statistiken ableite und welchen Vorwurf sie ihm gegenüber zu konstruieren versuche. So gehe aus den Statistiken nicht hervor, dass die Massnahmen der Werbeagentur aufgrund eines Fehlers des Berufungsbeklagten ins Leere gelaufen seien. Es sei ihm zuvor auch nie ein Vorwurf in diesem Zusammenhang gemacht worden und es sei ihm kein Fehler in diesem Zusammenhang bekannt. Im Übrigen habe es eine Marketingleiterin gegeben, welche die täglichen Aufgaben in diesem Bereich auszuführen gehabt habe; er sei nicht für jede Aufgabe verantwortlich gewesen (act. 20 S. 10 Rz. 23).

2.4.2 Die Vorinstanz erwog, es sei keine Fehlinstruktion der 'W. \_\_\_\_\_ AG' beziehungsweise keine Vertragspflichtverletzung des Berufungsbeklagten glaubhaft gemacht. Insbesondere sei nicht ersichtlich, inwieweit die Kurvenentwicklungen der eingereichten Statistiken auf Handlungen des Berufungsbeklagten zurückzuführen seien (act. 30 S. 16 E. 3.3.6.).

2.4.3 Die Berufungsklägerin rügt, sie habe ihrerseits ganz konkret ausgeführt, der Berufungsbeklagte habe es pflichtwidrig unterlassen, die 'W. \_\_\_\_\_ AG' über die Aufschaltung der neuen Homepage zu informieren. Dabei handle es sich um ein "Negativum". Es sei am Berufungsbeklagten zu behaupten, die entsprechende Meldung vorgenommen zu haben. Insoweit sei dieser Punkt unbestritten geblieben, womit die Vorinstanz den Sachverhalt unzutreffend erstellt habe (act. 31 S. 12 f. Rz. 40 ff.).

2.4.4 Der Vorinstanz ist zu folgen, dass nicht ersichtlich – und im Übrigen auch nicht genügend substantiiert dargetan – ist, inwiefern das Handeln oder Nichthandeln des Berufungsbeklagten im Zusammenhang mit der eingereichten Statistik steht. So ist zwar aus den Statistiken tatsächlich ein Rückgang ab der Woche 21 erkennbar; bei act. 40 betrifft dieser den blauen Kurvenverlauf ("paid"), während der grüne Verlauf gar zunimmt ("organic"), bei act. 41 fallen beide Kurven ab. Man erkennt anhand der eingereichten Statistiken aber nicht (und von der Berufungsklägerin ist auch nirgends dargetan), wann genau die Aufschaltung der neuen Homepage erfolgt wäre. Es kann daher aufgrund der vorhandenen Informationen nicht beurteilt werden, inwiefern der Abfall im Zusammenhang mit der Aufschal-

tung der neuen Homepage, resp. der angeblich nicht erfolgten Meldung des Berufungsbeklagten, steht.

2.4.5 Ebenso ist der Schluss, der Berufungsbeklagte habe anerkannt, die erforderliche Meldung nicht vorgenommen zu haben, nicht zutreffend. Die Berufungsklägerin sieht in der unterlassenen Meldung ein fehlerhaftes Verhalten des Berufungsbeklagten. Dieser wiederum erklärte, ihm sei kein Fehler seinerseits bekannt; für die alltäglichen Aufgaben im hier fraglichen Bereich sei eine Marketingleiterin verantwortlich gewesen (act. 20 S. 10 Rz. 23). Dies bestreitet die Berufungsbeklagte zwar mit Eingabe vom 31. Januar 2018 (act. 24 S. 11 Rz. 45). In ihrem Gesuch tat sie aber nicht substantiiert dar, die Meldung über die Aufschaltung der neuen Homepage an die 'W. \_\_\_\_\_ AG' sei konkret die Aufgabe des Berufungsbeklagten gewesen.

2.4.6 Es gelingt ihr daher weder, eine Pflichtverletzung des Berufungsbeklagten, noch den Kausalzusammenhang zwischen einem angeblichen Nichthandeln des Berufungsbeklagten und dem Abfall in der Statistik glaubhaft zu machen.

2.5. Zur Vernachlässigung der 'C. \_\_\_\_\_ AG':

2.5.1 Die Berufungsklägerin machte geltend, der Berufungsbeklagte habe entgegen seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtung die 'C. \_\_\_\_\_ AG' vernachlässigt. Die Berufungsbeklagte zählte dazu verschiedene E-Mail-Korrespondenzen auf, aus welchen sich eine angespannte Atmosphäre bei der 'C. \_\_\_\_\_ AG' ergebe sowie ein ungenügendes Inkassomanagement und eine ungenügende Kommunikation zwischen der 'C. \_\_\_\_\_ AG' und dem Berufungsbeklagten. Ebenso habe der Berufungsbeklagte die Personalführung nicht im Griff gehabt. Er sei offenbar mit der Geschäftsführung bei der 'C. \_\_\_\_\_ AG' überfordert gewesen, resp. habe er sich nicht mit der nötigen Sorgfalt darum gekümmert (act. 1 S. 26 f. Rz. 76 ff.).

Darauf wendete der Berufungsbeklagte ein, seit der Übernahme der 'C. \_\_\_\_\_ AG' unter der Führung des Verwaltungsratspräsidenten hätte die 'C. \_\_\_\_\_ AG' nur Verluste geschrieben und bis Anfang 2017 habe sämtliches bisheriges Personal die 'C. \_\_\_\_\_ AG' verlassen. Der Berufungsbeklagte habe damit

bei Übernahme der 'C.\_\_\_\_\_ AG' ein völlig neues Team aufbauen müssen. Er habe sich stark für die 'C.\_\_\_\_\_ AG' engagiert und sei ständig im Austausch mit dem Verwaltungsratspräsidenten der Berufungsklägerin gestanden, welcher aus der Ferne Vorgaben gemacht habe. Eine Vernachlässigung könne dem Berufungsbeklagten nicht angelastet werden und werde bestritten (act. 20 S. 10 f. Rz. 24).

2.5.2 Die Vorinstanz erwog, es sei der Berufungsklägerin in keiner Weise gelungen, die Vernachlässigung der 'C.\_\_\_\_\_ AG' durch den Berufungsbeklagten glaubhaft zu machen. Aus den ins Recht gereichten E-Mails liessen sich zwar Schwierigkeiten bei der 'C.\_\_\_\_\_ AG' erkennen. Es sei aber nicht erkennbar, inwiefern diese durch mangelnde Führung des Berufungsbeklagten entstanden sein sollten. In den E-Mails sei auch nicht der Vorwurf, der Berufungsbeklagte sei für die schwierige Situation verantwortlich, erkennbar (act. 30 S. 16 E. 3.3.7.).

2.5.3 Dagegen wendet die Berufungsklägerin ein, die Vorinstanz missachte im Rahmen ihrer Erwägungen, dass der Berufungsbeklagte CEO der 'C.\_\_\_\_\_ AG' und damit für deren Personal- wie auch Finanzführung zuständig gewesen sei. Wenn in einem Unternehmen derartige Missstände herrschten, so sei dies offenkundig die Verantwortlichkeit des CEO. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt geradezu offenkundig unzutreffend erstellt.

2.5.4 Wie die Vorinstanz bereits zutreffend festhielt, ergibt sich aus den eingereichten E-Mails tatsächlich, dass die Situation bei der 'C.\_\_\_\_\_ AG' gewisse Probleme bereitete. Allerdings ist nirgends ersichtlich, dass diese schlechte Situation Folge der Tätigkeit des Berufungsbeklagten war (vgl. die eingereichten E-Mails, act. 3/42–45; act. 3/35). Der Berufungsklägerin gelingt es damit nicht, glaubhaft zu machen, dass dieser die Situation bei der 'C.\_\_\_\_\_ AG' durch seine ungenügende Führung verursacht hat. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Berufungsklägerin ihre an den Berufungsbeklagten adressierte Kritik, die 'C.\_\_\_\_\_ AG' vernachlässigt zu haben, auch nicht weiter substantiiert begründet. Sie ist offenbar nicht in der Lage, konkrete Verfehlungen zu nennen, welche die Situation hervorgerufen oder verschlimmert hätten. Auch aus den eingereichten E-Mails ergibt sich nirgends, dass der Berufungsbeklagte auf Verfehlungen seinerseits hinge-

wiesen worden wäre. Die Argumentation, ein CEO sei per se für die (schlechte) Situation in einem Unternehmen verantwortlich (so in act. 31 S. 13 Rz. 46), verfährt nicht. So wurde beispielsweise auch nicht geltend gemacht, die 'C.\_\_\_\_\_ AG' habe vor der Zeit der Führung durch den Berufungsbeklagten mehr oder minder problemlos gewirtschaftet. Indessen wies der Berufungsbeklagte seinerseits bereits darauf hin, die C.\_\_\_\_\_ AG habe vor seiner Übernahme Verluste geschrieben (act. 20 S. 10 Rz. 24), was die Berufungsklägerin nicht bestritt (act. 24 S. 11 Rz. 46) und was auf bereits vorbestehende Probleme – welcher Art auch immer – hindeutet. Entsprechend kann die Schuld für das Fortbestehen der Situation nicht beim (neu) amtierenden CEO verortet werden. Insbesondere nicht, ohne dass weiter substantiiert wird, welche Handlungen oder Unterlassungen ihm vorzuwerfen sind.

2.5.5 Der Vorinstanz ist auch hier zu folgen, dass es der Berufungsklägerin nicht gelingt, eine Verfehlung des Berufungsbeklagten glaubhaft zu machen.

3. Insgesamt gelingt es der Berufungsklägerin damit nicht, glaubhaft zu machen, der Berufungsbeklagte habe durch sein Verhalten begründeten Anlass zur Kündigung geboten. Folglich gelingt es ihr nicht, das Bestehen des Konkurrenzverbotes glaubhaft zu machen. Der Vorinstanz ist daher zu folgen, dass unter diesen Umständen das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen abzuweisen ist. Der vorinstanzliche Entscheid ist zu bestätigen. Die Berufung ist abzuweisen.

## VI.

1. Ausgangsgemäss wird die Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist unter Berücksichtigung des Streitwerts von Fr. 391'432.55 in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 lit. a, c und d, § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 13'900.– festzulegen. Die Entscheidgebühr ist der Berufungsklägerin aufzuerlegen und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

2. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen: Der Berufungsklägerin nicht, weil sie unterliegt, dem Berufungsbeklagten nicht, weil ihm im Berufungsverfahren keine relevanten Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären (Art. 106 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 3 ZPO).

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Bezirksgerichtes Meilen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 14. Februar 2018 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 13'900.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 31, sowie an das Bezirksgericht Meilen (Einzelgericht im summarischen Verfahren) und an die Obergerichtskasse, 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 sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 391'432.55.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am:  
20. April 2018