

ZH_OBERGERICHT LA200023 vom 4. Dezember 2020

ZH Obergericht, 2020-12-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA200023

FR: ZH_OBERGERICHT LA200023 du 4 décembre 2020

IT: ZH_OBERGERICHT LA200023 del 4 dicembre 2020

Erwägungen

E. 1

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich und bezweckt den Erwerb, das Halten, die Verwaltung und Finanzierung von Beteiligungen sowie die Erbringung von Managementdienstleistungen für Gruppengesellschaften (Urk. 5/3). Sie ist Teil der A1.____-Gruppe, welche in mehreren europäischen Ländern ...-Kliniken betreibt. In der Schweiz bestehen an 13 Standorten insgesamt 20 Kliniken (Urk. 11 Rz 5, Urk. 17 S. 2).

E. 1.1

Die Berufung wurde formgerecht und (unter Berücksichtigung der Verordnung über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren zur Aufrechterhaltung der Justiz im Zusammenhang mit dem Coronavirus [COVID 19; SR 173.110.4]; Stillstand der Fristen vom 21. März 2020 bis 19. April 2020) rechtzeitig erhoben. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid (Urteil). Da die Streitwertgrenze erreicht wird, ist auf die Berufung – unter Vorbehalt hinreichender Begründung – einzutreten (Art. 308 und Art. 311 ZPO). Nicht angefochten wurde der Beschluss der Vorinstanz vom 12. März 2020, womit auf das klägerische Rechtsbegehren Ziffer 2 (Feststellungsbegehren) nicht eingetreten wurde (Urk. 26 S. 25).

E. 1.2

Die Berufung hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Dispositiv-Ziffer 2 blieb seitens des Klägers unangefochten. Demgemäss ist vorzumerken, dass das vorinstanzliche Urteil insoweit mit Ablauf der Anschlussberufungsfrist in Rechtskraft erwachsen ist, als die Klage (Rechtsbegehren Ziffern 1 und 3) im Fr. 38'317.30 netto (Fr. 31'208.35 + Fr. 7'108.95) sowie Fr. 16'666.70 brutto = netto (je nebst 5% Zins seit 26. November 2018) übersteigenden Umfang abgewiesen wurde.

E. 1.3

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 anfechtet, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht. Es genügt nicht, lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen zu verweisen, auf frühere Prozesshandlungen 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 Tat-

- 12 - sachen 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).

E. 1.4

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 vorgetragenen 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 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/Dorrmann, Art. 106 N 11 f.).

- 13 -

E. 1.5

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.

E. 2

Mit Arbeitsvertrag vom 10. November 2017 wurde der Kläger mit Wirkung ab 1. Juli 2017 als CEO der A1.____-Gruppe angestellt (Urk. 5/2). Zuvor war der Kläger als Chief

Investment Officer und Head of New Investments der C._____ Holding AG, zu der die A1._____-Gruppe gehört, tätig (Urk. 11 Rz 7, Rz 29; Urk. 17 S. 2 f.).

E. 2.1

Die Beklagte rügt, die Vorinstanz verkenne über weite Strecken, dass der Kläger nach seinem (an der Hauptverhandlung gehaltenen) Tatsachenvortrag keine neuen Tatsachen habe vorbringen dürfen, da der Aktenschluss vor der Replik eingetreten sei. Die Parteien hätten an der Hauptverhandlung zunächst einen Tatsachenvortrag gehalten. Nach dem Tatsachenvortrag hätten die Parteien je eine mündliche Replik und Duplik erstattet. Der Tatsachenvortrag des Klägers habe sich auf die unsubstantiierte Behauptung beschränkt, er habe bis zum 23. November 2018 und auch danach nichts gemacht. Somit habe er es unterlassen, die beklagischen Tatsachenbehauptungen zu bestreiten. Der Kläger habe zwar versucht, bei Gelegenheit seines Tatsachenvortrags auf seine Replik zu verweisen. Dies sei indessen nicht zulässig. Im Tatsachenvortrag müsse sich eine Partei auf die neuen Behauptungen und Beweismittel beschränken und die Behauptungen der Gegenpartei bestreiten. Was darüber hinausgehe, müsse mit der Replik vorgebracht werden. Der Kläger sei an der Hauptverhandlung von der Vorinstanz und von der Beklagten auf diese Anforderungen aufmerksam gemacht worden. Das Bundesgericht verlange, dass der Kläger die beklagischen Tatsachenbehauptungen im Rahmen seines Tatsachenvortrags zu Beginn der Hauptverhandlung bestreite. Soweit die Vorinstanz Tatsachenbehauptungen des Klägers berücksichtige, welche dieser nach seinem Tatsachenvortrag aufgestellt habe, verletze sie Art. 229 Abs. 1 und 2 ZPO. Der unbestrittene Sachverhalt sei da-

- 14 - her wesentlich umfangreicher, als die Vorinstanz annehme (Urk. 25 Rz 10 ff. mit Verweis auf BGE 144 III 67 E. 2.1).

E. 2.2

Die Parteien wurden am 15. Juli 2019 zur Hauptverhandlung vor Kollegialgericht (mündliche Replik/Duplik) und zur Vergleichsverhandlung vorgeladen (Urk. 15). Bereits daraus wird ersichtlich, dass die Vorinstanz den Begriff "Replik" nicht im Sinne von Art. 228 Abs. 2 ZPO als zweiter Parteivortrag an der Hauptverhandlung sondern als zweiter Sachvortrag des Klägers nach der Klageantwort (mit dem Recht, unbeschränkt Tatsachen und Beweismittel vorzutragen) verstand (vgl. Leuenberger, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., 2016, Art. 228 N 8: "haben die Parteien zu Beginn der Hauptverhandlung das Recht, zu replizieren und zu duplizieren"; OFK-Engler, Art. 228 N 3a). Aus dem Protokoll ergibt sich folgender Ablauf der Hauptverhandlung (Prot. I S. 5 ff.): "Es haben ausgeführt: ... (Der Vorsitzende macht Ausführungen zum Ablauf der heutigen Verhandlung.) (RA X._____ beantragt, dass im Sinne der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zunächst die Tatsachenvorträge gehalten würden. Das Bundesgericht verlange, dass zu Beginn der Hauptverhandlung, also vor Replik und Duplik, die neuen Tatsachen und Beweismittel vorzutragen seien.) (RA Y._____ erklärt, dass er keine Tatsachen, sondern zu den Punkten der Gegenseite etwas vorzutragen habe.) (RA X._____ erklärt, dass die Replik kein Tatsachenvortrag sei und die Beklagte darauf bestehe, dass als nächster Prozessschritt die Tatsachenvorträge gehalten würden. Das Bundesgericht habe klar festgehalten, dass die Parteien zunächst die neuen Tatsachen und Beweismittel zu bezeichnen hätten und erst anschliessend plädiert werde. Wenn der Gegenanwalt die Replik halte, müsse die Beklagte protestieren.) (Die Vorsitzende fragt RA

Y._____, ob er einen Verhandlungsunterbruch wünsche.)

- 15 - (RA Y._____ erklärt, dass er sich diesfalls einstweilen auf die Fakten und Tatsachen, die zur Klageantwort zu nennen seien, beschränke. Auf die Wiederholung der Frage erklärt RA Y._____, dass er keinen Verhandlungsunterbruch möchte.) (RA Y._____ legt seine Plädoyernotizen als act. 17 ins Recht und verliest diese ab der zweiten Seite.) (RA Y._____ legt einen Handelsregisterauszug der F._____ ... Holding GmbH und weitere Dokumente als act. 19/1-5 ins Recht.) (RA X._____ wirft ein, dass es sich bei den Ausführungen von RA Y._____ um keinen Tatsachenvortrag, sondern um eine Replik handle. Die Beklagte bestehe darauf, dass zunächst die neuen Tatsachen und Beweismittel vorgebracht würden.) (Auf Nachfrage der Vorsitzenden, gibt RA Y._____ an, dass es sich bei seiner Ausführung zu Randziffer 5 auf Seite 2 von act. 17 um eine Tatsache handle.) (RA X._____ erklärt, das Bundesgericht habe in BGE 144 III 67 festgehalten und zweimal bestätigt, dass die klägerische Partei zunächst ihre neuen Tatsachen und Beweismittel Punkt für Punkt vorbringen müsse.) RA Dr. iur. Y._____ zum Tatsachenvortrag: Die Tatsache, also das einzige Faktum ist, dass der Kläger bis heute nicht im ...-Bereich tätig geworden ist. Die einzigen Beweismittel, die ich noch einreichen möchte, sind die eingereichten Unterlagen, die diese Tatsachen belegen. Der Kläger hat eben nicht nur bis zum 23. November 2018 nichts gemacht, sondern auch heute nicht. (Auf entsprechende Nachfrage der Vorsitzenden gibt RA Y._____ an, dass er zum Tatsachenvortrag keine weiteren Ausführungen machen wolle.) RA Dr. rer. publ. et lic. iur. X._____ zum Tatsachenvortrag: (RA X._____ legt seinen Tatsachenvortrag als act. 20 sowie die dazugehörigen Beweismittel als act. 22/1-9 ins Recht.) (RA X._____ erklärt, dass die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung diesen Prozessschritt vorsehe. Er

- 16 - werde zunächst im Sinne von Art. 229 Abs. 2 ZPO die neuen Tatsachen und Beweismittel vorbringen.) (RA X._____ verliest seinen Tatsachenvortrag [act. 20] mit den darin enthaltenen sowie der nachfolgenden Ergänzung.) ... RA Dr. iur. Y._____ zur Replik: (RA Y._____ verliest seine Plädoyernotizen [act. 17] mit den darin enthaltenen sowie den nachfolgenden Ergänzungen.) ... (Verhandlungsunterbuch) RA Dr. rer. publ. et lic. iur. X._____ zur Duplik: ..." Darauf folgten noch zwei Stellungnahmen des klägerischen Rechtsvertreters und eine Stellungnahme des Rechtsvertreters der Beklagten zu den Noven der Gegenseite (Prot. I S. 20 f.).

E. 2.3

Aus dem vorinstanzlichen Protokoll geht hervor, dass der klägerische Rechtsvertreter seine Plädoyernotizen (Urk. 17) ab Seite 2 zum ersten Mal unmittelbar nach Eröffnung der Hauptverhandlung verlas (Prot. I S. 6). In diesem Zeitpunkt war die Novenschranke jedenfalls noch nicht gefallen. Daran ändert nichts, dass der Rechtsvertreter der Beklagten die Ausführungen des Klägers nicht als "Tatsachenvortrag" begriff und die Vorinstanz den Kläger daraufhin zum "Tatsachenvortrag" aufforderte, worauf sich der klägerische Rechtsvertreter nur noch kurz hielt (Prot. I S. 7), bevor er im Rahmen der Replik die Plädoyernotizen ein weiteres Mal (mit Ergänzungen) verlas (Prot. I S. 8). Dass der klägerische Rechtsvertreter nach dem Verlesen seiner Plädoyernotizen zu einem weiteren "Tatsachenvortrag" angehalten wurde (Prot. I S. 7), der kurz ausfiel, macht das vom Kläger zuvor Vorgetragene nicht hinfällig. Bereits aus diesem Grund kann keine Rede davon sein, dass sich der Tatsachenvortrag des Klägers auf eine einzige generische und völlig unsubstantiierte Behauptung beschränkte, weil seine

- 17 - Plädoyernotizen nicht beachtet werden dürfen. Davon abgesehen scheint die Beklagte die Bedeutung des Begriffs "Tatsache" bzw. "Tatsachenvorbringen" nicht richtig zu erfassen. Tatsachen sind Tatsachenbehauptungen, die vorgetragen werden, um die behauptete Rechtsfolge zu begründen. Ob einer Tatsachenbehauptung die prozessuale Form einer Behauptung oder Bestreitung zukommt, richtet sich nach der Beweislastverteilung, ist aber letztlich unerheblich (BSK ZPO-Willisegger, Art. 229 N 14). Eine Bestreitung kann wiederum dadurch erfolgen, dass eine Tatsachenbehauptung der Gegenpartei einzeln bestritten oder durch eine eigene abweichende Sachdarstellung widerlegt wird (Pahud, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, Art. 222 N 11, mit Verweis auf Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, § 113 N 4a). Sowohl die (substantiierte) Bestreitung einer in der Klageantwort aufgestellten Behauptung als auch eine (von der Klageantwort abweichende) Darstellung des Geschehens können Teil des (zweiten) Tatsachenvortrags einer Partei sein. Die Argumentation der Beklagten krankt denn auch an einem unüberbrückbaren Widerspruch: Einerseits machte sie an der Hauptverhandlung geltend, das vom klägerischen Rechtsvertreter in den Plädoyernotizen Vorgetragene (Urk. 17), das sie als Replik bezeichnete, stelle keinen Tatsachenvortrag dar (Prot. I S. 6). Andererseits macht sie mit der Berufungsbegründung geltend, die Plädoyernotizen des Klägers (Urk. 17) würden neue Tatsachenbehauptungen bzw. unzulässige Noven enthalten, welche die Vorinstanz nicht hätte beachten dürfen (Urk. 25 Rz 40, Rz 43, Rz 64 und Rz 76). Enthielten die Plädoyernotizen aber "Noven", d.h. neue Tatsachenvorbringen, räumt die Beklagte gleichsam selber ein, dass es sich um einen Tatsachenvortrag handelte.

E. 2.4

Hat der klägerische Rechtsvertreter im Rahmen seines ersten Vortrags seine Plädoyernotizen verlesen (Prot. I S. 6), geht die Berufung der Beklagten auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 144 III 67) von vornherein fehl. Der Kläger macht im Übrigen mit Recht geltend, dass BGE 144 III 67 kaum dahingehend verstanden werden kann, es habe vor den ersten Parteivorträgen (Art. 228 Abs. 1 ZPO) je ein davon zu unterscheidender separater Tatsachenvortrag stattzufinden, der – jedenfalls nach Ansicht der Beklagten – keine Stellungnahme auf

- 18 - das zuvor in der Klageantwort Ausgeführte enthalten dürfe (Urk. 32 Ziff. 3). Dadurch würde die prozessuale Stellung des Klägers in der Tat sehr erschwert, da sich nach der Rechtsprechung eine Partei nur zweimal unbeschränkt äussern kann. Selbst wenn aus dem Bundesgerichtsentscheid ein zusätzlicher separater Tatsachenvortrag vor den ersten Parteivorträgen abzuleiten wäre, müsste sich ein Kläger in einem umfassenden Sachvortrag bzw. einer Stellungnahme, die auch eine "Replik" (Entgegnung) zur Klageantwort einschliesst, äussern können, was die Parteivorträge an der Hauptverhandlung auf mindestens drei anwachsen lassen würde. Dann aber hätten Beklagte und Vorinstanz den Kläger nicht in einen "Tatsachenvortrag" drängen dürfen, der keine Stellungnahme zur Klageantwort erlaubt. Im Übrigen erscheint es weder möglich noch zweckmässig, zwischen einem Tatsachenvortrag (mit dem neue Tatsachen und Beweismittel vorzutragen sind) und einer (später zu haltenden) Entgegnung (Replik) auf die Klageantwort (mit der gegnerische Vorbringen zu bestreiten oder durch eine eigene Version des Geschehens zu widerlegen sind) zu unterscheiden, zumal sich eine Partei in dieser Entgegnung bereits zum dritten Mal äussern würde. Auch das Arbeitsgericht als Vorinstanz sieht nun mit überzeugender

Begründung davon ab, separate Tatsachenvorträge abzuhalten. Die Parteien haben in einer Hauptverhandlung nach dem ersten Schriftenwechsel (wenn keine Instruktionsverhandlung stattgefunden hat) ihre neuen Behauptungen und Beweismittel je im ersten Parteivortrag im Sinne von Art. 228 Abs. 1 ZPO vorzutragen (Kaufmann, Noven in der Hauptverhandlung [Art. 229 ZPO] – Was heisst "zu Beginn der Hauptverhandlung?", in: AGER-Z 2019 S. 79 ff.). Ob dieser Vortrag als ergänzende Klagebegründung oder Replik bezeichnet wird (vgl. BK ZPO-Killias, Art. 228 N 12; Leuenberger, in: Suter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO-Komm., Art. 228 N 8), spielt dabei letztlich keine Rolle.

E. 2.5

Soweit im ersten mündlichen Vortrag des Beklagten an der Hauptverhandlung (Art. 228 Abs. 1 ZPO) neue Tatsachen oder Beweismittel vorgetragen werden, muss es einem Kläger jedenfalls erlaubt sein, in der Replik gemäss Art. 228 Abs. 2 ZPO dazu Stellung zu beziehen und die dafür notwendigen Sachverhalts- und Beweisergänzungen vorzunehmen. Wenn der Kläger im Rahmen der Replik seine Plädoyernotizen ergänzte (Prot. I S. 8 ff.; Urk. 17), ist dies also

- 19 - insoweit als zulässig zu betrachten, als die Ergänzungen durch den zuvor gehaltenen Tatsachenvortrag der Beklagten (Urk. 20) veranlasst wurden. Nach einzelnen Lehrmeinungen sind Noven in der mündlichen Replik und Duplik gemäss Art. 228 Abs. 2 ZPO sogar unbeschränkt zulässig (BK ZPO-Killias, Art. 229 N 19; BSK ZPO-Willisegger, Art. 228 N 24, Art. 229 N 8).

E. 2.6

Der Beklagte ist der Auffassung, selbst wenn eine Bestreitung in der Replik noch zulässig wäre, hätte der Kläger die Tatsachenbehauptungen mit seiner "Replik" (Urk. 17) völlig unzureichend bestritten. Der Kläger präsentiere bestenfalls eine "Gegengeschichte", nicht jedoch eine den Anforderungen der Bestreitungslast genügend substantiierte "Punkt für Punkt-Bestreitung" der Ausführungen in der Klageantwort (Urk. 25 Rz 18 f.). Ob der Kläger rechtserhebliche Tatsachenvorbringen im Einzelnen rechtsgenügend und rechtzeitig bestritten hat und ob seitens der Beklagten überhaupt Gründe, die eine fristlose Kündigung zu stützen vermögen, in den Prozess eingeführt wurden, ist im Kontext der dem Kläger vorgeworfenen Treuepflichtverletzungen zu beurteilen.

E. 3

Am 26. Dezember 2017 kündigte die Beklagte den Arbeitsvertrag unter Einhaltung der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist per 31. Dezember 2018 (Urk. 5/5). Der Kläger wurde zugleich für die Dauer der Kündigungsfrist freigestellt (Urk. 1 Ziff. 4, Urk. 11 Rz 34; Urk. 5/6). Mit E-Mail vom 26. Dezember 2017 übte die A._____ HoldCo I AG ihre Call-Option gemäss Shareholders' Agreement aus und übernahm die Aktien des Klägers zum "Fair Value" (Urk. 1 Ziff. 5, Urk. 5/7). Mit Schreiben vom 9. Januar 2018 teilte die Beklagte dem Kläger sinngemäss mit, dass sie auf die Einhaltung des nachvertraglichen Konkurrenzverbots gemäss Ziffer 4 des Arbeitsvertrags verzichte, die Treuepflicht des Klägers während der Kündigungsfrist davon aber unberührt bleibe (Urk. 11 Rz 38, Urk. 17 S. 3; Urk. 14/2). Mit E-Mail vom 17. April 2018 erinnerte die Beklagte den Kläger an seine Treue- und Geheimhaltungspflichten, nachdem der Kläger an der "Healthcare Business International" teilgenommen hatte (Urk. 14/3).

E. 3.1

Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen, die für eine fristlose Kündigung im Allgemeinen und nach erfolgter Freistellung im Besonderen erfüllt sein müssen, korrekt dargestellt (Urk. 26 S. 5 f.). Sie hat auch zutreffend umschrieben, was nach Lehre und Rechtsprechung als treuwidrige Konkurrenzierung des Arbeitgebers gilt und wo die Grenzen der Treuepflicht im gekündigten Arbeitsverhältnis liegen (Urk. 26 S. 6 ff.). Darauf kann verwiesen werden. Die Beklagte wendet ein, entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei "in Wettbewerb treten" keine Voraussetzung für krasse Illoyalität. Auch sei keine Schädigung des Arbeitgebers oder das Auftreten auf dem Angebotsmarkt erforderlich (Urk. 25 Rz 24, Rz 89). Zutreffend ist, dass für eine konkurrenzierende Tätigkeit keine konkrete Schädigung des Arbeitgebers erforderlich ist, doch muss es sich – sieht man vom Verbot der Abwerbung von Mitarbeitern einmal ab – auch im bestehenden Arbeitsverhältnis stets um Konkurrenz auf der Angebotsseite handeln (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Art. 321a OR N 10 S. 191, Art. 340 OR N 7 S. 1227 f.; Zürcher Fausch, Konkurrenzverbote in Konzernverhältnissen, Bern 2007, S. 31 f.; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321a N 20; vgl. auch BGE 138 III 67 E. 2.3.5:

- 20 - "détourner de la clientèle avant la fin de la relation de travail", "La limite entre les préparatifs admissibles et un véritable détournement de la clientèle n'est pas toujours facile à tracer"). Zu rekapitulieren und zu ergänzen ist, dass der Betrieb eines Konkurrenzgeschäfts bzw. die Tätigkeit in einem Konkurrenzgeschäft voraussetzt, dass der Arbeitnehmer resp. das Konkurrenzunternehmen auch tatsächlich konkurrierend tätig wird (wozu schon die Bewerbung um Arbeiten und nicht erst deren Ausführung genügt), weshalb die blossere Vorbereitung einer künftig erlaubten Konkurrenzierung dafür nicht ausreicht. Dies gilt jedenfalls solange, als der Arbeitgeber nicht unmittelbar geschädigt wird (z.B. durch Abwerben von Mitarbeitern und Kunden und Behädigung von Kunden und Lieferantenlisten des Arbeitgebers) oder der Arbeitnehmer nicht noch während des Arbeitsverhältnisses mit der Konkurrenzierung beginnt und dadurch die Marktstellung des Arbeitgebers beeinträchtigt. Dass die konkurrenzierende Tätigkeit aufgrund der Zweckumschreibung eines Unternehmens rechtlich möglich wäre, vermag daher nicht zu genügen (Neeracher, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Bern 2001, S. 46; ZK-Staehelin, Art. 321a OR N 39; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 321a OR N 2, N 9 und Art. 340 OR N 3; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321a OR N 7 S. 181 f., Art. 340 OR N 7 S. 1227, je mit Verweis auf die Rechtsprechung). Solange ein Arbeitnehmer die Grenze der zulässigen Vorbereitungshandlungen nicht überschreitet, kann durch sein Tun auch nicht eine treuwidrige Einstellung zu Tage treten, welche als Verletzung der Treuepflicht zu werten ist (vgl. Urk. 25 Rz 89).

E. 3.2

Die Vorinstanz würdigte in der Folge die einzelnen von der Beklagten thematisierten Aktivitäten des Klägers (Urk. 26 S. 8 ff.):

E. 3.2.1

Die Beklagte wirft der Vorinstanz vor, sie habe bei der Beurteilung der treuwidrigen Aktivitäten komplett ausser Acht gelassen, dass die Parteien in Ziffer

E. 3.2.2

Art. 321a OR ist dispositiver Natur. Die Bestimmung kann daher vertraglich konkretisiert und innerhalb der Grenzen der Rechtsordnung, namentlich von Art. 27 Abs. 2 ZGB, auch erweitert werden (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321a OR N 17). Art. 27 Abs. 2

ZGB zielt auf den Schutz der Persönlichkeit. Gemäss dieser Bestimmung kann sich niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken. Rechtsprechung und Lehre stimmen darin überein, dass die Treuepflicht des Arbeitnehmers durch die berechtigten eigenen Interessen des Arbeitnehmers an der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit, zu denen insbesondere auch das Interesse an einer anderen Tätigkeit gehört, begrenzt wird (BGE 117 II 72 E. 4.a S. 74; ZK-Staehelin, Art. 321a OR N 8, N 33 und N 39; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321a OR N 7 S. 181). Wird das daraus fliessende Recht des Arbeitnehmers, bei bestehendem Arbeitsvertrag eine spätere Tätigkeit vorzubereiten, aber aus dem Persönlichkeitsrecht abgeleitet, kann dieses Recht vorbehaltlich eines Verstosses gegen Treu und Glauben, durch Parteivereinbarung nicht eingeschränkt werden. Insofern ist nicht entscheidend, ob die Parteien eine strenge Nichtkonkurrenzverpflichtung vereinbart haben. Es bleibt daher dabei, dass der Arbeitnehmer nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses eine konkurrenzierende Tätigkeit vorbereiten darf, solange er mit der Konkurrenzierung noch nicht beginnt oder Angestellte oder Kunden abwirbt.

- 22 -

E. 3.2.3

Im Übrigen setzt auch die Regelung in Ziffer 12 des Arbeitsvertrags voraus, dass die Betätigung des Arbeitnehmers mit einer (mutmasslichen) Konkurrenzierung des Arbeitgebers in Zusammenhang steht ("die das Geschäft von A. _____ direkt oder indirekt konkurrenziert oder wahrscheinlich konkurrenziert", "im Wettbewerb mit dem Geschäft von A. _____"), die überdies die Angebotsseite betrifft ("die ein Kunde von A. _____ sein wird oder es irgendwann während der Dauer des Arbeitsverhältnisses war"). Deshalb ist dem Arbeitnehmer auch unter Berücksichtigung des Arbeitsvertrags nicht jede in die Zukunft gerichtete geschäftliche Betätigung, die nicht im Interesse des Arbeitgebers liegt, verboten. Wenn sich ein Arbeitnehmer dafür interessiert und sich darüber informiert, welche Betätigungsmöglichkeiten ihm nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses zur Verfügung stehen, kann darin keine Verletzung von Ziffer 4.12 des Arbeitsvertrags gesehen werden, die eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen vermag, selbst wenn der Arbeitgeber mit den "Interessen" des Arbeitnehmers nicht einverstanden ist. Dies gilt auch für das Ausloten von Finanzierungsmöglichkeiten für eine Geschäftsidee, die Beziehungspflege, das Erstellen von Businessplänen im Zusammenhang mit Unternehmensgründungen und vergleichbare "geschäftliche Aktivitäten". Die Beklagte vermag denn auch nicht substantiiert aufzuzeigen, inwiefern Handlungen eines (freigestellten) Arbeitnehmers, welche eine spätere Tätigkeit lediglich vorbereiten sollen, aber noch gar keine Konkurrenzierung oder Beeinträchtigung der Marktstellung des Arbeitgebers bewirken, von der Klausel erfasst werden. Die Beklagte kann mit Bezug auf Vorbereitungshandlungen aus Ziffer 4.12 des Arbeitsvertrags daher keine weitergehenden Rechte ableiten.

3.3.1 Keine Beachtung hat die Vorinstanz dem Umstand geschenkt, dass die Beklagte Teil eines Konzerns bildet und als Holding-Gesellschaft die Funktionen einer Konzernzentrale übernimmt, ohne direkt Waren oder Dienstleistungen anzubieten (Urk. 11 Rz 5). Die Beklagte behauptet nicht, der Kläger habe sie in der Erbringung von zentralen Leistungen für die anderen Konzerngesellschaften konkurrenziert. Dazu hätte der Kläger den Tochtergesellschaften der Beklagten die gleichen Leistungen wie die Beklagte anbieten müssen. Vielmehr macht die Beklagte geltend, der Geschäftsbereich, indem sie tätig sei, sei die ...-Branche (Urk. 11 Rz 103, Urk. 25 Rz 104).

- 23 - 3.3.2 Bei Konzernverhältnissen stellt sich die Frage, inwieweit auch Konzerngesellschaften des Arbeitgebers, insbesondere Tochtergesellschaften, nicht konkurrenziert werden dürfen. In einem Teil der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass bei wirtschaftlich und organisatorisch enger Verknüpfung der Arbeitnehmer gehindert sein muss, während seines Arbeitsverhältnisses eine sowohl das eine wie auch das andere Konzernunternehmen konkurrenzierende Nebentätigkeit auszuüben. Insofern ist bei gleichgerichteten Interessen ein übergeordnetes Konzerninteresse zu wahren (Heiz, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, Bern 2005, S. 95; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O, Art. 321a OR N 2 S. 172 f. und N 10 S. 192; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321a N 15). Andere Autoren weisen differenzierend darauf hin, dass es dem Arbeitgeber grundsätzlich zuzumuten ist, die Treuepflicht vertraglich auf den Geschäftsbereich anderer Konzernunternehmen auszuweiten, falls ihm dies wichtig sei. Allerdings soll sich die gesetzliche Treue- und Konkurrenzhaltungspflicht aufgrund der Interessenlage inhaltlich auch ohne entsprechende Vereinbarung auf die Geschäftsbereiche anderer Konzerngesellschaften ausdehnen, soweit der Arbeitnehmer auch Leistungen zugunsten anderer Konzerngesellschaften zu erbringen hat und ein Zusammenhang mit der konkreten Tätigkeit des Arbeitnehmers besteht. Dabei muss es sich allerdings um ein konkretes wirtschaftliches Interesse des Arbeitgebers handeln (Zürcher Fausch, Konkurrenzverbote in Konzernverhältnissen, Bern 2007, S. 92 ff.).

3.3.3 Der Kläger wurde als "CEO of the A1._____ group with all his [...] customary duties and powers" angestellt (Urk. 5/2). Nach Darstellung der Beklagten betreibt die A1._____ -Gruppe aktuell in acht europäischen Ländern ...- Kliniken mit rund 1'000 ...-Ärzten (Urk. 11 Rz 5), was seitens des Klägers nicht in Frage gestellt wurde (Urk. 17 S. 2). Die Beklagte wirft dem Kläger vor, er habe sie im ...-Geschäft, im ...-Markt, in der ...-Branche bzw. im ...-Bereich konkurrenziert (Urk. 11 Rz 41, Rz 45, Rz 59, Rz 62, Rz 64, Rz 66, Rz 71 f., Rz 101 und Rz 103: "...-Branche, also den Geschäftsbereich, in dem die Beklagte tätig ist"; Urk. 20 Rz 14, Rz 22 und Rz 58). Auch im Berufungsverfahren geht es der Beklagten um eine Konkurrenzierung durch die Erbringung "...-medizinischer Dienstleistungen" (Urk. 25 Rz 60 und Rz 65; vgl. auch Urk. 25 Rz 29, Rz 46, Rz 50, Rz 62, Rz 85 und Rz 104). Die Beklagte stellte es zwar zunächst so dar, als betrachte sie den

- 24 - Versuch, in Deutschland ein Krankenhaus zu erwerben, als einen vom ...- Geschäft zu unterscheidender Vorgang (Urk. 11 Rz 41; vgl. auch Urk. 25 Rz 104). Allerdings wird aus ihren weiteren Ausführungen klar, dass auch der Erwerb eines Krankenhauses lediglich als Mittel zum Zweck betrachtet wird, hätte damit doch das "Einstiegsticket in den deutschen ...-Markt" gelöst werden sollen (Urk. 20 Rz 14 und Rz 58; Urk. 25 Rz 35, Rz 60, Rz 68 und Rz 74). Nach Auffassung des Klägers wäre eine Konkurrenzierung dann gegeben gewesen, wenn er versucht hätte, im ...-Bereich resp. im Bereich der ...-Medizin resp. im ...-Geschäft tätig zu werden (Prot. I S. 7, Urk. 17 S. 4; Urk. 32 S. 7 ff.). Insofern liegen überstimmende Vorbringen vor, was als Konkurrenzgeschäft zu verstehen ist, nämlich die Erbringung ...-ärztlicher Dienstleistungen. Als Abnehmer dieser Dienstleistung ist der einzelne Kunde zu betrachten. Davon ging implizit auch die Vorinstanz aus (Urk. 26 S. 18: "...-ärztliche Dienstleistungen in Deutschland anzubieten").

E. 3.2.4

Die Behauptungen der Beklagten zum (im Juli 2018 erfolgten) Treffen mit den Gründerinnen von "J._____" seien – so die Vorinstanz weiter – rein spekulativer Natur. Der Inhalt des Gesprächs bleibe völlig unklar. Wie die von den Gründerinnen I._____ nach

dem Treffen an die Beklagte gerichtete Mitteilung, man solle sich vor dem Kläger in Acht nehmen, erfolgt sei, führe die Beklagte nicht näher aus. Die von der Beklagten genannten Zeugen hätten am Gespräch nicht teilgenommen, weshalb sich ihre Einvernahme erübrige. Die Besprechungsnotiz von H. _____ (Urk. 22/8) lasse keinen anderen Schluss zu. Auch gemäss Beklagter sei das Treffen nicht geeignet gewesen, in jenem Zeitpunkt eine fristlose Kündigung zu provozieren. Das Treffen könne weder isoliert noch in der Gesamtschau als Verstoss gegen Treu und Glauben qualifiziert werden (Urk. 26 S. 13 ff.).

E. 3.2.5

Die Vorinstanz ging sodann auf die von der Beklagten beanstandete Zusammenarbeit des Klägers mit der D. _____ Holding AG ein. Sie stellte fest, dass der Kläger in der von der Beklagten eingereichten Broschüre (Urk. 14/17) zwar als Teammitglied aufgeführt werde und darin unter anderem auch auf die ...- Branche verwiesen werde. Gemäss Überschrift und Inhalt gehe es jedoch um die Suche nach Investoren für eine ambulante Ärzteplattform in Deutschland, wobei die Beklagte nicht substantiiere, inwiefern der Kläger mit der Broschüre mit der Beklagten in Wettbewerb getreten sei, zumal sie selber ausführe, dass die Broschüre nach Angaben von H. _____ auf die Sparten Urologie, Gynäkologie und Kardiologie ausgerichtet sei. Aus den Vorbringen der Beklagten lasse sich nicht entnehmen, dass der Kläger die Beklagte konkurrenziert oder treuwidrige Vorbeurteilungshandlungen getroffen habe. Auch wenn feststehe, dass der Kläger mit den Mitarbeitenden der D. _____ Holding AG Kontakt gehabt habe, während der Freistellungsdauer bei (möglichen) Projekten mitgewirkt habe und gar als Co-

- 10 - Investor genannt werde, gelinge es der Beklagten nicht darzulegen, inwiefern der Kläger mit der Beklagten in Wettbewerb getreten sei. Ihre Behauptungen blieben unbestimmt und würden kein krass illoyales Verhalten aufzeigen, das als wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung berechtigt hätte (Urk. 26 S. 15 ff.).

E. 3.2.6

Zum versuchten Kauf eines Krankenhauses in Deutschland hielt die Vorinstanz fest, zwar könne bereits der Versuch einer Konkurrenzierung ein Verstoss gegen Treu und Glauben darstellen. Eine Konkurrenzierung im arbeitsrechtlichen Sinn liege aber nur dann vor, wenn die beiden Anbieter gleichartige Leistungen anbieten würden, die unmittelbar gleiche oder ähnliche Bedürfnisse befriedigten und einem mindestens teilweise überschneidenden Zielpublikum angeboten würden. Die Beklagte sei erst im November 2018 und damit kurz vor der fristlosen Kündigung bereit gewesen, ... Dienstleistungen in Deutschland anzubieten. Gemäss Besprechungsnotiz von H. _____ habe der Kläger zwar versucht, zusammen mit dem D. _____-Team ein Krankenhaus zu kaufen, doch sei es dabei um die Bereiche Urologie, Gynäkologie und Kardiologie gegangen. Einerseits wäre es dem Kläger somit vor November 2018 gar nicht möglich gewesen, einem mindestens teilweise überschneidenden Zielpublikum gleichartige Leistungen zur Befriedigung gleicher oder ähnlicher Bedürfnisse anzubieten; andererseits vermöge die Beklagte nicht darzulegen, dass der Kläger – wäre der Krankenhauskauf gelungen – gleichartige Leistungen wie die Beklagte hätte anbieten wollen. Der versuchte Erwerb eines Krankenhauses stellte somit ebenfalls keine Treupflichtverletzung dar (Urk. 26 S. 17 f.).

E. 3.2.7

Im Sinne eines Gesamtfazits gelangte die Vorinstanz zum Ergebnis, dass in den Vorbringen der Beklagten weder eine Geschäftsschädigung noch ein Wettbewerbseintritt des Klägers

oder eine Kunden- bzw. Arbeitnehmerabwerbung auszumachen sei. Der Kläger habe mit den von der Beklagten beschriebenen Aktivitäten das Mass der zulässigen Vorbereitungshandlungen nicht überschritten. Damit liege kein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR vor. Es widerspreche vielmehr Treu und Glauben, wenn die Beklagte versuche, die einjährige Freistellungsdauer so auszulegen, dass der Kläger de facto einem nachvertraglichen Konkurrenzverbot unterstanden habe (Urk. 26 S. 18 f.).

- 11 - III.

E. 3.4

Die Beklagte will die dem Kläger vorgeworfenen geschäftlichen Aktivitäten chronologisch geprüft haben, da die Chronologie der Ereignisse für die Beurteilung der Rechtmässigkeit der Kündigung relevant sei (Urk. 25 Rz 28):

E. 3.4.1

Die Vorinstanz konnte in der (im April 2018 erfolgten) Kontaktaufnahme mit dem CEO der M._____ keine ins Gewicht fallende Treuepflichtverletzung erkennen, zumal sie ein halbes Jahr vor der fristlosen Kündigung erfolgt sei und die Beklagte nicht näher ausführe, inwiefern eine krass illoyale, konkurrenzierende Handlung vorliege (Urk. 26 S. 12 f.).

E. 3.4.2

Die Beklagte sieht in der Kontaktaufnahme mit dem CEO einer ...-Kette in der Romandie eine "geschäftliche Aktivität" mit Bezug zum ...-Geschäft, räumt aber ein, dass diese Kontaktaufnahme nicht Auslöser der fristlosen Kündigung gewesen sei. Jedoch trete dadurch die konstant treuwidrige Einstellung des Klägers während der Freistellung zutage. Die Vorinstanz übersehe, dass keine konkrete Schädigung der Arbeitgeberin erforderlich sei, sondern die damit zu Tage tretende treuwidrige Einstellung genüge. Die Vorinstanz hätte die geschäftlichen Aktivitäten des Klägers mit Bezug zum ...-Geschäft während seiner Freistellung im Rahmen einer Gesamtwürdigung der Umstände berücksichtigen müssen, weil alle Aktivitäten, die eine treuwidrige Einstellung dokumentierten, für die Beur-

- 25 - teilung der Rechtmässigkeit einer fristlosen Entlassung beachtet werden müssten. Indem die Vorinstanz dies unterlasse, verletze sie Art. 337 OR in Verbindung mit Art. 321a OR (Urk. 25 Rz 29 ff.).

E. 3.4.3

Dies stellt keine hinreichende Auseinandersetzung mit dem vorinstanzlichen Urteil dar. Darin war der Beklagten die nicht hinreichende Umschreibung einer krass illoyalen, konkurrenzierenden Handlung vorgeworfen worden. Worin eine solche zu sehen ist, geht auch aus der Berufungsbegründung nicht hervor. Die Beklagte vermag nicht einmal darzutun, inwiefern der in einer E-Mail geäußerte Vorschlag des Klägers, Dr. G._____ zu treffen (Urk. 14/4), als Vorbereitung einer späteren Geschäftstätigkeit zu werten ist. Umso weniger kann im Versuch, ein Treffen zu vereinbaren, eine konkurrenzierende Handlung erblickt werden. Es ist auch kein anderweitiger Verstoss gegen die Treuepflicht erkennbar. Inwiefern das geplante Treffen den Interessen der Beklagten zuwiderliefe, ist nicht ansatzweise dokumentiert. Stellt die Kontaktaufnahme mit Dr. G._____ keine treuwidrige Handlung dar, kann daraus auch keine treuwidrige Einstellung des Klägers abgeleitet werden, denn auch diese setzt voraus, dass sie auf irgendeine Weise "zu Tage tritt". Der Vorinstanz kann daher auch keine Rechtsverletzung vorgeworfen werden, wenn sie diesen

(weit zurückliegenden) Sachverhalt samt und sonders ausser Acht gelassen hat. Er kann auch nicht im Zusammenspiel mit anderen Aktivitäten des Klägers zur Rechtfertigung der fristlosen Kündigung herangezogen werden. 3.5.1 Die Vorinstanz vermochte in der im Mai 2018 vom Kläger veranlassten Eintragung der K. _____ AG ins Handelsregister kein illoyales Verhalten auszumachen, zumal sich die Beklagte auf einen pauschalen Hinweis auf eine mögliche Geschäftsüberschneidung beschränke und keine Geschäftstätigkeit der K. _____ AG während der Dauer des Arbeitsvertrags behauptet werde. Aus dem Handelsregistereintrag sei nicht zu entnehmen, dass es sich um eine konkurrenzierende Unternehmung handle (Urk. 26 S. 11 f.). 3.5.2 Die Beklagte beanstandet, die Vorinstanz übersehe, dass der Kläger die K. _____ AG unbestrittenermassen als private Investment- und Holdinggesellschaft verwendet habe. Auch sei unbestritten geblieben, dass der Zweck der

- 26 - K. _____ AG eine Geschäftstätigkeit wie diejenige der Beklagten ermöglicht habe. Weiter habe die Vorinstanz unberücksichtigt gelassen, dass der Kläger die K. _____ AG für Projekte mit der D. _____ Holding AG zur Verfügung gestellt habe. Der Gesellschaftszweck habe den Erwerb und Betrieb eines Krankenhauses abgedeckt, worauf der Kläger im Herbst unbestrittenermassen hingearbeitet habe. Die Vorinstanz habe den Gesamtkontext nicht beachtet, insbesondere, dass der Kläger und das Team der D. _____ Holding AG ein Firmenkonstrukt mit teilweiser identischer Geschäftstätigkeit aufgebaut hätten, das ihm während laufender Kündigungsfrist z.B. den Kauf eines Krankenhauses in Deutschland ermöglicht habe. Die Vorinstanz betrachte isoliert nur die Eintragung der K. _____ AG im Handelsregister, was eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstelle. Der Aufbau eines konkurrenzierenden Firmenkonstrukts stelle eine relevante Treuwidrigkeit im Hinblick auf eine fristlose Kündigung dar. Die Verkennung dieser Tatsache verletze Art. 337 OR in Verbindung mit Art. 321a OR (Urk. 25 Rz 32 ff.). 3.5.3 Aus der (behaupteten) Verwendung der K. _____ AG als private Investment- und Holdinggesellschaft lässt sich noch nicht auf eine treuwidrige bzw. konkurrenzierende Tätigkeit schliessen. Zudem kann diesbezüglich nicht von einer unbestrittenen Behauptung ausgegangen werden. Der Kläger hat auf die Behauptung der Beklagten im zweiten Sachvortrag (Urk. 20 Rz 25) zulässigerweise entgegnet, bis jetzt sei noch kein Investment getätigt worden (Prot. I S. 9). Inwiefern aus der blossen Zweckumschreibung der K. _____ AG auf eine tatsächliche Konkurrenzierung im Geschäftsbereich der Beklagten (d.h. auf die Erbringung von ...-ärztlichen Dienstleistungen) geschlossen werden kann, bleibt ebenso das Geheimnis der Beklagten. Die rechtliche Möglichkeit aufgrund der Zweckumschreibung genügt nicht (vgl. E. III/3.1). Die Zusammenarbeit mit der D. _____ Holding AG und die Bemühungen um den Erwerb eines Krankenhauses handelte die Vorinstanz an anderer Stelle ab (Urk. 26 S. 15 ff. E. 2.7 und S. 17 ff. E. 2.8). Darauf wird zurückzukommen sein. Allerdings kann bereits an dieser Stelle festgehalten werden: Der Kläger hat lediglich zugestanden, dass sich die D. _____ Holding AG während kurzer Zeit für ein defizitäres Krankenhaus interessierte, dieses Projekt nicht weiterverfolgte und dafür mit ihm als Co-Investor den F. _____-Pflegedienst

- 27 - übernahm (Urk. 17 S. 6). Ausserdem ist nicht im Ansatz ersichtlich, wie mit dem Versuch, ein Krankenhaus zu erwerben, die Beklagte konkurrenziert worden wäre. Auch wenn für eine Konkurrentätigkeit keine konkrete Schädigung verlangt wird, müssten gegenüber potentiellen Kunden ...-ärztliche Dienstleistungen erbracht oder dafür

geworben worden sein, um von einer Konkurrenzierung sprechen zu können. Ohne solche Handlung wird die Marktstellung des Arbeitgebers nicht beeinträchtigt, selbst wenn eine konkurrenzierende Tätigkeit vorbereitet wird. Deshalb kann es auch nicht genügen, vom Registereintrag (Gesellschaftszweck) oder dem Versuch, ein Krankenhaus zu erwerben, auf ein "Firmenkonstrukt mit teilweiser identischer Geschäftstätigkeit" resp. auf eine tatsächliche Konkurrenzierung zu schliessen.

3.6.1 Das Treffen des Klägers mit den Gründerinnen von "J.____", das am 13. Juli 2018 stattfand, stufte die Vorinstanz ebenfalls als unbedenklich ein. Der Inhalt des Gesprächs bleibe völlig unklar und die Behauptung der Beklagten blieben spekulativ. Gemäss Kläger und Besprechungsnotiz von H.____ habe sich das Gespräch um Kindertagesstätten gedreht. Durch das Gespräch sei auch keine fristlose Kündigung provoziert worden (Urk. 26 S. 13 f.).

3.6.2 Die Beklagte beanstandet, die Vorinstanz kehre den Hinweis der Geschwister I.____, die Beklagte solle sich vor den Aktivitäten des Klägers in Acht nehmen, und die unbestrittene Tatsache, dass der Kläger wider die Interessen der Beklagten ein (weiteres) Gespräch mit dem CEO von "J.____" gesucht habe, unter den Tisch. Die Vorinstanz hätte die in der Replik vom Kläger gemachten Aussagen, beim Gespräch mit den Geschwistern I.____ sei es nur um das "Projekt Kita" gegangen und er sei mit den Geschwistern I.____ und dem CEO von "J.____" befreundet, als unzulässige Noven zurückweisen müssen, da der Kläger diese Behauptungen erst in der Replik aufgestellt habe. Die Vorinstanz hätte auch diesen Umstand als weiteres treuwidriges Element berücksichtigen und ihm für die Beurteilung der späteren fristlosen Kündigung Relevanz beimessen müssen. Darin liege eine Verletzung von Art. 337 OR in Verbindung mit Art. 321a OR (Urk. 25 Rz 39 ff.).

- 28 - 3.6.3 Entgegen der Auffassung der Beklagten sind die Vorbringen des Klägers (Urk. 17 S. 4) nicht verspätet erfolgt und daher zu beachten (vgl. E. III/2). Im Übrigen ist mit der pauschalen Behauptung, Gespräche würden "wider die Interessen" der Beklagten verstossen, eine Verletzung der Treuepflicht nicht hinreichend substantiiert umschrieben. Wie bereits ausgeführt wurde, findet die Treuepflicht an den berechtigten eigenen Interessen des Arbeitnehmers, der seine berufliche Zukunft vorbereiten darf, seine Grenze. Was die Geschwister I.____ mit der Bemerkung meinten, die Beklagte müsse sich vor dem Kläger in Acht nehmen, blieb ebenso unbestimmt. Aus den Gesprächen kann daher nicht auf einen Verstoss gegen die Treuepflicht bzw. eine Konkurrenzierung geschlossen werden. Dass die Beklagte letztlich ebenso im Dunkeln tappt, räumt sie selber ein, wenn sie vorbringt, die verschiedenen Aktivitäten hätten sie misstrauisch gemacht (Urk. 11 Rz 50). Die Beklagte rügt auch nicht, die Vorinstanz habe prozesskonform offerierte Beweismittel übergangen. Die Vorinstanz hat den Treffen mit den Gründerinnen und dem CEO von "J.____" zu Recht keine Relevanz für die spätere fristlose Kündigung beigemessen. Sie können daher auch nicht als weniger gravierende Vorfälle, die im Zusammenspiel mit späteren Verfehlungen das Fass zum Überlaufen gebracht haben (Urk. 25 Rz 80, Rz 105), ins Gewicht fallen, zumal diesbezüglich eine Abmahnung unterblieb.

3.7.1 Die Vorinstanz ging sodann auf die von der Beklagten thematisierte Zusammenarbeit des Klägers mit der (Ende Juli 2018 gegründeten) D.____ Holding AG ein. Die Beklagte brachte vor, die beiden Inhaberinnen der D.____ Holding AG, H.____ und L.____, hätten früher mit dem Kläger zusammengearbeitet (Urk. 11 Rz 56 f.). Das ganze D.____-Team habe zu einem wesentlichen Teil aus Personen bestanden, die beim Aufbau der A1.____-Gruppe mitgearbeitet hätten (Urk. 11 Rz 50 bis Rz 60, Rz 66). Der Kläger habe der D.____ Holding AG Büroräumlichkeiten in Untermiete zur Verfügung gestellt (Urk. 11 Rz 53), sei mit den Inhaberinnen in ständigem Austausch gestanden (Urk. 20 Rz

27) und habe in einem Projekt "N._____" ab Juni/Juli 2018 eng mit dem D._____-Team zusammen gearbeitet, wozu er auch die K.____ AG zu Verfügung gestellt habe (Urk. 20 Rz 31 ff.). Auf ihrer Webseite habe sich die D.____ Holding AG als aktiver Investor bezeichnet, der auf den Aufbau von nachhaltigen Unternehmen im

- 29 - Gesundheitswesen und im Bereich Sozialpflege und Konsumentendienstleistungen fokussiere, wobei die Inhaberinnen auf ihre Erfahrung im ...-Bereich hingewiesen hätten (Urk. 11 Rz 61 bis Rz 66). Die enge Zusammenarbeit des Klägers mit dem D._____-Team ergebe sich aus einer Broschüre, mit der Investoren für eine ambulante Ärzteplattform in Deutschland angeworben würden. Der Kläger werde in dieser Broschüre, die offensichtlich auf den ...-Markt ziele, als Mitglied des D._____-Teams und als Co-Investor aufgeführt (Urk. 11 Rz 69 ff.). Der Kläger und das D._____-Team hätten diese Broschüre ("teaser") ab Oktober 2018, möglicherweise schon früher, bei Gesprächen mit potentiellen Investoren verwendet, wobei die Beklagte erst am 27. November 2018 darauf aufmerksam geworden sei (Urk. 11 Rz 74, Urk. 20 Rz 49 bis Rz 52). 3.7.2 Die Vorinstanz anerkannte, dass in der von der Beklagten eingereichten Broschüre (Urk. 14/17) auf die ...-Branche verwiesen und der Kläger als Co-Investor aufgeführt wird. Sie gab jedoch zu bedenken, dass es darin um Investorensuche für eine ambulante Ärzteplattform in Deutschland gehe und die Beklagte nicht konkret substantiiere, inwiefern der Kläger mit der Broschüre mit der Beklagten in den Wettbewerb getreten sei, zumal die Beklagte selber ausführe, die Broschüre sei nach Angaben von H.____ (Urk. 22/8) auf die Sparten Urologie, Gynäkologie und Kardiologie ausgerichtet gewesen. Auch wenn der Kläger – so die Vorinstanz weiter – mit den Mitarbeitenden der D.____-Holding AG Kontakte unterhalten und bei möglichen Projekten mitgewirkt habe, gar als Co-Investor genannt werde, lasse sich den Vorbringen der Beklagten doch nicht entnehmen, dass der Kläger die Beklagte konkurrenziert oder Vorbereitungshandlungen getroffen habe, die gegen Treu und Glauben verstossen hätten. Solches ergab sich für die Vorinstanz auch nicht aus der Besprechungsnotiz von H.____ (Urk. 26 S. 16). 3.7.3 Die Beklagte verweist in ihrer Berufung zunächst auf ihre vorinstanzlichen Behauptungen, die von der Vorinstanz mangels rechtzeitiger und substantiierter Bestreitung durch den Kläger dem Urteil zu Unrecht nicht als zugestandene Tatsachen zugrunde gelegt worden seien (Urk. 25 Rz 42 bis Rz 47). Sie beanstandet sodann, ihr werde von der Vorinstanz fälschlicherweise vorgeworfen, sie

- 30 - substantiiere mit der Broschüre nicht konkret, inwiefern der Kläger mit dieser Broschüre mit der Beklagten in Wettbewerb getreten sei. Wenn sie die verschiedenen Sparten Urologie, Gynäkologie und Kardiologie erwähnt habe, habe sie sich auf die Aussagen von H.____ bezogen, bei denen es sich offensichtlich um Ausreden handle, da diese Sparten in der Broschüre nicht zu finden seien und die Broschüre vielmehr unverkennbar auf die Sparte ...-Medizin ausgerichtet sei, wie sie vorinstanzlich ausgeführt habe. Demgegenüber habe die Vorinstanz die Aussage von H.____ nicht berücksichtigt, wonach die Broschüre zur Investorensuche und für die Akquisition eines Krankenhauses verwendet worden sei. Die Beklagte habe vorinstanzlich dargelegt, dass der Kläger mit der Broschüre Investoren für die Akquisition eines Krankenhauses und damit für die Errichtung einer ambulanten Ärzteplattform, insbesondere in der ...-Medizin, gesucht habe, was nicht bestritten worden sei. Damit sei erstellt, dass der Kläger geschäftliche Aktivitäten im Geschäftsbereich der Beklagten und damit konkurrenzierende Tätigkeiten entfaltet habe. Selbst wenn der Kläger ihre Sachvorbringen bestritten hätte, wäre von substantiierten Tatsachenbehauptungen (in Urk. 11 Rz 69 bis Rz 74 und Urk. 20 Rz 49 bis Rz 52) auszugehen. Zumindest hätte die

Vorinstanz ihr die Gelegenheit einräumen müssen, ihre Tatsachenbehauptungen zu beweisen. Insgesamt sei der Sachverhalt unrichtig festgestellt, ihr Recht auf Beweis verletzt und Art. 337 OR in Verbindung mit Art. 321a OR falsch angewendet worden (Urk. 25 Rz 48 ff.). 3.7.4 Ob ein schlüssiger Tatsachenvortrag vorliegt, hängt primär nicht davon ab, ob Tatsachen bestritten wurden und ob sie bewiesen werden können. Schlüssige, vollständige Sachvorbringen sind Voraussetzung für die Zulassung zum Beweis (BK ZPO-Brönnimann, Art. 152 N 28). Eine (rechtsgenügende) Bestreitung hat nur insofern Einfluss auf den gegnerischen Sachvortrag, als im Falle einer Bestreitung eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast greift, d.h. die Vorbringen nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen sind, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (BGer 4A_441/2019 vom 2. Dezember 2019, E. 2.1 mit weiteren Hinweisen).

- 31 - 3.7.5 Die Beklagte schliesst aus den von ihr beschriebenen "geschäftlichen Aktivitäten" "im Geschäftsbereich der Beklagten" auf "konkurrenzierende Tätigkeiten" und daraus wiederum auf "klar treuwidrige Umstände" (Urk. 25 Rz 53). Dem kann nicht gefolgt werden. Die Beklagte respektive ihre Tochtergesellschaften erbringen ...-ärztliche Dienstleistungen. Wie bereits dargelegt wurde, setzt eine Konkurrenzierung voraus, dass auf der Angebotsseite ...-ärztliche Dienstleistungen erbracht oder beworben werden, Kunden oder Angestellte abgeworben werden oder die Marktstellung sonst wie (unmittelbar) beeinträchtigt wird (E. III/3.1 und E. 3.3.3). Konkret wirft die Beklagte dem Kläger lediglich vor, sich in einer Broschüre als Mitglied des D.____-Teams und als Co-Investor präsentiert und zusammen mit der D.____-Holding AG Investoren bzw. Kapital für eine "outpatient platform" in Deutschland gesucht zu haben (Urk. 11 Rz 47, Urk. 20 Rz 49 ff., Urk. 25 Rz 51: "zur Investorensuche [...]"). Selbst wenn diese Broschüre (auch) auf die Erbringung von ambulanten Leistungen in der ...-Medizin ausgerichtet wäre, ist nicht ersichtlich und wird von der Beklagten auch nicht näher dargelegt, dass der Kläger damit das Stadium der Vorbereitungsmaßnahmen überschritt und bereits kundenwirksam aktiv wurde. Ist einem Arbeitnehmer die Gründung und Eintragung einer Konkurrenzfirma erlaubt, wofür regelmässig Kapital benötigt wird, kann die Suche nach Kapital bzw. Investoren nicht schon als Konkurrenzierung, "in Wettbewerb treten" oder anderweitig treuwidrige Handlung betrachtet werden. Indem einzelne Teammitglieder in der Broschüre ihre berufliche Erfahrung bei der "A1.____ Group" erwähnen (Urk. 14/17), ist ebenfalls keine Beeinträchtigung der Marktstellung der Beklagten dargetan. Mit dem Kläger ist daher dafürzuhalten, dass die Suche nach Investoren für Projekte noch keine Konkurrenzierung der Beklagten darstellte (Urk. 17 S. 6). 3.7.6 Der Kläger führte in seinem Plädoyer (Urk. 17) und damit rechtzeitig aus, er sei zu keiner Zeit an der D.____ Holding AG beteiligt gewesen. Die Gesellschaft habe die Idee gehabt, eine Gruppe von Kindertagesstätten und/oder eine multidisziplinäre Arztkette aufzubauen. Eine Investition im ...-Bereich sei aufgrund des Konkurrenzverbotes von H.____ ausgeschlossen gewesen und entsprechende Anfragen seien konsequent abgelehnt worden. Fakt sei, dass die D.____ Holding AG und auch H.____ nie im ...-Bereich aktiv gewesen seien.

- 32 - Dass die Eigentümerinnen der D.____ Holding AG auf ihre bisherige berufliche Tätigkeit im ...-Bereich verwiesen hätten, könne ihnen nicht vorgeworfen werden. Er sei interessiert gewesen, sich an Akquisitionen der D.____ Holding AG als Co-Investor zu beteiligen, aber während der Dauer des Wettbewerbsverbotes nicht im ...-Bereich. Investitionen im ...-Bereich seien ausgeschlossen gewesen und das Projekt einer

ambulanten Ärzteplattform sei im November noch vor der fristlosen Entlassung gestoppt worden (Urk. 17 S. 6). 3.7.7 Entgegen der Beklagten blieben die Behauptungen, dass der Kläger mit der Broschüre auf Investments im ...-Markt zielte, er "dieses Werbematerial" bei Gesprächen mit potentiellen Investoren für eine ambulante Ärzteplattform insbesondere in der ...-Medizin verwendete und die Broschüre unverkennbar auf die Sparte ...-Medizin ausgerichtet ist, keineswegs unbestritten (Urk. 25 Rz 46, Rz 50). Aus diesem Grund kann auch nicht einfach unterstellt werden, der Kläger habe geschäftliche Aktivitäten im Geschäftsbereich der Beklagten entfaltet (Urk. 25 Rz 53). In der Berufungsschrift verweist die Beklagte für die Richtigkeit ihrer Sachdarstellung auf die Broschüre selber (Urk. 14/17), die – wie bereits erwähnt – "unverkennbar auf die Sparte ...-Medizin ausgerichtet" sei. Zudem macht sie geltend, die Vorinstanz habe die Aussage von H._____ (Urk. 22/8) nicht beachtet, wonach die Broschüre zur Investorensuche und für die Akquisition eines Krankenhauses verwendet worden sei (Urk. 25 Rz 50 f.). Dass die Vorinstanz in diesem Zusammenhang anderweitig Beweisanträge übergangen habe, macht die Beklagte nicht geltend. Die Vorinstanz hat nicht übersehen, dass in der Broschüre auf die ...- Branche verwiesen wird. In allgemeiner Form wird darin erwähnt, dass sich in gewissen (medizinischen) Spezialgebieten Gruppen formieren (z.B. Labors, Augenheilkunde, Strahlenbehandlung und ...-Medizin) und fast alle Spezialdisziplinen in Deutschland (im Gegensatz zu den übrigen europäischen Märkten) noch stark fragmentiert sind (z.B. über 70'000 praktizierende ...-ärzte in Deutschland, 77% in Einzelpraxen). Darüber hinaus wird erwähnt, dass das Team der D._____ Holding AG, das 2017 eine führende kontinentaleuropäische ...-Kette aufbaute, über Wissen, Erfahrung und Fähigkeiten für die Konsolidierung von dezentralisier-

- 33 - ten Dienstleistungskonzepten verfügt. Schliesslich wird darauf hingewiesen, dass L._____ für die "A1._____" tätig war und der Kläger als CEO der A1._____ Group fungiert (Urk. 14/17). Dies alles lässt zwar eine Nähe zur ...-Branche erkennen. Allerdings ist dies wesentlich durch die bisherige Tätigkeit der Teammitglieder begründet. Die Broschüre wirbt allgemein für den Aufbau einer ambulanten Versorgungsplattform ("outpatient platform") und erwähnt auch andere Disziplinen, ohne sich auf den ...-Markt zu beschränken. Die Beklagte erwähnt denn auch selbst, der Kläger habe mit dem D._____ -Team ab Juni/Juli 2018 das Projekt "N._____" und danach das Projekt "Multidisziplinäre Arztkette" verfolgt (Urk. 20 Rz 31, Rz 40 ff., insb. Rz 44: "So entstand der Teaser"). Mit der Broschüre allein lässt sich somit nicht erstellen, dass der ...-Markt avisiert und für diese Branche nach Investoren gesucht wurde, nachdem der Kläger dagegenhält, entsprechende Anfragen seien konsequent abgelehnt worden bzw. Investitionen im ...-Bereich ausgeschlossen gewesen. Aus den schriftlichen Aussagen H._____, die D._____ Holding AG und der Kläger hätten mit etwas Glück ein Krankenhaus gefunden und zwecks Finanzierung mit Investoren gesprochen (Urk. 22/8 S. 3), lässt sich kein Bezug zur ...-Medizin herstellen, was die Beklagte auch gar nicht behauptet (Urk. 25 Rz 51). Ohnehin könnten die schriftlichen Aussagen H._____ eine förmliche Zeugeneinvernahme nicht ersetzen (BGer 5A_723/2017 vom 17. März 2018, E. 7.4.2; BK ZPO-Rüetschi, Art. 177 N 17). Weitere Beweisanträge enthält die Berufung nicht (BGE 144 III 394 E. 4.2 S. 398). Von eigentlichen geschäftlichen Aktivitäten im Geschäftsbereich der Beklagten kann daher nicht ausgegangen werden. Auf das von der Beklagten in diesem Kontext ebenfalls erwähnte Auftreten des Klägers mit L._____ an der ... Healthcare Conference (Urk. 25 Rz 46) ist später einzugehen (E. III/3.9). 3.7.8 Damit bleibt es beim vorinstanzlichen Verdikt, dass im Zusammenwirken des Klägers mit der

D._____ Holding AG keine Verletzung der Treuepflicht auszumachen ist, die zur fristlosen Kündigung berechtigte. 3.8.1 Separate Erwägungen widmete die Vorinstanz dem Vorhalt, der Kläger habe versucht, zusammen mit der D._____ Holding AG zwecks Eintritt in den deutschen ...-Markt ein Krankenhaus in Deutschland zu kaufen. Die Beklagte

- 34 - brachte vor, der Aufbau einer Unternehmensgruppe für ...-ärztliche Dienstleistungen in Deutschland den Erwerb eines Krankenhauses voraus. Bereits unter der Führung des Klägers (und danach) habe sie daher nach einem zum Verkauf stehenden Krankenhaus Ausschau gehalten. Im November 2018 habe sie die O._____ GmbH & Co. KG erwerben können. Der Kläger habe gewusst, dass auch die Beklagte den Markteintritt in Deutschland anstrebe. Er sei mit der Suche nach einem Krankenhaus in direkte Konkurrenz zur Beklagten getreten (Urk. 11 Rz 75 f.). Schliesslich hätten der Kläger und das D._____ -Team ein Krankenhaus gefunden, das aber negative Zahlen geschrieben habe "und etwa 10 Mio." gekostet hätte. Um den Erwerb zu finanzieren, habe der Kläger mit Investoren gesprochen, an Investorenmeetings teilgenommen, Kontakte zu möglichen Co-Investoren hergestellt und auch Deal-Sourcing betrieben (Urk. 20 Rz 53 ff.). 3.8.2 Der Kläger räumte ein, die D._____ Holding AG habe sich für kurze Zeit für ein defizitäres Krankenhaus im E._____ interessiert, dieses Projekt aber nicht weiterverfolgt und damit (mit ihm als Co-Investor) den F._____ -Pflegedienst übernommen (Urk. 17 S. 6). Im ...-Bereich sei er nie tätig geworden (Prot. I S. 7). Die Beklagte beschränke sich auf die Aufzählung von Konkurrenzierungsmöglichkeiten, sei aber nicht in der Lage, eine konkrete Konkurrenzsituation zu nennen. 3.8.3 Die Vorinstanz wies darauf hin, dass eine Konkurrenzierung nur auf der Angebotsseite relevant sein kann. Für die Vorinstanz fiel einerseits ins Gewicht, dass die Beklagte erst im November 2018 bereit war, ...-ärztliche Dienstleistungen in Deutschland anzubieten. Damit sei es dem Kläger vor November 2018 nicht möglich gewesen, gleichartige Leistungen wie die Beklagte anzubieten. Andererseits leitete sie aus der Besprechungsnotiz von H._____ (Urk. 22/8 S. 3) ab, dass es beim Versuch, ein Krankenhaus zu kaufen, um die Bereiche Urologie, Gynäkologie und Kardiologie gegangen sei. Es sei daher nicht erstellt, dass der Kläger gleichartige Leistungen wie die Beklagte habe anbieten wollen. Damit sei auch der versuchte Krankenhauskauf nicht als Treuepflichtverletzung einzustufen (Urk. 26 S. 17 f.). 3.8.4 Die Beklagte beanstandet mit der Berufung, die Vorinstanz habe ihre Behauptungen zu Unrecht nicht als unbestrittene Parteivorbringen behandelt. Sie

- 35 - habe vorgebracht, seit Ende 2017 zwecks Eintritt in den deutschen Markt ein Krankenhaus gesucht zu haben. Wenn der Kläger nun mit seinen Firmen zur selben Zeit bzw. im Herbst 2018 versuche, zwecks Eintritt in den ...-Markt in Deutschland ein Krankenhaus zu erwerben, sei dies eine Tätigkeit, welche die Interessen der Beklagten klar verletze. Die Würdigung der Vorinstanz, dass dies keine Treuepflichtverletzung darstelle, sei abwegig. Der Kläger sei kurz vor dem Erwerb eines Krankenhauses gestanden, was weit über eine zulässige Vorbereitungshandlung hinausgehe. Deal Sourcing sei ein aktives Auftreten als möglicher Käufer im Markt, damit Angebote eingingen. Die Broschüre sei unverkennbar auf die ...-Medizin ausgerichtet. Die Aussage H._____s sei als Schutzbehauptung zu werten und der Kläger habe lediglich behauptet, der "Teaser" spreche von Urologie, Gynäkologie und Kardiologie, was aber offensichtlich falsch sei. Für den Betrieb einer Spitex-Organisation müsse wiederum kein Krankenhaus erworben werden. Dass der Kläger ein Krankenhaus erwerben und ...-ärztliche Dienstleistungen habe anbieten wollen, ergebe sich zudem aus seinen Aussagen an der ... Healthcare Conference.

Demnach hätten Gespräche mit Private Equity-Häusern stattgefunden. Aber selbst wenn der Kläger während der Freistellung mit dem D.____-Team ein Krankenhaus gesucht und gefunden hätte, das nicht (oder noch nicht) für den Betrieb einer ...-Kette bestimmt gewesen wäre, würde bereits seine Unterstützung der Krankenhaussuche für sich allein eine Verletzung der Treuepflicht darstellen. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt, ihren Anspruch auf rechtliches Gehör und Art. 337 OR in Verbindung mit Art. 321a OR verletzt (Urk. 25 Rz 56 ff., Rz 83). 3.8.5 Mit ihrer Argumentation geht die Beklagte über weite Strecken an der vorinstanzlichen Begründung vorbei. Die Beklagte zeigt mit ihren Beanstandungen nämlich nicht ansatzweise auf, dass der Kläger vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses direkt oder indirekt mit einer Konkurrenzierung der Beklagten (d.h. mit der Erbringung ...-ärztlicher Dienstleistungen) begann. Dies hielt die Vorinstanz zu Recht für entscheidend. Die blosser Suche nach einem Krankenhaus bzw. nach Investoren stellt jedenfalls keine Konkurrenzierung auf der Angebotsseite dar, und zwar auch dann nicht, wenn eine konkurrenzierende Tätigkeit in Aussicht genommen wird. Deshalb kann auch die Berufung auf Deal Sourcing

- 36 - als Teil des Akquisitionsprozesses bzw. auf aktives Auftreten als Käufer im Markt nicht zielführend sein. Die Beklagte versucht daher, bereits die Bestrebungen, ein Krankenhaus zu erwerben, mit dem Ziel, in Zukunft einmal ...-ärztliche Leistungen anzubieten, als treuwidrige Handlung darzustellen. Dem kann nicht gefolgt werden. Beginnt der Arbeitnehmer, eine spätere konkurrenzierende Tätigkeit vorzubereiten, dürfte dies in den meisten Fällen den Interessen des Arbeitgebers zuwiderlaufen. Solange dabei keine wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers unmittelbar tangiert werden, kann darin keine Treuepflichtverletzung gesehen werden. Nach einer Kündigung steht es dem Arbeitnehmer offen, den Arbeitgeber nicht unmittelbar schädigende Vorbereitungen für den Antritt einer neuen Stelle oder für die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit zu treffen, was auch für lei- tend Angestellte gilt (ZK-Staehelin, Art. 321a OR N 39, mit Verweis auf BGer JAR 1993, S. 265 ff.). Wäre es dem Arbeitnehmer erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erlaubt, eine spätere Tätigkeit vorzubereiten, würde das vertragliche Konkurrenzverbot für eine beschränkte Zeit zu einem nachvertraglichen. Im vorliegenden Fall ist es noch nicht einmal zum Kauf eines Krankenhauses gekommen. Es kann daher keine Rede davon sein, der Kläger habe "ein ...- Business aufgebaut", das zur Beklagten in Wettbewerb getreten sei (Urk. 25 Rz 85). Wenn die Beklagte bereits in der Unterstützung der Suche nach einem Krankenhaus eine Treuepflichtverletzung erblickt, übersieht sie einmal mehr, dass sogar die Gründung und Eintragung einer Konkurrenzfirma als zulässig betrachtet wird, solange diese vor Ablauf der Kündigungsfrist ihre Tätigkeit nicht aufnimmt. Entsprechendes behauptet die Beklagte nicht. Der von ihr als zulässig erachtete Kauf von Büromöbeln (Urk. 25 Rz 70) lässt sich auch mit der Gründung einer Firma nicht vergleichen. Mit anderen Worten darf sich der Arbeitnehmer in Startposition begeben, um nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses umgehend mit der (während des Arbeitsverhältnisses verpönten) Erwerbstätigkeit beginnen zu können. Vor diesem Hintergrund ist belanglos, wie sich H.____ geäußert hat und was sich aus der Broschüre genau ergibt. Selbst wenn die Suche nach einem Krankenhaus in der Absicht erfolgt wäre, nach dem 1. Januar 2019 ...-ärztliche Dienstleistungen zu erbringen, hätte kein Grund für eine fristlose Kündigung vorgelegen. Der Vollständigkeit halber ist zu bemerken, dass sich die Beklagte für ihre

- 37 - Sachdarstellung mehrfach auf die Besprechungsnotiz von H._____ berief (Urk. 26 S. 17). Der Vorinstanz ist daher kein Vorwurf zu machen, wenn sie darauf einging und zum Schluss kam, aus der Besprechungsnotiz könne nicht abgeleitet werden, der Kläger habe gleichartige Leistungen anbieten wollen, wenn der Krankenhaus- kauf gelungen wäre. Aufgrund des Gesagten ist dies aber nicht ausschlaggebend. Auf den Inhalt der Broschüre wurde im Übrigen bereits in E. III/3.7.7 eingegangen. Der Vorwurf der Verletzung des rechtlichen Gehörs und der unrichtigen Sachver- haltfeststellung gehen damit von vornherein ins Leere. Auch eine unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz liegt nach dem Gesagten nicht vor. 3.9.1 Vom 14. bis 15. November 2018 fand die ... 2018 London Healthcare Conference statt (Urk. 14/18, Urk. 14/20). Die Beklagte liess den Kläger beobach- ten (Urk. 11 Rz 80, Urk. 20 Rz 75, Urk. 22/4). Am 21. November 2018 konfrontier- te die Beklagte den Kläger mit den "Resultaten der Beobachtungen" (Urk. 11 Rz 81). Am 23. November 2018 sprach die Beklagte die fristlose Kündigung aus (Urk. 5/8). 3.9.2 Die Beklagte machte vor Vorinstanz geltend, der Kläger habe an der Konferenz ein ausgiebiges Gesprächsprogramm mit diversen Akteuren im inter- nationalen Gesundheitsmarkt und potentiellen Investoren absolviert (Urk. 11 Rz 82 ff.). Zudem habe sich der Kläger mit P._____, dem CEO der grössten briti- schen ...-Medizinkette und einer der grössten Konkurrentinnen der Beklagten, ge- troffen (Urk. 11 Rz 99 f.). Mit der Konferenzteilnahme und den Gesprächen habe der Kläger aktive Tätigkeiten entfaltet, die in direkter Konkurrenz zur Beklagten gestanden seien (Urk. 11 Rz 101 f.: Beziehungspflege mit Private-Equity-Fonds; Treffen mit Investoren im Healthcare-Bereich bzw. der ...-Industrie; Gespräche über mögliche Investitionen im Gesundheitswesen und explizit auch im ...-Markt in Deutschland, Norwegen und der Schweiz; Suche nach Co-Investoren für den ge- planten Kauf eines Krankenhauses zwecks Eintritts in den deutschen ...-Markt; Präsentation des Klägers und des D._____-Teams als eingespieltes Team mit gemeinsamen Erfahrungen bei der C._____ Holding und der A1._____-Gruppe). Der Kläger sei federführend gewesen und habe Deal Sourcing und Fundraising betrieben (Prot. I S. 12 f.).

- 38 - 3.9.3 Der Kläger räumte ein, dass er mit verschiedenen Investmentgesell- schaften und Private Equity-Häusern Gespräche geführt habe. Er hält allerdings dafür, dass eine konkrete Konkurrenzierung von der Beklagten nicht behauptet worden sei und auch nicht stattgefunden habe. Einzelnen Investoren gegenüber habe er erklärt, dass Gespräche über ...-Projekte nicht bzw. erst 2019 möglich seien. Mit P._____ habe er ein Gespräch über die Marktsituation geführt. Weder ein Treffen mit Vertretern der Private Equity-Funds oder Investoren im Health- care-Bereich noch generische Gespräche mit diesen Leuten würden die Treue- pflicht eines Arbeitnehmers verletzen. Er sei während vieler Jahre im Private Equity-Bereich tätig gewesen und habe per 1. Januar 2019 eine neue Stelle ge- sucht. Ein Arbeitnehmer dürfe im gekündigten Verhältnis seine Beziehungen pflie- gen, um auf diese Weise allenfalls eine neue Stelle zu finden (Urk. 17 S. 6 f.). 3.9.4 Nach Auffassung der Vorinstanz brachte die Beklagte mit ihren Aus- führungen selbst zum Ausdruck, dass sich "der Kläger mit der Teilnahme an der Konferenz zwecks Eintritt in den deutschen ...-Markt" im Versuchsstadium befunden habe. Dabei habe die Beklagte nicht behauptet, dass der Kläger ein Kran- kenhaus gekauft und Dienstleistungen im für die Beklagte relevanten Markt ange- boten habe. Inwiefern das Deal-Sourcing, also das Ausloten von Geschäftsmög- lichkeiten, als konkurrenzierende Tätigkeit zu bewerten sei, erschliesse sich nicht. Eine Konkurrenzierung durch "Beziehungspflege im Geschäftsbereich der Beklagten" könne in der vorliegenden Konstellation nicht genügen. Die Beklagte nenne zwar verschiedene Gesprächspartner, lege aber nicht nachvollziehbar dar, dass der Kläger mit der

Beklagten in Wettbewerb getreten sei oder Arbeitnehmer oder Kunden der Beklagten abgeworben habe. Überdies nenne sie keine Beweismittel, die eine Konkurrenzierung oder einen Verstoß gegen Treu und Glauben belegen könnten (Urk. 26 S. 10 f.). 3.9.5.1 Die Beklagte rügt zunächst, die Vorinstanz habe ihre Vorbringen zu Unrecht als bloße Parteibehauptungen qualifiziert anstatt sie als unbestrittene bzw. zugestandene Tatsachen ihrem Urteil zugrunde zu legen. Sie zitiert beispielhaft aus ihrem vorinstanzlichen Vortrag, was als zugestandene Tatsachen betrachtet werden müsse. Die Vorbringen des Klägers im Plädoyer seien unzulässig-

- 39 - ge Noven und – soweit der Kläger in London Bewerbungsgespräche geführt haben wolle – als unglaubwürdige Schutzbehauptungen zu werten (Urk. 25 Rz 72 bis Rz 77). Aber selbst wenn ihre Behauptungen korrekt bestritten worden wären, hätte ihr zumindest die Gelegenheit eingeräumt werden müssen, ihre Behauptungen zu beweisen (Urk. 25 Rz 87). 3.9.5.2 Die im Plädoyer des Klägers (Urk. 17) enthaltenen Tatsachenbehauptungen können nicht als verspätet zurückgewiesen werden (E. III/2). Aber darauf kommt es letztlich gar nicht an. Die Vorinstanz hat eine Treupflichtverletzung nicht deshalb verneint, weil sie den Sachvortrag der Beklagten als bestritten bzw. nicht erstellt betrachtete. Vielmehr konnte sie in der Konferenzteilnahme und in den von der Beklagten geschilderten Gesprächen kein krass illoyales Verhalten des Klägers erkennen, das eine fristlose Kündigung gerechtfertigt hätte. Soweit die Vorinstanz beifügte, die Beklagte bringe "überdies keine Beweismittel vor", die eine Konkurrenzierung bzw. eine Treuwidrigkeit belegten, kann dies nur so verstanden werden, dass auch die von der Beklagten genannten Beweismittel als untauglich erachtet wurden, um eine Konkurrenzierung oder Treuwidrigkeit zu belegen. Dies ändert aber nichts daran, dass die erfolgreiche Berufung auf Art. 337 OR bereits an der Voraussetzung eines schlüssigen, vollständigen Sachvortrags scheiterte. Eine erfolgreiche Berufung auf das Recht auf Beweis hätte im Übrigen erfordert, dass die Beklagte mit der Berufung übergangene Beweisangebote erneuert und aufzeigt, inwiefern ein Beweismittel für den Ausgang des Verfahrens erheblich ist. Dies hat sie nicht getan. Eine Verletzung der Verhandlungsmaxime, der Bestimmungen über das Novenrecht oder des Rechts auf Beweis liegt nicht vor. 3.9.6.1 Die Beklagte wirft der Vorinstanz weiter vor, sie habe unberücksichtigt gelassen, dass sich die treuwidrigen Aktivitäten ab der zweiten Hälfte der Freistellungsdauer akzentuiert hätten, dass der Kläger bereits mit Schreiben vom

E. 3.13

Die Beklagte dringt mit ihren Beanstandungen nicht durch. Die fristlose Kündigung war ungerechtfertigt. Die Rechtsfolgen der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung (Urk. 26 S. 19 ff.) wurden nicht angefochten. Damit ist die Berufung abzuweisen und Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Urteils zu bestätigen. IV. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die unterliegende Beklagte für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Demzufolge ist auch das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffern 3 bis 6) zu bestätigen. Der Streitwert im zweitinstanzlichen Verfahren beträgt Fr. 54'984.–. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr ist auf Fr. 5'950.– (§ 4 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG) und die zweitinstanzliche Parteientschädigung auf Fr. 4'000.– (§ 4 Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV) festzusetzen. Infolge des ausländischen Wohnsitzes des Klägers entfällt ein Mehrwertsteuerzuschlag. Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 3.

Abteilung, vom 12. März 2020 am 15. September 2020 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als die Klage (Rechtsbegehren Ziffern 1 und 3) im Fr. 38'317.30 netto sowie Fr.

16'666.70 brutto = netto, je nebst 5% Zins seit 26. November 2018, übersteigenden Umfang abgewiesen wurde. 2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen und die Dispositiv-Ziffern 1 sowie 3 bis 6 des Urteils des Arbeitsgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 12. März 2020 werden bestätigt.

- 47 - 2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 5'950.– 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. 4'000.– 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.

- 48 - 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. 54'984.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 4. Dezember 2020 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. D. Scherrer lic. iur. C. Faoro versandt am: lb

E. 4

Mit Schreiben vom 23. November 2018 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger gestützt auf Art. 337 OR fristlos (Urk. 5/8). Am 30. November 2018 wurde der Kläger von der A._____ HoldCo I AG dahingehend

- 5 - informiert, dass er als "Bad Leaver" im Sinne des Shareholders' Agreement gelte und ihm für seine Aktien lediglich der von ihm bezahlte Preis vergütet werde (Urk. 5/9, vgl. auch Urk. 1 Ziff. 9, Urk. 11 Rz 111). Mit Schreiben vom 6. Dezember 2018 teilte die Beklagte dem Kläger auf dessen Anfrage mit, er habe bei verschiedenen Gelegenheiten seine Treuepflichten, insbesondere seine Nichtkonkurrenzverpflichtung, grob verletzt (Urk. 5/10, Urk. 5/11). Der Kläger wies die Vorwürfe mit Schreiben vom 16. Dezember 2018 zurück (Urk. 5/12). Dem Kläger wurde trotz der am 23. November 2018 ausgesprochenen Kündigung der gesamte Lohn für den Monat November 2018 ausbezahlt (Urk. 5/19).

E. 4.12

des Arbeitsvertrags eine strenge Nichtkonkurrenzverpflichtung vereinbart hätten, die auch während des Arbeitsverhältnisses gegolten habe. Darin habe sich der Kläger verpflichtet, "[...], weder direkt noch indirekt, weder auf eigene Rechnung noch auf Rechnung einer anderen Person, Firma oder Gesellschaft, und weder als Beauftragter, Leiter, Direktor, Partner, Manager, Arbeitnehmer, Berater, Aktionär oder wirtschaftlicher Eigentümer einer andern Person, Firma oder Gesellschaft:

- 21 - – im Geschützten Gebiet eine geschäftliche Tätigkeit auszuüben oder in einer solchen engagiert, betroffen oder interessiert zu sein, die das Geschäft von A. _____ direkt oder indirekt konkurrenziert oder wahr- scheinlich konkurrenziert, – zu versuchen (im Wettbewerb mit dem Geschäft von A. _____), von ei- ner Person, Firma oder Gesellschaft, die ein Kunde von A. _____ sein wird oder es irgendwann während der Dauer des Arbeitsverhältnisses war, Aufträge zu erhalten, diesen abzuwerben oder mit ihm Geschäfte zu tätigen." Der Kläger habe – so die Beklagte weiter – während seiner Freistellung trotz Abmahnung geschäftliche Aktivitäten im Geschäftsbereich der Beklagten und damit konkurrenzierende Tätigkeiten oder zumindest Tätigkeiten, die den Interes- sen der Beklagten klar zuwiderlaufen würden, entfaltet (Urk. 25 Rz 91 ff.; vgl. be- reits Urk. 20 Rz 77).

E. 5

Mit Klageschrift vom 28. März 2019 und unter Einreichung der Klagebe- willigung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich vom 6. März 2019 machte der Kläger die Klage mit obgenanntem Rechtsbegehren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1, Urk. 3). Mit der Klage fordert der Kläger den Lohn für den Monat Dezem- ber 2018 und eine Entschädigung in der Höhe von vier Monatslöhnen wegen un- gerechtfertigter fristloser Entlassung (Art. 337c Abs. 1 OR). Nach Erstattung der schriftlichen Klageantwort (Urk. 11) wurden die Parteien auf den 18. November 2019 zur Hauptverhandlung vorgeladen (Urk. 15, Prot. I S. 5 ff.). Am 12. März 2020 trat die Vorinstanz auf Rechtsbegehren Ziffer 2 (Feststellungsbegehren) nicht ein und hiess die Klage teilweise gut (Urk. 23 = Urk. 26).

E. 6

Gegen den ihr am 17. März 2020 zugestellten Entscheid erhob die Be- klagte mit Eingabe vom 18. Mai 2020, gleichentags zur Post gegeben und hierorts eingegangen am 19. Mai 2020, Berufung mit den eingangs gestellten Anträgen (Urk. 24/2, Urk. 25). Der Kostenvorschuss von Fr. 5'950.– wurde rechtzeitig ge- leistet (Urk. 29, Urk. 30). Die Berufungsantwort datiert vom 3. September 2020 (Urk. 32) und wurde am 8. September 2020 der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 35/1). Seither sind keine weiteren Eingaben mehr erfolgt. II. 1. Der Kläger machte vor Vorinstanz geltend, er habe während der Freistel- lung Gespräche führen und seine spätere Tätigkeit vorbereiten dürfen und dabei

- 6 - weder seine Treuepflicht verletzt noch die Beklagte in ihrem Geschäftsbereich konkurrenziert (Urk. 1 Ziff. 11). Er sei "bis heute" nicht im ...-Bereich tätig gewor- den (Prot. I S. 7). Die D. _____ Holding AG, als deren Co-Investor er aufgetreten sei, habe sich während kurzer Zeit für ein defizitäres Krankenhaus im E. _____ [Region in Deutschland] interessiert, dieses Projekt aber nicht weiterverfolgt und dafür mit ihm als Co-Investor den F. _____-Pflegedienst übernommen (Urk. 17 S. 6, Urk. 1 Ziff. 11). Die Beklagte beschränke sich auf die Aufzählung von Kon- kurrenzierungsmöglichkeiten, sei aber nicht in der Lage, eine konkrete Konkur- renzsituation zu nennen (Urk. 17 S. 7). Die fristlose Kündigung sei ungerechtfertigt und einzig und allein mit der Absicht erfolgt, ihn zu einem "Bad Leaver" im Sinne des Shareholders' Agreements zu machen (Urk. 1 Ziff. 9, Ziff. 13). Die Be- klagte habe ihm daher den Lohn für den Monat Dezember 2018 und eine Ent- schädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR zu bezahlen (Urk. 1 Ziff. 14). 2. Die Beklagte stellte sich auf den Standpunkt, der Kläger habe seine ar- beitsvertragliche Treuepflicht, insbesondere seine Nichtkonkurrenzierungsver- pflichtung grob verletzt, obwohl er mit Schreiben vom

17. April 2018 darauf aufmerksam gemacht worden sei, dass eine Verletzung der Treuepflicht durch Konkurrenzierung der Beklagten Sanktionen bis hin zur fristlosen Entlassung haben könnten (Urk. 11 Rz 103). Der Kläger habe während der Kündigungsfrist "verschiedene geschäftliche Aktivitäten, namentlich mit Bezug zum ...-Geschäft, aber auch in Bezug auf den Erwerb eines Krankenhauses in Deutschland" entfaltet (Urk. 11 Rz 41): - Er habe im April 2018 Kontakt mit Dr. G._____, dem CEO einer ...-Kette in der Romandie, aufgenommen (Urk. 11 Rz 42). - Im Juli 2018 habe er sich in Begleitung von H._____, einer ehemaligen Investment Managerin der C._____ Holding AG, mit den Geschwistern I._____, den Gründerinnen der (im Juni 2017 an die C._____ Holding AG verkaufte) ...-Kette "J._____", getroffen, was zumindest äusserlich den Eindruck einer geschäftlichen Zusammenkunft im Rahmen eines "Business Lunch" erweckt habe (Urk. 11 Rz 43 ff.).

- 7 - - Im Mai 2018 habe der Kläger mit der K._____ AG eine eigene Gesellschaft gegründet, deren Gesellschaftszweck sehr weit gefasst sei und auch "eine Geschäftstätigkeit wie diejenige der Beklagten" ermögliche. Zudem habe der Kläger im Sommer 2018 einen Teil der von ihm gemieteten Büroräumlichkeiten der D._____ Holding AG untervermietet, deren Inhaberinnen (H._____ und L._____) zwei ehemalige Mitarbeiterinnen des Klägers seien (Urk. 11 Rz 51 ff., Urk. 20 Rz 24). - Der Kläger habe ab Sommer 2018 eng mit dem D._____ -Team zusammen gearbeitet (insbesondere beim Deal Sourcing, Fundraising und bei der Investorensuche) und sich in einer auf den ...-Markt zielenden Broschüre als Mitglied des D._____ -Teams dargestellt. Er habe versucht, mit dem D._____ -Team zwecks Eintritt in den Markt Deutschland ein deutsches Krankenhaus zu kaufen (Urk. 11 Rz 67 ff., Rz 103). Damit sei der Kläger in direkte Konkurrenz zur Beklagten getreten, da auch sie einen Markteintritt in Deutschland angestrebt und deshalb in einem ersten Schritt ein Krankenhaus erwerben müssen (Urk. 11 Rz 75 f.). - Schliesslich habe der Kläger im November 2018 als "Healthcare Executive und Company Representative" an der ... Healthcare Conference in London teilgenommen, an der die Beklagte den Kläger habe beobachten lassen. Aufgrund der vom Kläger geführten Gespräche sei für die Beklagte endgültig klar gewesen, dass der Kläger aktiv Tätigkeiten (Beziehungspflege mit Private Equity-Funds mit Bezug zum Gesundheitswesen, Treffen und Gespräche mit Investoren und wichtigen Akteuren im Healthcare-Bereich) entfaltet habe, die in direkter Konkurrenz zu ihr gestanden hätten (Urk. 11 Rz 77 ff.).

E. 9

Januar 2018 (Urk. 14/2) auf seine während der Freistellung bestehende Treuepflicht aufmerksam gemacht worden sei und dass die Beklagte den Kläger aus Anlass der Teilnahme an einer früheren Konferenz am 17. April 2018 verwarnt und auf die Sanktion der fristlosen Entlassung hingewiesen habe. Die Vorinstanz

- 40 - übergehe auch den Umstand, dass nach einer Verwarnung schon ein weniger schwerwiegender Verstoss ähnlicher Art eine fristlose Kündigung rechtfertigen könne; frühere Vorfälle könnten zusammen mit einem nicht ausreichenden neuen Vorfall das Fass gleichsam zum Überlaufen bringen. Der Kläger habe während seiner Freistellung trotz Abmahnung geschäftliche Aktivitäten im Geschäftsreich der Beklagten und damit konkurrenzierende Tätigkeiten entfaltet (Urk. 25 Rz 78 ff.). 3.9.6.2 Zur Abmahnung gehört, dass der Arbeitgeber in einer dem Arbeitnehmer deutlich erkennbaren Weise bestimmte Mängel beanstandet und damit den Hinweis verbindet, im Wiederholungsfall sei der Sinn oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet (BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 337 OR N

2, mit Verweis auf die Rechtsprechung). Vorliegend fehlt es bereits an einem "früheren Vorfall" bzw. an einer früheren Vertragsverletzung, die für den Wiederholungsfall hätte abgemahnt werden können. Im Schreiben vom 9. Januar 2018 wird in allgemeiner Form auf die Treuepflicht während der Kündigungsperiode aufmerksam gemacht (Urk. 14/2). In der E-Mail vom 17. April 2018 werden – wie der Kläger zu Recht einwendet (Urk. 32 S. 8) – lediglich Rechtsfolgen für den Fall der Verletzung der Treuepflicht in Aussicht gestellt (Urk. 14/3). Entgegen der Darstellung der Beklagten kann der E-Mail insbesondere nicht entnommen werden, dass der Kläger mit einer fristlosen Entlassung rechnen muss, "falls er solche Aktivitäten nochmals entfalten sollte" (Prot. I S. 12). Vor allem aber vermag die Beklagte nicht aufzuzeigen, dass es nach dem 17. April 2018 zu einem (wenn auch weniger schwerwiegenden) Verstoss gegen die Treuepflicht gekommen ist. Die pauschale Berufung auf "geschäftliche Aktivitäten im Geschäftsbereich der Beklagten" (Urk. 25 Rz 81) reichen für die Bejahung einer konkurrenzierenden Tätigkeit – wie bereits mehrfach ausgeführt – nicht aus.

3.9.7.1 Die Beklagte moniert auch im Zusammenhang mit der Konferenzteilnahme, der Kläger habe das Mass der unbedenklichen Vorbereitungshandlung weit überschritten. Die Feststellung der Vorinstanz, wonach sie selber gesagt haben solle, der Kläger habe sich mit der Teilnahme an der Konferenz im Versuchsstadium befunden, sei unrichtig. Deal-Sourcing sei auch nicht nur ein Ausloten

- 41 - von Geschäftsmöglichkeiten. Sie habe aufgezeigt, dass Networking und Deal-Sourcing wichtige Bestandteile des Akquisitionsprozesses seien. Sourcing sei ein aktives Auftreten als möglicher Käufer im Markt, damit Angebote eingehen würden. Sie habe substantiiert dargelegt, mit wem der Kläger gesprochen habe und dass die Gesprächsthemen zeigten, dass der Kläger ein ...-Business aufgebaut habe. Der Entscheid der Vorinstanz sei auch angesichts der diesbezüglich klaren Rechtsprechung unhaltbar. So dürften Mitarbeiter während der Kündigungsfrist Marktteilnehmer und Kunden nur wertefrei über ihr Ausscheiden informieren. Als aktive Konkurrenz (und nicht als Vorbereitungshandlung) sei das Verteilen von Flyern mit eigenen Visitenkarten für Gebäudereinigungen während laufendem Arbeitsverhältnis durch einen Fensterreiniger taxiert worden. Das Bundesgericht habe das aktive Auftreten am Markt von zwei Direktoren, die während der Kündigungsfrist eine Konkurrenzfirma gegründet hätten, als grobe Treuepflichtverletzung gewertet, die eine fristlose Kündigung rechtfertige. Zwischen einem Flyer mit Visitenkarte bzw. einem Faltprospekt für das eigene Geschäft und einer Broschüre, mit welcher der Kläger um Investoren für die Errichtung einer ambulanten Ärzteplattform in der ...-Medizin geworben habe, bestehe kein Unterschied. Zudem sei der Kläger kurz davor gestanden, in Deutschland für rund "10 Mio." ein Krankenhaus zu kaufen, wie sich aus den Investorengesprächen an der Konferenz in London ergeben habe (Urk. 25 Rz 82, Rz 84 f. und Rz 97 ff.).

3.9.7.2 Der Kläger hält demgegenüber dafür, mit Ausnahme der Investition in ein Alters- und Pflegeheim habe er sich bei all seinen Tätigkeiten im Jahr 2018 im Versuchsstadium befunden. Im ...-Bereich sei er nie aktiv gewesen. Er habe in ein deutsches Alters- und Pflegeheim investiert. Dieses Investment sei eine Vorbereitungshandlung für seine heutige Tätigkeit im Bereich der ambulanten Pflege gewesen. Er habe kein Deal-Sourcing betrieben, d.h. er habe nie Gespräche irgendwelcher Art mit ...-Firmen geführt, die für die Beklagte allenfalls als Kaufobjekte im Rahmen ihrer "buy and build strategy" in Frage gekommen wären. Die Vorinstanz halte mit Recht fest, die Beklagte habe nie behauptet, er habe in dem für sie relevanten Markt Dienstleistungen angeboten. Er habe weder eine Konkurrenzfirma gegründet, noch habe er Flyer oder Visitenkarten einer Firma verteilt, die im gleichen Markt wie die Beklagte tätig sei. Er sei

während seiner Freistel-

- 42 - lung nicht im ...-Bereich tätig gewesen. Vorbereitungshandlungen für eine zukünftige Tätigkeit, die über das Sondieren von Möglichkeiten hinausgegangen seien, habe er nur im Bereich der ambulanten Pflege vorgenommen (Urk. 32 S. 9 f.). 3.9.7.3 Es trifft zu, dass sich die Beklagte an den von der Vorinstanz ange- gebenen Stellen (Prot. I S. 12, S. 17 f.) nicht in der Weise äusserte, der Kläger habe sich mit der Teilnahme an der Konferenz "im Versuchsstadium befunden". Dies vermag aber an der Beurteilung nichts zu ändern. Der Verkäufer eines Spi- tals oder Investoren von Kapital sind nicht als "Kunden" der Beklagten zu betrach- ten, weshalb sich die Beklagte und der Kläger diesbezüglich auch nicht konkur- renzierten. In ihrer gesamten Argumentation geht die Beklagte von einem fal- schen Verständnis der Konkurrenz bzw. des relevanten Marktes aus. Die A1._____-Gruppe erbringt ...-medizinische Dienstleistungen (vgl. E. III/3.3). We- der erbrachte der Kläger solche Leistungen noch machte er für solchen Leistun- gen Werbung. Kunden und Mitarbeitende der Beklagten wurden nicht abgewor- ben. Auf dem "...-Markt" geriet der Kläger mit der Beklagten nicht in Konflikt. Vielmehr wird dem Kläger vorgeworfen, er sei als potentieller Käufer eines Kran- kenhauses aufgetreten, um später einmal das ...-Geschäft betreiben zu können. Allerdings behauptet die Beklagte nicht, ein solcher Eintritt in den ...-Markt habe unmittelbar bevorgestanden und wäre noch während laufendem Arbeitsverhältnis zu erwarten gewesen. Darin ist auch der Unterschied zu den von der Beklagten angeführten Gerichtsentscheiden zu sehen: Der Fensterreiniger, der zur eigenen Kundengewinnung mit Flyern und Visitenkarten für Gebäudereinigungen wirbt und günstigere Preise offeriert (AGer-Z 2009, Nr. 1), ist auf der Angebotsseite tätig, ebenso der Vermögensverwalter, der nicht nur über seine Zukunftspläne orien- tiert, sondern während der Kündigungsfrist bei den Kunden Widerrufsschreiben hinsichtlich der Verwaltungsvollmachten sammelt (AGer-Z 2013 Nr. 2). Im Ent- scheid des Bundesgerichts vom 29. April 2004 (4C.10/2004; JAR 2005 S. 191 ff.) gründeten zwei Direktoren einer Softwarefirma zusammen mit einer Drittperson eine Gesellschaft, wobei sie während laufendem Arbeitsverhältnis mit einem Be- steller bereits einen Vertrag über die Entwicklung eines Software-Produktes ab- schlossen und die Projektrealisierung übernahmen; ihr Beitrag ging über Vorbe- reitungshandlungen für eine zukünftige Tätigkeit hinaus (E. 8.4.5). Die von der

- 43 - Beklagten zitierte Rechtsprechung ist damit nicht einschlägig. Die laut Darstellung der Beklagten rund eineinhalb Monate vor Ende des Arbeitsverhältnisses geführ- ten Gespräche mit Investoren und Akteuren im Gesundheitsmarkt (Urk. 11 Rz 83 f.) überschritten die Grenze der zulässigen Vorbereitung einer späteren Erwerbs- tätigkeit daher nicht. Dass die klägerischen Bemühungen in anderer Weise gegen Treu und Glauben verstiessen, vermag die Beklagte ebenso wenig aufzuzeigen. 3.10.1 Die Beklagte bemängelt, die Vorinstanz habe den Umstand ignoriert, dass der Kläger als CEO und Kadermitarbeiter eine erhöhte Treuepflicht habe. Treuwidrigkeiten berechtigten den Arbeitgeber bei Kadermitarbeitern viel rascher zur fristlosen Kündigung. So habe das Bundesgericht eine gravierende Treue- pflichtverletzung im Falle eines freigestellten Generaldirektors bejaht, der dem Unternehmen nicht zur Kenntnis gebracht habe, dass mehrere Mitarbeiter in Ver- letzung ihrer Treuepflicht und sogar während der Arbeitszeit eine konkurrierende Tätigkeit ausführten bzw. vorbereiteten (Urk. 25 Rz 102). 3.10.2 Es ist richtig, dass die Treuepflicht für leitende Angestellte in verstärk- tem Masse gilt, weshalb eine Verletzung dieser Pflicht durch solche Angestellte schwerer wiegt (BGer 4A_658/2018

vom 15. März 2019, E. 4.1 mit weiteren Hinweisen). Dass auch leitende Angestellte in gekündigter Stellung Vorbereitungen für den Antritt einer neuen Stelle oder die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit treffen dürfen, wurde bereits erwähnt (E. III/3.8.5). Der Kläger bewegte sich im Rahmen des Zulässigen. Der vorliegende Fall lässt sich mit dem von der Beklagten angeführten Fall nicht vergleichen. In jenem Fall war keine fristlose Kündigung zu beurteilen. Vielmehr stellte sich die Frage, ob ein für über zwei Jahre freigestellter Direktor und Delegierter des Verwaltungsrats sämtliche Einkünfte, die er während der Freistellungsdauer im Rahmen seiner Tätigkeit für Dritte erzielt hatte, wegen der Verletzung der Treuepflicht herausgeben musste, obwohl die Arbeitgeberin ausdrücklich auf die Anrechnung von Dritteinkünften aus einer neuen bezahlten Tätigkeit verzichtet hatte. Dies vor dem Hintergrund, dass der freigestellte Direktor gemäss Freistellungsvereinbarung (avenant du contrat de travail) an die Treuepflicht gebunden blieb und er sich verpflichtete, bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses keine die Arbeitgeberin konkurrierende Tätigkeit aufzunehmen. In

- 44 - der Folge erlangte der Direktor Kenntnis davon, dass mehrere bei der Arbeitgeberin angestellte Ingenieure beabsichtigten, diese auf dem Markt für Industriemaschinen zu konkurrenzieren, was das Bundesgericht als offensichtlich widerrechtlich taxierte, zumal sie einen Teil ihrer Arbeitszeit für die Entwicklung von Maschinen "pour leur propre compte" einsetzten. Das Bundesgericht erwog, dass der Direktor seine Arbeitgeberin darüber hätte informieren müssen, dass sie von einem unmittelbaren wirtschaftlichen Schaden bedroht war, und wertete die unterlassene Mitteilung als Verletzung seiner Treuepflicht (BGer 4A_297/2016 vom 17. November 2016, E. 4.3.2; ALV 2017, 30 ff.). Mit anderen Worten lag dem Urteil eine schwere Verletzung der Arbeits- und Treuepflicht durch andere Mitarbeiter und ein dadurch unmittelbar drohender Schaden der Arbeitgeberin zugrunde, über die der freigestellte Arbeitnehmer die Arbeitgeberin hätte informieren müssen. Die Beklagte vermag aus diesem Entscheid daher nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. 3.11.1 Schliesslich vermisst die Beklagte eine Gesamtwürdigung "aller treuwidrigen Handlungen des Klägers", was eine "Verletzung von Verfahrensgrundsätzen" darstelle. Die Vorinstanz würdige die treuwidrigen Handlungen des Klägers isoliert und ohne Bezug zum zeitlichen Ablauf der Geschehnisse. Sie ignoriere, dass der Kläger mit dem Auftreten als Mitglied des D.____-Teams und den Aktivitäten an der ... 2018 Healthcare Conference seine arbeitsvertraglichen Treuepflichten, insbesondere seine vertragliche Nichtkonkurrenzierungsverpflichtung grob verletzt habe. Früher bekannte Vorfälle könnten mit einem für sich alleine nicht ausreichenden neuen Vorfall das Fass zum Überlaufen bringen und eine fristlose Kündigung rechtfertigen (Urk. 25 Rz 103 ff.). 3.11.2 Weder hat der Kläger bis zum 31. Dezember 2018 mit einer Konkurrenzierung begonnen und mit Vorbereitungshandlungen gegen Treu und Glauben verstossen, noch hat er anderweitig gegen die Treuepflicht verstossen. Seine Aktivitäten bewegten sich im zulässigen Bereich, zumal er nachvertraglich keinem Konkurrenzverbot unterlag. Somit können sie auch in einer Gesamtbetrachtung nicht dazu führen, dass der Beklagten nach der ... 2018 Healthcare Conference bzw. am 23. November 2018 die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum 31. Dezember 2018 nicht mehr zugemutet werden durfte.

- 45 - 3.12.1 Die Beklagte wirft der Vorinstanz auch noch vor, sie verletze den Verhandlungsgrundsatz, wenn sie ausführe, die Beklagte verstosse gegen Treu und Glauben, indem sie versuche, die einjährige Freistellungsdauer so auszugleichen, dass der Kläger de facto einem nachvertraglichen Konkurrenzverbot unterstanden habe. Der Kläger

habe nichts dergleichen behauptet. Davon abgesehen bestehe die allgemeine Treuepflicht während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses, worauf der Kläger ausdrücklich hingewiesen worden sei (Urk. 25 Rz 94 ff.). 3.12.2 Die Vorinstanz hat erwogen, wenn der Prozessstandpunkt der Beklagten hinsichtlich der zulässigen Aktivitäten während der Freistellungsdauer zu treffen würde, käme dies einem Verstoß gegen Treu und Glauben gleich (Urk. 26 S. 18). Sie hat unter Hinweis auf die Lehre ausgeführt, bei einer lang andauernden Freistellung sei eine differenzierte Beurteilung der Tätigkeiten eines Arbeitnehmers, mithin eine Interessenabwägung erforderlich. Unzulässig sei es, einen Arbeitnehmer während einer bewusst langen Kündigungsfrist – unter Beibehaltung der Weisungsgewalt des Arbeitsgebers – freizustellen, um de facto ein nachvertragliches Konkurrenzverbot herbeizuführen (Urk. 26 S. 8). 3.12.3 In der Lehre wird darauf hingewiesen, dass eine Freistellung mit dem Zweck, einen Arbeitnehmer während einer bewusst lang ausgestalteten Kündigungsfrist unter Beibehaltung der Weisungsgewalt freizustellen, das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben verletzen dürfte und – wie das übermässige Konkurrenzverbot auch – eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers darstelle (Blesi, Die Freistellung des Arbeitnehmers, 2. Aufl. Zürich 2010, N 158, N 408 und N 418). Wie es sich vorliegend mit den Motiven für die ordentliche Kündigung verhält, braucht nicht erörtert zu werden, und es erübrigt sich, über die Motive und den Zweck der Freistellung zu spekulieren. Nachdem keine wichtigen Gründe für eine fristlose Kündigung bestanden und somit von einer ungerechtfertigten Entlassung auszugehen ist (Art. 337c OR), ist gleichzeitig gesagt, dass der Prozessstandpunkt der Beklagten nicht zu schützen ist. Damit muss auch die Frage, ob das während der Dauer des Arbeitsvertrags geltende Konkurrenzverbot wegen der relativ langen Freistellungsdauer gegen

- 46 - den Grundsatz von Treu und Glauben verstiesse, wenn der Prozessstandpunkt der Beklagten zuträfe, nicht beantwortet werden.

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