

ZH_OBERGERICHT LF180017 vom 19. April 2018

ZH Obergericht, 2018-04-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LF180017

FR: ZH_OBERGERICHT LF180017 du 19 avril 2018

IT: ZH_OBERGERICHT LF180017 del 19 aprile 2018

Erwägungen

E. 31

Mai 2017 gekündigt worden sei, könnten später bekannt gewordene Verfehlungen nicht ausschlaggebend sein und sei der Kausalzusammenhang zu verneinen (act. 30 S. 13 f. E. 3.3.1.). Bei der einzelnen Prüfung der geltend gemachten Verfehlungen verneinte die Vorinstanz in der Folge verschiedentlich die Kausalität zur Kündigung, da die angeblichen Verfehlungen erst nach der Kündigung bekannt geworden seien (so in act. 30 S. 15 E. 3.3.4. in fine, E. 3.3.5. in fine, S. 16 E. 3.3.6 in fine). 1.2.2 Diese Auffassung der Vorinstanz rügt die Berufungsklägerin. Sie macht geltend, auch erst nachträglich entdeckte Gründe, welche zum Zeitpunkt der Kündigung bereits vorgelegen hätten und einen begründeten Anlass darstellten, seien beachtlich. Namentlich sei es erlaubt, diese Kündigungsgründe "nachzuschieben" (act. 31 S. 11 Rz. 34, S. 12 Rz. 39, S. 13 Rz. 43, insb. S. 15 ff. Rz. 58 ff.). 1.2.3 Dem ist zuzustimmen. So wird es in Rechtsprechung und Literatur als zulässig angesehen, Kündigungsgründe nachzuschieben, welche zum Zeitpunkt der Kündigung zwar vorlagen, aber damals noch nicht bekannt waren (BGE 105 II 200, E. 3.a; BK-REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N 3 zu Art. 340c S. 475; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 3 zu Art. 340c i.V.m. N 17 zu Art. 335 u. N 19 zu Art. 337). Das Erfordernis der Kausalität, auf welches die Vorinstanz sich beruft, ist im Zusammenhang mit den Kündigungsgründen so zu verstehen, dass nicht ungebührlich viel Zeit zwischen dem Vorliegen des Kündigungsgrundes – mithin der Kenntnis desselben – und der tatsächlich ausgesprochenen Kündigung be-

- 11 - stehen darf (vgl. auch Ziff. IV./3.2.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 3 zu Art. 340c). 1.2.4 Die Vorinstanz wendete daher das Recht falsch an, indem sie ausführte, die erst im Nachhinein entdeckten und geltend gemachten Umstände seien nicht beachtlich da nicht kausal. Anzumerken ist, dass sich am Ergebnis der Vorinstanz bei korrekter Rechtsanwendung aber nichts ändert. So führte sie die Begründung, die Kausalität sei nicht gegeben, jeweils im Sinne einer Nachbemerkung ins Feld, nachdem sie die Glaubhaftmachung der Umstände bereits aus anderen Gründen verneint hatte (vgl. act. 30 S. 15 E. 3.3.4., E. 3.3.5., S. 16 E. 3.3.6.). 1.3.1 Die Vorinstanz erwog sodann, die Berufungsklägerin habe es in ihrer Eingabe vom 31. Januar 2018 (act. 24) unterlassen, darzutun, inwiefern die darin enthaltenen neuen Tatsachenbehauptungen die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllten, weshalb diese nicht zu beachten seien (act. 30 S. 3 ff. Ziff. 1). Die Berufungsklägerin sieht in der Nichtberücksichtigung ihrer Stellungnahme vom 31. Januar 2018 durch die Vorinstanz eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs. So enthalte ihre Eingabe, mit welcher sie von ihrem Replikrecht Gebrauch gemacht habe, in erster Linie nötige substantiierte Bestreitungen zu den Ausführungen der Gegenpartei (act. 31 S. 17 Rz. 64 ff.). 1.3.2 Die Vorinstanz hat Recht, wenn sie ausführt, die Novenschranke im Anwendungsbereich des summarischen Verfahrens falle mit dem

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

- 12 - wurde, besteht aber das sog. Replikrecht, welches beinhaltet, dass Eingaben aufgrund des Anspruchs der Parteien auf rechtliches Gehör (vgl. Art. 53 Abs. 1 ZPO) der jeweiligen Gegenpartei zur Kenntnisnahme zuzustellen sind und ihr die Möglichkeit zu gewähren ist, Stellung zu nehmen. Die Novenschanke kann aber auf jeden Fall mit auf das Replikrecht gestützten Ausführungen weder umgangen, noch verschoben werden (Urteil OGer ZH vom 17. August 2015, PF150029, E. 3.5). 1.3.3 Die Berufungsklägerin durfte damit zwar im Rahmen ihrer Stellungnahme uneingeschränkt in der Gesuchantwort des Berufungsbeklagten enthaltene neue Vorbringen bestreiten – was sie auch tat. Auf diese Bestreitungen musste die Vorinstanz in ihrer Begründung aber nicht zwingend Bezug nehmen. Eine Gehörsverletzung liegt nicht vor, da die Vorinstanz die Behauptungen des Berufungsbeklagten nicht als unbestritten behandelt hat. Das Einführen weiterer Tatsachen und Beweismittel, welche weder im Gesuch vom 25. Oktober 2017 noch in der Stellungnahme des Berufungsbeklagten vom 16. Januar 2018 erwähnt waren, richtet sich jedoch nach Art. 229 Abs. 1 ZPO (Urteil OGer ZH vom 15. Dezember 2017, LF170041, E. III./4.). 1.3.4 Relevant ist das Dargetane im Zusammenhang mit dem Vorwurf der Berufungsklägerin, der Berufungsbeklagte habe seine Schwägerin begünstigt (vgl. hierzu nachfolgend Ziff. V./2.2.). Diesbezüglich bestritt die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 31. Januar 2018 die Darstellung des Berufungsbeklagten in der Gesuchantwort und stellte diese aus ihrer Sicht richtig. Zu diesem Zweck reichte sie neu zwei E-Mails als Beweise ein (act. 25/67 u. 25/68). Die Vorinstanz erwog diesbezüglich, die Berufungsklägerin habe unterlassen darzutun, weshalb diese Noven unter Anwendung von Art. 229 ZPO zu hören seien; die Berufungsklägerin macht in der Berufungsschrift wie gezeigt geltend, substantiierte Bestreitungen seien zuzulassen. Die Berufungsklägerin habe nicht mit der unzutreffenden Behauptung des Berufungsbeklagten rechnen müssen, welche der Berufungsbeklagte in seiner Stellungnahme vom 16. Januar 2018 vorgebracht habe. Diese habe sie richtigstellen dürfen, und damit sei auch begründet, weswegen diese

- 13 - Ausführung nachgeschoben werden durfte (vgl. act. 31 S. 10 Rz. 30 u. S. 17 Rz. 64 ff.). 1.3.5 Ein Richtigstellen geht über ein blosses Bestreiten hinaus. Stellt man etwas richtig, so bedeutet dies, dass einem behaupteten Sachverhalt ein behaupteter anderer Sachverhalt gegenübergestellt wird. Insofern dieser "andere Sachverhalt" sich nicht bereits im Gesuch vom 25. Oktober 2017 findet, ist Art. 229 ZPO beachtlich. Dasselbe gilt für die eingereichten E-Mails. Wie die Vorinstanz treffend ausführte, legte die Berufungsklägerin in ihrer Eingabe vom 31. Januar 2018 nicht dar, weshalb sie mit neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln hätte zugelassen werden müssen. So führte sie nicht aus, inwiefern die von ihr vorgebrachten Behauptungen nicht bereits im Rahmen des

Gesuchs um Erlass vorsorglicher Massnahme hätten vorgebracht werden können. Auch ihre Vorbringen in der Berufungsbegründung vermögen hieran nichts zu ändern. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass die beiden E-Mails (act. 25/67 und 25/68), welche die Begünstigung der Schwägerin belegen sollen, nicht schon mit dem Gesuch hätten eingereicht werden können. 1.3.6 Die Vorinstanz folgerte zutreffend, soweit die Eingabe vom 31. Januar 2018 neue Tatsachenbehauptungen enthalte und nicht dargetan sei, weshalb diese unter Anwendung von Art. 229 ZPO zulässig seien, seien diese nicht zu beachten (vgl. act. 30 S. 3 f. E. 1). 2. Auf die einzelnen Umstände, welche gemäss der Berufungsklägerin einen begründeten Anlass für die durch sie ausgesprochene Kündigung darstellten, ist sodann im Folgenden einzugehen: 2.1. Zur Begünstigung des Cousins G._____: 2.1.1 Die Berufungsklägerin machte vor Vorinstanz geltend, mit dem Cousin des Berufungsbeklagten, G._____, auf Vorschlag des Berufungsbeklagten am 23. November 2016 einen Arbeitsvertrag geschlossen zu haben, welchen der Cousin am 22. Februar 2017 angetreten habe. Der Cousin sei als "Transport Manager" eingesetzt worden. Dies, obwohl der Cousin am 28. Dezember 2016 eine

- 14 - erhebliche Verkehrsregelverletzung begangen habe und in der Folge am 27. Februar 2017 durch das Strassenverkehrs- und Schifffahrtsamt Bern zur Stellungnahme aufgefordert worden sei. Davon habe der Berufungsbeklagte mutmasslich gewusst und er hätte die Berufungsklägerin darüber umgehend informieren müssen. Sodann habe der Cousin die 'H.____ AG' – ein Rechtsberatungsunternehmen, welches im Zusammenhang mit Abklärungen zu den fremdenrechtlichen Voraussetzungen für seine Anstellung engagiert worden sei – mit weiteren rechtlichen Abklärungen in eigener Sache beauftragt, namentlich im Zusammenhang mit einem Untermietvertrag sowie auch im Zusammenhang mit seinem Ausweisentzug. Diese Kosten habe er durch die Berufungsklägerin bezahlt haben wollen. In der Folge habe man sich entschieden, dem Cousin noch während der Probezeit zu kündigen, was jeder vernünftige Arbeitgeber unter diesen Umständen so getan hätte. Dennoch habe der Berufungsbeklagte gezwungen werden müssen, die Kündigung zu unterschreiben, womit sich zeige, dass der Berufungsbeklagte sich einer vernünftigen Personalführung verschlossen habe, um seinen Cousin zu begünstigen (act. 1 S. 18 ff. Rz. 49 ff.). Der Berufungsbeklagte führte aus, von der Verkehrsregelverletzung seines Cousins bis zum Vorliegen des Schreibens des Strassenverkehrsamtes genauso wenig Bescheid gewusst zu haben, wie die Berufungsklägerin. Sodann könne nicht die Rede davon sein, er – der Berufungsbeklagte – habe gezwungen werden müssen, bei der Kündigung mitzuwirken. Dass er zum Ausdruck gebracht habe, mit der Kündigung nicht einverstanden gewesen zu sein, gründe darin, dass er gehört habe, sein Cousin sei gemobbt worden, und er die Information erhalten habe, die mobbende Person solle weiterhin beschäftigt werden, während seinem Cousin gekündigt werde. Auch sei ihm nicht bekannt gewesen, dass sein Cousin die 'H.____ AG' mit privaten Abklärungen beauftragt habe. Im Rahmen der Entlassung des Cousins habe der Berufungsbeklagte denn auch den Standpunkt vertreten, der Cousin habe die Kosten im Zusammenhang mit seinen privaten Abklärungen selbst zu tragen (act. 20 S. 8 f. Rz. 16 ff.). 2.1.2 Die Vorinstanz erwog in Bezug auf diese Vorbringen im Wesentlichen, die Verfehlungen seines Cousins könnten dem Berufungsbeklagten nicht ohne weite-

- 15 - res zugerechnet werden. Auch die vorgelegten Urkunden erhärteten den Vorwurf, der Berufungsbeklagte habe von den Verfehlungen des Cousins gewusst und die Berufungsklägerin nicht informiert, nicht (act. 30 S. 14 E. 3.3.3.). 2.1.3 Die

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

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

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

2.1.5 Zuzustimmen ist der Berufungsklägerin darin, dass die Vorinstanz auf den Aspekt nicht eingegangen ist, der Berufungsbeklagte habe "gezwungen" werden müssen, die Kündigung zu unterschreiben, resp. er habe sich der Kündigung "widersetzt". In der Rechtschrift vor Vorinstanz wurde dieser Aspekt aber noch nicht derart in den Vordergrund gestellt, wie dies nun der Fall ist (vgl. act. 1 S. 19 Rz. 54 u. S. 22 Rz. 61 in fine). Der Vorinstanz kann daher nicht zum Vorwurf gemacht werden, sie habe das Kernproblem – wie dieses nun bezeichnet wird – nicht erkannt. Es wäre dennoch angezeigt gewesen, diesen Punkt zu behandeln. Dass der Berufungsbeklagte mit der Kündigung nicht glücklich war, ergibt sich aus einer E-Mail vom 7. Mai 2017. Dort schreibt er wörtlich: "You decided to let G. _____ go and put I. _____ back. I am not happy about it, but will execute coming week." (act. 3/23). Weitere Handlungen, welche sich als "Widersetzen" deuten liessen, werden nicht behauptet, und es wird nicht dargelegt,

inwiefern der Berufungsbeklagte die Kündigung in der Folge nur "widerwillig" umgesetzt hätte (act. 1 S. 19 Rz. 54; act. 31 S. 9 Rz. 25). Einzig aus dem Umstand, dass der Berufungsbeklagte sein Bedauern über die Situation zum Ausdruck brachte, kann nicht gefolgert werden, er habe sich widersetzt. Offenbar hat der Berufungsbeklagte in der Folge wie gewünscht bei der Kündigung, welche am 10. Mai 2017 umgesetzt wurde, mitgewirkt (act. 3/22).

- 17 - Die Erklärung des Berufungsbeklagten, das zum Ausdruck gebrachte Bedauern über die Kündigung gründe auf der ihm zugegangenen Information, der Cousin werde gemobbt und die mobbende Person werde weiterhin beschäftigt (act. 20 S. 8 Rz. 16), erscheint nachvollziehbar. Ob es sich dabei aber – wie von der Berufungsklägerin behauptet – um eine bloße Schutzbehauptung des Berufungsbeklagten handelt, kann ohnehin offen bleiben (so in act. 31 S. 9 Rz. 24 f.). So oder anders ginge es zu weit, alleine gestützt auf dieses zum Ausdruck gebrachte Bedauern anzunehmen, der Berufungsbeklagte habe sich der Kündigung widersetzt, und darin ein untragbares Verhalten für einen CEO zu sehen, der gleichzeitig die Personalverantwortung inne hat. 2.1.6 Es gelingt der Berufungsklägerin nicht, glaubhaft zu machen, der Berufungsbeklagte habe sich der Kündigung seines Cousins widersetzt und damit ein untragbares Verhalten für einen für das Personal verantwortlichen CEO an den Tag gelegt. Der Vorinstanz ist daher in diesem Punkt im Ergebnis zuzustimmen. 2.2. Zur Begünstigung der Schwägerin: 2.2.1 Die Berufungsklägerin machte im vorinstanzlichen Verfahren sodann geltend, der Berufungsbeklagte habe seiner Schwägerin im März 2017 eine Arbeitsstelle beim Reinigungspersonal der Berufungsklägerin verschafft, obwohl bereits vor, spätestens aber mit Einstellung der Schwägerin ein Überbestand beim Personal bestanden habe. Dies habe der Berufungsbeklagte als Personalverantwortlicher gewusst, resp. zumindest wissen müssen. Wegen dem Personalüberbestand sei der Schwägerin am 29. August 2017 wieder gekündigt worden. (act. 1 S. 22 Rz. 62 ff.). Dagegen wendete der Berufungsbeklagte ein, er habe seiner Schwägerin den Job nicht verschafft. Vielmehr habe er auf sie hingewiesen, als die Leiterin des Bereichs "Hospitality" bei ihm Personalbedarf angemeldet habe. Danach habe seine Schwägerin ein normales Bewerbungsverfahren durchlaufen. Weiter sei ihm nicht bekannt, ob die Kündigung tatsächlich infolge Personalüberbestands erfolgt sei. Bei der Berufungsklägerin habe aber ohnehin eine "hire & fire" Mentalität geherrscht (act. 20 S. 9 Rz. 19 f.).

- 18 - 2.2.2 Die Vorinstanz erwog, es sei der Berufungsklägerin weder gelungen, glaubhaft zu machen, der Berufungsbeklagte habe seiner Schwägerin trotz Personalüberbestand zu einer Stelle verholfen, noch gelinge ihr der Nachweis, dass ein solcher Personalüberbestand geherrscht habe (act. 30 S. 14 f. E. 3.3.4.). 2.2.3 Zum einen bemängelte die Berufungsklägerin, die Vorinstanz habe zur Frage, ob der Berufungsbeklagte seiner Schwägerin die Stelle verschafft habe, die Eingabe der Berufungsklägerin vom 31. Januar 2018 zu Unrecht nicht beachtet und damit ihr rechtliches Gehör verletzt. Zum andern habe die Vorinstanz den dokumentarischen Nachweis, es sei zwei Personen infolge Personalüberbestandes im August 2017 gekündigt worden, nicht beachtet (act. 31 S. 10 Rz. 29). 2.2.4 Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass es der Berufungsklägerin nicht gelingt, den angeblichen Personalüberbestand glaubhaft zu machen. Ihre diesbezüglichen Behauptungen stützt sie lediglich mit zwei Kündigungen, welche sie zum einen am 29. August 2017 gegenüber der Schwägerin des Berufungsbeklagten, J._____, und zum anderen am 31. August 2017 gegenüber K._____ ausgesprochen hatte. In den

Kündigungen findet sich keine Begründung, weshalb diese erfolgt sind. Insbesondere nicht, dass diese die Folge eines Personalüberbestands wären (vgl. act. 3/33 u. 3/34). Auch unterlässt es die Berufungsklägerin, weitere substantiierte Behauptungen zum Überbestand zu machen. Insbesondere wäre es angezeigt, aufzuzeigen, wie viel Personal nötig und wie viel tatsächlich angestellt war; dies insbesondere für die Zeit, in welcher der Berufungsbeklagte für das Personal verantwortlich war. Ihre diesbezüglichen Ausführungen sind ungenügend substantiiert. 2.2.5 Auch der Vorwurf, der Berufungsbeklagte habe seiner Schwägerin die Stelle "verschafft", bleibt unsubstantiiert. Wie genau dieses "Verschaffen" ausgesehen haben soll, wird nicht weiter dargetan. Wie gezeigt, sind in diesem Zusammenhang die verspäteten Ausführungen in der Eingabe vom 31. Januar 2018 (act. 24) sowie die damit eingereichten E-Mails vom 21. März 2017 (act. 24 S. 10 Rz. 40 f; act. 26/67–68) nicht beachtlich (vgl. Ziff. V./1.3.1 ff.).

- 19 - Selbst wenn aber ein solches "Verschaffen" der Stelle als glaubhaft gemacht angesehen würde, begründet sich der darin inhärente Vorwurf primär im behaupteten Überbestand des Personals; namentlich habe der Berufungsbeklagte seiner Schwägerin trotz Personalüberbestand eine Stelle verschafft (vgl. act. 1 S. 22 Rz. 64). Kann ein solcher Personalüberbestand seinerseits nicht glaubhaft gemacht werden, so wäre im Verschaffen einer Arbeitsstelle an eine Verwandte nichts offenkundig Verwerfliches zu erkennen. Dies macht die Berufungsklägerin auch nicht geltend. 2.2.6 Der Vorinstanz ist damit im Ergebnis zuzustimmen. Der Berufungsklägerin gelingt es nicht, glaubhaft zu machen, dass der Berufungsbeklagte seiner Schwägerin trotz Personalüberbestand – und im Wissen um diesen – eine Arbeitsstelle verschafft und diese damit in Verletzung seiner Pflichten gegenüber der Berufungsklägerin begünstigt hat. 2.3. Zur schlechten Geschäftsführung im Zusammenhang mit dem Corporate Design: 2.3.1 Die Berufungsklägerin führte aus, der Berufungsbeklagte habe sich zum Zweck der Weiterentwicklung der Corporate Identity mit der 'L._____ AG' in Verbindung gesetzt, um ein Konzept auszuarbeiten. Der Verwaltungsratspräsident habe den Preis der Offerte in der Folge als deutlich zu hoch moniert und den Berufungsbeklagten angehalten, diesen neu zu verhandeln, worauf der Berufungsbeklagte im Nachhinein auf ihn zugekommen sei und gemeint habe, den Preis um 10–15% drücken zu können, sofern die Zahlungsabwicklung via Dubai erfolge. Dem habe sich der Verwaltungsratspräsident widersetzt. Dennoch habe der Berufungsbeklagte die 'L._____ AG' beauftragt und die Berufungsklägerin habe die Leistungen der 'L._____ AG' in der Folge bezahlen müssen. Die Leistungen der 'L._____ AG' seien massiv überteuert gewesen. Der Berufungsbeklagte habe es aber unterlassen, weitere Offerten einzuholen. Sodann habe es mindestens geschlagene drei Monate gedauert, bis der Berufungsbeklagte zu einem Vertragsabschluss gekommen sei. Damit habe der Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin durch eine klar ungenügende Aufgabenerfüllung als CEO geschädigt (act. 1 S. 22 ff. Rz. 71 ff.).

- 20 - Der Berufungsbeklagte machte hierauf geltend, er habe drei Offerten einholen lassen und sei während des gesamten Verfahrens mit dem Verwaltungsratspräsidenten in Kontakt gewesen. Dieser sei mit dem Beizug der 'L._____ AG' einverstanden gewesen. Die 'L._____ AG' habe ihre Leistungen in der Folge erbracht und diese seien offenkundig durch die Berufungsklägerin beglichen worden. Hätte der Berufungsbeklagte tatsächlich Pflichten verletzt, so hätte sich die Berufungsklägerin gegenüber der 'L._____ AG' auf die fehlende Vertretungsbefugnis des Berufungsbeklagten berufen und gegenüber diesem einen Vorwurf erheben können, was sie nicht getan habe (act. 20 S. 9 f. Rz. 21). 2.3.2 Die

Vorinstanz erwog, es lasse sich aus der Korrespondenz zwischen dem Verwaltungsratspräsidenten und dem Berufungsbeklagten nicht erkennen, dass dieser sich gegen ein Engagement der 'L. _____ AG' ausgesprochen hätte – das Gegenteil sei der Fall: Er sei vom Berufungsbeklagten über die Verhandlungen mit der 'L. _____ AG' informiert worden und habe es in der Folge unterlassen, sich dazu zu äussern oder weitere Verhandlungen zu untersagen. Wäre er tatsächlich nicht einverstanden gewesen, so hätte er dies kundgetan (act. 30 S. 15 E. 3.3.5.). 2.3.3 Die Berufungsklägerin rügt, die Vorinstanz habe sich nicht damit auseinandergesetzt, dass in einem wichtigen Aufgabenbereich des Berufungsbeklagten sich der Vertragsabschluss über drei Monate hingezogen habe, der Berufungsbeklagte offenbar keine Alternativofferten eingeholt und einen übersteuerten Auftrag erteilt habe. Bei der Behauptung des Berufungsbeklagten, er habe weitere Offerten eingeholt, handle es sich um eine Schutzbehauptung. Er sei nicht in der Lage, diese Offerten zu bezeichnen. Auch damit habe die Vorinstanz sich nicht auseinandergesetzt (act. 31 S. 32 Rz. 35 ff.). 2.3.4 Den Ausführungen der Vorinstanz ist grundsätzlich zu folgen. So trifft es zu, dass sich aus der Korrespondenz des Berufungsbeklagten mit dem Verwaltungsratspräsidenten nirgends ergibt, Letzterer sei mit dem Vorgehen nicht einverstanden gewesen, nachdem er über die Verhandlungen mit der 'L. _____ AG' informiert worden war (vgl. act. 3/35). Es fehlt an Belegen für die Behauptungen, der Preis oder die Dauer der Vertragsverhandlungen seien moniert worden und der Verwaltungsratspräsident habe sich in irgendeiner Form widersetzt. Daran ändert

- 21 - auch die Behauptung der Berufungsklägerin, der Berufungsbeklagte hätte unsubstantiiert dargetan, weitere Offerten eingeholt zu haben, nichts. So ist ohnehin nicht ersichtlich, weshalb er dies zwingend hätte tun müssen, war doch auch der Verwaltungsratspräsident gemäss den Darstellungen der Berufungsklägerin über die Kosten im Bild. Wenn die Kosten tatsächlich derart massiv zu hoch gewesen wären, so wäre bereits zu diesem Zeitpunkt zu erwarten gewesen, dass der Verwaltungsratspräsident von sich aus darauf aufmerksam gemacht hätte, es seien weitere Offerten einzuholen. Dies wird nicht behauptet, insbesondere nicht, der Verwaltungsratspräsident habe sich nach dem in Aussicht gestellten Preisnachlass von 10–15% nochmals zur Höhe vernehmen lassen, als er erfuhr, dass sich der Berufungsbeklagte im April 2017 noch immer in Verhandlungen mit der 'L. _____ AG' befand (act. 1 S. 22 f. Rz. 66 m.H. auf act. 3/35). Das lässt den Eindruck entstehen, die Kosten erschienen der Berufungsklägerin damals nicht so viel zu hoch, wie sie heute glauben machen will. 2.3.5 Es gelingt der Berufungsklägerin nicht, glaubhaft darzutun, dass sie mit dem Vorgehen des Berufungsbeklagten nicht einverstanden gewesen sei, resp. dass diesem im Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen und dem Vertragsabschluss etwas vorzuwerfen wäre. Offenbar war die Berufungsklägerin über sein Handeln informiert und hat es unterlassen, dieses ihm gegenüber in irgendeiner Form zu rügen. Der Vorinstanz ist zu folgen. 2.4. Zur schlechten Geschäftsführung im Zusammenhang mit der Homepage: 2.4.1 Die Berufungsklägerin machte vor Vorinstanz geltend, der Berufungsbeklagte habe im Zusammenhang mit seiner Kompetenz, den Web-Auftritt der Berufungsklägerin und der 'C. _____ AG' zu organisieren, vergessen, die 'W. _____ AG' – welche den "Google Ad-Words" Account der Berufungsklägerin zu managen gehabt habe – über die Aufschaltung der neuen Homepage zu informieren. Daher seien die Massnahmen der 'W. _____ AG' vorübergehend ins Leere und die Anfragen via Homepage in der Kalenderwoche 21 massiv in den Keller gegangen (act. 1 S. 24 f. Rz. 71 ff.).

- 22 - Der Berufungsbeklagte führte aus, ihm erscheine schleierhaft, was die Berufungsklägerin aus den eingereichten Statistiken ableite und welchen Vorwurf sie ihm gegenüber zu konstruieren versuche. So gehe aus den Statistiken nicht hervor, dass die Massnahmen der Werbeagentur aufgrund eines Fehlers des Berufungsbeklagten ins Leere gelaufen seien. Es sei ihm zuvor auch nie ein Vorwurf in diesem Zusammenhang gemacht worden und es sei ihm kein Fehler in diesem Zusammenhang bekannt. Im Übrigen habe es eine Marketingleiterin gegeben, welche die täglichen Aufgaben in diesem Bereich auszuführen gehabt habe; er sei nicht für jede Aufgabe verantwortlich gewesen (act. 20 S. 10 Rz. 23). 2.4.2 Die Vorinstanz erwog, es sei keine Fehlinstruktion der 'W. _____ AG' beziehungsweise keine Vertragspflichtverletzung des Berufungsbeklagten glaubhaft gemacht. Insbesondere sei nicht ersichtlich, inwieweit die Kurvenentwicklungen der eingereichten Statistiken auf Handlungen des Berufungsbeklagten zurückzuführen seien (act. 30 S. 16 E. 3.3.6.). 2.4.3 Die Berufungsklägerin rügt, sie habe ihrerseits ganz konkret ausgeführt, der Berufungsbeklagte habe es pflichtwidrig unterlassen, die 'W. _____ AG' über die Aufschaltung der neuen Homepage zu informieren. Dabei handle es sich um ein "Negativum". Es sei am Berufungsbeklagten zu behaupten, die entsprechende Meldung vorgenommen zu haben. Insoweit sei dieser Punkt unbestritten geblieben, womit die Vorinstanz den Sachverhalt unzutreffend erstellt habe (act. 31 S. 12 f. Rz. 40 ff.). 2.4.4 Der Vorinstanz ist zu folgen, dass nicht ersichtlich – und im Übrigen auch nicht genügend substantiiert dargetan – ist, inwiefern das Handeln oder Nichthandeln des Berufungsbeklagten im Zusammenhang mit der eingereichten Statistik steht. So ist zwar aus den Statistiken tatsächlich ein Rückgang ab der Woche 21 erkennbar; bei act. 40 betrifft dieser den blauen Kurvenverlauf ("paid"), während der grüne Verlauf gar zunimmt ("organic"), bei act. 41 fallen beide Kurven ab. Man erkennt anhand der eingereichten Statistiken aber nicht (und von der Berufungsklägerin ist auch nirgends dargetan), wann genau die Aufschaltung der neuen Homepage erfolgt wäre. Es kann daher aufgrund der vorhandenen Informationen nicht beurteilt werden, inwiefern der Abfall im Zusammenhang mit der Aufschal-

- 23 - tung der neuen Homepage, resp. der angeblich nicht erfolgten Meldung des Berufungsbeklagten, steht. 2.4.5 Ebenso ist der Schluss, der Berufungsbeklagte habe anerkannt, die erforderliche Meldung nicht vorgenommen zu haben, nicht zutreffend. Die Berufungsklägerin sieht in der unterlassenen Meldung ein fehlerhaftes Verhalten des Berufungsbeklagten. Dieser wiederum erklärte, ihm sei kein Fehler seinerseits bekannt; für die alltäglichen Aufgaben im hier fraglichen Bereich sei eine Marketingleiterin verantwortlich gewesen (act. 20 S. 10 Rz. 23). Dies bestreitet die Berufungsbeklagte zwar mit Eingabe vom 31. Januar 2018 (act. 24 S. 11 Rz. 45). In ihrem Gesuch tat sie aber nicht substantiiert dar, die Meldung über die Aufschaltung der neuen Homepage an die 'W. _____ AG' sei konkret die Aufgabe des Berufungsbeklagten gewesen. 2.4.6 Es gelingt ihr daher weder, eine Pflichtverletzung des Berufungsbeklagten, noch den Kausalzusammenhang zwischen einem angeblichen Nichthandeln des Berufungsbeklagten und dem Abfall in der Statistik glaubhaft zu machen. 2.5. Zur Vernachlässigung der 'C. _____ AG': 2.5.1 Die Berufungsklägerin machte geltend, der Berufungsbeklagte habe entgegen seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtung die 'C. _____ AG' vernachlässigt. Die Berufungsbeklagte zählte dazu verschiedene E-Mail-Korrespondenzen auf, aus welchen sich eine angespannte Atmosphäre bei der 'C. _____ AG' ergebe sowie ein ungenügendes Inkassomanagement und eine ungenügende Kommunikation zwischen der 'C. _____ AG' und dem Berufungsbeklagten. Ebenso habe der Berufungsbeklagte die Personalführung nicht im

Griff gehabt. Er sei offenbar mit der Geschäftsführung bei der 'C._____ AG' überfordert gewesen, resp. habe er sich nicht mit der nötigen Sorgfalt darum gekümmert (act. 1 S. 26 f. Rz. 76 ff.). Darauf wendete der Berufungsbeklagte ein, seit der Übernahme der 'C._____ AG' unter der Führung des Verwaltungsratspräsidenten hätte die 'C._____ AG' nur Verluste geschrieben und bis Anfang 2017 habe sämtliches bis- heriges Personal die 'C._____ AG' verlassen. Der Berufungsbeklagte habe damit

- 24 - bei Übernahme der 'C._____ AG' ein völlig neues Team aufbauen müssen. Er habe sich stark für die 'C._____ AG' engagiert und sei ständig im Austausch mit dem Verwaltungsratspräsidenten der Berufungsklägerin gestanden, welcher aus der Ferne Vorgaben gemacht habe. Eine Vernachlässigung könne dem Berufungsbeklagten nicht angelastet werden und werde bestritten (act. 20 S. 10 f. Rz. 24). 2.5.2 Die Vorinstanz erwog, es sei der Berufungsklägerin in keiner Weise gelungen, die Vernachlässigung der 'C._____ AG' durch den Berufungsbeklagten glaubhaft zu machen. Aus den ins Recht gereichten E-Mails liessen sich zwar Schwierigkeiten bei der 'C._____ AG' erkennen. Es sei aber nicht erkennbar, inwiefern diese durch mangelnde Führung des Berufungsbeklagten entstanden sein sollten. In den E-Mails sei auch nicht der Vorwurf, der Berufungsbeklagte sei für die schwierige Situation verantwortlich, erkennbar (act. 30 S. 16 E. 3.3.7.). 2.5.3 Dagegen wendet die Berufungsklägerin ein, die Vorinstanz missachte im Rahmen ihrer Erwägungen, dass der Berufungsbeklagte CEO der 'C._____ AG' und damit für deren Personal- wie auch Finanzführung zuständig gewesen sei. Wenn in einem Unternehmen derartige Missstände herrschten, so sei dies offenkundig die Verantwortlichkeit des CEO. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt geradezu offenkundig unzutreffend erstellt. 2.5.4 Wie die Vorinstanz bereits zutreffend festhielt, ergibt sich aus den eingereichten E-Mails tatsächlich, dass die Situation bei der 'C._____ AG' gewisse Probleme bereitete. Allerdings ist nirgends ersichtlich, dass diese schlechte Situation Folge der Tätigkeit des Berufungsbeklagten war (vgl. die eingereichten E-Mails, act. 3/42–45; act. 3/35). Der Berufungsklägerin gelingt es damit nicht, glaubhaft zu machen, dass dieser die Situation bei der 'C._____ AG' durch seine ungenügende Führung verursacht hat. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Berufungsklägerin ihre an den Berufungsbeklagten adressierte Kritik, die 'C._____ AG' vernachlässigt zu haben, auch nicht weiter substantiiert begründet. Sie ist offenbar nicht in der Lage, konkrete Verfehlungen zu nennen, welche die Situation hervorgerufen oder verschlimmert hätten. Auch aus den eingereichten E-Mails ergibt sich nirgends, dass der Berufungsbeklagte auf Verfehlungen seinerseits hinge-

- 25 - wiesen worden wäre. Die Argumentation, ein CEO sei per se für die (schlechte) Situation in einem Unternehmen verantwortlich (so in act. 31 S. 13 Rz. 46), verfährt nicht. So wurde beispielsweise auch nicht geltend gemacht, die 'C._____ AG' habe vor der Zeit der Führung durch den Berufungsbeklagten mehr oder minder problemlos gewirtschaftet. Indessen wies der Berufungsbeklagte seinerseits bereits darauf hin, die C._____ AG habe vor seiner Übernahme Verluste geschrieben (act. 20 S. 10 Rz. 24), was die Berufungsklägerin nicht bestritt (act. 24 S. 11 Rz. 46) und was auf bereits vorbestehende Probleme – welcher Art auch immer – hindeutet. Entsprechend kann die Schuld für das Fortbestehen der Situation nicht beim (neu) amtierenden CEO verortet werden. Insbesondere nicht, ohne dass weiter substantiiert wird, welche Handlungen oder Unterlassungen ihm vorzuwerfen sind. 2.5.5 Der Vorinstanz ist auch hier zu folgen, dass es der Berufungsklägerin nicht gelingt, eine Verfehlung des Berufungsbeklagten glaubhaft zu machen. 3. Insgesamt gelingt es der Berufungsklägerin damit nicht, glaubhaft zu machen,

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

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