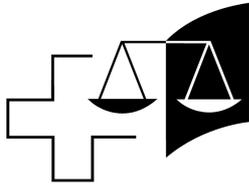


Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



4A_50/2021

Urteil vom 6. September 2021

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichterin Hohl, Präsidentin,
Bundesrichterinnen Kiss, Niquille,
Bundesrichter Rüedi,
Bundesrichterin May Canellas,
Gerichtsschreiber Bittel.

Verfahrensbeteiligte

A. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwälte
Dr. Alfred Blesi und Thomas Pietruszak,
Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Urs Brunner, Beschwerdegegner.

Gegenstand
Arbeitsrecht,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 4. Dezember 2020 (LA200023-O/U).

Sachverhalt:

A.

A.a. Mit Arbeitsvertrag vom 10. November 2017 stellte die A. _____ AG (Arbeitgeberin, Beschwerdeführerin) B. _____ (Arbeitnehmer, Beschwerdegegner) mit Wirkung ab 1. Juli

2017 als Chief Executive Officer (nachfolgend: CEO) der "A.a. _____ Group" (nachfolgend: A.a. _____-Gruppe) an. Am 26. November 2017 kündigte die Arbeitgeberin den Arbeitsvertrag unter Einhaltung der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist per 31. Dezember 2018. Der Arbeitnehmer wurde für die Dauer der Kündigungsfrist freigestellt.

A.b. Mit E-Mail vom gleichen Datum übte die A.b. _____ AG ihre Call-Option gemäss dem " Shareholders' Agreement " aus und übernahm die sich im Eigentum des Arbeitnehmers befindlichen Aktien der A.c. _____ AG zum "Fair Value".

A.c. Am 9. Januar 2018 teilte die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer mit, sie verzichte auf die Einhaltung des nachvertraglichen Konkurrenzverbots. Die Treuepflicht während der Kündigungsfrist bleibe davon aber unberührt. Mit E-Mail vom 17. April 2018 erinnerte die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer an seine Treue- und Geheimhaltungspflichten, nachdem Letzterer an der " Healthcare Business International "-Konferenz teilgenommen hatte.

A.d. Mit Schreiben vom 23. November 2018 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis gestützt auf Art. 337 OR fristlos. Am 30. November 2018 wurde der Arbeitnehmer von der A.b. _____ AG dahingehend 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. Am 6. Dezember 2018 teilte die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer auf dessen Anfrage mit, er habe bei verschiedenen Gelegenheiten seine Treuepflichten, insbesondere seine Nichtkonkurrenzverpflichtung, grob verletzt. Der Arbeitnehmer wies die Vorwürfe mit Schreiben vom 16. Dezember 2018 zurück. Ihm wurde trotz der fristlosen Kündigung am 23. November 2018 der gesamte Lohn für den Monat November 2018 ausbezahlt.

B.

B.a. Am 28. März 2019 reichte der Arbeitnehmer beim Arbeitsgericht Zürich Klage ein gegen die Arbeitgeberin und beantragte, diese zur Zahlung folgender Beträge zu verpflichten:

- Fr. 40'926.35 brutto (Lohn Dezember 2018 plus Arbeitgeberbeitrag BVG) zuzüglich 5 % Zins ab 26. November 2018;
- Fr. 133'333.40 (Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR) zuzüglich 5 % Zins ab 26. November 2018;
- Fr. 1'040.-- zuzüglich 5 % Zins ab 26. November 2018.

Des Weiteren beantragte er die Feststellung, dass die fristlose Kündigung ungerechtfertigt gewesen sei.

Mit Urteil vom 12. März 2020 verpflichtete das Arbeitsgericht die Arbeitgeberin, dem Arbeitnehmer Fr. 38'317.30 sowie Fr. 16'666.70 zuzüglich Zins zu bezahlen. Im Übrigen wies es die Klage ab; auf das Feststellungsbegehren trat es mangels eines Rechtsschutzinteresses nicht ein.

B.b. Gegen dieses Urteil erhob die Arbeitgeberin mit Eingabe vom 18. Mai 2020 Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich mit dem sinngemässen Antrag, das Urteil - soweit sie belastend - aufzuheben und die Klage abzuweisen. Eventualiter sei das Verfahren an die Erstinstanz zur Ergänzung des Sachverhalts und Neuentscheidung zurückzuweisen. Mit Urteil vom 4. Dezember 2020 wies das Obergericht die Berufung ab. Es erwog, die Arbeitgeberin dringe mit ihren Einwänden gegen die erstinstanzliche Feststellung, wonach die fristlose Kündigung ungerechtfertigt gewesen sei, nicht durch.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 25. Januar 2021 beantragt die Beschwerdeführerin, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich kostenfällig aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen; eventualiter das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Beschwerdegegner trägt auf Abweisung der Beschwerde an. Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, ansonsten darauf nicht eingetreten werden kann ([BGE 140 III 115](#) E. 2; [134 II 244](#) E. 2.1). In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Unerlässlich ist dabei, dass auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingegangen und im Einzelnen aufgezeigt wird, worin eine vom Bundesgericht überprüfbare Rechtsverletzung liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerde an das Bundesgericht nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen ([BGE 140 III 115](#) E. 2, 86 E. 2).

1.2. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt ([BGE 140 III 16](#) E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ([BGE 140 III 115](#) E. 2, 264 E. 2.3). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG ([BGE 140 III 264](#) E. 2.3 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen ([BGE 140 III 16](#) E. 1.3.1 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat ([BGE 140 III 86](#) E. 2). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden ([BGE 140 III 16](#) E. 1.3.1).

2.

Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung von Art. 229 Abs. 2 ZPO geltend, indem die Vorinstanz Tatsachenvorbringen des Beschwerdegegners berücksichtigt habe, welche nach dem Fall der Novenschanke vorgebracht worden seien.

2.1. Die Vorinstanz erwog, aus dem Protokoll der erstinstanzlichen Hauptverhandlung gehe hervor, dass der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners seine Plädoyernotizen ab Seite 2 zum ersten Mal unmittelbar nach Eröffnung der Hauptverhandlung verlesen habe. Im Rahmen der Replik habe er die Plädoyernotizen - mit Ergänzungen - ein weiteres Mal verlesen. Folglich seien diese noch bevor die Novenschanke gefallen sei, ins Verfahren eingebracht worden. Dass der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners nach dem Verlesen der Plädoyernotizen zu einem weiteren "Tatsachenvortrag" angehalten worden sei, der kurz ausgefallen sei, mache das zuvor Vorgetragene nicht hinfällig. Bereits aus diesem Grund sei dem Einwand der Beschwerdeführerin kein Erfolg beschieden, wonach sich - weil die Plädoyernotizen nicht beachtet werden dürften - der Tatsachenvortrag des Beschwerdegegners auf eine generische und völlig unsubstanzierte Behauptung beschränkt habe.

Da der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners im Rahmen seines ersten Parteivortrags seine Plädoyernotizen verlesen habe, gehe die Berufung der Beschwerdeführerin auf [BGE 144 III 67](#) von vornherein fehl. Im Übrigen könne der angeführte Entscheid kaum dahingehend verstanden werden, wonach vor den ersten Parteivorträgen im Sinne von Art. 228 Abs. 1 ZPO je ein davon zu unterscheidender separater Tatsachenvortrag stattzufinden habe, der keine Stellungnahme auf das zuvor in der Klageantwort Ausgeführte enthalten dürfe. Selbst wenn aus dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid das Erfordernis eines zusätzlichen separaten Tatsachenvortrags abzuleiten wäre, müsste sich ein Kläger in einem umfassenden Sachvortrag äussern können, der auch eine "Replik" zur Klageantwort einschliesse. In diesem Fall hätten die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz den Beschwerdegegner nicht in einen Tatsachenvortrag drängen dürfen, der keine Stellungnahme zur Klageantwort erlaube. Des Weiteren seien die Parteien am 15. Juli 2019 zur Hauptverhandlung vor Kollegialgericht (mündliche Replik/Duplik) und zur Vergleichsverhandlung vorgeladen worden. Bereits daraus werde ersichtlich, dass die Vorinstanz den Begriff "Replik" nicht im Sinne von Art. 228 Abs. 2 ZPO als zweiten Parteivortrag an der Hauptverhandlung, sondern als zweiten Sachvortrag des Beschwerdegegners nach der Klageantwort (mit dem Recht, unbeschränkt Tatsachen und Beweismittel vorzutragen) verstanden habe.

2.2. Die Beschwerdeführerin moniert, die Vorinstanz habe aktenwidrig festgestellt, der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners, Rechtsanwalt Brunner, habe anlässlich seines Tatsachenvortrags seine Replik verlesen. Aus dem Protokoll der erstinstanzlichen Hauptverhandlung ergebe sich, dass Rechtsanwalt Brunner nicht seine Plädoyernotizen verlesen habe, sondern eine einzige, generische Aussage (Beschwerdegegner sei bis heute nicht im Dentalbereich tätig geworden) als seinen Tatsachenvortrag genannt habe. Zwar habe Rechtsanwalt Brunner mehrmals versucht, seine Replik als Tatsachenvortrag vorzulesen, doch sei dieser - so die Beschwerdeführerin - von ihrem Rechtsvertreter, Rechtsanwalt Blesi, unterbrochen worden. Ein Mal habe er bis Seite 2 Rz. 5 seiner Plädoyernotizen gelesen, daher finde sich eine diese Randziffer betreffende Bemerkung im Protokoll. Dass die Hauptverhandlung nicht so abgelaufen sei, wie von der Vorinstanz fälschlicherweise festgestellt, hätte diese nicht nur aus der Strukturierung des Protokolls erkennen können, sondern auch aus den Protokollhinweisen auf S. 6. Aufgrund dieser fehlerhaften Sachverhaltsfeststellung habe die Vorinstanz Tatsachenvorbringen des Beschwerdegegners berücksichtigt, die nach dem Tatsachenvortrag und damit nach der Novenschanke von Art. 229 Abs. 2 ZPO vorgebracht worden seien.

Die weiteren Ausführungen der Vorinstanz seien unbeachtlich, weil sie auf der vorerwähnten irrigen Sachverhaltsfeststellung gründeten. Richtig sei, dass der Beschwerdegegner seine Replik erst nach den Tatsachenvorträgen vorgelesen habe. Sein Tatsachenvortrag habe sich auf die eine Aussage beschränkt, die im Protokoll der Hauptverhandlung festgehalten sei. Unrichtig sei schliesslich auch die vorinstanzliche Feststellung, wonach die Erstinstanz zur

mündlichen Replik/Duplik vorgeladen habe, was die "wichtigen Hinweise" auf der Vorladung zeigten.

2.3.

2.3.1. Dem Protokoll der erstinstanzlichen Hauptverhandlung ist zu entnehmen, dass der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin - nachdem die Vorsitzende ihre Ausführungen zum Ablauf der Verhandlung abgeschlossen hatte - beantragte, "dass im Sinne der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zunächst die Tatsachenvorträge gehalten würden". Daraufhin erklärte der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners, dass er keine Tatsachen vorzutragen habe, sondern sich "zu den Punkten der Gegenseite" äussern wolle. Nachdem der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin daraufhin erwidert hatte, die Replik sei kein Tatsachenvortrag und er darauf bestehe, dass als nächster Prozessschritt die Tatsachenvorträge gehalten würden, gab der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners an, er beschränke sich diesfalls "einstweilen auf die Fakten und Tatsachen, die zur Klageantwort zu nennen seien". Dazu legte er seine Plädoyernotizen ins Recht und verlas diese ab der zweiten Seite. Dem Protokoll ist zwar nicht unmittelbar zu entnehmen, bis zu welchem Punkt der Notizen Rechtsanwalt Brunner gelangte. Allerdings kann aus der Anmerkung im Protokoll "Auf Nachfrage der Vorsitzenden gibt RA Brunner an, dass es sich bei seiner Ausführung zu Randziffer 5 auf Seite 2 von act. 17 [= Plädoyernotizen] um eine Tatsache handle" - welche auf den Hinweis von Rechtsanwalt Blesi erfolgte, demzufolge es sich bei den Ausführungen von Rechtsanwalt Brunner "um keinen Tatsachenvortrag, sondern um eine Replik" handle - abgeleitet werden, Rechtsanwalt Brunner habe seine Notizen bis zur Rz. 5 auf S. 2 verlesen. Daraufhin setzte dieser seinen Vortrag offenbar nicht fort, findet sich doch im Protokoll unmittelbar danach der Hinweis, Rechtsanwalt Blesi erkläre, "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". Alsdann wird unter dem Titel "RA Dr. iur. U. Brunner zum Tatsachenvortrag" festgehalten, das einzige Faktum, das er vorzutragen habe, sei, "dass der Kläger bis heute nicht im Dentalbereich tätig geworden ist", was die bereits beim Verlesen der Plädoyernotizen eingereichten Unterlagen (u.a. Handelsregisterauszug der C. _____ GmbH) belegten. Auf Nachfrage der Vorsitzenden erklärte Rechtsanwalt Brunner ausdrücklich, zum Tatsachenvortrag keine weiteren Ausführungen machen zu wollen.

Damit steht fest, dass der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung seine Plädoyernotizen bis zur Rz. 5 auf S. 2 verlesen hatte und anschliessend lediglich ein einziges Faktum vorbrachte. Wenn die Vorinstanz festhielt, Rechtsanwalt Brunner habe unmittelbar nach Eröffnung der Hauptverhandlung seine Plädoyernotizen ab Seite 2 zum ersten Mal vollständig verlesen, stellte sie den Sachverhalt offensichtlich unrichtig fest. Wie dem Protokoll zu entnehmen ist, verlas Rechtsanwalt Brunner seine Plädoyernotizen erst anlässlich seines ersten Parteivortrags (als Rechtsvertreter des Klägers) nach Aktenschluss vollumfänglich. Fraglich ist, ob in diesem Zeitpunkt noch neue Tatsachen und Beweismittel uneingeschränkt vorgebracht werden durften, oder ob diese einer Prüfung nach Art. 229 Abs. 1 ZPO hätten unterzogen werden müssen.

2.3.2. Im referenzierten [BGE 144 III 67](#) hielt das Bundesgericht fest, dass sich nach der Rechtsprechung jede Partei nur zweimal unbeschränkt äussern kann: Ein erstes Mal im Rahmen des ersten Schriftenwechsels; ein zweites Mal entweder im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels oder - wenn kein solcher durchgeführt wird - an einer Instruktionsverhandlung (Art. 226 Abs. 2 ZPO) oder "zu Beginn der Hauptverhandlung" ("à l'ouverture des débats principaux", "all'inizio del dibattimento"; Art. 229 Abs. 2 ZPO), d.h.

vor den ersten Parteivorträgen nach Art. 228 ZPO ([BGE 144 III 67](#) E. 2.1). Dass "zu Beginn der Hauptverhandlung" vor den ersten Parteivorträgen meint, wurde danach in zahlreichen Urteilen wiederholt (namentlich [BGE 144 III 519](#) E. 5.2.1; Urteile 4A_431/2020 vom 29. Dezember 2020 E. 6.1; 4A_194/2020 vom 29. Juli 2020 E. 5.3.1; 5A_641/2019 vom 30. Juni 2020; E. 5.4; 5A_763/2018 vom 1. Juli 2019 E. 2.1.2.2; 4A_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.2.1; 4A_243/2018 vom 17. Dezember 2018 E. 4.2.1; 4A_494/2017 vom 31. Januar 2018 E. 2.4.1). Eine vertiefte Auseinandersetzung mit Art. 229 Abs. 2 ZPO fand jedoch (noch) nicht statt.

2.3.2.1. Diese Rechtsprechung wurde in der Literatur mehrheitlich kritisch aufgenommen.

2.3.2.1.1. So hält etwa LEUENBERGER [BGE 144 III 67](#) für inkonsequent. Bei einer schriftlichen Replik oder Duplik würden die Noven auch nicht in einer Eingabe vor den Rechtsschriften, sondern im Rahmen der Rechtsschriften vorgetragen. "Zu Beginn der Hauptverhandlung" hätte, so LEUENBERGER, durchaus im Sinne von "in den ersten Parteivorträgen" ausgelegt werden können. Demgegenüber sei klar, dass Noven in den Entgegnungen (Art. 228 Abs. 2 ZPO) zu den ersten Parteivorträgen nicht mehr unbeschränkt vorgebracht werden könnten (CHRISTOPH LEUENBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2018, 1. Teil: Zivilprozessrecht im internen Verhältnis, ZBJV 156/2020 S. 101; *ders.*, Note zum Urteil 4A_338/2017 vom 24. November 2017, SZPP 2018 S. 117; ebenso ERICH KAUFMANN, Noven in der Hauptverhandlung [Art. 229 ZPO] - Was heisst "zu Beginn der Hauptverhandlung"?, in: Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2019, S. 83 f.).

2.3.2.1.2. Noch weiter gehen SOGO/BAEHLER, die den Entscheid als wenig überzeugend kritisieren. Ihnen zufolge ist die Wendung "zu Beginn der Hauptverhandlung" dahingehend auszulegen, als damit die Replik und die Duplik (wohl im Sinne von Art. 228 Abs. 2 ZPO) gemeint ist (SOGO/BAEHLER, Aktenschluss im summarischen Verfahren, AJP 2020 Anm. 20).

2.3.2.1.3. TAPPY bemängelt die bundesgerichtliche Rechtsprechung zwar nicht explizit, stellt sich ihr aber insofern entgegen, als er - unter Verweis auf diese - eine andere Auffassung vertritt. Ihm zufolge ist Art. 229 Abs. 2 ZPO dahingehend zu verstehen, dass neue Tatsachen und Beweismittel noch "au début des premières plaidoiries" (DENIS TAPPY, in: Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2. Aufl. 2019, N. 19 zu Art. 229 ZPO; *ders.*, a.a.O., N. 13 zu Art. 228 ZPO) ins Verfahren eingebracht werden könnten. Eine Begründung dafür findet sich in seinen Ausführungen indes nicht.

2.3.2.1.4. BOHNET kritisiert diese Rechtsprechung als zu formalistisch. Sie verkompliziere das Verfahren unnötig, müsse dieser zufolge doch zwischen jenen Vorbringen unterschieden werden, welche noch nicht ins Verfahren eingebracht worden seien und jenen, welche bereits darin Eingang gefunden hätten und deshalb im Rahmen der ersten Parteivorträge aufgegriffen werden dürften (FRANÇOIS BOHNET, Note zum Urteil 4A_338/2017 vom 24. November 2017, SZPP 2018 S. 117). An anderer Stelle bezeichnet BOHNET die Rechtsprechung ohne nähere Begründung als "streng" (*ders.*, Restriction de la possibilité d'alléguer en procédure sommaire [arrêt 4A_557/2017], Newsletter bail.ch vom April 2018, <<https://bail.ch/bail/page/newsletter>> [besucht am 1. Mai 2021], S. 4) oder als im ordentlichen Verfahren fraglich, im vereinfachten Verfahren sinnlos (*ders.*, Ecritures, maximes de procédure et débats dans le procès civil social, in: Le procès civil social, 2018, Rz. 37).

2.3.2.1.5. HEINZMANN seinerseits gibt zu bedenken, dass die ersten Parteivorträge den Parteien gerade die Möglichkeit geben sollten, sich zum Sachverhalt zu äussern. Daher sei es nicht nachvollziehbar, weshalb die Behauptungsphase vorgezogen werden solle. Diese Einschränkung beraube die ersten Parteivorträge zu einem grossen Teil ihrer Funktion, ohne dass prozessökonomische Gründe dies erforderten (MICHEL HEINZMANN, Newsletter ZPO Online vom 7. Februar 2018, Bemerkungen zum Urteil BGer 4A_338/2017, <<https://zpo-cpc.ch/newsletter>> [besucht am 30. April 2021]; *ders.*, Allégation et contestation - le ping-pong procédural, BR 2019 S. 141).

2.3.2.1.6. SOGO/NAEGELI kritisieren, [BGE 144 III 67](#) rufe in formeller und inhaltlicher Hinsicht Fragen auf. Ohne dass es notwendig gewesen wäre, greife das Bundesgericht in einem obiter dictum eine Frage auf und beantworte sie ohne Begründung bewusst in Abweichung von seiner bisherigen Rechtsprechung. Die vorgegebene Lösung sei zudem wenig praktikabel. Sie schaffe eine erhebliche Fehlerquelle, da Gerichte wie Parteien die gesetzlich nicht vorgesehenen Tatsachenvorträge leicht übersehen könnten (zum Ganzen SOGO/NAEGELI, in: Kurzkomentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2021, N. 17a zu Art. 229 ZPO).

2.3.2.1.7. BRUGGER demgegenüber begrüsst diese Rechtsprechung. Er interpretiert [BGE 144 III 67](#) dahingehend, dass neue Tatsachen und Beweismittel in einer separaten, den ersten Parteivorträgen zeitlich vorangehenden, Äusserung vorzubringen seien, die er als "Tatsachenvortrag" bezeichnet. Darin seien ausschliesslich neue Tatsachen und Beweismittel vorzutragen, während sämtliche weiteren Ausführungen, die über neue Tatsachen und Beweismittel hinausgehen, für den anschliessenden ersten Parteivortrag aufzusparen seien. Plädiere eine Partei in ihrem Tatsachenvortrag, habe sie das Gericht auf die ersten Parteivorträge zu verweisen. Nach dieser zweiten unbeschränkten Äusserungsmöglichkeit im Tatsachenvortrag trete der Aktenschluss ein (zum Ganzen DANIEL BRUGGER, Der Tatsachenvortrag "zu Beginn" der Hauptverhandlung [Art. 229 Abs. 2 ZPO], ZZZ 45/2020 S. 26). Diese strikte Trennung von Tatsachenvortrag und den ersten Parteivorträgen trage der Mündlichkeit des Verfahrens Rechnung. So könnten sich die Parteien im Tatsachenvortrag vorab darauf konzentrieren, neue Behauptungen vorzubringen, neue Beweismittel einzureichen oder zu beantragen und die Behauptungen des Prozessgegners zu bestreiten. Im ersten Parteivortrag bräuchten sie sich um das Behaupten und Bestreiten nicht mehr zu sorgen, sondern könnten sich darauf fokussieren, ihren Antrag zu begründen und das Gericht von ihrem Standpunkt zu überzeugen (BRUGGER, a.a.O., S. 27). Weiter verbessere ein solches Vorgehen die Waffengleichheit, da ansonsten der Beklagte auf den mündlichen Vortrag des Klägers, den dieser anhand der schriftlichen Klageantwort vorbereiten konnte, umgehend (oder allenfalls nach einer kurzen Pause) antworten müsse. Diese Ungleichheit würde durch den Tatsachenvortrag gemildert, da in diesem die einzelnen neuen Tatsachen und Beweismittel des Klägers klar ausgewiesen würden, was dem Beklagten eine adäquate Antwort darauf erleichtere (BRUGGER, a.a.O., S. 27). Jenen Stimmen, die sich gegen einen separaten Tatsachenvortrag aussprechen, da ein solcher das Verfahren unnötig verkompliziere, hält BRUGGER entgegen, dadurch könne zwar die Vorbereitung der Hauptverhandlung aufwendiger werden, jedoch werde die Hauptverhandlung sowohl für die Parteien (zunächst Fokussierung auf Behaupten, anschliessend auf Begründen) als auch für das Gericht (Protokollierung) vereinfacht (BRUGGER, a.a.O., S. 27 f.). Zwar könne nicht ausgeschlossen werden, dass Doppelspurigkeiten zwischen Tatsachenvortrag und Parteivortrag auftreten würden, doch könnten diese auf ein Mindestmass verringert werden, wenn das Gericht nur dann zur Hauptverhandlung mit der Möglichkeit für neue

Sachvorbringen vorlade, wenn an der Hauptverhandlung nicht viele neue Tatsachen und Beweismittel zu erwarten seien (BRUGGER, a.a.O., S. 28).

2.3.2.1.8. Weitere Autoren schliessen sich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an, ohne diese zu kommentieren (so etwa BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. Aufl. 2018, Kap. 5 Rz. 42; STAEHELIN/STAEHELIN/BACHOFNER, in: Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2019, § 10 Rz. 40b und § 21 Rz. 9a).

2.3.2.2. Bereits vor dem Entscheid 144 III 67 war in der Literatur umstritten, wie der Ausdruck "zu Beginn der Hauptverhandlung" zu verstehen ist.

Nach der restriktivsten Auffassung sollten neue Tatsachen und Beweismittel vor den ersten Parteivorträgen eingebracht werden müssen (so FABIENNE HOHL, Procédure civile, Bd. I, 2. Aufl. 2016, Rz. 1331; dies., Procédure civile, Bd. II, 2. Aufl. 2010, Rz. 1196; DOMINIK MILANI, Die Handhabung der Eventualmaxime im vereinfachten Verfahren unter besonderer Berücksichtigung von Art. 229 Abs. 2 ZPO, Jusletter vom 16. Mai 2011, Rz. 61).

Den Gegenpol dazu bildeten jene Autoren, die neue Tatsachen und Beweismittel noch in der Replik und der Duplik nach Art. 228 Abs. 2 ZPO zulassen wollten (namentlich LAURENT KILLIAS, in: Berner Kommentar, Bd. I, 2012, N. 19 zu Art. 229 ZPO; DANIEL WILLISEGGER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 8 und N. 38 zu Art. 229 ZPO).

Eine vermittelnde Position nahmen jene Stimmen ein, welche dafür plädierten, neue Tatsachen und Beweismittel immerhin dann noch unbeschränkt zu berücksichtigen, wenn sie in den ersten Parteivorträgen nach Art. 228 Abs. 1 ZPO vorgebracht wurden, wobei einige Autoren verlangten, dass diese neuen Tatsachen zu Beginn des ersten Parteivortrags eingebracht werden mussten (HOFMANN/LÜSCHER, Le Code de procédure civile, 2. Aufl. 2015, S. 212; RAFAEL KLINGLER, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, Rz. 421), während andere keine derartige Beschränkung äusserten (so THOMAS ENGLER, in: ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2015, N. 3a zu Art. 229 ZPO; CHRISTOPH LEUENBERGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, N. 12 zu Art. 229 ZPO; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2016, Rz. 11.109; SÉBASTIEN MORET, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2014, Rz. 214 ff.; ERIC PAHUD, Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Kommentar, 2. Aufl. 2016, N. 21 zu Art. 229 ZPO; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 10 Rz. 40b; ebenfalls in den ersten Parteivorträgen, jedoch unklar, ob damit auch die Replik und die Duplik i.S.v. Art. 228 Abs. 1 ZPO gemeint sind: GASSER/RICKLI, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kurzkommentar, N. 7 zu Art. 229 ZPO; NAEGELI/MAYHALL, in: Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 16 zu Art. 229 ZPO; MICHAEL WIDMER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Stämpflis Handkommentar, 2010, N. 3 zu Art. 229 ZPO).

2.3.3. Nachfolgend gilt es zu erörtern, wie die Wendung "zu Beginn der Hauptverhandlung" zu verstehen ist.

2.3.3.1. Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen (sprachlich-grammatikalisches Element). Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss das Gericht unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach der wahren Tragweite der Norm suchen. Dabei hat es insbesondere den Willen des Gesetzgebers

zu berücksichtigen, wie er sich namentlich aus den Gesetzesmaterialien ergibt (historisches Auslegungselement). Weiter hat das Gericht nach dem Zweck und den dem Text zu Grunde liegenden Wertungen zu forschen, namentlich nach dem durch die Norm geschützten Interesse (teleologisches Element). Zu berücksichtigen ist ferner die systematische Stellung der Norm im Kontext und das Verhältnis, in welchem sie zu anderen Gesetzesvorschriften steht (systematisches Element). Das Bundesgericht befolgt bei der Auslegung von Gesetzenormen einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es ab, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen ([BGE 146 III 217](#) E. 5; [145 III 324](#) E. 6.6; [144 III 29](#) E. 4.4.1; [131 III 314](#) E. 2.2; [121 III 460](#) E. 4a/bb; je mit Hinweisen).

2.3.3.2. Die deutsche Fassung von Art. 229 Abs. 2 ZPO spricht davon, dass neue Tatsachen und Beweismittel " zu Beginn der Hauptver handlung" unbeschränkt vorgebracht werden können. Der Gesetzgeber scheint hierin einen der "eigentlichen" Hauptverhandlung zeitlich vorgelagerten Moment zu verstehen, spricht er doch in Abs. 1 von Art. 229 ZPO davon, dass "[i]n der Hauptverhandlung" neue Tatsachen und Beweismittel nur unter eingeschränkten Voraussetzungen berücksichtigt werden könnten. Die ersten Parteivorträge nach Art. 228 ZPO werden "[n]ach Eröffnung der Hauptverhandlung" gehalten, d.h. jedenfalls in der Hauptverhandlung. Ob sie unmittelbar nach Eröffnung, zu Beginn der Hauptverhandlung, gehalten werden, hält die Zivilprozessordnung nicht ausdrücklich fest. Dass das Gesetz in Art. 229 Abs. 2 ZPO vom Beginn der Hauptverhandlung spricht und nicht auf die vorstehend in Art. 228 ZPO erwähnten ersten Parteivorträge verweist, deutet darauf hin, dass mit der Wendung "zu Beginn der Hauptverhandlung" ein anderer Moment gemeint ist als "[n]ach der Eröffnung der Hauptverhandlung".

Im Unterschied zur deutschen Fassung, wird im französischsprachigen Text sowohl bei Art. 229 Abs. 2 ZPO als auch bei Art. 228 Abs. 1 ZPO von der Eröffnung der Hauptverhandlung gesprochen, wobei sich die Formulierungen unterscheiden. Während neue Tatsachen und Beweismittel " à l'ouverture des débats principaux " eingebracht werden können, werden die ersten Parteivorträge " une fois les débats principaux ouverts " gehalten. Letztere Formulierung bezeichnet einen abgeschlossenen Vorgang, nämlich jenen Moment, da die Hauptverhandlung bereits eröffnet ist. Demgegenüber meint "à l'ouverture" einen Zeitpunkt bei der Eröffnung, der damit den ersten Parteivorträgen vorangeht. Die französische Fassung der Zivilprozessordnung bestätigt somit die aus dem Wortlaut der deutschsprachigen Fassung gewonnene Erkenntnis, dass Art. 229 Abs. 2 ZPO einen anderen Zeitpunkt meint als Art. 228 ZPO, wobei dem französischen Text entnommen werden kann, dass ersterer Zeitpunkt, d.h. jener nach Art. 229 Abs. 2 ZPO, letzterem zeitlich vorangeht.

Wie in der deutschen Fassung wird im italienischen Text bei Art. 229 Abs. 2 ZPO festgehalten, neue Tatsachen und Beweismittel können zu Beginn der Hauptverhandlung (" all'inizio del dibattimento ") vorgebracht werden. Ebenfalls deckungsgleich sind die beiden Sprachversionen mit Blick auf Art. 228 Abs. 1 ZPO (" [n]ach Eröffnung der Hauptverhandlung" bzw. " [a]perto il dibattimento "), weshalb das zum deutschsprachigen Text Ausgeführte entsprechend für die italienische Fassung gilt.

Im Ergebnis spricht das sprachlich-grammatikalische Element dafür, dass "zu Beginn der Hauptverhandlung" einen Zeitpunkt vor den ersten Parteivorträgen nach Art. 228 ZPO meint.

2.3.3.3. Die geltenden Art. 228 f. ZPO entsprechen den Art. 224 f. des Entwurfs des Bundesrats für eine Schweizerische Zivilprozessordnung (E-ZPO; BBl 2006 7463). Während Art. 224 E-ZPO unverändert in die geltende Zivilprozessordnung übernommen wurde und nunmehr deren Art. 228 ZPO bildet, fand sich in Art. 225 Abs. 1 E-ZPO eine von Art. 229 Abs. 2 ZPO abweichende Regelung. Dieser zufolge konnten die Parteien "[...] bis und mit den ersten Parteivorträgen neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen". Die vorberatende

Kommission des Ständerats (Erstrat) beantragte, Art. 225 Abs. 1 E-ZPO dahingehend zu modifizieren, dass neue Tatsachen und Beweismittel in der Hauptverhandlung nur noch berücksichtigt werden, "wenn sie [lit. a] ohne Verzug vorgebracht werden; und [lit. b] trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten" (AB 2007 S 529). Mithin sollte der Aktenschluss noch vor der Hauptverhandlung eintreten. Der Nationalrat lehnte diese Änderung ab und stimmte dem Entwurf des Bundesrats zu (AB 2008 N 964). Eine Minderheit schlug (gar) vor, "neue Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen " noch "bis und mit den letzten Parteivorträgen" unbeschränkt zu berücksichtigen (AB 2008 N 964 f.). Während der Ständerat weiterhin an der Version seiner Kommission festhielt (AB 2008 S 728), schlug die Kommission des Nationalrats vor, Art. 225 Abs. 1 E-ZPO zu streichen und Art. 225 E-ZPO einen Absatz 2bis hinzuzufügen, der nahezu wörtlich dem heutigen Art. 229 Abs. 2 ZPO entspricht ("Falls weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden haben, können neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung vorgebracht werden"). In den Ratsdebatten wurde dieser Vorschlag unisono als Kompromisslösung bezeichnet (Voten Thanei, Aeschbacher, Widmer-Schlumpf, Lüscher und Vischer, AB 2008 N 1629 ff.; Votum Janiak, AB 2008 S 883). Auf der einen Seite würden es das Postulat der Verfahrensbeschleunigung und das Kostenargument erfordern, Noven (in der Hauptverhandlung) auszuschliessen; andererseits verlange das Postulat der Wahrheitsfindung ein möglichst weites Novenrecht (Votum Thanei, AB 2008 N 1629; ähnlich Voten Fluri und Vischer, AB 2008 N 1630 f.). Diese Kompromisslösung wurde in der Folge sowohl vom National- (AB 2008 N 1631) als auch vom Ständerat (AB 2008 S 883) getragen.

Daraus, dass die vom Bundesrat vorgeschlagene Lösung (Novenschranke nach den ersten Parteivorträgen) als zu weitgehend und jene des Ständerats (Novenschranke vor Hauptverhandlung) als zu restriktiv abgelehnt wurden und die Räte beabsichtigten einen Kompromiss zu finden, kann geschlossen werden, dass jedenfalls jene in der Literatur vertretene Auffassung dem historischen Element entgegensteht, welche neue Tatsachen und Beweismittel in den gesamten ersten Parteivorträgen, d.h. auch noch in der Replik und der Duplik nach Art. 228 Abs. 2 ZPO, zulassen will. Nicht klar ist, ob der Bundesrat mit seinem Vorschlag, neue Tatsachen und Beweismittel "bis und mit den ersten Parteivorträgen" zu berücksichtigen, auch die Replik und die Duplik nach Art. 228 Abs. 2 ZPO (= Art. 224 Abs. 2 E-ZPO) einschliessen wollte. Falls dies zuträfe, könnte bereits dann von einem Kompromiss gesprochen werden, wenn Noven nur im jeweils ersten Vortrag unbeschränkt eingebracht werden dürften. Verstünde man die Wendung demgegenüber dahingehend, dass der Bundesrat die Replik und die Duplik ausschliessen wollte, müsste die Wendung "zu Beginn der Hauptverhandlung" einen Moment vor den ersten Parteivorträgen meinen, da ansonsten kein Kompromiss vorläge.

Einen Anhaltspunkt, dass die Novenschranke bereits vor den ersten Parteivorträgen fallen sollte, stellt das Votum von LÜSCHER für die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats dar (AB 2008 N 1630), welche Art. 225 Abs. 2bis E-ZPO vorschlug. Ihm zufolge soll es nach dieser Bestimmung möglich sein, neue Tatsachen und Beweismittel vor Beginn der Hauptverhandlung ("avant le début des débats principaux") unbeschränkt ins Verfahren einzubringen. Wenngleich diese Aussage dem Wortlaut von Art. 225 Abs. 2bis E-ZPO widerspricht ("à l'ouverture des débats principaux"), kann sie als Indiz dafür gewertet werden, dass nach Ansicht der Kommission neue Tatsachen und Beweismittel in den ersten Parteivorträgen nur mehr eingeschränkt zulässig sein sollten.

Im Ergebnis kann aus dem historischen Element geschlossen werden, dass neue Tatsachen und Beweismittel jedenfalls in der Replik und der Duplik im Sinne von Art. 228 Abs. 2 ZPO nicht mehr unbeschränkt vorgebracht werden dürfen. Die Berücksichtigung der

Entstehungsgeschichte spricht eher dafür, dass die Novenschranke bereits vor den ersten Parteivorträgen fällt.

2.3.3.4. In systematischer Hinsicht ist zu bemerken, dass aus der Strukturierung von Art. 229 ZPO nichts abgeleitet werden kann, was zur vorliegend zu beantwortenden Frage beiträgt. Gleiches gilt für die Einbettung der Bestimmung auf Kapitel- ("Hauptverhandlung", Art. 228-234 ZPO) sowie auf übergeordneten Ebenen der Gesetzessystematik.

2.3.3.5. Die Bestimmung von Art. 229 Abs. 2 ZPO will sicherstellen, dass sich die Parteien zwei Mal unbeschränkt äussern können. Dieses Ziel wird ungeachtet dessen erreicht, ob diese Äusserung in den ersten Parteivorträgen oder (separat) davor geschieht. Wie zur Entstehungsgeschichte der Norm angeführt (E. 2.3.3.3 hiervor), beabsichtigte der Gesetzgeber, durch Art. 229 Abs. 2 ZPO einen Kompromiss zu finden zwischen dem Interesse an Verfahrensbeschleunigung (und damit verbundener Reduktion der Kosten) einerseits und dem Interesse an möglichst uneingeschränkter Wahrheitsfindung andererseits. Auch diesen beiden Interessen werden die in der Literatur propagierten Zeitpunkte für den Eintritt der Novenschranke gerecht, da alle in der Hauptverhandlung liegen (und nicht etwa vor dieser) und das Verfahren allesamt gleichsam verzögern. Dass der Bestimmung weitere Zwecke zukommen sollten, wie sie bisweilen in der Literatur diskutiert werden (so z.B. Vereinfachung der Hauptverhandlung oder Verbesserung der Waffengleichheit), ist den Materialien nicht zu entnehmen.

Mithin kann dem Zweck der Bestimmung nicht entnommen werden, ob mit der Wendung "zu Beginn der Hauptverhandlung" ein Moment vor den ersten Parteivorträgen gemeint ist, oder ob damit die jeweils erste Äusserung im Rahmen der ersten Parteivorträge gemäss Art. 228 Abs. 1 ZPO angesprochen wird oder gar die Entgegnungen nach Art. 228 Abs. 2 ZPO mitgemeint sind.

2.3.3.6. Während aus dem systematischen und dem teleologischen Element keine Erkenntnisse betreffend das Verständnis von Art. 229 Abs. 2 ZPO gewonnen werden können, spricht das sprachlich-grammatikalische Element dafür, dass "zu Beginn der Hauptverhandlung" einen Zeitpunkt vor den ersten Parteivorträgen nach Art. 228 ZPO meint. In dieselbe Richtung deutet das historische Auslegungselement. In einer Gesamtwürdigung ist mithin festzustellen, dass neue Tatsachen (wozu auch Bestreitungen zählen; Urteil 4A_498/2019 vom 3. Februar 2020 E. 1.5) und Beweismittel gemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO vor den ersten Parteivorträgen ins Verfahren eingebracht werden müssen. Diese (unbeschränkte) Äusserung zu Beginn der Hauptverhandlung ist demnach zu unterscheiden von den in Art. 228 ZPO erwähnten ersten Parteivorträgen.

Jenen Autoren, die ein derartiges Vorgehen mangels Praktikabilität als Verkomplizierung des Verfahrens ablehnen, ist zwar dahingehend beizustimmen, dass eine solche Auftrennung bei den Parteien zu einem höheren Aufwand in der Vorbereitung der Verhandlung führt und der Zeitbedarf der Hauptverhandlung (marginal) steigen dürfte, doch werden diese Nachteile dadurch aufgewogen, dass die neuen Vorbringen für die Gegenpartei und für das Gericht so klar zu fassen sind, was sowohl das Gericht entlastet als auch der Waffengleichheit dient.

2.3.4. Vorliegend wurde weder ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt noch fand eine Instruktionsverhandlung statt, weshalb es den Parteien offenstand, zu Beginn der Hauptverhandlung neue Tatsachen und Beweismittel vorzutragen (Art. 229 Abs. 2 ZPO). Wie vorstehend dargelegt, kann dem Protokoll der erstinstanzlichen Hauptverhandlung entnommen werden, dass der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners nach Eröffnung der Verhandlung versuchte, seine Plädoyernotizen vorzulesen, wobei er mehrmals vom

Rechtsvertreter der Gegenseite mit Verweis auf den fehlenden Charakter seiner Äusserungen als "Tatsachenvortrag" daran gehindert wurde. Dieser Intervention stimmte die erstinstanzliche Verfahrensleitung bei, hielt sie doch im Protokoll unter dem Titel "Tatsachenvortrag" lediglich eine Tatsachenbehauptung des Beschwerdegegners fest. Da der Beschwerdegegner darin die Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Klageantwort nicht (substanziiert) bestritt (vgl. [BGE 141 III 433](#) E. 2.6), hätten diese als zugestanden zu gelten, soweit seine anschliessend in den ersten Parteivorträgen nach Art. 228 ZPO vorgebrachten Bestreitungen nicht als echte oder unechte Noven im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen wären.

2.3.5. Fraglich ist, ob der Beschwerdegegner durch das Verhalten des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin und dessen Billigung durch die Erstinstanz, des Rechts beraubt wurde, rechtzeitig neue Tatsachen und Beweismittel einzubringen und insbesondere die Behauptungen der Beschwerdeführerin im Schriftenwechsel zu bestreiten.

2.3.5.1. Die Vorinstanz erwog im Sinne einer Eventualbegründung, die Beschwerdeführerin und die Erstinstanz hätten den Beschwerdegegner nicht in einen Tatsachenvortrag drängen dürfen, der keine Stellungnahme zur Klageantwort erlaube.

2.3.5.2. Nachdem der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin nach den Ausführungen der Vorsitzenden zum Ablauf der Verhandlung beantragte, "dass im Sinne der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zunächst die Tatsachenvorträge gehalten würden", erklärte der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners, "dass er keine Tatsachen, sondern zu den Punkten der Gegenseite etwas vorzutragen habe". Da der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin darauf beharrte, "dass die Parteien zunächst die neue[n] Tatsachen und Beweismittel zu bezeichnen hätten und erst danach plädiert werde", erklärte er, dass er "sich diesfalls einstweilen auf die Fakten und Tatsachen, die zur Klageantwort zu nennen seien, beschränke". Offenbar aus diesem Grund verzichtete er (einstweilen) darauf, die erste Seite seiner Plädoyernotizen, auf der unter anderem die Anträge niedergeschrieben waren, vorzulesen. Stattdessen begann er seinen Vortrag auf der zweiten Seite. Auf dieser werden nach Einleitung mit "Fakt ist, dass:" vier Behauptungen aufgestellt. Danach folgen unter Angabe der jeweiligen Randziffer in der Klageantwort Bemerkungen zur Klageantwort der Beschwerdeführerin ("Zu den einzelnen Punkten in der Klageantwort:"), in welchen der Beschwerdegegner den in der Klageantwort aufgestellten Behauptungen seine Auffassung gegenüberstellt und damit jene der Beschwerdeführerin (partiell) bestreitet. Es handelt sich sowohl bei den vorerwähnten vier Behauptungen als auch bei den Bemerkungen zur Klageantwort um neue Tatsachen. Erstere wurden teilweise mit neuen Beweismitteln ergänzt. Entgegen der Ansicht des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin handelt es sich hierbei nicht um ein Plädoyer, das im Rahmen der ersten Parteivorträge zu halten gewesen wäre. Vielmehr sind diese Ausführungen sowohl in Bezug auf deren Inhalt als auch deren Form so gehalten, wie sie - im Falle eines zweiten Schriftenwechsels - in einer schriftlichen Replik anzutreffen gewesen wären, wo Tatsachenbehauptungen der Gegenpartei anerkannt oder bestritten werden.

In Anbetracht dessen, versties der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin gegen Treu und Glauben (Art. 52 ZPO), wenn er den Rechtsvertreter des Beschwerdegegners, obgleich dieser Tatsachen vortragen wollte, beim Verlesen unterbrach und darauf beharrte, dass er die neuen Tatsachen und Beweismittel Punkt für Punkt vorbringen müsse und damit bewirkte, dass dieser seine Notizen vor den ersten Parteivorträgen nicht vollständig verlesen konnte. Hätte dieser seine Notizen ungehindert verlesen können, wären die neuen Tatsachen und Beweismittel "zu Beginn der Hauptverhandlung" im Sinne von Art. 229 Abs. 2 ZPO in den

Prozess eingeführt worden und hätten ohne Rücksicht auf Art. 229 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden müssen. Indem die Erstinstanz die (unberechtigten) Interventionen des Rechtsvertreters des Beschwerdegegners schützte, obschon sie das (Prozess-) Recht von Amtes wegen anzuwenden gehabt hätte (Art. 57 ZPO) und dessen Einhaltung im Rahmen ihrer Aufgabe, den Prozess zu leiten (Art. 124 Abs. 1 Satz 1 ZPO), hätte sicherstellen müssen, wurde der Beschwerdegegner seines Rechts beraubt, zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel vorzutragen. Dieses Vorgehen stellt ebenfalls eine Verletzung von Art. 52 ZPO dar. Da dem Beschwerdegegner aus diesem treuwidrigen Verhalten kein Nachteil erwachsen darf, sind die im Rahmen der ersten Äusserung in den ersten Parteivorträgen nach Art. 228 ZPO vorgebrachten neuen Tatsachen uneingeschränkt, d.h. ohne Rücksicht auf die Novenschranke von Art. 229 Abs. 1 ZPO, zu berücksichtigen, wie es die Vorinstanz (im Ergebnis) zutreffend tat. Soweit die Beschwerdeführerin an diversen Stellen ihrer Beschwerdeschrift moniert, die Vorinstanz hätte die Ausführungen des Beschwerdegegners in seiner Replik nicht berücksichtigen dürfen und ihre, jene der Beschwerdeführerin, dem Urteil als unbestritten zugrundelegen müssen, ist ihr demnach nicht zu folgen.

2.4. Im Ergebnis ist - entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin - keine Verletzung von Art. 229 Abs. 2 ZPO auszumachen.

3.

Umstritten ist schliesslich, ob die fristlose Kündigung vom 23. November 2018 aufgrund Konkurrenzierung oder anderweitiger Treupflichtverletzung der Beschwerdeführerin gerechtfertigt war. Die Vorinstanz verneinte dies und bestätigte die Ansicht der Erstinstanz, wonach die fristlose Kündigung ungerechtfertigt war.

3.1. Nach Art. 321a Abs. 1 OR hat der Arbeitnehmer die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses darf der Arbeitnehmer gemäss Art. 321a Abs. 3 OR keine Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten leisten, soweit er dadurch seine Treupflicht verletzt, insbesondere den Arbeitgeber konkurrenziert.

Plant ein Arbeitnehmer in Zukunft eine zum gegenwärtigen Arbeitgeber konkurrenzierende Tätigkeit auszuüben, darf er bereits vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses Vorbereitungen hierfür treffen; seine Treupflicht verbietet ihm indessen, noch vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Konkurrenzierung seines Arbeitgebers zu beginnen oder ihm Angestellte oder Kunden abzuwerben ([BGE 138 III 67](#) E. 2.3.5; [117 II 72](#) E. 4a).

3.2. Umstritten ist zunächst, ob das Recht, während laufendem Arbeitsverhältnis eine spätere konkurrenzierende Tätigkeit vorzubereiten, durch Ziff. 4.12 des Arbeitsvertrags eingeschränkt wurde.

3.2.1. Gemäss dieser Bestimmung verpflichtete sich der Beschwerdegegner ---], whether directly or indirectly or whether on his or her own account or for the account of any other person, firm or company, or as agent, officer, director, partner, manager, employee, consultant, shareholder or beneficial owner of any other person, firm or company:

- carry on or be engaged or concerned or interested in any business in the Restraint Area, which is or is likely to be directly or indirectly in competition with the business of
A. _____;

- seek (in competition with the business of A. _____) to procure orders from or solicit or do business with any person, firm or company, who is then or has been a client of A. _____ at any time during the period of the employment relationship."

Die Vorinstanz gab die englische Originalfassung folgendermassen übersetzt wieder:

--..], 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, Aktionar oder wirtschaftlicher Eigentümer einer andern Person, Firma oder Gesellschaft:

- 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 wahrscheinlich konkurrenziert,
- zu versuchen (im Wettbewerb mit dem Geschäft von A. _____), von einer 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."

3.2.2. Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin könne in Bezug auf Vorbereitungshandlungen aus der arbeitsvertraglichen Nichtkonkurrenzvereinbarung nichts ableiten, was über die gesetzliche Treuepflicht nach Art. 321a OR hinausgehe: Dieser zufolge müsse nämlich die Betätigung mit einer mutmasslichen Konkurrenzierung des Arbeitgebers im Zusammenhang stehen und die Angebotsseite betreffen. Demnach sei nicht jede in die Zukunft gerichtete geschäftliche Betätigung verboten, die nicht im Interesse des Arbeitgebers liege. Sich dafür zu interessieren und darüber zu informieren, welche Betätigungsmöglichkeiten nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses zur Verfügung stünden, stelle keine Verletzung dieses Konkurrenzverbots dar, die eine fristlose Kündigung rechtfertigen würde. Die Beschwerdeführerin vermöge nicht substantiiert aufzuzeigen, inwiefern Handlungen eines (freigestellten) Arbeitnehmers, welche eine spätere Tätigkeit lediglich vorbereiten sollen, aber noch keine Konkurrenzierung oder Beeinträchtigung der Marktstellung des Arbeitgebers bewirken, von der Klausel erfasst würden.

3.2.3. Die Beschwerdeführerin kritisiert diese Auslegung als unzutreffend. Ziff. 4.12 des Arbeitsvertrags zufolge habe sich der Beschwerdegegner insbesondere und auch während laufendem Arbeitsverhältnis verpflichtet, "keine geschäftliche Tätigkeit auszuüben oder in einer solchen engagiert, betroffen oder interessiert zu sein, die das Geschäft von A. _____ direkt oder indirekt konkurrenziert oder wahrscheinlich konkurrenziert". Sie habe den Beschwerdegegner zwei Mal auf diese strenge Nichtkonkurrenzvereinbarung hingewiesen.

3.2.4. Ziel der Vertragsauslegung ist es, in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung, die vorbehältlich der Ausnahmen von Art. 97 und Art. 105 BGG der bundesgerichtlichen Überprüfung entzogen ist (vgl. [BGE 144 III 93](#) E. 5.2.2; [132 III 268](#) E. 2.3.2; je mit Hinweisen). Steht eine tatsächliche Willensübereinstimmung fest, bleibt für eine Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz kein Raum ([BGE 132 III 626](#) E. 3.1; [128 III 70](#) E. 1a). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden

werden durften und mussten. Das Bundesgericht überprüft diese objektivierte Auslegung von Willenserklärungen als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Richters über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist (Art. 105 Abs. 1 BGG; [BGE 144 III 93](#) E. 5.2.3; [142 III 671](#) E. 3.3; [133 III 61](#) E. 2.2.1; je mit Hinweisen).

Die Vorinstanz traf keine tatsächlichen Feststellungen zum inneren Willen der Parteien. Das angefochtene Urteil ist vielmehr dahingehend zu verstehen, dass das Obergericht nach dem Sinn geforscht hat, den die Parteien dem Vertragstext unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben objektiv beilegen durften und mussten. Diese auf dem Vertrauensgrundsatz beruhende Vertragsauslegung kann das Bundesgericht frei überprüfen ([BGE 144 III 93](#) E. 5.2.3; [133 III 61](#) E. 2.2.1; [132 III 24](#) E. 4, 268 E. 2.3.2, 626 E. 3.1; [131 III 606](#) E. 4.1; [130 III 417](#) E. 3.2; [121 III 118](#) E. 4b/aa; [119 II 449](#) E. 3a; [118 II 365](#) E. 1; je mit Hinweisen).

3.2.5. Es stellt sich die Frage, ob Ziff. 4.12 auch für Aktivitäten des Beschwerdegegners während der Dauer des Arbeitsverhältnisses gilt oder ob damit (lediglich) jene Sachverhalte erfasst werden, welche sich nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses ereignen. Nur im ersteren Fall ist die erwähnte Bestimmung vorliegend von Relevanz. Der Beschwerdegegner bestreitet die Anwendbarkeit der Klausel.

3.2.5.1. Aus deren Wortlaut kann weder direkt noch indirekt abgeleitet werden, dass sie lediglich auf nachvertragliche Sachverhalte anwendbar sein soll. Namentlich können sämtliche der darin aufgezählten Aktivitäten ("carry on or be engaged or concerned or interested" und "seek [...] to procure orders from or solicit or do business") sowohl während der Anstellungsdauer als auch danach stattfinden.

3.2.5.2. Die fragliche Bestimmung findet sich unter Ziff. 4 "Restrictions and non-compete" (Einschränkungen und Konkurrenzverbot) des Arbeitsvertrags. Dieser Ziffer sind fünf Absätze beigeordnet (Rz. 11-15). Die der Ziff. 4.12 unmittelbar vorangehende Rz. 11 (nach der Schreibweise der Vorinstanz Ziff. 4.11) lautet folgendermassen:

"In any and all countries where the Employee predominantly operated ('Restraint Area') the Employee shall not during 12 months after the cessation of his or her employment with A. _____ ('Restraint Period'), be involved in any way, directly or indirectly, in any activity competing with the business of A. _____."

Durch diese Klausel wird ein nachvertragliches Konkurrenzverbot vereinbart. In den der Ziff. 4.12 nachfolgenden Ziff. 4.13 und Ziff. 4.14 werden die Folgen des Verstosses gegen Ziff. 4.11 und/oder Ziff. 4.12 geregelt (Konventionalstrafe, Schadenersatz, Unterlassung der Konkurrenzierung). In Ziff. 4.15 wird festgelegt, welche Entschädigung der Arbeitnehmer während der Geltung des nachvertraglichen Konkurrenzverbots erhalten soll. Die Reihenfolge der unter Ziff. 4 des Vertrags stehenden Klauseln - Beginn mit der Festlegung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots (Ziff. 4.11), Abschluss mit der Entschädigung für die Einhaltung dieses Verbots (Ziff. 4.15) - indiziert, dass die Ziff. 4.12 Bestimmungen enthält, die das nachvertragliche Konkurrenzverbot beschlagen. Hätte mit Ziff. 4.12 ein Konkurrenzverbot vereinbart werden sollen, das entweder ausschliesslich für die Dauer der Anstellung gilt oder zumindest auch während dieser Zeit, wäre eine Einbettung dieses zwischen zwei Bestimmungen, welche zweifelsohne das nachvertragliche Konkurrenzverbot betreffen, nicht naheliegend. Auch mit Blick auf den zeitlichen Geltungsbereich wäre es naheliegender, zunächst das während der Anstellung geltende Konkurrenzverbot anzuführen und erst danach das nachvertragliche. Die Systematik des Vertragstextes spricht demzufolge dafür, dass Ziff. 4.12 ausschliesslich das nachvertragliche Konkurrenzverbot betrifft.

3.2.5.3. Dagegen spricht indes, dass in Ziff. 4.12 zu Beginn klargestellt wird, diese Bestimmung schränke das vorstehend Gesagte nicht ein ("Without limitation to the foregoing, [...]"). Dies deutet darauf hin, dass Ziff. 4.12 nur insofern auf nachvertragliche Sachverhalte anwendbar sein soll, als damit nicht Ziff. 4.11 eingeschränkt wird. Daraus könnte e contrario abgeleitet werden, dass Ziff. 4.12 ein eigenständiger Anwendungsbereich zukommt, der zwar auch nachvertragliche Sachverhalte erfasst, jedoch nicht ausschliesslich.

3.2.5.4. Vergleicht man den Inhalt von Ziff. 4.12 mit jenem von Ziff. 4.11 wird ersichtlich, dass in beiden Klauseln von "Restraint Area" gesprochen wird. In Ziff. 4.11 wird diese ausdrücklich als "all countries where the Employee predominantly operated" definiert. Überträgt man diese Definition auf Ziff. 4.12, wo ebenfalls von der "Restraint Area" die Rede ist ("[...] carry on or be engaged or concerned or interested in any business in the Restraint Area [...]"), wird offenbar, dass die dort aufgezählten Aktivitäten lediglich in Bezug auf jene Länder verboten sind, in denen der Beschwerdegegner überwiegend tätig war ("predominantly operated"). Dies spricht dafür, dass Ziff. 4.12 bloss auf nachvertragliche Sachverhalte anwendbar sein sollte.

3.2.5.5. Dem Gesagten zufolge überwiegen jene Argumente deutlich, welche dafür sprechen, dass Ziff. 4.12 als Fortführung des nachvertraglichen Konkurrenzverbots von Ziff. 4.11 nicht auf Aktivitäten des Arbeitnehmers während der Dauer der Anstellung anwendbar ist. Insofern vermag die Beschwerdeführerin aus dieser Klausel keine über Art. 321a OR hinausgehenden Rechte abzuleiten.

3.2.6. Da feststeht, dass die Parteien mit Ziff. 4.12 des Arbeitsvertrags ausschliesslich ein nachvertragliches Konkurrenzverbot vereinbarten, kann offenbleiben, ob es - wie von der Vorinstanz verneint und von der Beschwerdeführerin beanstandet - mit Art. 27 ZGB vereinbar wäre, das bei alleiniger Geltung von Art. 321a OR bestehende Recht einzuschränken, bereits vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses Vorbereitungen für eine zukünftige konkurrenzierende Tätigkeit zu treffen.

3.3. Zu prüfen ist folglich ausschliesslich eine Verletzung der gesetzlichen Treuepflicht von Art. 321a OR (vgl. E. 3.1 hiervor), was die Vorinstanz zutreffend tat. Sie verneinte sowohl eine Konkurrenzierung als auch einen anderweitigen Verstoss gegen die Treuepflicht. Die dem Beschwerdegegner vorgeworfenen Handlungen seien lediglich Vorbereitungshandlungen für eine zukünftige Konkurrenzierung. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe ihren Tätigkeitsbereich, d.h. jenen der Beschwerdeführerin, und die Aufgaben des Beschwerdegegners als deren CEO falsch festgestellt und deshalb eine Konkurrenzierung verneint. Die Beschwerdeführerin rügt eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung.

3.3.1. Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdegegner sei als "CEO of the A.a. _____ Group with all his [...] customary duties and powers" angestellt gewesen. Die A.a. _____-Gruppe betreibe in acht europäischen Ländern Zahnarztkliniken mit rund 1'000 Zahnärzten. Die Beschwerdeführerin werfe dem Beschwerdegegner vor, sie im Zahnarztmarkt, in der Zahnarztbranche, beziehungsweise im Zahnarztbereich, konkurrenzieren zu haben. Die Beschwerdeführerin habe es zwar zunächst so dargestellt, als betrachte sie den Versuch des Beschwerdegegners, in Deutschland ein Krankenhaus zu erwerben, als einen vom Zahnarztgeschäft zu unterscheidenden Vorgang. Allerdings sei aus ihren weiteren Ausführungen deutlich geworden, dass auch der Erwerb eines Krankenhauses lediglich als

Mittel zum Zweck betrachtet werde, da damit - so die Beschwerdeführerin in ihren Rechtsschriften - das "Einstiegsticket in den deutschen Zahnarztmarkt" hätte gelöst werden sollen. Da der Beschwerdegegner eine Konkurrenzierung dann als gegeben erachtet hätte, wenn er versucht hätte, im Dentalbereich, im Bereich der Zahnmedizin oder im Zahnarztgeschäft tätig zu werden, lägen übereinstimmende Standpunkte vor, was als Konkurrenzgeschäft zu verstehen sei, nämlich die Erbringung zahnärztlicher Dienstleistungen.

3.3.2. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz vermische die Aufgaben der einzelnen Gesellschaften der A.a. _____-Gruppe. Richtig sei, dass diese in verschiedenen europäischen Ländern Zahnarztketten betreibe. Die Beschwerdeführerin ihrerseits betreibe jedoch nicht eine Zahnarztkette, sondern übernehme als Holdinggesellschaft sämtliche Funktionen einer Konzernzentrale der A.a. _____-Gruppe, insbesondere Strategie, Akquisitionen, Personalplanung, Finanzierung, Best Practice Sharing, gemeinsame IT, zentraler Einkauf und Schaffung von weiteren Synergien, was sie in Rz. 6 ihrer Klageantwort erwähnt habe. Des Weiteren ignoriere die Vorinstanz die ebenfalls unbestrittene Behauptung, der Beschwerdegegner habe als CEO unter anderem die Aufgabe gehabt, die Gruppe durch gezielte Zukäufe in weiteren europäischen Ländern auszubauen (Rz. 11 der Klageantwort), insbesondere in Deutschland, wo man unter der Führung des Beschwerdegegners nach einem Krankenhaus Ausschau gehalten habe (Rz. 13). Die Vorinstanz habe die Frage der Konkurrenzierung durch den Beschwerdegegner durchwegs unter der unzutreffenden Prämisse geprüft, die Beschwerdeführerin betreibe eine Zahnarztkette und erbringe zahnmedizinische Dienstleistungen.

3.3.3. Es trifft zu, dass die Beschwerdeführerin an den von ihr zitierten Stellen ihre Tätigkeit als Holdinggesellschaft sowie die Aufgaben des Beschwerdegegners in dem von ihr in der Beschwerdeschrift vorgebrachten Sinn darstellte. Da jedoch - wie vorstehend ausgeführt (E. 2.3 f.) - die Ausführungen des Beschwerdegegners ab S. 2 der Plädoyernotizen zu berücksichtigen sind, kann nicht ohne nähere Prüfung pauschal davon gesprochen werden, die Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Klageantwort seien unwidersprochen geblieben. Unbestritten blieben jedenfalls die in Rz. 11 der Klageantwort festgehaltenen Behauptungen, wonach der Beschwerdegegner der erste CEO der Beschwerdeführerin war und unter dessen Leitung einerseits die verschiedenen Ländergruppen unter eine gemeinsame Führung gebracht werden sollten, andererseits die Gruppe durch gezielte Zukäufe in weiteren europäischen Ländern ausgebaut werden sollte. Indem sich der Beschwerdegegner dahingehend äusserte, die Beschwerdeführerin habe "einige der [von der Beschwerdeführerin in Rz. 6 ihrer Klage] erwähnten Tätigkeiten nicht ausgeübt (z.B. Personalplanung und gemeinsame IT)", ist diese Bestreitung nur betreffend die Personalplanung und die gemeinsame IT hinreichend substantiiert, weshalb die übrigen Funktionen des Beschwerdegegners als unbestritten dem Entscheid zugrunde gelegt werden dürfen. Insofern kann der Beschwerdeführerin darin gefolgt werden, dass sie keine Zahnarztkette betreibt, sondern Beteiligungen an Gesellschaften hält und Gesellschaften akquiriert. Demgegenüber bestritt der Beschwerdegegner, man habe unter seiner Führung nach einem Krankenhaus in Deutschland Ausschau gehalten.

Zum Beleg ihrer Feststellung, wonach die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner vorwerfe, sie im Zahnarztgeschäft konkurrenziert zu haben, verweist die Vorinstanz auf zahlreiche Stellen in der Klageantwort, auf den "Tatsachenvortrag" der Beschwerdeführerin und deren Berufungsbegründung. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend vorbringt, kann aus den dortigen Ausführungen nicht geschlossen werden, sie werfe dem Beschwerdegegner eine Konkurrenzierung vor durch Erbringung zahnmedizinischer Dienstleistungen. Die

Beschwerdeführerin rügte etwa, dass der Beschwerdegegner "geschäftliche Aktivitäten, namentlich mit Bezug zum Zahnarztgeschäft, aber auch in Bezug auf den Erwerb eines Krankenhauses in Deutschland" ausübe, dies unter dem Titel "Kläger ist trotz Freistellung aktiv, auch im Zahnarztgeschäft". Auch aus den weiteren von der Vorinstanz angeführten Fundstellen in den Rechtsschriften ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner insbesondere vorwarf, "beim Deal Sourcing, Fundraising und bei der Investorensuche, insbesondere betreffend die Zahnarztbranche, also dem Geschäftsbereich, in dem die Beklagte tätig ist", eine federführende Rolle gespielt zu haben. Mithin unterstellt die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner, während der Kündigungsfrist eine Tätigkeit ausgeübt zu haben, welche er als deren Angestellter ausgeübt hätte. Nicht vorgeworfen wird ihm demgegenüber, er hätte zahnärztliche Dienstleistungen angeboten (oder Vorbereitungen dafür getroffen), was die Vorinstanz übersieht und die Frage der Konkurrenzierung (allein) unter diesem Gesichtspunkt prüfte. Dem Gesagten zufolge stellte die Vorinstanz den Sachverhalt offensichtlich unrichtig fest, was zu korrigieren ist, da die Behebung dieses Mangels für den Ausgang des Verfahrens potenziell relevant ist (vgl. E. 1.2 hiervor).

3.4. Die Vorinstanz hielt fest, die Beschwerdeführerin werfe dem Beschwerdegegner die nachfolgenden Aktivitäten vor und prüfte deren Zulässigkeit unter dem von ihr identifizierten Konkurrenzgeschäft, der Erbringung von zahnärztlichen Dienstleistungen:

- Kontaktaufnahme mit dem CEO der D. _____;
- Eintragung der E. _____ AG ins Handelsregister;
- Abhalten eines Treffens mit den Gründerinnen von "F. _____";
- Zusammenarbeit mit der G. _____ AG;
- Versuch, gemeinsam mit der G. _____ AG ein Krankenhaus in Deutschland zu kaufen;
- Teilnahme an der Jefferies 2018 Healthcare Conference.

Den erstgenannten Vorwurf (Kontaktaufnahme) prüfte die Vorinstanz nicht näher, da die Beschwerdeführerin sich diesbezüglich mit dem erstinstanzlichen Urteil nicht näher auseinandergesetzt habe. Die Eintragung der E. _____ AG ins Handelsregister sei unbedenklich. Die bloße Möglichkeit aufgrund der Zweckumschreibung eine konkurrenzierende Tätigkeit zu betreiben, reiche nicht aus. Dass der Beschwerdegegner mit dem Treffen mit den Gründerinnen von "F. _____" seine Treuepflicht verletzt hätte, werde von der Beschwerdeführerin nicht hinreichend substantiiert umschrieben. Mit der vorinstanzlichen Beurteilung in diesen drei Punkten setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander, weshalb darauf nicht einzugehen ist. Sie bemängelt jedoch das Ergebnis der Beurteilung der übrigen drei dem Beschwerdegegner vorgeworfenen Aktivitäten (Zusammenarbeit mit der G. _____ AG, Krankenhauskauf in Deutschland und Konferenzteilnahme) zufolge unrichtiger Sachverhaltsfeststellung. Da Letzteres erwiesen ist (vgl. E. 3.3.3 hiervor), ist auf jenen Teil der vorinstanzlichen Urteilsbegründung nicht einzugehen, in welchem die Vorinstanz die Berufung unter Hinweis darauf abwies, es läge keine Konkurrenzierung bei der Erbringung zahnärztlicher Dienstleistungen vor. Abgestellt werden kann ausschliesslich auf ihre übrige Begründung.

Die Vorinstanz erwog zu allen drei vorgeworfenen Aktivitäten, diese stellten keine Tätigkeiten auf der Angebotsseite dar, was jedoch für eine Konkurrenzierung erforderlich sei. Indem sich der Beschwerdegegner in einer Broschüre als Mitglied des G. _____-Teams sowie als Co-Investor präsentiert habe und zusammen mit der G. _____ AG Investoren und Kapital gesucht habe, sei er nicht auf dem Angebotsmarkt aufgetreten. Auch die bloße Suche nach einem Krankenhaus bzw. nach Investoren für den Erwerb eines solchen stelle jedenfalls keine Konkurrenzierung auf der Angebotsseite dar - und zwar auch dann nicht, wenn eine konkurrenzierende Tätigkeit in Aussicht genommen werde. Dasselbe gelte für die

Teilnahme an der Jefferies 2018 Healthcare Conference, da Verkäufer eines Spitals oder Investoren nicht als Kunden der Beschwerdeführerin zu betrachten seien. Neben einer Konkurrenzierung verneinte die Vorinstanz auch eine anderweitige treuwidrige Handlung im Sinne von Art. 321a OR: Sei dem Arbeitgeber die Gründung und Eintragung einer Konkurrenzunternehmung erlaubt, wofür regelmässig Kapital benötigt werde, könne die Suche nach Kapital bzw. Investoren nicht schon als treuwidrige Handlung gelten, sofern eine allfällige konkurrenzierende Tätigkeit nicht vor Ablauf der Kündigungsfrist aufgenommen werde. Durch seine Aktivitäten habe der Beschwerdegegner - auch in einer Gesamtbetrachtung - die Grenze der zulässigen Vorbereitungshandlungen im Hinblick auf eine spätere Erwerbstätigkeit nicht überschritten.

3.5. Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, es treffe nicht zu, dass diese Aktivitäten nur treuwidrig wären, wenn ihr der Beschwerdegegner auf der Angebotsseite Konkurrenz gemacht hätte. Dies sei lediglich bei nachvertraglichen Konkurrenzverboten entscheidend. Kriterium sei vorliegend die Treuwidrigkeit des Vorgehens des Beschwerdegegners: Wäre dieser nicht freigestellt worden, hätte er für sie, die Beschwerdeführerin, nach Akquisitionszielen, nach Co-Investoren und auch nach Krankenhäusern in Deutschland suchen müssen und hätte für sie an Investorenkonferenzen teilgenommen. Stattdessen habe er dieselbe Tätigkeit als freigestellter Arbeitnehmer für sich selbst und zusammen mit Dritten ausgeübt.

3.6. Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses darf der Arbeitnehmer gemäss Art. 321a Abs. 3 OR keine Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten leisten, soweit er dadurch seine Treuepflicht verletzt, insbesondere den Arbeitgeber konkurrenziert. Soweit eine Konkurrenzierung nicht bereits nach Art. 321a Abs. 3 OR untersagt ist - etwa wenn der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses unentgeltlich Arbeit für einen Dritten leistet -, kann diese nach der allgemeinen Bestimmung zur Treuepflicht von Art. 321a Abs. 1 OR unzulässig sein (Botschaft vom 25. August 1967 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels bis des Obligationenrechts [Der Arbeitsvertrag], BBl 1967 II 301; Urteil 4C.221/2004 vom 26. Juli 2004 E. 3.4; NICOLE ZÜRCHER FAUSCH, Konkurrenzverbote in Konzernverhältnissen, 2007, S. 35 f.).

Der Begriff der Konkurrenzierung unterscheidet sich bei Art. 321a OR nicht von jenem des nachvertraglichen Konkurrenzverbots nach Art. 340 ff. OR (vgl. Urteil 4C.210/1996 vom 18. Dezember 1996 E. 4b; ebenso PORTMANN/RUDOLPH, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2019, N. 20 zu Art. 321a OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., 2012, N. 10 zu Art. 321a OR; ZÜRCHER FAUSCH, a.a.O., S. 31 f.). Ein Konkurrenzverhältnis liegt vor, wenn die Betroffenen bei ganz oder teilweise übereinstimmendem Kundenkreis gleichartige und folglich unmittelbar das gleiche Bedürfnis befriedigende Leistungen anbieten ([BGE 92 II 22](#) E. 1d; Urteil 4C.210/1996 vom 18. Dezember 1996 E. 4b). Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot betrifft nur die anbieterseitige Konkurrenz. Nicht erfasst wird die konkurrierende Nachfrage nach gleichen Gütern zur Weiterverarbeitung ([BGE 130 III 353](#) E. 2.1 mit Hinweisen). Nicht zu beanstanden ist deshalb, wenn die Vorinstanz davon ausging, Tätigkeiten auf dem Angebotsmarkt stellten keine Konkurrenzierung im Sinne von Art. 321a OR dar. Soweit die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz hätte die Verletzung der Treuepflicht lediglich unter dem Gesichtspunkt der Konkurrenzierung geprüft, irrt sie. Die Vorinstanz verneinte nämlich neben einer Konkurrenzierung explizit auch eine anderweitige Verletzung der Treuepflicht (vgl. E. 3.4 hiavor). Mithin ging sie korrekt davon aus, dass die Konkurrenzierung bloss eine Form der Treuepflichtverletzung nach Art. 321a Abs. 1 OR ist. Die Beschwerdeführerin

beanstandet zu Recht nicht, dass die dem Beschwerdegegner vorgeworfenen Aktivitäten auf dem Angebotsmarkt stattgefunden hätten. Zu prüfen ist demnach ausschliesslich eine anderweitige Treuepflichtverletzung.

3.7. Nach Art. 321a Abs. 1 OR hat der Arbeitnehmer die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Er hat insbesondere alles zu unterlassen, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte ([BGE 117 II 72](#) E. 4a; REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2010, N. 3 zu Art. 321a OR). Die Möglichkeit einer Schädigung genügt für eine Treuepflichtverletzung (zit. Urteil 4C.221/2004 E. 3.3). Die Treuepflicht des Arbeitnehmers ist jedoch nicht schrankenlos. Grenze der Treuepflicht sind die berechtigten eigenen Interessen des Arbeitnehmers an der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit, zu denen insbesondere auch das Interesse an einer anderen Tätigkeit gehört (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N. 9 zu Art. 321a OR; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2006, N. 8 zu Art. 321a OR). Deshalb darf ein Arbeitnehmer bei bestehendem Arbeitsvertrag eine spätere Tätigkeit vorbereiten. Jedoch verletzt er seine Treuepflicht, wenn diese Vorbereitungen gegen Treu und Glauben verstossen. Das ist vor allem dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer noch während der Kündigungsfrist mit der Konkurrenzierung beginnt oder seinem Arbeitgeber Angestellte oder Kunden abwirbt ([BGE 138 III 67](#) E. 2.3.5; [117 II 72](#) E. 4a; Urteile 4A_116/2018 vom 28. März 2018 E. 3.1.2; 4C.176/1996 vom 21. November 1996 E. 2; REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N. 9 zu Art. 321a OR; STAEHELIN, a.a.O., N. 39 zu Art. 321a OR).

3.8. Es ist unbestritten, dass der Beschwerdegegner zunächst von April 2015 bis Juni 2017 als Chief Investment Officer der H. _____ AG und danach ab 1. Juli 2017 als CEO der Beschwerdeführerin die Zukäufe der A.a. _____-Gruppe von verschiedenen Zahnarztgruppen käuferseitig verantwortete, alle wichtigen Verhandlungen führte, den Due-Diligence-Prozess koordinierte, das Investment-Team leitete und für die Steuerplanung und Finanzierung verantwortlich war. Unbestritten ist ebenfalls, dass der Beschwerdegegner gewillt war, sich an Akquisitionen der G. _____ AG als Co-Investor zu beteiligen. Ihn interessierte insbesondere der Aufbau einer ambulanten Ärzteplattform. Er nahm an den Investorenmeetings der G. _____ AG als Privatinvestor teil, knüpfte Kontakte zu möglichen Co-Investoren, betrieb Deal-Sourcing und präsentierte sich mit dem Team der G. _____ AG in einer Broschüre, mit der um Investoren für eine ambulante Ärzteplattform in Deutschland geworben wurde. Auch suchte er gemeinsam mit der G. _____ AG nach einem Krankenhaus in Deutschland und nahm als "Company Representative" der G. _____ AG an der Jefferies 2018 Healthcare Conference teil, wo ihm Meetings mit Investoren vermittelt wurden. Rechtzeitig (vgl. dazu E. 2.3.5.2 hiervor) bestritten wurde indes, dass der Beschwerdegegner und das G. _____-Team den Dentalbereich anvisiert hätten. Ebenfalls bestritt der Beschwerdegegner, die A.a. _____-Gruppe habe bereits unter seiner Führung an der Erschliessung des deutschen Markts gearbeitet und dort nach einem Krankenhaus Ausschau gehalten. Die Beschwerdeführerin habe zwar in verschiedenen europäischen Ländern Investitionsmöglichkeiten geprüft, so zum Beispiel in Deutschland, Frankreich, Belgien, Niederlande und Spanien. Einen besonderen Fokus auf Deutschland oder irgendwelche Aktivitäten in Deutschland habe es zumindest bis zu seinem Ausscheiden jedoch nicht gegeben.

3.9. Der Beschwerdeführerin ist dahingehend zu folgen, dass die Suche nach Investitionsmöglichkeiten und potenziellen Investoren durch Teilnahme an Investorenmeetings und der Jefferies 2018 Health Conference sowie durch die Präsentation in einer Broschüre, die darauf abzielte, Investoren anzuwerben, sich - zumindest teilweise - mit

den Aufgaben des Beschwerdegegners bei ihr deckt. Die Beschwerdeführerin greift allerdings zu kurz, wenn sie sich überschneidende Tätigkeiten per se als treuwidrig betrachtet. Erforderlich ist nämlich stets, dass die Handlung (oder Unterlassung) dem Arbeitgeber zumindest potenziell zum Schaden gereichen könnte (vgl. E. 3.7 hiervor). Die Suche des Beschwerdegegners nach Investitionsmöglichkeiten und/oder Investoren war mithin nur dann treuwidrig, wenn er dadurch jene der Beschwerdeführerin tangierte oder hätte tangieren können. Aus den vorstehenden Ausführungen zum bestrittenen und unbestrittenen Sachverhalt (E. 3.8) geht hervor, dass nicht erstellt ist, dass die Beschwerdeführerin unter der Führung des Beschwerdegegners an der Erschliessung des deutschen Marktes arbeitete und dazu nach einem Krankenhaus in Deutschland suchte. Die (beweisbelastete) Beschwerdeführerin stellte diese Behauptung in Rz. 13 ihrer Klageantwort auf, ohne ein Beweismittel zu nennen. Wenn sie in ihrer Beschwerdeschrift an das Bundesgericht diese Tatsachenbehauptung als unbestritten darstellt, steht dies im Einklang mit ihrer irrigen Auffassung (vgl. E. 2.3.5.2 hiervor), wonach die in der Replik des Beschwerdegegners geäusserten Bestreitungen nicht zu berücksichtigen sind (vgl. E. 2.2). Da nicht erwiesen ist, dass die Beschwerdeführerin nach Zielobjekten in Deutschland suchte, tangierte die Suche des Beschwerdegegners nach einem Krankenhaus in Deutschland und dessen Bemühungen, (Co-) Investoren für den Kauf desselben und/oder den Aufbau einer dortigen ambulanten Ärzteplattform zu akquirieren, die Beschwerdeführerin nicht, so dass diesbezüglich nicht von einer Treuepflichtverletzung ausgegangen werden kann. Nicht ausreichend um eine Treuepflichtverletzung zu bejahen ist das oberwähnte Zugeständnis des Beschwerdegegners, wonach die Beschwerdeführerin in verschiedenen europäischen Ländern immer wieder Investitionsmöglichkeiten geprüft habe. Derartige lose Aktivitäten vermögen die eigenen Interessen des Arbeitnehmers an der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit nicht zu überwiegen (vgl. E. 3.7 hiervor).

3.10. Dem Gesagten zufolge ist (im Ergebnis) nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die Verletzung der arbeitsvertraglichen Treuepflicht verneinte und deshalb die fristlose Kündigung als ungerechtfertigt beurteilte.

Auf die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin, dass erstens aufgrund der Verwarnung des Beschwerdegegners schon ein weniger schwerwiegender Verstoss eine fristlose Kündigung rechtfertige, was die Vorinstanz ignoriert habe, sowie dass zweitens den Beschwerdegegner als CEO eine erhöhte Treuepflicht treffe und deshalb eine fristlose Kündigung viel rascher möglich sei, was die Vorinstanz nicht berücksichtigt habe, ist nicht näher einzugehen, da sich die Frage nach der Schwere der Verfehlung lediglich dann stellen würde, wenn feststünde, dass der Beschwerdeführer seine Treuepflicht verletzt hätte.

4.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'500.-- zu entschädigen.

4.

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

Lausanne, 6. September 2021

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Hohl

Der Gerichtsschreiber: Bittel