

ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH AG160001-L vom 8. November 2017

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2017-11-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_AG160001-L

FR: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH AG160001-L du 8 novembre 2017

IT: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH AG160001-L del 8 novembre 2017

Erwägungen

E. 1

Der Beklagte ist eidgenössisch diplomierter Bankfachmann und hat ein Nachdiplomstudium als "Financial Consultant" abgeschlossen (act. 17 Rz 24). Die Klägerin ist eine Privatbank mit Hauptsitz in ... (act. 17 Rz. 28). Sie bezweckt den Betrieb einer international aktiven Bank (act. 1 Rz. 16). Der Beklagte war seit dem Jahr 2007 bei der Klägerin angestellt. In seiner Funktion als Managing Director leitete der Beklagte zuletzt ein mehrköpfiges Team von Private Bankern bei der Klägerin (act. 1 Rz. 9; vgl. act. 17 Rz. 25). Das Team betreute vermögende Pri- vatkunden in ... und in ... (act. 17 Rz. 6). Das Anstellungsverhältnis zwischen den Parteien basiert auf dem Arbeitsvertrag vom 19. Juli bzw. 1. August 2007. Der

- 3 - Beklagte wurde in der Funktion als Länderverantwortlicher Schweiz, Private Ban- king ... , verpflichtet und trat seine Stelle per 1. September 2007 an (act. 1 Rz.18).

E. 1.1

Beklagter Der Beklagte macht namhaft, er verfüge über Gegenforderungen, welche er zur Verrechnung stelle (act. 17 Rz. 145).

- 83 - Einerseits habe er gemäss Arbeitsvertrag mit der Klägerin Anspruch auf einen Bonus gemäss separater Bonusvereinbarung. Die separate Teambonusvereinbarung (act. 20/4 und act. 20/5) vermittele Anspruch auf eine Bonuszahlung nach genau definierten Kriterien (act. 17 Rz. 147 f.). Später habe der Beklagte als Bonus einen Pauschalbetrag erhalten, der nie unter Fr. 150'000.– jährlich gelegen habe. Dieser Bonus stelle nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine Gratifikation, sondern einen Lohnbestandteil dar. Daran ändere nichts, dass die Klägerin in späteren Jahren – ohne die Teambonusvereinbarung aufzuheben – Pauschalbeträge ausgerichtet habe, die eine bestimmte Höhe nie unterschritten hätten (act. 17 Rz. 150). Im Einzelnen habe die unverschuldet negative Geschäftsentwicklung bei der Klägerin zur Folge gehabt, dass sich der Bonusanspruch des Beklagten gemäss den bei Vertragsschluss vereinbarten Regeln wesentlich reduziert habe. Diese Reduktion sei von der Klägerin mittels Zusätzen zum Arbeitsvertrag (act. 5/4 und act. 5/5) durch zusätzliche finanzielle Vorteile kompensiert worden. Sodann sei der Grundlohn des Beklagten auf Fr. 270'000.– erhöht worden (act. 17 Rz. 43). Der Bonus sei nicht mehr nach den Regeln der Teambonusvereinbarung festgelegt worden. Die Vereinbarung sei aber nicht förmlich aufgelöst worden. Stattdessen habe der Beklagte Pauschalbeträge erhalten (act. 17 Rz. 150). Diese hätten im Jahr 2013 bei Fr. 180'000.– und in den Jahren 2014 und 2015 bei je Fr. 150'000.– gelegen. Die Bonusansprüche seien von der Klägerin jeweils nicht auf einmal, sondern tranchenweise ausbezahlt worden, weshalb dem Beklagten für das Jahr 2013 noch Fr. 45'000.– (1/4 von Fr.

180'000.–), Fr. 75'000.– für das Jahr 2014 (1/2 von Fr. 150'000.–) und Fr. 100'000.– für das Jahr 2015 zustehen würden (act. 17 Rz. 152). Der Bonus weise im Vergleich zur sonstigen Vergütung nicht mehr nur akzessorischen Charakter auf. Es sei angesichts des Lohncharakters daher nicht zulässig, die Auszahlung von einem ungekündigten Arbeitsverhältnis abhängig zu machen. Die Klägerin müsse dem Beklagten somit die auf die Zeit bis und mit August 2015 entfallenden Bonusansprüche auszahlen, im Einzelnen Fr. 45'000.– für das Jahr 2013, Fr. 75'000.– für das Jahr 2014 und Fr. 100'000.– für das Jahr 2015 (pro rata

- 84 - temporis; Fr. 150'000.–/12*8). Insgesamt würden Bonusansprüche von über Fr. 220'000.– (brutto) resultieren (act. 17 Rz. 152 f.). Deren separate Geltendmachung nach erfolgter Verrechnung bleibe vorbehalten (act. 17 Rz. 160). Der Einwand der Klägerin, dass die Bonuszahlung unter der Voraussetzung erfolge, dass das Arbeitsverhältnis an den vorgesehenen Auszahlungszeitpunkten nicht gekündigt worden sei, treffe nicht zu. Der Bonusanspruch sei dem Beklagten vertraglich zugesichert worden und könne nachträglich nicht aufgehoben werden. Sodann stelle der Bonusanspruch aufgrund seiner Höhe einen Lohnbestandteil dar (act. 36 Rz. 123). Der vertragliche Anspruch ergebe sich aus dem Verweis des Arbeitsvertrags (act. 5/1) auf eine separate "Bonusvereinbarung". Diese sei tatsächlich abgeschlossen worden (vgl. act. 5/4). Später sei die Bonusvereinbarung durch eine Teambonusvereinbarung (vgl. act. 5/5) ersetzt worden. Die Teambonusvereinbarung sei erst durch die fristlose Kündigung vom 25. August 2015 aufgelöst worden. Sie vermittele einen Anspruch auf allermindestens 64% des Gesamtbonus. Der Gesamtbonus müsse aufgrund der Anhänge zur Teambonusvereinbarung berechnet werden. Über die entsprechenden Grundlagen verfüge nur die Klägerin. Tatsächlich habe es die Klägerin unterlassen, eine solche Berechnung vorzunehmen. Stattdessen habe sie Pauschalbeträge ausgerichtet. Aus dem blossen Umstand, dass die Klägerin den Bonus in der Vergangenheit pauschal ausgerichtet habe, könne nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, dass der Beklagte auf den vertraglich zugesicherten Rechtsanspruch auf Bonuszahlungen verzichtet hätte. Die Klägerin sei nicht berechtigt, dem Beklagten den Bonusanspruch einseitig zu entziehen; insbesondere bewirke ein blosser, einseitiger und kleingedruckter Vermerk auf den Bonusabrechnungen keinen Untergang von Bonusansprüchen (act. 36 Rz. 125f). Der Beklagte habe zwar sein Einverständnis zur Pauschalierung der Bonuszahlungen gegeben, sei jedoch nie damit einverstanden gewesen, dass ihm der vertraglich vereinbarte Bonusanspruch überhaupt entzogen würde (act. 36 Rz. 603). Nachdem der Beklagte über einen vertraglich verbrieften Bonusanspruch verfüge, habe er die von der Klägerin zitierten Passagen in act. 29/216 und act. 29/217 so verstehen dürfen, dass kein Rechtsanspruch auf Zahlungen bestehe, die den Betrag überstiegen, der sich aus der schriftlichen Teambonusvereinbarung ergebe (act. 36 Rz. 612).

- 85 - Gestützt auf Art. 337 Abs. 1 OR bestehe sodann zufolge gerechtfertigter fristloser Auflösung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf Schadenersatz. Der Beklagte sei zufolge vertrags- und rechtswidrigen Verhaltens der Klägerin zur Auflösung des Arbeitsvertrags berechtigt gewesen. Die Schadenersatzansprüche des Beklagten umfassten den Lohn für die Zeit vom 26. August 2015 bis zum Stellenantritt am 14. September 2015 im Betrag von Fr. 15'000.– brutto (2/3 von Fr. 22'500.–) sowie die Lohndifferenz von Fr. 10'000.– jährlich für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist. Unter dem Titel "Bonus" habe der Beklagte jedenfalls dann keinen Verlust erlitten, wenn man davon ausgehe, dass die total als Bonus aufgelisteten Beträge von Fr. 220'000.– geschuldet seien (vgl. act. 17 Rz. 155 ff.

sowie act. 36 Rz. 130 ff.). Der Beklagte sei von der F. _____ AG [Bank] für entgangene Bonusansprüche entschädigt worden. Dies dispensiere die Klägerin aber nicht davon, dem Beklagten den Bonus zu vergüten, der als Lohnbestandteil geschuldet sei. Hingegen bestünden aus diesem Grunde (bzw. weil die F. _____ AG [Bank] teilweise eingesprungen sei), mangels Schadens keine weiteren Ansprüche gemäss Art. 337b OR. Die Geltendmachung weiterer Forderungen wegen Lohndifferenz und Lohnausfall bleibe vorbehalten (act. 17 Rz. 155 ff.).

E. 1.2

Klägerin Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die angeblichen Bonusforderungen des Beklagten würden nicht bestehen. Die Bonuszahlungen der letzten Jahre des Arbeitsverhältnisses und insbesondere auch eine allfällige Bonuszahlung für das Jahr 2015 würden rechtlich keine Entschädigungen mit Lohncharakter, sondern vielmehr echte Gratifikationen darstellen, auf welche kein Anspruch bestehe bzw. hinsichtlich derer die zulässigen Bedingungen für eine Auszahlung (ungekündigtes Arbeitsverhältnis) nicht erfüllt seien (act. 27 Rz. 95). Die Behauptung des Beklagten, wonach ihm bereits aus seinem Arbeitsvertrag ein genereller Anspruch auf Bonus zustehe, treffe nicht zu. Der Arbeitsvertrag selber regle keinen solchen Anspruch. Auch der darin enthaltene Verweis auf eine separate Bonusvereinbarung könne dazu nicht herhalten. Der Verweis beziehe sich auf eine alte Vereinbarung vom 19. Juli 2007 (in act. 20/4), welche nach den Parteivorbringen längst

- 86 - nicht mehr in Kraft sei. Entsprechend könne der Beklagte aus dieser Vereinbarung nichts ableiten. Spätestens mit der Unterzeichnung der Teambonusvereinbarung vom 11. Juni 2008 (in act. 20/5) sei die Vereinbarung vom 19. Juli 2007 auch förmlich aufgehoben worden (act. 27 Rz. 190). Richtig sei, dass die Teambonusvereinbarung – im gegenseitigen Einvernehmen der Parteien – gar nie angewendet worden bzw. wirkungslos geblieben sei. Dies werde in der Klageantwort auch vom Beklagten bestätigt. Dem Beklagten seien in den vergangenen Jahren dennoch freiwillige Bonusleistungen in Aussicht gestellt worden. Diese hätten für das Jahr 2013 Fr. 180'000.– und für das Jahr 2014 Fr. 150'000.– betragen. Entgegen der Ansicht des Beklagten handle es sich dabei nicht um Lohnbestandteile, sondern um freiwillige, im Ermessen der Klägerin stehende echte Gratifikationen. Die eigentliche Bonusauszahlung sei jedoch gestaftet und nur unter der Voraussetzung erfolgt, dass das Arbeitsverhältnis an den vorgesehenen Auszahlungszeitpunkten nicht gekündigt gewesen sei. Hätte der Beklagte auf der Teambonusvereinbarung beharren wollen, wäre er nach Treu und Glauben gehalten gewesen, dies entsprechend erkennbar zu machen. Der Beklagte könne sich daher nicht auf den Standpunkt stellen, die Teambonusvereinbarung sei förmlich nicht aufgehoben worden (act. 27 Rz. 105, Rz. 191 ff.). Die Bonus- und Salärabrechnungen für die Jahre 2013 und 2014 hätten den folgenden unmissverständlichen Hinweis enthalten: "Please note that the bonus is voluntary and is awarded on a non-recurring basis and does not constitute in any way a legal entitlement, either in full or in part, to similar payments in the future" (act. 27 Rz. 193). Sodann sei die Behauptung, die geleisteten Bonuszahlungen für die Jahre 2013 und 2014 würden im Rechtssinne Lohncharakter aufweisen, falsch. Die Zahlungen seien sowohl im Grundsatz als auch hinsichtlich der Höhe im freien Ermessen der Klägerin gestanden. Die ausbezahlten Beträge von Fr. 180'000.– und Fr. 140'000.– würden augenscheinlich nicht aus einer Berechnung mit klaren, objektiven Bemessungskriterien stammen (act. 27 Rz. 195.1). Das von der Rechtsprechung entwickelte Kriterium der Akzessorietät sei ange-

sichts der hohen tatsächlich ausbezahlten Entschädigung nicht (mehr) anwendbar. Letztere habe sich im Jahr 2013 auf Fr. 385'587.– (ohne Spesen) und im

- 87 - Jahr 2014 auf Fr. 558'356.– (ohne Spesen) belaufen, was deutlich über dem fünf-fachen Medianlohn liege (act. 27 Rz. 195.1). Sodann verhielten sich die zuge-sprochenen Bonusbeträge im Verhältnis zum Grundlohn des Beklagten durch- wegs akzessorisch (vgl. act. 27 Rz. 195.3). Dies habe zur Konsequenz, dass es zulässig gewesen sei, die zeitlich gestaffelte Auszahlung der grundsätzlich zuge- sprochenen Boni 2013 und 2014 vom Bestehen eines ungekündigten Arbeitsver- hältnisses zum Auszahlungszeitpunkt abhängig zu machen (act. 27 Rz. 197). Die vom Beklagten geltend gemachten Ansprüche würden folglich nicht bestehen (act. 27 Rz. 197iii, Rz. 201). Der Beklagte versuche, sich nur unerschwellig zu seiner mit der F._____ AG [Bank] vereinbarten Entlohnung zu äussern. Er lasse den Sign on-Bonus [von Fr. 150'000.–], den er nach der Probezeit voraussetzungslos erhalten habe, geflis- sentlich unerwähnt. Ferner seien dem Beklagten für die Jahre 2016 und 2017 Bo- ni von Fr. 150'000.– jährlich und voraussetzungslos im Sinne von Lohnbestandtei- len gewährt worden (gemäss lit. d des Arbeitsvertrags in act. 20/22). Über die Hö- he der unter dem Bonusprogramm auszubezahlenden Boni (gemäss lit. e von act. 20/22) lasse sich keine Aussage machen. Es werde deshalb bestritten, dass die von der F._____ AG [Bank] ausgerichteten Boni etwa gleich hoch seien wie die Zahlungen der Klägerin (act. 27 Rz. 133). 2. Rechtliches

E. 2

Im Jahr ... wurde die Klägerin an die ... [Zugehörigkeit zu Staat D._____] C._____ Group verkauft (act. 17 Rz. 7). Mit einer Änderung zum Arbeitsvertrag (Amendment to Employment Agreement) wurde am 6. bzw. 13. Februar 2012 un- ter Einräumung eines gestaffelt auszuzahlenden sog. "Retention Award" von Fr. 81'000.– eine Mindest-Vertragsdauer (Minimum Fixed Period) bis zum 31. Ja- nuar 2013 vereinbart (act. 1 Rz. 19). Dasselbe geschah am 14. bzw. 27. August 2013, in welcher Änderungsvereinbarung eine Mindest-Vertragsdauer bis zum 31. Juli 2015 (Minimum Fixed Period) vorgesehen wurde. Sodann wurde dem Beklag- ten in dieser Vereinbarung für die Jahre 2014-2016 ein Treuebonus bzw. eine Lo- yalitätsprämie (Fidelity Award) von total Fr. 340'000.– zugesagt (act. 1 Rz. 21). Auf der Basis des zwischen ihnen bestehenden Arbeitsverhältnisses schlossen die Parteien eine auf den 14. August 2013 datierte weitere Vereinbarung bzw. ei- nen Darlehensvertrag (Loan Agreement) ab. Dieses berechnete den Beklagten zum Bezug eines Darlehens in der Höhe von Fr. 340'000.– (act. 1 Rz. 22).

E. 2.1

Eine Gratifikation ist eine Sondervergütung, welche der Arbeitgeber neben dem Lohn bei bestimmten Anlässen, wie Weihnachten oder Abschluss des Ge- schäftsjahrs, ausrichtet. Sie zeichnet sich gegenüber dem Lohn dadurch aus, dass sie zum Lohn hinzutritt und immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers abhängt. Die Gratifikation wird damit ganz oder zumindest teilweise freiwillig ausgerichtet (BGE 139 III 155 E. 3.1 m.w.H.). Damit ist jeweils vorab zu klären, ob der konkrete Bonus bestimmt bzw. bestimm- bar ist oder nicht. Hierzu sind die Willensäusserungen der Parteien im Sinne von Art. 1 OR auszulegen (BGE 141 III 407 E. 4.1 und E. 4.2). Ist der Bonus bestimmt oder objektiv bestimmbar, hat der Arbeitnehmer darauf einen Anspruch, weshalb

- 88 - der Arbeitgeber zur fortwährenden Ausrichtung der vereinbarten Vergütung zu verpflichten ist. Der Bonus ist in diesem Fall ein (unter Umständen variabler)

Lohnbestandteil (BGE 141 III 407 E. 4.2.1 m.w.H.).

E. 2.2

Ist hingegen der Betrag des Bonus nicht zum Voraus bestimmt, sondern hängt im Wesentlichen von der Ausübung des Ermessens des Arbeitgebers ab, ist der Bonus als Gratifikation zu qualifizieren (BGE 141 III 407 E. 4.2.2). Um den Charakter als Sondervergütung zu wahren, darf eine Gratifikation neben dem Lohn nur eine zweitrangige Bedeutung haben. Die entsprechende Grenze kann nicht einfach in einer festen Verhältniszahl zwischen dem vereinbarten Lohn und der freiwilligen Gratifikation liegen. Vielmehr sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. So hat bei einem niedrigen Einkommen ein kleiner Einkommensunterschied mehr Bedeutung als bei einem hohen Einkommen. Entsprechend kann bei einem hohen Einkommen der als Gratifikation ausgerichtete Teil der Leistung prozentual zum Lohn grösser sein als bei einem niedrigen Einkommen. Immerhin erscheint der akzessorische Charakter dann kaum mehr gewahrt, wenn die Gratifikation regelmässig einen höheren Betrag erreicht als der Lohn (BGE 139 III 155 E. 3.2; mit Hinweis auf BGE 129 III 276 E. 2.1). Ein im Vergleich zum Jahressalär sehr hoher Bonus ist, im Sinne eines Ausnahmetatbestandes, als variables Salär aufzufassen, selbst wenn sich der Arbeitgeber die Freiwilligkeit vorbehalten hat (BGE 141 III 407 E. 4.3.1).

E. 2.3

Erhält der Arbeitnehmer bereits ein sehr hohes Salär, gibt es hingegen keinen Grund für die Anwendung des Ausnahmetatbestandes, weshalb der Bonus unabhängig von seiner konkreten Höhe eine Gratifikation darstellt, die vom Willen des Arbeitgebers abhängt (BGE 141 III 407 E. 4.3.2). Dies ist der Fall, sobald der eigentliche Lohn ein Mass erreicht, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleistet bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, beziehungsweise bei Einkommensverhältnissen, die nicht nur bei Weitem die Kosten für einen angemessenen Lebensunterhalt des Arbeitnehmers, sondern auch den Durchschnittslohn um ein Vielfaches übersteigen (BGE 139 III 155 E. 5.3). Das Bundesgericht erwog, das bei

- 89 - solch hohen Löhnen kein Anlass bestehe, mit Mitteln des Arbeitsrechts korrigierend zugunsten des Arbeitnehmers in das Arbeitsverhältnis einzugreifen. Bei der Festsetzung des entsprechenden Grenzwertes orientiert sich das Bundesgericht am fünffachen Brutto-Medianlohn und hat diesen für das Jahr 2009 auf Basis von um die Lohnentwicklung korrigierten Medianlohndaten von 2008 auf den Betrag von Fr. 354'000.– festgesetzt (BGE 141 III 407 E. 5.3.2. und E. 6.2).

E. 2.4

Für die Beurteilung kommt es gemäss Bundesgericht nicht darauf an, ob die tatsächlich erzielten Bezüge regelmässige oder einmalige Lohnzahlungen sind, ob es sich um Zahlungen für besondere Projekte oder Anstrengungen, (andere) Gratifikationen, Prämien zu irgendwelchen Anlässen oder anderes handelt; es ist nicht entscheidend, unter welchem Titel oder unter welcher Bezeichnung sie bezahlt werden. Es kommt daher nicht darauf an, für welche Zeitperiode sie erfolgen bzw. für welches Geschäftsjahr sie nach der Parteivereinbarung bestimmt sind. Es ist daher zur Feststellung der Bezüge aus Arbeitsvertrag während der massgebenden Zeitspanne rein tatsächlich zu ermitteln, welche Einnahmen dem Arbeitnehmer während dieser Zeit aus Arbeitsvertrag zugeflossen sind (BGer v. 14. April 2016, 4A_565/2015, E. 2.2.2; vgl. BGer v. 22. Juni 2016,

4A_557/2015, E. 3.2). Dabei massgeblich ist in der Regel der Jahreslohn. Um die Aussagekraft der Einkünfte sicherzustellen, ist ausnahmsweise auf die während der gesamten strittigen Periode erzielten Einkünfte abzustellen. Das ist insbesondere angezeigt, wenn ein Arbeitnehmer im zweiten strittigen Jahr nur noch während einiger Monate bei der fraglichen Arbeitgeberin tätig war (BGer v. 17. August 2016, 4A_69/2016, E. 4.2.2; vgl. BGer v. 22. Juni 2016, 4A_557/2015, E. 3.2). 3. Beurteilung

E. 2.5

Nach dem Gesagten entbindet die Gebotenheit von Beweiserleichterungen bei der Beurteilung unterbrechender bzw. aufhebender weiterer Ursachen die Klägerin keineswegs vom Nachweis der Kausalität in der Hauptsache. Hinsichtlich der Frage, ob die Kunden ...01-...34 die Kundenbeziehung wegen der fristlosen Kündigung des Beklagten auflösten, gilt vorliegend das Regelbeweismass.

E. 2.6

Die Klägerin äussert sich nicht zu den Gründen, welche im Einzelnen zur Auflösung der Kundenbeziehungen der Kunden ...01-...34 führten. Sie erklärt lediglich in allgemeiner Form, dass der vorzeitige Abgang des Beklagten kausal zum Weggang dieser Kunden gewesen sei und dass die Vertrauensbeziehung zwischen Kunde und Kundenbetreuer erfahrungsgemäss ein wichtiger Aspekt für

- 78 - den Kunden in seiner Entscheidung über Verbleib oder Weggang sei (vgl. act. 1 Rz. 107; vgl. act. 1 Rz. 113-146). Die Saldierungsschreiben in act. 5/42-5/72 sprechen sich – von einzelnen Ausnahmen im Sinne einer Konzentrierung der Bankbeziehungen abgesehen – nicht über die Gründe für die Auflösung der Bankbeziehung aus. Namentlich geht daraus nicht hervor, dass die Kunden sich wegen des fristlosen Abgangs des Beklagten zum Weggang entschlossen haben. Ebenso wenig ergibt sich aus den Schreiben, dass die Kunden vom Beklagten motiviert wurden, zur F._____ AG [Bank] zu wechseln. Weitere Beweismittel für die behauptete Kausalität offeriert die Klägerin nicht, abgesehen von K._____ als Zeugen für die Motivation des Abgangs der Kunden ...25 und ... 30 (act. 27 Rz. 183.3). Die von der Klägerin angebotene Befragung von K._____ ist indessen nicht geeignet, den Sachverhalt genügend zu erhellen, zumal bei ihm ein unmittelbares Interesse am Verfahrensausgang nicht von der Hand zu weisen ist. Seine Befragung kann daher unterbleiben. Dass Kunden des Beklagten zur F._____ AG [Bank] wechselten, stellt zwar ein starkes Indiz dar, dass sein Wechsel für die Beendigung ihrer Kundenbeziehung ursächlich sein könnte. Die besagten Kunden werden aber nicht als Zeugen offeriert. Ohne die ausdrückliche Erklärung der Kunden, sie hätten ihre Kundenbeziehung zur Klägerin wegen des Weggangs des Beklagten aufgelöst bzw. seien von ihm dazu motiviert worden, zur F._____ AG [Bank] zu wechseln, sind ihre Gründe aber nicht rechtsgenügend ermittelbar. Die Sachdarstellung der Klägerin bleibt daher letztlich eine unbewiesene Vermutung. Nicht zuletzt aufgrund des Umstands, dass auch H._____, G._____, I._____ und E._____ zur F._____ AG [Bank] gewechselt haben, lässt sich vorliegend letztlich nicht abklären, ob die Vermutung der Klägerin zutrifft. Es ist nicht auszuschliessen, dass die Kunden Kenntnis vom Weggang anderer Kundenberater zur F._____ AG [Bank] erhalten hatten und ihr Entscheid auf diesen Umständen gründete. Die Bereitschaft zum Wechsel konnte durchaus auch darin begründet sein, dass die vormalige traditionell schweizerische Privatbank eine neue Trägerschaft mit einer ... [Zugehörigkeit zu Staat D._____] Geschäftsführung aufwies. Es ist notorisch, dass der Erfolg des

- 79 - hiesigen Bankenplatzes nicht zuletzt auf dem Vertrauen in traditionelle Schweizerische Werte basiert. Die Übernahme eines Finanzinstituts durch eine nicht-schweizerische Trägerschaft ist daher grundsätzlich geeignet, das Vertrauen von Kunden zu schmälern und den Entscheid zum Bankwechsel zu bewirken.

E. 2.7

An dieser Stelle bleibt anzumerken, dass die Klägerin aus der Wegbedingung der UWG-widrigen Gebührensätze für die Kunden nichts zugunsten der Kausalität der Kündigung des Beklagten (und weiterer Teammitglieder) ableiten kann.

E. 2.8

Soweit der tatsächliche Entscheid der Kunden bezüglich deren Weggangs von der Klägerin nicht abklärbar ist, können letztlich weder der Vermögensabfluss noch allfällig entgangene Gebühren dem Beklagten in rechtsgenügender Weise angelastet werden. Dazu kommt, dass einzelne der von der Klägerin genannten Kunden ihre Bankbeziehung nicht oder nur teilweise zur F. _____ AG [Bank] transferierten, sondern zu Drittanbietern wechselten (vgl. act. 36 Rz. 211 f.; betr. Kunden ... 32-...34). Bei diesen Kunden fehlt es bereits an Indizien im Hinblick auf eine (mögliche) Ursächlichkeit der fristlosen Kündigung für den Bankwechsel, zumal zum Weggang des Beklagten auch kein zeitlicher Konnex besteht (vgl. act. 36 Rz. 247).

E. 2.9

Der Beklagte hat in seinen Rechtsschriften Hinweise auf die mangelnde Substantiierung gemacht bzw. auf die mangelnde Nennung von Beweismitteln hingewiesen (act. 17 Rz. 138; vgl. act. 36 Rz. 541 ff.). Die Klägerin beruft sich nicht auf Umstände, welche ihr die Nennung einzelner Kunden als Zeugen (allenfalls) verunmöglichen könnten (vgl. act. 1 Rz. 107 ff.; vgl. act. 27 Rz. 66 ff., Rz. 183 ff.). Damit fällt die Gewährung von Beweiserleichterungen unter dem Titel der Unzumutbarkeit der Beweisführung ausser Betracht. Die Klage scheidet damit bereits im Hauptpunkt an der Beweislosigkeit.

E. 2.10

Die Ausführungen der Parteien zu einer möglichen Freistellung im Nachgang zur ordentlichen Kündigung sind rein hypothetisch. Die vorstehenden Ausführungen zur Kausalität in der Hauptsache tangieren sie nicht. Dogmatisch gehören sie zum Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens (vgl. vorstehend). Dass die Klägerin nicht klar dargetut, wie sie im Fall einer ordentlichen Kündigung

- 80 - des Beklagten vorgegangen wäre, führt damit einzig zur Unmöglichkeit der Beurteilung eines allfälligen Einwands des Beklagten, der Schaden wäre auch bei ordentlicher Kündigung entstanden. Diesen Einwand erhebt der Beklagte nicht explizit, weshalb sich weitere Betrachtungen erübrigen.

E. 2.11

Der Vollständigkeit halber bleibt die mangelnde Substantiierung des Schadens festzustellen. Dass vorliegend Beweiserleichterungen bei der Beurteilung unterbrechender bzw. aufhebender weiterer Ursachen am Platz wären, entbindet die Klägerin nicht von der Darlegung aller relevanten Umstände, welche zur Beurteilung der Relevanz des Verhaltens des Beklagten mit Bezug auf einzelne Schadensposten erforderlich sind. Die Substantiierung des Schadensumfangs ist im Grundsatz Sache der Klägerin. Der Beklagte

hat in der gebotenen Weise auf mögliche Kosteneinsparungen (Kontoführung, Zahlungsaufträge, "Advisory"-Leistungen; Refinanzierungskosten gegenüber Zinserträgen; Courtagen als Entgelt für Dienstleistungen) hingewiesen (vgl. act. 17 Rz. 139 und Rz. 353 ff.; vgl. act. 36 Rz. 192 ff.). Die Klägerin wiederum hat im Einzelnen sogar anerkannt, dass den Erträgen Refinanzierungskosten gegenüberstanden und diese [pauschal] in Abzug gebracht (vgl. act. 27 Rz. 77f. und 322 ff.). Da Vorteile Gegenstand der Schadensberechnung sind, liegt die Beweislast im Gesamten bei der Klägerin. Die pauschale Behauptung, die Klägerin müsse ihre Dienstleistungsbeziehung aufrecht erhalten, was beispielsweise die Erbringung technischer Dienstleistungen erfordere, genügt nicht. Zu den meisten vom Beklagten genannten Kostenposten äussert sich die Klägerin nicht. Es kann sachlogisch nur an der Klägerin liegen, die Schadensberechnung im Einzelnen zu konkretisieren, was sie unterlassen hat. Der pauschale Verweis der Klägerin (für die Kunden ...01 und ...03-...34) auf ihre Ausführungen zum Kunden ...02 genügt angesichts des beklaglichen Hinweises auf Besonderheiten im Fall ...02 nicht. Da die Klage bereits an der Beweislosigkeit im Hauptpunkt (Motivation der Kunden für die Auflösung der Kundenbeziehung) scheitert, erübrigen sich indessen weitere Ausführungen.

3. Fazit Die Klage gemäss Ziff. 1 lit. f des Rechtsbegehrens ist – vorbehaltlich der nachfolgend zu behandelnden Pauschalentschädigung – abzuweisen.

- 81 - g. Pauschalentschädigung 1. Rechtliches

E. 3

Parteivorbringen zur Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung

E. 3.1

Aufgrund der vorliegend seitens des Beklagten ungerechtfertigt erfolgten fristlosen Kündigung besteht kein Anspruch auf Schadenersatz für Lohnausfall bis zum 14. September 2015 und für die jährliche Lohndifferenz von Fr. 10'000.– für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist. Als Folge hiervon erübrigen sich Erwägungen zur Frage der Gleichwertigkeit der Entlohnung des Beklagten bei der F. _____ AG [Bank] für die Zeit ab dem 14. September 2015. Unter dem Titel von

- 90 - Art. 337b OR nicht ersatzfähig ist somit auch eine zufolge der Kündigung vom 25. August 2015 potentiell entgangene Bonifikation des Beklagten. Die Frage nach dem Bestehen allfälliger Bonusansprüche ist nachfolgend einzig nach Massgabe der vertraglichen Regelung zu beurteilen.

E. 3.2

Dieses Ergebnis rechtfertigt sich umso mehr, als sich der Beklagte nach seinen eigenen Ausführungen bereits im Juni 2015 mit der F. _____ AG [Bank] auf einen Arbeitsvertrag geeinigt hatte, weshalb für ihn eine baldige Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin absehbar war. Dass nach den klägerischen Vorbringen ein Wechsel zur F. _____ AG [Bank] erst für 2016 vorgesehen gewesen sei, ändert diesbezüglich nichts (vgl. act. 27 Rz. 160 [unbestritten gem. act. 17 Rz. 15 (sinngemäss) und act. 36 Rz. 469]). Denn letztlich bestimmte der Beklagte den Zeitpunkt der Kündigungserklärung selber.

E. 3.2.1

Der Beklagte beruft sich auf die Regelungen gemäss Bonusvereinbarung vom 19. Juli 2007 (act. 20/4) und gemäss Teambonusvereinbarung vom

E. 3.2.2

Die dem Beklagten in den Jahren 2013 und 2014 ausgerichteten Boni wurden gemäss den Auszahlungsbelegen von März 2014 und März 2015 als sog. Conditional Cash Deferral (CCD) ausbezahlt, enthielten mithin Freiwilligkeitsvorbehalte. Dies unter folgender Bestimmung: "The CCD is a legally non-binding, deferred cash bonus, which payment is subject to continuous employment at the time of the definitive vesting. The definitive vesting will be executed on the designated vesting date. Please refer to the deferral rules published on our Intranet

- 91 - [Pfadhinweis]". Die Auszahlungen enthielten den Hinweis: "Please note that the bonus is voluntary and is awarded on a non-recurring basis and does not constitute in any way a legal entitlement, either full or in part, to similar payments in the future" (act. 29/216 und act. 29/217).

E. 3.2.3

Zur Beurteilung des Anspruchs ist zu prüfen, ob der Kläger den nach der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung erforderlichen hohen Lohn erreicht. Die vom Beklagten nicht substantiiert bestrittene Einkommensschwelle gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung betrug für das Jahr 2015 Fr. 372'840.– (vgl. act. 27 Rz. 201). Für das Jahr 2014 beträgt der Grenzwert gemäss dem Bundesamt für Statistik (www.bfs.admin.ch) Fr. 371'340.– (Fr. 6'189x12x5), für das Jahr 2012 beträgt er Fr. 367'080.– (Fr. 6'118x12x5). Der Beklagte erhielt gemäss den vorliegenden Lohnausweisen im Jahr 2013 einen Bruttolohn von Fr. 437'773.–, im Jahr 2014 von Fr. 628'074.– sowie vom 1. Januar bis 26. August 2015 von Fr. 465'330.– (act. 29/220-222). Das Einkommen des Beklagten hat somit in allen drei Jahren, insbesondere auch im Jahr der Kündigung, den fünffachen Medianlohn wesentlich überstiegen und erfüllt das Kriterium des sehr hohen Salärs. Wie ausgeführt besteht bei solch hohen Löhnen kein Anlass, mit Mitteln des Arbeitsrechts korrigierend zugunsten des Arbeitnehmers in das Arbeitsverhältnis einzugreifen. Dies führt zu einer Qualifikation der Zahlungen als Gratifikation. Die dem Beklagten notifizierte Freiwilligkeitsvorbehalte und Auszahlungsbedingungen sind ohne Weiteres beachtlich. Demgemäss hat der Beklagte zufolge seiner fristlosen Kündigung keinen Bonusanspruch, und zwar weder für die bereits abgeschlossene noch für die laufende Bonusperiode. 4. Fazit Der Beklagte hat unter dem Titel Schadenersatz und Bonus nichts zu fordern, weshalb eine Verrechnung entfällt.

- 92 - IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Der Streitwert beträgt Fr. 844'410.35 (act. 27 S. 2). Für das vorliegende Verfahren beträgt die Grundgebühr somit Fr. 27'640.– (§ 4 Abs. 1 und 2 GebV OG). Nach durchgeführtem Verfahren ist ein Zuschlag von 50% zu berechnen und die Entscheidgebühr auf Fr. 41'460.– festzusetzen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Kosten der Klägerin zu 85% und dem Beklagten zu 15% aufzuerlegen (Art. 104 und Art. 106 ZPO). Vorab ist der Vorschuss von Fr. 26'040.– zur Kostendeckung der Klägerin heranzuziehen. Die Klägerin hat den Mehrbetrag ihres Kostenanteils nachzuzahlen. 2. Die Grundgebühr der Parteientschädigung beträgt gemäss § 4 AnwGebV Fr. 29'065.– (exkl. MwSt). Hinzu kommt für die weiteren Rechtsschriften ein Zuschlag von 50%, was einen Betrag von Fr. 43'600.– ergibt. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend ist die Klägerin in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV zu verpflichten, dem Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 30'520.– zu bezahlen. Die Zusprechung von Mehrwertsteuer hat der Beklagte nicht beantragt (vgl. act. 17 S. 2 und act. 36 S. 2). Es wird erkannt: 1. a) Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 4'843.40 netto nebst Zins zu 5% seit 25.

August 2015 zu bezahlen. In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Regionalen Betreibungsamtes [Ort] (Zahlungsbefehl vom 21. September 2015) aufgehoben. b) Die Klage gemäss Ziff. 1 lit. b des Rechtsbegehrens der Klägerin wird abgewiesen. c) Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 8'838.50 netto nebst Zins zu 5% seit 25. August 2015 zu bezahlen.

- 93 - In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Regionalen Betreibungsamtes [Ort] (Zahlungsbefehl vom 21. September 2015) aufgehoben. d) Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 106'666.50 (brutto=netto) nebst Zins zu 3% über dem positiven 1-Monats-Libor-Zinssatz betr. Schweizer Franken seit 25. August 2015 zu bezahlen. In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Regionalen Betreibungsamtes [Ort] (Zahlungsbefehl vom 21. September 2017) aufgehoben. e) Die Klage gemäss Ziff. 1 lit. e des Rechtsbegehrens der Klägerin wird abgewiesen. f) Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 5'742.50 (brutto=netto) nebst Zins zu 5% seit 25. August 2015 zu bezahlen. In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Regionalen Betreibungsamtes [Ort] (Zahlungsbefehl vom 21. September 2015) aufgehoben. Im Mehrbetrag wird die Klage gemäss Ziff. 1 lit. f des Rechtsbegehrens abgewiesen. 2. Die Entscheidgebür wird auf Fr. 41'460.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin zu 85% und dem Beklagten zu 15% auferlegt. Sie werden zunächst aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss bezogen. Die Klägerin wird verpflichtet, der Gerichtskasse den noch offenen Betrag von Fr. 9'201.– nachzuzahlen. Der Beklagte wird verpflichtet, der Gerichtskasse den Betrag von Fr. 6'219.– zu bezahlen.

- 94 - 4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 30'520.– zu bezahlen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein. 6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen. Zürich, 8. November 2017 ARBEITSGERICHT ZÜRICH 1. Abteilung Die Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: lic. iur. D. Maier Dr. iur. A. Thiébaud

E. 3.3

Die Berechnungsbasis des Ferienlohns von einem Monatslohn über Fr. 22'970.– brutto ist rechnerisch unbestritten; ebenso das Rückerstattungsguthaben von 7.9 Tagen und der Anspruch über Fr. 9'465.10 brutto (vgl. act. 1 Rz. 165f. und act. 17 Rz. 392 ff.; vgl. act. 1 Rz. 178 ff., act. 17 Rz. 113 ff. und act. 17 Rz. 416 ff.; vgl. act. 36 Rz. 467 ff.). Dieser Betrag ist dem Entscheid somit zugrunde zu legen. Der Betrag ist brutto bemessen (vgl. act. 1 Rz. 178). Zu den Abzügen nehmen die Parteien keine Stellung (vgl. act. 1 Rz. 175 ff.; vgl. act. 17 Rz. 113 ff. und Rz. 416 ff.). Dass der Ferienlohn dem Beklagten unter Abzügen ausbezahlt wurde, kann als notorisch gelten. Aus der Lohnabrechnungen des Beklagten für August 2015 ergeben sich Lohnabzüge von total 6.62% [AHV/ALV/IV/EO; Nichtberücksichtigung der ALV-Zusatzbeiträge] (vgl. act. 5/80). Der Beklagte schuldet mithin die Rückzahlung von Fr. 8'838.50 netto. Aufgrund der fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Beklagten ist ge-

- 56 - stützt auf die vorstehenden rechtlichen Ausführungen im Ergebnis klar, dass am 25. August 2015 bzw. per Beendigung des Arbeitsverhältnisses unmittelbar Verzug

eingetreten ist. Den Zinsenlauf bestreitet der Beklagte dementsprechend in der Duplik nicht mehr (act. 36 Rz. 114 und Rz. 471). 4. Fazit Der Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin Fr. 8'838.50 netto [Fr. 9'465.10 brut- to abzgl. Sozialversicherungsbeiträge von total 6.62%] zuzüglich Verzugszins zu 5% seit dem 25. August 2015 zu bezahlen. In diesem Umfang ist der in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes [Ort], Zahlungsbefehl vom 21. September 2015, erhobene Rechtsvorschlag zu beseitigen. d. Rückzahlung Arbeitgeberdarlehen 1. Parteivorbringen

E. 4

Rechtliches zum wichtigen Grund

E. 4.1

Aus wichtigen Gründen können Arbeitgeber wie Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis jederzeit fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 1 und 2 OR). Der Richter entscheidet nach seinem Ermessen über das Vorhandensein solcher Umstände (Art. 337 Abs. 3 OR). Zu den Gründen, welche den Arbeitnehmer zur fristlosen Kündigung berechtigen, kann unter Anderem die Aufforderung gehören, an einem Betrug oder an einer Steuerhinterziehung mitzuwirken, aber auch die Verletzung der Schutzpflicht gegenüber Betriebsgefahren trotz Abmahnung. Auch der [ungerechtfertigte] Entzug von Kompetenzen oder die unerwartete Änderung des Status des Arbeitnehmers kann in krassen Fällen eine fristlose Kündigung rechtfertigen, so als dem Filialleiter einer Treuhandgesellschaft aufgrund haltloser Verdächtigungen die Prokura oder einem Versicherungsbroker ein wichtiges Kundenportfolio entzogen wurde (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 9 m.w.H. zur Rechtsprechung). Begeht der Arbeitgeber selber strafbare Handlungen (z.B. Fälschung von Buchhaltungsbelegen oder Versicherungsbetrug), kann dies den Arbeitnehmer unter Umständen zur fristlosen Auflösung des Vertrages berechtigen, da dadurch auch seine Reputation in Mitleidenschaft gezogen wird. Bei Missständen im Betrieb ist allerdings oft die blosser Arbeitsverweigerung die angemessene Reaktion des Arbeitnehmers auf Unterlassungen des Arbeitgebers, die fristlose Auflösung kann zu weit gehen. Ungenügend sind Konflikte am Arbeitsplatz, ein angeblich schlechter Vorgesetzter oder ein schlechtes Arbeitsklima. Wird der Arbeitnehmer freigestellt, so berechtigt ihn dies in aller Regel nicht dazu, eine fristlose Entlassung auszusprechen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 9 m.w.H.).

E. 4.2

Bei der Beurteilung der Begründetheit der fristlosen Kündigung spielt auch eine Rolle, ob die Kündigungsfrist bzw. die Restdauer des befristeten Arbeitsverhältnisses kurz oder lang ist. Je kürzer die Bindung an das Arbeitsverhältnis, des-

- 24 - to weniger wird ein Rückgriff auf die fristlose Entlassung zugelassen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 16).

E. 4.3

Eine allgemeingültige Regel, wann eine Verwarnung Voraussetzung zur späteren, gerechtfertigten fristlosen Kündigung ist, lässt sich nicht aufstellen. Entscheidend ist stets das Vorliegen wichtiger Gründe unter Würdigung sämtlicher Umstände. Im Zweifel ist eine Verwarnung zu empfehlen. Eine Verwarnung kann indes unterblieben, wenn sich aus dem

Verhalten der Gegenpartei ergibt, dass sie unnütz wäre (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 13).

E. 4.4

Eine fristlose Auflösung ist umgehend zu erklären, wenn der Grund zur sicheren und möglichst vollständigen Kenntnis gelangt ist. Das Bundesgericht nimmt ansonsten an, der Kündigende habe zu verstehen gegeben, dass nicht wirklich eine Unzumutbarkeit vorliege. Es ist indes gerechtfertigt, dass die Frist noch nicht zu laufen beginnt, solange der unrechtmässige Zustand anhält (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 17).

E. 5

Beurteilung

E. 5.1

Wichtiger Grund

E. 5.1.1

Der Beklagte macht zunächst geltend, dass sich als Folge des Verkaufs an die ... [Zugehörigkeit zu Staat D. _____] C. _____ Group die Geschäftspolitik der Klägerin in verschiedener Hinsicht verändert habe (vgl. act. 17 Rz. 7 ff.; bestritten in act. 27 Rz. 83 ff. und Rz. 88). Allgemeine Veränderungen der Geschäftspolitik, des Umgangstones im Betrieb oder der Rahmenbedingungen des Wirtschaftens können eine fristlose Kündigung des Arbeitnehmers nicht rechtfertigen, sofern sie nicht im Einzelnen eine Verletzung der vertraglichen Pflichten des Arbeitgebers darstellen. Eine unerwartete Änderung des Status des Beklagten bzw. eine abrupte Rückstufung liegt nicht vor. Zur Geschäftspolitik und damit in den Bereich der geschäftspolitischen Autonomie der Klägerin gehört namentlich der Umgang mit Hypothekar- und Vermögensverwaltungskunden (act. 17 Rz. 47; inhaltlich unbestritten, vgl. act. 27 Rz. 112). Dass die Kündigung der Hypothekerverträge zahlreicher Kunden auch im Vermögensverwaltungsgeschäft zum Ab-

- 25 - fluss verwalteter Vermögenswerte führte, kann eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht rechtfertigen. Eine Verschlechterung der Rahmenbedingungen des Wirtschaftens hat der Arbeitnehmer hinzunehmen. Eine Beweisführung zur entsprechenden Behauptung des Beklagten ist entbehrlich. An dieser Stelle ist mit Bezug auf den vom Beklagten mehrfach als Zeugen angebotenen E. _____ Folgendes festzuhalten: Dieser hat die Klägerin praktisch gleichzeitig fristlos verlassen und sieht sich in einem Parallelverfahren im Wesentlichen mit denselben Vorwürfen und Forderungen konfrontiert wie der Beklagte (vgl. act. 36 Rz. 2). Er hat dementsprechend ein gewichtiges eigenes finanzielles Interesse daran, das Vorliegen eines wichtigen Grundes zu erklären. Eine Einvernahme von E. _____ wäre daher nicht geeignet, den Sachverhalt rechtsgenügend zu erhellen, weshalb sie mit Bezug auf sämtliche Beweisofferten zu unterbleiben hat. Nachdem der Beklagte die Notwendigkeit des Aktenbeizugs nicht begründet hat, ist auch davon abzusehen, zumal hier eine konkrete Beweisofferte möglich gewesen wäre, aber unterblieben ist. Strittig ist die Frage, ob V. _____ in D. _____ [Staat] wegen Bestechung [Korruptionsermittlungen ("... [Operation]")] als Folge des sog. ...Skandals] unter Anklage steht oder nicht (vgl. act. 36 Rz. 269 ff.; inhaltlich bestritten in act. 27 Rz. 83). Der Beklagte bringt nicht vor, dass die möglichen Vorwürfe direkt mit der Durchführung des Arbeitsverhältnisses zu tun gehabt hätten oder dass ihm deshalb ein konkreter Reputationsschaden oder konkrete Rechtsrisiken gedroht hätten. Dass die

entsprechenden Nachrichtenmeldungen den Ruf der Klägerin allgemein in Leidenschaft zogen, kann den Beklagten nicht zur fristlosen Kündigung berechtigen (vgl. act. 36 Rz. 269 ff.).

E. 5.1.2

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Klägerin dem Beklagten durch die Einführung der Depot- und Transfergebühren einen wichtigen Grund für die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben hat. a. Nicht bestritten wird von der Klägerin, dass sie per 1. Mai 2015 ein neues Gebührenreglement in Kraft setzte, worüber ihre Kunden mit Informationsschreiben vom 20. April 2015 in Kenntnis gesetzt wurden (act. 1 Rz. 39; vgl. act. 17

- 26 - Rz. 11 und Rz. 48 ff.). Die Klägerin bringt selbst vor, die ab 1. Mai 2015 gültige Gebührentabelle habe für die gesamte Kundenpopulation eine Kontoschliessungsgebühr von Fr. 2'500.– vorgesehen, und im Hinblick auf die in den Depotkonti der Klägerin geführten Wertschriften seien erhöhte Titeltransfergebühren eingeführt worden (vgl. act. 1 Rz. 39). Für die ausgehende Wertschriftenlieferung in Standardmärkte seien Titeltransfergebühren von Fr. 300.– vorgesehen gewesen (act. 5/22 S. 6; vgl. act. 17 Rz. 49). b. Die von der Klägerin ihren Kunden angebotenen Vermögensverwaltungs- und Beratungsdienstleistungen (im Sinne der Gebührentabelle gemäss act. 5/22) sind unter das Auftragsrecht zu subsumieren (vgl. den Erläuternden Bericht des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 16. September 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht), S. 7). Der Auftrag kann von jeder der Parteien jederzeit widerrufen oder gekündigt werden (Art. 404 Abs. 1 OR). Das jederzeitige Recht auf Beendigung des Auftragsverhältnisses ist zwingender Natur und kann vertraglich weder eingeschränkt noch wegbedungen werden (Gehrer Cordey/Giger, in Huguenin/Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 404 N 6 m.w.H. zur Rechtsprechung). Der Grundsatz des jederzeitigen Beendigungsrechts beansprucht auch im vorliegenden Fall uneingeschränkt Geltung. Das Verhältnis zwischen Bankkunden und Bank beruht auf besonderem Vertrauen (vgl. Gehrer Cordey/Giger, a.a.O., Art. 404 N 8). Aus dem Beendigungsrecht folgt, dass die Vereinbarung einer bedingungslos geschuldeten Konventionalstrafe bzw. eines bedingungslos geschuldeten Honorarzuschlags bei vorzeitiger Auftragsbeendigung nicht zulässig ist (Gehrer Cordey/Giger, a.a.O., Art. 404 N 9 m.w.H. zur Rechtsprechung). Dies hat selbstverständlich auch für den Fall von Beendigungsgebühren bei im Grundsatz unbefristeten Auftragsverhältnissen zu gelten. Titeltransfergebühren (bzw. sog. Depottransfergebühren) sind von ihrer Natur her zwar nicht in jedem Fall Beendigungsgebühren, fallen aber sachlogisch bei jeder Beendigung eines Vermögensverwaltungsvertrags (bzw. des darin enthaltenen Depotvertrags) an. Der Depotvertrag wiederum ist ein gemischter Vertrag mit

- 27 - Elementen der Hinterlegung (Art. 472 ff. OR) und des Auftrags (Art. 394 ff. OR), auch wenn es um körperlose Bucheffekten geht (Rusch, Bankgebühren vor der Inhaltskontrolle, in recht 2011, S. 170 ff. (172)). Dabei schiebt bereits der zwingend anwendbare Art. 475 OR jeglichen Depottransfergebühren einen Riegel, jedenfalls sofern sie sich nicht in bescheidenem Rahmen bewegen und als pauschalierter Aufwendungsersatz im Sinne von Art. 475 Abs. 2 OR aufgefasst werden können (vgl. Rusch, a.a.O., S. 172 m.w.H.). RUSCH bezeichnet eine Depottransfergebühr von Fr. 250.– pro Titelkategorie bereits als übermässig (vgl. Rusch, a.a.O., S. 171). Im Lichte von

Lehre und Rechtsprechung sind die von der Beklagten in der Gebührentabelle vorgesehenen Depottransfergebühren von Fr. 300.– pro Titelkategorie nicht geschuldet. Gleich verhält es sich mit den in der Gebührentabelle vorgesehenen Konto- schliessungsgebühren von Fr. 2'500.–. Eine Bank erbringt mit der Kontoauflösung keine Leistung aus dem Vertragsverhältnis. Sie nimmt entsprechende "Aufräum- arbeiten" im eigenen Interesse vor, damit der Bankkunde keine weiteren Bezüge tätigen kann. Der Vorgang dient der ordentlichen Abwicklung der Bankbeziehung sowie der Bereinigung der internen Datenbanken und der eigenen Buchhaltung. Die Bank muss demgemäss den dafür notwendigen Aufwand selbst tragen oder in die allgemeinen Gebühren einkalkulieren (Rusch, a.a.O., S. 175 f.). Schon aus diesen Gründen konnte kein Rechtsanspruch der Klägerin auf Einforderung der vorgesehenen Gebühren gegenüber ihren Kunden entstehen. c. Es ist strittig, ob die Kundenbetreuer der Klägerin bzw. die Client Relations- hip Manager von ihrem Vorgesetzten angewiesen wurden, die von ihnen betreu- ten Kunden noch vor dem Versand der Informationsschreiben zu kontaktieren, um die bevorstehenden Neuerungen zu erläutern und allfällige Unklarheiten zu besei- tigen (vgl. act. 1 Rz. 49). Der Beklagte bringt vor, die Mitarbeitenden seien zwar zur Kontaktierung der Kunden angewiesen worden, aber nicht zu einer Informati- on über die effektiven Schliessungs- und Titeltransfergebühren (vgl. act. 17 Rz. 262). Die Klägerin hat eine anonymisierte Version des Kundenschreibens vom 20. April 2015 eingereicht (act. 5/23). Daraus geht hervor, dass die Klägerin die Kunden schriftlich nicht konkret auf die ab dem 1. Mai 2015 geltenden Kondi-

- 28 - tionen aufmerksam machten (vgl. act. 36 Rz. 357 ff.). Dass sie den Kunden die neuen Bestimmungen in anderweitig rechtsgenügender Weise zur Kenntnis ge- bracht hätte, wurde von der Klägerin nicht substantiiert (vgl. act. 27 Rz. 114). Wie es sich mit der mündlichen Kundeninformation durch die Kundenbetreuer verhielt, ist für den Entscheid daher unerheblich und vorliegend nicht weiter zu prüfen. Dem Entscheid ist die beklagte Darstellung zugrunde zu legen. d. Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist unabhängig von der dem Kunden zur Kenntnis gebrachten Form und der Frage nach einer bewussten Kenntnisnahme bzw. einem bewussten Akzept (Globalübernahme bzw. Vollübernahme). Bei allgemeinen Geschäftsbedingungen handelt es sich um vorformulierte Vertragsbedingungen, die von einer Vertragspartei einseitig im Vo- raus und zum Zweck aufgestellt werden, eine unbestimmte Vielzahl zukünftiger Verträge mit einer unbestimmten Anzahl von Vertragspartnern zu regeln. Die Bestimmungen können im Vertragstext selber enthalten sein, oder einen äusser- lich gesonderten Teil des Vertrages bilden (Erläuternder Bericht des Eidgenössi- schen Justiz- und Polizeidepartements vom 16. September 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht), S. 19 m.w.H.; vgl. Thouvenin, in Hil- ty/Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013, Art. 8 N 78). Bei der Gebührentabelle in act. 5/22 handelt es sich nach dem Gesagten ohne Weiteres um Allgemeine Ge- schäftsbedingungen. e. Der Beklagte macht geltend, die Klägerin habe mit der Einführung der ge- nannten Gebühren auf dem Wege der Anpassung der allgemeinen Geschäftsbe- dingungen auch gegen Art. 8 UWG verstossen. Gegen diese Bestimmung handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertragli- chen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen. Der Anwendungsbereich von Art. 8 UWG ist auf Konsumenten-AGB beschränkt, wobei es nicht erforderlich ist, dass

der betreffende Vertrag die Leistungen des üblichen Verbrauchs bzw. Gebrauchs betrifft (vgl. Thouvenin, a.a.O., Art. 8

- 29 - N 80 ff.; Probst, in Jung/Spitz (Hrsg.), Handkommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl., Bern 2016, Art. 8 N 287 f). Gemäss den unbestrittenen Vorbringen des Beklagten handelt es sich zumindest bei einem Teil der fraglichen Kunden um Hypothekarkunden, welche der Klägerin zu dem ihre Vermögensverwaltung anvertrauten (vgl. act. 17 Rz. 47 f.). Es handelt sich bei ihnen mithin um Konsumenten im Sinne der Bestimmung. Aufgrund der Ausführungen der Parteien ist sodann ersichtlich, dass die Kunden der Klägerin im relevanten Geschäftsbereich (Private Banking mit Fokus auf Kunden in der Schweiz; vgl. act. 1 Rz. 18 ff., vgl. act. 5/1) die Leistungen der Bank für den persönlichen Bedarf in Anspruch nahmen bzw. dass ein Zusammenhang zur deren persönlicher oder beruflicher Tätigkeit im Allgemeinen fehlt (vgl. Thouvenin, a.a.O., Art. 8 N 84). Die zwischen der Klägerin und ihren (Privat-)Kunden eingegangenen Verpflichtungen fallen damit in den Anwendungsbereich von Art. 8 UWG. Das für eine Verletzung von Art. 8 UWG erforderliche Missverhältnis von vertraglichen Rechten und Pflichten kann sich – wie vorliegend mit Bezug auf die Kontoschliessungs- und Titeltransfergebühren – ohne weiteres auf vertragliche Nebepunkte beziehen. Der für die Feststellung der Benachteiligung relevante Vergleich hat in einer Abwägung jener gesetzlichen oder richterrechtlichen Regel zu erfolgen, die zur Anwendung gelangen würde, wenn die Parteien keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart hätten (vgl. Probst, a.a.O., Art. 8 N 249 f.). Das Missverhältnis ist demzufolge aus dem Vergleich der Regelung in der Gebührentabelle (act. 5/22) und der gesetzlichen Regelung (Art. 404 OR, Art. 475 OR) zu ziehen. Da diese nach der dargestellten Praxis die jederzeitige und für den Kunden finanziell folgenlose Beendigung zwingend statuiert, ist das Missverhältnis offensichtlich (vgl. bereits Rusch, a.a.O., S. 178 f.). Die weiter erforderliche Erheblichkeit des Missverhältnisses liegt ebenfalls vor, zumal die Erheblichkeit bei jeder Abweichung vom zwingenden Recht vorliegt (vgl. Probst, a.a.O., Art. 8 N 254). Eine Kompensation der in der Gebührentabelle vorgesehenen Verschlechterung der Vertragsbestimmungen für die Kunden der Klägerin ist nicht ersichtlich bzw. wurde von Letzterer nicht behauptet.

- 30 - Die Vereinbarung von Kontoschliessungsgebühren auf dem Wege der Einführung bzw. Modifikation Allgemeiner Geschäftsbedingungen begründet nach dem Gesagten ohne Weiteres ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis im Sinne von Art. 8 UWG, weil die Auflösungs- oder Deaktivierungsleistung nie etwas wert ist und auch nie im Interesse des Bankkunden erfolgt (vgl. Rusch, a.a.O., S. 178). Dasselbe hat für die vorgesehenen Depottransfergebühren von Fr. 300.– pro Titelkategorie zu gelten, jedenfalls soweit sie bei der Beendigung der Kundenbeziehung anfallen. Ein objektives Missverhältnis der Depottransfergebühren ist indes auch in allgemeiner Hinsicht zu bejahen. Ein Interesse der Kunden an den vorgenommenen Änderungen ist nicht ersichtlich. f. Ob die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen missbräuchlichen Bestimmungen objektiv Rechtswirkung entfalten, ist für die Beurteilung einer Verletzung von Art. 8 UWG nicht von Belang. Das ergibt sich einerseits daraus, dass eine Verletzung von Art. 8 UWG als Rechtsfolge die Nichtigkeit der entsprechenden Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen induziert (vgl. Thouvenin, a.a.O., Art. 8 N 143 ff.). Andererseits zählt die Anwendung von Art. 8 UWG auf dem zwingenden Recht widersprechende Allgemeine Geschäftsbedingungen geradezu zum Kerngehalt der Norm (vgl. Probst, a.a.O., Art. 8 N 241 und Art. 8 N 254). Erforderlich ist einzig, dass eine

konkrete Verwendung im Geschäftsverkehr bzw. gegenüber einem Konsumenten stattgefunden hat (vgl. Thouvenin, a.a.O., Art. 8 N 134; vgl. Probst, a.a.O., Art. 8 N 235 ff.). Die Klägerin hat selbst vorgebracht, ihren Kunden die Gebührentabelle (act. 5/22) mit Schreiben vom 20. April 2015 (act. 5/23) zur Kenntnis gebracht zu haben (vgl. act. 1 Rz. 39). Ob der Gebührentarif in der Folgezeit im Einzelnen nicht angewendet wurde, ist nicht relevant (vgl. act. 17 Rz. 241 und Rz. 259). g. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass eine Verletzung von Art. 8 UWG vorliegt.

E. 5.1.3

Aus der einfachen Verletzung von Art. 8 UWG durch die Klägerin kann der Beklagte noch nichts zu seinen Gunsten ableiten. Der Beklagte macht dazu freilich geltend, er sei in seiner Eigenschaft als Vermögensverwalter auch verpflichtet gewesen, die Interessen seiner langjährigen Kunden wahrzunehmen, die

- 31 - teilweise auch seine Freunde seien. Er sei nicht bereit gewesen, den Kunden gegenüber wider besseres Wissen vortäuschen zu müssen, dass es für diese vor- teilhaft wäre, ihr Vermögen weiterhin von der Klägerin verwalten zu lassen, um die Kunden von einem Bankwechsel abzuhalten (vgl. act. 17 Rz. 62 ff.; vgl. act. 36 Rz. 387 ff.). Diese Haltung des Beklagten mag verständlich sein und von Seriosität im geschäftlichen Umfeld zeugen, entspricht aber nicht der Rechtslage, wie im Folgenden zu zeigen ist. a. Eine vertragliche Beziehung des Beklagten zu den fraglichen Kunden der Klägerin bestand nicht. Der Beklagte hat dergleichen nicht behauptet (vgl. act. 17 Rz. 62 ff.). Damit entfällt jegliche Treupflicht vertraglichen Ursprungs. Eine Treupflicht kann auch nicht aus einer persönlichen Freundschaft hergeleitet werden (bestritten in act. 27 Rz. 125). Der Beklagte hat die Art und Gestalt der Freundschaft zu einzelnen seiner Kunden denn auch nicht näher substantiiert. Einen Bankkundenberater trifft – in den Schranken der straf- und aufsichtsrechtlichen Gesetzgebung – demnach keine Pflicht, die persönlichen Interessen von Bankkunden zu wahren. Letztere sind nicht "seine" Kunden. b. Auch aus dem Arbeitsvertrag zur Klägerin ergibt sich nichts Anderes. Dies aus folgenden Überlegungen: Nach Art. 321a Abs. 4 OR darf der Arbeitnehmer geheim zu haltende Tatsachen, wie namentlich Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, von denen er im Dienst des Arbeitgebers Kenntnis erlangt, während des Arbeitsverhältnisses nicht verwerten oder anderen mitteilen. Auch nach dessen Beendigung bleibt er zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist. Hierunter fallen auch Kunden- und Lieferantenbeziehungen, sofern der Arbeitgeber daran ein – zu vermutendes – berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat (Streiff/von Kanel/Rudolph, a.a.O., Art. 321a N 12). c. Bei Bankkundenbeziehungen besteht offenkundig ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse der Bank. Praxisgemäss besteht ohne gesonderte Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes bezüglich des Kundenkreises kein nachvertragliches Verwertungsverbot (vgl. AGer ZH in Entscheide 2007 Nr. 3; vgl. ZR 2005

- 32 - Nr. 18 E. 3b = JAR 2005 S. 484). Aufgrund der dispositiven Anordnung von Art. 321a Abs. 4 OR ist jedoch klar, dass das Recht zur Fortführung der Kundenbeziehung im Bankgeschäft (auch ohne ausdrückliche Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes) nicht das Recht des Arbeitnehmers sein kann. Dieser darf nach der zitierten Rechtsprechung – sofern eben kein Konkurrenzverbot vereinbart wurde – Adressen und Telefonnummern der betreuten Kunden aber im Grundsatz verwenden und diese Informationen Dritten zugänglich machen bzw. mit den Kunden von sich aus in Kontakt treten (vgl. ZR 2005 Nr.

18 E. 3b). Dass die Arbeitgeberin bzw. die Bank (vorbehältlich einer abweichenden vertraglichen Regelung zu Gunsten des Arbeitnehmers) mit Blick auf die gedeihliche Entwicklung der Vertrauensbeziehungen eines Kundenbetreuers zu "seinem" Kundenstamm Fürsorge- und Schutzpflichten treffen, ist daher im Lichte von Art. 321a Abs. 4 OR klar abzulehnen. d. Der Kundenstamm gehört nach dem Gesagten der arbeitgebenden Bank bzw. der Klägerin. Entgegenstehende Vereinbarungen sind aus den Vertragsdokumenten nicht ersichtlich (vgl. act. 5/1, act. 5/5 und act. 5/6). Dass der Beklagte vor seiner Anstellung bei der Klägerin während mehreren Jahren für die W. _____ AG [Bank] arbeitete und gleichzeitig mit dem Beklagten auch andere Mitarbeiter zur Klägerin wechselten [und womöglich Kunden mitbrachten], ist daher nicht relevant (vgl. act. 17 Rz. 27 und Rz. 181). e. Dass die Beklagte gegenüber ihren Kunden, d.h. gegenüber Dritten, gegen Art. 8 UWG versties, konnte den Beklagten mithin nicht zur fristlosen Kündigung berechtigen. Die Verletzung von Art. 8 UWG durch die Klägerin gegenüber ihren Kunden tangierte keine rechtlich geschützten Arbeitnehmerinteressen des Beklagten.

E. 5.1.4

Der Beklagte bringt vor, er habe nach dem Abgang von Kundenberatern mit der Aufforderung zu "Retention" rechnen müssen. Dass sich seine Befürchtung bereits bewahrheitet habe, macht er nicht geltend, und er nennt auch keine konkreten Vorkommnisse, weshalb sich ein Beweisverfahren dazu erübrigt.

- 33 - Angesichts des beschriebenen gesetzlichen Rahmens im Grundsatz könnte die Aufforderung, den Kunden die Klägerin in einem gutem Licht darzustellen, im übigen gar nicht als ungewöhnlich oder gar ungebührlich gelten (vgl. act. 17 Rz. 66 ff. und Rz. 72 f.). Dass er bei Gelegenheit der "Retention" im aufsichts- oder strafrechtlichen Sinne potentiell zu sanktionierende Angaben hätte machen müssen, bringt der Beklagte nicht vor (vgl. act. 36 Rz. 387 ff.). Aufgrund der Treuepflicht gemäss Art. 321a Abs. 1 OR war der Beklagte einzig der Klägerin (und nicht den Kunden) zur Treue verpflichtet und daher durchaus gehalten, den Kunden ein positives Bild der Klägerin zu vermitteln.

E. 5.1.5

Die Verletzung von Art. 8 UWG durch die Beklagte stellt sodann kein strafrechtlich relevantes Verhalten dar. Gemäss Art. 23 UWG wird nur unlauterer Wettbewerb im Sinne der Art. 3, 4, 5 und 6 UWG strafrechtlich sanktioniert (vgl. Thouvenin, a.a.O., Art. 8 N 142). Der Eintritt eines Reputationsschadens oder die Verwirklichung von Rechtsrisiken zufolge drohender Untersuchungen der Strafverfolgungsbehörden waren damit von Beginn weg ausgeschlossen. Auf einen Reputationsschaden im Verhältnis zu den Kunden kann sich der Beklagte nicht berufen, zumal er einzig der Klägerin zur Treue verpflichtet war (vgl. vorstehend). Hinweise auf einen drohenden Reputationsschaden gegenüber Dritten finden sich in den Rechtsschriften des Beklagten nicht. Aus der Verletzung von Art. 8 UWG durch die Klägerin gegenüber ihren Kunden kann auch insofern keine Rechtfertigung für die fristlose Kündigung des Beklagten hergeleitet werden.

E. 5.1.6

Der Beklagte macht weiter geltend, die Mitarbeitenden der Klägerin seien angewiesen worden, den Kunden gebührenintensive bankeigene Produkte zu verkaufen, wozu sie entsprechende Anreize (Golduhren, Reisen zu Sportveranstaltungen) geschaffen habe. Sie habe auch Anweisungen zu "Overtrading" und "Churning" gegeben. Dies stelle einen Verstoß gegen die Empfehlungen der FINMA dar (act. 17 Rz. 7 ff., Rz. 49 und Rz. 268 f.).

Diese Vorbringen sind nachfolgend zu prüfen. a. Die Klägerin bestreitet die Darstellung des Beklagten in allgemeiner Form. Es habe keine Weisungen zu Brokerage und auch keine Volumenzielvorgaben gegeben. Die Kundenberater der Klägerin seien angehalten gewesen, die den

- 34 - Bedürfnissen des Kunden entsprechenden Produkte anzubieten (act. 1 Rz. 53, act. 27 Rz. 113iii). Richtig sei einzig, dass bei der Klägerin im Rahmen einer Art internen Wettbewerbs Preise in Form von Uhren und Reisen zu gewinnen gewesen seien. Dieser als "... [Wettbewerb] bezeichnete Wettbewerb habe dazu dienen sollen, ein gesundes, kompetitives Klima zwischen den Teilnehmern zu schaffen. Ihre Gewinnchancen hätten die Teilnehmer insbesondere auch durch Neugeldzuflüsse erhöhen können. Dies sei sowohl rechtlich als auch "ethisch" unbedenklich, da damit das Gebot der bestmöglichen Vertretung der Interessen der Kunden nicht untergraben werde. Selbst wenn solche internen Wettbewerbe gewisses Potential für falsche Anreize aufweisen könnte, wäre deren Durchführung noch lange kein Beweis dafür, dass von den Kundenberatern tatsächlich das vom Beklagten behauptete "Overtrading" oder "Churning" betrieben werde. Es sei anmassend zu behaupten, die gut bezahlten Kundenberater der Klägerin würden sich durch ein solches internes Turnier und die Aussicht auf entsprechende Preise ihrer Professionalität entledigen (act. 27 Rz. 113iii). b. Der Beklagte führt hierzu aus, dass im Übrigen (abgesehen von den Neugeldzuflüssen) vor allem die erwirtschafteten Gebühren massgeblich gewesen seien. Neugeldzuflüsse hätten rein praktisch deshalb keine Rolle spielen können, weil die Klägerin dauernd Kunden verloren habe (act. 36 Rz. 348). "... [Wettbewerb] sei nichts Anderes als ein unmoralisches Angebot gewesen. Wer Anreize schaffe, stifte zu den Handlungen an, die durch diese Anreize belohnt würden (act. 36 Rz. 349). Der Beklagte verweist sodann auf den Versand bankinterner E-Mails, in welchen bezogen auf den Verkauf bankeigener Produkte sehr direkt Verkaufsdruck ausgeübt worden sei ["we have to sell"; "we have to push"; E-Mails von O._____ und von P._____ an J._____ in den Jahren 2014 und 2015] (vgl. act. 36 Rz. 275 und Rz. 351). c. Ein Beweisverfahren zu den Themen "ertragsorientierter Verkaufsdruck zum Verkauf bankeigener Produkte" sowie "Setzen falscher Anreize" ist nicht erforderlich. Die Klägerin hat eingeräumt, dass der Wettbewerb "... [Wettbewerb] für die Kundenberater falsche Anreize setzte (vgl. act. 27 Rz. 113iii). Sie ist nicht bereit, dem in der Sache ohne Weiteres tauglichen Editionsantrag des Beklagten nach

- 35 - den Bedingungen und Kriterien der Verteilung von Erfolgsprämien (wie Golduhren oder Reisen) Folge zu leisten (vgl. act. 17 Rz. 50 und act. 113 Rz. 113iii). Damit verzichtet sie zu Gunsten der beklagten Sachdarstellung auf Beweiserhebungen. Der von der Klägerin als Zeuge angebotene K._____ vermöchte nicht zur rechtsgenügenden Klärung des Sachverhalts beitragen. Ein unmittelbares Interesse von K._____ am Verfahrensausgang ist nicht von der Hand zu weisen. Seine Befragung kann daher unterbleiben. Was das behauptete "Overtrading" (Generierung möglichst hoher Gebühren durch Verkauf bankeigener, strukturierter Produkte) und "Churning" (Umschichten von Depots der Kunden ohne einen im Kundeninteresse liegenden Grund) betrifft, so liegen der Darstellung des Beklagten jedoch ohnehin keine konkreten Vorwürfe zugrunde. Belegt und unbestritten ist der Versand interner E-Mails mit Verkaufsanweisungen zu bankinternen Produkten ("we have to sell"; "we have to push"; vgl. act. 36 Rz. 275 und Rz. 351). Ob diese E-Mails zusammen mit dem Wettbewerb "... [Wettbewerb] jedoch eine so intensive Aufforderung an die Mitarbeiter darstellte, dass es sich bereits um eine Weisung zu

"Overtrading" oder gar "Churning" handelt, ist also nicht ermittelbar. Zum einen hat der Beklagte dazu keine konkreten Vorkommnisse geschildert, so dass sich dazu ein Beweisverfahren erübrigt. Zum anderen sind die E-Mails nur allgemein gehalten, und der Beklagte war gar nicht deren Adressat; sie wurden vielmehr an J. _____ versandt. Des Weiteren führt der Beklagte selber aus, er habe dafür sorgen können, dass mit den Vermögen der durch ihn betreuten Kunden keine Spesenschinderei betrieben werde, und er habe es unterlassen, selbst "Overtrading" zu betreiben (vgl. act. 17 Rz. 65). Dies ist nachvollziehbar, nachdem er selber entscheiden konnte, ob er am Wettbewerb teilnehmen wollte oder nicht. Mit dieser Argumentation kann der Beklagte das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur fristlosen Kündigung nicht untermauern. d. Die Richtlinien der FINMA zur Anerkennung von Selbstregulierungen im Bereich der Vermögensverwaltung als Mindeststandard (FINMA RS 2009/1) sehen vor, dass Vermögensverwalter die Interessen ihrer Kunden im Sinne einer Treuepflicht zu wahren haben. Anlagen und Transaktionen haben im Interesse der

- 36 - Kunden zu erfolgen. Insbesondere ist das Umschichten von Depots der Kunden ohne einen im Kundeninteresse liegenden wirtschaftlichen Grund (Spesenschinderei; "Churning") zu unterlassen (FINMA RS 2009/1 Rz. 10 ff.). Der Erlass von Rundschreiben über die Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung ist in Art. 7 Abs. 1 lit. b FINMAG ausdrücklich vorgesehen. Die FINMA kann dem Inhalt eines Rundschreibens im Einzelfall durch Erlass einer Verfügung individuell-konkrete Verbindlichkeit geben (Winzeler, in Watter/Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar, Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 7 FINMAG N 19). Die Sanktionsbestimmungen knüpfen im Wesentlichen an eine Stellung als Beaufsichtigter/r im Sinne der Finanzmarktgesetzgebung an (vgl. Art. 29 ff. FINMAG). Möglichkeiten zur Sanktionierung eines an "Churning" bzw. "Overtrading" beteiligten Bankmitarbeiters ergeben sich einzig im Rahmen von Art. 33 FINMAG (Berufsverbot) und der Strafbestimmungen von Art. 44 ff. FINMAG. Nach letzteren ist eine Bestrafung eines Bankmitarbeiters nur nach Erlass einer unter Strafdrohung ergangenen Anordnung der FINMA denkbar (Art. 48 FINMAG; Missachten von Verfügungen der FINMA). Eine Sanktion im Sinne von Art. 33 FINMAG kann bei Beteiligung an Spesenschinderei ("Churning") ohne weiteres ausgesprochen werden. Die Verhängung eines Berufsverbots knüpft jedoch eng an die Praxis zum Gewährserfordernis im Finanzmarktrecht an, welches die Beteiligung an der Verwaltung und Geschäftsführung eines/r Beaufsichtigter/n voraussetzt. Keine Gewährspersonen sind Mitarbeiter ohne oder mit beschränkten Führungsaufgaben, wobei eine prospektive Beurteilung vorzunehmen ist. Bei mittleren und grossen Instituten gelten viele einflussreiche Führungspositionen noch nicht als Gewährspositionen (vgl. Hsu/Bahar/Flühmann, a.a.O., Art. 33 FINMAG N 13, N 15 m.w.H. und N 24 ff.). Der Beklagte fällt offensichtlich nicht in die Kategorie einer Gewährsperson. Er macht auch nicht geltend, innert nützlicher Frist die Stellung einer Gewährsperson im Sinne der Finanzmarktgesetzgebung einnehmen zu wollen. Eine aufsichtsrechtliche Sanktionierung einer potentiellen Beteiligung des Beklagten an "Churning" oder "Overtrading" war für ihn ohnehin nicht abzusehen. Wie ausgeführt, hat

- 37 - der Beklagte zudem selber dafür sorgen können, dass mit den Vermögen der durch ihn selbst betreuten Kunden keine Spesenschinderei betrieben wurde (vgl. act. 17 Rz. 65). Für den Beklagten bestand damit aus der Optik des Aufsichtsrechts kein triftiger Grund zur fristlosen Kündigung. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass aus einer allfälligen bloss

allgemeinen Verletzung der Bestimmungen des FINMA-Rundschreibens 2009/1 (hinsichtlich "Churning" bzw. "Overtrading") durch die Klägerin, der Beklagte keine Legitimation zur fristlosen Kündigung herleiten kann. e. Zu prüfen bleibt, ob der Wettbewerb der Klägerin eine Anstiftung zu strafbarem Verhalten (Art. 24 StGB) darstellt. Eine Anstiftung kann durch jedes motivierende Verhalten des Anstifters begangen werden (Vorschlag, konkludente Aufforderung, motivierende Einladung, Zusicherung einer Belohnung, u.U. auch durch eine gewöhnliche Frage (Forster, in Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Basel 2013, Art. 24 N 16 m.w.H.). Vorliegend wäre der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbearbeitung (Art. 158 Ziff. 1 StGB) einschlägig (vgl. BGE 142 IV 346 E. 4.3). In persönlicher Hinsicht ist für die Strafbarkeit von "Churning" im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 StGB indes erforderlich, dass dem Betreffenden die Stellung eines Geschäftsführers bzw. eine in tatsächlicher oder formeller Hinsicht selbstständige Stellung zukommt, in welcher er im Interesse eines anderen für einen nicht unerheblichen Vermögenskomplex zu sorgen hat. Die Stellung als Geschäftsführer fordert ein hinreichendes Mass an Selbstständigkeit, mit welcher über das fremde Vermögen oder über wesentliche Bestandteile desselben, über Betriebsmittel oder das Personal eines Unternehmens verfügt werden kann. Der Tatbestand ist namentlich anwendbar auf selbstständige Geschäftsführer sowie auf operationell leitende Organe von juristischen Personen bzw. Kapitalgesellschaften. Geschäftsführer ist aber auch, wem die Stellung nur faktisch zukommt bzw. wem sie nicht formell eingeräumt wurde (BGE 142 IV 346 E. 3.2). Dem Beklagten als Arbeitnehmer konnte die Stellung eines Geschäftsführers vor dem Hintergrund des Gesagten nicht zukommen.

- 38 - Strafbegründende persönliche Merkmale werden in Art. 27 StGB nicht erwähnt. Bei den meisten strafbegründenden persönlichen Merkmalen handelt es sich heute um Sonderpflichten (Trechsel/Jean-Richard, in Trechsel/Pieth (Hrsg.), Praxiscommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2012, Art. 27 N 5). Bei unechten Sonderdelikten macht sich der Teilnehmer der Anstiftung oder Gehilfenschaft zur qualifizierten Straftat schuldig; dies gilt auch bei Vermögensverwaltern (Trechsel/Jean-Richard, a.a.O., Art. 26 N 2 und N 4). Im Grundsatz ist zwar anerkannt, dass bei Sonderdelikten auch ein Amtsträger (d.h. jemand, welchem die entsprechenden Sonderpflichten ebenfalls zuzurechnen sind) als Extraneus an der Tat mitwirken kann (BGE 135 IV 198 E. 3.4.2 m.w.H. zur Literatur). Offen ist nach der Rechtsprechung jedoch, ob eine überschüssende Stellung des Extraneus punkto Sonderpflichten, vorliegend mit Bezug auf die Stellung als operationell selbstständiger Geschäftsführer zur Verwaltung des Kundenvermögens, eine Strafbarkeit des Angestifteten zu begründen vermöge. Richtigerweise ist dies abzulehnen, weil der unselbstständige, mithin unter arbeitsvertraglicher Weisungspflicht stehende Vermögensverwalter als Haupttäter nicht infrage kommt. Eine tatbestandsmässige und rechtswidrige Haupttat des Arbeitnehmers liegt nicht vor. Vielmehr ist der Weisungsberechtigte, der sich bei der Ausübung der Vermögensverwaltung untergeordneter Hilfspersonen bedient, als Haupttäter ins Recht zu fassen. Rechtslogisch bzw. wertungsmässig kann dem im arbeitsvertraglichen Verhältnis Untergeordnete – solange er selber nicht aktiv Hilfe leistet – sodann auch keine Gehilfenschaft vorgeworfen werden, weil sich die Frage der Zumutbarkeit der aktiven Verhinderung der Tatbegehung durch den übergeordneten Geschäftsführer stellt (Gehilfenschaft durch Unterlassen; vgl. Forster, a.a.O., Art. 25 N 50). Eine vertragliche Garantienstellung für das Vermögen "seiner" Kunden hatte der Beklagte nicht (vgl. vorstehend). Die Geschäftsführung der Klägerin hat sich durch die Lancierung des

Anreizsystems "..." [Wettbewerb] auch nicht der versuchten Anstiftung zur Beihilfe zu Art. 158 Ziff. 1 StGB strafbar gemacht, zumal in einem solchen Fall Idealkonkurrenz zur Haupttat bestünde (vgl. BGE 85 IV E. 4).

- 39 - Eine Strafbarkeit der Geschäftsleitung der Klägerin zufolge der Lancierung des Wettbewerbs "..." [Wettbewerb] kann aus den relevanten Parteivorbringen nicht abgeleitet werden bzw. ist nicht rechtsgenügend substantiiert (vgl. act. 27 Rz. 113iii und act. 36 Rz. 345 ff.). Namentlich hat der Beklagte keine über blosser Anreizsysteme hinausgehende konkrete arbeitsvertragliche Weisungen (Art. 321d OR) der Klägerin zum Betrieb von "Churning" bzw. "Overtrading" dargetan. Aus einer allfälligen Strafbarkeit (einzig) der Geschäftsleitung der Klägerin könnte der Beklagte, analog zu den Ausführungen zur Verletzung des FINMA-Rundschreibens 2009/1, nichts zu seinen Gunsten ableiten. f. Auf eine Gefahr, ohne die fristlose Kündigung vom 25. August 2016 in eine Strafverfolgung und/oder aufsichtsrechtliche Untersuchung verwickelt zu werden, beruft sich der Beklagte zur Rechtfertigung seiner Kündigung nicht. Die Gefahr wäre nach den vorstehenden Ausführungen zur fehlenden Strafbarkeit und der offensichtlich alleinigen Verantwortlichkeit der Geschäftsleitung der Klägerin für die Bedingungen von "..." [Wettbewerb] denn auch als praktisch inexistent einzuschätzen. g. Die Weisungen zum Verkauf bankeigener Produkte ("we have to sell") wurden, wie ausgeführt, J._____ und nicht dem Beklagten erteilt. Eine allgemein gehaltene interne Anweisung zum Verkauf interner Produkte ("we have to sell") verstösst nicht gegen die Empfehlungen der FINMA im Rundschreiben 2009/1. Aufsichts- oder strafrechtliche Bedenken, welche den Beklagten zur fristlosen Kündigung hätten berechtigen können, sind in dieser Hinsicht nicht als begründet anzusehen.

E. 5.1.7

Der Beklagte macht weiter geltend, Mitarbeitende der Klägerin seien im Rahmen von Sitzungen des obersten Managements als "Monkeys" oder "Slaves" bezeichnet worden. Davon ausgehend, dies sei so gewesen, ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte selber vorbringt, diese Sitzungen hätten rein internen Charakter gehabt. Konkrete Angaben macht er dazu nicht (vgl. act. 17 Rz. 13 Rz. 52f. sowie act. 36 Rz. 280 ff. und Rz. 364 ff.). Er beruft sich zur Begründung der fristlosen Kündigung denn auch nicht auf derartige Aussagen des Managements

- 40 - ihm gegenüber, sondern einzig auf weitere Umstände bzw. die Geschäftspolitik im Allgemeinen (vgl. act. 17 Rz. 81 ff.; vgl. die Kündigungsbegründung in act. 5/7). Dies allgemein gehaltene herablassende Äusserung stellt keinen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung dar.

E. 5.1.8

In allgemeiner Form bringt der Beklagte vor, mit dem Verkauf der Klägerin habe sich auch das Betriebsklima bei der Klägerin verschlechtert (vgl. act. 17 Rz. 13; vgl. act. 36 Rz. 280, Rz. 364). Die Klägerin weist die Vorwürfe als Stimmungsmache zurück (vgl. act. 27 Rz. 88 und Rz. 115 ff.). Ein Beweisverfahren ist auch diesbezüglich nicht durchzuführen. Allein ein in allgemeiner Hinsicht schlechtes Arbeitsklima (der Beklagte nennt dazu nur die Bezeichnung der Mitarbeiter als "Slaves" und "Monkeys") vermag eine fristlose Kündigung nicht zu rechtfertigen. Der Verkauf der Klägerin an die ... [Zugehörigkeit zu Staat D. _____] C. _____ Group fand zudem bereits im Jahr 2011 statt. Der Beklagte selbst behauptet eine Änderung der Geschäftspolitik ab diesem Zeitpunkt (vgl. act. 1 Rz. 7 ff.)

und entschied sich dennoch nicht nur für die Beibehaltung des Arbeitsverhältnisses, sondern ging durch die lukrativen Zusätze zum Arbeitsvertrag vom 6. Februar 2012 und 14. August 2013 sogar eine langfristige Bindung zur Klägerin ein. Er macht zwar geltend, er sei dazu gedrängt worden und habe letztlich keine andere Wahl gehabt (act. 17 Rz. 38 und act. 36 Rz. 306f.; bestritten in act. 27 Rz. 101). Die Erhebung von Beweisen hierzu ist jedoch nicht erforderlich, da der Beklagte keine eigentliche Zwangslage schildert und insbesondere nicht behauptet, es sei ihm konkret angedroht worden, er verliere die Arbeitsstelle, wenn er nicht unterschreibe. Die Darstellung des Beklagten steht im übrigen auch in latentem Widerspruch zu den sonstigen Ausführungen und seinem Verhalten. Die in den Vereinbarungen betreffend "Fidelity Award" vom 6. Februar 2012 und vom 14. August 2013 vorgesehenen ansehnlichen in mehreren Tranchen erfolgten Zahlungen hat der Beklagte während Jahren widerspruchslos entgegen genommen, letztmals die Beträge von je Fr. 113'334.– im August 2014 und im August 2015. Der Beklagte ist die längerfristige vertragliche Bindung zur Klägerin damit offenkundig im finanziellen Eigeninteresse eingegangen und stand hinter seiner Entscheidung. Dass er noch im

- 41 - August 2013 eine weitere grosszügig vergütete Bindung einging, zeugt davon, dass das Betriebsklima bei der Klägerin zu diesem Zeitpunkt nicht völlig unzumutbar gewesen sein konnte. Vor dem Hintergrund der für die Betriebstreue ausgerichteten üppigen Zahlungen (Fidelity Award) fällt eine Berücksichtigung eines – auch sich allfällig verschlechternden – Betriebsklimas als Rechtfertigung für die fristlose Kündigung ausser Betracht.

E. 5.1.9

Schliesslich bringt der Beklagte vor, das Arbeitsklima bzw. der für ihn bestehende Loyalitätskonflikt habe schon vor der Kündigung eine erhebliche Belastung dargestellt, welche sich auch gesundheitlich in Form von Schlafstörungen ausgewirkt hätten (act. 17 Rz. 61 f., Rz. 206 f., Rz. 228, Rz. 274, Rz. 281 ff. und Rz. 346; bestritten in act. 1 Rz. 58 f. sowie in act. 27 Rz. 122 ff., Rz. 240 f. und Rz. 278 f.). Ob die unsubstantiiert genannten Schlafstörungen vorlagen, kann indessen offen bleiben, da sie unbestritten nicht zu krankheitsbedingten Abwesenheiten führten (act. 1 Rz. 58, unbestritten in act. 17 Rz. 282). Eine allfällige dadurch entstehende Belastung war also nach aussen nicht erkennbar und ist entsprechend gar nicht ermittelbar. Ein Beweisverfahren erübrigt sich. Der Beklagte behauptet im übrigen gar nicht, wegen Schlafstörungen in längerer ärztlicher Behandlung gewesen zu sein und geht selber davon aus, dass Schlafstörungen nicht zu Arbeitsunfähigkeit führen (act. 17 Rz. 282). Die singuläre ärztliche Konsultation bei Dr. med. AA. _____ (act. 20/21) vermag für sich allein keine erhebliche durch Schlafstörungen verursachte gesundheitliche Belastung zu belegen. Ohnehin macht der Beklagte nicht geltend, dass die fristlose Kündigung vom 25. August 2015 aufgrund einer zu Schlafstörungen führenden Mehrbelastung erfolgt sei, welche zufolge der Kündigungen von G. _____ und H. _____ resultiert habe (vgl. act. 17 Rz. 387 f.). Als Motivation der Kündigung nennt der Beklagte vielmehr den Umstand, dass er bei den zuvor von G. _____ und H. _____ betreuten Kunden hätte "Retention" betreiben müssen, wozu er angesichts des bestehenden Gewissens- bzw. Loyalitätskonflikts weder moralisch bereit noch psychisch in der Lage gewesen sei (act. 17 Rz. 388; vgl. act. 17 Rz. 173, Rz. 221, Rz. 228, Rz. 273 f., Rz. 345 f., Rz. 375 und Rz. 442 sowie act. 36 Rz. 35 ff.).

- 42 - Der vom Beklagten wiederholt genannte, auf die Wahrung der Kundeninteressen bezogene "Loyalitätskonflikt" kann kein rechtserheblicher Grund für die fristlose

Kündigung vom 25. August 2015 sein, zumal er zu den Kunden in keinerlei vertraglicher Beziehung stand (vgl. vorstehend). Aufgrund der gesamten von den Parteien dargelegten Umstände der fristlosen Kündigung vom 25. August 2016 ist eine Situation ausweglosen psychischen Drucks nicht ansatzweise dargetan. Ungewöhnliche Risiken barg der Geschäftsgang der Klägerin für den Beklagten nicht (vgl. die vorstehenden Ausführungen zur Frage potentieller Reputationsschäden, zur Verletzung des UWG und bezüglich "Churning" bzw. "Overtrading"). Der Beklagte arbeitete (und arbeitet weiterhin) als Banker und wurde von der Klägerin stets den Usancen entsprechend entschädigt. Die in diesem Beruf bzw. Business zu verrichtenden Aufgaben und die Geschäftspraktiken waren und sind dem Beklagten hinlänglich bekannt. Dazu gehört die Möglichkeit, dass "Retention"-Aktivitäten im Raum stehen können. Der Beklagte hatte angesichts der ihm als direkte Gegenleistung für die Betriebstreue ausgerichteten namhaften Zahlungen (Fidelity Award) ohnehin eine höhere Frustrationstoleranz aufzubringen, als im Banking allgemein üblich. Es war ihm aber immer noch unbenommen, missliebige Weisungen zur Diskussion zu stellen. Dass er dies getan habe, macht der Beklagte nicht geltend. Er kann sich bei dieser Sachlage nicht darauf berufen, er sei zur Fortführung des Arbeitsverhältnisses weder moralisch bereit noch psychisch in der Lage gewesen. Zur Rechtfertigung der fristlosen Kündigung fallen solche Vorbringen ausser Betracht. Der Beklagte räumt letztlich sogar ein, dass das Betreiben von "Retention" für ihn nicht (nur) wegen des Verstosses der Klägerin gegen das UWG und der (behaupteten) Anweisungen zu "Churning" bzw. "Overtrading" nicht denkbar gewesen sei. "Retentions"-Aktivitäten, so der Beklagte, seien für ihn auch vor dem Hintergrund bzw. mit dem Wissen darum, dass er die Klägerin bald verlassen werde, nicht mehr denkbar gewesen (vgl. act. 17 Rz. 292). Der Beklagte entschied sich nach diesen Ausführungen bewusst zum Weggang und dafür, nicht der Klägerin, sondern den ("seinen") Kunden gegenüber loyal zu sein. Der Entscheid zur fristlosen Kündigung vom 25. August 2015 war mithin ein geschäftlicher Entscheid. Insofern verdient ein solcher nach der Regel von Art. 337 OR in keiner Weise Schutz.

- 43 -

E. 5.2

Androhung der fristlosen Kündigung

E. 5.2.1

Wie vorstehend ausgeführt, bedarf eine fristlose Kündigung – auch diejenige des Arbeitnehmers – unter Umständen einer vorgängigen Verwarnung mit zumindest sinngemässer Androhung der fristlosen Kündigung (vgl. Streiff/von Kanel/Rudolph, Art. 337 Art. 337 N 9 und N 13). Der Beklagte bringt nicht vor, dass er die Klägerin auf den Loyalitätskonflikt in Sachen "Churning" und "Overtrading" bzw. einen drohenden Reputationsschaden oder die Verfehlungen des Managements (Bezeichnung als "Monkeys" bzw. "Slaves") hingewiesen habe. Wie ausgeführt, ist der vorgebrachte Sachverhalt zu diesen Themen nicht beweistauglich ermittelbar. Aber auch wenn man von diesem Sachverhalt ausginge, könnte er eine fristlose Kündigung nur rechtfertigen, wenn der Beklagte die Klägerin in diesem Zusammenhang abgemahnt und seine Kündigung angedroht hätte. Dasselbe gilt für den Umstand einer psychischen Problematik bzw. von Schlafstörungen. Der Beklagte bringt einzig vor, er habe anlässlich eines Gesprächs von Ende April 2015 mit L. _____ dagegen protestiert, wie die neuen Allgemeinen Geschäftsbedingungen eingeführt werden sollten, insbesondere was die Orientierung der Kunden über den Inhalt

der neuen Gebührentabelle angehe (vgl. act. 17 Rz. 202f.). Dass der Beklagte die Klägerin im Hinblick auf ihre Pflichten als Arbeitgeberin abgemahnt und seine fristlose Kündigung angedroht hätte, ergibt sich aus seinen Vorbringen nicht. Beweiserhebungen zum weiteren Inhalt des Gesprächs von Ende April 2015 ("schwarz" sei nicht immer "schwarz", es gebe auch "hell-schwarz" und "dunkelschwarz") sind demgemäss entbehrlich (vgl. act. 17 Rz. 203 ff. sowie act. 36 Rz. 712; act. 1 Rz. 54 sowie act. 27 Rz. 239). Auch wenn man den behaupteten Gesprächsinhalt als wahr unterstellen würde, durfte der Beklagte noch nicht davon ausgehen, dass jegliche Abmahnung bzw. Anmahnung von Arbeitgeberpflichten unnütz sein würde.

E. 5.2.2

Aus dem Entscheid des BGer v. 19. August 2010, 8C_211/2010, ergibt sich nichts Anderes. Ein Normverstoss bzw. die Duldung rechtswidriger Handlungen durch die Arbeitgeberin rechtfertigt den Arbeitnehmer nicht ohne Weiteres zur

- 44 - fristlosen Kündigung. Namentlich sind zunächst weitere geeignete bzw. weniger weitgehende Massnahmen zu ergreifen, welche dem Arbeitnehmer zur Verfügung stehen, wie etwa – auf das öffentliche Recht bezogen – eine Aufsichtsbeschwerde oder das Anrufen des Ombudsmannes (vgl. BGer v. 19. August 2010, 8C_211/2010, E. 2.2.3). Auf solche Massnahmen kann nur verzichtet werden, wenn von Vornherein feststeht, dass sich diese als untauglich erweisen. Allerdings darf daraus formal kein zusätzliches Erfordernis für die fristlose Kündigung eines Arbeitnehmers abgeleitet werden. Ist die Unzumutbarkeit der Fortführung des Arbeitsverhältnisses erstellt, hat dies zu genügen (vgl. BGer v. 19. August 2010, 8C_211/2010, E. 2.2.3). Die Erwägungen des Bundesgerichts im zitierten Entscheid können zwar nicht vorbehaltlos auf das Privatrecht übertragen werden. Es ging um die Erteilung ausländischer Arbeitsbewilligungen bzw. entsprechender Ausnahmebewilligungen (vgl. BGer v. 19. August 2010, 8C_211/2010, E. 2.2.1). Einer Behörde steht, was die Bewilligungspraxis angeht, durchaus ein weiterer Spielraum zu, sodass eine Auseinandersetzung zwischen Arbeitnehmer und einem Vorgesetzten hinsichtlich der Rechtslage nicht bereits zwingend eine objektive Widerrechtlichkeit der Handlungen des Letzteren vermuten lässt. Dennoch lassen sich aus dem zitierten Entscheid Schlüsse für das vorliegende Verfahren ziehen. Einen virulenten Konflikt zur Frage des "Churning" bzw. "Overtrading" hat der Beklagte nicht behauptet. Namentlich hat er nicht dargetan, es habe sich um konkrete Anweisungen mit Bezug auf einzelne Kundenportfolios gehandelt, denen er nicht hätte Folge leisten müssen und zufolge derer er zur umgehenden Erklärung der fristlosen Kündigung berechtigt gewesen wäre. Insofern genügt seine nachträgliche Rüge im Begründungsschreiben zur fristlosen Kündigung vom 25. August 2015 nicht.

E. 5.3

Rechtzeitigkeit der fristlosen Kündigung Weil nach der gesamten Sachdarstellung keine wichtigen Gründe für die Kündigung des Beklagten vom 25. August 2015 vorliegen und es sodann an einer Ab-

- 45 - mahnung fehlt, ist eine Prüfung von deren Rechtzeitigkeit in der Sache nicht möglich und auch entbehrlich.

E. 5.4

Fazit zur Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung Im Ergebnis ist festzuhalten, dass kein zureichender Grund für die fristlose Kündigung des Beklagten vorliegt.

E. 6

Beurteilung der Rückzahlungsforderung

E. 6.1

Für die fristlose Kündigung vom 25. August 2015 bestand kein wichtiger Grund. Der Beklagte ist auf seiner Disposition zu behaften. Er hat sich zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses entschieden und kann sich folglich nicht auf den Bestand weiterer Lohn- oder Ersatzansprüche berufen. Die Klägerin schuldet keinen Ersatz gemäss 337b OR für die Lohnzahlung ab dem 25. August 2015.

E. 6.2

Die Zahlung des Bruttomonatslohns für August 2015 erfolgte offenkundig in Unkenntnis der zum Zeitpunkt der Zahlung erst bevorstehenden fristlosen Kündigung durch den Beklagten. Der Beklagte bestreitet den Bestand einer Rückzahlungspflicht einzig mit der Begründung einer gerechtfertigten fristlosen Kündigung gestützt auf Art. 337b OR (vgl. act. 17 Rz. 99 ff.). Gestützt auf Art. 62 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 62 Abs. 2 OR kann die Klägerin die geleistete Zahlung von Fr. 5'186.75 brutto im Grundsatz zurückfordern.

E. 6.3

Das Kündigungsdatum per 25. August 2015 ist unbestritten (vgl. act. 17 Rz. 392). Dass die Klägerin dem Beklagten mit Schreiben vom 10. September 2015 eine Kündigung per 26. September 2015 bestätigte, ist unerheblich (vgl. act. 20/23). Das Schreiben des Beklagten datiert wohl vom 26. August 2016, nimmt aber einen Bezug auf eine Besprechung mit K. _____ am Vortag (vgl. act. 5/7).

E. 6.4

Der weitere Einwand des Beklagten, der zurück zu bezahlende Betrag sei nach Arbeits- und nicht nach Wochentagen zu berechnen, ist nicht zu hören (vgl. act. 17 Rz. 102 und Rz. 395). Gemäss den zutreffenden Ausführungen der Klägerin ergäbe eine Berechnung nach Arbeitstagen zudem eine Abweichung zu

- 46 - Ungunsten des Beklagten (vgl. act. 27 Rz. 151). Die konkrete Berechnung des Rückzahlungsanspruchs von Fr. 5'186.85 brutto auf Basis eines Bruttolohns von Fr. 22'970.- (Fr. 22'500.- zzgl. Essensgeld von Fr. 220.- zzgl. Familienzulage von Fr. 250.-) zieht der Beklagte nicht weiter in Zweifel (vgl. act. 17 Rz. 99 ff.). Zu den Abzügen nehmen die Parteien keine Stellung (vgl. act. 1 Rz. 165f.; vgl. act. 17 Rz. 99 ff. und Rz. 392 ff.). Dass der Lohn dem Beklagten unter Abzügen ausbezahlt wurde, ist im vorliegenden Fall notorisch. Aus der Lohnabrechnung des Beklagten für August 2015 ergeben sich Lohnabzüge von total 6.62% [AHV/ALV/IV/EO; Nichtberücksichtigung der ALV-Zusatzbeiträge] (vgl. act. 5/80). Der Beklagte schuldet mithin die Rückzahlung von Fr. 4'843.40 netto. Den Zinsenlauf bestreitet der Beklagte nicht (vgl. act. 17 Rz. 392 ff.).

E. 7

Fazit zur Lohnrückzahlung In Gutheissung von Ziff. 1 lit. a des Rechtsbegehrens ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 4'843.40 netto [Fr. 5'186.85 brutto abzgl. Sozialversicherungsbeiträge von total 6.62%] zuzüglich 5% Zins seit dem 25. August 2015 zu bezahlen. In diesem Umfang ist der Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. ... des Regionalen Betreibungsamts [Ort] (Zahlungsbefehl vom 21. September 2015; act. 5/78) aufzuheben. b. Rückerstattung Fidelity Award 1. Parteivorbringen

E. 11

Juni 2008 (act. 20/5). Die einzelnen gestaffelten Auszahlungen setzen nach der Vereinbarung voraus, dass der Arbeitnehmer per 31. Dezember der betreffenden Jahre bei der Klägerin angestellt ist bzw. in ungekündigter Stellung steht (Ziffer 4b der Vereinbarung vom 19. Juli 2007). Für den Fall einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch ordentliche Kündigung der Arbeitgeberin und ohne begründeten Anlass durch die Arbeitgeberin sehen die Vereinbarungen einen Bonusanspruch pro rata bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor. Bei Freistellung des Arbeitnehmers besteht der Anspruch pro rata bis zum Freistellungsdatum. Zur Auszahlung gelangt der errechnete pro rata-Anspruch zuzüglich aller Bonusanteile, deren Auszahlung bzw. Zuteilung gemäss Vereinbarung erst für einen späteren Zeitpunkt geplant war (Ziffern 5c beider Vereinbarungen). Für den Fall einer anderen Vertragsauflösung, insbesondere bei vom Arbeitnehmer zu vertretender begründeter Kündigung der Klägerin, bei Kündigung durch den Arbeitnehmer, bei fristloser Kündigung einer Partei oder bei Abschluss eines Aufhebungsvertrags besteht nach der vertraglichen Regelung kein Bonusanspruch, und zwar weder für die bereits abgeschlossene (aber zum Zeitpunkt der Kündigung noch nicht ausbezahlte) noch für die laufende Bonusperiode (Ziffern 5d beider Vereinbarungen).

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