

# ZH\_OBERGERICHT LA210014-O/U02 vom 4. Oktober 2022

ZH Obergericht, 2022-10-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LA210014-O\\_U02](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA210014-O_U02)

FR: ZH\_OBERGERICHT LA210014-O/U02 du 4 octobre 2022

IT: ZH\_OBERGERICHT LA210014-O/U02 del 4 ottobre 2022

## Erwägungen

### E. 1

Bei der Beklagten (Berufungsbeklagte) handelt es sich um einen Ver- ein mit Sitz in Zürich, welcher gemäss Handelsregistereintrag verschiedene im Zusammenhang mit ... verfolgt.

Am 26. Februar 2016 wurde C.\_\_\_\_\_ als Nach- folger von D.\_\_\_\_\_ zum Präsidenten der Beklagten gewählt. Der Kläger (Berufungskläger) hatte per 3. Februar 2003 seine Tätigkeit als Arbeitnehmer der Beklagten aufgenommen, zunächst als stellvertretender Fi- nanzdirektor und Mitglied der Geschäftsleitung. Per 1. Januar 2004 wurde er zum Direktor Finanzen & Controlling ernannt (Urk. 1 Rz 15). Nach dem Weggang des Generalsekretärs E.\_\_\_\_\_ am 17. September 2015 übernahm der Kläger dessen Amt ad interim. Fortan war er als Finanzchef (Director Finance & Administration) und geschäftsführender Generalsekretär (Acting Secretary General) bei der Be- klagten tätig. Am 23. Mai 2016 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos (Urk. 1 Rz 9; Urk. 67 Rz 19; Urk. 5/40). Der Kläger hält die fristlose Kündigung für ungerechtfertigt und missbräuchlich. Bis zum Zeitpunkt der Kündigung existierten mit Bezug auf das Arbeitsver- hältnis des Klägers folgende Arbeitsverträge und Zusatzvereinbarungen:

- 6 - - Arbeitsvertrag vom 16. Januar 2003 (Urk. 5/4) Darin war ein monatlicher Bruttolohn von Fr. ... (plus 13. Monatsgehalt) sowie ein garantierter Bruttojahresbonus von Fr. ... vereinbart, welcher je nach Qualifikation mit dem Faktor 1-4 multipliziert werden konnte. Die Kündigungsfrist betrug für beide Parteien drei Monate. Der Vertrag wur- de auf Seiten der Beklagten von F.\_\_\_\_\_ (damaliger Generalsekretär) und G.\_\_\_\_\_ (damaliger Direktor HR & Services) unterzeichnet. - Arbeitsvertrag vom 2. Juli 2007 (Urk. 5/5) Per 1. Juli 2007 wurde der ursprüngliche Vertrag (Urk. 5/4) ersetzt und der Kläger zum Executive Director und zum Stellvertretenden General- sekretär befördert. Der neue Arbeitsvertrag war bis zum 31. Dezember 2011 befristet und sah im Wesentlichen einen monatlichen Bruttolohn von Fr. ... (plus 13. Monatsgehalt), monatliche Repräsentationsspesen von Fr. ... sowie einen garantierten Bruttojahresbonus von Fr. ... vor, welcher je nach Qualifikation mit dem Faktor 1-4 multipliziert werden konnte. Unterschrieben wurde der Vertrag für die Beklagte vom damali- gen Präsidenten D.\_\_\_\_\_ und vom damaligen Generalsekretär E.\_\_\_\_\_. - Zusatzvereinbarung vom 12. November 2008 (Urk. 5/6) Mit dieser "Zusatzvereinbarung I" wurde das Arbeitsverhältnis bis zum 31. Dezember 2015 verlängert, das Bruttomonatsgehalt des Klägers ab dem 1. Januar 2012 auf Fr. ... (plus 13. Monatsgehalt) erhöht und der garantierte Bruttojahresbonus auf Fr. ... festgesetzt, wobei dieser je nach Qualifikation mit dem Faktor 1-4 multipliziert werden konnte. Die Unter- zeichnung der Zusatzvereinbarung erfolgte seitens der Beklagten durch den damaligen Präsidenten D.\_\_\_\_\_ und den damaligen Generalsekre- tär E.\_\_\_\_\_. - Zusatzvereinbarung vom 1. Dezember 2010 (Urk. 5/7) In der "Zusatzvereinbarung II" wurde dem Kläger "[a]ufgrund des he- rausragenden organisatorischen und finanziellen Erfolgs" der H.\_\_\_\_\_ (H'.\_\_\_\_\_)

2010 in I.\_\_\_\_\_ und des "besonderen Beitrags" des Klägers zu diesem Erfolg ein H'\_\_\_\_\_ -bonus von Fr. ... (Bruttobonus) zugesprochen, auszahlbar in jährlichen Raten von Fr. ... während vier Jahren (2010-2013). Unterzeichnet wurde die Vereinbarung beklagterseits vom damaligen Präsidenten D.\_\_\_\_\_ und vom damaligen Generalsekretär E.\_\_\_\_\_. Diese Vereinbarung existiert in einer zweiten (undatierten) Version, die keinen Bezug auf die H'\_\_\_\_\_ 2010 in I.\_\_\_\_\_ nimmt (Urk. 85/123 ["Aufgrund der herausragenden Leistungen erhält der Mitarbeiter..."]).

- 7 - - Zusatzvereinbarung vom 30. April 2011 (Urk. 5/8) Mit der "Zusatzvereinbarung III" wurde das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger bis zum 31. Dezember 2019 verlängert (Ziff. 1), dessen Bruttomonatsgehalt ab dem 1. Januar 2016 auf Fr. ... (plus 13. Monatsgehalt) erhöht und der garantierte Bruttojahresbonus auf Fr. ... festgesetzt, wobei dieser je nach Qualifikation mit dem Faktor 1-4 multipliziert werden konnte (Ziff. 2). Zudem sah die Vereinbarung Bestimmungen zur Bemessung der Abgangsentschädigung des Klägers im Fall einer gerechtfertigten vorzeitigen Kündigung und im Falle der Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigen Gründen vor (Ziff. 3-5). Vereinbart wurde die Bezahlung aller Löhne bis Ende 2019. Weiter enthielt die Vereinbarung eine Schadloserklärung zugunsten des Klägers für Kosten, die diesem durch einen allfälligen Einbezug in zivilrechtliche oder strafrechtliche Verfahren im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit bei der Beklagten entstehen und für die im Rahmen der anwendbaren Versicherungen keine Versicherungsdeckung besteht (Ziff. 6). Unterzeichnet wurde die Zusatzvereinbarung auf Seiten der Beklagten vom damaligen Präsidenten D.\_\_\_\_\_, von J.\_\_\_\_\_ als damaligem Vorsitzenden der Finanzkommission sowie vom damaligen Generalsekretär E.\_\_\_\_\_. Zu dieser Vereinbarung existiert eine zweite, undatierte Version ("Version Simple"; Urk. 69/29), die namens der Beklagten von D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ unterzeichnet wurde. Diese Version enthält weder Bestimmungen betreffend an den Kläger zu leistende Abgangsentschädigungen im Falle vorzeitiger Vertragsbeendigung noch eine Schadloserklärung. - Zusatzvereinbarung vom 19. Oktober 2011 (Urk. 5/9) In dieser "Zusatzvereinbarung IV" wurde dem Kläger für den Fall einer erfolgreichen Durchführung der H'\_\_\_\_\_ 2014 in K.\_\_\_\_\_ (einschliesslich ...-Pokal 2013) ein zusätzlicher (Brutto-)Bonus von insgesamt Fr. ... (35% davon auf den ...-Pokal und 65% auf die H'\_\_\_\_\_ entfallend) zugesichert. Höhe und Auszahlung des Bonus waren an das Erreichen verschiedener Kriterien (Durchführung der Turniere, Erfüllung der Pflichten gegenüber TV-Partnern und Sponsoren, Einhaltung des Budgets etc.) geknüpft. Unterzeichnet wurde diese Zusatzvereinbarung auf Seiten der Beklagten vom damaligen Präsidenten D.\_\_\_\_\_, von J.\_\_\_\_\_ als damaligem Vorsitzenden der Finanzkommission sowie vom damaligen Generalsekretär E.\_\_\_\_\_. - Zusatzvereinbarung vom 10. Juni 2014 (Urk. 5/10) Mit der "Zusatzvereinbarung V" wurde dem Kläger für den Fall einer erfolgreichen Durchführung der H'\_\_\_\_\_ 2018 in L.\_\_\_\_\_ (einschliesslich ...-Pokal 2017) ein zusätzlicher Bonus von Fr. ... (35% davon auf den

- 8 - ...-Pokal und 65% auf die H'\_\_\_\_\_ entfallend) versprochen. Der Wortlaut der Zusatzvereinbarung und die Kriterien für die Erlangung dieses Bonus decken sich mit der Zusatzvereinbarung IV. Für die Beklagte wurde die Vereinbarung vom damaligen Präsidenten D.\_\_\_\_\_, von J.\_\_\_\_\_ als damaligem Vorsitzenden der Finanzkommission sowie vom damaligen Generalsekretär E.\_\_\_\_\_ unterzeichnet und vom inzwischen geschaffenen B'\_\_\_\_\_ Compensation Sub-Committee, dem Vergütungsausschuss, an dessen Sitzung vom 8. Juni 2014 genehmigt (Urk. 5/11 Ziff. 4). - Zusatzvereinbarung vom

31. Mai 2015 (Urk. 5/12) Mit der "Zusatzvereinbarung VI" wurde das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger bis zum 31. Dezember 2023 verlängert, unter unveränderter Weitergeltung der übrigen Vertragsbestimmungen. Diese Zusatzvereinbarung wurde, nachdem sie vom Vergütungsausschuss in der Sitzung vom 30. Mai 2015 genehmigt worden war (Urk. 5/13 Ziff. 4), auf Seiten der Beklagten vom damaligen Präsidenten D.\_\_\_\_\_ und vom damaligen Generalsekretär E.\_\_\_\_\_ unterzeichnet und von M.\_\_\_\_\_, dem Vorsitzenden der Vergütungskommission, visiert.

### **E. 1.1**

Der Kläger hatte im vorliegend relevanten Kontext vor Vorinstanz zusammengefasst geltend gemacht, er sei als Unterstützer, Träger und Leader der jüngsten B'.\_\_\_\_\_ -Reformen in den Fokus des neu gewählten B'.\_\_\_\_\_ -Präsidenten C.\_\_\_\_\_ geraten. Letzterer strebe seit seiner Wahl danach, die eingeleiteten Reformen teilweise wieder rückgängig zu machen, um seine eigene Machtposition zu verstärken. Dabei habe er den Kläger als Hindernis betrachtet, welcher in seiner Rolle als Acting Secretary General und Finanzchef auf die Einhaltung der Compliance und auf die Durchsetzung der beschlossenen Reformen gepocht und letzten Endes keinen anderen Weg gesehen habe, als gegen den B'.\_\_\_\_\_ -Präsidenten eine Anzeige bei der Ethik-Kommission einzureichen. Aus diesem Grund sei der Kläger unter vorgeschobenen und unzutreffenden Gründen fristlos und missbräuchlich entlassen worden. Er habe Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis durch Ablauf der vereinbarten Vertragszeit beendet worden wäre. Ausserdem habe er Anspruch auf eine Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR (vgl. Urk. 1 Rz 9 und Rz 172 ff.). Im Zusammenhang mit der Kündigung sei der Kläger sodann Opfer zweier Medienkampagnen geworden, welche die Beklagte angezettelt habe, um ihn öffentlich zu diskreditieren und von den Machenschaften ihres Präsidenten abzulenken. Diese öffentliche Diskreditierung stelle eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 328 OR und Art. 28 ZGB dar, die sich weiterhin störend auswirke. Der Kläger habe einen Anspruch auf Feststellung der widerrechtlichen Persön-

- 16 - lichkeitsverletzung und Beseitigung derselben durch Berichtigung der falschen Vorwürfe (Urk. 1 Rz 11 und Rz 189 ff.).

### **E. 1.2**

Die Beklagte erachtete die von ihr ausgesprochene fristlose Kündigung als gerechtfertigt. Nach ihrer Ansicht besteht daher weder eine Entschädigungspflicht noch schulde sie eine Pönale (Urk. 67 Rz 597 ff.). Auch sei keine Persönlichkeitsverletzung erfolgt. Entsprechend bestehe kein Anspruch auf Feststellung, Berichtigung oder Urteilspublikation (Urk. 67 Rz 720 ff.). Eventualiter hielt die Beklagte die eingeklagten Ansprüche für rechtsmissbräuchlich (Urk. 67 Rz 755 ff.; Urk. 106 Rz 843 ff.). In ihrer Duplik machte sie zudem geltend, die Zusatzvereinbarungen vom 30. April 2011 (Urk. 5/8) und 31. Mai 2015 (Urk. 5/12) seien wegen körperschaftlichen Interessenkonflikts unverbindlich (Urk. 106 Rz 818 ff.).

### **E. 1.3**

Von den fünf Gründen, welche die Beklagte für die fristlose Entlassung des Klägers anführte (vgl. Urk. 67 Rz 63 ff.), hielt die Vorinstanz zwei für ausreichend und rechtzeitig vorgebracht, um eine fristlose Kündigung (je für sich allein) zu rechtfertigen: einerseits die nach ihrer Auffassung treuwidrige Beschaffung der Tonaufnahmen der Sitzung des

B'.\_\_\_\_\_ -Rats vom 10. Mai 2016 durch den Klä- ger (Urk. 180 S. 20 ff. E. V.2.2, insbes. S. 35 ff. E. V.2.2.3) und andererseits die dem Kläger vorgeworfenen Treuebrüche im Zusammenhang mit der Zusatzver- einbarung vom 30. April 2011 (Erstattung der anwaltlichen Beratungskosten als Spesen, Existenz zweier inhaltlich unterschiedlicher Vertragsversionen; Urk. 180 S. 44 ff. E. V.2.3, insbes. S. 56 ff. E. V.2.3.3). Unter diesen Umständen, d.h. bei gerechtfertigter fristloser Entlassung bleibe kein Raum für eine Missbräuchlichkeit der Kündigung (Urk. 180 S. 92 ff. E. VI, insbes. S. 94). Dem Kläger stünden des- halb keine Ansprüche aus der Kündigung (Rechtsbegehren 1) zu. Weiter kam die Vorinstanz zum Schluss, dass im Zusammenhang mit den beiden beanstandeten Medienmitteilungen keine Persönlichkeitsverletzung des Klägers vorliege, wes- halb weder ein Feststellungsanspruch (Rechtsbegehren 3a) noch ein Berichti- gungsanspruch (Rechtsbegehren 3b) gegeben sei (Urk. 180 S. 94 ff. E. VII, ins- bes. S. 97 ff. E. VII.3).

#### **E. 1.4**

Im Berufungsverfahren halten beide Parteien im Wesentlichen an ihren Standpunkten fest (vgl. Urk. 179 Rz 49 ff., Rz 177 ff. und Rz 181 ff.; Urk. 188

- 17 - Rz 73 ff., Rz 203 ff. und Rz 208 ff.). Strittig und – soweit erforderlich – im Folgen- den zu beurteilen ist demnach, ob die von der Beklagten am 23. Mai 2016 ausge- sprochene fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses ungerechtfertigt und/oder missbräuchlich war und welche Rechtsfolgen sie zeitigt und ob die Beklagte die Persönlichkeitsrechte des Klägers widerrechtlich verletzte (vgl. auch Urk. 179 Rz 10 f.; Urk. 188 Rz 7). 2. Fristlose Kündigung (Klagebegehren 1)

#### **E. 2**

Mit Eingabe vom 30. November 2016 und unter Einreichung der Kla- gebewilligung des Friedensrichteramts, Kreise ... und ..., vom 7. November 2016 (Urk. 3) erhob der Kläger beim Arbeitsgericht Zürich (Vorinstanz) Klage (Urk. 1). Damit macht er gegen die Beklagte Ansprüche aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung gemäss Art. 337c Abs. 1 und 3 OR (Rechtsbegehren 1) geltend. Ge- stützt auf die in der Zusatzvereinbarung vom 30. April 2011 enthaltene Schadlos- erklärung (Urk. 5/8 Ziff. 6) verlangt er überdies die Erstattung von bei ihm angefal- lenen Anwaltskosten und die Feststellung, dass die Beklagte ihm auch künftig entstehende (insbesondere Anwalts-)Kosten zu bezahlen habe (Rechtsbegehren 2a und 2b). Schliesslich beantragt er die Feststellung und Beseitigung einer be- haupteten widerrechtlichen Verletzung seiner Persönlichkeit (Rechtsbegehren 3a und 3b). Nachdem der Kläger den ihm auferlegten Kostenvorschuss rechtzeitig ge- leistet hatte (Urk. 6, Urk. 7/1 und Urk. 8), das Verfahren zwischenzeitlich sistiert worden war (vgl. Urk. 21; Urk. 29; Urk. 36; Urk. 50; Urk. 58; Urk. 65), der Schrif- tenwechsel (Urk. 67 [Klageantwort]; Urk. 83 [Replik]; Urk. 106 [Duplik]; Urk. 136

- 9 - [Triplik]; Urk. 151 [Quadruplik]; Urk. 156 [Quintuplik]) einschliesslich verschiede- ner Noveneingaben (Urk. 91; Urk. 96; Urk. 101; Urk. 110; Urk. 123; Urk. 129; Urk. 143; Urk. 169) durchgeführt worden war und am 13. Januar 2021 eine Hauptverhandlung stattgefunden hatte (Prot. I S. 35 ff.; Urk. 167 und Urk. 168), fällte die Vorinstanz am 10. März 2021 ohne Durchführung eines formellen Be- weisverfahrens den eingangs teilweise wiedergegebenen Entscheid (Beschluss und Urteil), mit dem die Klage unter ausgangsgemässer Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen mit Bezug auf das Rechtsbegehren 2 (a und b) im Wesentlichen gutgeheissen und im Übrigen abgewiesen wurde (Urk. 173 = Urk. 180). Für weitere Einzelheiten der vorinstanzlichen

Prozessgeschichte kann auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 180 S. 11 ff. E. II).

## **E. 2.1**

### Rechtliche Grundlagen

#### **E. 2.1.1**

Gemäss Art. 337 OR kann (auch) der Arbeitgeber das (befristete oder unbefristete) Arbeitsverhältnis jederzeit aus wichtigen Gründen fristlos auflösen (Abs. 1). 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 (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet der Richter nach seinem Ermessen (wobei er aber – was hier nicht weiter relevant ist – in keinem Fall die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung als wichtigen Grund anerkennen darf) (Abs. 3). Zu beachten ist, dass auch eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung faktisch und rechtlich beendet. Es gibt mithin keinen Bestandsschutz. Die Sanktionen, welche die zu Unrecht fristlos kündigende Partei treffen, sind rein finanzieller Natur (BGE 117 II 270 E. 3.b S. 271 f.; BGer 4A\_395/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 4.1 m.w.Hinw.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7. Aufl. 2012, Art. 337 N 3, N 24 und Art. 337c N 3; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 337 N 6; CHK-Emmel, OR 337 N 1; KUKO OR-Schwaibold, Art. 337 N 5; Portmann/Wildhaber, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2020, Rz 750).

#### **E. 2.1.2**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 337 OR ist eine fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber wegen Verfehlungen des Arbeitnehmers nur gerechtfertigt, wenn Letztere besonders schwer sind. Dabei stehen in der Praxis Verletzungen der Arbeitspflicht und der Treuepflicht im Vordergrund. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis we-

- 18 - sentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich dazu geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwer, müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein. Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von der Gesamtheit der konkreten Umstände des Einzelfalles ab (BGE 142 III 579 E. 4.2 S. 579 f.; BGer 4A\_7/2018 vom 18. April 2018, E. 4.2.2, je m.w.Hinw.; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 337 N 4; Etter/Stucky, Stämpfli Handkommentar, Arbeitsvertrag, OR 337 N 6; CHK-Emmel, OR 337 N 3). Die Frage ist vom Gericht im Sinne von Art. 4 ZGB nach Recht und Billigkeit zu entscheiden (BGE 127 III 310 E. 3 S. 313; BGer 4C.106/2001 vom 14. Februar 2002, E. 3.a; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 337 OR N 1; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 2 S. 1099). Deshalb kann ein und derselbe Umstand in einem bestimmten Umfeld eine fristlose Kündigung rechtfertigen, in einem anderen dagegen nicht (Vischer, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl. 2005, S. 254; KUKO OR-Schwaibold, Art. 337 N 12; Portmann/Wildhaber, a.a.O., Rz 755). So spielen etwa Verfehlungen finanzieller Natur in den Bereichen Buchhaltung und Finanzen eine grössere Rolle als anderswo (KUKO OR-Schwaibold, Art. 337 N 13). Für die Beurteilung des Einzelfalles ist insbesondere die Art des Arbeitsverhältnisses, die

spezifische Tätigkeit sowie die hierarchische Stellung des Arbeitnehmers in der Organisation des Arbeitgebers und die damit gegebenenfalls verbundene erhöhte Verantwortung und Loyalität von massgeblicher Bedeutung. Das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien und sein konkretes Gewicht für die (Zusammen-)Arbeitsstellen mithin ein zentrales Beurteilungskriterium dar. Hat der Arbeitnehmer eine leitende resp. verantwortungsvolle Stelle, trifft ihn nach gefestigter bundesgerichtlicher Praxis eine erhöhte Treuepflicht (vgl. BGer 8C\_541/2015 vom 19. Januar 2016, E. 6; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321a N 14). Entsprechend ist bei der Gewichtung einer Pflichtverletzung ein strenger(er) Massstab anzulegen und – als Folge davon – die Unzumutbarkeit wegen Zerstörung des Vertrauensverhältnisses eher anzunehmen (vgl. BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 31; BGE 127 III 86 E. 2.c S. 89; BGer 4A\_296/2020 vom 6. August 2020,

- 19 - E. 1.3.1; BGer 4A\_349/2017 vom 23. Januar 2018, E. 4.2; BGer 4A\_685/2011 vom 24. Mai 2012, E. 5.2.2; BGer 4A\_476/2009 vom 2. Dezember 2009, E. 3.1; Vischer, a.a.O., S. 254 m.Hinw. auf BGer 4C.106/2001 vom 14. Februar 2002, E. 3.c; CHK-Emmel, OR 337 N 3; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 8). Besonders bei Kaderpersonen, die aufgrund ihrer verantwortungsvollen Funktion im Betrieb in ausgeprägten Vertrauenspositionen stehen, können schon verhältnismässig geringfügige Pflichtverletzungen, vor allem auch eher mindere Verletzungen der Treuepflicht, einen wichtigen Grund abgeben (Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 337 N 8; Etter/Stucky, a.a.O., OR 337 N 17 m.w.Hinw.; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 337 OR N 2), welcher den Arbeitgeber auch ohne vorgängige Verwarnung zur fristlosen Entlassung berechtigt. Das gilt namentlich bei Angehörigen des oberen und erst recht des Top-Kaders, die eine sehr hohe Vertrauensstellung innehaben, weshalb ein Treuebruch in dieser Position umso schwerer wiegt (vgl. OGer ZH LA110015 vom 30.09.2011, E. III.4). Deshalb ist es bei zwei hierarchisch unterschiedlich gestellten Arbeitnehmern durchaus möglich, dass der eine mit einem bestimmten Verhalten einen wichtigen Grund zur fristlosen Entlassung setzt, der andere mit demselben Verhalten jedoch nicht. Neben der betriebsinternen Stellung des Arbeitnehmers ist auch die verbleibende Zeit bis zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses (durch ordentliche Kündigung oder durch Ablauf der befristeten Vertragsdauer) zu berücksichtigen (BGE 142 III 579 E. 4.2 S. 579 f.). Je kürzer diese Dauer ist, umso wichtiger muss der angeführte Grund sein, um zur fristlosen Entlassung zu berechtigen (BGer 4A\_112/2017 vom 30. August 2017, E. 3.2 m.w.Hinw.; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 337 OR N 2; ZK-Staehelin, Art. 337 OR N 4 m.w.Hinw.), d.h. desto weniger ist der Rückgriff auf die fristlose Entlassung zulässig (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 16; Etter/Stucky, a.a.O., OR 337 N 15). Demgegenüber rechtfertigt sich eine fristlose Entlassung eher, wenn die Parteien einen befristeten Arbeitsvertrag von relativ langer Dauer vereinbart haben und das Vertragsende zeitlich noch weit entfernt ist (vgl. BGer 4C.106/2001 vom 14. Februar 2002, E. 3.c; Brühwiler, a.a.O., Art. 337 N 7.a).

- 20 - So oder anders stellt die fristlose Kündigung nach einhelliger Ansicht ein "Notventil", eine "ultima ratio" dar, deren Zulässigkeit nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen und die nur dann gerechtfertigt ist, wenn sie unter den gegebenen Umständen den "einzigsten Ausweg" darstellt, weil durch den Kündigungsgrund das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien derart zerstört ist, dass ein gedeihliches Zusammenarbeiten nicht mehr zu erwarten ist (vgl. BGE 116 II 142 E. 5.c S. 144; BGE 129 III 380 E. 2.1 S. 382; BGE 130

III 28 E. 4.1 S. 31; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 3; Brühwiler, a.a.O., Art. 337 N 1; CHK-Emmel, OR 337 N 10; ZK-Staehelin, Art. 337 OR N 4; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 337 OR N 2; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 337 N 1; Portmann/Wildhaber, a.a.O., Rz 754; Milani, OFK-OR, OR 337 N 1; KUKO OR-Schwaibold, Art. 337 N 5 und N 12; Vischer, a.a.O., S. 254). Die Schwelle hierfür kann bei einem Kaderangehörigen mit langer Restanstellungsdauer allerdings deutlich tiefer liegen als bei einem "durchschnittlichen" Arbeitnehmer. Die Be- hauptungs- und Beweislast für das Vorliegen eines wichtigen Grundes bzw. für Tatsachen, aus denen die Berechtigung zur fristlosen Kündigung abgeleitet wird, trägt gemäss Art. 8 ZGB die kündigende Partei (BGer 4A\_448/2020 vom 4. No- vember 2020, E. 4.1.1; Etter/Stucky, a.a.O., OR 337 N 92; Portmann/Wildhaber, a.a.O., Rz 774; Brühwiler, a.a.O., Art. 337 N 7.c). Zu beachten ist schliesslich, dass der wichtige Grund ein Recht, keine Pflicht zur fristlosen Kündigung begründet. Es steht der berechtigten Vertragspartei des- halb frei, auf eine fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verzichten und dasselbe trotz Unzumutbarkeit fortzusetzen. Ebenso wenig besteht ein Gleichbe- handlungsanspruch mehrerer fehlbarer Angestellter in Bezug auf das Ausspre- chen einer fristlosen Kündigung (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 8). Der Arbeitgeber darf mithin auch nur einen oder einzelne von ihnen fristlos ent- lassen, insbesondere bei abweichenden individuellen Umständen (s.a. CHK- Emmel, OR 337 N 7).

### **E. 2.1.3**

Ist ein wichtiger Grund gegeben, muss die fristlose Kündigung sofort ausgesprochen werden. Die Kündigung ist mithin umgehend nach sicherer und möglichst vollständiger Kenntnisnahme des massgeblichen Grundes, d.h. desje-

- 21 - nigen Verhaltens zu erklären, welches eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als unzumutbar erscheinen lässt. Andernfalls ist anzunehmen, das Einhalten der ordentlichen Kündigungsfrist oder der festen Vertragsdauer sei für den Kündigen- den subjektiv zumutbar und er verzichte deshalb auf eine fristlose Kündigung, und ist das Recht auf eine sofortige Vertragsauflösung verwirkt. Dabei ist nach den Umständen des konkreten Falles zu entscheiden, innert welcher Frist dem Be- rechtigten billigerweise ein Entschluss darüber zuzumuten ist, ob er von seinem Recht zur fristlosen Aufhebung des Vertrags Gebrauch machen will. Erforderlich ist indessen nicht eine augenblickliche Reaktion, sondern ein unverzügliches Handeln innert angemessener Frist, welche die Zeit für allenfalls erforderliche Ab- klärungen miteinschliesst. In der Regel wird eine Überlegungsfrist von zwei bis drei Arbeitstagen zum Nachdenken und Einholen von Rechtsauskünften als an- gemessen angesehen. Ein Hinauszögern über diese Zeitspanne ist nur zulässig, wenn es mit Rücksicht auf die praktischen Erfordernisse des Alltags- und Wirt- schaftslbens als verständlich und berechtigt erscheint. Eine Verlängerung von einigen Tagen ist etwa dann zulässig, wenn bei einer juristischen Person die Ent- scheidungskompetenz einem mehrköpfigen Gremium zusteht und die Willensbil- dung daher aufwendiger ist oder wenn Arbeitnehmervertreter anzuhören sind (vgl. zum Ganzen BGE 138 I 113 E. 6.3.1-4 S. 116 ff. m.w.Hinw.; Streiff/von Ka- enel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 17; Etter/Stucky, a.a.O., OR 337 N 74 ff.; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 337 N 13; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 337 OR N 16; Brühwiler, a.a.O., Art. 337 N 10). Hat die kündigende Partei noch keine genügend sichere Kenntnis der Umstände, hat sie entsprechende Abklärungen zu treffen. Das muss zwar beförderlich geschehen, doch darf sie sich die notwendige Zeit nehmen, um den Sachverhalt sorgfältig klären zu können. Die zuzugestehende Abklärungsfrist ist zu

unterscheiden von der Überlegungsfrist, die erst beginnen kann, wenn die Fakten und Verantwortlichkeiten aufgrund der Abklärungen geklärt sind (Etter/ Stucky, a.a.O., OR 337 N 71, N 79). Die Behauptungs- und Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Kündigung trägt die kündigende Partei (Streff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 17 S. 1128; BSK OR I- Portmann/Rudolph, Art. 337 N 13; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 337 OR N 16 a.E.).

- 22 -

#### **E. 2.1.4**

Als wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR kommt nur ein Ereignis in Frage, das sich vor der Mitteilung der fristlosen Kündigung zugetragen hat. Tatsachen, die sich erst später verwirklichten, dürfen nicht berücksichtigt werden. Dabei kann ein damals bereits eingetretener Kündigungsgrund auch nachgeschoben werden, selbst wenn er nicht ähnlich oder von gleicher Art ist wie der in der Kündigung genannte. Die Berufung auf einen nachgeschobenen Grund ist indes nur zulässig, wenn der betreffende Umstand der kündigenden Partei im Zeitpunkt der Kündigung weder bekannt war noch bekannt sein konnte. Diesfalls ist zu fragen, ob er derart ist, dass er, wenn die kündigende Partei ihn gekannt hätte, zu einem Vertrauensbruch hätte führen können und damit zur fristlosen Kündigung berechtigt hätte (BGE 142 III 579 E. 4.3 S. 580 f.; BGE 127 III 310 E. 4.a S. 314; Etter/Stucky, a.a.O., OR 337 N 86 m.w.Hinw.). Darf der nachgeschobene Grund berücksichtigt werden, hat das Gericht anhand einer Gesamtbeurteilung des in der Kündigung genannten und des nachgeschobenen Grundes zu entscheiden, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses noch zumutbar ist (BGE 142 III 579 E. 4.3 S. 581; Etter/Stucky, a.a.O., OR 337 N 87; BSK OR I- Portmann/ Rudolph, Art. 337 N 10).

#### **E. 2.2**

Rechtliche Würdigung / Beurteilung der Kündigungsgründe

##### **E. 2.2.1**

Mitberücksichtigung der verbleibenden Vertragsdauer

##### **E. 2.2.1.1**

Die Vorinstanz fasste in ihrem Urteil zunächst die rechtlichen Voraussetzungen einer gerechtfertigten fristlosen Entlassung zusammen (Urk. 180 S. 17 f. E. V.1). Dabei wies sie darauf hin, dass und inwiefern bei der Beurteilung der Begründetheit einer fristlosen Entlassung bei befristeten Arbeitsverhältnissen auch die Restdauer, d.h. die noch verbleibende Vertragsdauer eine Rolle spiele (Urk. 180 S. 17).

##### **E. 2.2.1.2**

Der Kläger beanstandet in diesem Zusammenhang in einer "Vorbemerkung", dass die Vorinstanz mit diesem Hinweis im Sinne eines unzulässigen Umkehrschlusses anzunehmen scheine, bei Arbeitnehmern wie ihm, die über langfristige befristete Arbeitsverträge verfügten, gälten – anders als bei solchen mit nur kurzer Vertragsdauer – die von Lehre und Praxis entwickelten sehr hohen

- 23 - Anforderungen an den wichtigen Grund nicht, seien mit anderen Worten keine hohen Anforderungen an eine fristlose Entlassung zu stellen. Die Vorinstanz habe insbesondere nicht näher ausgeführt, warum genau die angeblichen Pflichtverletzungen des Klägers die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses effektiv unzumutbar gemacht haben sollten (Urk. 179

Rz 51 ff.; vgl. auch a.a.O., Rz 87 f.).

### **E. 2.2.1.3**

Soweit der Kläger der Vorinstanz sinngemäss vorwirft, die Begründungspflicht und damit seinen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO, Art. 6 EMRK) verletzt zu haben (Urk. 179 Rz 52), ist die Rüge unbegründet. Denn die Vorinstanz legte explizit dar, weshalb eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Vertragsdauer für die Beklagte unzumutbar sei. So hielt sie einerseits fest, dass die Tatsache und mehr noch die Art der Beschaffung der Tonaufnahme der Sitzung des B'.\_\_\_\_\_ -Rats vom 10. Mai 2016 durch den Kläger geeignet gewesen sei, das Vertrauensverhältnis zu ihm tiefgreifend zu erschüttern, und es eigentlich völlig unvorstellbar sei, dass seine Vorgesetzten, insbesondere der Präsident, mit dem Kläger noch während mehr als 7 ½ Jahren hätten zusammenarbeiten können, mit einem Kläger, der mit seinem Vorgehen deutlich dokumentiert habe, dass er nichts von den Anordnungen des neuen Präsidenten halte, ganz anders als noch von den Weisungen des früheren Präsidenten (vgl. insbes. Urk. 180 S. 43). Andererseits begründete die Vorinstanz, dass und weshalb das nachträglich entdeckte Verhalten des Klägers im Zusammenhang mit dessen Beratung durch die Anwaltskanzlei N.\_\_\_\_\_, mit den damit verbundenen Spesen und mit den verschiedenen Versionen des Zusatzvertrags vom 30. April 2011 geeignet gewesen sei, das Vertrauensverhältnis zum Kläger nachhaltig zu zerstören, und es der Beklagten deshalb nicht zuzumuten gewesen sei, einen Finanzchef und obersten Personalchef wie den Kläger noch weitere 7 ½ Jahre zu beschäftigen (vgl. insbes. Urk. 180 S. 64). Damit drückte sie implizit auch aus, dass es keine mildereren Mittel als die fristlose Entlassung gegeben habe (vgl. Urk. 179 Rz 88 und Rz 162 f.). Mit diesen Erwägungen wurde dem aus dem Gehörsanspruch fliessenden Anspruch auf Begründung des Entscheids Genüge getan (vgl. dazu BGE 143 III 65 E. 5.2 S. 70 f.; BGE 142 III 433 E. 4.3.2 S. 436; BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88, je m.w.Hinw.; s.a. BK ZPO I-Hurni, Art. 53 N 60 ff.; Göksu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 53 N 27 f.; KUKO ZPO-

- 24 - Oberhammer/Weber, Art. 53 N 9). Der Kläger war denn auch ohne Weiteres in der Lage, den Entscheid diesbezüglich sachgerecht anzufechten. Von der Begründungspflicht zu unterscheiden sind die Motive der Begründung, die indes nicht das rechtliche Gehör, sondern die richtige Rechtsanwendung beschlagen (dazu hinten, E. III.2.2.2 und E. III.2.2.3).

### **E. 2.2.1.4**

Entgegen den Ausführungen des Klägers nahm die Vorinstanz auch nicht im Sinne eines Umkehrschlusses an, bei langer Vertragsdauer seien keine hohen Anforderungen an den wichtigen Grund zu stellen. So hielt sie in ihren Erwägungen ausdrücklich fest, dass eine fristlose Kündigung nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitgebers gerechtfertigt sei. Wenn sie alsdann – in der Sache zutreffend (vgl. vorne, E. III.2.1.2) – darauf hinwies, dass bei der Beurteilung der Begründetheit der fristlosen Entlassung, welche von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängt, (im Sinne eines dieser Umstände) auch die noch verbleibende Restdauer des befristeten Arbeitsverhältnisses eine Rolle spiele, indem der Rückgriff auf die fristlose Entlassung desto weniger zulässig sei, je kürzer die Bindung an das Arbeitsverhältnis (noch) sei (Urk. 180 S. 17), gab sie damit keineswegs zu verstehen, dass bei länger dauernden Arbeitsverhältnissen zur Rechtfertigung einer fristlosen Kündigung keine besonders schwere Verfehlung

erforderlich sei. Sie brachte vielmehr zum Ausdruck, dass die generell strengen Voraussetzungen bei kurzer Restdauer des Vertrags – und nicht, wie der Kläger fälschlicherweise unterstellt, bei kurzer (Gesamt-)Vertragsdauer (Urk. 179 Rz 53 f.) – noch zurückhaltender (als ohnehin schon) zu bejahen seien, da dem Arbeitgeber in diesen Fällen eher zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis bis zur (zeitnahen) ordentlichen Vertragsbeendigung fortzusetzen. Diese Lesart wird durch die von der Vorinstanz zitierte Belegstelle bekräftigt (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 16; vgl. insbes. auch BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 337 OR N 2 a.E.). Die auch inhaltlich unbegründete Kritik des Klägers beruht auf einem unzutreffenden Verständnis der vorinstanzlichen Erwägungen und geht deshalb fehl.

### **E. 2.2.2**

Beschaffung der Tonaufnahmen der vertraulichen Sitzung des B'.\_\_\_\_-Rats vom 10. Mai 2016

- 25 -

#### **E. 2.2.2.1**

Zur Begründung der fristlosen Kündigung warf (und wirft) die Beklagte dem Kläger unter anderem vor, einen gravierenden Treuebruch begangen zu haben, indem er sich weisungswidrig und heimlich – hinter dem Rücken des Präsidenten der Beklagten und des B'.\_\_\_\_-Rats – eine Tonaufnahme der vertraulichen Sitzung des B'.\_\_\_\_-Rats vom 10. Mai 2016 beschafft habe, an der es um die Restrukturierung der Administration, um Änderungen in den Management-Prozessen sowie um die Ernennung des künftigen Generalsekretärs gegangen sei und an welcher er als direkt und daher von einer Ausstandspflicht Betroffener gemäss Weisung des Präsidenten der Beklagten nicht teilnehmen dürfen. Dieses heimliche Handeln, das aus Eigennutz und um gegen den neuen Präsidenten der Beklagten zu intrigieren erfolgt sei, und die schwerwiegende Verletzung der internen Weisung hätten jegliches Vertrauen des Präsidenten und des B'.\_\_\_\_-Rats in den Kläger definitiv zerstört, zumal Letzterer damit zum Ausdruck gebracht habe, dass er dem neuen Präsidenten sogar zugetraut habe, die Tonaufnahme zu vernichten. Die Weiterbeschäftigung des Klägers als Mitglied des Top-Kaders sei der Beklagten angesichts dieses schweren Vertrauensbruchs nicht mehr zumutbar gewesen (Urk. 67 Rz 3, Rz 69 ff., insbes. Rz 87 ff.; Urk. 106 Rz 5 ff., Rz 49 ff.).

#### **E. 2.2.2.2**

Die Vorinstanz stellte, nachdem sie die Vorbringen und Standpunkte der Parteien zusammengefasst hatte (Urk. 180 S. 20 ff. E. V.2.2.1-2), zunächst klar, dass es im vorliegenden Verfahren hauptsächlich darum gehe, ob der Kläger Pflichtverletzungen begangen habe, die seine fristlose Entlassung gerechtfertigt hätten. Zu beurteilen sei deshalb (nur) dessen Verhalten. Hingegen gehe es nicht darum, welche Personen, die zur "alten Riege" der Beklagten gehört hätten, allenfalls welche Pflichten verletzt hätten oder nicht. Weitgehend irrelevant sei ferner, ob sich (auch) die neue Führung der Beklagten Pflichtverletzungen habe zuschulden kommen lassen oder nicht (Urk. 180 S. 35 f.). Zur Sache selbst erwog die Vorinstanz, es sei zulässig gewesen, den Kläger von der Sitzung des B'.\_\_\_\_-Rates vom 10. Mai 2016 auszuschliessen. Zwar sei der Generalsekretär (und damit der Kläger als geschäftsführender Generalsekretär) gemäss Art. 15 Ziff. 6 lit. s des O.\_\_\_\_ [Artikel eines Organisationsreglemen-

- 26 - tes] (O.\_\_\_\_\_, Urk. 85/113) für die Protokollführung bei den Sitzungen des Rats zuständig. Gemäss Art. 9 Ziff. 8 O.\_\_\_\_\_ [Artikel eines Organisationsreglementes] nehme der Generalsekretär von Amtes wegen und als Sitzungssekretär ohne Stimmrecht an den Ratssitzungen teil und erstelle von jeder Sitzung ein Protokoll. Weder in den B'.\_\_\_\_\_ -Statuten (Ausgabe April 2016, Urk. 180/154) noch im O.\_\_\_\_\_ sei indessen ein Hinweis ersichtlich, dass der Rat nicht ausnahmsweise auch unter Ausschluss einzelner Personen, insbesondere unter Ausschluss des Generalsekretärs sollte tagen können. Im Gegenteil sehe Art. 10 Ziff. 4 O.\_\_\_\_\_ [Artikel eines Organisationsreglementes] vor, dass Ratsmitglieder bei möglichen Interessenkonflikten in den Ausstand zu treten hätten. Es sei nicht einzusehen, weshalb der Generalsekretär, der "von Amtes wegen" an den Ratssitzungen teil- nehme, anders als ein Mitglied behandelt werden müsste. Unbestrittenermassen sei es an der Ratssitzung vom 10. Mai 2016 unter anderem um die Restrukturierung der Administration und die Neubesetzung der Position des Generalsekretärs gegangen. Es sei offensichtlich, dass bei solchen Themen Interessenkonflikte bestehen könnten. Auch wenn der geschäftsführende Generalsekretär kein Stimmrecht gehabt hätte, müsse es möglich sein, dass der Rat sich auch einmal ohne Generalsekretär ausspreche. Ob in einer solchen Sitzung auch rechtmässige Beschlüsse zustande kommen könnten, sei eine andere Frage, die hier nicht zu entscheiden sei. Der Präsident, der die Ratssitzungen einberufe und als Ratsvorsitzender leite (Art. 9 Ziff. 2 und Ziff. 4 O.\_\_\_\_\_ [Artikel eines Organisationsreglementes]), sei zuständig und berechtigt gewesen, den Kläger von der Ratssitzung vom 10. Mai 2016 auszuschliessen. Von einem redlichen Arbeitnehmer sei zu erwarten gewesen, dass er sich gegen einen seiner Ansicht nach ungerechtfertigten Ausschluss von einer Sitzung wehren würde, sei es beim Präsidenten, sei es, indem er sich deswegen an die Ethikkommission gewandt hätte. Dorthin habe sich der Kläger zwar gewandt. Den Ausschluss von der Sitzung habe er in seiner Anzeige vom 17. Mai 2016 (Urk. 5/33) aber gar nicht und im "follow up" vom 22. Mai 2016 nur am Rande gerügt (Urk. 138/320 S. 3). Stattdessen habe er sich trotz seines Ausschlusses die Tonaufnahme der Sitzung beschafft. Dies, vor allem aber die Art und Weise der Beschaffung, stelle eine Treuepflichtverletzung dar,

- 27 - die durchaus geeignet gewesen sei, das Vertrauensverhältnis zum Kläger zu zerstören (Urk. 180 S. 36 f.). Befremdlich sei zunächst, so die Vorinstanz weiter, dass der Kläger die Tonaufnahme von P.\_\_\_\_\_ (Techniker) am Pfingstmontag, 16. Mai 2016, also an dessen freiem Tag, beschafft habe. Dabei habe er es nicht nur bei mehreren Telefonanrufen belassen, er habe die Tonaufnahme sogar noch bei diesem zuhause abgeholt. Es sei kein Grund ersichtlich, warum die Tonaufnahme so dringend hätte beschafft werden müssen, noch ein Grund, einen hierarchisch deutlich unter dem Kläger stehenden Mitarbeiter an dessen arbeitsfreiem Tag zu belästigen. Es möge sein, dass der Kläger zum Zweck der Herausgabe der Tonaufnahme keinen eigentlichen Druck auf seinen Untergebenen ausgeübt habe. Dass P.\_\_\_\_\_ aber dennoch einen gewissen Druck empfunden und in einem Dilemma gestanden habe, sei offensichtlich. Anders sei nicht zu erklären, dass er vom Kläger eine Bestätigung für die Herausgabeforderung verlangt habe. P.\_\_\_\_\_ habe also offensichtlich gewusst, dass die Herausgabe problematisch sein könnte. Der Kläger habe dem Wunsch P.\_\_\_\_\_s mit einer E-Mail entsprochen (Urk. 69/38), wobei die darin genannte Begründung offensichtlich grösstenteils vorgeschoben gewesen sei. Es sei nicht ersichtlich, dass das Generalsekretariat unter der Anweisung des Klägers ein Protokoll erstellt habe. Hauptgrund sei offensichtlich gewesen, Stoff für die Anzeige gegen C.\_\_\_\_\_ bei der Ethikkommission zu erlangen. Wenn der Kläger behauptete, aus

Compliance-Gründen und zum Schutz der Beklagten die Tonaufnahme behündigt zu haben, sei das wenig glaubhaft. Es seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich und ersichtlich gewesen, dass kein Protokoll der Sitzung hätte erstellt werden sollen oder gar, dass die Tonaufnahmen gänzlich hätten gelöscht werden sollen. Gegenteils ergebe sich aus der E-Mail von Q.\_\_\_\_\_ vom 10. Mai 2016 (Urk. 69/35) nicht nur in aller Deutlichkeit der Ausschluss von der Sitzung, sondern auch, dass die Sitzung aufgenommen werde und dass die Protokollierung vom Büro des Präsidenten angeordnet werde. Dasselbe ergebe sich auch aus der E-Mail von R.\_\_\_\_\_ (Urk. 85/106), worin gleichentags auch der Kläger darauf hingewiesen worden sei, dass ein Protokoll erstellt werde. Es habe also keinerlei Anlass zu glauben bestanden, es werde kein Protokoll erstellt. Warum Tonaufnahmen hätten erstellt werden sollen, um sie sogleich wieder zu lö-

- 28 - schen, sei nicht einzusehen und erkläre der Kläger nicht. Abgesehen davon bestehe der B'.\_\_\_\_\_ -Rat gemäss den Statuten aus 37 Mitgliedern (Urk. 108/154 Art. 33 Ziff. 1). Es sei unwahrscheinlich, dass bei so vielen Teilnehmenden irgend-etwas Wichtiges gänzlich unter den Tisch gewischt werden könne. Der Kläger selber habe ja ausgeführt, nach der Sitzung von Mitgliedern des Rats über den Inhalt informiert worden zu sein. Und diese Mitglieder (und Teilnehmer an der Sitzung) hätten ja ohne Weiteres bemerkt, wenn das Protokoll wesentliche Punkte verschwiegen hätte. Jedenfalls hätten es die mündlichen Informationen der Mitglieder dem Kläger bereits ermöglicht, sich am 15. Mai 2016 an den damaligen Vorsitzenden der Ethikkommission, Dr. S.\_\_\_\_\_, zu wenden. Auch für die schriftliche Anzeige vom 17. Mai 2016 sei die Beschaffung der Tonaufnahme, auf welche in der Anzeige nicht einmal Bezug genommen werde, nicht nötig gewesen. Im Übrigen vermöge der Kläger den Widerspruch nicht aufzulösen, wie er denn die Richtigkeit eines Protokolls solle bezeugen können, wenn er an der Sitzung gar nicht dabei gewesen sei (Urk. 180 S. 37 ff. m.Hinw. auf Urk. 83 Rz 72 und Rz 74 sowie Urk. 5/33). Die klägerische Argumentation, C.\_\_\_\_\_ habe Angst gehabt, der Kläger würde dessen Verfehlungen bei der Ethikkommission melden, erscheine abwegig, habe C.\_\_\_\_\_ doch offensichtlich schon an der Sitzung vom 10. Mai 2016 gewusst, dass M.\_\_\_\_\_ der Ethikkommission eine entsprechende Notiz des Klägers weitergeleitet habe. Und selbst wenn dies nicht der Fall gewesen sein sollte, habe sich der Kläger ja bereits am 13. Mai 2016 mündlich (auf dem Flughafen) an den Präsidenten der Ethikkommission gewandt. Letztlich sei nach dem Gesagten gar nicht relevant, was C.\_\_\_\_\_ in der Sitzung vom 10. Mai 2016 genau gesagt habe. Dass Letzterer mit der ihm angebotenen Vergütung nicht einverstanden gewesen sei, sei sein gutes Recht gewesen und rechtlich nicht zu beanstanden. Es sei jedenfalls völlig unglaubhaft, dass sich der Kläger aufgrund seiner Funktion als Compliance-Chef verantwortlich gefühlt habe, unter anderem wegen der Unzufriedenheit des Präsidenten mit der vorgesehenen Vergütung tätig zu werden. Das passe nämlich denkbar schlecht zu seinem eigenen Gebaren bezüglich Lohn und Spesen. Zu erinnern sei an die diversen Vertragsverlängerungen mit den zumindest teilweise äusserst fragwürdigen garantierten Abgangsentschädigungen.

- 29 - Zusammen mit den Boni habe der Kläger nota bene mehr verdient als das, was C.\_\_\_\_\_ vom Vergütungsausschuss zunächst bewilligt worden sei. Rechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden sei wohl, dass C.\_\_\_\_\_ sich über die Kritik des Klägers zu seinen Spesenausgaben geärgert habe. Ob C.\_\_\_\_\_ sich bezüglich Spesen etwas habe zuschulden kommen lassen, brauche hier nicht geprüft zu werden. Interessant sei in diesem Zusammenhang jedoch, dass es der Kläger bei sich selber mit den Spesen durchaus nicht

immer so genau genommen habe. Diesbezüglich verwies die Vorinstanz auf die Rechnung für die anwaltliche Beratung von N.\_\_\_\_\_, auf welche zurückzukommen sei. Deshalb erscheine auch äusserst zweifelhaft, dass der Kläger die Tonaufnahmen nur zum Schutz und im Interesse der Beklagten beschafft habe. Viel näher liege die Annahme, der Kläger habe eigennützige Motive gehabt (Urk. 180 S. 41 f. m.Hinw. auf Urk. 83 Rz 66 und Urk. 83 S. 27 ff., S. 29 und S. 30 mit FN 14). Zusammenfassend hielt die Vorinstanz fest, es seien keine objektiven Gründe dafür ersichtlich, dass der Kläger die Tonaufnahmen hätte beschaffen müssen. Gravierender als die Beschaffung an sich erweise sich indessen die Art der Beschaffung. Der Kläger habe gewusst, dass er von der Sitzung vom 10. Mai 2016 ausgeschlossen gewesen sei. Als damals oberster Personalverantwortlicher habe er einen (letztlich ihm unterstellten) Mitarbeiter in ein Dilemma gebracht, indem er ihn ohne Notwendigkeit an dessen arbeitsfreiem Tag dazu gebracht habe, ihm eine Tonaufnahme auszuhändigen. Das erscheine nicht nur als egoistisch. Der Kläger habe damit auch jegliche arbeitgeberische Fürsorgepflicht gegenüber einem ihm unterstellten Mitarbeiter ausser Acht gelassen (Urk. 180 S. 42). Weiter verwarf die Vorinstanz den klägerischen Einwand, die fristlose Entlassung sei zu spät erfolgt. Sie legte dar, weshalb davon auszugehen sei, dass die Beklagte (erst) am 19. Mai 2016 sichere Kenntnis von den relevanten Umständen der pflichtwidrigen Beschaffung der Tonaufnahmen durch den Kläger erlangt habe. Die am Montag, 23. Mai 2016 und mithin zwei Arbeitstage nach der Kenntnis des Vorfalls ausgesprochene fristlose Entlassung sei somit rechtzeitig erfolgt (Urk. 180 S. 42 f.).

- 30 - Im Ergebnis erachtete die Vorinstanz die Beschaffung der Tonaufnahme als durchaus geeignet, das Vertrauensverhältnis zum Kläger tiefgreifend zu erschüttern. Es sei eigentlich völlig unvorstellbar, dass die Vorgesetzten des Klägers, insbesondere der Präsident, mit dem Kläger noch während mehr als 7 ½ Jahren hätten zusammenarbeiten können, mit einem Kläger, der mit seinem Vorgehen deutlich dokumentiert habe, dass er nichts von den Anordnungen des neuen Präsidenten halte, ganz anders als noch von den Weisungen des früheren Präsidenten. Die fristlose Entlassung sei also bereits wegen der Beschaffung der Tonaufnahmen gerechtfertigt gewesen. Daran vermöge entgegen der Ansicht des Klägers (Urk. 136 Rz 58 ff.) auch der Umstand nichts zu ändern, dass T.\_\_\_\_\_ nicht ebenfalls fristlos entlassen worden sei, obwohl auch er sich die Tonaufnahmen beschafft habe (Urk. 180 S. 43 f.). Schliesslich erörterte die Vorinstanz, weshalb die von C.\_\_\_\_\_ und U.\_\_\_\_\_ unterzeichnete Kündigung durch die zuständigen Stellen ausgesprochen bzw. genehmigt worden sei (Urk. 180 S. 44).

### **E. 2.2.2.3**

Der Kläger macht berufsweise geltend, mit der Beschaffung der Tonaufnahmen keine interne Weisung verletzt zu haben. Weder die Beschaffung an sich noch deren Art und Weise stellten einen hinreichenden Grund für eine gerechtfertigte fristlose Entlassung dar. Die Kündigung sei zudem verspätet erfolgt (Urk. 179 Rz 55-100). 2.2.2.3.1. In seinen einleitenden Bemerkungen zu diesem Kündigungsgrund (Urk. 179 Rz 55-59) und der darin geäusserten pauschalen Kritik setzt sich der Kläger nicht rechtsgenügend mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinander. Er zeigt insbesondere nicht auf, welche von der Vorinstanz getroffenen konkreten tatsächlichen Feststellungen oder rechtlichen Schlüsse aufgrund welcher vorinstanzlichen Aktenstellen unrichtig sein sollten (Art. 310 ZPO). Insoweit genügt er seiner Begründungsobliegenheit nicht, weshalb auf diese Vorbringen nicht weiter einzugehen ist (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO und vorne, E. II.3 und E. II.6). 2.2.2.3.2. Weiter wendet der Kläger ein, die Vorinstanz erwähne kein ausdrückliches

Verbot oder keine Weisung, welche es ihm untersagt hätten, auf die

- 31 - Tonaufnahmen zuzugreifen. Es schein vielmehr, als leite die Vorinstanz (in Urk. 180 S. 37) ein implizites Verbot aus dem Sitzungsausschluss her, dessen Zulässigkeit sie damit begründe, dass Art. 10 Ziff. 4 des Organisationsreglements (O.\_\_\_\_, Urk. 85/113) eine Ausstandspflicht bei Interessenkonflikten vorsehe und an der Ratssitzung vom 10. Mai 2016 offensichtlich Interessenkonflikte hätten bestehen können. In Wahrheit seien die – von C.\_\_\_\_ damals gar nie als Aus- schlussgrund behaupteten, sondern erstmals in der Klageantwort vorgeschobe- nen – angeblichen Interessenkonflikte aber nie der Grund für seinen Ausschluss gewesen, sondern vielmehr die in der Berufungsschrift im Einzelnen dargelegten bzw. wiederholten Gründe. Das Organisationsreglement sehe nicht vor, dass aus diesen Motiven vom klaren Wortlaut von Art. 9 Ziff. 8 abgewichen und der Generalsekretär (dessen Aufgaben der Kläger als damaliger Acting Secretary General wahrnahm; vgl. Art. 16 Ziff. 1 O.\_\_\_\_ [Artikel eines Organisationsreglementes]) ausgeschlossen werden dürfe. Der Ausschluss sei demnach regelwidrig und eine angebliche "implizite" Weisung, wonach der Kläger die Tonaufnahmen nicht habe beschaffen dürfen, unbeachtlich gewesen. Damit sei der vorinstanzlichen Be- gründung, die fristlose Kündigung sei zu Recht erfolgt, von Anfang an der Boden entzogen (Urk. 179 Rz 60-62). Die Ausführungen zur Unzulässigkeit des Sitzungsausschlusses gehen im Kern an der vorinstanzlichen Argumentation vorbei. So nahm die Vorinstanz nicht an, der Kläger sei wegen eines effektiv bestehenden Interessenkonflikts von der Sitzung ausgeschlossen worden. Sie führte vielmehr aus, dass ungeachtet von Art. 15 Ziff. 6 lit. s und Art. 9 Ziff. 8 O.\_\_\_\_ [Artikel eines Organisationsreglemen- tes] weder das Organisationsreglement noch die Statuten der Beklagten einen Hinweis enthielten, dass der Rat nicht ausnahmsweise auch unter Ausschluss des Generalsekretärs solle tagen können, zumal Art. 10 Ziff. 4 O.\_\_\_\_ [Artikel eines Organisationsreglementes] vorsehe, dass Ratsmitglieder und – nach vor- instanzlicher Ansicht – auch der Generalsekretär bei möglichen Interessenkonflik- ten in den Ausstand zu treten hätten und es offensichtlich sei, dass bei den trak- tandierten Themen "Restrukturierung der Administration" und "Neubesetzung der Position des Generalsekretärs" Interessenkonflikte bestehen könnten und es trotz fehlenden Stimmrechts des Generalsekretärs möglich sein müsse, dass der Rat

- 32 - sich auch einmal ohne denselben ausspreche (Urk. 180 S. 36). Dass und warum diese Ansicht zu verwerfen sei, wird mit den im Übrigen bloss auf die eigene Sachdarstellung vor Vorinstanz gestützten (vgl. dazu vorne, E. II.3 und E. II.6) Er- örterungen, weshalb beim Kläger in casu kein Interessenkonflikt bestanden habe, nicht dargetan. Insofern setzt sich der Kläger nur unzureichend mit den beanstan- deten Erwägungen auseinander. Soweit er der Vorinstanz zudem vorwirft, über- sehen zu haben, dass die Beklagte selbst eingeräumt habe, dass er sich "mehr- fach und in aller Deutlichkeit" über den Sitzungsausschluss beschwert habe (Urk. 179 Rz 61 Ziff. 5), ist ihm entgegenzuhalten, dass in der betreffenden beklagti- schen Behauptung (Urk. 67 Rz 79) nicht näher substantiiert wurde, bei wem und bei welcher Gelegenheit dies geschehen sei. Insbesondere hat die Beklagte dort nicht behauptet, dass er sich beim Präsidenten oder bei der Ethikkommission be- schwert habe, wie es nach Ansicht der Vorinstanz von einem redlichen Arbeit- nehmer hätte erwartet werden dürfen (vgl. Urk. 180 S. 37). Die vorinstanzliche Auffassung, der Sitzungsausschluss des Klägers sei zulässig gewesen, wird in der Berufung somit nicht argumentativ widerlegt. Ob sie zutrifft, kann letztlich aber ohnehin offenbleiben. 2.2.2.3.3. Ungeachtet der Zulässigkeit des Sitzungsausschlusses, der effek- tiven Notwendigkeit der

Beschaffung der Tonaufnahmen durch den Kläger und dessen Motiven begründet ist nämlich der Einwand, es habe kein ausdrückliches Verbot oder keine Weisung bestanden, welche dem Kläger untersagt hätte, sich die Tonaufnahmen zu beschaffen. Ein solches Verbot resp. eine dahingehende Weisung folgt insbesondere nicht implizit und eo ipso aus dem vom Präsidenten verfügten Sitzungsausschluss, selbst wenn dessen Weisung betreffend Ausschluss der Administration von der Sitzung und dessen Anordnungen betreffend Ausfertigung des Protokolls der Ratssitzung vom 10. Mai 2016 "glasklar" und dem Kläger bekannt gewesen sein mögen (vgl. Urk. 188 Rz 77 und Urk. 69/35). Einerseits war der Kläger als Acting Secretary General, d.h. als geschäftsführender Generalsekretär und damit CEO der Beklagten (vgl. Urk. 67 Rz 30 ff.; Art. 37 Ziff. 1 der B'.\_\_\_\_-Statuten [Urk. 69/26] und Art. 15 Ziff. 1 sowie Art. 16 Ziff. 1 O.\_\_\_\_ [Urk. 85/113]) gemäss Art. 15 Ziff. 6 lit. s O.\_\_\_\_ [Artikel eines Organisationsreglementes] für die Protokollführung der B'.\_\_\_\_-Ratssitzungen "zustän-

- 33 - dig". Es lag nach dieser Vorschrift somit in seiner Verantwortung, die ordnungsgemässe Protokollierung der Ratssitzungen (und damit grundsätzlich auch der Sitzung vom 10. Mai 2016, deren Protokollierung [nach anfänglicher Ungewissheit; vgl. Urk. 69/35 und Urk. 106 Rz 60] im Zeitpunkt der Beschaffung der Tonaufnahmen bereits angeordnet worden war, was er auch wusste; vgl. Urk. 85/106 und Urk. 106 Rz 61) sicherzustellen, und zwar unabhängig davon, welche konkrete Person oder Stelle das Protokoll tatsächlich zu verfassen hatte bzw. verfasste. Sodann hatte der Kläger gemäss Art. 9 Ziff. 8 O.\_\_\_\_ [Artikel eines Organisationsreglementes] – nach der Satzfolge in dieser Ziffer scheinbar selbst bei Verhinderung an der Sitzungsteilnahme – das Protokoll grundsätzlich zu unterzeichnen (vgl. Urk. 1 Rz 64, Rz 138; Urk. 83 Rz 34 ff.). Andererseits war er in dieser Funktion auch mit Compliance-Aufgaben (insbesondere Überwachung) betraut, indem er unter anderem die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und aller massgebenden Bestimmungen und Reglemente der Beklagten durch deren Angestellte zu überprüfen und bei Verstössen geeignete Massnahmen zu ergreifen hatte (Urk. 1 Rz 140; Urk. 83 Rz 75; Art. 15 Ziff. 8 O.\_\_\_\_ [Artikel eines Organisationsreglementes]; vgl. auch Art. 3 Ziff. 1 O.\_\_\_\_ [Artikel eines Organisationsreglementes]), was auch die Beklagte nicht in Abrede stellt (vgl. Urk. 188 Rz 76 S. 27 oben). Zur Erfüllung dieser Aufgaben hatte er, wie die ihm unterstellte Compliance-Stelle (vgl. Art. 17 Ziff. 2-3 O.\_\_\_\_ [Artikel eines Organisationsreglementes]), uneingeschränkten Zugang zu allen Organisationseinheiten der Beklagten und durfte diese ohne Einschränkung überprüfen (Urk. 83 Rz 76 ff.; Art. 17 Ziff. 4 O.\_\_\_\_ [Artikel eines Organisationsreglementes]). Darunter lässt sich – insbesondere mit Blick auf Art. 15 Ziff. 8 lit. e O.\_\_\_\_ [Artikel eines Organisationsreglementes], wonach der Generalsekretär die Audit- und Compliance-Kommission regelmässig oder in Notfällen sofort über die Ergebnisse seiner Compliance-Überwachung und über Fälle informiert, die ihm gemeldet wurden – zwanglos auch die Befugnis subsumieren, sich die Tonaufnahmen einer Ratssitzung zu beschaffen und ihren Inhalt zur Kenntnis zu nehmen. Vor diesem regulatorischen Hintergrund liegt es keineswegs nahe und schon gar nicht auf der Hand, dass dem Kläger allein aufgrund des angeordneten Sitzungsausschlusses und der Mitteilung, das Büro des Präsidenten werde noch

- 34 - darüber entscheiden, ob (überhaupt) ein Sitzungsprotokoll erstellt werde (so Urk. 69/35), neben der physischen Teilnahme an der Sitzung auch die Beschaffung der Tonaufnahmen verwehrt war. Eine dahingehende Weisung kann darin jedenfalls nicht erblickt werden (vgl. Urk. 106 Rz 60; Urk. 188 Rz 45). Dies umso weniger, als zum

Zeitpunkt der Beschaffung (16. Mai 2016) zwar bereits ein Kurz- bzw. Beschlussprotokoll der fraglichen Sitzung an die Mitglieder des Management Board, welchem der Kläger angehörte, versandt und das eigentliche Protokoll für einen späteren Zeitpunkt in Aussicht gestellt worden war (vgl. Urk. 106 Rz 61; Urk. 85/106), offenbar aber noch Unsicherheiten bestanden, ob Letzteres (gestützt auf Art. 9 Ziff. 8 O. \_\_\_\_\_ [Artikel eines Organisationsreglementes] und Art. 15 Ziff. 6 lit. s O. \_\_\_\_\_ [Artikel eines Organisationsreglementes]) vom Generalsekretariat oder aber vom Büro des Präsidenten zu erstellen sei, welche erst am 23. Mai 2016 autoritativ geklärt wurden (vgl. Urk. 1 Rz 66; Urk. 106 Rz 62; Urk. 5/36 und Urk. 85/108 S. 3 f.; ferner auch Urk. 188 Rz 63; insoweit zutreffend Urk. 179 Rz 71 Ziff. 3 f. und Ziff. 8). Die in diesem Zusammenhang im Berufungsverfahren neu vorgetragene Behauptung der Beklagten, für den Kläger habe aufgrund der abgehörten Tonaufnahmen nie ein Zweifel bestanden, dass für die Ausfertigung des Protokolls weisungsgemäss nicht er, sondern das Büro des Präsidenten zuständig sei (Urk. 188 Rz 89 S. 34/35), ist schon deshalb nicht zu hören, weil die Zulässigkeitsvoraussetzungen für dieses Novum weder offenkundig sind noch von der Beklagten dargetan werden (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO und vorne, E. II.4). Sodann war die in der Berufungsantwort (unter Hinweis auf Urk. 106 Rz 78) zitierte Bemerkung des Präsidenten, soweit sie sich überhaupt als Weisung betreffend die (Un-)Zuständigkeit für die Protokollerstellung auffassen lassen sollte, einzig an die Ratsmitglieder und nicht an den sitzungsabwesenden Kläger (als allfälligen Weisungsadressaten) gerichtet. Im Übrigen könnte die Missachtung einer Weisung, von welcher der Kläger (durch Abhören der Tonaufnahmen) erst im Anschluss an die angeblich weisungswidrige Handlung (Behändigung der Tonaufnahmen) Kenntnis erlangte, dem Kläger ohnehin nicht als Pflichtverletzung vorgeworfen werden; insoweit erweist sich der beklagte Einwand als Zirkelschluss. Ohne Relevanz für die Frage, ob sich der Kläger die Tonaufnahmen beschaffen durfte, ist schliesslich, dass er nach erfolgter Behändigung nicht unver-

- 35 - züglich die Erstellung des Protokolls veranlasste (vgl. Urk. 180 S. 38 und Urk. 188 Rz 56, Rz 65, Rz 88, Rz 89 "ad 7." und "ad 8." [und Rz 96 S. 38 unten]). Für ein Verbot der Beschaffung der Tonaufnahmen hätte es deshalb einer klaren Weisung, zusätzlicher Anordnungen oder zumindest eindeutiger und schlüssiger Anhaltspunkte bedurft. Dies umso mehr, als mit der physischen Sitzungsabwesenheit des Klägers dessen allfälliger Ausstandspflicht, wie sie die Beklagte in der Klageantwort (Urk. 67 Rz 85 f.) geltend machte und die Vorinstanz auch für den (stimmrechtslosen) Generalsekretär annehmen will (vgl. Urk. 180 S. 36), weitgehend Rechnung getragen worden wäre und sich nicht erschliesst (und von der Beklagten auch nicht dargetan wird), was eine nachträgliche Vorenthaltung der Tonaufnahmen im Hinblick auf diese Pflicht bzw. auf die damit bezweckte Vermeidung eines Interessenkonflikts bei der Beratung und Entscheidung anlässlich der Sitzung noch hätte bewirken können. Dass und wo (Aktenstelle) eine entsprechende Weisung oder Anordnung vor Vorinstanz substantiiert behauptet oder derartige Umstände vorgetragen wurden, legt die diesbezüglich behauptungs- und beweisbelastete Beklagte in der Berufungsantwort nicht dar. Allein der Umstand, dass die Ratssitzungen gemäss Art. 9 Ziff. 7 O. \_\_\_\_\_ [Artikel eines Organisationsreglementes] (generell) vertraulich sind, stellt jedenfalls keinen solchen Umstand dar, gilt dies doch auch für Sitzungen, an denen der Generalsekretär teilnimmt. Es kann folglich nicht davon ausgegangen werden, dass eine ausdrückliche oder implizite Weisung des Präsidenten (oder ein anderweitiges Verbot) bestand, gemäss welcher es dem Kläger untersagt war, die Tonaufnahmen der B'. \_\_\_\_\_-Ratssitzung vom 10. Mai 2016 zu behändigen. Bei dieser

Sachlage ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz und der Beklagten (Urk. 180 S. 42; Urk. 188 Rz 81, Rz 87, Rz 90) nicht entscheidend, ob objektive Gründe dafür ersichtlich sind, dass der Kläger die Tonaufnahmen hätte beschaffen müssen und eine Dringlichkeit dafür gesprochen habe, sie am Pfingstmontag bei einem Mitarbeiter zuhause abzuholen. Massgeblich ist viel- mehr allein, dass er hierzu kraft Reglement und ohne spezielle Erlaubnis – insbe- sondere des Präsidenten (vgl. Urk. 106 Rz 133; Urk. 188 Rz 76 S. 27 oben) – be- fugt war. Ist seine Berechtigung zur Beschaffung aber zu bejahen, bedurfte es - 36 - hierfür keines besonderen objektiven Anlasses und spielt es letztlich keine ent- scheidrelevante Rolle, aus welchen Gründen er sich die Aufnahmen beschaffte und ob andere, "transparentere" Wege der Beschaffung offengestanden hätten (vgl. Urk. 188 Rz 89 S. 33 "Ad 2.", Rz 96 S. 39, Rz 102). Insbesondere vermag das zwischen den Parteien strittige klägerische Motiv für die Behändigung deren grundsätzliche Zulässigkeit nicht in Frage zu stellen. In sachverhaltlicher Hinsicht kann deshalb offenbleiben, ob der Kläger damit – aus eigennützigen Motiven oder zum Schutz der Beklagten – primär Stoff für eine Anzeige gegen den neuen Prä- sidenten bei der Ethikkommission sammeln oder die ordnungsgemässe Erstellung des Protokolls sicherstellen wollte, wie er in der E-Mail vom 16. Mai 2016 gegen- über P.\_\_\_\_\_ angab (Urk. 67 Rz 91; Urk. 69/38). Mangels Entscheiderheblichkeit musste darüber kein Beweis erhoben werden (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO) und brauchen die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz zu seinem Motiv und die Erwägungen zum Bestand objektiver Gründe resp. zur Notwendigkeit der Be- schaffung nicht auf ihre Rechtmässigkeit überprüft zu werden. Die diesbezügli- chen Rügen des Klägers dringen deshalb nicht durch (Urk. 179 Rz 66-69, Rz 70- 74, Rz 75-83 und Rz 84-86). So oder anders fehlt es mit Bezug auf die als wichti- gen Grund genannte Beschaffung als solche (entgegen der Ansicht der Beklag- ten; vgl. Urk. 188 Rz 76 a.E., Rz 77 und Rz 99 [sowie Rz 93]) an einem wei- sungswidrigen Verhalten des Klägers, der die Tonaufnahmen aufgrund der ein- schlägigen Regularien auch "eigenmächtig" (vgl. Urk. 188 Rz 81 [und Rz 101]) einholen durfte und insoweit keine (ausdrückliche oder implizite) Weisung des neuen Präsidenten "heimlich" und "hinter dessen Rücken umging". Ob Letzterer selbst allenfalls von einem entsprechenden Verbot ausging und das Handeln des Klägers deshalb als pflichtwidrigen heimlichen "Rückenschuss" empfand, ist dabei ebenso belanglos wie die subjektive Befürchtung oder Unterstellung des Klägers, der Präsident könnte die Tonaufnahmen löschen wollen (vgl. Urk. 188 Rz 99, Rz 102), oder dessen angeblich "ungutes Gefühl" hinsichtlich seines Vorgehens (vgl. Urk. 188 Rz 101 m.Hinw. auf Urk. 106 Rz 57). Das beanstandete Vorgehen liess deshalb nicht den Schluss zu, dass der Kläger "nichts von den Anordnungen des neuen Präsidenten hält" (Urk. 180 S. 43; s.a. Urk. 179 Rz 91), und manifes- tierte auch nicht seine "Bereitschaft ..., Weisungen seines Vorgesetzten zu um-

- 37 - gehen" (Urk. 188 Rz 99 [und Rz 102]). Von einem (objektiv) "schlimmen" bzw. "schwerwiegenden Vertrauensbruch" kann unter den gegebenen Umständen kei- ne Rede sein (vgl. Urk. 188 Rz 76 a.E., Rz 81). 2.2.2.3.4. Auch in der Art und Weise, wie sich der Kläger die Tonaufnahmen bei P.\_\_\_\_\_ beschaffte, lässt sich keine schwerwiegende Pflichtverletzung erbli- cken. Zwar mutet es in der Tat etwas befremdlich an, dass der Kläger die Sache – aus welchen Gründen auch immer – für derart dringlich erachtete, dass er den hierarchisch deutlich unter ihm stehenden Mitarbeiter nach mehreren erfolglosen Versuchen auf dem Geschäftshandy an den vorangehenden Tagen (vgl. Urk. 67 Rz 89 f.) an einem arbeitsfreien Tag (Pfingstmontag) zunächst zuhause telefo- nisch kontaktierte, dann

auf dessen Wunsch hin per E-Mail aufforderte, ihm die Tonaufnahmen auszuhändigen und dieselben schliesslich persönlich an der Privatadresse von P.\_\_\_\_\_ abholte. Das mag bei Letzterem eine gewisse Irritation ausgelöst (vgl. Urk. 111/307 S. 12: "It was a quite strange situation") und möglicherweise auch eine – allerdings eher unbedeutende – Störung oder Belästigung P.\_\_\_\_\_s an dessen freiem Tag dargestellt haben. Dass er den Mitarbeiter mit seinem Verhalten darüber hinaus in ein Dilemma gebracht und zumindest faktisch in unzulässiger Weise unter Druck gesetzt habe, ist jedoch keineswegs "unbestreitbar" (vgl. Urk. 188 Rz 96), sondern vielmehr eine reine Mutmassung, die in den vorinstanzlichen Akten keine hinreichende Stütze findet (vgl. gegenteils Urk. 110 Rz 6 ff. m.Hinw. auf Urk. 111/307 S. 11 f., insbes. S. 12: "Did you [P.\_\_\_\_\_] feel that he [der Kläger] was threatening you? If you didn't give him a copy, something would happen ...?" – "No, not really."). Allein die Tatsache, dass P.\_\_\_\_\_ (offenbar wegen der Ungewöhnlichkeit des klägerischen Vorgehens; vgl. Urk. 111/307 S. 10 ff.) vor der Herausgabe um eine schriftliche Anfrage ersuchte, vermag eine relevante Drucksituation jedenfalls nicht hinreichend zu belegen. Dass und wo die (diesbezüglich beweisbelastete) Beklagte zur bestrittenen Behauptung, der Kläger habe P.\_\_\_\_\_ unter massiven Druck gesetzt (Urk. 67 Rz 105 [S. 31]; Urk. 83 Rz 86 und Rz 123), im erstinstanzlichen Verfahren Beweismittel anboten habe, die von der Vorinstanz zu Unrecht nicht abgenommen worden seien, macht sie in der Berufungsantwort nicht geltend. Damit bleibt es beim fehlenden Nachweis dieser Tatsache und braucht(en) die vom Kläger hierfür

- 38 - anbotenen (Gegen-)Beweismittel nicht abgenommen zu werden (vgl. Urk. 179 Rz 84 Ziff. 1 f.). Selbst wenn mit der Vorinstanz davon ausgegangen würde, P.\_\_\_\_\_ sei der Auffassung gewesen, die Herausgabe könnte problematisch sein, und er sei deshalb durch das Ersuchen des CEO (vgl. Urk. 111/307 S. 11) in ein Dilemma geraten, wäre das Verhalten des Klägers, dem die Beklagte zuvor offenbar noch nie eine Missachtung der Fürsorgepflicht vorgeworfen hatte (Gegenteiliges wird jedenfalls nicht dargetan), lediglich als leichte Verfehlung zu betrachten. Daran ändert nichts, dass es sich beim Kläger um den obersten Personalverantwortlichen der Beklagten handelte und dass die klägerische Darstellung, wonach sich die Beanspruchung P.\_\_\_\_\_s für nur "k[na]pp fünf Minuten" als "minimaler Eingriff in ... [dessen] Freizeit" charakterisiert habe (Urk. 179 Rz 84 Ziff. 4), die Bedeutung des gesamten Beschaffungsvorgangs für den Mitarbeiter doch eher herunterspielen dürfte (vgl. Urk. 188 Rz 96 S. 39 oben). Damit hätte der Kläger die gegenüber P.\_\_\_\_\_ bestehende arbeitsvertragliche Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) jedenfalls nicht in einer derart schwerwiegenden Weise verletzt, dass sein Handeln eine weitere Zusammenarbeit für die Beklagte aus objektiver Sicht als unzumutbar hätte erscheinen lassen und eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Verwarnung gerechtfertigt hätte. Die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz (und der Beklagten) beruht auf einer eher konstruiert und wenig realitätsnah anmutenden Überzeichnung der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht und ist deshalb nicht zu teilen.

#### **E. 2.2.2.4**

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass dem Kläger nicht vorgeworfen werden kann, er habe mit der Beschaffung der Tonaufnahmen der B'.\_\_\_\_\_ - Ratssitzung vom 10. Mai 2016, von deren Teilnahme er ausgeschlossen worden war, gegen eine Weisung des neuen Präsidenten der Beklagten verstossen und durch die Art und Weise der Beschaffung die arbeitgeberische Fürsorgepflicht gegenüber P.\_\_\_\_\_ (in kündigungsgesetzlich relevanter Schwere) missachtet. Folglich liegt im Verhalten, das die Beklagte dem Kläger im Zusammenhang

mit den Tonaufnahmen als Kündigungsgrund zum Vorwurf macht, kein pflichtwidriges Handeln des Klägers, welches die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Beklagte nach Treu und Glauben als nicht mehr zumutbar erscheinen liess; ins-

- 39 - besondere liess sich daraus nicht schliessen, dass der Kläger "nichts von den Anordnungen des neuen Präsidenten ... [hielt], ganz anders als noch von den Weisungen des früheren Präsidenten" (vgl. Urk. 180 S. 43). Es stellt deshalb keinen wichtigen Grund für eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 337 OR dar. Mit ihrer gegenteiligen Auffassung hat die Vorinstanz Art. 337 OR unrichtig angewandt. Insofern ist die Berufung begründet. Damit kann offenbleiben, ob die Vorinstanz zu Recht (implizit) davon ausging, aufgrund dieser (vermeintlichen) Pflichtverletzung sei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger für die Beklagte unzumutbar erschienen (was der Kläger berufungsweise in Abrede stellt; Urk. 179 Rz 87 f.; vgl. auch vorne, E. III.2.2.1.3). Ebenso wenig muss entschieden werden, ob es dem Kläger im vorliegenden Kontext die- ne, dass die Beklagte T.\_\_\_\_\_, der sich die Tonaufnahmen ebenfalls bei P.\_\_\_\_\_ beschafft hatte, nicht sanktionierte (vgl. Urk. 179 Rz 89; dazu immerhin vorne, E. III/2.1.2 a.E.). Allein deshalb erweist sich die fristlose Kündigung indessen noch nicht als ungerechtfertigt. Zu prüfen ist vielmehr, ob ein anderer, insbesondere der mit Bezug auf die Zusatzvereinbarung vom 30. April 2011 geltend gemachte Kündigungsgrund stichhaltig ist. Nicht weiter nachzugehen ist hingegen dem in der Berufungsantwort erhobenen Vorwurf, der Kläger habe mit seinem Verhalten im Zusammenhang mit den Vorgängen rund um die Ratssitzung vom 10. Mai 2016 in treuwidriger und vertrauenszerstörender Weise gegen den neuen Präsidenten intrigiert (vgl. Urk. 188 Rz 59, Rz 87, Rz 92 S. 37 oben und Rz 93). Dieser Vorwurf wurde von der Beklagten (soweit ersichtlich) nicht als eigenständiger Kündigungsgrund angeführt (vgl. insbes. Urk. 5/51; Urk. 67 Rz 3 und Rz 63 ff.). Dasselbe gilt, wie die Beklagte auch selber einräumt, bezüglich der angeblich mutwilligen Anzeigen des Klägers gegen C.\_\_\_\_\_ (Urk. 188 Rz 206 a.E.).

### **E. 2.2.3**

Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Zusatzvereinbarung vom 30. April 2011

#### **E. 2.2.3.1**

Die Beklagte lastete (und lastet) dem Kläger auch im Zusammenhang mit der Zusatzvereinbarung vom 30. April 2011 (Urk. 5/8) Pflichtverletzungen an, die sie zur fristlosen Entlassung berechtigt hätten (vgl. Urk. 67 Rz 202 ff.;

- 40 - Urk. 106 Rz 400 ff.; Urk. 151 Rz 189 ff.; Urk. 5/51). Ihre Vorwürfe betrafen insbesondere die Mitwirkung am Abschluss dieser Vereinbarung, die Existenz zweier unterschiedlicher Versionen derselben sowie die Rückforderung und -erstattung der dem Kläger privat angefallenen Beratungskosten der Anwaltskanzlei N.\_\_\_\_\_ als Spesen.

#### **E. 2.2.3.2**

Die Vorinstanz fasste auch hierzu vorweg die Vorbringen und Standpunkte der Parteien zusammen (Urk. 180 S. 44 ff. E. V.2.3.1-2). Alsdann bezweifelte sie zwar, liess letztlich aber offen, ob allein schon der Abschluss der Zusatzverträge vom 30. April 2011, mit denen neben dem Arbeitsverhältnis von E.\_\_\_\_\_ auch dasjenige des Klägers um weitere vier Jahre bis zum 31. Dezember 2019 verlängert worden sei (vgl. Urk. 69/92 und Urk. 5/8), einen Grund für eine fristlose Entlassung des Klägers darstellen könne, wie die Beklagte geltend

made. Denn diese Verträge seien von den damals zuständigen Organen unterzeichnet gewesen und eine vorsätzliche Schädigung im Rahmen des angeblich erfolgten "coordinated effort" sei wohl nur schwer nachzuweisen. Zudem sei das Nachschieben des Kündigungsgrundes der Verletzung von Pflichten im Zusammenhang mit der Vertragsverlängerung wohl verspätet, wobei auch letztere Frage offenbleiben könne (Urk. 180 S. 56, E. V.2.3.3). Immerhin, so die Vorinstanz weiter, kontrastierten die Akten mit der Darstellung des Klägers, die Zusatzverträge seien ein reiner "Top Down"-Entscheid gewesen, mit dem der Kläger nichts zu tun gehabt habe. So sprächen die Berechnungen der "Abgangsentschädigungen" für E. \_\_\_\_\_ und den Kläger, welche unbestrittenermassen auf einem im Rahmen der Safe-Öffnung im Büro des Klägers gefundenen USB Memory Stick enthalten gewesen seien (Urk. 69/78+79), eine ganz andere Sprache. Erstens sei davon auszugehen, dass ein stellvertretender Generalsekretär, Finanzchef und oberster Personalchef sehr wohl mit Vertragsverlängerungen von Mitarbeitenden im Top-Management zu tun habe. Zweitens stelle niemand, der nichts mit Vertragsverlängerungen zu tun habe, Berechnungen über die finanziellen Folgen solcher Vertragsverlängerungen an. Und drittens habe der Kläger selber gegenüber Dr. V. \_\_\_\_\_ von der Anwaltskanzlei N. \_\_\_\_\_ angegeben, dafür verantwortlich zu sein (Urk. 69/81+82). Sei der Kläger zumin-

- 41 - dest verantwortlich für die Vorbereitung der Verträge gewesen, hätte er auch eingreifen müssen, wenn Vorgesetzte problematische Vertragsinhalte verlangt hätten. Ein Überprüfenlassen der Verträge durch eine externe Anwaltskanzlei wie N. \_\_\_\_\_ sei grundsätzlich durchaus ein geeignetes Vorgehen gewesen. Nur habe dies der Kläger nicht so getan, wie es von einem verantwortungsvollen Personalchef eigentlich zu erwarten gewesen wäre. Zwar habe er die Anfrage an N. \_\_\_\_\_ zumindest sinngemäss im Namen der Beklagten gestartet, wie die beigebrachten Unterlagen zeigten (Urk. 69/81+82). In der Folge habe der Kläger dann aber offenbar die Beratung durch N. \_\_\_\_\_ als privates Mandat von ihm gesehen und sich die Rechnung nach Hause schicken lassen (Urk. 69/84). Die Anwaltskanzlei habe denn auch bestätigt, kein Mandat von der Beklagten gehabt zu haben (Urk. 69/85). Weshalb diese private Beratung auch im Interesse der Beklagten gewesen sein sollte, bleibe das Geheimnis des Klägers. Zwar behaupte der Kläger dies gestützt auf ein geschwärztes Schreiben von Dr. V. \_\_\_\_\_ vom 8. April 2011. Darin stehe, der Kläger habe Dr. V. \_\_\_\_\_ gebeten, "einen Entwurf dieser Zusatzvereinbarung aus einer objektiven Warte auf seine Vereinbarkeit mit dem schweizerischen Arbeitsvertragsrecht zu prüfen, ohne dabei die Interessen der einen oder anderen Vertragspartei besonders zu gewichten" (Urk. 138/341). Was Dr. V. \_\_\_\_\_ letztlich für eine Meinung abgegeben habe, habe der Kläger nicht offengelegt. Sicher sei jedenfalls Folgendes: Im Interesse der Beklagten könne eine Beratung nur dann gewesen sein, wenn das Ergebnis der Beratung auch in die tatsächliche Vertragsausgestaltung Einfluss gefunden habe. Und dies sei auszuschliessen. Einer der renommiertesten Arbeitsrechtler der Schweiz habe dem Kläger – und erst recht der Beklagten – mit Sicherheit nicht empfohlen, einen Zusatzvertrag wie den vom 30. April 2011 datierten und in Asunción unterschriebenen (Urk. 5/8) abzuschliessen. Er hätte den Kläger mit Sicherheit darauf aufmerksam gemacht, dass die Regelung von Ziffer 5 in Verbindung mit Ziffer 4 (betreffend Leistungen bei Kündigung aus wichtigem Grund) den absolut zwingenden Bestimmungen des schweizerischen Arbeitsrechts widerspreche (Art. 337 und Art. 337b OR i.V.m. Art. 361 OR). "Wasserdicht" seien diese Regelungen mit Bestimmtheit nicht. Wenn es dem Kläger darum gegangen wäre, sich ernsthaft und im Sinne der Interessen der Beklagten beraten zu lassen, hätte er den Vertrag

- 42 - vom 30. April 2011 als oberster Personalchef nie zulassen dürfen, auch wenn er seinen persönlichen Interessen durchaus entsprochen haben möge. Und mit Sicherheit habe (oder hätte) die Anwaltskanzlei N.\_\_\_\_\_ dem Kläger nicht empfohlen, zwei Versionen der Zusatzverträge mit den Vertragsverlängerungen vorzubereiten, zu unterschreiben und aufzubewahren. Wenn eine vertragliche Regelung aus juristischer Sicht "absolut wasserdicht" sein sollte, wie das der Kläger angeblich gewollt habe und wie es im Sinne der Arbeitgeberin wäre, dann seien Verträge über die gleiche Angelegenheit mit zwei verschiedenen Wortlauten ein absolutes "No-go". Existierten wie hier verschiedene Versionen eines Vertrages (nebst dem Vertrag vom 30. April 2011 auch die undatierte "Version Simple", Urk. 69/29), ergäben sich regelmässig Streitereien. Das sei hier nicht anders, wo sich verschiedene Fragen stellen würden – etwa welche Version die gültige oder die zeitlich erste Version sei, ob die zeitlich spätere Version die erste ersetzt habe, ob beide Versionen im Personaldossier enthalten gewesen seien oder ob die "Version Simple" den Zweck gehabt habe, jemanden zu täuschen, zum Beispiel die Revisionsstelle. Diese Streitfragen müssten letztlich nicht beantwortet werden. Massgebend sei, dass ein verantwortungsvoll handelnder Finanz- und oberster Personalchef nie hätte zulassen dürfen, dass es vom gleichen Vertrag mehrere Versionen gebe. Mit Sicherheit habe der Kläger nicht das Vorgehen gewählt, zu dem der Arbeitsrechtsspezialist Dr. V.\_\_\_\_\_ – nach Überprüfung aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmersicht – grünes Licht gegeben habe. Das bedeute, dass der Kläger entweder beratungsresistent gewesen sei oder dass die Beratung eben nur in seinem persönlichen und im persönlichen Interesse von E.\_\_\_\_\_ gelegen habe. Beides seien gravierende Verstösse gegen arbeitsrechtliche Pflichten. Ob auch die damalige Hauskanzlei der Beklagten (W.\_\_\_\_\_ AG) den Kläger darauf hingewiesen habe, dass die Vertragsverlängerung problematisch sein könnte, könne offenbleiben, weil die Pflichtverletzung auch ohne einen solchen Hinweis bereits gravierend sei (Urk. 180 S. 57 ff.). Als weitere gravierende Verletzung der arbeitsrechtlichen Pflichten wertete die Vorinstanz sodann den Umstand, dass der Kläger sich schliesslich die Kosten der Beratung durch N.\_\_\_\_\_, welche der Beklagten wie dargelegt überhaupt nichts genützt habe, als Spesen von der Beklagten habe zurückerstatten lassen.

- 43 - Dass E.\_\_\_\_\_ diesen Spesenbeleg visiert habe (Urk. 69/87), ändere an der Pflichtverletzung nichts. Ein verantwortungsvoller Finanzchef, der die Interessen seiner Arbeitgeberin zu verfolgen habe, hätte eine solche Anwaltsrechnung nie als Spesen geltend machen dürfen. Wenn der Kläger die fristlose Entlassung wegen eines Betrags von Fr. ... als schlicht unverhältnismässig erachte, selbst wenn die Rückerstattung nicht angezeigt gewesen wäre, sei dem zu widersprechen. Von massgeblicher Bedeutung sei der Umstand, dass es sich beim Kläger nicht um irgendeinen untergeordneten Angestellten der Beklagten gehandelt habe. Er habe vielmehr auch nach seiner eigenen Darstellung zum Top-Management gehört, sei oberster Personalchef und Finanzchef, gleichsam der "Kassenwart" gewesen. Der Umgang mit Spesen betreffe den Kernbereich seiner Aufgaben. Das Bundesgericht habe in seinem Urteil BGer 4A\_177/2017 vom 22. Juni 2017 die fristlose Entlassung einer Kassiererin mit mehr als zehn Dienstjahren, die je zwei Packungen Vollkorncracker und Aufschnitt gestohlen habe, als rechtmässig bestätigt. Dabei habe es betont, als Kassiererin habe sie die Verantwortung für einen reibungslosen Verkaufsabschluss und Zahlungsverkehr an der Kasse getragen. Zu ihrem Aufgabenbereich hätten unter anderem das Bedienen der Kasse, die Bedienung von Kunden, das Sicherstellen des Geldflusses sowie das Erstellen der Kassenabrechnung gehört. Diesen besonderen Aufgaben und der Treuepflicht entsprechend sei es

offenkundig, dass ihr die Arbeitgeberin im besonderen Masse habe vertrauen müssen. Der erfolgte Diebstahl habe eine schwere Verfehlung im Kernbereich ihrer Aufgaben bedeutet und eine fristlose Kündigung auch ohne vorgängige Verwarnung gerechtfertigt. Der Umgang des Klägers mit den angeblichen Spesen von knapp Fr. ... habe also keine Bagatelle dargestellt, und es habe sich nicht um einen "lächerlichen Themenkomplex" gehandelt, wie der Kläger meine. Mit Bezug auf den klägerischen Einwand, das Nachschieben von Kündigungsgründen im Zusammenhang mit der Rechtsberatung durch N.\_\_\_\_\_ sei verspätet, erwog die Vorinstanz schliesslich, dass es zwar zutreffen dürfte, dass die E-Mails zwischen dem Kläger und N.\_\_\_\_\_ vom 18. März 2011 (Urk. 69/81) und vom 1. April 2011 (Urk. 69/86) und wohl auch die Spesenabrechnung (Urk. 69/87) im EDV-System der Beklagten gespeichert gewesen seien. Auch treffe es

- 44 - wohl zu, dass die Rechtsvertreter der Beklagten seit dem Start der internen Untersuchung nach dem 27. Mai 2015 Zugriff darauf gehabt hätten. Zu bedenken sei allerdings, dass die Untersuchung im Nachgang zu den Verhaftungen im Hotel AA.\_\_\_\_\_ und im Zusammenhang mit der Eröffnung der Strafuntersuchungen des Department of Justice (DoJ) und der Bundesanwaltschaft eingeleitet worden sei. Im Vordergrund hätten damals die Umstände im Zusammenhang mit den Zahlungen an den AB.\_\_\_\_\_ und an AC.\_\_\_\_\_ gestanden. Hingegen sei es damals (noch) nicht um mögliche Pflichtverletzungen des Klägers im Zusammenhang mit Vertragsverlängerungen im Frühling 2011 gegangen. Zudem kämen die zwei Mails an N.\_\_\_\_\_ völlig unverdächtig daher. So erscheine es auf den ersten Blick geradezu vernünftig, eine externe Anwaltskanzlei um eine Beratung zu bitten. Stutzig machen hätte höchstens können, dass die Mails – was unbestritten geblieben sei – in einem Ordner mit dem Titel "AD.\_\_\_\_\_" gespeichert und damit versteckt gewesen seien. Gerade weil sie an einem Ort abgelegt gewesen seien, wo sie nicht zu erwarten gewesen seien, habe die Beklagte auch nicht danach suchen müssen. Hinzu komme – was ebenfalls unbestritten geblieben sei –, dass die Excel-Tabellen mit der Berechnung der finanziellen Folgen einer möglichen Vertragsverlängerung um weitere vier Jahre (Urk. 69/79) erst bei der Safe-Öffnung auf einem USB Memory Stick gefunden worden seien. Die Zusammenhänge seien also für die Beklagte vernünftigerweise erst nach der fristlosen Entlassung des Klägers erkennbar gewesen. Dabei könne offenbleiben, ob auch die undatierte "Version Simple" erst nach der fristlosen Kündigung im Tresor gefunden worden sei, wie die Beklagte behaupte, der Kläger aber bestreite (Urk. 180 S. 62 ff.). Zusammenfassend kam die Vorinstanz zum Schluss, die fristlose Kündigung sei auch wegen der erst nach deren Aussprechung entdeckten Pflichtverletzungen des Klägers im Zusammenhang mit der Beratung durch N.\_\_\_\_\_, mit den damit verbundenen Spesen und mit den verschiedenen Vertragsversionen gerechtfertigt. Das nachträglich entdeckte Verhalten sei geeignet gewesen, das Vertrauensverhältnis zum Kläger nachhaltig zu zerstören. Einen Finanzchef und obersten Personalchef wie den Kläger noch weitere 7 ½ Jahre weiter zu beschäftigen, sei der Beklagten nicht zuzumuten gewesen (Urk. 180 S. 64).

- 45 -

### **E. 2.2.3.3**

Zu Unrecht hält der Kläger dazu fest, dass (neben ihm selbst) auch die Vorinstanz den Abschluss der Zusatzvereinbarungen vom 30. April 2011 nicht für einen wichtigen, seine fristlose Entlassung rechtfertigenden Grund gehalten habe (vgl. Urk. 179, Überschrift 3.1 vor Rz 104 ff.). Die Vorinstanz äusserte zwar Zweifel, ob allein im Abschluss als solchem

ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 Abs. 2 OR zu erblicken sei, liess die Frage aber ausdrücklich offen (Urk. 180 S. 56). Dementsprechend liegen diesbezüglich auch keine vorinstanzlichen "Schlussfolgerungen" vor, sondern bloss Mutmassungen (vgl. Urk. 188 Rz 132; zutreffend demgegenüber Urk. 188 Rz 128). Ebenso wenig stellte die Vorinstanz (in sachverhaltlicher Hinsicht) fest, es möge grundsätzlich zutreffen, dass der Kläger in einem "coordinated effort" mit seinen Vorgesetzten gehandelt haben könnte (Urk. 179 Rz 106). Bei der angesprochenen vorinstanzlichen Erwägung ging es vielmehr um die (Rechts-)Frage der Wissenszurechnung bei nachgewiesenem konzertiertem Handeln. Dass tatsächlich ein "coordinated effort" vorgelegen habe, stellte die Vorinstanz aber nicht fest, weshalb die klägerische Widerlegung eines koordinierten Vorgehens (vgl. Urk. 179 Rz 106 und Rz 141) ins Leere zielt. So oder anders ist dazu und zum Einwand eines "coordinated effort" (sowie zu den diesbezüglichen Ausführungen in der Berufungsantwort; Urk. 188 Rz 118 ff. und Rz 201 [1. Punkt]) dennoch Folgendes festzuhalten: 2.2.3.3.1. Der datierte Zusatzvertrag vom 30. April 2011 (Urk. 5/8) wurde von den damals zuständigen Organen der Beklagten, nämlich den damaligen Vorgesetzten des Klägers (D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_) und dem (kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigten; vgl. Urk. 83 Rz 415) Vorsitzenden der Finanzkommission (J.\_\_\_\_\_) unterzeichnet (Urk. 1 Rz 101), die undatierte "Version Simple" (Urk. 69/29) von den beiden Vorgesetzten. Auch der Zusatzvertrag von E.\_\_\_\_\_ vom 30. April 2011 wurde von den zuständigen beklagtischen Organen (D.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_) unterschrieben (Urk. 69/92). Insofern wussten die verantwortlichen Organe der Beklagten schon lange vor der Kündigung vom Abschluss dieser Verträge. Dieses Wissen ist der Beklagten als Arbeitgeberin zuzurechnen. Zwar kann, wie die Vorinstanz zutreffend erwog (Urk. 180 S. 56), das Wissen des mit dem jeweiligen Geschäft befassten Organs dann nicht der juristischen Person zugerechnet werden, wenn das Organ in Schädigungsabsicht deliktisch zum Nach-

- 46 - teil der juristischen Person handelt und sein Handeln vor derselben verbirgt. Diesfalls verheimlicht das Organ sein Wissen und verzichtet im eigenen deliktischen Interesse, das den Interessen der juristischen Person zuwiderläuft, bewusst auf eine Weiterleitung oder Speicherung des Wissens (von der Crone/Reichmuth, Aktuelle Rechtsprechung zum Aktienrecht, SZW 2018, S. 413). Eine (ausnahmsweise) Nichtzurechnung des Organwissens setzt somit eine Schädigungsabsicht des betreffenden Organs voraus. Eine solche liegt nur dann vor, wenn das Organ seine Pflichten missachten will und weiss, dass bei der juristischen Person ein Schaden eintreten wird. Demgegenüber führt eine bloss (selbst grobe) Sorgfaltspflichtverletzung innerhalb des weit umschriebenen Rahmens des Gesellschafts- oder Vereinszwecks und der statutarischen Tätigkeit des Organs (wie beispielsweise der kompetenzgemässe Abschluss eines Rechtsgeschäfts, das die Interessen der juristischen Person resp. Arbeitgeberin nicht oder nur ungenügend wahrt) noch nicht dazu, dass dessen Handeln und Wissen der juristischen Person nicht zuzurechnen wäre. Die Zurechnung wird mit anderen Worten nicht dadurch ausgeschlossen, dass das Organ allenfalls nur in seinem eigenen und nicht im Interesse der juristischen Person gehandelt hat. Sie setzt nur (aber immerhin) voraus, dass das Organ in Wahrnehmung seiner Organtätigkeit und nicht als Privatperson handelte, d.h. in Ausübung einer Tätigkeit, die an sich in den Rahmen der Organkompetenz fällt. Als Ausfluss der Organvertretung findet die Wissensvertretung ihre Grenzen (allein) im Gesellschafts- bzw. Vereinszweck. Dabei sind unter Rechtshandlungen, die dieser Zweck mit sich bringen kann, nicht bloss solche zu verstehen, die der juristischen Person nützlich sind oder in ihrem Betrieb gewöhnlich vorkommen; erfasst sind vielmehr auch ungewöhnliche Geschäfte, sofern sie auch nur

möglicherweise im Gesellschafts- oder Vereinszweck begründet sind, d.h. durch diesen zumindest nicht geradezu ausgeschlossen werden (vgl. insbes. BGer 2C\_245/2018 vom 21. November 2018, E. 6.1-2 und E. 6.7.4). Dass der Abschluss, die Verlängerung und die Festsetzung der Kündigungsmodalitäten von Arbeitsverträgen sowie die Entlohnung von Arbeitnehmenden einschliesslich die Gewährung von Boni in diesem Sinne vom Zweck einer juristischen Person und damit auch der Beklagten gedeckt sind und in die Organkompetenz der Unter-

- 47 - zeichnenden fiel, bedarf keiner weiteren Erörterung. Die Zurechenbarkeit des Wissens von D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ um den Abschluss der fraglichen Zusatzverträge entfällt insbesondere auch nicht deswegen, weil diese kenntnisnehmenden (obersten) Funktionsträger und Organpersonen selbst ebenfalls (von den zuständigen Personen oder Gremien festgelegte) Bonuszahlungen oder finanzielle Vorteile von der Beklagten erhielten. Folglich vermag allein das angebliche "manus manum lavat" der "alten Führung", selbst wenn es den Interessen der Beklagten widersprochen haben sollte, die Wissenszurechnung nicht zu verhindern und hilft der Beklagten der entsprechende Hinweis nicht weiter (vgl. Urk. 188 Rz 130 m.Hinw. auf Urk. 106 Rz 182 f. und Rz 357). 2.2.3.3.2. Die für eine Nichtzurechenbarkeit erforderliche Schädigungsabsicht muss, um beim Entscheid berücksichtigt werden zu können, prozesskonform behauptet und notwendigenfalls bewiesen werden (vgl. Art. 55 ZPO und vorne, E. II.5). Im vorliegenden Fall zeigt die Beklagte in ihrer Berufungsantwort nicht auf und lässt sich den umfangreichen Parteieingaben auch nicht ohne Weiteres entnehmen, dass und wo (Aktenstelle) vor Vorinstanz eine (direkte) Schädigungsabsicht der handelnden Organe behauptet wurde. Mit dem Vorbringen allein, Letztere hätten mit dem Vertragsschluss in koordinierter, sich selbst begünstigender und pflichtwidriger Weise ("coordinated effort") ihre persönlichen Interessen den Interessen der Beklagten vorangestellt (vgl. z.B. Urk. 67 Rz 263, Rz 274, Rz 277; Urk. 106 Rz 412), wurde eine solche – ebenso wenig wie eine bewusste Inkaufnahme einer Schädigung (Eventualabsicht) – jedenfalls nicht rechtsgenügend behauptet (insoweit zutreffend Urk. 190 Rz 20), wobei fraglich erscheint, ob eine blosser Eventualabsicht überhaupt zum Ausschluss der Wissenszurechnung führen würde. Damit bleibt es im Ergebnis bei der unangefochtenen Feststellung der Vorinstanz, dass sich ein Schädigungsvorsatz kaum nachweisen liesse (Urk. 180 S. 56 E. V.2.3.3; s.a. vorne, E. II.3). Die Beklagte macht insbesondere nicht geltend, dass ihr diesbezüglich das Recht auf Beweis (Art. 152 Abs. 1 ZPO) abgeschnitten worden wäre. Ausserdem wurde die Zusatzvereinbarung vom 30. April 2011 (Urk. 5/8) ordnungsgemäss im Personaldossier des Klägers abgelegt und gegenüber der Beklagten somit nicht verheimlicht oder verborgen (Urk. 83 Rz 405; Urk. 106 Rz 433). Im Gegenteil: Sowohl die datierte Fassung wie auch

- 48 - die "Version Simple" dieser Zusatzvereinbarung waren, ebenso wie die entsprechenden Zusatzverträge von E.\_\_\_\_\_, unstreitig auch in der Aufstellung aufgeführt, die der Kläger am 18. Juni 2013 M.\_\_\_\_\_ und AE.\_\_\_\_\_ zuhanden des Vergütungsausschusses übergab (vgl. Urk. 5/64 = Urk. 183/4; Urk. 1 Rz 119 und Urk. 67 Rz 501 ff., insbes. Rz 515; s.a. Urk. 136 Rz 418 und Urk. 151 Rz 210). Im Übrigen wurde auch in der Zusatzvereinbarung vom 31. Mai 2015 (Urk. 5/12), die vom Vergütungsausschuss tags zuvor genehmigt worden war (Urk. 5/13, insbes. S. 4 f.) und von dessen Vorsitzenden mitunterzeichnet wurde, ausdrücklich auf die Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag vom 30. April 2011 (= Urk. 5/8) und deren Weitergeltung verwiesen (vgl. Urk. 1 Rz 122; Urk. 67 Rz 307). Aufgrund dieser expliziten Hinweise erlangten auch ausserhalb des "damaligen

Triumvirats mit D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ " (vgl. Urk. 188 Rz 110) stehende, mit der Sache befasst- te Organpersonen der Beklagten Kenntnis von der Zusatzvereinbarung vom 30. April 2011 (oder hätten bei gebotener Aufmerksamkeit jedenfalls hiervon Kenntnis erlangen müssen). Diese Kenntnis hat sich die Beklagte auch nach dem vom Bundesgericht verfolgten funktionalen Ansatz der Wissenszurechnung anrechnen zu lassen (vgl. Urk. 188 Rz 138 f. m.w.Hinw.). Wenn die Beklagte tatsächliche Behauptungen zur Schädigungsabsicht der unterzeichnenden Organe in der Berufungsantwort nachholt (vgl. Urk. 188 Rz 128, Rz 131), ist sie damit nicht zu hören. Da die Voraussetzungen für die Zulässigkeit dieser neuen Vorbringen weder offenkundig noch dargetan sind, müssen sie als verspätet betrachtet werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO und vorne, E. II.4), wie auch der Kläger mit Recht bemerkt (Urk. 190 Rz 21). Das Wissen um den Abschluss der Zusatzvereinbarung vom 30. April 2011 (in der vollständigen Fassung und auch in der undatierten "Version Simple"), welches D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ durch die Vertragsunterzeichnung erlangten, ist der Beklagten somit anzurechnen, ebenso wie (und insbesondere auch) das durch die genannte Weise auf diese Vereinbarungen später erworbene Wissen (bzw. jedenfalls Wissen müssen) der Mitglieder des Vergütungsausschusses, denen (soweit ersichtlich) nirgends eine Schädigungsabsicht vorgeworfen wurde.

- 49 - 2.2.3.3.3. War der Abschluss dieser Vereinbarungen der Beklagten mithin schon lange vor dem Kündigungszeitpunkt bekannt (oder musste er ihr bei gebotener Aufmerksamkeit ihrer Organe jedenfalls schon lange vor diesem Zeitpunkt bekannt sein), durfte er nicht als Grund für die fristlose Entlassung nachgeschoben werden. Die Berufung darauf war vielmehr verspätet. Überdies dürfte der Abschluss dieser zumindest teilweise gesetzwidrigen Zusatzvereinbarung selbst im Falle eines (bestrittenen) "coordinated effort" der "alten Führung" sowie unter Berücksichtigung der relativ langen Restlaufzeit des Arbeitsvertrags keinen Grund darstellen, der nach objektivem Massstab geeignet erschien, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage so tiefgreifend zu erschüttern, dass der Beklagten die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten gewesen wäre. Als mildere Massnahme wäre es wohl vielmehr möglich, ausreichend und angezeigt gewesen, den Kläger durch die "neue Führung" zunächst abzumahnern und darauf hinzuweisen, dass in Abkehr von den bisher offenbar herrschenden Gepflogenheiten derartige Selbstbegünstigungen zu Lasten der Beklagten inskünftig zu unterbleiben hätten. Dass die neu gewählte Führung die von der alten (obersten) Führungsebene gemeinsam praktizierte oder zumindest abgesegnete, rechtlich problematische und den Interessen der Beklagten möglicherweise zuwider laufende "Verhaltenskultur" nicht mehr tolerieren, sondern ändern wollte, berechtigte noch nicht zur fristlosen Entlassung des Klägers und führt erst recht nicht zur gleichsam rückwirkenden Nicht(mehr)zurechnung des Wissens der "alten Führung" um die beanstandeten Handlungen. Damit ist – im Sinne einer Klarstellung – nur gesagt, dass die Mitwirkung des Klägers beim Abschluss der Zusatzvereinbarung vom 30. April 2011 an sich wegen verspäteter Geltendmachung nicht als wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung im Sinne von Art. 337 OR angeführt werden kann (weshalb auch die vom Kläger hierzu offerierte Beweisabnahme unterbleiben konnte und kann; vgl. Urk. 179 Rz 141 [und Rz 144] m.Hinw. auf Urk. 83 Rz 399 und Rz 404 f.). Nicht entschieden sind demgegenüber die davon zu unterscheidenden (weiteren) Fragen, ob im Abschluss dieser Vereinbarung eine klägerische Pflichtverletzung lag (was die Beklagte bejaht; vgl. z.B. Urk. 188 Rz 159, Rz 174, Rz 177), ob die Vereinbarung überhaupt rechtsgültig zustande kam (was die Beklagte an anderer

- 50 - Stelle verneint; vgl. Urk. 188 Rz 192 ff. [sowie Rz 159 und Rz 172]), ob sie einen zulässigen Inhalt aufweist (was die Beklagte ebenfalls in Abrede stellt; vgl. Urk. 188 Rz 122 ff.) und welche Rechtswirkungen sie entfaltet resp. welche Rechte (oder allenfalls Verantwortlichkeiten) des Klägers sie begründet. Diese strikt zu trennenden rechtlichen Fragestellungen nach dem Vorliegen und der zeitgerechten Geltendmachung des wichtigen Kündigungsgrunds einerseits sowie der Rechtmässigkeit und den Rechtsfolgen der Zusatzvereinbarung andererseits scheint die Beklagte in ihren einlässlichen Ausführungen zur Unzulässigkeit der vereinbarten "goldenen Fallschirme" bzw. der langjährigen Vertragsverlängerungen mitunter zu vermengen. Insbesondere ist für die Beurteilung der Kündigung im vorliegenden Fall nicht entscheidend, ob der Kläger vor Vorinstanz substantiierte Behauptungen zur Marktüblichkeit der "goldenen Fallschirme" in den Zusatzvereinbarungen vom 30. April 2011 vorgetragen oder bloss auf Arbeitsverträge und Auflösungsvereinbarungen anderer Angestellter der Beklagten hingewiesen habe (vgl. Urk. 188 Rz 127).

#### **E. 2.2.3.4**

Der Kläger macht sodann im Wesentlichen geltend, dass die Beklagte (auch) den zur Debatte stehenden Kündigungsgrund (Verfehlungen im Zusammenhang mit der Zusatzvereinbarung vom 30. April 2011) nicht habe nachschieben dürfen, sondern dessen Geltendmachung verspätet sei. Entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen seien die für den Kündigungsentscheid massgeblichen "Zusammenhänge" für die Beklagte auch ohne die erst bei der Safe-Öffnung Ende Mai 2016 gefundenen Berechnungen der Abgangsentschädigungen erkennbar gewesen. Abgesehen davon, dass die vorinstanzlichen Ausführungen nicht schlüssig seien, könne der Kläger belegen, dass die Beklagte aus verschiedenen Gründen schon lange vor der Kündigung Kenntnis von den diesbezüglich erhobenen Vorwürfen gehabt habe oder zumindest hätte haben müssen. So seien die massgeblichen Daten von der Beklagten seit fünf Jahren vor der Kündigung im EDV-System abrufbar gewesen und habe Generalsekretär E.\_\_\_\_\_ volle Kenntnis von der anwaltlichen Beratung und vom damit zusammenhängenden Spesenbezug des Klägers gehabt. Daneben hätten mehrere Rechtsanwälte, die im Rahmen der internen Untersuchungen für die Beklagte tätig gewesen seien, schon lange vor der Kündigung Zugriff auf die entsprechenden

- 51 - Unterlagen gehabt und damit das diesbezüglich relevante Wissen(müssen) für die Beklagte erworben. Letztere habe auch schon lange vor der Kündigung die "Version Simple" der Vereinbarung gekannt und von den Entschädigungsberechnungen des Klägers gewusst, zumal ihr das Wissen von D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ anzurechnen sei. Die Beklagte habe folglich schon weit vor der Kündigung Kenntnis von den "Zusammenhängen" betreffend die Zusatzvereinbarung vom 30. April 2011 gehabt oder zumindest haben müssen. Wenn die Vorinstanz dies trotz der an sich klaren Aktenlage in Abrede stelle, hätte sie die vom Kläger rechtzeitig angebotenen Personalbeweise abnehmen müssen. Entsprechend habe die Vorinstanz Art. 337 OR falsch angewandt, das Recht des Klägers auf Beweis (Art. 152 ZPO und Art. 8 ZGB) sowie auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO) verletzt und es unterlassen, den Sachverhalt richtig festzustellen (Urk. 179 Rz 107 ff.). Im Einzelnen gilt dazu, was folgt. 2.2.3.4.1. Soweit der Kläger das frühzeitigere Wissen bzw. Wissenmüssen der Beklagten bezüglich dieser Vorwürfe mit dem Argument begründet, die fraglichen Daten (Rechnung von N.\_\_\_\_\_ [Urk. 69/84], Spesenbeleg [Urk. 69/87], E-Mail-Korrespondenz [Urk. 69/81+86]) und auch die

Zusatzvereinbarung vom 30. April 2011 (Urk. 5/8) seien seit ihrer Existenz im EDV-System der Beklagten gespeichert und für die Beklagte somit schon seit fünf Jahren vor der Kündigung abrufbar gewesen (Urk. 179 Rz 112 ff.), setzt er sich nicht rechtsgenügend mit den Erwägungen auseinander, mit denen die Vorinstanz erörterte, weshalb die blossе Zugänglichkeit und Abrufbarkeit der Daten für die Beklagte nicht genügt hätten, um hinsichtlich des beanstandeten Spesenbezugs die erforderliche Kenntnis zu erlangen, zumal die E-Mail-Korrespondenz völlig unverdächtig da- hergekommen und an einem unerwarteten Ort abgelegt gewesen sei (Urk. 180 S. 63 f.). Seine (bloss wiederholenden) Ausführungen zum "funktionierenden Pro- zess für die Überprüfung von Spesen" (Urk. 179 Rz 113 m.Hinw. auf Urk. 136 Rz 389) nehmen hierauf keinen konkreten Bezug. Auch der Einwand, die Ord- nerstrukturen seien irrelevant, weil die fraglichen E-Mails auch auf dem E- Mailserver vorhanden gewesen seien und anlässlich der internen Untersuchung ohnehin mit "Search Terms" gearbeitet worden sei (Urk. 179 Rz 123 m.Hinw. auf Urk. 136 Rz 178), vermag die tragende vorinstanzliche Argumentation nicht zu

- 52 - entkräften, wonach die E-Mails "völlig unverdächtig dahergekommen" (s.a. Urk. 188 Rz 137 S. 53) und zudem an einem Ort abgelegt gewesen seien, wo sie nicht zu erwarten gewesen seien, weshalb die Beklagte auch nicht danach habe suchen müssen. Dies umso weniger, als er sich teilweise auf unzulässige neue Tatsachenbehauptungen stützt (Art. 317 Abs. 1 ZPO und vorne, E. II.4). Darauf ist mangels hinreichender Begründung nicht weiter einzugehen (Art. 311 Abs. 1 ZPO und vorne, E. II.3). Gleiches gilt für den klägerischen Einwand, es sei angesichts der Vielzahl der ab dem 27. Mai 2015 mit den internen Untersuchungen befassten Rechtsan- wälten und Spezialisten, welche umfassenden Zugriff auf sämtliche Unterlagen und E-Mails der Beklagten gehabt und – wie aus dem Bonus-Report vom 29. März 2017 (Urk. 69/68) hervorgehe – auch die Zusatzvereinbarung vom 30. April 2011 untersucht hätten, sowie der hierfür eingesetzten enormen Res- sourcen "höchst unrealistisch, dass derart viele Spezialisten und Anwälte erst nach über einem Jahr ... auf die fraglichen Unterlagen gestossen sein sollen" (Urk. 179 Rz 118 ff., insbes. Rz 120 und Rz 123). Mit dieser blossen Vermutung lässt sich die von der Vorinstanz gegebene Begründung nicht rechtsgenügend an- fechten und entkräften, zumal die Behauptung, die Untersuchenden hätten seit dem 27. Mai 2015 "vollen Zugriff auf sämtliche Unterlagen und E-Mails bei der B'.\_\_\_\_\_" gehabt (Urk. 179 Rz 118), in dieser Absolutheit nicht zutrifft (wie die Beklagte zu Recht moniert; vgl. Urk. 188 Rz 141 m.Hinw. auf Urk. 106 Rz 159 f.). Auch die Vorbringen betreffend die Befassung der Beklagten bzw. von deren Rechtsvertretern mit dem weitgehend gleichlautenden Zusatzvertrag von E.\_\_\_\_\_ sowie dem Gutachten von Dr. AF.\_\_\_\_\_ helfen dem Kläger nicht weiter (Urk. 179 Rz 121; Urk. 69/92 und Urk. 85/162). Dieser Vertrag bildet nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits und das Wissen um seinen Inhalt indiziert keineswegs, dass die Untersuchenden auch den hier interessierenden Zusatzvertrag des Klä- gers kannten oder hätten kennen müssen. So lag insbesondere auch der Gutach- terin Dr. AF.\_\_\_\_\_ lediglich der Vertrag von E.\_\_\_\_\_ vor (vgl. Urk. 188 Rz 133 m.Hinw. auf Urk. 85/162 S. 2). Entsprechend äusserte sie sich in ihrem Gutachten auch nur zum Vertrag von E.\_\_\_\_\_ und konnte die Befassung der beklagtischen Rechtsvertreter und AG.\_\_\_\_\_ mit dem Gutachten auch kein Wissen dieser Per-

- 53 - sonen hinsichtlich der Existenz eines gleichlautenden Vertrags mit dem Kläger begründen. Genau (und nur) darum – und nicht um die davon losgelöste "Kennt- nis von der

fraglichen Klausel [betr. Abgangsentschädigung im Falle einer gerechtfertigten fristlosen Kündigung] und den Ausführungen dazu von Dr. AF. \_\_\_\_\_" – geht es im vorliegenden Zusammenhang aber. Ausserdem wurden die in der Berufungsschrift erneut angebotenen Personalbeweise (Urk. 179 Rz 121 S. 42) vor Vorinstanz nicht zur Frage der Kenntnis vom Zusatzvertrag des Klägers, sondern zu Sachverhalten im Zusammenhang mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses von E. \_\_\_\_\_ und dem eingeholten Gutachten offeriert (vgl. Urk. 1 Rz 127; Urk. 83 Rz 420 [wo allerdings andere Beweise anboten wurden]; Urk. 136 Rz 436). Im Übrigen erscheint ohnehin fraglich, ob und inwieweit das tatsächlich erlangte oder wenigstens erlangbare Wissen und die Erkenntnisse dieser extern zugezogenen, ausserhalb der beklaglichen Organisation stehenden "Spezialisten und Anwälte" der Beklagten überhaupt als eigene Kenntnis resp. eigenes Wissenmüssen zugerechnet werden könnten.

2.2.3.4.2. Begründet ist demgegenüber der Einwand, der damalige Generalsekretär E. \_\_\_\_\_ habe weit vor der Kündigung volle Kenntnis von der anwaltlichen Beratung durch N. \_\_\_\_\_, deren Gegenstand und dem diesbezüglichen Spesenbezug des Klägers gehabt (Urk. 179 Rz 115 ff.). So behauptete der Kläger in der vorinstanzlichen Replik, dass E. \_\_\_\_\_ die Kostenübernahme für diese Beratung durch die Beklagte selbst angeordnet und den Spesenbeleg, der ausdrücklich auf diese Anordnung hinweise ("i.A. von GS", d.h. im Auftrag des Generalsekretärs), abgezeichnet habe (Urk. 83 Rz 400 und Urk. 69/87; s.a. Urk. 179 Rz 156). Diese Sachdarstellung blieb seitens der Beklagten unbestritten (vgl. Urk. 106 Rz 404 ff., insbes. Rz 407 und Rz 411); in der Berufungsantwort wird jedenfalls nicht unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufgezeigt, dass und wo eine rechtsgenügende Bestreitung erfolgte (vgl. gegenteils Urk. 188 Rz 116). Sie hat deshalb als erstellt zu gelten (Art. 55 Abs. 1 ZPO und vorne, E. II.5) und wird im Übrigen dadurch untermauert, dass der Spesenbeleg von E. \_\_\_\_\_ unterschrieben ist (Urk. 69/87, "Noted by Superior"). Der hierfür anbotene Zeugenbeweis (Urk. 83 Rz 400 und Urk. 179 Rz 156) braucht(e) deshalb nicht abgenommen zu werden (vgl. Urk. 179 Rz 160 f.).

- 54 - Der Umstand, dass E. \_\_\_\_\_ als damaliger Vorgesetzter des Klägers somit spätestens am 8. Mai 2011 (vgl. Urk. 69/87) sichere Kenntnis davon hatte, dass sich der Kläger die zunächst privat bezahlten Beratungskosten von der Beklagten als Spesen zurückerstatten liess, ist der Beklagten anzurechnen. Dies unabhängig davon, ob sich der Kläger bei der inhaltlichen Ausarbeitung des Zusatzvertrags im Ergebnis an die Empfehlungen von Rechtsanwalt Dr. V. \_\_\_\_\_ hielt oder nicht. Denn die Frage, ob in der Mitwirkung bei der Vorbereitung und im Abschluss der Zusatzverträge vom 30. April 2011 mit den darin festgeschriebenen "goldenen Fallschirmen" ein pflichtwidriges Verhalten des Klägers liege, ist von derjenigen nach der Pflichtwidrigkeit des Spesenbezugs für die dem Abschluss vorangehende externe Beratung und Beurteilung des Vertragsentwurfs, welche die Beklagte im Sinne eines selbstständigen Kündigungsgrunds geltend macht (vgl. insbes. Urk. 151 Rz 189), zu unterscheiden und präjudiziert dieselbe keineswegs. Deshalb wäre selbst eine uneinheitliche Zurechnung bzw. Zurechenbarkeit des Wissens ein und derselben beklaglichen Organperson um diese beiden unterschiedlichen Sachverhalte ohne Weiteres denkbar (vgl. jedoch vorne, E. III.2.2.3.3). Der Beklagten (auch) das Wissen E. \_\_\_\_\_s um die Rückerstattung der Beratungskosten anzurechnen erscheint umso mehr angezeigt, als mit Bezug auf die Spesenfrage (soweit ersichtlich) weder ein "coordinated effort" noch eine Schädigungsabsicht E. \_\_\_\_\_s geltend gemacht wurde. Solches liegt auch nicht auf der Hand, nachdem die Beklagte selber einräumte, dass es bei internationalen Grossunternehmen häufig vorkomme, dass die Mitarbeiter des Top-Kaders ihre Arbeitsverträge von einem unabhängigen Rechtsberater überprüfen liessen, um gestützt

darauf eine "informed decision" über den Vertragsabschluss fällen zu können (vgl. Urk. 106 Rz 409; s.a. Urk. 67 Rz 241 und Rz 243; Urk. 188 Rz 153; ferner auch Urk. 83 Rz 400 und Urk. 179 Rz 155). Im Beizug von N.\_\_\_\_\_ als sol- chem lag mithin ein durchaus üblicher, an sich auch im Interesse der Beklagten liegender Vorgang. Ob sich der Kläger, wie die Vorinstanz annahm, letztlich über die Meinung des arbeitsrechtlich versierten Beraters hinwegsetzte (was nicht er- stellt ist, nachdem die Vorinstanz von der von der Beklagten in Urk. 106 Rz 411 beantragten Edition absah und dies im Berufungsverfahren nicht beanstandet wird; vgl. Urk. 188 Rz 112), ändert nichts daran, dass sich dessen Beauftragung

- 55 - durchaus auf sachliche Gründe stützen liess. Dasselbe gilt für den Umstand, dass das Mandat formell offenbar nicht im Namen der Beklagten, sondern des Klägers persönlich geführt (vgl. Urk. 69/85) und die Rechnung deshalb auf den Kläger persönlich ausgestellt wurde (Urk. 69/84; s.a. Urk. 67 Rz 229 ff.; Urk. 83 Rz 401; Urk. 106 Rz 406), obwohl dieser es zunächst sinngemäss als Vertreter bzw. im Namen der Beklagten in die Wege geleitet hatte (vgl. Urk. 69/81-82; Urk. 67 Rz 223 ff.; Urk. 106 Rz 405). Wusste die Beklagte aber seit dem Frühjahr 2011, dass der Kläger sich die Beratungskosten von N.\_\_\_\_\_ als Spesen erstatten liess, wurde der Vorwurf, es handle sich hierbei um eine schwere Pflichtwidrigkeit, ver- spätet erhoben. Er konnte deshalb nicht als Kündigungsgrund nachgeschoben werden (vgl. vorne, E. III.2.1.3). Im Übrigen stellt sich ohnehin die Frage, ob dem Kläger der von seinem damaligen Vorgesetzten angeordnete und genehmigte Spesenbezug überhaupt als Pflichtverletzung vorgehalten werden kann. Sollte sie mit der Beklagten (Urk. 188 Rz 116 und Rz 137) und der Vorinstanz (Urk. 180 S. 62) zu bejahen sein, wä- re die Schwere der Pflichtwidrigkeit unter den gegebenen Umständen (Anweisung des Vorgesetzten) jedenfalls bedeutend relativiert und objektiv betrachtet eher un- tergeordneter Natur. Sie hätte ungeachtet der besonderen Verantwortung, die der Kläger aufgrund seiner Stellung als oberster Personal- und Finanzchef ("Kassen- wart") und Mitglied des Top-Managements der Beklagten (vgl. Urk. 1 Rz 18 und Rz 20; Urk. 67 Rz 39 f., Rz 609 und Rz 621; Urk. 188 Rz 21 f., Rz 75) trug, sowie der noch langen Restdauer des Arbeitsvertrags allenfalls eine Verwarnung, nicht aber seine sofortige Entlassung gerechtfertigt. Zwar darf vom CFO einer juristi- schen Person grundsätzlich ein aufrichtiger und fehlerfreier Umgang mit Spesen- entschädigungen erwartet werden und gelten für leitende Angestellte, insbeson- dere solche des obersten Kaders, strengere Massstäbe bei der Beurteilung der ar- beitsrechtlichen Treuepflicht (vgl. vorne, E. III.2.1.2). Dessen ungeachtet ist aber nicht ersichtlich, dass und warum der Beklagten wegen dieser letztlich von ihr selbst angeordneten und deshalb aus objektiver Sicht nicht besonders gravierend erscheinenden sowie nach unbestrittener klägerischer Sachdarstellung zudem einmaligen (vgl. Urk. 136 Rz 379 und Urk. 151 Rz 189; Urk. 179 Rz 164) Verfeh- lung bezüglich Spesen eine (auch längerfristige) Fortsetzung des Arbeitsverhält-

- 56 - nisses mit dem Kläger nach Treu und Glauben nicht mehr hätte zugemutet wer- den können (vgl. vorne, E. III.2.1.1). Dadurch, dass der Vorgesetzte (und damit die Arbeitgeberin selbst) das angeblich pflichtwidrige Verhalten des Klägers an- geordnet hatte, unterscheidet sich der vorliegende Fall denn auch wesentlich vom Fall der Kassiererin (BGer 4A\_177/2017 vom 22. Juni 2017), welcher in den vor- instanzlichen Erwägungen (Urk. 180 S. 62 f.) und auch von der Beklagten zur Rechtfertigung der fristlosen Entlassung angeführt wird (vgl. Urk. 188 Rz 148 f.; ferner bereits Urk. 67 Rz 612). Diese beging die ihr zum Vorwurf gemachte – strafbare – Pflichtverletzung (Diebstahl von Lebensmitteln) im Kernbereich ihres Aufgabengebiets eigenmächtig und ohne Einwilligung der Arbeitgeberin;

zudem war dort im internen Betriebsreglement vorgesehen und der fehlbaren Arbeitnehmerin von vornherein bekannt, dass bei Diebstahl eine fristlose Kündigung erfolge (a.a.O., E. 2.3). Die beiden Sachverhalte lassen sich somit nicht ohne Weiteres vergleichen, wie der Kläger zu Recht geltend macht (Urk. 179 Rz 154 und Rz 158 f.). Der zitierte Bundesgerichtsentscheid taugt deshalb ebenso wenig als einschlägiger Präzedenzfall wie der in der Berufungsantwort ebenfalls genannte Entscheid BGer 4A\_236/2012 vom 2. August 2012 (vgl. Urk. 188 Rz 149), in welchem die Arbeitnehmerin keine (allenfalls fragwürdige) Anordnung ihres Vorgesetzten befolgt, sondern (neben anderen Verfehlungen) während dreier Jahre wiederholt klare Weisungen der Arbeitgeberin missachtet hatte. Insbesondere kann dem Kläger unter den gegebenen Umständen nicht die von der Beklagten zur Begründung der Unzumutbarkeit einer weiteren Zusammenarbeit angeführte Einstellung unterstellt werden, "die Rückerstattung von privaten Spesen im Zweifelsfall immer zu beantragen und zu spekulieren, dass niemand die private Natur der Rechnung bemerken wird" (vgl. Urk. 188 Rz 151). Entgegen der vorinstanzlichen und der beklagtischen Auffassung stellt der Umstand, dass sich der Kläger die Anwaltskosten von N.\_\_\_\_\_ (Urk. 69/84) von der Beklagten als Spesen zurückerstatten liess, somit ebenfalls keinen zulässigerweise nachgeschobenen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR dar. Auch damit liess sich die fristlose Kündigung nicht rechtfertigen.

- 57 - 2.2.3.4.3. Wie erwähnt, wurde (auch) die undatierte "Version Simple" der Zusatzvereinbarung III (Urk. 69/29) von den beiden damaligen Vorgesetzten des Klägers, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_, unterzeichnet. Ausserdem war sie – wie der Kläger in der vorinstanzlichen Triplik in (blosser) Präzisierung bzw. zulässiger näherer Substantiierung seiner schon in der Klageschrift vorgetragenen Behauptungen (und damit keineswegs verspätet; vgl. Urk. 188 Rz 183 a.E.) vortrug – in der Aufstellung, die der Kläger am 18. Juni 2013 M.\_\_\_\_\_ und AE.\_\_\_\_\_ zuhanden des Vergütungsausschusses übergab, explizit aufgelistet (vgl. Urk. 5/64 [unter A.\_\_\_\_\_, 3. Zeile, "Mai 2011"]; Urk. 1 Rz 119 und Urk. 136 Rz 418). Aus den bereits dargelegten Gründen ist der Beklagten die Kenntnis von der Existenz der Zusatzvereinbarung in der "Version Simple" anzurechnen, welche diese Personen dadurch erlangten oder bei gebotener Aufmerksamkeit erlangen konnten. Folglich wusste die Beklagte schon lange vor der Kündigung vom Abschluss dieser Vereinbarung betreffend Vertragsverlängerung. Entsprechend konnte die Mitwirkung des Klägers an der Vorbereitung und am Abschluss der "Version Simple" nicht mehr als Kündigungsgrund nachgeschoben werden; die Berufung darauf war längst verwirkt. Diesbezüglich kann auf das bereits Ausgeführte verwiesen werden (vorne, E. III.2.2.3.3). Dasselbe gilt auch bezüglich des Vorwurfs, der Kläger habe in grob pflichtwidriger Weise zugelassen, dass von einer und derselben Zusatzvereinbarung betreffend Vertragsverlängerung zwei unterschiedliche Versionen vorbereitet, unterschrieben und aufbewahrt worden seien, was für einen obersten Personalchef ein absolutes "No-go" darstelle (vgl. Urk. 180 S. 61 f.). Dabei ist letztlich ohne Belang, ob die undatierte "Version Simple" im für die Beklagte zugänglichen Personaldossier des Klägers oder im Tresor abgelegt war, zu welchem nur der Kläger Zugriff hatte. So oder anders lag keine den Vorwurf allenfalls rechtfertigende Verheimlichung des Umstands vor, dass von der Zusatzvereinbarung III zwei Versionen existierten. Vielmehr wurde dies der Beklagten insbesondere auch durch die Auflistung der bestehenden Verträge des Top-Kaders zuhanden des Vergütungsausschusses (Urk. 5/64) spätestens im Juni 2013 transparent gemacht. Aus dieser Auflistung war bezüglich der Verträge mit dem Kläger klar ersichtlich, dass unter anderem ein Zusatz zum Arbeitsvertrag vom "Mai 2011" (= Urk. 69/29) betreffend

- 58 - die "Verlängerung bis 31.12.2019 (8.5 Jahre)" sowie ein (in der offensichtlich chronologisch geordneten Aufstellung erst danach aufgeführter) weiterer Zusatz zum Arbeitsvertrag vom 30. April 2011 (Urk. 5/8) betreffend "Ergänzende Bestimmungen bei vorzeitiger Kündigung" existierten (vgl. Urk. 1 Rz 119 und Urk. 136 Rz 418; Urk. 179 Rz 125 [Ziff. 3] und Rz 147 [Ziff. 2]). Sollte sich die Beklagte (bzw. die zuständigen Organpersonen) danach im Einzelnen mit dem Inhalt der aufgelisteten Vereinbarungen befasst haben, wusste sie ohnehin von der Existenz beider Versionen. Sollte sie es hingegen bei den Hinweisen in der Auflistung be- wenden haben lassen, ohne sich näher um den Wortlaut, den Inhalt und das ge- genseitige Verhältnis der aufgelisteten Vereinbarungen zu kümmern, kann dies dem Kläger nicht zum Nachteil gereichen. Vielmehr wäre der Beklagten diesfalls vorzuhalten, dass sie bei gebotener Aufmerksamkeit um den Bestand der beiden Vertragsversionen und deren Inhalt hätte wissen müssen. Dies gilt selbst dann, wenn die Mitglieder des Vergütungsausschusses bei der erneuten Verlängerung des Arbeitsvertrags im Jahre 2015 entgegen den Vorbringen des Klägers (Urk. 83 Rz 478) nur unvollständig über die Kündigungsregeln der Zusatzvereinbarung vom 31. Mai 2015 informiert gewesen sein sollten, wie die Beklagte vermutet (vgl. Urk. 188 Rz 176 m.Hinw. auf Urk. 106 Rz 484 und Urk. 108/166 S. 72). Die Be- klagte hatte somit schon lange vor der Kündigung Kenntnis von der parallelen Existenz zweier Versionen der Zusatzvereinbarung III (oder musste zumindest davon Kenntnis haben) und den diesbezüglich relevanten Zusammenhängen (vgl. Urk. 180 S. 64). Nicht ersichtlich ist demgegenüber, inwiefern für die Erkennbarkeit der massgeblichen "Zusammenhänge" in Bezug auf die vorliegend debattierten Kün- digungsgründe auch der Umstand von Belang sein sollte, dass der Kläger – aus welchen Gründen und auf wessen Veranlassung auch immer – Berechnungen zu den Folgen einer möglichen Vertragsverlängerung bzw. zu allfälligen Abgangs- entschädigungen angestellt (vgl. Urk. 179 Rz 128 ff.; Urk. 188 Rz 157 ff.) und die- se Berechnungen (nur) auf einem Memory Stick in seinem Safe deponiert hatte (vgl. Urk. 180 S. 57 und S. 64; Urk. 188 Rz 142 f.). Auf die Abnahme diesbezüg- lich offerierter Beweise kann deshalb verzichtet werden (vgl. Urk. 179 Rz 129 m.Hinw. auf Urk. 83 Rz 435; Art. 150 Abs. 1 ZPO). Denn dieser Umstand ändert –

- 59 - ebenso wie auch der beklagtische Vorhalt, der Kläger lasse noch immer jegliche plausible Erklärung für die Daseinsberechtigung zweier unterschiedlicher Versio- nen der Zusatzvereinbarung vermissen (Urk. 188 Rz 115, Rz 187 [und Rz 178, Rz 182 f.] – nichts daran, dass der Beklagten die gleichzeitige Existenz zweier verschiedener Vertragsversionen über die gleiche Angelegenheit – eine davon mit teilweise gegen zwingendes Recht (Art. 337 und Art. 337b i.V.m. Art. 361 OR) verstossenden Entschädigungsbestimmungen –, welche dem Kläger zum Vorwurf gemacht wurde, schon lange vor der Kündigung bekannt war resp. bekannt sein musste. Dass der Kläger dieses "No-go" in gravierender Verletzung seiner Sorg- faltspflicht zugelassen habe, konnte von der Beklagten daher ebenfalls nicht mehr als wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR nachgeschoben werden. Damit er- übrigt es sich, zum Anlass und zu den Umständen, unter denen die beiden Versi- onen entstanden, Beweis zu erheben (vgl. Urk. 179 Rz 125 [Ziff. 2], Rz 147 [Ziff. 1] und Rz 149 f. m.Hinw. auf Urk. 83 Rz 405 und Urk. 136 Rz 417). Die Vorin- stanz unterstellte dem Kläger in diesem Zusammenhang auch keine Täu- schungsabsicht, sondern warf ihm (als Pflichtverletzung) bloss vor, die Gefahr von Täuschungen, Unklarheiten und Streitigkeiten, welche sich durch die Existenz zweier unterschiedlicher Versionen desselben Vertrags regelmässig ergebe, ge- schaffen zu haben (Urk. 180 S. 61; insoweit zutreffend Urk. 179 Rz 147 a.E. [Ziff. 3]). Mangels

Entscheiderheblichkeit konnte und kann deshalb auch auf eine Be- weisabnahme bezüglich Zweck und Verwendung der "Version Simple" verzichtet werden (vgl. Urk. 179 Rz 147 [Ziff. 2] und Rz 149 f. m.Hinw. auf Urk. 83 Rz 405 und Urk. 136 Rz 414, Rz 418; Art. 150 Abs. 1 ZPO), zumal auch die Beklagte für ihren Verdacht, der Kläger habe die undatierte "Version Simple" zu Verschlei- rungszwecken behalten (Urk. 188 Rz 184, Rz 189), in der Berufungsantwort keine Beweisanträge wiederholt, denen im vorinstanzlichen Verfahren nicht entspro- chen wurde (vgl. vorne, E. II.3). Bloss nebenbei sei angemerkt, dass auch in materieller Hinsicht höchst frag- lich erschiene, ob allein der von der Vorinstanz monierte Umstand, dass der Klä- ger die nach eigener Darstellung überholte undatierte Vertragsversion nach Un- terzeichnung der zweiten, "langen" Version (Urk. 5/8) nicht vernichtet, sondern aufbewahrt hat, als derart gravierende Pflichtwidrigkeit zu betrachten wäre, dass

- 60 - sie als wichtiger, seine fristlose Entlassung rechtfertigender Grund gelten könnte (vgl. Urk. 179 Rz 148). Die Frage wäre wohl eher zu verneinen, selbst wenn es sich dabei in der Tat um ein "No-go" handelt.

#### **E. 2.2.3.5**

Schliesslich ging die Vorinstanz zwar davon aus, dass der Beklag- ten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger aus objektiver Sicht nicht mehr zuzumuten gewesen sei. Sie führte jedoch nicht näher aus, weshalb weniger weit gehende Massnahmen nicht genügt hätten, um die dem Kläger vor- geworfenen Pflichtverletzungen zu sanktionieren, was der Kläger mit Recht rügt (vgl. Urk. 179 Rz 162 ff.). Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung kann nämlich nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die fristlose Entlassung des Klägers den einzigen Ausweg aus der "Vertrauenskrise", welche nach dem Führungswechsel durch die Entdeckungen der neuen Führung entstanden war, darstellte und dass zu deren Bewältigung keine mildere Massnahme hätte ergrif- fen werden können. Die lange Restvertragsdauer allein schliesst eine solche an- gesichts der stark relativierten Bedeutung der dem Kläger vorgeworfenen Verfeh- lungen – ungeachtet der besonders verantwortungsvollen Position des Klägers in der Organisation der Beklagten – jedenfalls keineswegs gleichsam selbstredend aus, wie die vorinstanzlichen Erwägungen implizieren. Eine objektive Unzumut- barkeit, das Arbeitsverhältnis fortzuführen, ist umso weniger anzunehmen, als die als Kündigungsgrund angeführten Handlungen des Klägers – sollten sie nicht oh- nehin auf einem "coordinated effort" beruht haben – dessen damaligen Vorge- setzten zumindest bekannt und von diesen abegesegnet oder jedenfalls toleriert worden waren, weil sie offenbar der damaligen "Unternehmenskultur" entspra- chen. Allein der Umstand, dass die neue Führung diese Kultur ändern und einen anderen Kurs einschlagen wollte, bot ihr noch keine Rechtfertigung für den Griff zur "ultima ratio". Die Beklagte wäre vielmehr gehalten gewesen, den Kläger zu- nächst für die missliebigen Handlungen abzumahnern und zur künftigen Einhal- tung der neu definierten Grundsätze und Verhaltensweisen anzuhalten.

#### **E. 2.2.4**

Zwischenergebnis Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung stellen die angeprangerten kläge- rischen Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Beschaffung der Tonauf-

- 61 - nahmen der B'.\_\_\_\_\_Ratssitzung vom 10. Mai 2016 und mit der Zusatzvereinba- rung vom 30. April 2011 keine von der Beklagten rechtzeitig geltend gemachten wichtigen Gründe im Sinne von Art. 337 OR dar, mit denen sich die fristlose Ent- lassung des Klägers

rechtfertigen liess. Insoweit hat die Vorinstanz das Recht unrichtig angewandt (Art. 310 lit. a ZPO) und erweist sich die Berufung als begründet. Damit fällt das argumentative Fundament, das den vorinstanzlichen Entscheid hinsichtlich der Verwerfung der eingeklagten Ansprüche aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung (Rechtsbegehren 1) trägt, aber dahin. Mit diesen (angeblichen) Verfehlungen lässt sich die Abweisung des Rechtsbegehrens 1 rechtlich nicht begründen. Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob (mindestens) einer der drei weiteren von der Beklagten nachgeschobenen Gründe eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen vermochte, was die Vorinstanz der Vollständigkeit halber ebenfalls prüfte und verneinte (vgl. Urk. 180 S. 64 ff. E. V.2.4; s.a. Urk. 180 S. 19 f. E. V.2.1; Urk. 188 Rz 73 und Rz 201).

#### **E. 2.2.5**

Abschluss der Zusatzvereinbarungen vom 30. April 2011 Dass und weshalb der beklagte Vorwurf, der Kläger habe in pflichtwidriger Weise am Abschluss der Zusatzvereinbarungen vom 30. April 2011 mitgewirkt, die fristlose Entlassung nicht zu rechtfertigen vermochte und der Vorinstanz diesbezüglich keine falsche Sachverhaltsfeststellung oder unrichtige Rechtsanwendung vorzuwerfen ist (vgl. Urk. 188 Rz 201 [1. Punkt]), wurde bereits erörtert (vorne E. III.2.2.3.3). Darauf kann verwiesen werden.

#### **E. 2.2.6**

Vorwürfe im Zusammenhang mit den Sonderboni H'.\_\_\_\_\_ 2010 (Zusatzvereinbarungen vom 1. Dezember 2010)

##### **E. 2.2.6.1**

Zu diesen Vorwürfen erwog die Vorinstanz zusammengefasst, dass im behaupteten Umstand, der Kläger habe im November 2010 Zusatzverträge für Bonuszahlungen im Betrag von gesamthaft Fr. ... vorbereitet, von denen er im Umfang von Fr. ... selbst profitiert und für welche die Beklagte keinerlei Gegenleistungen erhalten habe (vgl. Urk. 69/40, Urk. 69/41 und insbes. Urk. 5/7), möglicherweise eine Treuwidrigkeit zu erblicken sei. Die Frage müsse letztlich aber nicht geklärt werden. Denn im Hinblick auf die Frage, ob diese Vorwürfe als Gründe für die fristlose Entlassung nachgeschoben werden könnten, sei zu be-

- 62 - denken, dass die betreffenden Verträge von den zuständigen Gremien unterzeichnet gewesen seien und die Beklagte mithin davon gewusst habe. Auch in diesem Kontext lasse sich den an der Ausarbeitung und am Abschluss der Verträge beteiligten Personen eine Absicht, die Beklagte zu schädigen, wohl kaum nachweisen. Insofern seien diese nachgeschobenen Gründe verspätet. Sie hätten von der Beklagten bereits vor dem 23. Mai 2016 erkannt werden können. Dasselbe gelte für mögliche Pflichtverletzungen durch Missachtung von Buchhaltungsvorschriften bezüglich der Zahlungsverpflichtung von Fr. ... Auch hier könne offengelassen werden, ob die Sonderboni für die H'.\_\_\_\_\_ 2010 richtig verbucht worden seien oder diesbezüglich eine die fristlose Entlassung rechtfertigende Pflichtverletzung des Klägers vorliege, weil der Vorwurf falscher Verbuchung verspätet sei. So seien sowohl die Vorgesetzten des Klägers (D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_) als auch die Revisionsstelle der Beklagten (weit vor dem 23. Mai 2016) über den Abschluss der Zusatzverträge vom 1. Dezember 2010 (Urk. 69/40, Urk. 69/41 und Urk. 5/7) und die entsprechenden Zahlungen informiert gewesen. Letztere habe offenbar "alles abgesegnet", und offenbar habe auch die A&C-Kommission und die Finanzkommission der Beklagten

keine Beanstandungen erhoben (Urk. 180 S. 64 ff., insbes. S. 70 ff. E. V.2.4.1.2; s.a. Urk. 188 Rz 73 [2. Punkt]).

#### **E. 2.2.6.2**

Der Kläger äussert sich in der Berufungsschrift nicht zu diesen Erwägungen (vgl. Urk. 179 Rz 50). Die Beklagte rügt dazu in der Berufungsantwort, die Vorinstanz habe in sachverhaltlicher Hinsicht zu Unrecht die Schädigungsabsicht "der Beteiligten" verneint und hinsichtlich der Wissenszurechnung das Recht unrichtig angewandt. So sei "die Schädigungsabsicht der beteiligten Personen entgegen der Feststellung in ... [Urk.] 180 S. 70 als klar gegeben zu betrachten". Zudem könne "das Wissen der mit dem Kläger kolludierenden D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ der Beklagten betreffend Falschverbuchung entgegen ... [Urk.] 180 S. 73 nicht zugerechnet werden" (Urk. 188 Rz 201 [Ingress und 3. Punkt]).

#### **E. 2.2.6.3**

Diese Beanstandungen erfüllen die Anforderungen an eine rechts- genügende Geltendmachung von Mängeln im Rahmen einer Berufungsantwort nicht (vgl. dazu vorne, E. II.3). Damit bestreitet die Beklagte lediglich die vorinstanzlichen Feststellungen und Folgerungen, ohne ihre eigene (gegenteilige) Auf-

- 63 - fassung näher zu begründen und mit Hinweisen auf konkrete Stellen in den vorinstanzlichen Akten zu belegen. Sie zeigt insbesondere nicht auf, worauf sich die von ihr behauptete Schädigungsabsicht stützen soll und wo sie eine solche behauptet habe, und sie unterlässt jedwelche Auseinandersetzung mit dem Argument der Vorinstanz, auch die Revisionsstelle der Beklagten sei über den Abschluss der Zusatzverträge vom 1. Dezember 2010 und die entsprechenden Zahlungen informiert gewesen und habe offenbar alles abgesehen. Mit ihrer zu pauschal gehaltenen Kritik lässt sich kein Mangel im Sinne von Art. 310 ZPO nachweisen. Damit bleibt es beim vorinstanzlichen Schluss, die Vorwürfe im Zusammenhang mit den Sonderboni H'.\_\_\_\_\_ 2010 seien verspätet geltend gemacht worden und könnten deshalb nicht zur Rechtfertigung der fristlosen Kündigung nachgeschoben werden.

#### **E. 2.2.7**

Abschluss der Zusatzvereinbarungen vom 31. Mai 2015

##### **E. 2.2.7.1**

Mit Bezug auf die Mitwirkung des Klägers an den Zusatzvereinbarungen vom 31. Mai 2015, mit denen insbesondere auch dessen eigener Arbeitsvertrag um weitere vier Jahre bis zum 31. Dezember 2023 verlängert worden war (Urk. 5/12), verwies die Vorinstanz auf das von ihr zuvor Ausgeführte. D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_, aber auch der Vergütungsausschuss, hätten von diesen Verträgen gewusst. Alle hätten auch von den Verhaftungen ein paar Tage zuvor im Hotel AA.\_\_\_\_\_ und von der Anklage des DoJ gewusst. Die Beklagte selber habe ausgeführt, unmittelbar nach Veröffentlichung der Anklageschrift sei klar gewesen, dass B'.\_\_\_\_\_ -intern der Kläger als Finanzchef in die Überweisungen (Diaspora-Zahlung) involviert gewesen sei. Es brauche daher nicht geprüft zu werden, ob der Kläger im Zusammenhang mit dem Zusatzvertrag vom 31. Mai 2015 Pflichtverletzungen begangen habe, die zu einer fristlosen Entlassung hätten führen können. Denn das Nachschieben dieser Gründe wäre als verspätet zu betrachten (Urk. 180 S. 87 ff., insbes. S. 91 E. V.2.4.4.2).

##### **E. 2.2.7.2**

Während sich der Kläger in der Berufungsschrift auch dazu nicht äussert (vgl. Urk. 179 Rz 50), verweist die Beklagte in der Berufungsantwort auf das von ihr zum Abschluss der Zusatzvereinbarungen vom 30. April 2011 Ausgeführte, das "sinngemäss auch bezüglich der Vorwürfe im Zusammenhang mit der

- 64 - Erweiterung der goldenen Fallschirme bis 31. Dezember 2023" gelte. Der Kläger habe seine Verstrickung in die Diaspora-Zahlung der Vergütungskommission nie transparent offengelegt. Insbesondere hätte die Vorinstanz die von der Beklagten hierzu angebotenen Zeugen (M.\_\_\_\_\_ und AE.\_\_\_\_\_) anhören müssen (Urk. 188 Rz 201 [2. Punkt] m.Hinw. auf Urk. 106 Rz 467 ff.).

### **E. 2.2.7.3**

Mit diesen ebenfalls zu knapp und zu allgemein gehaltenen Vorbringen wiederholt die Beklagte – durch blosser Verweisung auf ihre Ausführungen vor Vorinstanz – letztlich nur ihren bereits früher eingenommenen Standpunkt, wonach dem Kläger auch diesbezüglich eine Treuwidrigkeit vorzuwerfen sei, von welcher sie damals keine ihr zurechenbare Kenntnis gehabt habe. Sie unterlässt es aber, sich hinreichend konkret mit den entscheiderelevanten Erwägungen auseinanderzusetzen, mit denen die Vorinstanz begründete, dass und weshalb diese Vorwürfe, deren Eignung als wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 Abs. 2 OR die Vorinstanz explizit offenliess, verspätet erhoben wurden. Die Beklagte zeigt insbesondere nicht rechtsgenügend auf, weshalb das schon lange vor der Kündigung vorhandene Wissen der im angefochtenen Entscheid genannten Organpersonen um diese Zusatzverträge und um die Involvierung des Klägers in die Diaspora-Zahlung entgegen vorinstanzlicher Ansicht der Beklagten nicht zurechnen sein sollte. Mit den blossen Hinweisen auf ihre vor Vorinstanz vorgetragene Behauptung, der Vergütungsausschuss hätte bei vollständiger Offenlegung aller Umstände der Diaspora-Zahlung die Verlängerung des Arbeitsvertrags nicht genehmigt, sowie auf die dazu offerierten Zeugenbeweise ist den Begründungsanforderungen, wie sie auch für Rügen in der Berufungsantwort gelten (vgl. vorne, E. II.3), jedenfalls nicht Genüge getan. Damit hat der vorinstanzliche Entscheid auch mit Bezug auf die Verneinung dieses nachgeschobenen Kündigungsgrundes Bestand.

### **E. 2.2.8**

Vorwürfe im Zusammenhang mit dem Abschluss der Zusatzvereinbarungen vom 19. Oktober 2011 und vom 10. Juni 2014

#### **E. 2.2.8.1**

Die Vorinstanz führte aus, dass auch eine Prüfung der Vorwürfe im Zusammenhang mit den Zusatzverträgen vom 19. Oktober 2011 und vom 10. Juni 2014 unterbleiben könne, weil Gründe für eine fristlose Entlassung vorlägen. Ent-

- 65 - sprechend habe die Beklagte die Vorwürfe denn auch bloss als "Exkursus" behandelt. Zudem sei auch hier fraglich, ob das Nachschieben rechtzeitig wäre (Urk. 180 S. 87 E. V.2.4.3.2).

#### **E. 2.2.8.2**

Die Beklagte macht dazu lediglich geltend, dass "[f]ür die Sonderboni 2014 und H'.\_\_\_\_\_ 2018" in Bezug auf die Wissenszurechnung die gleichen Überlegungen wie für die Sonderboni H'.\_\_\_\_\_ 2010 gelten müssten (Urk. 188 Rz 201 [4. Punkt]). Damit bezieht sie sich nur auf die Alternativbegründung, mit der die Vorinstanz die Rechtzeitigkeit dieser

Vorwürfe bezweifelte. Sie setzt sich jedoch nicht einmal ansatzweise mit der vorinstanzlichen Erstbegründung auseinander, wonach die betreffenden Vorwürfe schon deshalb nicht zu prüfen seien, weil die Beklagte selbst sie bloss als "Exkursus" behandelt habe. Folglich hat es damit sein Bewenden (vgl. vorne, E. II.3). Dass eine Prüfung der Vorwürfe unterbleiben kann, trifft im Übrigen auch materiell zu: In ihrer Klageantwort vom 20. August 2018 fasste die Beklagte fünf wichtige Gründe für die fristlose Entlassung des Klägers zusammen (Urk. 67 Rz 63 ff.; vgl. zur Begründung der Kündigung auch Urk. 5/51). Einen dieser Gründe sah sie in pflichtwidrigen klägerischen Verhaltensweisen im Zusammenhang mit den "Zusatzverträgen vom 1. Dezember 2010 mit Bonuszahlungen von USD ... und Falschverbuchungen dieser Zahlungen" (Urk. 67 Rz 65 m.Hinw. auf Ziff. D.IV; dazu vorne, E. III.2.2.6). Im Anschluss an die nähere Substantiierung der dem Kläger unter diesem Kündigungsgrund vorgehaltenen und von der Vorinstanz als hinreichender Grund für eine fristlose Entlassung verworfenen (Urk. 180 S. 64 ff.) Verfehlungen (Urk. 67 Rz 113-180 [S. 33 ff.]) führte sie als "Exkursus" "[w]eitere Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit der buchhalterischen Behandlung der Zusatzverträge vom 19. Oktober 2011 und 10. Juni 2014" an und legte diese dar (Urk. 67 Rz 181-190). In ihrer Duplik vom 27. September 2019 führte sie dazu – wiederum unter dem Titel "Exkursus" – aus, dass aufgrund der fehlerhaften Verbuchungen der (auch) in diesen Vereinbarungen festgesetzten Boni die Jahresrechnungen 2011 und 2012 falsch seien, wobei eine zuverlässige Quantifizierung dieses Fehlers im Nachhinein nicht mehr möglich sei; entsprechend sei diese Pflichtverletzung des Klägers in der Klageantwort auch im Rah-

- 66 - men eines Exkurses aufgeführt worden (Urk. 106 Rz 322 f.). Mit diesen je (und bloss) exkursweise, d.h. als Abschweifung von den an sich geltend gemachten Kündigungsgründen bzw. ausserhalb der eigentlichen Begründung des wichtigen Grundes der Verletzung von Treuepflichten im Zusammenhang mit den Zusatzverträgen vom 1. Dezember 2010, vorgetragenen Ausführungen zur Verbuchung dieser Boni durch den Kläger brachte die Beklagte selber zum Ausdruck, dass sie die damit behaupteten weiteren Pflichtverletzungen (wohl mangels hinreichender Substantiierbarkeit) nicht für geeignet hielt, den wichtigen Entlassungsgrund "Zusatzverträge vom 1. Dezember 2010" in rechtsrelevanter Weise zu stützen. Ebenso erhellt daraus und aus der Systematik der Klageantwort, in der ausdrücklich (nur) fünf Kündigungsgründe genannt und substantiiert wurden, dass sie diese Verfehlungen (bezüglich der Verträge vom 19. Oktober 2011 und vom 10. Juni 2014) nicht im Sinne eines eigenständigen wichtigen Grundes nachschieben, sondern lediglich auf weitere klägerische Pflichtverletzungen (Buchungsfehler) hinweisen wollte. Damit durfte und kann deren Prüfung unter dem Aspekt von Art. 337 OR aber in der Tat unterbleiben. Mit den lediglich als ergänzender "Exkursus" vorgetragenen Vorwürfen im Zusammenhang mit den Zusatzvereinbarungen vom 19. Oktober 2011 und vom 10. Juni 2014 lässt sich die fristlose Entlassung somit ebenfalls nicht rechtfertigen.

## **E. 2.2.9**

### **Diaspora-Zahlung**

#### **E. 2.2.9.1**

Auch im Zusammenhang mit der Zahlung und Verbuchung von USD 10 Mio. an den AB.\_\_\_\_ bzw. AC.\_\_\_\_ (sog. "Diaspora-Zahlung") warf die Beklagte dem Kläger kündigungsrelevante Pflichtverletzungen vor. Die Vorinstanz liess auch diesbezüglich offen, ob der Kläger in diesem Zusammenhang Pflichtverletzungen begangen habe, die

Grund für eine fristlose Entlassung gewesen wären. Denn sie kam zum Schluss, dass (auch) diese Vorwürfe als Gründe für eine fristlose Entlassung des Klägers verspätet nachgeschoben worden seien. Die Untersuchungen über die Angelegenheit "Diaspora-Zahlung" hätten lange vor der fristlosen Entlassung des Klägers, nämlich irgendwann im Mai 2015, nach den Verhaftungen im Hotel AA.\_\_\_\_\_ und nach Eröffnung der Strafuntersuchung des amerikanischen DoJ begonnen. Die Beklagte hätte via die von ihr mandatierten

- 67 - Anwaltskanzleien W.\_\_\_\_\_ und AH.\_\_\_\_\_ allfällige Pflichtverletzungen des Klägers bereits vor der fristlosen Entlassung erkennen können. Es möge zwar sein, dass die genauen Zusammenhänge erst nach Vorliegen der finalen Fassung des Diaspora-Reports am 30. März 2017 (Urk. 69/100) erkennbar gewesen seien. Die Beklagte hätte den Sachverhalt aber früher herausfinden können. Immerhin weist sie selber darauf hin, dass im Indictment des US Department of Justice vom 20. Mai 2015 auf die Rolle des Klägers als Ausführer der korruptionsverdächtigen Zahlungen ausdrücklich hingewiesen werde (Urk. 106 Rz 656). Ab diesem Zeitpunkt hätte die Beklagte näher hinschauen müssen. Im Hinblick auf die arbeitsrechtliche Frage, ob eine fristlose Entlassung rechtzeitig oder verspätet ausgesprochen worden sei, gälten strenge Regeln. Es könne nicht einfach beliebig lange untersucht, sondern müsse zügig vorgegangen werden. Hinzu komme, dass die Beklagte selber in der Quadruplik einräume, der E-Mail-Verkehr zwischen D.\_\_\_\_\_, AC.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ vom 4.-10. März 2008 (Urk. 138/356) legete nahe, dass D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ mit der Vorfinanzierung der Diaspora-Zahlung grundsätzlich einverstanden gewesen seien (Urk. 151 Rz 278). Die Vorsetzten des Klägers (und damit die Beklagte) hätten also zumindest in den Grundzügen von den Handlungen gewusst, die dem Kläger vorgeworfen würden (Urk. 180 S. 73 ff., insbes. S. 85 f. E. V.2.4.2.2).

#### **E. 2.2.9.2**

Mit diesen Erwägungen und dem daraus gezogenen Schluss, wonach die Beklagte die behaupteten Pflichtverletzungen des Klägers im Zusammenhang mit der Diaspora-Zahlung verspätet geltend gemacht habe und der daraus abgeleitete Kündigungsgrund deshalb verwirkt sei, setzt sich im Berufungsverfahren weder der Kläger (vgl. Urk. 179 Rz 50) noch die Beklagte (vgl. Urk. 188 Rz 201) näher auseinander. Insbesondere weist keine der Parteien rechtsgenügend nach, dass und inwiefern sie an einem Mangel im Sinne von Art. 310 ZPO, d.h. auf einer unrichtigen Rechtsanwendung oder einer unrichtigen Sachverhaltsfeststellung beruhen. Damit bleibt es bei der vorinstanzlichen Auffassung, dass die betreffenden Handlungen des Klägers wegen verspäteter Geltendmachung nicht als wichtiger Grund für dessen fristlose Entlassung nachgeschoben werden konnten (vgl. vorne, E. II.3). Sie bieten daher ebenfalls keine Rechtfertigung für die fristlose Kündigung.

- 68 -

#### **E. 2.3**

Ergebnis

##### **E. 2.3.1**

Nach den vorstehenden Erwägungen bestanden keine von der Beklagten rechtzeitig geltend gemachten wichtigen Gründe im Sinne von Art. 337 Abs. 2 OR. Da in der Berufungsantwort auch nicht dargelegt wird, dass und welche weiteren wo (Aktenstelle)

als Kündigungsgründe angeführten Handlungen des Klägers zur fristlosen Entlassung berechtigt hätten, war die am 23. Mai 2016 ausgesprochene fristlose Kündigung folglich ungerechtfertigt. Die gegenteilige vorinstanzliche Auffassung beruht auf einer unrichtigen Rechtsanwendung (Art. 310 lit. a ZPO). Insoweit ist die Berufung des Klägers begründet und das angefochtene Urteil mit Bezug auf die Abweisung des Rechtsbegehrens 1 der Klage (Dispositiv-Ziffer 3) aufzuheben.

### **E. 2.3.2**

Damit stellt sich die Frage nach Bestand und Umfang der mit dem Rechtsbegehren 1 eingeklagten vermögensrechtlichen Ansprüche des Klägers aus der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung (Art. 337c Abs. 1 und 3 OR). Zu- folge unrichtiger Beurteilung der Kündigungsgründe wurden diese Ansprüche von der Vorinstanz noch nicht geprüft. Die Sache ist deshalb zur Neuurteilung des Klagebegehrens 1 an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO), soweit dasselbe noch nicht durch Teilrückzug oder Teilurteil erledigt ist (vgl. Urk. 180 S. 119 f. bzw. Urk. 194). Dabei wird sich die Vorinstanz auch mit der Frage der Verbindlichkeit der Zusatzvereinbarungen vom 30. April 2011 (Urk. 5/8) und vom 31. Mai 2015 (Urk. 5/12) bzw. deren allfälligen Unverbindlichkeit wegen körperschaftlichen Interessenkonflikts (vgl. Urk. 188 Rz 192 ff. m.Hinw. auf Urk. 106 Rz 818 ff.) und mit dem (von ihr noch nicht geprüften; vgl. Urk. 180 S. 94) Aspekt der Missbräuchlichkeit der Kündigung (Art. 336 OR) auseinandersetzen haben (vgl. Urk. 179 Rz 177 ff., u.a. m.Hinw. auf Urk. 1 Rz 147 ff. und Rz 182 ff.; Urk. 83 Rz 707 ff., Rz 937 ff.; Urk. 188 Rz 203 ff.). Denn eine unbegründete fristlose Entlassung kann zugleich eine missbräuchliche Kündigung sein und die diesfalls (in aller Regel; vgl. BGER 4A\_91/2021 vom 19. Juli 2021, E. 6.1 m.w.Hinw.) allein geschuldete Pönale nach Art. 337c Abs. 3 OR ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter Mitberücksichtigung der Missbräuchlichkeit festzusetzen (BGE 121 III 64 E. 2 und 3; BSK OR I-Portmann/Rudolph,

- 69 - Art. 336a N 9 und Art. 337c N 7; ZK-Staehelin, Art. 337c OR N 20; Facin- cani/Bazzell, Stämpflis Handkommentar, Arbeitsvertrag, OR 336 N 11; Etter/Stucky, ibid., OR 337c N 44; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 336 OR N 66; KUKO OR-Schwaibold, Art. 336 N 32 und Art. 337c N 9). Ebenso wird die von der Beklagten schon vor Vorinstanz aufgeworfene Frage zu entscheiden sein, ob die Geltendmachung von Ansprüchen aus Art. 337c OR durch den Kläger gegen das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) verstosse (vgl. Urk. 67 Rz 755 ff. und Urk. 106 Rz 843 ff.; Urk. 180 S. 110 E. VIII.2.3), wie die Beklagte auch im Berufungsverfahren moniert (Urk. 188 Rz 197 ff.). Bereits entschieden ist demgegenüber die Frage der Verrechnung, nachdem die Vorinstanz die Verrechnungseinrede der Beklagten mangels hinreichender Substantiierung der Gegenforderung nicht zuliess (Urk. 180 S. 111 ff. E. IX, insbes. S. 116 f.) und die betreffenden Erwägungen im Berufungsverfahren von keiner Partei beanstandet werden (vgl. vorne, E. II.3). 3. Persönlichkeitsverletzung durch Medienmitteilungen (Klagebegehren 3a und 3b)

### **E. 3**

Gegen das Urteil vom 10. März 2021 erhob der Kläger mit Eingabe vom 29. April 2021 Berufung mit den vorstehend zitierten Rechtsmittelanträgen (Urk. 179). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (Urk. 1-178). Mit Verfügung vom 1. Juni 2021 wurde dem Kläger für die zweitinstanzlichen Gerichtskosten ein Vorschuss von Fr. 120'400.–

aufgelegt (Urk. 185), welcher am 7. Juni 2021 einging (Urk. 186). Die fristwährend zur Post gegebene Berufungsantwort der Beklagten (Urk. 188; s.a. Urk. 187 und Art. 142 f. ZPO) mit den vorne wiedergegebenen Anträgen datiert vom 27. September 2021 und wurde dem Kläger mit Verfügung vom 8. Oktober 2021 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 189). Dazu reichte der Kläger unter dem 25. Oktober 2021 eine spontane Replik ein (Urk. 190), welche der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 191). Weitere Eingaben erfolgten nicht. Am 10. Februar 2022 wurde den Parteien angezeigt, dass das Verfahren in die Phase der Urteilsberatung gehe (Urk. 193/1-2). Mit Teilurteil vom 11. März 2022 wurde die Beklagte in teilweiser Gutheissung des Rechtsbegehrens 1 der Klage verpflichtet, dem Kläger Fr. 71'250.– brutto nebst Zins zu 5% seit 23. Juni 2016 (pro rata-Ansprüche auf den 13. Monatslohn und den garantierten Bonus für das Jahr 2016; vgl. Urk. 179 Rz 168, Rz 171 ff.) zu bezahlen. Im darüber hinausgehenden Umfang wurde die Beurteilung der klägeri-

- 10 - schen Berufungsanträge einem späteren Entscheid vorbehalten (Urk. 194, insbes. S. 21 Disp.-Ziff. 1). Hierüber ist im Folgenden zu befinden. Dabei wirkt anstelle der bis anhin befassten Gerichtsschreiberin MLaw S. Meisel, die zurzeit nicht mehr im Amt ist, MLaw D. Frangi als Gerichtsschreiberin am Entscheid mit (vgl. BGer 5A\_523/2014 vom 13. Januar 2015, E. 2.2).

### **E. 3.1**

Zur Begründung seines Klagebegehrens 3 machte der Kläger vor Vorinstanz im Wesentlichen geltend, die Beklagte habe zwei mediale Rufmordkampagnen gegen ihn geführt, um ihn in ein schlechtes Licht zu rücken und die Öffentlichkeit von ihren eigenen Verfehlungen abzulenken. Die Medienmitteilung vom 23. Mai 2016 (Urk. 5/41) sei nicht sachlich, nicht richtig und nicht frei von unnötig verletzenden Äusserungen. Auch an der seiner Ansicht nach tendenziösen und irreführenden Medienmitteilung vom 3. Juni 2016 (Urk. 5/52) habe kein öffentliches Interesse bestanden, zumal er keine relative Person der Zeitgeschichte sei. Die öffentliche Diskreditierung eines Arbeitnehmers stelle eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 328 OR und Art. 28 ZGB dar. Er habe einen Anspruch auf Feststellung der Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 (recte: Art. 28a Abs. 1) Ziff. 3 ZGB. Vorliegend sei die Veröffentlichung einer Berichtigung oder des Urteils gemäss Art. 28a Abs. 2 ZGB das geeignete Mittel, um die negativen Folgen der Persönlichkeitsverletzung zu beseitigen (Urk. 1 Rz 189 ff.; Urk. 83 Rz 981 ff.).

- 70 - Die Beklagte bestritt eine Persönlichkeitsverletzung und diesbezügliche Ansprüche des Klägers (Urk. 67 Rz 720 ff.; Urk. 106 Rz 858 ff.).

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz erwog dazu, die erste Medienmitteilung (Urk. 5/41) sei kurz und bündig. Nachdem die fristlose Entlassung als gerechtfertigt anzusehen sei, stehe auch fest, dass der Inhalt zutreffend und bestimmt nicht persönlichkeitsverletzend sei. Ebenso wenig sei zu beanstanden, dass überhaupt eine Medienmitteilung verfasst worden sei. Die Beklagte als bedeutendster Sportverband der Welt dürfe die Entlassung des geschäftsführenden Generalsekretärs der Öffentlichkeit bekannt geben, weil daran ein öffentliches Interesse bestehe (Urk. 180 E. VII.3 S. 98). Die zweite Medienmitteilung (Urk. 5/52) sei bedeutend ausführlicher. Sie bestehe aus einer eigentlichen Mitteilung und drei Handouts und enthalte Angaben über interne Untersuchungsergebnisse aus Sicht der Beklagten, eine Zusammenstellung von Löhnen und Boni von D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und des Klägers sowie

zwei Klauseln (Ziffern 5 und 6) aus dem Zusatzvertrag vom 30. April 2011. Auch diese Medienmitteilung sei nach dem bisher Ausgeführten nicht zu beanstanden, wobei die Vorinstanz vorab wiederholte, dass ein öffentliches Interesse durchaus zu be- jahren sei. Ob eine Information der Öffentlichkeit in dieser Ausführlichkeit nötig gewesen wäre, sei fraglich. Rechtlich zu beanstanden sei sie nicht. Es seien in der Medienmitteilung keine falschen Informationen enthalten. Auch der Kläger selber mache dies nicht geltend. Es sei ein Fakt, dass er überdurchschnittlich viel verdient habe, und nicht einzusehen, was an der Medienmitteilung irreführend sein solle. Aus der Tabelle im Anhang, welche Teil der Medienmitteilung gewesen sei und die Löhne und Boni D. \_\_\_\_\_s, E. \_\_\_\_\_s und des Klägers enthalte, erge- be sich klar und übersichtlich, wer welche Arbeitsverträge unterschrieben habe. Im Übrigen bestehe durchaus ein gewisses öffentliches Interesse daran, was in der B'. \_\_\_\_\_ verdient werde bzw. worden sei. Der Kläger selber stelle sich so- dann als Teil des Top-Kaders der Beklagten dar. Entsprechend hoch sei seine Vergütung gewesen, und es sei nicht verwunderlich, dass sich die Öffentlichkeit dafür interessiere. Diese Öffentlichkeit habe ohne Weiteres erfahren dürfen, dass

- 71 - der Kläger unter anderem auch von Verträgen profitiert habe, deren Inhalte zu- mindest nicht unproblematisch seien (Urk. 180 E. VII.3 S. 97 f.). Für die Frage der Rechtmässigkeit der Kündigung, so die Vorinstanz weiter, habe offenbleiben können, ob beispielsweise mit den Vertragsverlängerungen Pflichtverletzungen begangen worden seien. Für die Frage, ob mit der Kommuni- kation durch die Beklagte die Persönlichkeit des Klägers verletzt worden sei, habe das allerdings eine gewisse Relevanz. Die Verträge betreffend die Verlängerun- gen des Arbeitsverhältnisses, einerseits im April 2011, andererseits im Mai 2015, seien offensichtlich vorwiegend im Interesse von E. \_\_\_\_\_ und des Klägers, sicher nicht im Interesse der Beklagten gewesen. Von gleichlaufenden Interessen des Klägers und der Beklagten zu sprechen (vgl. Urk. 83 Rz 400) sei abwegig. Allein der Umstand, dass früher bei anderen Personen die gleichen goldenen Fallschir- me vereinbart worden seien, bedeute noch nicht, dass solche Regelungen zweckmässig seien und dies für immer so bleiben müsse. Wenn der Kläger aus- führe, es sei auch in der zwischenzeitlich von der Beklagten erlassenen B'. \_\_\_\_\_ Compensation Policy vom 1. Januar 2014 explizit vorgesehen gewesen, dass die Arbeitsverträge des Generalsekretärs und des stellvertretenden Generalsekretärs aufgrund deren grossen politischen Exposure vier Jahre über das laufende Präsi- dialmandat hinaus liefen (Urk. 83 Rz 410), und damit die Vertragsverlängerungen in den Zusatzverträgen vom 30. April 2011 (bzw. in den undatierten "Versions Simples") zu rechtfertigen versuche, dann überzeuge das in keiner Weise. Am 30. April 2011 sei ja eben genau noch nicht bekannt gewesen, ob D. \_\_\_\_\_ noch- mals gewählt werde. Und der Arbeitsvertrag des Klägers sei ja noch bis Ende 2015 gelaufen, also mehr als vier Jahre über das laufende Präsidialmandat hin- aus. (Es sei unzutreffend, wenn der Kläger in Urk. 83 Rz 431 von weniger als vier Jahren spreche.) Wie man es drehen oder wenden wolle, die Vertragsverlänge- rung vor der Präsidentenwahl im Mai 2011 sei nicht im Interesse der Beklagten gewesen. Ebenso wenig hätten Vertragsverlängerungen Ende Mai 2015 kurz nach den medienwirksamen Verhaftungen hoher B'. \_\_\_\_\_-Funktionäre in Zürich und nach Bekanntgabe einer Anklage des DoJ im objektiven Interesse der Be- klagten gelegen. Zur Wahrung der Kontinuität seien Vertragsverlängerungen kei- neswegs nötig gewesen, seien damals die Verträge ohnehin noch bis Ende 2019

- 72 - gelaufen. Aus den vorliegenden Akten ergebe sich zweifellos der Eindruck einer gewissen Selbstbedienungsmentalität innerhalb der Beklagten. Insofern könne auch eine Medienmitteilung, welche diesen Eindruck vermittele, nicht als persönlichkeitsverletzend angesehen werden (Urk. 180 E. VII.3 S. 99 f.). Als Fazit hielt die Vorinstanz fest, dass von einer Persönlichkeitsverletzung des Klägers im Zusammenhang mit den Medienmitteilungen nicht gesprochen werden könne. Es bestehe daher weder ein Feststellungsanspruch (Rechtsbegehren 3a) noch ein Berichtigungsanspruch (Rechtsbegehren 3b) (Urk. 180 E. VII.3 S. 100).

### **E. 3.3**

Der Kläger wendet hiergegen ein, die fristlose Kündigung sei gerade nicht gerechtfertigt gewesen. Die erste Medienmitteilung treffe somit inhaltlich (gemeint: nicht) zu und verletze deshalb zwingend seine Persönlichkeit. Zudem lasse die Vorinstanz ausser Acht, dass die Beklagte gezielt Informationen an die Presse habe durchsickern lassen, worauf darin kolportiert worden sei, dass der Kläger "irreguläre" Bonuszahlungen erhalten und sich selbst Boni in Millionenhöhe ausbezahlt haben solle, was erwiesenermassen nicht zutrefte (Urk. 179 Rz 183 f.). An der zweiten Medienmitteilung sei insbesondere problematisch, dass darin bewusst der Eindruck erweckt werde, der Kläger habe zusammen mit seinen Vorgesetzten in einem "coordinated effort" sich selbst Geld zugeschanzt (vgl. Urk. 5/52 S. 2). Es werde impliziert, dass auch der Kläger seitens der Beklagten Verträge gezeichnet habe. Er habe aber mehrfach ausgeführt, dass er seitens der Beklagten nie irgendwelche Vergütungsaufträge zu seinen eigenen oder zu Gunsten seiner Vorgesetzten unterzeichnet habe. Ebenso habe es sich bei den Bonuszahlungen, Vertragsverlängerungen und -inhalten stets um reine "Top Down"-Entscheidungen seiner Vorgesetzten gehandelt, auf welche er keinen Einfluss gehabt und die er auch nicht zu beeinflussen versucht habe. Wenn die Vorinstanz dies trotz Absenz anderweitiger Hinweise in Frage stelle, hätte sie die von ihm hierzu anbotenen Zeugen D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ befragen müssen. Entsprechend könne dem Kläger auch keine "Selbstbedienungsmentalität" vorgeworfen werden. Da in der zweiten Medienmitteilung jedoch bewusst der Eindruck erweckt werde, der Kläger habe sich selbst und seinen Vorgesetzten Geld zugeschanzt,

- 73 - verletze auch diese Mitteilung seine Persönlichkeit. Er habe deshalb einen Anspruch auf Feststellung der Persönlichkeitsverletzung sowie auf Veröffentlichung einer Berichtigung und des Urteils (Urk. 179 Rz 185 ff. und Rz 141 m.Hinw. auf Urk. 1 Rz 91, Rz 110 und Urk. 83 Rz 399, Rz 404 f. sowie Art. 28a Abs. 2 ZGB). Die Beklagte hält diese Einwände für unbegründet und pflichtet dem vorinstanzlichen Entscheid, das Rechtsbegehren 3 abzuweisen, bei (Urk. 188 Rz 208 ff.).

### **E. 3.4**

Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen (Art. 28 Abs. 1 ZGB). Dabei gewährt das Gesetz dem Verletzten insbesondere die in Art. 28a ZGB statuierten Ansprüche. Eine Verletzung der Persönlichkeit im Sinne von Art. 28 ZGB (und Art. 328 OR, welcher keine Erweiterung, sondern eine Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes im Arbeitsrecht darstellt; vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 328 N 2; CHK-Emmel, OR 328 N 2; BGer 4A\_220/2011 vom 5. September 2011, E. 3.3.2 m.w.Hinw.) liegt namentlich dann vor, wenn die Ehre einer Person beeinträchtigt wird, indem ihr berufliches oder gesellschaftliches Ansehen geschmälert wird. Ob eine

Äusserung geeignet ist, dieses Ansehen herabzumindern, beurteilt sich objektiviert nach Massgabe eines Durchschnittslesers, wobei dies unter Würdigung der konkreten Umstände wie etwa des Rahmens der Äusserung zu erfolgen hat (BGE 129 III 49 E. 2.2 S. 51). Gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB ist jede Verletzung der Persönlichkeit widerrechtlich, es sei denn, sie ist durch die Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt.

### **E. 3.5**

Die erste Medienmitteilung vom 23. Mai 2016 (Urk. 5/41) lautete wie folgt: "[...]" Zwar war diese Mitteilung kurz und bündig. Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung war die fristlose Entlassung des Klägers aber nicht gerechtfertigt (vgl. vorne, E. III.2, insbes. E. III.2.3.1). Damit entfällt das zentrale Argument der vor-

- 74 - instanzlichen Begründung. Das ändert zwar nichts daran, dass der Inhalt der Medienmitteilung inhaltlich zutrifft (vgl. Urk. 188 Rz 211), nämlich dass der Kläger von der Beklagten mit sofortiger Wirkung entlassen wurde, weil interne Untersuchungen der Beklagten Verletzungen seiner treuhänderischen Verantwortung in Bezug auf sein Arbeitsverhältnis festgestellt hätten. Damit ist an sich noch nichts über die (objektive) Begründetheit der fristlosen Entlassung gesagt. Die Mitteilung gibt lediglich und wahrheitsgemäss die Reaktion der Beklagten auf die Erkenntnisse ihrer eigenen internen Untersuchungen und den Grund für die ausgesprochene Kündigung wieder. Dennoch erweckt sie beim Durchschnittsleser den Eindruck, die fristlose Entlassung sei zu Recht erfolgt, weil sich der Kläger entsprechend schwere Verletzungen seiner arbeitsvertraglichen (Treue-)Pflichten habe zuschulden kommen lassen. Insoweit entspricht der von ihr (objektiviert) vermittelte Inhalt nicht der Wahrheit bzw. lässt er die Entlassung und das ihr zugrunde liegende klägerische Verhalten in einem falschen Licht erscheinen. Ob vor diesem Hintergrund ohne Weiteres feststeht, dass die Mitteilung im veröffentlichten Wortlaut (d.h. einschliesslich der mit dem Vorwurf treuwidrigen resp. vertragsverletzenden Verhaltens verbundenen Angabe des Kündigungsgrundes) "bestimmt nicht persönlichkeitsverletzend" ist und ein Interesse der Öffentlichkeit an deren Bekanntgabe bestand, steht keineswegs von vornherein fest, sondern erfordert eine nähere Prüfung (vgl. dazu etwa Portmann, Genugtuungsbegründende Persönlichkeitsverletzungen im Arbeitsverhältnis – Konkretisierung nach Tatbeständen, Zurechnungsgründen und Rechtsgrundlagen, in: Wiegand/Koller/Walter [Hrsg.], Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, 2009, S. 594 und S. 595 f.; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 328 N 24 ff. m.w.Hinw.). Auch diesbezüglich ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Anzumerken bleibt, dass es sich bei den klägerischen Ausführungen zum Durchsickern-Lassen von Informationen an die Presse um reine Mutmassungen handelt (vgl. Urk. 1 Rz 74; Urk. 83 Rz 989 f.; Urk. 179 Rz 184), die von der Beklagten bestritten wurden und noch immer bestritten werden (Urk. 67 Rz 734; Urk. 106 Rz 865; Urk. 188 Rz 211) und für welche keine Beweise offeriert wurden. Daraus lässt sich nichts zu Gunsten des Klägers ableiten.

- 75 -

### **E. 3.6**

Ebenso verhält es sich im Ergebnis mit der zweiten, wesentlich ausführlicheren Medienmitteilung vom 3. Juni 2016 (Urk. 5/52). So mag es angesichts der

gesellschaftlichen Bedeutung der Beklagten als allseits bekanntem, weltweit tätigem Sportverband mit damals grosser Medienpräsenz zwar zutreffen, dass grundsätzlich ein öffentliches Interesse an den darin enthaltenen Informationen bestand und diese insofern nicht irreführend sind, als sich aus dem Anhang (Handout 1) klar und übersichtlich ergibt, wer von den drei Top-Funktionären (D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und Kläger) welchen Lohn und welche Boni erhielt und von wem die betreffenden Vereinbarungen seitens der Beklagten unterzeichnet worden waren. Nicht ohne Weiteres beizupflichten ist indessen der vorinstanzlichen Feststellung, in der Mitteilung seien keine falschen Informationen enthalten und solches werde vom Kläger auch nicht geltend gemacht. Darin wurde aus dem damaligen Stand der internen Untersuchung unter anderem bekannt gegeben, dass "the new documents and evidence appear to reveal a coordinated effort by three former top officials of B'.\_\_\_\_\_ [nämlich "former B'.\_\_\_\_\_ President D.\_\_\_\_\_, former Secretary General E.\_\_\_\_\_, and former Deputy Secretary General A.\_\_\_\_\_"] to enrich themselves through annual salary increases, H'.\_\_\_\_\_ bonuses and as well as undue severance payments" "totaling more than CHF ... – in just the last five years"; ausserdem, dass die Beklagte am 23. Mai 2016 "announced that it had terminated with immediate effect the contract of the then- Deputy Secretary General A.\_\_\_\_\_, for breaches of his fiduciary duties toward B'.\_\_\_\_\_. That decision was based on documents and evidence collected as part of the internal investigation" (Urk. 5/52 S. 1 f.). Für die letztere Feststellung gilt das zur Mitteilung vom 23. Mai 2016 Ausgeführte (vorstehend, E. III.3.5) sinngemäss, wird doch auch hier impliziert, die fristlose Entlassung sei zu Recht erfolgt. Überdies vermittelt der Hinweis auf einen "coordinated effort" den Eindruck, die drei früheren Top-Kadermitglieder hätten sich die Gelder in gemeinsamem Zusammenwirken gegenseitig zugeschanzt, um sich zu bereichern. Der Kläger bestritt diese von der Beklagten übernommene Sachdarstellung stets und machte geltend, es habe sich bei den Entscheiden betreffend die Zusatzverträge um reine "Top Down"-Entscheidungen seiner Vorgesetzten gehandelt, an deren Zustandekommen er nicht beteiligt gewesen sei und auf die er keinen Einfluss gehabt habe

- 76 - (Urk. 1 Rz 110; Urk. 83 Rz 402 ff.). Hierfür offerierte er auch (taugliche) Beweise (a.a.O.), welche jedoch nicht abgenommen wurden. Sollte sich seine Behauptung erstellen lassen, erweise sich die Feststellung, der Kläger habe an einem "coordinated effort" mitgewirkt, und der dadurch implizierte Vorwurf, auch er selbst habe eine gewisse "Selbstbedienungsmentalität" an den Tag gelegt, als unwahr und erschiene die Mitteilung aus persönlichkeitsrechtlicher Sicht in einem anderen, neu zu beurteilenden Licht. Diesfalls könnte sie durchaus geeignet sein, ein spürbar verfälschtes Bild vom Kläger zu zeichnen, das ihn im Ansehen der Mitmenschen empfindlich herabsetzt (vgl. BGE 129 III 529 E. 3.1 S. 531). Das angefochtene Urteil ist deshalb auch in diesem Punkt aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO). Eine (reformatorische) Gutheissung des Klagebegehrens 3b durch die Berufungsinstanz fällt im Übrigen auch deshalb ausser Betracht, weil noch offen ist, ob die Beklagte zur Leistung einer Entschädigung für die ungerechtfertigte fristlose Entlassung zu verpflichten sein wird (vgl. vorne, E. III.2.3.2). 4. Fazit Zusammenfassend ergibt sich, dass die von der Vorinstanz als wichtige Gründe im Sinne von Art. 337 OR qualifizierten Verhaltensweisen des Klägers dessen fristlose Entlassung nicht zu rechtfertigen vermochten. Entsprechend lässt sich die Abweisung des Rechtsbegehrens 1 der Klage nicht auf diese Gründe resp. Verhaltensweisen stützen. Dasselbe gilt mit Bezug auf die Rechtsbegehren 3a und 3b der Klage, welche die Vorinstanz ebenfalls gestützt auf die unzutreffende rechtliche Annahme

und Begründung abwies, die fristlose Kündigung sei gerechtfertigt gewesen. Die Berufung ist somit begründet und das vorinstanzliche Urteil mit Bezug auf die Abweisung der Rechtsbegehren 1, 3a und 3b der Klage (Dispositiv-Ziffer 3) aufzuheben. Da ein wesentlicher Teil der Klage nicht (resp. auf unzutreffender Grundlage) beurteilt wurde, ist die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO). Vorbehalten und von der Rückweisung ausgenommen bleibt die teilweise Gutheissung des Rechtsbegehrens 1 gemäss Teilurteil vom 11. März 2022 (Urk. 194 S. 21 Disp.-

- 77 - Ziff. 1 Abs. 1). In diesem (Teil-)Umfang (Fr. ... brutto nebst Zins zu 5% seit 23. Juni 2016) wurde das Rechtsbegehren 1 bereits (reformatory) beurteilt. Ebenfalls aufzuheben ist die explizit mitangefochtene Regelung der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 180 S. 120 f. Disp.-Ziff. 5-7; vgl. Urk. 179 S. 2 und Rz 191 ff.), die je nach Verfahrensausgang neu zu verteilen sein werden. Dabei ist daran zu erinnern, dass über die erstinstanzlichen Nebenfolgen bereits im Berufungsentscheid vom 3. Februar 2022 (Urk. 192) anteilmässig entschieden wurde. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Das Gericht entscheidet über die Prozesskosten in der Regel im Endentscheid (Art. 104 Abs. 1 ZPO) nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens der Parteien (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Das gilt grundsätzlich auch für die Berufungsinstantz. Fällt diese einen Rückweisungsentscheid, kann sie die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens gemäss Art. 104 Abs. 4 ZPO allerdings auch der Vorinstanz überlassen. Diese fakultative "Kann"-Bestimmung gibt der Rechtsmittelinstanz die Wahl, entweder die zweitinstanzlichen Prozesskosten in ihrem Rückweisungsentscheid (insbesondere gemäss dem Ausgang der Berufungsfrage resp. des Berufungsverfahrens) selbst direkt und definitiv zu regeln oder die Kosten nur festzusetzen, deren Verteilung aber der ersten Instanz zu überlassen und damit (grundsätzlich) vom endgültigen Verfahrensausgang abhängig zu machen. Das Gesetz favorisiert keine dieser beiden Varianten, sondern stellt sie ins freie Ermessen der Rechtsmittelinstanz (BGer 4A\_523/2013 vom 31. März 2014, E. 8.1). Das vorliegende Berufungsverfahren drehte sich thematisch hauptsächlich um die Rechtmässigkeit der fristlosen Entlassung des Klägers. Die Berufungsfrage war insofern klar umrissen. Deshalb und angesichts der differenzierten Kostenfestsetzung, die überdies in zwei selbstständigen Berufungsentscheiden erfolgt, erscheint es sinnvoll und sachgerecht, die zweitinstanzlichen Kosten (im Sinne

- 78 - von Art. 104 Abs. 1 ZPO) entsprechend dem Ausgang der Berufungsfrage bzw. des Berufungsverfahrens direkt definitiv zu verlegen. 2. Der (Verfahrens-)Streitwert der vorliegenden Berufung (betreffend die Rechtsbegehren 1 und 3 der Klage) beträgt Fr. 9'961'703.- (vgl. Art. 91 Abs. 1 ZPO sowie § 12 Abs. 2 GebV OG und § 13 Abs. 1 AnwGebV). Gestützt darauf ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf insgesamt Fr. 120'400.- festzusetzen. Davon wurde für das Teilurteil vom 11. März 2022 bereits eine anteilmässige Gebühr von Fr. 900.- gesprochen (Urk. 194 S. 19 E. 4.1 und S. 21 Disp.-Ziff. 3). Die Entscheidgebühr für den vorliegenden (Rückweisungs-)Beschluss ist demnach auf Fr. 119'500.- festzusetzen. 3. Die Beklagte unterliegt im Berufungsverfahren mit ihrem Antrag auf Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 188 S. 2 Antrag 1; vgl. auch Urk. 194 S. 21 Disp.-Ziff. 1). Demgegenüber dringt der Kläger bezüglich der Berufungsfragen durch (vgl. auch Urk. 194 S. 21 Disp.-Ziff. 1). Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen

Verfahrens, einschliesslich der im Teilurteil vom 11. März 2022 festgesetzten, aber noch nicht verteilten Entscheidungsgebühr von Fr. 900.–, sind deshalb vollumfänglich der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie sind mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO), wobei die Beklagte dem Kläger den Vorschuss zu ersetzen hat (Art. 111 Abs. 2 ZPO). 4. Überdies ist die Beklagte antragsgemäss (vgl. Urk. 179 S. 2) zu verpflichten, dem anwaltlich vertretenen Kläger für das vorliegende Berufungsverfahren eine volle, auf insgesamt Fr. 43'080.– (Fr. 40'000.– zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer) festzusetzende Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 und Art. 111 Abs. 2 ZPO; § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1, § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

- 79 - Es wird beschlossen: 1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 10. März 2021 wird mit Bezug auf die Abweisung der Rechtsbegehren 1, 3a und 3b der Klage (Dispositiv-Ziffer 3) sowie die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositiv-Ziffern 5-7) aufgehoben. Die Sache wird zur Neubeurteilung der Rechtsbegehren 1, 3a und 3b der Klage sowie der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen im noch offenen Umfang an die Vorinstanz zurückgewiesen. Vorbehalten bleibt die teilweise Gutheissung des Rechtsbegehrens 1 gemäss Teilurteil vom 11. März 2022. 2. Die Entscheidungsgebühr für den vorliegenden Beschluss wird auf Fr. 119'500.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das vorliegende Berufungsverfahren (LA210014-O) von insgesamt Fr. 120'400.– (Fr. 900.– für das Teilurteil vom 11. März 2022 sowie Fr. 119'500.– für den vorliegenden Beschluss) werden der Beklagten auferlegt und mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den geleisteten Vorschuss von Fr. 120'400.– zu ersetzen. 4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das vorliegende Berufungsverfahren (einschliesslich der anwaltlichen Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Teilurteil vom 11. März 2022) eine Parteientschädigung von Fr. 43'080.– zu bezahlen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an den Kläger unter Beilage einer Kopie von Urk. 198, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von Urk. 199) und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Die erst- und zweitinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz.

- 80 -

#### **E. 4**

Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). In zeitlicher Hinsicht ist grundsätzlich erforderlich und auch genügend, Noven im ersten Schriftenwechsel vor der Berufungsinstanz vorzubringen. Hat die Phase der Urteilsberatung begonnen, sind sowohl echte als auch unechte Noven, die sich auf das Prozessthema selbst beziehen, generell ausgeschlossen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4-2.2.5 S. 418; BGE 143 III 42 E. 5.1 S. 43 f.). Wer sich auf Noven beruft oder solche vorträgt, hat deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 143 III 42 E. 4.1 S. 43; BGer 5A\_86/2016 vom 5. September 2016, E. 2.1 [je m.w.Hinw.]). Werden Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge im Berufungsverfahren bloss erneuert, ist un-

- 14 - ter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufzuzeigen, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz eingebracht wurden; andernfalls gelten sie als neu. Neue rechtliche Argumente (Vorbringen zum Recht) stellen keine Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO dar und können in der Berufung uneingeschränkt vorgetragen werden (BGer 4A\_519/2011 vom 28. November 2011, E. 2.1; BGer 5A\_351/2015 vom 1. Dezember 2015, E. 4.3; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 33; Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 1 m.w.Hinw.). Sie dürfen sich allerdings nicht auf unzulässige neue Tatsachen stützen.

#### **E. 5**

Schliesslich ist zu beachten, dass das vorliegende (ordentliche) Verfahren mit Bezug auf die Feststellung des Sachverhalts der Verhandlungsmaxime unterliegt (Art. 55 ZPO). Es ist demnach Sache der Parteien, dem Gericht das für die Rechtsanwendung relevante Tatsachenfundament zu präsentieren, d.h. den entscheidungswesentlichen Sachverhalt zu behaupten und die Beweismittel für ihre tatsächlichen Behauptungen anzugeben. Das Gericht darf seinem Entscheid nur behauptete (und unbestritten gebliebene oder bewiesene) Tatsachen zugrunde legen. Unbestrittene Tatsachen (Behauptungen) hat es (unter dem Vorbehalt von Art. 153 Abs. 2 ZPO) als erstellt zu betrachten.

#### **E. 6**

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) i.V.m. Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit arbeitsrechtlicher Natur. Der Streitwert der Hauptsache liegt über Fr. 15'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 4. Oktober 2022  
Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: MLaw D. Frangi  
versandt am: ip

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