

ZH_OBERGERICHT LA220010 vom 4. August 2023

ZH Obergericht, 2023-08-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA220010

FR: ZH_OBERGERICHT LA220010 du 4 août 2023

IT: ZH_OBERGERICHT LA220010 del 4 agosto 2023

Erwägungen

E. 1

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft (Société Anonyme) mit Hauptsitz in C._____, die in Zürich über eine Zweigniederlassung verfügt und Bankgeschäfte betreibt (Urk. 19/2). Der Kläger wurde mit Arbeitsvertrag vom 18. Juni 2014 von der D.____ AG, Zweigniederlassung Zürich, als "E.____ im Range eines Directors" angestellt. Sein Bruttogehalt betrug CHF 185'000.–; zudem nahm er am Bonus-Plan der Bank teil (Urk. 5/3). Mit Schreiben vom 24. Juni 2019 informierten die Beklagte und die D.____ AG den Kläger gemäss Art. 333a OR über den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte infolge Verkaufs des Betriebsteils "... Markets & ..." (Urk. 5/4). Der Kläger stimmte diesem Übergang zu. Mit dem Betriebsteilübergang trat die Beklagte in den mit der D.____ AG bestehenden Arbeitsvertrag unter Fortgeltung der derzeitigen Arbeitsbedingungen ein. Die Beklagte stellte in Aussicht, dem Kläger zwecks Vereinheitlichung der Verträge einen geänderten Vertrag anzubieten (Urk. 1 S. Rz 20 f., Urk. 5/4 S. 3, Urk. 19/5 S. 7). Am 19. Juni / 15. Juli 2019 unterzeichneten die Parteien einen neuen Arbeitsvertrag, wonach der Kläger ab 15. Juli 2019 weiterhin als "Senior Manager F.____" im Range eines "Director" zu einem Jahreslohn von CHF 191'000.– brutto zuzüglich Bonus angestellt blieb (Urk. 19/4).

E. 1.1

Berufung und Anschlussberufung wurden form- und fristgerecht erhoben. Sie richten sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid. Die Parteien haben die ihnen auferlegten Kostenvorschüsse rechtzeitig geleistet. Da die Streitwertgrenze erreicht wird, ist auf die Berufung und die Anschlussberufung – unter Vorbehalt hinreichender Begründung – einzutreten (Art. 308 Abs. 1 und Art. 311 ZPO).

E. 1.2

Die Berufung hemmt die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Nicht angefochten wurde die Klageabweisung insoweit, als: Rechtsbegehren Ziffer 1 im Umfange von CHF 5'364.55 netto zuzüglich Zins zu 5% Zins seit 10. Oktober 2019 abgewiesen wurde (CHF 27'126.35 [CHF 28'371.35 abzüglich CHF 1'245.–] abzüglich CHF 15'792.45 abzüglich CHF 5'969.35 [CHF 7'214.35 abzüglich CHF 1'245.–]); Rechtsbegehren Ziffer 2 im Umfange von CHF 49'970.– netto [= brutto] zuzüglich Zins zu 5% Zins seit 10. Oktober 2019 abgewiesen wurde (CHF 104'970.– abzüglich CHF 16'145.– abzüglich CHF 38'855.–). Diese Punkte sind mit Ablauf der Frist zur Erhebung der Anschlussberufung am 31. Mai 2022 in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist. Im Streite liegen demzufolge noch CHF 23'006.80 (Schadenersatz) sowie CHF 55'000.– (Pönale) und die Ausstellung des Arbeitszeugnisses.

E. 1.3

Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO), wobei die Berufung zu begründen ist (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Das Berufungsverfahren ist als eigenständiges Verfahren ausgestaltet. Es dient nicht der Vervollständigung des

- 14 - vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheides im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen. In der Begründung ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfechtet, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht. Allgemeine Kritik oder ein blosser Verweis auf die erstinstanzlichen Vorbringen genügen den Begründungsanforderungen nicht (BGE 142 III 413 E. 2.2.2 mit Hinweisen, 141 III 569 E. 2.3.3, 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_72/2021 vom 28. September 2021, E. 7.3.2 mit Hinweisen). Soweit in der Berufungsbegründung Tatsachen vorgebracht oder Sachverhaltsrügen erhoben werden, ist mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor Vorinstanz zu zeigen, wo die entsprechenden Behauptungen oder Bestreitungen vorgetragen wurden (ZPO-Rechtsmittel-Kunz, Art. 311 N 95 und N 97; Hungerbühler/Bucher, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 311 N 37). Auch sind die Parteien grundsätzlich gehalten, erstinstanzlich gestellte Beweisanträge, denen nicht entsprochen wurde, vor der zweiten Instanz zu wiederholen. Dies gilt auch für die berufungsbeklagte Partei, muss diese doch mit einer Gutheissung der Berufung rechnen (BGE 144 III 394 E. 4.2). Die Begründungsanforderungen gelten sinngemäss auch für den Inhalt der Berufungsantwort (BGer 5A_660/2014 vom 17. Juni 2015, E. 4.2 m.w.Hinw.; 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2).

E. 1.4

Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 144 III 394 E. 4.1.4 mit Hinweis auf BGE 142 III 413 E. 2.2.4 und weitere Entscheide). Allerdings kann die Berufungsinstanz die Berufung auch aus andern als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den Entscheid mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (sog. Motivsubstitution; BGer 2C_124/2013 vom 25. November 2013, E. 2.2.2; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hansenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 318 N 21; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 1507; für das Verfahren vor Bundesgericht: BGE 144 III 462

- 15 - E. 3.2.3). In Ausübung des allgemeinen Replikrechts erstattete Eingaben wie die Stellungnahme der Beklagten zur Anschlussberufungsantwort (Urk. 80) dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 S. 417).

E. 1.5

Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht

schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Wer sich auf (unechte) Noven beruft, hat deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 143 III 42 E. 4.1 S. 43; BGer 5A_86/2016 vom 5. September 2016, E. 2.1, je m.w.Hinw.). Neue rechtliche Argumente (Vorbringen zum Recht) stellen keine Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO dar und können in der Berufung uneingeschränkt vorgetragen werden (BGer 4A_519/2011 vom 28. November 2011, E. 2.1; 5A_351/2015 vom 1. Dezember 2015, E. 4.3). Sie dürfen sich allerdings nicht auf unzulässige neue Tatsachen stützen.

E. 2

Vom 28. August bis 31. Dezember 2019 war der Kläger – mit kurzem Unterbruch am 3. und 4. September 2019 – zu 100% krankheitsbedingt arbeitsunfähig geschrieben (Urk. 5/8, Urk. 5/9, Urk. 24/26, Urk. 24/27; Urk. 1 Rz 31, Urk. 17 Rz 79). Mit Schreiben vom 16. September 2019 sprach die Beklagte gegenüber dem Kläger eine schriftliche Verwarnung aus, worin sie mehrfache Verstösse "gegen interne-, lokale- und Konzern-Weisungen sowie Vorgaben Ihres Vorgesetzten" konstatierte. Zugleich forderte sie ihn auf, sich am 30. September 2019, 11.15 Uhr, bei ihrem Vertrauensarzt, Frau Dr. G._____, H._____ Zürich, zum vertrauensärztlichen Termin zu melden, da die erste Krankschreibung (28.08.-02.09.19) von einem Doktor der FMH Plastische Chirurgie aus I._____ und die zweite Krankschreibung (05.09.- 24.09.2019) von einem Doktor der FMH Psychiatrie und Psychotherapie in J._____

- 6 - erfolgt sei (Urk. 5/11). Dr. G._____ diagnostizierte den Kläger aufgrund der am 3. Oktober 2019 durchgeführten vertrauensärztlichen Untersuchung als "eindeutig krank" und attestierte ihm "zurzeit" eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 5/10). Mit zwei Schreiben vom 7. Oktober 2019, dem Kläger zugegangen am 9. Oktober 2019, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos (Urk. 5/12, Urk. 5/13). In der Klageantwort bezeichnete die Beklagte das zweite (korrigierte) Kündigungsschreiben, das keinen Hinweis auf eine bestehende Arbeitsfähigkeit mehr enthielt, als massgeblich (Urk. 17 Rz 93). Im Kündigungsschreiben nahm die Beklagte auf ihre Verwarnung vom 16. September 2019 Bezug und führte aus, der Kläger halte sich weiterhin nicht an ihre Regeln und Anweisungen. Sie warf ihm einerseits vor, er habe um Verschiebung der vertrauensärztlichen Untersuchung auf den 3. Oktober 2019 und um Auswechslung der vorgesehenen Vertrauensärztin ersucht. Andererseits habe er mindestens einem ihrer Klienten wahrheitswidrig erzählt, sie habe Probleme mit ihrer IT, und diesen Klienten angewiesen, alle Informationen an seine private E-Mail-Adresse zu senden. In seiner am 10. Oktober 2019 gegen die fristlose Kündigung erhobenen Einsprache bestritt der Kläger, dass Gründe für eine fristlose Kündigung vorliegen würden (Urk. 5/14).

E. 2.1

Mit der Anschlussberufung hält die Beklagte an ihrem Standpunkt fest, dass die fristlose Kündigung gerechtfertigt gewesen sei. Sie macht geltend, die Vorinstanz habe die folgenden Aspekte nicht genügend berücksichtigt: Der Arbeitsverhältnis sei im Zeitpunkt der fristlosen Entlassung nicht einmal ■ drei Monate alt gewesen, nachdem es am 15. Juli 2019 im Rahmen des Übergangs des Betriebsteils "... Markets & ..." auf sie übergegangen sei, und wäre bei einer ordentlichen Kündigung noch mindestens fünf Monate weitergelaufen. Indem die Vorinstanz diesen Umstand weder erwähne noch würdige, habe sie das Recht falsch angewendet (Urk. 71 Rz 15, Rz 18 ff.). Die Vorinstanz

ignoriere zudem bei der rechtlichen Würdigung der fristlosen Kündigung die Tatsache, dass den Kläger als Kaderangehörigen im Range eines Direktors eine erhöhte Treuepflicht getroffen habe, was ebenfalls als falsche Rechtsanwendung zu werten sei (Urk. 71 Rz 15, Rz 41 ff.).

- 16 - Die Vorinstanz sei zum Schluss gekommen, dass die jeweiligen Verfehlungen ■ für sich allein eine fristlose Kündigung nicht rechtfertigten und die Verfehlungen, für die bereits eine Verwarnung ausgesprochen worden sei, bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit der Kündigung nicht mehr miteinbezogen werden könnten. Indes habe sie verkannt, dass die Kumulation von diversen, wiederholten und teils schwerwiegenden Verfehlungen zur Zerstörung des Vertrauensverhältnisses geführt habe und auch weniger schwerwiegende Verfehlungen in Kumulation mit anderen Verfehlungen sehr wohl einen wichtigen Grund darstellen könnten, der die Fortführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar mache. Die Vorinstanz habe sich mit der Verwarnung vom 16. September 2019, der geschäftlichen Kommunikation via privatem E-Mail-Account und der vertrauensärztlichen Untersuchung auseinandergesetzt und lediglich geprüft, ob diese Gründe einzeln einen wichtigen Grund darstellten. Ob aber diese Gründe in Kombination miteinander eine Rechtfertigung für eine fristlose Kündigung abgaben, sei ungeprüft geblieben. Damit habe die Vorinstanz das Recht falsch angewendet. Durch eine Verwarnung würden die vorangegangenen Pflichtverletzungen nicht einfach konsumiert; sie sei vielmehr eine letzte Warnung, nach der ein weniger schwerwiegender Verstoss, der nicht gleicher Art sein müsse, zur fristlosen Kündigung genüge. Die mit der Verwarnung vom 16. September 2019 gerügten Pflichtverletzungen müssten in die Beurteilung miteinbezogen werden (Urk. 71 Rz 15, Rz 23 ff.). Das grobe Fehlverhalten des Klägers im Zusammenhang mit der E-Mail vom ■

E. 2.2

Der Kläger weist in der Anschlussberufungsantwort zunächst darauf hin, dass die in der Verwarnung aufgeführten Verfehlungen bestritten worden seien und es diesbezüglich keinen unstrittigen Sachverhalt gebe, an den die Beklagte ihre Argumentation anknüpfen könnte. Entscheidend sei, dass die Beklagte die Folgerung der Vorinstanz, es könne offenbleiben, ob die in der Verwarnung aufgeführten Verfehlungen tatsächlich stattgefunden hätten, nicht gerügt und nicht angefochten habe (Urk. 76 Rz 20 ff.). Er argumentiert weiter, dass die Vorinstanz nicht ohne Verletzung seiner Beweisrechte und Befragung des Absenders K. _____ hätte unterstellen dürfen, er habe von IT-Problemen gesprochen und K. _____ aufgefordert, ihn privat anzuschreiben. Selbst wenn die E-Mail geschäftlichen Charakter habe, sei ihre Entgegennahme keine Geheimnisverletzung (Urk. 76 Rz 24 ff.). Den vertrauensärztlichen Termin habe er nicht eigenmächtig, sondern aus begründetem Anlass wegen einer anderweitigen ärztlichen Verpflichtung verschoben. Für die Sachdarstellung der Beklagten, er habe den Termin vereiteln wollen und den Arzt selber zu wählen versucht, fehlten taugliche Beweisofferten und konkrete Rügen wegen unterbliebener Beweisabnahme (Urk. 76 Rz 29). Selbst wenn ihn eine erhöhte Treuepflicht getroffen hätte, reichten die ihm vorgeworfenen Verfehlungen, wenn sie rechtsgenügend bewiesen wären, nicht aus (Urk. 76 Rz 30 f.). Im Übrigen sei die Kündigung verspätet erfolgt. Abklärungs- und Überlegungsfrist seien am 3. Oktober 2019 abgelaufen gewesen, als die Beklagte grünes Licht von allen involvierten externen Stellen erhalten habe; sie könne nicht noch eine Ausführungsfrist von mehr als zwei vollen Arbeitstagen bzw. vier vollen Kalendertagen beanspruchen (Urk. 76 Rz 32). Mit der

eigenen Berufung verlangt der Kläger schliesslich eine "Aufstockung" der Pönalen auf CHF 55'000.– bzw. rund 3.4 Monatslöhne. Die Reduktion gegen- über seinem ursprünglichen Begehren von sechs auf gut drei Monatslöhne trage dem Umstand Rechnung, dass sich die Missbräuchlichkeit der Kündigung im Rechtsmittelstadium nicht mehr durchsetzen lasse. Die Vorinstanz habe eine un- angemessen tiefe Pönale festgesetzt. Der Vorwurf, er habe mit dem ungewollten Empfang der E-Mail die fristlose Entlassung mitverschuldet, sei nicht haltbar, nach- dem er von einem Bekannten, der seine private E-Mail-Adresse von früher gekannt habe, ungefragt angeschrieben worden sei und er erfolglos die Zeugenbefragung - 19 - des Absenders beantragt habe. Die E-Mail zu empfangen und an den Geschäfts- account weiterzuleiten, sei nicht verboten gewesen (Urk. 66 Rz 38 ff.). Ebenso lasse sich bezüglich der vertrauensärztlichen Untersuchung der Vorwurf, das Ver- trauen der Beklagten beeinträchtigt zu haben, nicht erhärten (Urk. 66 Rz 43). Bei der Bemessung der Pönalen gehe die Vorinstanz zu Unrecht und ohne Beweisver- fahren davon aus, dass nur eine kurze Anstellungsdauer vorgelegen habe. Sie übergehe auch die stümperhafte Zustellung von zwei Kündigungen, die Verweige- rung der Ausstellung des Arbeitszeugnisses und die Nöte eines Arbeitnehmers, plötzlich arbeitslos zu werden. All dies zeige, dass die Vorinstanz ihr Ermessen nicht richtig ausgeübt habe (Urk. 66 Rz 45 ff.).

E. 3

Mit Klageschrift vom 4. Mai 2020 und unter Einreichung der Klagebewilli- gung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich vom 18. Dezember 2019 machte der Kläger die Klage mit obgenanntem Rechtsbegehren bei der Vorinstanz anhän- gig (Urk. 1, Urk. 3). Nach Erstattung der Klageantwort vom 28. September 2020 (Urk. 17) replizierten und duplizierten die Parteien mit Eingaben vom 10. Februar und 1. Juni 2021 (Urk. 22, Urk. 27). Am 11. Oktober 2021 nahm der Kläger zu den Dupliknoten Stellung (Urk. 40), worauf die Beklagte am 30. November 2021 ihrer- seits eine Stellungnahme einreichte (Urk. 49). Mit Eingaben vom 17. Dezember 2021 und 21. Januar 2022 verzichteten die Parteien vorbehältlich eines allfälligen Beweisverfahrens auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (Urk. 50, Urk. 54, Urk. 61). Am 31. Januar 2022 fällte die Vorinstanz den eingangs im Dispositiv auf- geführten Entscheid (Urk. 64 = Urk. 67).

E. 3.1

Nach Art. 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeits- verhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet wer- den kann (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Abs. 3). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine fristlose Kündigung durch die Arbeitgeberin nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitneh- mers gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Ar- beitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass der Arbeitgeberin die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich dazu geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (BGE 142 III 579 E. 4.2 S. 579; 130 III 28 E. 4.1 S. 31). Die Treuepflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a Abs. 1 OR) gilt für leitende Angestellte in erhöhtem Masse, weshalb eine Verletzung dieser Pflicht durch solche Ange- stellte schwerer wiegt (BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 31; 127 III 86 E. 2c S. 89; 104 II 28 E. 1 S.

29 f.; Urteil 4A_349/2017 vom 23. Januar 2018 E. 4.2). Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwelle erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab (BGE 142 III 579 E. 4.2 S. 579 f.; 130 III 28 E. 4.1 S. 31; 127 III 153 E.

- 20 - 1a S. 155; 4A_296/2020 vom 6. August 2020, E. 1.3.1; 4A_658/2018 vom 15. März 2019, E. 4.1). Die Beweislast für die wichtigen Gründe liegt bei der kündigenden Arbeitgeberin (Etter/Stucky, in: Etter/Fancinani/Sutter [Hrsg.], Arbeitsvertrag, Art. 337 OR N 92).

E. 3.2

Die Beklagte sprach mit Schreiben vom 16. September 2019 gegenüber dem Kläger eine Verwarnung aus, worin sie ihm mehrfache Verstösse gegen "interne-, lokale- und Konzern-Weisungen" vorwarf und "einige der Verletzungen" aufführte (Urk. 5/11). Der Kläger bestritt vor Vorinstanz die ihm in der Verwarnung gemachten Vorwürfe (Urk. 1 Rz 35 ff., Urk. 22 Rz 102 ff.). Die Vorinstanz liess ausdrücklich offen, ob die dem Kläger vorgehaltenen Verfehlungen tatsächlich stattgefunden haben, weil sie das Vertrauensverhältnis nicht zerstört hätten (Urk. 67 S. 15 f.). Die Beklagte beanstandet, dass auch die mit der Verwarnung gerügten Pflichtverletzungen in die Beurteilung hätten einfließen müssen, weil weitere Verstösse – auch nicht gleicher Art – nach erfolgter Verwarnung weniger schwerwiegend sein müssten, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen (Urk. 71 Rz 15, Rz 28). Bei den dem Kläger zusätzlich vorgeworfenen Pflichtverletzungen (Kommunikation via privatem E-Mail-Account, Verschiebung der vertrauensärztlichen Untersuchung und versuchter Wechsel der Vertrauensärztin) handelt es sich um Verstösse nicht gleicher Art. Das Bundesgericht scheint der Ansicht, dass nach einer Verwarnung auch ein weniger schwerwiegender Verstoss anderer Art für eine fristlose Entlassung ausreicht, kritisch gegenüberzustehen (BGer 4C.364/2005 vom 12. Januar 2006, E. 3.1; BGE 127 III 153 E. 2.b; vgl. dazu auch Etter/Stucky, a.a.O., Art. 337 OR N 24). Die Kammer hat in einem Entscheid vom 7. Juli 2017 einen Verstoss nicht gleicher Art genügen lassen, aber präzisiert, ein ähnlicher Verstoss falle nach einer Verwarnung natürlich schwerer ins Gewicht (JAR 2018, 687 ff., 690). Wie es sich damit vorliegend verhält, muss nicht vertieft werden. Die Beklagte betrachtet die der Verwarnung vorausgegangenen bzw. darin erwähnten Pflichtverletzungen als eine feststehende Tatsache, obwohl sie bestritten und von der Vorinstanz nicht weiter abgeklärt wurden (Urk. 1 Rz 35 ff., Urk. 22 Rz 105 ff.; Urk. 67 S. 15 f.). Sie beschränkt sich darauf zu erwähnen, dass die Berufungsinstanz die erforderlichen Beweise abzunehmen habe, falls sie entgegen ihrer Meinung zum Schluss käme, der Sachverhalt sei nicht erstellt (Urk. 71 Rz 40). Sie

- 21 - äussert sich nicht dazu, welche von ihr prozesskonform angebotenen Beweismittel die Vorinstanz hätte abnehmen bzw. würdigen müssen. Ihr allgemeiner Hinweis, die Berufungsinstanz habe die erforderlichen Beweise abzunehmen, genügt nicht. Wie in E. III/1.3 dargelegt wurde, sind erstinstanzlich gestellte Beweisanträge, denen nicht entsprochen wurde, vor der zweiten Instanz zu wiederholen. Mangels Beweisanträgen bleiben die in der Verwarnung vom 16. September 2019 enthaltenen Sachverhalte beweislos und können nicht als erstellt gelten. Eine Verwarnung ohne (erstellte) Pflichtverletzung des Arbeitnehmers aber kann die beabsichtigte Wirkung nicht entfalten (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., 2012, Art. 337 OR N 13 S. 1122), auch wenn der Arbeitnehmer zur Kenntnis nehmen muss, dass ihm Verfehlungen

vorgeworfen werden. Damit müssen die in der Verwarnung genannten Vorfälle und Begebenheiten auch im Berufungsverfahren unberücksichtigt bleiben. Die Beklagte erwähnt "der Vollständigkeit halber" zwar auch, der Kläger habe nicht bestritten, dass seine Arbeitsleistungen mangelhaft und ungenügend gewesen seien (Urk. 71 Rz 25). Eine mangelhafte Arbeitsleistung kann indes nur in Ausnahmefällen (völliges Versagen, grobes Verschulden als Grund für die schlechte Leistung) eine fristlose Entlassung rechtfertigen. Dass eine solche qualifiziert mangelhafte Arbeitsleistung der Grund für die Abmahnung und die Kündigung war, behauptet die Beklagte nicht.

E. 3.3

Die Vorinstanz hielt weiter dafür, dass die Verschiebung der am 16. September 2019 angeordneten vertrauensärztlichen Untersuchung um lediglich drei Tage keinen wichtigen Grund für die fristlose Kündigung darstelle. Der Kläger habe zwar nicht vorgebracht, welche andere ärztliche Verpflichtung er am 27. September 2019 habe wahrnehmen müssen. Da sich der Kläger der vertrauensärztlichen Untersuchung nicht habe entziehen wollen, sondern diese lediglich von Montag auf den folgenden Donnerstag verschoben habe, könne aber offenbleiben, ob die Verschiebung aufgrund des anderweitigen Termins gerechtfertigt gewesen sei. Umstritten sei, ob der Kläger bewusst versucht habe, die von der Beklagten aufgebotene Vertrauensärztin zu wechseln. Der Kläger bringe vor, die Praxisassistentin habe ihn darüber informiert, dass eine andere Ärztin die Untersuchung durchführe, was er lediglich zur Kenntnis genommen habe. Die Beklagte mache geltend, sie habe am 30. September 2019 durch Hinweise von H._____ davon erfahren, dass der Kläger verlangt habe, von einer ihm bereits bekannten Ärztin untersucht zu wer-

- 11 - den. Es könne – so die Vorinstanz – offenbleiben, wie es sich tatsächlich zugetragen habe. Es sei nicht ersichtlich und seitens der Beklagten nicht dargetan, inwiefern sich der Kläger bei der Untersuchung durch eine ihm bereits bekannte Vertrauensärztin hätte Vorteile verschaffen können. Fest stehe, dass der Kläger durch die von der Beklagten aufgebotene Vertrauensärztin schliesslich für eindeutig krank befunden worden sei. Er habe sich der Untersuchung somit nicht verweigert. Das Verhalten des Klägers im Zusammenhang mit der vertrauensärztlichen Untersuchung stelle ebenfalls keinen wichtigen Grund dar, der die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses für die Beklagte als unzumutbar erscheinen lasse. Mangels wichtiger Gründe sei die fristlose Kündigung als ungerechtfertigt zu taxieren, weshalb die Frage der Rechtzeitigkeit offengelassen werden könne (Urk. 67 S. 20 f.). Gründe, die darüber hinaus für eine Missbräuchlichkeit der Kündigung und insbesondere für eine Rache Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR sprechen, vermochte die Vorinstanz nicht zu erkennen (Urk. 67 S. 32 f.).

E. 3.3.1

Die Parteien sind sich uneins, wie die E-Mail vom 8. August 2019 zu würdigen ist. Die Beklagte wirft dem Kläger geschäftliche Kommunikation via privatem E-Mail-Account und – sinngemäss – eine Beeinträchtigung des Ansehens des Unternehmens durch Kundgabe von IT-Problemen nach aussen (gegenüber Dritten) vor (Urk. 71 Rz 29 ff.). Die Vorinstanz machte den Kläger für eine unklare Kommunikation bezüglich seiner geschäftlichen E-Mail-Adresse verantwortlich, zumal er bereits am 6. August 2019 über eine solche ohne seinen zweiten Vornamen "L._____" verfügt habe (Urk. 67 S. 19). Der Kläger will K._____ lediglich von Problemen mit seiner E-Mail-Adresse erzählt haben, ihn aber keineswegs aufgefordert haben, eine E-Mail an seine private Adresse, über welche

beide schon mehrfach kommuniziert hätten und die K._____ schon lange bekannt gewesen sei, zu schreiben (Urk. 22 Rz 132, Rz 140 f., Urk. 76 Rz 25). Die von K._____, Partner von M._____ Ltd, am 8. August 2019 um 13.50 Uhr an "A._____@gmx.ch" versandte - 22 - E-Mail betreffend "Kontaktangaben N._____/ex D._____" hat folgenden Wortlaut (Urk. 19/18): "Hallo A._____ War wieder Mal ein angenehmer Lunch.. Dankeschön. Weiss ja, ihr habt gerade IT-Email Probleme... darum schicke ich Dir aufs private Email die Kontaktdaten. Seit Anfang Juli haben wir einen neuen PM Chef. Vielleicht kannst Du ihm ja mal anrufen und Dich bei[m] ihm vorstellen, da wir in der Vergangenheit zusammen Geschäfte gemacht haben und Du immer mein direkter Ansprechpartner warst bei diversen Investmentangelegenheiten, nicht nur für ETF's. Unser PM Mann heisst O._____, O._____@M._____.com und er wäre telefonisch unter ... [Nummer] erreichbar. Schönen Nachmittag und beste Grüsse K._____" Während der Kläger auch im Berufungsverfahren auf der Befragung von K._____ als Zeuge zu den Umständen der Kommunikation beharrt, falls die E-Mail zum Grund für eine fristlose Entlassung werde (Urk. 76 Rz 25), erübrigt sich für die Beklagte "aufgrund des klaren Wortlauts der E-Mail" bzw. zufolge "der klaren Urkundenbeweise" eine Befragung (Urk. 80 Rz 27 f.). In der Klageantwort führte die Beklagte aus, der Kläger habe unter dem falschen Vorwand, sie habe IT-Schwierigkeiten, einen Kunden dazu aufgefordert, geschäftliche Informationen an seine private E-Mail-Adresse zu schicken (Urk. 17 Rz 30). Der Kläger habe gegenüber Dritten geäußert, die Beklagte habe ihre IT-Systeme nicht im Griff (Urk. 17 Rz 36). Der Kläger entgegnete in der Replik, er habe seinen Kollegen K._____ nicht aufgefordert, diese E-Mail an seine private Adresse zu senden; er habe ihm höchstens gesagt, man habe ihm eine falsche E-Mail-Adresse zugeteilt, was noch geändert werden müsse und K._____ offenbar dazu bewogen habe, ihn privat anzuschreiben (Urk. 22 Rz 141). Darauf duplizierte die Beklagte, P._____, der Vorgesetzte des Klägers, habe sich noch am 18. September 2019 mit K._____ telefonisch ausgetauscht. Anlässlich dieses Telefonats habe K._____ P._____ darüber informiert, dass der Kläger ihn aufgefordert habe, künftig an seine private Adresse zu schreiben, weil es bei der Beklagten "IT-Probleme"

- 23 - gebe. Genau dies ergebe sich auch aus der E-Mail vom 8. August 2019. Die Reklamation und das Begehren des Klägers, dass ihm eine neue E-Mail-Adresse zugewiesen werde, habe die Beklagte umgesetzt. Bereits am 6. August 2019 habe der Kläger über seine neue E-Mail-Adresse (A._____@B._____.com) verfügen können, was er auch getan habe (Urk. 27 Rz 55 f., Rz 63 f.).

E. 3.3.2

Aus der E-Mail vom 8. August 2019 lässt sich nicht ableiten, dass der Kläger K._____ aufforderte, eine E-Mail geschäftlicher Natur oder gar sämtliche Informationen (vgl. Urk. 5/13: "all information") an seine private E-Mail-Adresse zu senden. K._____ bedankte sich zwar für den gemeinsamen Lunch. Die E-Mail enthält aber keinen Hinweis darauf, dass der Kläger K._____ anlässlich des Lunchs darum bat, ihm den Namen und die Kontaktdaten des neuen Chefs des Portfolio-Managements mitzuteilen. Vielmehr setzte K._____ den Kläger in der E-Mail zunächst einmal davon in Kenntnis, dass sie einen "neuen PM-Chef" hätten, was nicht darauf schliessen lässt, dass dieser Punkt bereits beim Mittagessen angesprochen wurde. Der E-Mail lässt sich auch nicht entnehmen, dass K._____ dem Kläger die Übermittlung der Kontaktangaben bereits beim Mittagessen in Aussicht stellte. Den Vorschlag, den "neuen PM Chef" anzurufen und sich ihm vorzustellen, kann K._____ dem Kläger sehr wohl auch von sich aus und erst nach dem

Mittagessen (mit der besagten E-Mail) gemacht haben. Aus der E-Mail ergibt sich nicht, dass der Kläger mit einer Nachricht K.____s (zumal an seine private E-Mail-Adresse) rechnen musste. Weiter lässt sich aufgrund der E-Mail nicht erstellen, dass der Kläger gegenüber K.____ davon sprach, die Beklagte habe (generell) ihre IT-Systeme nicht im Griff bzw. es gebe bei der Beklagten "IT-Probleme". Aus der E-Mail K.____s kann nur gefolgert werden, der Kläger habe erwähnt, es bestünden Probleme mit der elektronischen Post. Welcher Art diese (genannten) Probleme waren, lässt sich anhand der E-Mail nicht rekonstruieren. Es ist daher möglich, dass der Kläger gegenüber K.____ lediglich seinem Ärger über die (ihm nicht passend erscheinende) E-Mail-Adresse Luft machte. Zwar verfügte der Kläger bereits am 6. August 2019 über die Adresse "A.____@B.____.com" (Urk. 67 S. 19 mit Verweis auf Urk. 29/4). Wenn der Kläger K.____ am 8. August 2019 weder darüber in Kenntnis setzte, dass die gewünschte Änderung seiner E-Mail-Adresse bereits vorgenommen worden war (vgl. Urk. 29/4), sondern ihn fälschlicherweise im Glauben - 24 - ben belief, das Problem bestehe noch (Urk. 22 Rz 141: "was noch geändert werden müsse), noch ihn darauf hinwies, dass geschäftliche Inhalte nicht an seine private E-Mail-Adresse gesendet werden dürfen, kann darin ohne genauere Kenntnis des zwischen den beiden Personen Besprochenen keine Verletzung der Electronic Equipment Policy, von Art. 11 des Personalreglements oder der arbeitsvertraglichen Treuepflicht erblickt werden. Abgesehen von der Unzufriedenheit der Klägers mit seiner neuen E-Mail-Adresse ist nicht bekannt, ob der Kläger gegenüber K.____ weitere IT-Probleme erwähnte oder thematisierte. Da die Beklagte keine unterbliebene Beweisabnahmen rügt und keine Beweisanträge stellt bzw. erneuert, lässt sich der von ihr behauptete Sachverhalt, der Kläger habe geschäftliche Kommunikation mit Kunden über seine E-Mail-Adresse geführt resp. Dritte aufgefordert, geschäftliche Belange an seine private Mail-Adresse zu senden, nicht erstellen. Dies gilt auch für die Behauptung, der Kläger habe versucht, die Beklagte herabzusetzen und ihren Ruf zu schädigen, indem er ihr unterstellt habe, die IT nicht im Griff zu haben (Urk. 71 Rz 15). Ohne Kenntnis des Inhalts des Gesprächs kann dem Kläger auch keine Beeinträchtigung des Ansehens der Beklagten angelastet werden, zumal gelegentliche, kleinere IT-Probleme ohnehin nicht geeignet sind, die Reputation eines Unternehmens ernsthaft in Frage zu stellen.

E. 3.3.3

Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, trifft die Beklagte die Beweislast für Tatsachen, die zur fristlosen Kündigung berechtigen (Urk. 67 S. 13). Da sich der von der Beklagten behauptete Sachverhalt mit der E-Mail vom 8. August 2019 nicht erstellen lässt, bleibt dieser beweislos, ohne dass das vom Kläger beantragte Gegenbeweismittel (Einvernahme von K.____ als Zeuge) abgenommen werden muss (Urk. 76 Rz 25, vgl. auch Urk. 66 Rz 42). Kann dem Kläger im Zusammenhang mit der E-Mail vom 8. August 2019 keine eigentliche Verfehlung bzw. Vertragsverletzung vorgeworfen werden, vermag dieser Sachverhaltskomplex weder für sich allein noch zusammen mit einem weiteren Vorfall eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Die Anschlussberufung der Beklagten ist insoweit unbegründet.

E. 3.4

Die Vorinstanz sprach dem Kläger gemäss Ar. 337c Abs. 1 OR Schadenersatz für folgende Positionen zu: Lohn vom 8. Oktober bis 3. November 2019 von CHF 13'608.90 netto ■ (CHF 15'121.-: 30 x 27) abzüglich der Taggelder der Arbeitslosen-kasse von CHF

4'784.90 netto, total CHF 8'824.– netto; Ferienentschädigung für 4.17 Ferientage von CHF 2'101.80 netto ■ BVG-Sparbeiträge von CH 4'866.65 netto ■ Dabei ging die Vorinstanz davon aus, dass die dem Kläger vom 4. November bis 31. Dezember 2019 ausgerichteten Taggelder der Krankentaggeldversicherung an die Stelle der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers während der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers treten. Der Kläger – so die Vorinstanz – bringe nicht vor, es sei vereinbart worden, dass die Beklagte im Falle einer Arbeitsunfähigkeit die Differenz zwischen dem Krankenlohn von 80% und dem üblichen Lohn bezahle. Entsprechendes sei aus den Akten und insbesondere aus dem Arbeitsvertrag und dem Personalreglement nicht ersichtlich. Dem Kläger sei somit im Zeitraum vom

- 12 - 4. November bis 31. Dezember 2019 mit Ausnahme der BVG-Beiträge und der Kinderzulagen kein Schaden entstanden, den die Beklagte aufgrund der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung zu tragen habe (Urk. 67 S. 29 ff.). Die Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR (Pönale wegen ungerechtfertigter fristloser Kündigung) setzte die Vorinstanz auf einen Monatslohn von CHF 16'145.– brutto = netto fest. Sie argumentierte, die fristlose Kündigung sei zwar nicht nur, aber auch aufgrund von Vermutungen ausgesprochen worden. Infolge einer einzigen E-Mail, die auf den privaten Account des Klägers versendet worden sei, habe die Beklagte gemutmasst, dass der Kläger gleich eine Vielzahl von Kunden von seinem privaten E-Mail-Account aus betreut habe, ohne dafür über Anhaltspunkte zu verfügen bzw. dem Gericht bekannt zu geben. Die vertrauensärztliche Untersuchung sei zwar vom Kläger verschoben worden, wovon die Beklagte am 30. September 2019 Kenntnis erhalten habe, sei aber durch die von der Beklagten konsultierte Vertrauensärztin am 3. Oktober 2019 durchgeführt worden, wobei die Arbeitsunfähigkeit des Klägers bestätigt worden sei. Es wäre für die Beklagte leicht möglich und zumutbar gewesen, sich vor Aussprache der Kündigung vom 7. Oktober 2019 nach dem Befund der vertrauensärztlichen Untersuchung zu erkundigen. Den Kläger treffe jedoch ein Mitverschulden an der fristlosen Kündigung. Im Zusammenhang mit der E-Mail vom 8. August 2019 müsse er sich ein Fehlverhalten anrechnen lassen. Das kurzfristige, eigenmächtige Verschieben der vertrauensärztlichen Untersuchung sei dem Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zusätzlich abträglich gewesen. Damit sei die fristlose Kündigung zwar ungerechtfertigt, aber nicht ohne Grund erfolgt. Aus der Art und Weise der Kündigung könne der Kläger nichts zu seinen Gunsten ableiten. Sie habe zu keinen, die Persönlichkeit des Klägers tangierenden Situationen mit anderen Mitarbeitenden geführt, da sich der Kläger im Zeitpunkt der Kündigung infolge Krankschreibung nicht in den Räumlichkeiten der Beklagten befunden habe. Auch im Umstand, dass der Kläger gleich zwei Kündigungsschreiben erhalten habe, sei keine Persönlichkeitsverletzung zu erblicken. Die Nichtausstellung des Arbeitszeugnisses falle im vorliegenden Kontext ausser Betracht, zumal der Kläger im Januar 2020 eine neue Stelle habe antreten können. Eine finanzielle Härte sei nicht auszumachen, da der Kläger für die Restforderung des Lohnes Arbeitslosentaggelder und ab dem 4. November

- 13 - 2019 Krankentaggelder habe beziehen können. Schliesslich sei auch die kurze Anstellungsdauer von nicht einmal drei Monaten bis zur Kündigung zu berücksichtigen (Urk. 67 S. 33 f.). III.

E. 3.4.1

Die Vorinstanz liess offen, ob die unbestrittenermassen durch den Kläger initiierte Verschiebung der vertrauensärztlichen Untersuchung aufgrund einer anderweitigen (vom Kläger nicht näher spezifizierten) ärztlichen Verpflichtung ge-

- 25 - rechtfertigt war, da sie dafürhielt, eine Verschiebung um lediglich drei Tage stelle keinen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung dar. Die Vorinstanz liess auch offen, ob der Kläger versuchte, die von der Beklagten bezeichnete Vertrauensärztin durch eine ihm bereits bekannte Ärztin zu ersetzen, da Vorteile aus einem solchen Verhalten weder ersichtlich noch konkret geltend gemacht worden seien, und der Kläger schliesslich von der aufgebotenen Vertrauensärztin untersucht und für krank befunden worden sei, er sich der Untersuchung somit nicht verweigert habe (Urk. 67 S. 20 f.).

E. 3.4.2

Die Kritik der Beklagten geht einerseits dahin, dass der eigenmächtige Versuch, sich hinter ihrem Rücken der vertrauensärztlichen Untersuchung gemäss den von ihr angeordneten Konditionen zu entziehen, eine nicht allein zu betrachtende, sondern eine erneute Weisungsverletzung gewesen sei, die sich in die Reihe von bereits erfolgtem weisungs-, pflicht- und vertragswidrigem Verhalten eingereiht und das bereits erschütterte Vertrauensverhältnis endgültig zerstört habe (Urk. 71 Rz 15, Rz 38 f.). Dem ist entgegenzuhalten, dass weder die in der Verwarnung genannten Verfehlungen noch eine (vorwerfbare) geschäftliche Kommunikation via privatem E-Mail-Account erstellt sind, womit die Rüge der Beklagten, der erneute Verstoss gegen eine Weisung (im Zusammenhang mit der vertrauensärztlichen Untersuchung) habe das Fass zum Überlaufen gebracht (Urk. 71 Rz 15), nicht verfängt. Wenn die Beklagte ausführt, der Kläger habe sich geweigert, den zwei Wochen im Voraus angeordneten Termin wahrzunehmen, obwohl er während dieser Zeit krankgeschrieben gewesen sei und keine weiteren Verpflichtungen gehabt habe, weicht sie vom vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt ab. Die Vorinstanz hat zwar festgehalten, der Kläger habe die vertrauensärztliche Untersuchung eigenmächtig und ohne Absprache mit der Beklagten vom 30. September auf den 3. Oktober 2019 verschoben. Sie hat aber ebenso ausgeführt, unbestrittener Grund der zeitlichen Verschiebung sei eine andere (nicht näher bezeichnete) ärztliche Verpflichtung gewesen, die sich am 27. September 2019 kurzfristig ergeben habe, wobei offenbleiben könne, ob die Verschiebung deswegen gerechtfertigt gewesen sei. Die Beklagte beanstandet in diesem Zusammenhang weder eine ungenügende Sachverhaltsfeststellung einschliesslich einer zu Unrecht unterbliebenen Beweisabnahme noch eine andere Rechtsverletzung (Urk. 71 Rz 40). Ihre Auffas-

- 26 - sung, die Berufungsinstanz habe die erforderlichen Beweise abzunehmen, falls sie zum gegenteiligen Schluss komme, genügt den Begründungsanforderungen nicht (E. III/1.3). Im Übrigen kann selbst ein unberechtigtes Nichtaufsuchen des Vertrauensarztes ohne Verwarnung nicht als derart schwerwiegend erachtet werden, dass eine fristlose Kündigung als gerechtfertigt erscheint (Stengel, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, St. Gallen 2014, S. 241, mit Verweis auf OGer ZH LA110017 vom 03.07.2012, E. II/2.b). Auch die Beklagte ist der Auffassung, dass die Verschiebung einer vertrauensärztlichen Untersuchung in einem unbelasteten langjährigen Arbeitsverhältnis um drei Tage für sich allein genommen keinen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung darstellt (Urk. 71 Rz 38).

E. 3.4.3

Die Beklagte kritisiert andererseits die Erwägung der Vorinstanz, das Auswechseln der Vertrauensärztin hätte dem Kläger keine Vorteile gebracht. Sie moniert, der Kläger habe nicht nur die Untersuchung eigenmächtig ohne Absprache mit ihr verschoben, sondern

versucht, die Vertrauensärztin hinter ihrem Rücken auszutauschen, indem er die Untersuchung durch eine andere Ärztin verlangt habe, mit der er in der Vergangenheit Kontakt gehabt habe. Es sei essentiell, dass die Untersuchung von einem von ihr bestimmten und nicht erneut von einem vom Arbeitnehmer ausgewählten, diesem bekannten Arzt durchgeführt werde. Ausserdem sei hier nicht erforderlich, dass die Handlung des Arbeitnehmers diesem effektiv einen Vorteil verschaffe, da der Kläger mit seinem Verhalten hinter ihrem Rücken das (bereits schwer erschütterte) Vertrauensverhältnis endgültig zerstört habe (Urk. 71 Rz 37 f.). In der Tat weckt die Erwägung der Vorinstanz, es seien keine konkreten Vorteile ersichtlich, die sich der Kläger durch die Untersuchung einer ihm bereits bekannten Vertrauensärztin hätte verschaffen können, Bedenken. Daran ändert auch die vorinstanzliche Ergänzung, schliesslich sei der Kläger von der vorgesehenen Vertrauensärztin untersucht und für krank befunden worden, womit er die Untersuchung nicht verweigert habe, nichts. Mit dem Bestreben, den vom Arbeitgeber bestimmten Vertrauensarzt hinter dessen Rücken durch einen anderen, dem Arbeitnehmer bekannten oder sogar genehmen Arzt zu ersetzen, wird die Integrität des Arbeitnehmers stärker in Frage gestellt, als wenn der Arbeitnehmer der vertrauensärztlichen Untersuchung fernbleiben würde. Die vertrauensärztliche Untersuchung ist eine Untersuchung durch einen Arzt, der das Vertrauen des Arbeit-

- 27 - gebers genießt (Stengel, a.a.O., S. 23). Ihr Zweck wird nicht erreicht, wenn der Arbeitnehmer die Person bestimmen könnte (Stengel, a.a.O., S. 219, mit Verweis auf Müller, Arzzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, AJP 2010, S. 167 ff., S. 171). Entscheidend ist nun aber, dass die Vorinstanz offenliess, ob der Kläger verlangt habe, durch eine andere, ihm bereits bekannte Ärztin untersucht zu werden. Auch diesbezüglich rügt die Beklagte keine unvollständige Sachverhaltsfeststellung und legt sie nicht dar, welche prozesskonform offerierten Beweismittel die Vorinstanz übergang. Die Beklagte genügt den Begründungsanforderungen auch in diesem Punkt nicht, wenn sie einfach den von ihr behaupteten Sachverhalt als feststehende Tatsache betrachtet und vorbringt, falls das Obergericht zum gegenteiligen Schluss komme, habe es die erforderlichen Beweise abzunehmen (Urk. 71 Rz 40).

E. 3.4.4

Die Vorinstanz ist demnach im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, die Verschiebung der vertrauensärztlichen Untersuchung um drei Tage stelle – unabhängig davon, ob die weitere ärztliche Verpflichtung eine Verschiebung rechtfertigte oder nicht – keinen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung dar. Beweislos bleibt der Vorwurf, der Kläger habe versucht, die Vertrauensärztin hinter dem Rücken der Beklagten auszuwechseln. Eine Häufung und Kumulation von Pflichtverletzungen liegt nicht vor. Die Anschlussberufung erweist sich auch insoweit als unbegründet.

E. 3.5

Nach Auffassung der Beklagten hat die Vorinstanz die kurze Dauer des Arbeitsverhältnisses, das im Zeitpunkt der Entlassung nicht einmal drei Monate alt gewesen sei, und die Kaderposition des Klägers, die zu erhöhten Anforderungen an das Verhalten führe, nicht (ausreichend) gewürdigt und damit das Recht falsch angewandt (Urk. 71 Rz 18 ff., Rz 41 ff.). Es trifft zu, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Treuepflicht (Art. 321a Abs. 1 OR) für leitende Angestellte im erhöhten Masse gilt, weshalb eine Verletzung dieser Pflicht durch solche Angestellte schwerer wiegt. Die

Vorinstanz hat im Zusammenhang mit der E-Mail vom

E. 3.6

Damit ist der Anschlussberufung kein Erfolg beschieden. Es bleibt dabei, dass die fristlose Kündigung ungerechtfertigt erfolgte und es offenbleiben kann, ob diese innert angemessener Frist ausgesprochen wurde.

E. 4

Gegen den ihm am 7. Februar 2022 zugestellten Entscheid erhob der Kläger mit elektronischer Eingabe vom 9. März 2022 Berufung mit den eingangs wie-

- 7 - dergegebenen Anträgen (Urk. 65/1, Urk. 66, Urk. 66A). Der Kostenvorschuss von CHF 5'230.- wurde rechtzeitig geleistet (Urk. 68, Urk. 69). Die Beklagte erstattete die Berufungsantwort am 30. Mai 2022; gleichzeitig erhob sie Anschlussberufung mit den eingangs aufgeführten Anträgen (Urk. 71). Der dafür erhobene Kostenvorschuss von CHF 4'100.- ging ebenfalls rechtzeitig ein (Urk. 73, Urk. 74). Mit elektronischer Eingabe vom 30. August 2022 reichte der Kläger die Anschlussberufungsantwort ein (Urk. 76, Urk. 76A). Der gleichentags gestellte Antrag auf vorzeitige Vollstreckung von Dispositiv-Ziffer 3 des vorinstanzlichen Urteils (Ausstellung eines Arbeitszeugnisses) wurde nach Einholung einer Stellungnahme der Beklagten mit Beschluss vom 23. November 2022 abgewiesen (Urk. 77, Urk. 81, Urk. 83). Bereits am 10. Oktober 2022 hatte die Beklagte eine Stellungnahme zur Anschlussberufungsantwort erstattet (Urk. 80), die dem Kläger am 24. Oktober 2022 zugestellt wurde (Urk. 82). Seither sind keine weiteren Eingaben mehr erfolgt.

E. 4.1

Mit der Berufung beantragt der Kläger eine Erhöhung der Entschädigung (Pönale). Er begründet dies damit, dass ihm die E-Mail vom 8. August 2019 nicht "angehängt" werden dürfe und er sich auch bezüglich der Untersuchung nichts vorwerfen lassen müsse, weshalb man ihm auch keine Beeinträchtigung des Vertrauens der Beklagten zur Last legen könne. Unter Berücksichtigung der über fünfjährigen Anstellungsdauer, der erfahrenen Schikanen, der stümperhaften Zustellung von zwei Kündigungsschreiben und der Verweigerung der Ausstellung eines Arbeitszeugnisses erachtet der Kläger eine Entschädigung von rund 3.4 Monatslöhnen als der Sach- und Rechtslage angemessen, wobei Arbeitslosengeld und Krankentaggeld sowie der Antritt einer neuen Stelle per 1. Januar 2020 keine Gründe seien, die Pönale zugunsten der Beklagten zu schmälern (Urk. 66 Rz 38 ff.). Demgegenüber fordert die Beklagte im Eventualstandpunkt, es sei aufgrund des massiven Mitverschuldens des Klägers von jeglicher Pönale abzusehen. Der Kläger müsse sich wiederholte und teils massive Verfehlungen vorhalten lassen, wobei die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgehe, sie habe die Kündigung auch aufgrund von Vermutungen (Betreuung einer Vielzahl von Kunden vom privaten E-Mail-Account aus, vorgetäuschte Arbeitsunfähigkeit) ausgesprochen (Urk. 71 Rz 57 ff.).

E. 4.2

Die Entschädigung wegen ungerechtfertigter Entlassung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR wird vom Gericht nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festgesetzt, wobei die Entschädigung sechs Monatslöhne nicht übersteigen darf. Die Vorinstanz führte folgende Bemessungskriterien auf: Strafwürdigkeit des Arbeitgeberverhaltens, Schwere der Persönlichkeitsverletzung, Lebenssituation des Arbeitnehmers, finanzielle Situation der

Parteien, Schwere des Mitverschuldens des Arbeitnehmers, Dauer der Anstellung oder Alter des Arbeitnehmers

- 30 - (Urk. 67 S. 24). Zu ergänzen ist, dass gemäss jüngerer Rechtsprechung des Bundesgerichts dem Umstand, dass der Arbeitnehmer rasch wieder eine neue Stelle findet, Rechnung getragen werden kann (BGer 4A_660/2010 vom 11. März 2011, E. 3.3; vgl. auch Farnier, in: FHB Arbeitsrecht, N 12.105; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 337c N 6), zumal auch die wirtschaftlichen Folgen der Entlassung für den Arbeitnehmer zu berücksichtigen sind. Auch kann die Art und Weise, wie die Kündigung eröffnet wird, in die Beurteilung einfließen (BGer 4A_711/2016 vom 21. April 2017, E. 5.2). Es ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, so dass keiner dieser Gesichtspunkte allein massgebend ist (BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 337c OR N 9, mit weiteren Hinweisen). Die Strafwürdigkeit des Arbeitgeberverhaltens bzw. das Mass der Widerrechtlichkeit und das Mitverschulden des Arbeitnehmers stehen als Bemessungskriterien allerdings im Vordergrund (von Kaenel, Die Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung nach Art. 337c Abs. 3 OR, Diss. Zürich 1996, S. 104, S. 110). 4.3.1 Die Vorinstanz hat bei der Festsetzung der Pönalen ein Mitverschulden des Klägers an der Kündigung festgestellt und ausgeführt, er müsse sich im Zusammenhang mit der E-Mail vom 8. August 2019 ein Fehlverhalten anrechnen lassen. Der Kläger ist auch hier der Auffassung, ihm könne kein Verschulden am unaufgeforderten Versand und Empfang der E-Mail vorgeworfen werden, wobei sein Antrag, K._____ als Zeuge zu befragen, unberücksichtigt geblieben sei, und damit auch hätte geklärt werden können, weshalb dieser von IT-Problemen ausgegangen sei. Es gehe nicht an, einzig aufgrund des Texts der E-Mail zu unterstellen, er habe von IT-Problemen berichtet, die nach Auffassung der Vorinstanz nicht bestanden hätten (Urk. 66 Rz 42). 4.3.2 Es wurde bereits ausgeführt, dass dem Kläger in dieser Hinsicht kein Fehlverhalten im Sinne einer Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann, das zusammen mit einem weiteren (nicht allzu schwer wiegenden) Verstoss einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung abgeben könnte (E. III/3.3). Dies bedeutet aber nicht, dass den Kläger kein Mitverschulden im Sinne einer Mitverursachung daran trifft, dass K._____ ihn auf seinem privaten Account anschrieb und die Beklagte in der Folge schloss, er habe mindestens einem Klienten erzählt, sie habe mit IT-

- 31 - Problemen zu kämpfen, und diesen instruiert, Informationen an seine private E-Mail-Adresse zu schicken (Urk. 5/13). K._____ sprach nach dem Lunch mit dem Kläger ausdrücklich von "IT-Email Problemen" (Urk. 19/18), die ihn dazu bewogen, den Kläger privat anzuschreiben ("darum schicke ich Dir aufs private E-Mail"), und der Kläger räumte ein, dass dies darauf zurückzuführen war, dass er K._____ über Probleme mit seiner E-Mail-Adresse berichtet und beklagt hatte, man habe ihm mit "A.____@B.____.com" eine ungewöhnliche und nicht mit der bisherigen Adresse (A.____@D.____.com) korrespondierende E-Mail-Adresse gegeben, was noch geändert werden müsse (Urk. 22 Rz 132: "Nur deshalb hat ihn K._____ an seine private E-Mail-Adresse angeschrieben, die er schon lange kannte [...]"). Die Beklagte brachte zudem vor, der Kläger habe jederzeit einen funktionierenden IT-Zugang mitsamt einer korrekten E-Mail-Adresse gehabt und bereits am 6. August 2019 über seine neue E-Mail-Adresse "A.____@B.____.com" verfügen können (Urk. 27 Rz 37, Rz 56, Rz 97), was sie mit vom Kläger am 6. August 2019 versandten bzw. erhaltenen E-Mails auch belegte (Urk. 29/4). Dass das Problem im Zeitpunkt des Lunches mit K._____ bereits behoben war, blieb unbestritten und entging auch der Vorinstanz nicht, was vom Kläger nicht beanstandet wird. Aufgrund des

erstellten bzw. unbestrittenen Sachverhalts braucht K. _____ nicht dar- über befragt zu werden, weshalb er von "IT-Email Problemen" ausging. Seine Ein- vernahme als Zeuge kann unterbleiben. Durch das Gespräch mit dem Kläger und dessen Problemschilderung muss bei K. _____ der unzutreffende Eindruck entstan- den sein, er könne den Kläger aktuell nicht über seine geschäftliche E-Mail-Adresse erreichen, was ihn dazu bewog, mit der Zustellung an dessen private – gelegentlich für private Kommunikation benutzte (Urk. 22 Rz 132) – E-Mail-Adresse auf Nummer sicher zu gehen. Das insofern ungeschickte und missverständliche Agieren des Klägers, welches dazu führte, dass die Beklagte auf eine Regelwidrigkeit schloss, wurde von der Vorinstanz zu Recht als Mitverschulden gewertet und entsprechend berücksichtigt, auch wenn es aus den in E. III/3.3 dargelegten Gründen weniger stark ins Gewicht fällt, als von der Vorinstanz angenommen wurde. 4.3.3 Die Vorinstanz berücksichtigte zudem, dass die Beklagte die fristlose Kündigung auch aufgrund von Vermutungen aussprach. Unter anderem habe sie gemutmasst, dass der Kläger gleich eine Vielzahl von Kunden von seinem privaten

- 32 - E-Mail-Account aus betreut habe, ohne dafür Anhaltspunkte zu haben bzw. dem Gericht bekannt zu geben (Urk. 67 S. 33). Die Beklagte beanstandet dies und macht geltend, sie sei zwar vom Schlimmsten ausgegangen und habe vermutet, der Kläger habe auch weitere Kunden von seinem privaten E-Mail-Account aus be- treut, weil das Vertrauensverhältnis in diesem Zeitpunkt aufgrund zahlreicher Pflichtverletzungen bereits unwiederbringlich zerstört gewesen sei; diese Vermu- tung sei aber nicht einschlägig für das Aussprechen der fristlosen Kündigung ge- wesen (Urk. 71 Rz 61; vgl. auch Urk. 17 Rz 38). Es trifft zu, dass die Beklagte im Kündigungsschreiben nur erwähnte, der Kläger habe mindestens einem ihrer Kun- den von IT-Problemen erzählt (Urk. 5/13). Von einer Vielzahl von Kunden ist nicht die Rede. Allerdings blieb der im Kündigungsschreiben enthaltene Vorwurf, der Klä- ger habe diesen Klienten dazu aufgefordert oder angewiesen, ihm sämtliche Infor- mationen an seine private E-Mail-Adresse zu senden, unbewiesen (E. III/3.3). In dieser Hinsicht kann von einer blossen Vermutung gesprochen werden. Die Rüge der Beklagten geht insoweit fehl. 4.4.1 Die Vorinstanz wertete auch das kurzfristige eigenmächtige Verschie- ben der vertrauensärztlichen Untersuchung als Mitverschulden. Zwar habe die kon- sultierte Vertrauensärztin die Untersuchung am 3. Oktober 2019 durchgeführt und die Arbeitsunfähigkeit des Klägers bestätigt, doch sei die Verschiebung dem Ver- trauensverhältnis zwischen den Parteien zusätzlich abträglich gewesen, weshalb die Kündigung auch aus diesem Grund zwar ungerechtfertigt, aber nicht ohne Grund erfolgt sei (Urk. 67 S. 33 f.). Der Kläger will auch dies nicht gelten lassen. Er meint, ihm könne nicht vorgeworfen werden, das Vertrauen der Beklagten beein- trächtigt zu haben, wenn ihm die Vorinstanz keine böse Absicht attestiere und sich nicht erhärten lasse, dass er sich bezüglich dieser Untersuchung etwas vorwerfen lassen müsse, wovon die Vorinstanz ausgehe. Zu Recht erwähne die Vorinstanz auch, dass es der Beklagten freigestanden hätte, sich vor ihrer fristlosen Kündigung bei der Arztpraxis nach dem Befund der vertrauensärztlichen Untersuchung zu er- kundigen (Urk. 66 Rz 43). Die Beklagte weist darauf hin, dass auch die Vermutung, die Arbeitsunfähigkeit sei vorgetäuscht worden, nicht einschlägig für das Ausspre- chen der fristlosen Kündigung gewesen sei (Urk. 71 Rz 61).

- 33 - 4.4.2 Die Vorinstanz hat entgegen der Auffassung des Klägers nicht festge- stellt, dass er sich bezüglich der verschobenen Untersuchung nichts vorwerfen las- sen muss. Sie hat vielmehr darauf hingewiesen, dass der Kläger die vertrauens- ärztliche Untersuchung eigenmächtig und ohne Rücksprache mit der Beklagten verschob und mit keinem Wort

erläuterte, um welche ärztliche Verpflichtung es sich handelte, die sich nach unbestrittener Darstellung des Klägers am 27. September 2019 ergab. Da die Verschiebung der Untersuchung um lediglich drei Tage keinen wichtigen Grund darstellt, um das Arbeitsverhältnis fristlos aufzulösen, konnte die Vorinstanz offenlassen, ob die sich am 27. September 2019 ergebende anderweitige ärztliche Verpflichtung eine Verschiebung der vertrauensärztlichen Untersuchung rechtfertigte (Urk. 67 S. 20). In der Tat wurde vom Kläger nicht dargelegt, wegen welcher anderen, unaufschiebbaren und sich kurzfristig ergebenden ärztlichen Verpflichtung er am 30. September 2019 die vertrauensärztlichen Untersuchung nicht wahrnehmen und diese zwingend verschieben musste und weshalb er die Beklagte nicht vorab informieren und um ihre Zustimmung ersuchen konnte (Urk. 1 Rz 32, Rz 36, Urk. 22 Rz 123, Urk. 40 Rz 180). Auch in der Einsprache des Klägers vom 10. Oktober 2019 war lediglich von einem "anderen ärztlichen Termin" die Rede (Urk. 5/14). Zwar muss die Behauptungs- und Beweislast für ein allfälliges Mitverschulden des Arbeitnehmers grundsätzlich dem Arbeitgeber zugewiesen werden. Die Beklagte führte aus, der Kläger habe die Verschiebung wegen Unpässlichkeit verlangt (Urk. 27 Rz 54), und warf ihm vor, er habe versucht, die vertrauensärztliche Untersuchung durch Dr. G._____ zu umgehen (Urk. 17 Rz 39, Rz 54). Diese Sachdarstellung wurde vom Kläger zwar bestritten (Urk. 22 Rz 123, Urk. 40 Rz 204). Indes hat dort, wo die beweisbelastete Partei von den massgebenden Umständen keine Kenntnis hat und sich diese auch nicht verschaffen kann, die Gegenpartei solche Umstände offenzulegen, wenn sie die erforderliche Aufklärung ohne Schwierigkeiten geben kann und ihr dies zumutbar ist (BK ZPO-Hurni, Art. 55 N 44; BK-Walter, Art. 8 ZGB N 192; vgl. auch ZK-Staehelin, Art. 337c OR N 25 [Art. 337c Abs. 2 OR betreffend]). Der Kläger hätte demzufolge Art und Dringlichkeit der weiteren ärztlichen Verpflichtung darlegen müssen. Dass er dies unterliess, schlägt prozessual zu seinem Nachteil aus.

- 34 - 4.4.3 Der Kläger wurde mit der Verwarnung vom 16. September 2019 zur vertrauensärztlichen Untersuchung aufgeboten, weil seine Arztzeugnisse von einem Arzt der plastischen Chirurgie aus I._____ (für die Krankschreibung vom 28. August bis 2. September) und einem Arzt der Psychiatrie und Psychotherapie in J._____ (für die Krankschreibung vom 5. September bis 24. September) ausgestellt worden waren. Die Vorinstanz ging zutreffend davon aus, das Aufgebot zum Vertrauensarzt sei nachvollziehbar und nicht als schikanös zu taxieren, was seitens des Klägers nicht in Frage gestellt wird. Das erste Arztzeugnis spezifiziert nicht näher, ob der Arbeitsunfähigkeit eine Krankheit oder ein Unfall zugrunde liegt (Urk. 5/8). Dem Kläger war aufgrund der Verwarnung weiter bekannt, dass die Beklagte in Zweifel zog, dass seiner Absenz vom 28. August bis 2. September 2019 eine effektive Krankheit zugrunde lag (Urk. 5/11 S. 2). Er musste folglich auch damit rechnen, dass eine ohne Zustimmung der Beklagten in die Wege geleitete Verschiebung der vertrauensärztlichen Untersuchung dazu führen kann, das Misstrauen der Beklagten weiter zu steigern. Angesichts der Wichtigkeit der Untersuchung für die Beklagte kann das Vorgehen des Klägers – im Rahmen der Beurteilung des Mitverschuldens – nicht mehr nur als Bagatelle und sein Verschulden nicht mehr als leicht taxiert werden, auch wenn die Untersuchung am 3. Oktober 2019 durchgeführt werden konnte und schliesslich ergab, dass der Kläger zu jenem Zeitpunkt eindeutig krank war (Urk. 5/10). Das Verhalten des Klägers kann damit zwar nicht einer unberechtigten Verweigerung der Untersuchung gleichgesetzt werden. Dennoch hat die Vorinstanz zu Recht eine Mitverantwortung des Klägers bejaht. Durch die eigenmächtige und ohne jegliche Information der Beklagten vorgenommene Verschiebung der

angeordneten vertrauensärztlichen Untersuchung hat der Kläger gegen eine Weisung der Arbeitgeberin gehandelt und jegliche Transparenz vermissen lassen, zumal der Verschiebungsgrund auch nachträglich nicht hinreichend substantiiert wurde. Das klägerische Verhalten wäre aber selbst dann nicht akzeptabel gewesen, wenn für eine Verschiebung objektive Gründe bestanden hätten. Die Beklagte erhielt erst am 30. September 2019 überhaupt von der Verschiebung Kenntnis, und zwar nicht durch den Kläger selbst, sondern erst im Nachhinein durch die Arztpraxis (Urk. 67 S. 33; Urk. 27 Rz 54; Urk. 40 Rz 204, Rz 216). Damit ist der Vorinstanz weder eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung noch eine unrichtige

- 35 - Rechtsanwendung vorzuwerfen, wenn sie die eigenmächtige kurzfristige Verschiebung als vertrauensschädigend taxierte respektive als Mitverschulden des Klägers wertete und aufgrund dieses Vorfalles und der E-Mail vom 8. August 2019 zum Schluss kam, die Kündigung sei zwar ungerechtfertigt, aber nicht ohne Grund erfolgt. Zutreffend ist, dass es der Beklagten möglich gewesen wäre, sich vor Aussprache der Kündigung nach dem ärztlichen Befund vom 3. Oktober 2019 zu erkundigen. Dass sie dies tat, kann nicht ausgeschlossen werden, nachdem im zweiten, massgeblichen Kündigungsschreiben der Passus "In addition the diagnosis of our trusted doctor has resulted, that from a medical point of view you are capable to work." weggelassen wurde (Urk. 5/12, Urk. 5/13; Urk. 1 Rz 39). 4.4.4 Die Vorinstanz hat die weiteren Umstände der Kündigung als nicht straf erhöhend gewürdigt (Urk. 67 S. 34), was vom Kläger kritisiert wird (Urk. 66 Rz 45). Wenn der Kläger geltend macht, die zwei Kündigungsschreiben liessen die von einer Bank zu erwartende Professionalität vermissen und eine Persönlichkeitsverletzung werde für eine Erhöhung der Pönale nicht vorausgesetzt, mag dies zutreffen. Der Kläger hat die beiden Kündigungen jedoch praktisch zeitgleich erhalten (Urk. 5/12, Urk. 5/13, je letztes Blatt) und zudem wurde der (zu Unrecht erhobene) Vorwurf, der Kläger sei arbeitsfähig und nicht krank, nicht publik, weshalb dieses Versehen nur minim straf erhöhend ins Gewicht fallen kann. Die Nichtausstellung eines Arbeitszeugnisses hat die Vorinstanz zu Recht ausser Acht gelassen, weil die bisher unterbliebene Ausstellung des Schlusszeugnisses nicht die Umstände und Wirkungen der unberechtigten fristlosen Entlassung beschlägt, die mit einer Strafzahlung sanktioniert werden soll. Die Zeugnispflicht ist mit separater Leistungsklage durchsetzbar und der Inhalt des noch auszustellenden Schlusszeugnisses hängt auch vom Ausgang des vorliegenden Verfahrens ab (Streiff/von Kael/Rudolph, a.a.O., Art. 330a OR N 3g). Nach dem bereits Ausgeführten (E. III/4.2) berücksichtigte die Vorinstanz sodann zu Recht, dass der Kläger bereits per Januar 2020 eine neue Stelle mit mindestens gleich hohem Lohn (Urk. 1 Rz 62) antreten konnte. Auch eine finanzielle Härte hat die Vorinstanz aufgrund der ausgerichteten Arbeitslosen- und Krankentaggelder verneint. Dem hält der Kläger entgegen, eine solche Argumentation verkenne einerseits die Nöte eines Arbeitnehmers mit Familie, der plötzlich arbeitslos werde, und andererseits den Makel, der in der Finanz-

- 36 - branche einer Arbeitslosigkeit anhafte; der Bezug von Arbeitslosentaggeldern sei kein Schleck und decke längst nicht den ganzen Verdienst, besondere wenn er wie hier deutlich über dem versicherten Lohn von CHF 148'200.- liege (Urk. 66 Rz 48). Damit zeigt der Kläger indes nicht auf, in welche (finanziellen) Schwierigkeiten, die nicht über Schadenersatz (Art. 337c Abs. 1 OR) ausgeglichen werden, ihn die Entlassung konkret gebracht hat, weshalb darauf nicht weiter eingegangen werden muss. Nicht richtig eingeschätzt hat die Vorinstanz die Lage, wenn sie von einer kurzen Anstellungsdauer

ausging. In Anlehnung an das bereits Ausgeführte (E. III/3.5) ist aufgrund des Übergangs des Arbeitsverhältnisses von der D. _____ auf die Beklagte von einer mehrjährigen und nicht bloss von einer mehrmonatigen Anstellungs-dauer auszugehen. 4.4.5 Der Kläger bringt schliesslich vor, auch die "Schikanen", die er vor der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung erfahren habe, dürften nicht unberücksichtigt bleiben und die Vorinstanz habe auch "darüber" ein Beweisverfahren verweigert (Urk. 66 Rz 45). Diese Beanstandung ist jedoch zu pauschal abgefasst, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

E. 4.5

Zusammenfassend ergibt sich folgendes Bild: In der Finanzbranche wiegen die Anschuldigungen der Beklagten, gegen das (in Art. 11 des Personalreglements wiedergegebene) Geschäfts- und Bankgeheimnis verstossen und sich über Vorgaben der FINMA und interne Regeln wie die Electronic Equipment Policy hinweggesetzt zu haben (Urk. 17 Rz 31 ff.), schwer. Auch die Bezeichnung illoyalen Verhaltens gegenüber der Arbeitgeberin durch unzutreffende Äusserungen gegenüber Dritten (IT-Probleme) und die Unterstellung, er habe sich der Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit entziehen wollen, erweisen sich als gravierende Vorwürfe. Die Beklagte sprach denn auch von "massiven" und "schwerwiegenden" Verfehlungen (Urk. 17 Rz 64). Wären sie quasi erfunden worden bzw. völlig aus der Luft gegriffen, um den Kläger loszuwerden, wäre die beantragte Pönale von drei Monatslöhnen ohne weiteres gerechtfertigt. Solches ist indes nicht erstellt und entgegen seiner Auffassung muss sich der Kläger ein Mitverschuldensabzug gefallen lassen. Aufgrund der Verschiebung der vertrauensärztlichen Untersuchung ist dem Kläger ein nicht mehr leichtes Mitverschulden an der Entlassung anzurechnen (E. III/4.4.3),

- 37 - was zu einer substantiellen Reduktion führen muss. Sein Verhalten im Zusammenhang mit der E-Mail vom 8. August 2019 erscheint allerdings weniger gravierend, als von der Vorinstanz angenommen wurde (E. III/4.3.2). Im Gegensatz zur Vorinstanz ist auch nicht von einer kurzen Anstellungsdauer auszugehen. Die weiteren Kriterien hat die Vorinstanz zutreffend berücksichtigt (E. III/4.4.4). Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich, die Pönalentschädigung gegenüber der Vorinstanz um einen Monatslohn zu erhöhen und auf zwei Monatslöhne in der Höhe von CHF 32'290.– brutto = netto festzusetzen. Weiteres Fehlverhalten ist nicht erstellt (E. III/3.2). Ein Absehen von jeglicher Entschädigung, wie dies die Beklagte im Eventualstandpunkt fordert, mit der Begründung, der Kläger habe sich zahlreiche, wiederholte und teils schwerwiegende Verfehlungen geleistet, weshalb ihn ein massives Mitverschulden an der fristlosen Entlassung treffe (Urk. 71 Rz 60 ff.), kommt nicht in Frage. Die Klage (Rechtsbegehren Ziffer 2; Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR) ist somit ausgewiesen und gutzuheissen im Umfang von CHF 32'290.– netto (= brutto) zuzüglich Zins zu 5% seit 10. Oktober 2019. Im Mehrbetrag ist Rechtsbegehren Ziffer 2 – soweit noch nicht in Rechtskraft erwachsen (E. III/1.2) – abzuweisen. 5. Der Kläger wendet sich mit seiner Berufung gegen die Nichtzulassung der Pauschalspesen als Schadensposten gemäss Art. 337c Abs. 1 OR, obwohl diese als Lohnbestandteil zu qualifizieren seien (E. III/5.1), gegen die Nichtberücksichtigung der verlangten Aufzahlung auf die Leistungen der Krankentaggeldversicherung, obwohl die Beklagte die entsprechende Forderung nicht bestritten habe und sich der Anspruch auf den vollen Nettolohn explizit aus dem Personalreglement ergebe (E. III/5.2), und gegen die Verweigerung der Zusprechung der Familienzulagen, obwohl die Beklagte gegen die Forderungsposition keinerlei Einwendungen erhoben habe und ersichtlich gewesen sei, dass die Arbeitgeberin auch eigene Familienzulagen ausrichte (E. III/5.3). 5.1.1 Die Vorinstanz

rechnet zum Monatslohn CHF 220.– hinzu mit der Begründung, die Essenszulagen, von denen die Beklagte Sozialabzüge getätigt habe, seien während des Arbeitsverhältnisses stets als Lohnbestandteil behandelt wor-

- 38 - den. Hingegen seien die Pauschalspesen von CHF 1'100.– pro Monat ohne Sozialabzüge ausbezahlt worden, was auf eine echte Pauschalspesenentschädigung schliessen lasse, zumal der Kläger eine Kaderfunktion mit damit verbundenen Auslagen versehen habe. Der Kläger habe seine Schadenersatzforderung zwar detailliert aufgeschlüsselt, die einzelnen Schadenspositionen aber nicht rechtsgenügend begründet. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die Pauschalspesen einen (versteckten) Lohnbestandteil darstellen sollten. Mangels geschäftlicher Verrichtungen während der Krankheit bzw. der hypothetischen Kündigungsfrist seien dem Kläger folglich keine Pauschalspesen zu entrichten (Urk. 67 S. 26 f.). 5.1.2 Der Kläger macht geltend, eine Substantiierung dieser Spesen, total CHF 3'043.35, sei angesichts der schwachen Bestreitung der Beklagten, die ohne nähere Begründung nur teilweise (echten) Spesencharakter geltend gemacht habe, nicht notwendig gewesen. Mit der Formulierung, die Zahlungen hätten teilweise Spesencharakter, habe die Beklagte explizit anerkannt, dass sie nicht nur Spesen abdecken würden. Der Umstand, dass selbst die Beklagte den Pauschalspesen nur teilweise echten Spesencharakter zugebilligt habe, wäre im Rahmen der richterlichen Fragepflicht zu klären gewesen. Den gewissermassen negativen Beweis, dass Pauschalspesen Lohncharakter hätten, könne er nicht erbringen. Es wäre Sache der Beklagten gewesen darzulegen, was alles mit diesen Spesen gedeckt werden müsse, und sie hätte sich nicht darauf beschränken dürfen, den – ohnehin nur teilweisen – Spesencharakter zu bestreiten. Der Umstand, dass auf Pauschalspesen keine Sozialabzüge gemacht würden, sei kein Argument, um deren Spesencharakter zu begründen. Es sei gerichtsnotorisch, dass in der Arbeitswelt niemand Sozialbeiträge auf Spesenpauschalen abziehe. Vielmehr hätten sich Arbeitgeber und Arbeitnehmende darauf geeinigt, mit der Ausscheidung von Pauschalspesen die Lohnabzüge zu sparen (Urk. 66 Rz 20 ff.). 5.1.3 Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dem Kläger obliege der Beweis, dass den Pauschalspesen keine effektiven Ausgaben gegenübergestanden seien. Da der Kläger die einzelnen Schadenspositionen nicht rechtsgenügend behauptet habe, sei es ihm nicht gelungen, die entsprechende Behauptung rechtzeitig und substantiiert in den Prozess einzubringen. Dem Kläger wäre es im vorinstanz-

- 39 - lichen Verfahren ohne weiteres möglich gewesen aufzuzeigen, dass im Rahmen des Arbeitsverhältnisses effektiv deutlich weniger Auslagen anfallen würden und die Pauschale daher ein verkappter Lohnbestandteil darstelle (Urk. 71 Rz 66 f.). 5.1.4 Die Beklagte richtete dem Kläger Pauschalspesen von CHF 1'100.– pro Monat aus. Von diesem Betrag wurden keine Lohnabzüge vorgenommen (Urk. 5/2). Die Parteien können für Auslagen eine Pauschale vereinbaren, die so bemessen sein muss, dass sie mindestens alle notwendigen Auslagen ersetzt (Art. 327a Abs. 2 OR). Im Rahmen der Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a OR entfällt der Auslagenersatz gemäss Art. 327a OR, und zwar auch dann, wenn eine pauschale Spesenentschädigung vereinbart ist, solange die Spesenpauschale nicht offensichtlich übersetzt ist und ihr kein Entgeltcharakter zukommt (BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 324a OR N 23). Werden (aus steuer- oder sozialversicherungsrechtlichen Gründen) hohe Pauschalen für Spesen vereinbart, müssen diese in die Lohnabrechnung einbezogen werden, soweit sie die effektiven Auslagen übersteigen (Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319 bis Art. 343 OR, 3. Aufl.,

2014, Art. 324a N 11; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324a/b OR N 9 S. 414; von Zedtwitz/Keller, in: Etter/Fancinani/Sutter [Hrsg.], Arbeitsvertrag, Art. 324a OR N 49).

5.1.5 Der Kläger führte in der Klageschrift unter den geltend gemachten Forderungspositionen nebst Monatslohn, Essenzulage und Familienzulagen auch Pauschalspesen auf, ohne diese Position näher zu erläutern (Urk. 1 Rz 59). Zuvor hatte er ausgeführt, gemäss Lohnabrechnung für den Monat September 2019 (Urk. 5/2) habe er monatliche Bezüge von CHF 17'695.– erhalten, darunter CHF 1'100.– Pauschalspesen (Urk. 1 Rz 49). In der Klageantwort bestritt die Beklagte die Forderungsaufstellung und brachte vor, der Kläger könne insbesondere Zulagen, die teilweise Spesencharakter hätten, nicht geltend machen; dies betreffe hier die Essenzulage und die Pauschalspesen (Urk. 17 Rz 105). In der Replik entgegnete der Kläger, die Beklagte halte seiner detaillierten Forderungsaufstellung nur pauschal entgegen, seine Forderung sei zu reduzieren. Damit genüge sie ihrer prozessualen Behauptungspflicht nicht. Weshalb die Essenzulage, ein eindeutiger Begriff, und auch die Pauschalspesen keinen Lohncharakter haben soll-

- 40 - ten, verrate sie nicht (Urk. 22 Rz 154). Darauf warf die Beklagte dem Kläger vor, er sei seiner Behauptungs- und Beweislast bezüglich der angeblichen Schadenersatzforderung nicht nachgekommen, während sie ihrer Bestreitungslast Genüge getan habe (Urk. 27 Rz 72).

5.1.6 Die geltend gemachten Beweisschwierigkeiten ändern nichts daran, dass es zunächst einmal Sache des Klägers gewesen wäre zu behaupten, dass die ausgerichteten Pauschalspesen seine effektiven Auslagen überstiegen und Lohncharakter aufweisen. Da er dies unterliess, kann der Beklagten nicht vorgeworfen werden, sie sei ihrer Bestreitungslast nicht genügend nachgekommen und hätte darlegen müssen, "was alles mit diesen Spesen gedeckt werden muss" (Urk. 66 Rz 22). Eine solche gesteigerte Bestreitungslast hätte sich allenfalls nach entsprechenden Vorbringen des Klägers ergeben, der indes lediglich auf die Lohnabrechnung (Urk. 5/16) verwies. Eine Verletzung der gerichtlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) ist nicht ersichtlich. Diese greift nur bei klaren Mängeln der Parteivorbringen einer unbeholfenen Partei, darf aber keine Partei einseitig bevorzugen und dient nicht dazu, prozessuale Nachlässigkeiten der Parteien auszugleichen (BGer 4A_556/2021 vom 21. März 2022, E. 4.1). Weil auch nicht gerichtsnotorisch ist, dass Pauschalspesen stets keine effektiven Auslagen gegenüberstehen, kann offengelassen werden, ob gerichtsnotorisch ist, dass kein Arbeitgeber Sozialbeiträge auf Spesenpauschalen abzieht, wie der Kläger vortragen lässt; der Kläger hat auch nicht dargelegt, dass er bereits vor Vorinstanz vorbrachte, Arbeitgeber und Arbeitnehmer im allgemeinen und die Parteien im Besonderen hätten sich darauf geeinigt, mit der Ausscheidung von Pauschalspesen Lohnabzüge zu sparen. Diese Behauptung ist neu und damit unzulässig. Damit hat die Vorinstanz die Pauschalspesen zu Recht nicht als (zu ersetzenden) Lohnbestandteil betrachtet. Die Berufung ist insoweit unbegründet.

5.2.1 Von den BVG-Beiträgen und den Kinderzulagen abgesehen verneinte die Vorinstanz für die Dauer von 4. November bis 31. Dezember 2019 die Entstehung eines Schadens mit der Begründung, dem Kläger seien Leistungen der Krankentaggeldversicherung in der Höhe von 80% des Lohnes ausbezahlt worden, die an die Stelle der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers während der Arbeitsun-

- 41 - fähigkeit des Arbeitnehmers getreten seien, wobei eine Vereinbarung, dass die Beklagte die Differenz zwischen dem Krankenlohn und dem üblichen Lohn übernehme, weder rechtsgenügend behauptet worden sei noch aus dem Arbeitsvertrag oder dem Personalreglement hervorgehe, weshalb auch keine substantielle Bestreitung seitens der

Beklagten habe erfolgen müssen (Urk. 67 S. 29 f.). 5.2.2 Der Kläger bringt dagegen vor, er habe mit der Darstellung seiner monatlichen Bezüge und mit Ziffer 3 seiner Tabelle hinreichend zum Ausdruck gebracht, dass er den vollen Nettolohn beanspruche, und dabei nach Abzug der Tagelöhner der Krankentaggeldversicherung – mit Einschluss von Essenszulage, Pauschalspesen und Familienzulagen – eine Differenz von CHF 6'015.50 errechnet. Ohne Pauschalspesen und Familienzulagen ergebe sich eine noch nicht zugesprochene Differenz von CHF 2'926.– (CHF 30'242.– [je CHF 15'121.– [für November und Dezember 2019] abzüglich CHF 27'316.– [KTG-Zahlungen]). Die Vorinstanz übersehe, dass die Beklagte seine Berechnung mit keinem Wort erwähnt und somit nicht bestritten habe, weshalb er nicht gehalten gewesen sei, noch weitere Erklärungen abzugeben und zu behaupten, "man habe dies vereinbart". Schweige sich eine anwaltlich vertretene Partei zu einer konkreten Berechnung explizit aus, so habe sie diese nicht genügend bestritten, und die Auffassung der Beklagten, sie habe ihrer Behauptungslast genügt, gehe fehl. Schlicht aktenwidrig sei die Erwägung, es sei aus den Akten und insbesondere aus dem Personalreglement (Urk. 5/6) nicht ersichtlich, dass die Arbeitgeberin etwas aufzahle. Gemäss Art. 43 (Salärfortzahlung bei Krankheit und Unfall), erster Absatz, letzter Satz, bezahle die Bank im Falle von Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall für die Dauer von höchstens 720 Tagen Leistungen, die dem vollen Nettolohn entsprächen, was der Beklagten natürlich bekannt gewesen sei, weshalb sie keine Einwände gegen seine Berechnung habe vorbringen können (Urk. 66 Rz 26 ff.). 5.2.3 Die Beklagte entgegnet, der Kläger sei bezüglich der Differenz zwischen Krankentaggeld und üblichem Lohn seiner Behauptungslast nicht nachgekommen. Auch habe er keinen entsprechenden Beweis erbracht. Der Kläger habe zwar die einzelnen Forderungspositionen aufgelistet, es aber unterlassen, die einzelnen Schadenspositionen rechtsgenügend zu begründen, weshalb kein substantiiertes

- 42 - Bestreiten habe erfolgen müssen. Die Behauptung, die Parteien hätten eine Lohnfortzahlungspflicht vereinbart, sei neu und im Berufungsverfahren gemäss Art. 317 ZPO nicht mehr zu berücksichtigen (Urk. 71 Rz 69 ff.). 5.2.4 Der Kläger machte in seiner Forderungstabelle als Lohnersatz für die Monate November und Dezember 2019 zwei Monatslöhne à CHF 15'925.–, total CHF 31'850.– brutto bzw. CHF 29'819.55 netto, zuzüglich Zulagen und Spesen geltend, wovon er die ab 4. November 2019 ausgerichteten Krankentaggelder von CHF 27'316.– abzog (Urk. 1 Rz 59, Rz 54). Zur Begründung führte er aus, da keine wichtigen Gründe nach Art. 337 OR vorlägen, sei Art. 337c OR anwendbar, der einem Arbeitnehmer Anspruch auf das gebe, was er bei ordentlicher Kündigung verdient hätte, wobei erspartes und Ersatzleistungen – hier Arbeitslosenentschädigung, Krankentaggelder und der mindestens gleich hohe Verdienst bei der neuen Stelle ab Januar 2020 – anzurechnen seien (Urk. 1 Rz 62). Insoweit war von einem schlüssigen Tatsachenvortrag des Klägers auszugehen. Substantiiert bestritten wurde die "Schadenersatzforderung des Klägers für entgangenen Lohn bis Ende Dezember 2019" seitens der Beklagten im Quantitativ ("wäre die Forderung des Klägers zu reduzieren") lediglich insoweit, als eingewendet wurde, Zulagen mit (teilweisem) Spesencharakter (wie die Essenszulage oder die Pauschalspesen) könnten nicht geltend gemacht werden (Urk. 17 Rz 105). Mit anderen Worten stellte die Beklagte nicht in Frage, dass dem Kläger der volle Lohn zusteht, falls der Schadenersatzanspruch dem Grundsatz nach gutzuheissen ist. Nur wenn sich die Beklagte auf den Standpunkt gestellt hätte, der Lohnersatz sei auf die ausbezahlten Krankentaggelder zu beschränken, was ihr ohne weiteres möglich gewesen wäre, hätte der Kläger im Rahmen der Substantiierungspflicht weitere Angaben zur tat-

sächlichen Anspruchsgrundlage liefern müssen (vgl. BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1 S. 523, 127 III 365 E. 2b S. 368). Blieb der Lohnersatz in der Höhe des Bruttomonatslohnes unbestritten, hätte die Vorinstanz auf diesen abstellen müssen. Die Berufung ist insoweit begründet. 5.2.5 Im Berufungsverfahren wurde seitens der Beklagten nicht in Frage gestellt, dass die Essenzulage von CHF 220.– als Lohnbestandteil zu betrachten ist. Der von der Vorinstanz errechnete Nettomonatslohn inkl. Essenzulage von

- 43 - CHF 15'121.– blieb im Berufungsverfahren unbeanstandet. Allerdings übersieht der Kläger bei seiner Berechnung (Urk. 66 Rz 27), dass ihm bereits die Vorinstanz für die Dauer von 1. bis 3. November 2019 den vollen Lohn zusprach (Urk. 67 S. 31). Die nicht zugesprochene Differenz zwischen dem Krankenlohn (Taggeld) und dem üblichen Lohn berechnet sich demnach wie folgt: Lohnersatz von 4. bis 30. November 2019 13'608.90 15'121:30x27 Lohnersatz Dezember 2019 15'121.00 Total 28'729.90 abzüglich Taggeld 27'316.00 Differenz 1'413.90 Dem Kläger ist daher entgegen der Vorinstanz für den Zeitraum vom 4. November bis 31. Dezember 2019 ein Schaden im Umfang von CHF 1'413.90 entstanden, der ihm von der Beklagten (zuzüglich Zins zu 5% seit 10. Oktober 2019) zu ersetzen ist. 5.3.1 Die Vorinstanz erwog, der Kläger habe auch die Zusprennung von Familienzulagen für die Zeit von Oktober bis Dezember 2019 beantragt. Dabei handle es sich um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch, über den die Familienausgleichskasse des Arbeitgebers mittels Verfügung zu befinden habe. Da der Arbeitgeber nicht selbst zur Bezahlung von Kinderzulagen verpflichtet sei, sondern ihm lediglich eine gewisse Mitwirkungspflicht zukomme, vermöge Art. 342 Abs. 2 OR keinen zivilrechtlichen Anspruch des Klägers auf die geforderte Familienzulage zu begründen. Die Beurteilung öffentlich-rechtlicher Ansprüche sei den Zivilgerichten entzogen und auf den Antrag sei mangels Zuständigkeit des Arbeitsgerichts nicht einzutreten (Urk. 67 S. 30 f.). 5.3.2 Der Kläger macht geltend, die Einschätzung der Vorinstanz möge auf die kantonalen Kinderzulagen, nicht aber auf die Zulagen, die der Arbeitgeber freiwillig aus eigener Kasse leiste, zutreffen. Die Vorinstanz habe aktenwidrig übersehen, dass er in seiner Tabelle zwischen "Familienzulagen Kanton" und "Familienzulagen ArbG" (letzteres sei eine dem Arbeitsgericht geläufige Abkürzung) unterschieden habe. Nichts spreche dafür, dass die zweite Kategorie dieser Zulagen öffentlich-rechtlichen Charakter habe, zumal die Beklagte diesbezüglich auf ihre Grosszügigkeit hingewiesen habe und es auch aus Art. 42 Abs. 2 des Personalre-

- 44 - glements ersichtlich gewesen wäre, dass die kantonalen Zulagen von der Bank um CHF 250.– aufgestockt würden. Daher habe die Vorinstanz nicht von sich aus und ohne Ausübung der richterlichen Fragepflicht von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen ausgehen dürfen, nachdem sich keine Partei dazu geäußert und die Beklagte keinen Nichteintretensantrag gestellt habe. Aus diesen Gründen stünden ihm für Familienzulagen noch insgesamt CHF 1'245.– (CHF 553.35 [Familienzulagen Kanton] und CHF 691.65 [Familienzulagen ArbG]) zu (Urk. 66 Rz 31 ff.). 5.3.3 Die Beklagte verweist zunächst auf die Begründung der Vorinstanz und fügt hinzu, der Kläger sei behauptungs- und beweisbelastet, soweit er in der Berufung vorbringe, er habe zusätzlich einen Anspruch auf Familienzulagen des Arbeitgebers. Der Kläger habe die einzelnen Forderungspositionen zwar aufgelistet, die einzelnen Schadenspositionen aber nicht rechtsgenügend begründet, was im Berufungsverfahren nicht nachgeholt werden könne (Urk. 71 Rz 72 ff.). 5.3.4 Der Kläger zeigt nicht auf, dass die Beklagte entgegen der Vorinstanz als Schuldnerin der aufgrund des zürcherischen Einführungsgesetzes zum Bun-

desgesetz über die Familienzulagen vom 19. Januar 2009 (LS 836.1) ausgerichte- ten Zulagen betrachtet werden muss. Vielmehr räumt er ein, dass die Rechtsauf- fassung der Vorinstanz "vielleicht" zutrifft (Urk. 66 Rz 33). Diesbezüglich fehlt dem- nach eine substantiierte Auseinandersetzung mit dem vorinstanzlichen Entscheid und eine entsprechende Rüge. Die sachliche Zuständigkeit war von Amtes wegen zu prüfen; ein diesbezüglicher Nichteintretensantrag der Gegenpartei bedurfte es dazu nicht und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Klägers ist nicht er- sichtlich. Hinsichtlich der auf öffentlichem Recht basierenden "Familienzulagen Kanton" im Umfange von CHF 553.35 (Urk. 1 Rz 59, Urk. 66 Rz 31) ist die Berufung abzuweisen und der angefochtene Beschluss zu bestätigen. 5.3.5 Der Kläger hat als Lohn bzw. Lohnersatz auch "Familienzulagen ArbG" von CHF 250.– pro Monat eingeklagt (Urk. 1 Rz 59). Nachdem er zuvor unter Hin- weis auf die Lohnabrechnung Oktober 2019 seine monatlichen Bezüge von CHF 17'695.– aufgeschlüsselt und nebst Bruttolohn, Essenzulage, Pauschalspe- sen und "CHF 200.00 Familienzulage Kanton" auch "CHF 250.00 Familienzulage Arbeitgeberin" erwähnt hatte (Urk. 1 Rz 49), konnte kein Zweifel darüber bestehen,

- 45 - dass der Kläger nebst der kantonalen Familienzulage mit "Familienzulagen ArbG" eine zusätzlich von der Arbeitgeberin ausgerichtete Familienzulage einklagte, zu- mal diese Zulage auf der Lohnabrechnung als "Familienzulage ArG" deklariert wurde (Urk. 5/16) und die Beklagte – wie der Kläger zu Recht vorbringt (Urk. 66 Rz 32 f., Rz 19) – selber darauf hinwies, sie gewähre dem Kläger höhere Kinder- zulagen (Urk. 17 Rz 73). 5.3.6 Bei der zusätzlich ausgerichteten "Familienzulage ArG" handelt sich nicht um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch, sondern um eine arbeitsvertragliche Zulage. Die Vorinstanz hätte diesbezüglich auf die Klage eintreten müssen. Die Beklagte bestritt die Ausrichtung der "Familienzulage ArG" nicht (Urk. 17 S. 32). Auf Art. 42 Abs. 2 des Personalreglements, auf den erstmals in der Berufung hin- gewiesen wurde (Urk. 66 Rz 33), muss nicht eingegangen werden. Die "Schaden- ersatzforderung für entgangenen Lohn bis Ende Dezember 2019" bestritt die Be- klagte im Quantitativ ("wäre die Forderung des Klägers zu reduzieren") lediglich insoweit, als eingewendet wurde, Zulagen mit (teilweisem) Spesencharakter wie die Essenzulage oder die Pauschalspesen könnten nicht geltend gemacht werden (Urk. 17 Rz 105). Demnach hat die Beklagte dem Kläger an vertraglichen Famili- enzulagen zu bezahlen bzw. ersetzen (vgl. Urk. 1 Rz 59): CHF 16.65 (8. und 9. Ok- tober 2019), CHF 175.– (10. bis 31. Oktober 2019) und CHF 500.– (November und Dezember 2020), total CHF 691.65. 5.3.7 Der Kläger hat für den Fall, dass die Berufung gegen die Nichtbehand- lung seines Antrags auf Zusprechung von Familienzulagen nicht zulässig wäre, eventualiter Beschwerde erhoben. Das zulässige Rechtsmittel richtet sich nach den zuletzt strittig gebliebenen Rechtsbegehren, weshalb auch gegen den vorinstanzli- chen Beschluss die Berufung zulässig ist. Da die Familienzulagen im Rahmen der Berufung behandelt werden, ist die eventualiter erhobene Beschwerde nicht mehr zu behandeln.

E. 5

Am vorliegenden Entscheid wirkt Oberrichter Dr. M. Kriech anstelle des feri- enhalber abwesenden Kammerpräsidenten Oberrichter lic. iur. A. Huizinga mit. II. 1. Der Kläger machte vor Vorinstanz mit Rechtsbegehren Ziffer 1 Lohn für zwei Oktobertage (7. und 8. Oktober 2019), Lohnersatz für die Zeit vom 9. Oktober bis 31. Dezember 2019, Ferien bzw. Ferienersatz für 8.83 Tage und den BVG- Schaden, total CHF 28'371.35 netto, geltend. Zudem verlangte er mit Rechtsbe- gehren Ziffer 2 eine kombinierte Entschädigung (Pönale)

infolge missbräuchlicher und ungerechtfertigter fristloser Kündigung in der Höhe von sechs Monatslöhnen à CHF 17'495.–, total CHF 104'970.–, und mit Rechtsbegehren Ziffer 3 die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses. Zur Begründung trug er vor, er habe nach Erhalt der Verwarnung gar keine Arbeitsleistung mehr erbracht und daher auch keine Fehler mehr machen können, da sich alle seine angeblichen, aber bestrittenen Pflichtverletzungen in der Vergangenheit zugetragen hätten (Urk. 1 Rz 33 ff.). Der Grund der Verschiebung der vertrauensärztlichen Untersuchung vom 30. September 2019 sei eine andere ärztliche Verpflichtung gewesen, die er wahrnehmen müsse, wie sich am 27. September 2019 kurzfristig ergeben habe. Einen Versuch, die Vertrau-

- 8 - ensärztin zu wechseln, habe es nicht gegeben (Urk. 1 Rz 36). Die E-Mail K.____s vom 8. August 2019, die ihm an seine private E-Mail-Adresse gesandt worden sei und welche die Beklagte bereits im Zeitpunkt der Verwarnung gekannt habe, habe er noch gleichentags an seinen Geschäfts-E-Mail-Account weitergeleitet. Mit dem Empfang dieser E-Mail habe er keine Geheimnisverletzung begangen und überhaupt nichts aus dem Kontrollbereich der Beklagten geschafft, sondern Angaben eines Dritten erhalten, über welche die Beklagte gar nicht selber verfügen könne. Aus der E-Mail ergebe sich lediglich, dass er und K.____ sich bereits gekannt hätten und er über Probleme mit der E-Mail-Adresse berichtet habe. Nach seiner Erinnerung habe er K.____ wahrscheinlich gesagt, dass er mit "A'.____@B.____.com" eine ungewöhnliche E-Mail-Adresse erhalten habe, die nicht mit der bisherigen Adresse "A.____@D.____.com" korrespondiere und noch geändert werden müsse. Es sei ein Fakt, dass ihm von der Beklagten eine E-Mail-Adresse gegeben worden sei, mit der er im Markt nicht auftreten wollen und die bis zur Änderung in der zweiten Augustwoche seinen zweiten, nie benutzten Taufnamen "L.____" enthalten habe. Nur deshalb habe ihn K.____ an die ihm schon lange bekannte, private E-Mail-Adresse angeschrieben. Es treffe nicht zu, dass er seinem Kollegen von IT-Problemen berichtet habe. Die Wortwahl "IT-Email Probleme" sei eine Interpretation von K.____ beim Verfassen seiner E-Mail, für die er nicht verantwortlich sei (Urk. 22 Rz 131 ff.). 2. Die Beklagte hielt auf vollumfängliche Abweisung der Klage. Sie stellte sich auf den Standpunkt, die fristlose Entlassung sei zufolge schwerwiegender Verfehlungen des Klägers gerechtfertigt gewesen. Nach der Verwarnung sei ihr per Zufall zu Ohren gekommen, dass der Kläger unter dem falschen Vorwand, die Beklagte habe IT-Schwierigkeiten, einen Kunden dazu aufgefordert habe, geschäftliche Informationen an seine private E-Mail-Adresse zu schicken (Urk. 17 Rz 30). Spätestens am 6. August 2019 habe der Kläger über seine neue E-Mail-Adresse (A.____@B.____.com) verfügen können (Urk. 27 Rz 56). Mit der Verschiebung der vertrauensärztlichen Untersuchung und dem Versuch, einer anderen Ärztin zugeteilt zu werden, habe der Kläger das Fass endgültig zum Überlaufen gebracht (Urk. 27 Rz 54). Es liege weder eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung noch eine missbräuchliche Kündigung vor. Von einer Pönale wäre selbst im Falle einer

- 9 - ungerechtfertigten Kündigung abzusehen, da der Kläger mit seinem massiven Fehlverhalten selbst den Anlass zu seiner Entlassung gesetzt habe (Urk. 17 Rz 108).

E. 5.4

Nachdem die Kündigung als ungerechtfertigt zu taxieren ist und die Beklagte keine substantiierten Einwände gegen die Höhe des von der Vorinstanz zugesprochenen Lohnes bzw. Schadenersatzes (Urk. 67 S. 31: Lohn von CHF 8'824.– netto, Ferienentschädigung von CHF 2'101.80 netto und BVG-Spar-

- 46 - beiträge von CHF 4'866.65 netto) erhebt, ist die Klage (Rechtsbegehren Ziffer 1; ausstehender Lohn und Schadenersatz nach Art. 337c Abs. 1 OR) im folgenden Umfang ausgewiesen und gutzuheissen: - Lohn bzw. Lohnersatz vom 8. Oktober 2019 bis 3. November 2019 in der Höhe von CHF 8'824.– netto (Urk. 67 S. 31) - Lohnersatz vom 4. November bis 31. Dezember 2019 in der Höhe von CHF 1'413.90 netto (E. III/5.2.5) - Familienzulagen Arbeitgeber bzw. deren Ersatz von 8. Oktober bis 31. Dezember 2019 in der Höhe von CHF 691.65 (E. III/5.3.6) - Ferienentschädigung in der Höhe von CHF 2'101.80 netto (Urk. 67 S. 31) - BVG-Sparbeiträge in der Höhe von CHF 4'866.65 netto (Urk. 67 S. 31). Dies ergibt ein Total von CHF 17'898.– netto, zuzüglich Zins zu 5% seit

E. 8

August 2019 denn auch erwogen, der Kläger sei aufgrund seiner hohen Stellung als Senior Manager F._____ bzw. Head of Institutional Sales im Range eines Direktors für eine klare Kommunikation, dass sein geschäftlicher E-Mail-Account

- 28 - funktioniere und er auf diesem angeschrieben werden müsse, verantwortlich gewesen. Allerdings kann ihm nach dem zuvor Ausgeführten gerade in diesem Punkt keine Pflichtverletzung vorgeworfen werden. Auf das Argument des Klägers, es sei weder aus dem Arbeitsvertrag ersichtlich noch behauptet worden, dass ihm Mitarbeitende unterstellt gewesen seien, was eine Kaderposition erst ausmache (Urk. 76 Rz 30), ging die Beklagte nicht weiter ein, sondern verwies auf die Kündigungsfrist von vier Monaten, die für Kadermitarbeiter gelte (Urk. 80 Rz 32 f.). Wie immer dem auch sei: Selbst wenn beim Kläger von einer erhöhten Treuepflicht auszugehen wäre, vermag die kurzfristige Verschiebung der vertrauensärztlichen Untersuchung, die bereits am 16. September 2019 angesetzt worden war und schliesslich statt am 30. September am 3. Oktober 2019 stattfand, für sich betrachtet keinen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung zu schaffen, wie bereits ausgeführt wurde. Ähnlich verhält es sich mit der Dauer des Arbeitsverhältnisses, die – nebst der Art und Schwere der Verletzung und sämtlicher weiterer Umstände – zu berücksichtigen ist. Die Beklagte pocht auf die kurze Dauer des am 15. Juli 2019 auf sie übergegangenen Arbeitsverhältnisses (Urk. 71 Rz 18 ff.), während der Kläger die vorangehende Anstellung bei der D._____ Zürich, die gestützt auf Art. 333 Abs. 1 OR mit allen Rechten und Pflichten auf die Beklagte übergegangen sei, in die Waagschale wirft (Urk. 76 Rz 13 f.). Wenn alle Umstände des Einzelfalls in den Ermessensentscheid einzubeziehen sind, kann nicht übergangen werden, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger gemäss Art. 333 OR mit allen Rechten und Pflichten übernahm, auch wenn zur Vereinheitlichung der Arbeitsverträge (Urk. 5/4 S. 3) ein neuer Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde. Die Zählung der Dienstjahre lief in diesem Fall weiter (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 15). Die Parteien vereinbarten auch keine neue Probezeit (Urk. 5/1 S. 1). Gemäss Art. 333 Abs. 1 OR gilt der Grundsatz der vollständigen Kontinuität einzelvertraglich vereinbarter Rechte und Pflichten; sämtliche an die bisherige Betriebszugehörigkeit anknüpfenden Rechtspositionen werden unter Zugrundelegung der sowohl beim bisherigen als auch beim Erwerber des Betriebs zurückgelegten Dienstzeiten ermittelt (sog. Besitzstandswahrung; Wildhaber, in: FHB Arbeitsrecht, N 20.62). Das Informationsschreiben vom 24. Juni 2019 stellte denn auch klar, dass der Übergang ohne Unterbrechung der bisherigen Betriebszugehörigkeit erfolgt und deren Dauer

- 29 - ab Eintritt in die D._____ Zürich berechnet wird (Urk. 5/4 S. 3). Der Abschluss des neuen Arbeitsvertrags vom 19. Juni / 15. Juli 2019 durch die neue Arbeitgeberin kann daher nicht dazu führen, dass die Verschiebung der Untersuchung die für eine fristlose Kündigung

erforderliche Schwere erreicht.

E. 10

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 11

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

- 50 - Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 93'931.80. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 4. August 2023 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer
Der Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. A. Huizinga lic. iur. C. Faoro versandt am: lm

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