

ZH_OBERGERICHT LA220028 vom 18. Dezember 2023

ZH Obergericht, 2023-12-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA220028

FR: ZH_OBERGERICHT LA220028 du 18 décembre 2023

IT: ZH_OBERGERICHT LA220028 del 18 dicembre 2023

Erwägungen

E. 1

Die Parteien stehen sich in einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit betreffend eine fristlose Kündigung gegenüber. Die Beklagte und Berufungsklägerin (Arbeitgeberin; nachfolgend: Beklagte) ist ein als Aktiengesellschaft geführtes globales In-

- 5 - vestment- und Beratungsunternehmen mit Sitz in Zürich. Der Kläger und Berufungsklagte (Arbeitnehmer; nachfolgend: Kläger) war ab 6. Januar 2020 als Vermögensverwalter (Managing Director) bei der Beklagten tätig (Urk. 5/3). Vertragliche Grundlage der Tätigkeit des Klägers bildete der von den Parteien am 29. Oktober 2019 abgeschlossene Arbeitsvertrag, mit welchem ein Jahresgehalt von Fr. 360'000.– vereinbart worden war (Urk. 5/3). Am 5. Februar 2021 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis zunächst mündlich und gleichentags schriftlich ordentlich per 5. August 2021 (Urk. 5/6). Mit Schreiben vom 1. März 2021 kündigte die Beklagte ihrerseits das Arbeitsverhältnis fristlos (Urk. 5/8). Der Kläger hält die fristlose Kündigung für ungerechtfertigt, verspätet und missbräuchlich.

E. 1.1

Die Vorinstanz kam nach Darstellung der Parteistandpunkte (Urk. 57 S. 4 ff.) im Rahmen der Anspruchsprüfung (Urk. 57 S. 8 ff.) zum Schluss, dass die fristlose Kündigung seitens der Beklagten nicht rechtzeitig erfolgte (Urk. 57 S. 12 ff.). Selbst wenn von einer rechtzeitigen (fristlosen) Kündigung ausgegangen würde, gelinge es der Beklagten gemäss den vorinstanzlichen Erwägungen nicht, rechtsgenügend einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR nachzuweisen, welcher eine umgehende Auflösung des Arbeitsverhältnisses ohne Abwarten des Ablaufs der ordentlichen Kündigungsfrist rechtfertigen würde. In Würdigung der Vorbringen der Parteien sei weder eine genügend gravierende Verletzung der Arbeitspflicht des Klägers auszumachen (Urk. 57 S. 15 ff.), noch könne von der Beklagten dargelegt werden, dass der Kläger seine Treuepflicht verletzt habe, indem er während laufender Kündigungsfrist einer konkurrenzierenden Tätigkeit nachgegangen sei (Urk. 57 S. 21 ff.). Weiter entschied die Vorinstanz über die vom Kläger geltend gemachten finanziellen Ansprüche.

E. 1.2

Die Beklagte rügt mit ihrer Berufung, dass die vorinstanzlichen Erwägungen sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht fehlerhaft seien (Urk. 56 Rz. 8). Der Entscheid sei daher aufzuheben und die Klage abzuweisen. Eventualiter beantragt sie eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Abklärung des Sachverhaltes bezüglich der tatsächlichen Pflichtverletzungen des Klägers, dessen vorgängigen Verwarnung sowie dessen während der laufenden Kündigungsfrist erzielten Einkünfte und eine darauf folgende Neubeurteilung (Urk. 56 Rz. 7).

E. 1.3

Strittig und – soweit erforderlich – im Folgenden zu beurteilen ist demnach, ob die von der Beklagten am 5. März 2021 ausgesprochene fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses ungerechtfertigt und/oder missbräuchlich war und welche Rechtsfolgen sie nach sich zieht.

2. Fristlose Kündigung

- 10 -

E. 2

Die Rechtsmittelvoraussetzungen der Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil sind erfüllt: Anfechtungsobjekt der Berufung ist ein erstinstanzlicher Endentscheid im Sinne von Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, deren Streitwert Fr. 10'000.– übersteigt (Art. 308 Abs. 2 ZPO) und die nicht unter einen Ausnahmetatbestand gemäss Art. 309 ZPO fällt. Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1, Art. 142 f. und Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO sowie Urk. 55/2 und Urk. 56), und die vor Vorinstanz unterlegene Beklagte ist zu deren Erhebung legitimiert. Unter dem Vorbe-

- 7 - halt rechtsgenügender Begründung ist auf die Berufung einzutreten. Der zweitinstanzliche Entscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

E. 2.1

Rechtliche Grundlagen

E. 2.1.1

Gemäss Art. 337 OR können beide Vertragsparteien das (befristete oder unbefristete) Arbeitsverhältnis jederzeit aus wichtigen Gründen fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (wobei es aber – was hier nicht weiter relevant ist – in keinem Fall die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung als wichtigen Grund anerkennen darf; vgl. Abs. 3). Zu beachten ist, dass auch eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung faktisch und rechtlich beendet. Es gibt mithin keinen Bestandesschutz. Die Sanktionen, welche die zu Unrecht fristlos kündigende Partei treffen, sind rein finanzieller Natur (BGE 117 II 270 E. 3.b S. 271 f.; BGer 4A_395/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 4.1 m.w.Hinw.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7. Aufl. 2012, Art. 337 N 3, N 24 und Art. 337c N 3; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 337 N 6; CHK-Emmel, OR 337 N 1; KUKO OR-Schwaibold, Art. 337 N 5; Portmann/Wildhaber, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2020, Rz. 750).

- 11 -

E. 2.1.2

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

tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich dazu geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwer, müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein. Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von der Gesamtheit der konkreten Umstände des Einzelfalles ab (BGE 142 III 579 E. 4.2 S. 579 f.; BGer 4A_7/2018 vom 18. April 2018, E. 4.2.2, je m.w.Hinw.; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 337 N 4; Etter/Stucky, Stämpfli Handkommentar, Arbeitsvertrag, OR 337 N 6; CHK-Emmel, OR 337 N 3). Die Frage ist vom Gericht im Sinne von Art. 4 ZGB nach Recht und Billigkeit zu entscheiden (BGE 127 III 310 E. 3 S. 313; BGer 4C.106/2001 vom 14. Februar 2002, E. 3.a; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 337 OR N 1; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 2 S. 1099). Deshalb kann ein und derselbe Umstand in einem bestimmten Umfeld eine fristlose Kündigung rechtfertigen, in einem anderen dagegen nicht (Vischer, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl. 2005, S. 254; KUKO OR-Schwaibold, Art. 337 N 12; Portmann/Wildhaber, a.a.O., Rz. 755). So spielen etwa Verfehlungen finanzieller Natur in den Bereichen Buchhaltung und Finanzen eine grössere Rolle als anderswo (KUKO OR-Schwaibold, Art. 337 N 13). Für die Beurteilung des Einzelfalles ist insbesondere die Art des Arbeitsverhältnisses, die spezifische Tätigkeit sowie die hierarchische Stellung des Arbeitnehmers in der Organisation des Arbeitgebers und die damit gegebenenfalls verbundene erhöhte Verantwortung und Loyalität von massgeblicher Bedeutung. Das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien und sein konkretes Gewicht für die (Zusammen-)Arbeit stellen mithin ein zentrales Beurteilungskriterium dar. Hat der Arbeitnehmer eine leitende resp. verantwortungsvolle Stelle, trifft ihn nach gefestigter bundesgerichtlicher Praxis eine erhöhte Treuepflicht (vgl. BGer 8C_541/

- 12 - 2015 vom 19. Januar 2016, E. 6; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321a N 14). Entsprechend ist bei der Gewichtung einer Pflichtverletzung ein strenger(er) Massstab anzulegen und – als Folge davon – die Unzumutbarkeit wegen Zerstörung des Vertrauensverhältnisses eher anzunehmen (vgl. BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 31; BGE 127 III 86 E. 2.c S. 89; BGer 4A_296/2020 vom 6. August 2020, E. 1.3.1; BGer 4A_349/2017 vom 23. Januar 2018, E. 4.2; BGer 4A_685/2011 vom 24. Mai 2012, E. 5.2.2; BGer 4A_476/2009 vom 2. Dezember 2009, E. 3.1; Vischer, a.a.O., S. 254 m.Hinw. auf BGer 4C.106/2001 vom 14. Februar 2002, E. 3.c; CHK-Emmel, OR 337 N 3; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 8). Besonders bei Kaderpersonen, die aufgrund ihrer verantwortungsvollen Funktion im Betrieb in ausgeprägten Vertrauenspositionen stehen, können schon verhältnismässig geringfügige Pflichtverletzungen, vor allem auch eher mindere Verletzungen der Treuepflicht, einen wichtigen Grund abgeben (Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 337 N 8; Etter/Stucky, a.a.O., OR 337 N 17 m.w.Hinw.; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 337 OR N 2), welcher den Arbeitgeber auch ohne vorgängige Verwarnung zur fristlosen Entlassung berechtigt. Das gilt namentlich bei Angehörigen des oberen und erst recht des Top-Kaders, die eine sehr hohe Vertrauensstellung innehaben, weshalb ein Treubruch in dieser Position umso schwerer wiegt (vgl. OGer ZH LA110015 vom 30.09.2011, E. III.4). Deshalb ist es bei zwei hierarchisch unterschiedlich gestellten Arbeitnehmern durchaus möglich, dass der eine mit einem bestimmten Verhalten einen wichtigen Grund zur fristlosen Entlassung setzt, der andere mit demselben Verhalten jedoch nicht. Neben der betriebsinternen Stellung des Arbeitnehmers ist auch die verbleibende Zeit bis zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses (durch ordentliche Kündigung oder durch Ablauf der befristeten

Vertragsdauer) zu berücksichtigen (BGE 142 III 579 E. 4.2 S. 579 f.). Je kürzer diese Dauer ist, umso gewichtiger muss der angeführte Grund sein, um zur fristlosen Entlassung zu berechtigen (BGer 4A_112/2017 vom 30. August 2017, E. 3.2 m.w.Hinw.; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 337 OR N 2; ZK-Staehelin, Art. 337 OR N 4 m.w.Hinw.), d.h. desto weniger ist der Rückgriff auf die fristlose Entlassung zulässig (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 16; Etter/Stucky, a.a.O., OR 337 N 15). Demge-

- 13 - gegenüber rechtfertigt sich eine fristlose Entlassung eher, wenn die Parteien einen befristeten Arbeitsvertrag von relativ langer Dauer vereinbart haben und das Vertragsende zeitlich noch weit entfernt ist (vgl. BGer 4C.106/2001 vom 14. Februar 2002, E. 3.c; Brühwiler, a.a.O., Art. 337 N 7.a). So oder anders stellt die fristlose Kündigung nach einhelliger Ansicht ein "Notverhältnis", eine "ultima ratio" dar, deren Zulässigkeit nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen und die nur dann gerechtfertigt ist, wenn sie unter den gegebenen Umständen den "einzigsten Ausweg" darstellt, weil durch den Kündigungsgrund das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien derart zerstört ist, dass ein gedeihliches Zusammenarbeiten nicht mehr zu erwarten ist (vgl. BGE 116 II 142 E. 5.c S. 144; BGE 129 III 380 E. 2.1 S. 382; BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 31; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 3; Brühwiler, a.a.O., Art. 337 N 1; CHK-Emmel, OR 337 N 10; ZK-Staehelin, Art. 337 OR N 4; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 337 OR N 2; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 337 N 1; Portmann/Wildhaber, a.a.O., Rz 754; Milani, OFK-OR, OR 337 N 1; KUKO OR-Schwaibold, Art. 337 N 5 und N 12; Vischer, a.a.O., S. 254). Die Schwelle hierfür kann bei einem Kaderangehörigen mit langer Restanstellungsdauer allerdings deutlich tiefer liegen als bei einem "durchschnittlichen" Arbeitnehmer. Die Beweis- und Hauptlast für das Vorliegen eines wichtigen Grundes bzw. für Tatsachen, aus denen die Berechtigung zur fristlosen Kündigung abgeleitet wird, trägt gemäss Art. 8 ZGB die kündigende Partei (BGer 4A_448/2020 vom 4. November 2020, E. 4.1.1; Etter/Stucky, a.a.O., OR 337 N 92; Portmann/Wildhaber, a.a.O., Rz. 774; Brühwiler, a.a.O., Art. 337 N 7.c). Zu beachten ist schliesslich, dass der wichtige Grund ein Recht, keine Pflicht zur fristlosen Kündigung begründet. Es steht der berechtigten Vertragspartei deshalb frei, auf eine fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verzichten und dasselbe trotz Unzumutbarkeit fortzusetzen. Ebenso wenig besteht ein Gleichbehandlungsanspruch mehrerer fehlbarer Angestellter in Bezug auf das Aussprechen einer fristlosen Kündigung (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 8). Der Arbeitgeber darf mithin auch nur einen oder einzelne von ihnen fristlos ent-

- 14 - lassen, insbesondere bei abweichenden individuellen Umständen (s.a. CHK-Emmel, OR 337 N 7).

E. 2.1.3

Ist ein wichtiger Grund gegeben, muss die fristlose Kündigung sofort ausgesprochen werden. Die Kündigung ist mithin umgehend nach sicherer und möglichst vollständiger Kenntnisnahme des massgeblichen Grundes, d.h. desjenigen Verhaltens zu erklären, welches eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als unzumutbar erscheinen lässt. Andernfalls ist anzunehmen, das Einhalten der ordentlichen Kündigungsfrist oder der festen Vertragsdauer sei für den Kündigten subjektiv zumutbar und er verzichte deshalb auf eine fristlose Kündigung, und ist das Recht auf eine sofortige Vertragsauflösung verwirkt. Dabei ist nach den Umständen des konkreten Falles zu entscheiden, innert welcher Frist dem berechtigten billigerweise ein Entschluss darüber zuzumuten ist, ob er von seinem Recht zur fristlosen Aufhebung des Vertrags Gebrauch machen will.

Erforderlich ist indessen nicht eine augenblickliche Reaktion, sondern ein unverzügliches Handeln innert angemessener Frist, welche die Zeit für allenfalls erforderliche Abklärungen miteinschliesst. In der Regel wird eine Überlegungsfrist von zwei bis drei Arbeitstagen zum Nachdenken und Einholen von Rechtsauskünften als angemessen angesehen. Ein Hinauszögern über diese Zeitspanne ist nur zulässig, wenn es mit Rücksicht auf die praktischen Erfordernisse des Alltags- und Wirtschaftslebens als verständlich und berechtigt erscheint. Eine Verlängerung von einigen Tagen ist etwa dann zulässig, wenn bei einer juristischen Person die Entscheidungskompetenz einem mehrköpfigen Gremium zusteht und die Willensbildung daher aufwändiger ist oder wenn Arbeitnehmervertreter anzuhören sind (vgl. zum Ganzen BGE 138 I 113 E. 6.3.1-4 S. 116 ff. m.w.Hinw.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 17; Etter/Stucky, a.a.O., OR 337 N 74 ff.; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 337 N 13; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 337 OR N 16; Brühwiler, a.a.O., Art. 337 N 10). Hat die kündigende Partei noch keine genügend sichere Kenntnis der Umstände, hat sie entsprechende Abklärungen zu treffen. Das muss zwar beförderlich geschehen, doch darf sie sich die notwendige Zeit nehmen, um den Sachverhalt sorgfältig klären zu können. Die zuzugestehende Abklärungsfrist ist zu unterscheiden von der Überlegungsfrist, die erst beginnen kann, wenn die Fakten und Verantwortlichkeiten aufgrund der Abklärungen ge-

- 15 - klärt sind (Etter/ Stucky, a.a.O., OR 337 N 71, N 79). Die Behauptungs- und Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Kündigung trägt die kündigende Partei (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 17 S. 1128; BSK OR I- Portmann/Rudolph, Art. 337 N 13; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 337 OR N 16 a.E.).

E. 2.1.4

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

E. 2.2

Rechtzeitigkeit der fristlosen Kündigung

E. 2.2.1

Standpunkte a) Vorinstanz Wie bereits ausgeführt kommt die Vorinstanz in ihrem Entscheid zum Schluss, dass die fristlose Kündigung der Beklagten verspätet erfolgte, da sie nicht sofort nach Kenntnis des vorgebrachten wichtigen Grundes ausgesprochen worden sei. Das Recht auf sofortige Vertragsauflösung sei daher verwirkt gewesen. Die Beklagte

habe vorgebracht, dass der Kläger die Investorenkontakte nach seiner (or-

- 16 - dentlichen) Kündigung eingestellt habe und diese selbst nach mehrmaliger Verwarnung zwischen dem 9. und 12. Februar 2021 nicht wieder aufgenommen habe. Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hätte die Beklagte gemäss Ansicht der Vorinstanz beim Vorliegen eines konkreten, nennenswerten Verdachts, welcher bei Erhärtung zu einer sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses geführt hätte, sofort alle ihr zumutbaren Massnahmen treffen müssen, um Klarheit zu gewinnen. Davon könne aufgrund des Zuwartens mit den Abklärungen bis am 24. Februar 2021 vorliegend keine Rede sein (Urk. 57 S. 14). b) Beklagte Die Beklagte bringt im Berufungsverfahren wie schon vor Vorinstanz vor, dass erst mit Abschluss der internen Untersuchung (und somit am 26. Februar 2021) sichere und vollständige Kenntnis über die tatsächliche Pflichtverletzung des Klägers bestanden und die "Überlegungsfrist" damit erst an diesem Tag begonnen habe (Urk. 56 Rz. 30; Urk. 27 Rz. 12). Die Vorinstanz gehe fälschlicherweise davon aus, dass bereits nach dem ersten Gespräch zwischen dem Kläger und der Beklagten am 9. Februar 2021 Kenntnis der Pflichtverletzungen des Klägers bestanden habe. Gemäss unzutreffender Ansicht der Vorinstanz sei keine interne Untersuchung der Arbeitsaktivitäten notwendig gewesen und die fristlose Kündigung vom 1. März 2021 aus diesem Grund verspätet erfolgt. Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung sei der Kläger indessen bereits anlässlich des Gesprächs vom 9. Februar 2021 ausdrücklich verwarnet worden und habe die Beklagte daher nicht damit rechnen müssen, dass er seine Ankündigung, nicht mehr mit Investoren kommunizieren zu wollen, in die Tat umsetzen würde. Erst im letzten Gespräch vom 24. Februar 2021 (nach den Ferien des Klägers, welche vom 13. bis am 21. Februar 2021 gedauert hätten) habe sich jedoch der Verdacht, dass der Kläger trotz gegenteiliger Verwarnung seine zentrale Arbeitspflicht tatsächlich einstellen könnte, definitiv konkretisiert. Im Anschluss an dieses Gespräch sei dessen Leistung umgehend überwacht und ausgewertet worden, was notwendig gewesen sei, um die ausgebliebene Arbeitsleistung festzustellen (Urk. 56 Rz. 27 ff.; Urk. 27 Rz. 10 f.). Die fristlose Kündigung sei am 1. März 2021, ein Arbeitstag nach Vorliegen des Ergebnisses dieser Untersuchung am 26. Februar 2021 er-

- 17 - folgt (Urk. 56 Rz. 30 f.). Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass bereits nach dem Gespräch vom 24. Februar 2021 (Mittwoch) Kenntnis über den Kündigungsgrund vorgelegen habe, so wäre die Kündigung – so die Beklagte – bereits drei Arbeitstage danach, am 1. März 2021 (Montag) rechtszeitig erfolgt (Urk. 56 Rz. 33). Die Vorinstanz gehe damit von einem falschen Sachverhalt aus und wende obendrein das Recht falsch an (Urk. 56 Rz. 34). c) Kläger Der Kläger macht mit seiner Berufungsantwort geltend, die Kündigung sei in jedem Fall zu spät erfolgt, auch wenn der Sachverhalt, wie von der Beklagten behauptet, bewiesen werden könnte (Urk. 68 Rz. 47). Selbst wenn ihm eine Verletzung der Arbeitspflicht vorgeworfen werden könnte (was er bestreitet), habe die Beklagte die fristlose Kündigung erst nach vier Gesprächen und nach Durchführung einer internen Untersuchung am 1. März 2021, mithin fast einen Monat nach dem ersten Gespräch vom 9. Februar 2021, ausgesprochen. Damit sei erstellt, dass die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses für die Beklagte trotz der behaupteten (und bestrittenen) Arbeitsverweigerung und dem Beharren auf einer Freistellung zumutbar gewesen und die fristlose Kündigung damit verspätet erfolgt sei (Urk. 68 Rz. 42-47).

E. 2.2.2

Würdigung Die Vorinstanz ist aus ihrer Sicht in ihrer Beurteilung des Sachverhaltes ohne ein Beweisverfahren durchzuführen von den Vorbringen der Beklagten ausgegangen. Dabei ist festzuhalten, dass die beklagischen Vorbringen, wie sich die Kommunikation seit der ordentlichen Kündigung abgespielt hatte, vom Kläger bestritten werden (vgl. Urk. 19 Rz. 67 ff. und Urk. 68). Der Kläger selbst brachte vor Vorinstanz sowie im Berufungsverfahren vor, dass sich die Parteien nach seiner Kündigung nicht im Klaren gewesen seien, ob und vor allem wie man diese gegenüber den Investoren kommunizieren würde, weshalb man ihn seitens der Beklagten dazu angehalten habe, vorerst keinen Kontakt zu den wesentlichen Investoren zu haben (Urk. 19 Rz. 68 und Urk. 68 Rz. 26-31). Die Gesprächsprotokolle, welche die Beklagte als Beweismittel für ihre Version der Ereignisse bezeichne,

- 18 - nämlich dass der Kläger den Kontakt zu Investoren verweigert haben soll und von ihr diesbezüglich ermahnt worden sei (vgl. Urk. 16/2-5), würden nicht den wahren Gesprächsinhalt wiedergeben. Es müsse davon ausgegangen werden, dass die Gesprächsprotokolle im Nachhinein willkürlich und parteiisch erstellt worden seien. Die Protokolle seien dem Kläger weder zur Durchsicht vorgelegt noch von ihm genehmigt worden. Es handle sich bei diesen um blosser Parteibehauptungen und sie würden sodann auch keine Verwarnung an den Kläger beinhalten (Urk. 19 Rz. 69 und Urk. 68 Rz. 38 sowie 9-12). Die Vorinstanz kam in ihrem Entscheid zum Schluss, selbst wenn vorbehaltlos von der (vom Kläger bestrittenen) Version der Geschehnisse ausgegangen würde, wie sie von der Beklagten geschildert werden, sei die Kündigung nicht rechtzeitig erfolgt. Vielmehr hätte die Beklagte unverzüglich alle ihr zumutbaren Abklärungen ergreifen müssen, um Klarheit zu gewinnen, ob ihr Verdacht auf Vorliegen eines Verhaltens, welches eine fristlose Kündigung rechtfertigt, wirklich begründet sei (Urk. 57 S. 14). Dem kann nicht zugestimmt werden. Vielmehr besteht ein Unterschied in der Sachverhaltsdarstellung, wie sie die Vorinstanz als von der Beklagten geltend gemacht bezeichnet und derjenigen, wie sie von der Beklagten effektiv vorgebracht wurde. Wenn vom Sachverhalt, wie ihn die Beklagte vorbringt, ausgegangen wird, hätte der Kläger anlässlich der Gespräche vom 9., 10. und 12. Februar 2021 wiederholt zum Ausdruck gebracht, den Kern seiner Arbeitstätigkeit, mithin den Kontakt zu bestehenden und potentiellen Investoren, bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr auszuüben (so von der Beklagten vor Vorinstanz vorgebracht in Urk. 13 Rz. 9 ff. und Urk. 27 Rz. 8 ff. und 76 ff.). Er sei in der Folge von der Beklagten mündlich verwarnt worden, und man habe sich darauf geeinigt, nach dessen Ferien (13. bis und mit 21. Februar 2021) am 22. Februar 2021 erneut ein Gespräch zu führen. Erst nachdem anlässlich dieses Gesprächs, welches (gemäss Darstellung der Beklagten) wegen dem Kläger erst am 24. Februar 2021 habe geführt werden können, der konkrete nennenswerte Verdacht aufgekommen sei, dass dieser trotz entsprechender Verwarnung seine zentralen Arbeitspflichten dauerhaft eingestellt habe, habe die Beklagte umgehend eine interne Untersuchung eingeleitet, welche am 26. Februar 2021 abgeschlossen gewesen sei (Urk. 13 Rz. 9 ff. und Urk. 56 Rz. 23 sowie 45-51).

- 19 - Soweit man vom (durch den Kläger bestrittenen) Sachverhalt, wie ihn die Beklagte tatsächlich vorbringt, ausgeht, müsste entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen und der Ansicht des Klägers davon ausgegangen werden, dass die Beklagte anlässlich der Gespräche vom 9., 10. und 12. Februar 2021 weder faktische Kenntnis noch den konkreten, nennenswerten Verdacht hatte, dass ihr Arbeitnehmer seine "Kerntätigkeit",

mithin den Kundenkontakt, trotz entsprechender Aufforderung, dauerhaft nicht mehr wahrnehmen würde. Geht man von der Darstellung der Beklagten im vorinstanzlichen Verfahren aus, ermahnte sie den Kläger anlässlich dieser Gespräche vielmehr und kam man überein, dass man die Angelegenheit nach dessen Ferien am 22. Februar 2021 noch einmal besprechen werde (Urk. 13 Rz. 11 f., Urk. 16/4; Urk. 27 Rz. 9 und Urk. 56 Rz. 30). Sofern sich der von der Beklagten behauptete Sachverhalt von ihr beweisen lässt, wäre die faktische Kenntnis der dauerhaften Weigerung des Klägers, mit Investoren in Kontakt zu treten, erst nach dem Gespräch vom 24. Februar 2021 eingetreten und hätte die Kündigung am 1. März 2021 damit (unter Berücksichtigung des Wochenendes) als rechtzeitig erfolgt zu gelten. Die Beklagte offerierte vor Vorinstanz als Beweismittel für den Inhalt der Gespräche mit dem Kläger vom 9., 10., 12. und 24. Februar 2021 nebst den bereits erwähnten Gesprächsprotokollen die von ihrer Seite bei den Gesprächen anwesenden Personen als Zeugen (Urk. 13 Rz. 9 ff. und Urk. 27 Rz. 8 ff.). Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass die Gesprächsprotokolle als Beweismittel unbeachtlich sind, da sie lediglich in englischer Sprache (und nicht gemäss Art. 129 ZPO in der Amtssprache des Kantons Zürich) eingereicht wurden, obwohl beide Parteien mit Beschluss vom 16. August 2022 dazu angehalten worden waren, fremdsprachige Urkunden auch in deutscher Übersetzung einzureichen (Urk. 6). Den Parteien wurde mit diesem Beschluss unmissverständlich mitgeteilt, dass fremdsprachige Urkunden sonst ohne Weiteres und ohne Ansetzung einer Nachfrist unbeachtlich blieben. Wohl ist zutreffend, dass sich das Arbeitsgericht Zürich an einem internationalen Standort befindet (Urk. 56 Rz. 63). Soweit vom Gericht indessen eine deutsche Übersetzung gestützt auf die Zivilprozessordnung verlangt wird, ist dies für die Parteien in jedem Fall beachtlich. Entgegen der Ansicht der Beklagten (Urk. 56 Rz. 61 und Urk. 73 Rz. 73) richtete sich der Beschluss sodann ausdrücklich an beide Parteien (Ziffer 4 des Dispositivs von Urk. 6; unterstrichen hervorgehoben) und wurde auch beiden zugestellt (Urk. 7/1-2). Der Umstand, dass dem Kläger im erwähnten Beschluss eine Nachfrist zur Übersetzung eingereicht wurde, der Beklagten – welche zu jenem Zeitpunkt noch keine fremdsprachigen Urkunden eingereicht hatte – aber später nicht (mehr), stellt keine Ungleichbehandlung dar, wurde den Parteien doch gleichzeitig mitgeteilt, was vom Gericht erwartet wird, weshalb in Bezug auf die Beklagte auch keine Nachfrist angezeigt war. Der Kläger hatte in der Folge diverse Urkunden ins Deutsche übersetzt, darunter auch den englischsprachigen Arbeitsvertrag (Urk. 10 sowie Urk. 20), weshalb auch diesbezüglich keine Ungleichbehandlung auszumachen ist. Zutreffend ist indessen das Vorbringen der Beklagten, wonach die von ihr eingereichten Urkunden insofern beachtlich sind, als ihr Inhalt im Rahmen ihrer Eingaben in deutscher Sprache zitiert werden (Urk. 56 Rz. 64), allerdings nur in Bezug auf diese übersetzten Sätze. Nebst den Protokollen werden von der Beklagten ihre Angestellten, welche die Gespräche mit dem Kläger geführt haben, als Zeugen offeriert. Entgegen der Ansicht des Klägers stellen die offerierten Zeugenaussagen keine Parteibehauptungen dar (Urk. 68 Rz. 38). Zutreffend ist, dass Zeugenaussagen wie jedes Beweismittel der freien Würdigung unterliegen und dem Interesse der befragten Zeugen am Prozessausgang beziehungsweise einer allfälligen Abhängigkeit wie vorliegend einem bestehenden Arbeitsverhältnis mit einer Partei bei der Beweiswürdigung Rechnung zu tragen ist (BSK ZPO-Guyan Art. 172 N 4f.). Die Würdigung der Aussagen kann indessen erst erfolgen, wenn diese vorliegen, weshalb ohne die Durchführung eines entsprechenden Beweisverfahrens und insbesondere ohne Befragung der von der Beklagten offerierten Zeugen sowie der Parteibefragung des Klägers (Urk. 19 Rz. 28 ff.) im heutigen Zeitpunkt nicht davon ausgegangen werden kann,

dass die fristlose Kündigung seitens der Beklagten verspätet erfolgte. Zusammenfassend kann damit die Frage, ob die fristlose Kündigung seitens der Beklagten rechtzeitig erfolgt ist, nicht abschliessend entschieden werden, da diesbezüglich zuerst ein Beweisverfahren durchgeführt werden muss, in welchem

- 21 - der rechtlich zu beurteilende Sachverhalt festgestellt wird. Zu prüfen ist in der Folge, ob die Kündigungsgründe, welche von der Beklagten vorgebracht werden, bei Rechtzeitigkeit ihres Vorbringens überhaupt eine fristlose Kündigung rechtfertigen würden.

E. 2.3

Vorliegen eines wichtigen Grundes

E. 2.3.1

Schwerwiegende Verletzung der Arbeits- und Treuepflicht

E. 2.3.1.1

Standpunkte a) Vorinstanz Die Vorinstanz führt aus, dass selbst wenn die Beklagte den Kläger mehrfach zur Weiterarbeit im Sinne des Arbeitsvertrages angewiesen habe, darin keine Verwarnung im technischen Sinne gesehen werden könne. Dies, da sie ihm die Konsequenzen bei Nichtbefolgen ihrer Anweisung nicht ausdrücklich aufgezeigt habe (Urk. 56 S. 16 f.). Auch wenn jedoch vom Vorliegen einer Verwarnung ausgegangen würde, könnte die Beklagte daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Da diese nicht substantiiert behaupte, dass der Kläger seine arbeitsvertraglichen Pflichten bereits vor seiner Kündigung verletzt habe, wäre gemäss Ansicht der Vorinstanz zu prüfen, ob ihm in den beiden Arbeitswochen vom 8. bis am 12. und vom 22. bis am 26. Februar 2021 (vom 13. bis am 21. Februar 2021 befand er sich in den Ferien) eine derart schwere Verletzung seiner Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis vorgeworfen werden konnte, dass eine fristlose Kündigung als gerechtfertigt erschien. Gemäss der Vorinstanz wäre es dabei an der Beklagten gelegen zu substantiieren, inwiefern in den zwei in Frage stehenden Arbeitswochen die Leistung des Klägers von derjenigen der vorangegangenen rund 14 Monate, in welcher er bei ihr angestellt war, abgewichen sei. Es sei widersprüchlich, ihm auf der einen Seite eine "absolute Arbeitsverweigerung" vorzuwerfen und auf der anderen Seite einzuräumen, dass der Kläger effektiv Arbeitsleistungen erbracht habe. Die Beklagte vergleiche in ihren Ausführungen lediglich die Monate November und Dezember 2020 mit den in Frage stehenden zwei Arbeitswochen im Februar 2021, wobei nicht einzusehen sei, weshalb gerade diese zwei Monate ei-

- 22 - ne taugliche Vergleichsbasis darstellen sollten. Weiter äussere sich die Beklagte nicht rechtsgenügend zu den detaillierten klägerischen Ausführungen, wonach er in der in Frage stehenden Zeit interne Leistungen erbracht habe. Es sei dabei nicht richtig, lediglich die externen Kundenkontakte als arbeitsvertragliche Pflichterfüllung zu betrachten. Selbst wenn die Beklagte die Verletzung der Arbeitspflicht sodann rechtsgenügend behaupten würde, sei davon auszugehen, dass ihr der Nachweis ihrer vom Kläger bestrittenen Sachdarstellung nicht gelingen würde. Zum einen stellten die Einvernahmen der von ihr genannten Zeugen keine tauglichen Beweismittel dar, da nicht ersichtlich sei, inwiefern diese überhaupt sachdienliche Angaben aus eigener Wahrnehmung betreffend die effektiv erbrachte Arbeitsleistung des Klägers erbringen könnten. Zum anderen seien die ins Recht gereichten Gesprächsprotokolle (Urk. 16/2-7) entgegen dem Beschluss vom 16. August

2020 nicht in die deutsche Sprache übersetzt worden und daher unbeachtlich. Beim "Aktivitätsbericht 2021" (Urk. 16/6) handle es sich sodann um ein Konvolut von Computerausdrucken mit unklarem Aussagegehalt. Die vom Kläger eingereichten E-Mails würden dagegen belegen, dass er auch nach seiner Kündigung weiterhin Arbeitsleistungen für die Beklagte erbracht habe. Insgesamt gelte es der Beklagten damit nicht, eine derart gravierende Verletzung der Arbeitspflicht zu substantiieren, dass eine fristlose Kündigung innerhalb der ordentlichen Kündigungsfrist als gerechtfertigt erscheine (vgl. zum Ganzen Urk. 57 S. 15 ff.). b) Beklagte Die Beklagte rügt mit ihrer Berufung, dass die Weigerung des Klägers, seine zentrale Aufgabe des Investorenkontakts auszuüben, einen bewussten und endgültigen Entscheid dargestellt habe. Selbst wenn die Beklagte in der Folge lediglich Ermahnungen und nicht eigentliche Verwarnungen ausgesprochen haben sollte, wie dies die Vorinstanz festhalte, hätten sich auch diese als nutzlos erwiesen (Urk. 56 Rz. 36 ff.). Der Kläger sei indessen entgegen der Ansicht der Vorinstanz mehrfach verwarnt, und es seien ihm die Konsequenzen einer weiteren Verletzung der Arbeitspflicht vor Augen geführt worden (Urk. 56 Rz. 41 f.). Es sei nicht nachvollziehbar, wie die Vorinstanz in der Einstellung jeglichen Investorenkon-

- 23 - takts während zweier Arbeitswochen keine schwerwiegende Pflichtverletzung im Sinne von Art. 337 OR sehen könne. Selbst der Kläger gestehe ein, nach seiner Kündigung vom 6. Februar 2021 keinen Kontakt zu Investoren mehr gehabt zu haben. Damit habe er seine zentrale Arbeitspflicht dauerhaft verletzt, was nicht damit kompensiert werden könne, dass er in der fraglichen Zeit (lediglich) untergeordnete interne administrative Tätigkeiten erledigt habe (Urk. 56 Rz. 45 ff.). In dem die Vorinstanz rüge, dass die Beklagte bei der Prüfung der klägerischen Arbeitstätigkeit lediglich die Leistungsperiode von November 2020 bis Februar 2021 herangezogen und nicht auf die gesamten 14 Monate des Arbeitsverhältnisses abgestellt habe, übersehe sie, dass sich dessen Tätigkeitsbereich im Laufe seiner Anstellung gewandelt habe. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, das Unterlassen von Investorenkontakten nicht als gravierende Verletzung der Arbeitspflichten einzustufen, gehe damit an der Sach- und Rechtslage vorbei (Urk. 56 Rz. 50 f.). c) Kläger Der Kläger bringt mit seiner Berufungsantwort vor, dass die Beklagte sich nicht ansatzweise mit der Begründung der Vorinstanz auseinandergesetzt habe, weshalb auf ihre Berufung nicht einzutreten sei. Die Beklagte stütze sich mit ihrer Version der Geschichte zum einen auf Gesprächsprotokolle, welche lediglich Parteibehauptungen darstellen würden und nicht verwertbar seien, sowie auf Zeugen, deren Aussagen keine Bedeutung hätten (Urk. 68 Rz. 38). Da somit keine Beweismittel im Recht liegen würden, welche die Sachverhaltsdarstellung der Beklagten bestätigen könnten, würde eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Neubeurteilung nichts am vorinstanzlichen Entscheid ändern.

- 24 - Selbst wenn indessen nachträglich der von der Beklagten behauptete Sachverhalt erstellt werden könnte, würde dies an der rechtlichen Beurteilung der Sache nichts ändern (Urk. 68 Rz. 13-15). Wie bereits vor Vorinstanz macht der Kläger geltend, dass er nach seiner Kündigung weder seine essentielle Arbeitstätigkeit endgültig aufgegeben, noch dass er jeglichen Investorenkontakt verweigert habe (Urk. 68 Rz. 23 ff. mit Verweis auf Urk. 19 Rz. 29 und 68). Richtig sei vielmehr, dass er bereit gewesen sei, weiter mit Investoren in Kontakt zu sein. Er sei nach seiner Kündigung mit der Beklagten im Gespräch gewesen, wann und wie den Investoren seine Kündigung kommuniziert werden soll (Urk. 68 Rz. 27 mit Verweis auf Urk. 33). Entgegen den Vorbringen der Beklagten sei er bereit gewesen,

nach Abschluss dieser Gespräche bis zum Vertragsende weiterhin mit Investoren in Kontakt zu sein (Urk. 68 Rz. 26-31 mit Verweis auf Urk. 19 Rz. 29 und 68). Weiter sei unrichtig und von ihm auch immer bestritten worden, dass lediglich die Kontakte zu den Investoren zur "eigentlichen Arbeitstätigkeit" gehörten. Vielmehr habe auch die Dokumentation und Verwaltung derselben zu dieser gehört (Urk. 68 Rz. 29 mit Verweis auf Urk. 1 Rz. 32 und Urk. 19 Rz. 13/36 ff./41/43/98). Diese ebenfalls essentiellen Tätigkeiten seien von ihm denn auch nie eingestellt worden. Es seien sodann seitens der Beklagten auch keine Verwarnungen oder Disziplinalgespräche mit ihm erfolgt. In den Gesprächen zwischen ihm und der Beklagten nach seiner ordentlichen Kündigung sei es lediglich um die Frage gegangen, wie seine Kündigung gegenüber den Investoren kommuniziert werden solle; hätte man eine Verwarnung ausgesprochen wären keine weiteren Gespräche notwendig gewesen (Urk. 68 Rz. 34-37).

E. 2.3.1.2

Würdigung a) Arbeitsinhalt Die Vorinstanz hielt in ihrer Entscheidung fest, es gehe nicht an, dass die Beklagte nur die externe Kommunikation mit Investoren als für die arbeitsvertragliche Pflichterfüllung relevant erachte. Die Beklagte habe selbst darauf verwiesen, dass der Aufbau einer Datenbank mit potentiellen Kunden wie auch die Dokumentation und Verwaltung der Investorenkontakte zu den "Hauptzuständigkeiten" der neu

- 25 - geschaffenen Stelle des Klägers gehörten (Urk. 54 S. 10 mit Verweis auf Urk. 13 Rz. 6). Der Kläger habe detailliert ausgeführt, welche Arbeitsleistungen er nach seiner Kündigung wann erbracht habe (Urk. 54 S. 19 mit Verweis auf Urk. 1 Rz. 28 ff. und Urk. 19 Rz. 34 ff.), wobei sich die Beklagte auf pauschale, nicht rechtsgenügende Bestreitungen beschränke (Urk. 54 S. 19 mit Verweis auf Urk. 13 Rz. 56 und Urk. 27 Rz. 39 ff.). Die Beklagte rügt mit der Berufung (wie bereits vor Vorinstanz vorgebracht), die Vorinstanz übersehe, dass sich das Pflichtenheft des Klägers im Laufe seiner Tätigkeit verändert habe. Während zu Beginn der Anstellung die Entwicklung und Implementierung einer proaktiven Verkaufsstrategie für den Raum Nordamerika im Vordergrund gestanden habe, sei nach Abschluss dieser Anfangsphase die Hauptzuständigkeit seiner Position in der Kommunikation mit Investoren gelegen, um langfristige Geschäftsbeziehungen herzustellen und zu pflegen (Urk. 56 Rz. 49 mit Verweis auf Urk. 13 Rz. 6). Diesen Zusammenhang übersehe die Vorinstanz, indem sie rein interne administrative Tätigkeiten des Klägers für die Erfüllung seiner Arbeitspflicht genügen lasse und dabei übersehe, dass die Beklagte in der Duplik im Einzelnen dargelegt habe, weshalb rein administrative Aktivitäten dem Pflichtenheft des Klägers nicht gerecht würden (Urk. 56 Rz. 50 mit Verweis auf Urk. 27 Rz. 26 ff.). Der Kläger war bei der Beklagten unbestrittenermassen als "Managing Director" mit einem jährlichen Bruttogehalt von Fr. 360'000.- angestellt und damit in der Funktion eines Kadermitglieds bei ihr tätig. Vom Kläger unbestritten ist ebenfalls, dass er ab dem Zeitpunkt seiner Kündigung am 6. Februar 2021 keinen externen Kontakt zu Investoren mehr pflegte (Urk. 56 S. 18 mit Verweis auf die Replik im vorinstanzlichen Verfahren: Urk. 19 Rz. 29), womit dieser Umstand auch nicht Teil eines Beweisverfahrens bilden muss. Uneinigkeit besteht zwischen den Parteien dagegen, aus welchem Grund der Kläger die externen Kontakte mit den Investoren nach seiner eigenen (ordentlichen) Kündigung einstellte und ob dies einen schweren Verstoß gegen die Arbeitspflicht im Sinne von Art. 337 OR darstellt, welcher zu einer fristlosen Kündigung ohne vorhergehende Verwarnung berechtigen würde. Um das zu beurteilen, muss

wiederum geklärt werden, ob "tägliche Kontakte" mit Investoren den Fokus der Tätigkeit des Klägers bildeten, wie dies von der Beklagten geltend gemacht wird (Urk. 56 Rz. 50 mit Verweis auf Urk. 27

- 26 - Rz. 26 und 29 ff.). Da die Beklagte ihre fristlose Kündigung mit dem Verstoß gegen Art. 337 OR begründet, ist sie für diese von ihr geltend gemachte Version beweispflichtig. Im Rahmen der Klageantwort vor Vorinstanz machte die Beklagte in Bezug auf den Arbeitsinhalt des Klägers geltend, dass diese im Zeitpunkt seiner Kündigung in der Hauptsache darin bestand, täglich mit potentiellen Investoren oder bestehenden Kontakten auf verschiedenen Kommunikationskanälen in Kontakt zu treten und die Anlageprodukte der Beklagten zu präsentieren. Weiter führte sie aus, dass das Stellenprofil zudem die Identifizierung von Gelegenheiten für das Geschäftsmodell der Beklagten sowie deren Bewertung mit Hilfe umfassender Markt- und Anlageerkenntnissen umfasste (Urk. 13 Rz. 6). Der Kläger brachte demgegenüber im Rahmen der Replik vor Vorinstanz vor, dass die Investorenkontakte wohl eine wichtige Teilaufgabe seiner Tätigkeit waren, diese jedoch aufwändige vorgängige Analyse und Recherchearbeit zur Ausarbeitung einschlägiger Zielgruppen bedingten, um neu zu gewinnende Investoren möglichst individualisiert anzuschreiben (Urk. 19 Rz. 9 ff. und 131). Im Vordergrund habe die Qualität und nicht die Quantität der Kontakte zu Investoren gestanden (Urk. 19 Rz. 10). Wie in der Tätigkeit bei Finanzinstituten üblich, seien sodann diverse administrative Nebentätigkeiten dazugekommen (Urk. 19 Rz. 9 ff.). Es habe Zeiten gegeben, in welchen er regelmässige Investorenkontakte gehabt habe, aber auch solche, in denen er sich überwiegend der Analyse potentieller neuer Anleger gewidmet habe. Dies sei Teil seines Stellenprofils gewesen und von der Beklagten auch nicht in Frage gestellt worden. Sodann habe er auch regelmässig Zeit für interne E-Mails, Anrufe und Sitzungen verwendet. Der Vorwurf der Verweigerung der hauptsächlichen Arbeitstätigkeit wird vom Kläger "scharf zurückgewiesen" (Urk. 19 Rz. 19). Dem widerspricht die Beklagte, die in ihrer Duplik ausführte, dass interne Recherche- und Administrativtätigkeiten nach lange zurückliegender Einarbeitungszeit vernachlässigbar und zum Nachweis effektiver Arbeitsleistung nicht tauglich seien. Es sei nicht einzusehen, inwiefern solche "Nebendarbeiten" die Arbeitskapazität des Klägers derart hätten ausfüllen können (Urk. 27 Rz. 27 ff.).

- 27 - Beide Parteien bringen übereinstimmend vor, dass der Kontakt mit Investoren einer der Kernaufgaben des Klägers gewesen ist. Dabei erscheint weniger die Frage entscheidend, wie viel Zeit netto allein für diese Kontakte aufgewendet wurde. Vielmehr scheint für beide Seiten klar zu sein, dass Investorenkontakte (und die sich aus diesen ergebenden Geschäfte), egal ob diese nach Quantität oder nach Qualität gewertet werden, für die Tätigkeit des Klägers unabdingbar waren. So führte denn der Kläger selbst auch aus, dass es seine Aufgabe gewesen sei, den Geschäftszweig der Beklagten mit institutionellen Investoren komplett neu aufzubauen (Urk. 19 Rz. 45), beziehungsweise Ziel seiner Anstellung gewesen sei, langfristige Geschäftsbeziehungen mit institutionellen Anlegern aufzubauen (Urk. 19 Rz. 97). Ohne Kontakt zu Kunden (Investoren) ist nicht ersichtlich, wie ein solcher Aufbau oder überhaupt der Abschluss jeglicher Art von Geschäften möglich gewesen sein sollte. Auch die Entlohnung des Klägers deutet klar darauf hin, dass er dieses Einkommen nicht mit internen Arbeiten, Weiterbildungen oder Analysen und Recherchen verdiente, sondern damit, dass er (möglichst gewinnbringende) Geschäfte für die Beklagte abschloss, wofür ein Kontakt mit Investoren unabdingbar war. Auch wenn die Parteien sich, wie oben festgehalten, nicht einig zu sein scheinen, wie sich die

verschiedenen Aufgaben des Klägers in quantitativer Arbeitszeit verteilt, so sind sie sich doch zumindest darüber einig, dass der Kontakt mit Investoren für die Erfüllung dessen Arbeitsleistung einen, wenn nicht gar den Kernbereich darstellte. Mit anderen Worten gesagt: Ohne die Investorenkontakte konnten keine Geschäfte entstehen und die Beklagte kein Geld verdienen. Der Stellenwert dieser Kundenkontakte kann dabei nicht an der Zeit gemessen werden, die allein für sie investiert wurde. Der Vorinstanz ist zwar grundsätzlich zuzustimmen, dass für die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Leistungspflicht durch den Kläger nicht einzig auf die Investorenkontakte abgestellt werden kann (Urk. 57 S. 19). Eine Weigerung, für den Rest der fünfmonatigen Kündigungszeit die externen Investorenkontakte weiterzuführen, würde indessen aufgrund des soeben Ausgeführten eine schwerwiegende Verletzung der Arbeitspflicht darstellen, selbst wenn diese Kontakte rein zeitmässig lediglich einen kleinen Teil der faktischen Arbeitsleistung darstellten. Ein Beweisverfahren über den effektiven Arbeitsinhalt in der in Frage

- 28 - stehenden Zeit erübrigt sich bei dieser Ausgangslage. Aus dem gleichen Grund muss nicht weiter darauf eingegangen werden, ob und was der Kläger während den zwei in Frage stehenden Arbeitswochen gearbeitet hat und ob und mit welchen der vorherigen Arbeitsmonate dies zu vergleichen wäre. Zu prüfen ist dagegen, aus welchem Grund der Kläger sich veranlasst sah, die Kontakte zu den Investoren ab seiner (ordentlichen) Kündigung einzustellen. b) Grund für die Einstellung der Investorenkontakte Die Vorinstanz führte in ihrem Entscheid aus, dass offengelassen werden könne, weshalb die Investorenkontakte vom Kläger nach seiner Kündigung eingestellt worden seien, da die Arbeitspflichtverletzung von der Beklagten nicht nachgewiesen werden könne (Urk. 57 S. 18b ff.). Da indessen das eigenmächtige Einstellen von Investorenkontakten seitens des Klägers eine schwerwiegende Verletzung des Arbeitsverhältnisses begründen würde, ist nachfolgend auf den Grund der Einstellung einzugehen. Wie bereits ausgeführt, begründete die Beklagte die fristlose Kündigung mit dem Umstand, dass sich der Kläger aus ihrer Sicht geweigert hatte, nach seiner (ordentlichen) Kündigung weiterhin Investorenkontakte zu pflegen (Urk. 5/10). Im ersten Gespräch nach seiner Kündigung am 9. Februar 2021 habe er gegenüber den Vertretern der Beklagten ausgeführt, dass er in den nächsten Tagen eine reibungslose Arbeitsübertragung vornehme und anschliessend freigestellt werden wolle. Auf entsprechende Nachfrage habe er sogar bestätigt, dass er davon ausgehe, dass er während der Kündigungsfrist keine Arbeitsleistung mehr erbringen müsse, jedoch das volle Salär erhalten werde (Urk. 13 Rz. 8). Nachdem die Vertreter der Beklagten ihm mitgeteilt hätten, dass eine Freistellung ausser Frage stehe und man von ihm erwarte, dass er wie bisher weiterarbeite, habe er erwidert, dass er wohl theoretisch zur Weiterarbeit bereit sei, es ihm jedoch aus "fiduciary duties" nicht möglich sei, seine Kündigung gegenüber seinen Kontakten zu verheimlichen, weshalb eine Weiterarbeit in der bisherigen Art und Weise nicht mehr möglich sei (Urk. 56 Rz. 16 und Urk. 13 Rz. 9). Er habe in der Folge in den Gesprächen vom 10., 12. und 24. Februar 2021 darauf beharrt, aus treuhänderischen Pflichten keine Investorenkontakte mehr aufnehmen zu können, und sei

- 29 - auch durch Ermahnungen seitens der Beklagten nicht von dieser Ansicht abzubringen gewesen (Urk. 56 Rz. 17 f. und Urk. 13 Rz. 10 ff.). Das Angebot des Klägers, dass er zwar weiterhin arbeite, jedoch keine Kontakte mit Investoren mehr pflegen würde, was indessen die Hauptaufgabe seiner Stelle gewesen sei, könne nicht als "Arbeitsangebot" gewertet werden, sondern sei für die Beklagte inakzeptabel gewesen (Urk. 13 Rz. 12). Der Kläger machte dagegen geltend, er habe ohne Weiteres akzeptiert, dass die Beklagte ihn

nicht habe freistellen wollen und verlangt habe, dass er weiterarbeiten sollte. Betreffend die externen Kundenkontakte habe ihn die Beklagte anlässlich des ersten Gesprächs am 9. Februar 2021 aufgefordert, vorerst nicht mit den Hauptinvestoren zu kommunizieren. Man werde sich über die Kommunikationsweise der Kündigung beraten und auf ihn zukommen (Urk. 19 Rz. 29 und 68). In den weiteren Gesprächen habe die Beklagte dem Kläger weiterhin keine konkrete Handlungsanweisung für die Kommunikation mit den Investoren geben können, weshalb er auf deren Geheiss weiterhin zugewartet habe (Urk. 19 Rz. 29). Auch am 24. Februar 2022, anlässlich des letzten Gesprächs zwischen der Beklagten und dem Kläger vor der fristlosen Kündigung, an welchem von Seiten der Beklagten C. _____ und D. _____ anwesend gewesen seien, habe kein gemeinsamer Nenner hinsichtlich der künftigen Investorenkommunikation gefunden werden können (Urk. 19 Rz. 39). Für den Fall, dass die Version, wie sie von der Beklagten bezüglich des Inhaltes der in Frage stehenden Besprechungen vorgebracht wurde, zutreffen würde (mithin in einem Beweisverfahren durch die von ihr genannten Beweismittel belegt werden kann), ist Folgendes festzuhalten: - Beim Kläger handelt es sich um einen Kaderangestellten mit einem entsprechenden Einkommen. Gemäss der bereits wiedergegebenen Lehre und Rechtsprechung dürfen an Angestellte mit diesen Voraussetzungen höhere Ansprüche gestellt werden als an "normale" Angestellte. Aufgrund des höheren Vertrauensverhältnisses sind bereits verhältnismässig geringfügigere Pflichtverletzungen geeignet, einen Kündigungsgrund für eine fristlose Kündigung zu setzen. Sofern dem Kläger nachgewiesen werden könnte, dass er

- 30 - sich wiederholt weigerte, einen wesentlichen Teil seiner Arbeit auszuüben, ist darin eine schwere Verletzung seiner Arbeitspflicht zu sehen. Vor dem Hintergrund, dass das Salär des Klägers sich wohl vor allem damit rechtfertigt, dass er gewinnbringende Geschäfte für die Beklagte abschloss und sie durch ihn Geld verdiente, erscheint eine Weigerung, mit Investoren in direkten Kontakt zu treten und damit seiner Arbeitgeberin im Ergebnis quasi einen finanziellen Schaden zuzufügen, als besonders schwer. - Das Anstellungsverhältnis war zwar im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung bereits vom Kläger selbst gekündigt worden, das Arbeitsverhältnis hätte jedoch noch fünf Monate angedauert. Sofern die beklagten Vorbringen, wonach sich der Kläger standhaft geweigert habe, während den verbleibenden Monaten seiner Anstellung Investorenkontakte zu pflegen, bewiesen werden könnten, erscheint ein Abwarten der ordentlichen Kündigungsfrist mit der damit einhergehenden Pflicht, ihm weiterhin sein hohes Gehalt ausbezahlen, als nicht angemessen. - Da bei Zutreffen der beklagten Vorbringen von einer besonders schweren Verletzung der Arbeitspflicht seitens eines Kadermitgliedes ausgegangen werden müsste, erscheint gemäss der bereits zitierten Lehre und Rechtsprechung eine ausdrückliche Verwarnung mit Verweis auf die Möglichkeit einer fristlosen Kündigung als nicht notwendig. Der Kläger hätte in diesem Fall in insgesamt vier Gesprächen die Möglichkeit gehabt, seine Meinung zu ändern, jedoch auf seinem Standpunkt beharrt. Wie bereits festgehalten wurde, ist die Beklagte für das Vorliegen eines Grundes, welcher sie zu einer fristlosen Kündigung berechtigt, beweispflichtig. Die Beklagte nannte als Beweismittel für ihre Version der in Frage stehenden Geschehnisse, wonach der Kläger sich standhaft geweigert habe, die Investorenkontakte weiterhin wahrzunehmen, nebst den bereits erwähnten, von ihr verfassten Gesprächsprotokollen der Videokonferenzen zwischen dem Kläger und ihren Vertretern (Urk. 16/2-4), ihre Angestellten, welche die Gespräche geführt hatten, als Zeugen (Urk. 13 Rz. 9 ff.). Der Kläger bezeichnete als Beweismittel für seine Vorbringen, wonach ihm die Vertreter der Beklagten untersagt hätten, Kontakt mit

Investoren

- 31 - aufzunehmen, nebst seiner eigenen Parteibefragung diverse Unterlagen (Urk. 19 Rz. 28 ff.). Bei der Frage, was der Inhalt der Gespräche zwischen der Beklagten und dem Kläger nach dessen ordentlichen Kündigung war, handelt es sich um eine rechts- erhebliche Tatsache, da anders zu entscheiden ist, je nachdem, wie sich der Sachverhalt feststellen lässt (Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 150 N 51). Gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO hat jede Partei das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt. Der strittige rechtserhebliche Sachverhalt wird damit durch Abnahme der von den Parteien frist- und formgerecht anerbundenen Beweismittel, insbesondere auch der Zeugen- aussagen der Mitarbeiter der Beklagten und der Parteibefragung des Klägers, ab- zuklären sein. Vor der Beweisabnahme sind die erforderlichen Beweisverfügun- gen zu treffen. Darin werden insbesondere die zugelassenen Beweismittel be- zeichnet und wird bestimmt, welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- oder der Gegenbeweis obliegt (Art. 154 ZPO).

E. 2.3.2

Konkurrenzierende Tätigkeit

E. 2.3.2.1

Standpunkte a) Vorinstanz Die von der Beklagten mit ihrer Klageantwort geltend gemachte konkurrenzieren- de Tätigkeit des Klägers während laufender Kündigungsfrist betrachtet die Vor- instanz als unzulässig nachgeschobenen Kündigungsgrund (Urk. 57 S. 22). Die Beklagte habe selbst geltend gemacht, dass sie von der konkurrenzierenden Tä- tigkeit des Klägers bereits anlässlich des Gesprächs vom 9. Februar 2021 erfah- ren habe (Urk. 57 S. 22 mit Verweis auf Urk. 13 Rz. 24). Weder in der fristlosen Kündigung vom 1. März 2021 (Urk. 5/8) noch im Schreiben vom 15. März 2021 (Urk. 5/10), mit welchem die Beklagte auf Verlangen des Klägers die Kündigung begründet habe, sei dieser Kündigungsgrund geltend gemacht worden, weshalb das Vorgehen der Beklagten als unzulässiges Nachschieben eines Kündigungs- grundes zu qualifizieren sei. Auch wenn die konkurrenzierende Tätigkeit des Klä-

- 32 - gers jedoch als Kündigungsgrund rechtzeitig vorgebracht worden wäre, würden die Vorbringen der Beklagten keinen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR darzulegen vermögen. Die Beklagte habe selbst nicht geltend gemacht, dass der Kläger einer konkurrierenden Tätigkeit bereits nach seiner (ordentlichen) Kündi- gung nachgegangen sei, sondern lediglich, dass er eine solche geplant habe. Ihre diesbezüglichen Ausführungen liessen eine hinreichende Substantiierung vermisse- sen, worauf der Kläger im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens auch hingewiesen habe. Das Vorbringen des Klägers in der Replik, seine Selbstständigkeits- pläne umgesetzt zu haben, habe sich sodann auf den September 2021, mithin die Zeit nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist bezogen, woraus die Beklagte nichts zu ihren Gunsten ableiten könne (Urk. 57 S. 23). b) Beklagte Die Beklagte rügt mit ihrer Berufung, dass die Vorinstanz ihren Vorbringen zur selbständigen Erwerbstätigkeit des Klägers eine falsche Bedeutung zumesse. Ih- re diesbezüglichen Ausführungen im vorinstanzlichen Verfahren seien nicht zwin- gend als eigenständiger Kündigungsgrund zu qualifizieren, um für die Beurteilung des Vorliegens eines wichtigen Kündigungsgrundes im Sinne von Art. 337 OR re- levant zu sein. Vielmehr untermauere die Selbstständigkeit des Klägers den von der Beklagten in ihrer schriftlichen Kündigungsbegründung sowie den Rechts- schriften vorgebrachten Hergang der fristlosen

Kündigung (Urk. 56 Rz. 57 mit Verweis auf Urk 27 Rz. 20 und 60 ff.). Selbst wenn die Vorinstanz die Treue- pflichtverletzung des Klägers nicht als eigenständigen Kündigungsgrund würdigte, hätte sie der kausalen Beziehung zwischen seiner geplanten Selbständigkeit und seiner Arbeitsverweigerung Beachtung schenken müssen (Urk. 56 Rz. 55 ff.). Entsprechende Beweisansprüche der Beklagten würden mit dieser fehlerhaften Würdigung sodann vollständig verneint (Urk. 56 Rz. 59).

- 33 - c) Kläger Der Kläger bestreitet wie bereits vor Vorinstanz, sich noch während laufender Kündigungsfrist selbstständig gemacht und die Beklagte konkurrenziert zu haben. Er habe keine konkurrenzierende Tätigkeit aufgenommen, keine solche geplant und auch keine solche vorbereitet (Urk. 68 Rz. 32 f. mit Verweis auf Urk. 19 Rz. 51 ff.). Für die entsprechende Behauptung der Beklagten würden keinerlei Beweise im Recht liegen.

E. 2.3.2.2

Würdigung Den Ausführungen der Beklagten im Rahmen der Berufung ist zu entnehmen, dass sie selbst grundsätzlich nicht von einem eigenständigen Kündigungsgrund aufgrund konkurrierender Tätigkeit des Klägers während der Kündigungsfrist ausgeht (Urk. 56 Rz. 59). Inwieweit der Aufbau einer beruflichen Selbständigkeit beim Kläger zu einer Arbeitsverweigerung geführt haben soll, wie dies von der Beklagten geltend gemacht wird, wird von der Vorinstanz zu beurteilen sein, wenn das vollständige Beweisergebnis vorliegen wird. Soweit die Beklagte aus der Aufnahme einer Selbständigkeit einen eigenständigen Kündigungsgrund geltend machen will, kann ihr diesbezüglich nicht gefolgt werden, da dieser Kündigungs- grund mit Verweis auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz als unzulässig nachgeschoben zu gelten hätte. 3. Fazit Die Vorinstanz hätte vor Erlass des angefochtenen Entscheides ein Beweisver- fahren gemäss Art. 150 ff. ZPO durchführen müssen. Der Umstand, dass sie den von der Beklagten vorgebrachten Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt unzu- treffend interpretierte, ist als unrichtige Feststellung zu werten (Art. 310 lit. b ZPO; blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 310 N 20). Der von den Parteien unterschiedlich behauptete Sachverhalt muss daher in wesentlichen Teilen im Rahmen eines Beweisverfahrens erhoben werden; dieser Verfahrensmangel ist nicht im Rahmen des Berufungsverfahren zu heilen. Die Sache ist daher an die Vor- instanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO).

- 34 - IV. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist bei einem Streitwert von Fr. 134'394.20 und unter Berücksichtigung der durchgeführten Referenten- audienz auf Fr. 6'000.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1, § 10 Abs. 1, § 12 Abs. 1 GebV OG). Im Übrigen wird die Vorinstanz über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des zweitinstanzlichen Verfahrens gemäss Ausgang des erstinstanzlichen Verfah- rens zu entscheiden haben. Es wird beschlossen: 1. Die Berufung wird bezüglich des Beschlusses des Arbeitsgerichtes Zürich vom 10. Oktober 2022 abgeschrieben. 2. Es wird vorgemerkt, dass der Beschluss des Arbeitsgerichtes Zürich vom

E. 3

Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung oder gar Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 S. 414 m.Hinw. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBl 2006 S. 7374). Es zeichnet sich dadurch aus, dass bereits eine richterliche Beurteilung des Rechts- streits vorliegt. Sein Gegenstand wird durch die Berufungsanträge und die Beru- fungsbegründung umrissen. Mit der Berufung

können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen (Art. 310 ZPO). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Fehler leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 142 I 93 E. 8.2). Der Berufungskläger muss sich dazu mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinandersetzen (BGer 5A_573/2017 vom 19. Oktober 2017, E. 3.1; BGer 4A_291/2019 vom 20. August 2019, E. 3.2). Man darf von der Berufungsinstanz nicht erwarten, dass sie von sich aus in den Vorakten die Argumente zusammensucht, die zur Berufungsbegründung geeignet sein könnten (BGer 5A_438/2012 vom 27. August 2012, E. 2.4; OGer ZH LY130013 vom 06.08.2013, E. I.4.). Das obere kantonale Gericht hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1).

E. 4

Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur noch zulässig resp. zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor

- 8 - erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Berufungsinstanz soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfassend überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Alles, was relevant ist, ist grundsätzlich rechtzeitig in das erstinstanzliche Verfahren einfließen zu lassen (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 10). Jede Partei, welche neue Tatsachen und Beweismittel vorbringt, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für deren Zulässigkeit (BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 7). Werden Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge im Berufungsverfahren bloss erneuert, ist unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufzuzeigen, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz eingebracht wurden; andernfalls gelten sie als neu. Neue rechtliche Argumente (Vorbringen zum Recht) stellen keine Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO dar und können in der Berufung uneingeschränkt vorgebracht werden (BGer 4A_519/2011 vom 28. November 2011, E. 2.1; BGer 5A_351/2015 vom 1. Dezember 2015, E. 4.3; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 33; Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 1 m.w.Hinw.). Sie dürfen sich allerdings nicht auf unzulässige neue Tatsachen stützen.

E. 5

Schliesslich ist zu beachten, dass das vorliegende (ordentliche) Verfahren mit Bezug auf die Feststellung des Sachverhalts der Verhandlungsmaxime unterliegt (Art. 55 ZPO). Es ist demnach Sache der Parteien, dem Gericht das für die Rechtsanwendung relevante Tatsachenfundament zu präsentieren, d.h. den entscheidungswesentlichen Sachverhalt zu behaupten und die Beweismittel für ihre tatsächlichen Behauptungen anzugeben. Das Gericht darf seinem Entscheid nur behauptete (und unbestritten gebliebene oder bewiesene)

Tatsachen zugrunde legen. Unbestrittene Tatsachen(-behauptungen) hat es (unter dem Vorbehalt von Art. 153 Abs. 2 ZPO) als erstellt zu betrachten.

- 9 - III. 1. Vorinstanzlicher Entscheid und Standpunkt der Beklagten

E. 10

Oktober 2022 rechtskräftig geworden ist. 3. Das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 10. Oktober 2022 wird aufgehoben und die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur Verfahrensergänzung und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen. 4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'000.– festgesetzt. 5. Der Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des zweitinstanzlichen Verfahrens wird der Vorinstanz überlassen. Es wird vorgemerkt, dass der Kläger einen Kostenvorschuss von Fr. 10'125.– geleistet hat. 6. 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. 7. 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 Be-

- 35 - schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 134'394.20. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 18. Dezember 2023
Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer
Der Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber:
lic. iur. A. Huizinga MLaw A. Eggenberger versandt am: ip

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