

# Arbeitsgericht Zürich

1. Abteilung



---

Geschäfts-Nr.: AG160001-L/U

Mitwirkend: Präsidentin lic. iur. D. Maier als Vorsitzende, der Arbeitsrichter Dr. iur. R. Quendoz und die Arbeitsrichterin lic. iur. S. Erni sowie der Gerichtsschreiber Dr. iur. A. Thiébaud

## Urteil vom 8. November 2017

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_ AG [Bank],

Klägerin

vertreten durch lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagter

vertreten durch lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2 und act. 27 S. 2, sinngemäss)

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin zu bezahlen
  - a) CHF 5'186.75 zuzüglich Zins von 5% seit 25. August 2015
  - b) CHF 113'334.– zuzüglich Zins von 5% seit 25. August 2015
  - c) CHF 9'465.10 zuzüglich Zins von 5% seit 25. August 2015
  - d) CHF 106'666.50 zuzüglich Zins von 3% über dem positiven 1-Monats Libor Zinssatz betr. Schweizer Franken seit dem 25. August 2015
  - e) CHF 130'050.– zuzüglich Zins von 5% seit 26. November 2015
  - f) CHF 479'708.– zuzüglich Zins von 5% seit 26. November 2015
2. Es sei der Rechtsvorschlag in der ... [Betreibung Nr.] des Regionalen Betreibungsamtes [Ort] zu beseitigen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten des Beklagten.

Alles unter ausdrücklichem Nachklagevorbehalt für weitere Forderungen.

**Erwägungen:**

**I. Sachverhaltsübersicht**

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

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

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

3. Zwischen dem 21. und dem 26. August 2015 kündigten drei Mitglieder des Private Banking-Teams des Beklagten. Der Beklagte selber kündigte am 25. August 2015 fristlos (act. 1 Rz. 9 f.; act. 17 Rz. 16, vgl. act. 1 Rz. 23).

## **II. Prozessgeschichte und Prozessuales**

1. Die vorliegende Arbeitgeberklage ging per 18. März 2016 (Datum Poststempel) beim hiesigen Gericht ein (act. 1). Die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes der Kreise ... der Stadt Zürich datiert vom 30. November 2015 (act. 3).

Mit Beschluss vom 6. April 2016 wurde die Klägerin zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 26'040.– angehalten, welchen sie fristgerecht bezahlte (act. 6 und Prot. S. 3; act. 8, act. 9). Mit Präsidialverfügung vom 21. April 2016 wurde dem Beklagten Frist zur Erstattung der schriftlichen Klageantwort angesetzt (act. 11 und Prot. S. 4). Diese ging mit Datum vom 5. Juli 2016 fristgerecht ein (act. 13, act. 15, act. 17). Mit Präsidialverfügung vom 25. Oktober 2016 wurde

für das weitere Verfahren die Durchführung eines Schriftenwechsels angeordnet und der Klägerin Frist zur Erstattung der Replik angesetzt (act. 22 und Prot. S. 5). Nach Eingang der Replik (act. 27) wurde dem Beklagten mit Präsidialverfügung vom 10. Februar 2017 Frist zur Einreichung der Duplik angesetzt (act. 30 und Prot. S. 6). Nach Eingang der Duplik (act. 36) wurde diese der Klägerin zugestellt, unter gleichzeitiger Fristansetzung betreffend Verzicht auf Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung (act. 39 und Prot. S. 7). Mit Datum vom 12. Juni 2017 reichte die Klägerin eine unaufgeforderte Stellungnahme zu den Dupliknoten ins Recht (act. 41). Diese wurde dem Beklagten per 22. Juni 2017 übermittelt (act. 45, act. 46).

Nach dem beidseitigen Verzicht auf die Durchführung einer Hauptverhandlung und der allgemeinen Bestreitung der Ausführungen in der am 11. Juli 2017 eingegangenen Stellungnahme zu den Dupliknoten durch den Beklagten (act. 43, act. 47) erweist sich das Verfahren als spruchreif.

2.1. Der Beklagte beantragte im Rahmen der Duplik, das vorliegende Verfahren sei mit dem Parallelverfahren ... [Verfahrensnummer] (A. \_\_\_\_\_ AG [Bank] gegen E. \_\_\_\_\_, mit welchen dieselben Parteivertreter befasst sind), in Anwendung von Art. 125 lit. c ZPO zu vereinigen (act. 36 Rz. 2).

2.2. Nachdem der Vereinigungsantrag in einem späten Verfahrensstand (Duplik) gestellt wurde und die Fälle keine identischen Rechtsbegehren aufweisen, fehlt es an der in Art. 125 lit. c ZPO geforderten Vereinfachung des Verfahrens. Dies führt zur Abweisung des Vereinigungsantrages.

### **III. Materielles**

#### **A. Übersicht zu den gestellten Forderungen**

a. Die Klägerin fordert zufolge des per 25. August 2015 fristlos beendigten Arbeitsverhältnisses die Rückzahlung für die auf die verbleibenden Tage des Monats August (7 Tage bzw. vom 25. bis am 31. August 2015) entfallenden und am 24. August 2015 dem Beklagten bereits ausbezahlten Fr. 5'186.75 brutto

[Fr. 22'970.– brutto [Fr. 22'500.– zzgl. Essensgeld von Fr. 220.– zzgl. Familienzulage von Fr. 250.–]/31\*7]; act. 1 Rz. 165 f.). Der Beklagte sei gemäss Art. 102 Abs. 2 OR seit dem Tag der fristlosen Kündigung in Verzug und schulde entsprechend ab dem 25. August 2015 Verzugszins in der Höhe von 5% (act. 1 Rz. 166). Im Umfang des in Betreuung gesetzten Betrags von Fr. 4'445.81 [netto] fordert die Klägerin auch die Beseitigung des in der Betreuung des Regionalen Betreibungsamts [Ort] ... [Betreibung Nr.], Zahlungsbefehl vom 21. September 2015, erhobenen Rechtsvorschlags (act. 1 Rz. 166; vgl. act. 5/78).

b. Die Klägerin fordert zudem die Rückzahlung der dem Beklagten ebenfalls per 24. August 2015 ausbezahlten zweiten Tranche des Fidelity Award über Fr. 113'334.– [brutto; vgl. act. 5/5] zuzüglich Verzugszins von 5% seit dem 26. August 2015 (gestützt auf Art. 102 Abs. 2 OR; act. 1 Rz. 173 f.). Im entsprechenden Umfang verlangt die Klägerin auch die Beseitigung des Rechtsvorschlags in der vorerwähnten Betreuung (act. 1 Rz. 174; Totalbetrag der unter dem Titel Rückzahlung Fidelity Award in Betreuung gesetzten Forderungen: Fr. 226'668.– [netto]).

c. Die Klägerin fordert sodann die Rückzahlung von Lohn für total 7.9 zu viel bezogene Ferientage im Betrag von Fr. 9'465.10 [brutto] basierend auf einem Monatslohn von Fr. 22'970.– [brutto; Fr. 22'500.– zzgl. Essensgeld von Fr. 220.– zzgl. Familienzulage von Fr. 250.–] bzw. einem Jahreslohn von Fr. 275'640.–. Der Ferienlohn nach Ende der Anstellung mache 13.04% des Jahreslohns aus. Der Betrag von Fr. 9'465.10 errechne sich wie folgt:  $([275'640/100]*[13.04/30]*7.9)$ . Der Beklagte habe im Jahr 2015 bis zur fristlosen Kündigung am 25. August 2015 31 Ferientage bezogen, wobei er sämtliche Ferientage selbst beantragt habe. Unter Hinzurechnung von 3.5 aus dem Jahr 2014 übertragenen Tagen habe dem Beklagten für das Jahr 2015 grundsätzlich ein Ferienanspruch von 33.5 Tagen zugestanden. Pro rata, d.h. bis zum 25. August 2015, ergebe sich ein Ferienanspruch von 19.6 Tagen bzw. zzgl. der 3.5 Tage aus dem Jahr 2014 von total 23.1 Ferientagen. Die Differenz in der Höhe von 7.9 Ferientagen habe der Beklagte zurückzuerstatten (act. 1 Rz. 74, act. 1 Rz. 178 f.). Für den Betrag von Fr. 9'465.10 [brutto] sei gemäss Art. 102 Abs. 2 OR seit dem 25. August 2015 5% Verzugszins

geschuldet; ausserdem sei der Rechtsvorschlag bezüglich die in Betreuung gesetzte Forderung von Fr. 9'465.10 [netto] zu beseitigen (act. 1 Rz. 179).

d. Die Klägerin fordert weiter die Rückzahlung der per 25. August 2015 noch geschuldeten Darlehenssumme von Fr. 213'333.– aus dem Loan Agreement vom 14. August 2013, welche zufolge Kündigung bzw. Beendigung des Arbeitsverhältnisses frühzeitig fällig geworden sei. Nach Verrechnung mit dem Kontokorrentguthaben des Beklagten über Fr. 106'666.50 mit Schreiben vom 18. September 2015 habe der von diesem zurückzuzahlende Betrag noch Fr. 106'666.50 betragen (act. 1 Rz. 180 f.; act. 1 Rz. 76; vgl. act. 5/76). Gemäss der Parteivereinbarung sei Verzugszins bereits ab dem 25. August 2015 geschuldet, und zwar vertragsgemäss (vorbehältlich einer allfälligen Erhöhung des 1-Monats-Libor) ein solcher von 3%. Der in der entsprechenden Betreuung über Fr. 106'666.50 erhobene Rechtsvorschlag sei zu beseitigen (act. 1 Rz. 184; vgl. act. 5/78).

e. Nach den Vorbringen der Klägerin schulde ihr der Beklagte aufgrund seines Verhaltens vor der Kündigung Schadenersatz für den Ausfall von Schliessungs- und Titeltransfergebühren mit Bezug auf 20 Kunden über gesamthaft Fr. 130'050.–, zuzüglich 5% Verzugszins seit dem Datum der Schlichtungsverhandlung vom 26. November 2015 (act. 1 Rz. 191, Rz. 194 und act. 27 Rz. 55 ff.; vgl. act. 1 Rz. 82 ff.).

f. Die Klägerin fordert vom Beklagten weiter Schadenersatz im Sinne von Art. 337d Abs. 1 OR zufolge ungerechtfertigter fristloser Kündigung bzw. in Form der ab dem 25. August 2015 mit Bezug auf 34 Kunden (...01-...34) entgangenen Erträge über total Fr. 479'708.–, zuzüglich 5% Verzugszins seit dem Datum der Schlichtungsverhandlung vom 26. November 2015 (act. 1 Rz. 195 ff., Rz. 199 und act. 27 S. 2 und Rz. 76 ff.; vgl. act. 1 Rz. 114 ff.).

g. Die Klägerin fordert vom Beklagten für den Fall, dass die Schadenersatzforderungen gemäss Ziffer e. und Ziffer f. vorstehend vom Gericht als nicht erstellt betrachtet würden, in Anwendung von Art. 337d Abs. 1 OR auf Basis eines Bruttomonatslohns von Fr. 22'970.– [brutto; Fr. 22'500.– zzgl. Essensgeld von Fr. 220.– zzgl. Familienzulage von Fr. 250.–] eine Pauschalentschädigung von ei-

nem Viertel, mithin von Fr. 5'742.50. Der Betrag sei ab dem 25. August 2015 zu 5% zu verzinsen. Der Rechtsvorschlag über die betriebene Forderung von Fr. 5'742.50 [brutto] sei entsprechend zu beseitigen (act. 1 Rz. 205; vgl. act. 5/78).

h. Der Beklagte erklärt Verrechnung der klägerischen Forderungen mit Bonusansprüchen für die Zeit von 2013 bis August 2015 von total Fr. 220'000.– [brutto] (act. 17 Rz. 152 f.; vgl. act. 27 Rz. 636).

i. Der Beklagte erklärt weiter Verrechnung der klägerischen Forderungen mit Schadenersatzansprüchen zufolge gerechtfertigter fristloser Auflösung des Arbeitsverhältnisses gestützt auf Art. 337b Abs. 1 OR. Der Beklagte macht diesbezüglich den für die Zeit vom 26. August 2015 bis zum Antritt seiner neuen Arbeitsstelle am 14. September 2015 entfallenen Lohn [in zunächst nicht näher definierter Höhe] sowie eine Lohndifferenz von Fr. 10'000.– [brutto] jährlich für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist geltend (act. 17 Rz. 157 ff.; vgl. act. 27 Rz. 671).

## **B. Die einzelnen Ansprüche in der Beurteilung**

### a. Lohnrückzahlung August 2015 wegen ungerechtfertigter fristloser Kündigung

#### 1. Parteivorbringen zur Lohnrückzahlung

##### 1.1. Klägerin

Die Klägerin bringt vor, dass ihren Arbeitnehmern gemäss ihrem Mitarbeiter-Reglement ("...") der Lohn jeweils am 25. August jeden Monats überwiesen werde. In der Praxis der Klägerin werde der Lohn jedoch zwei bis drei Tage vor dem 25. Kalendertag in die Wege geleitet. Der Beklagte habe demgemäss gewusst, dass ihm spätestens am 25. August 2015 (d.h. am Tag seiner fristlosen Kündigung) sein Lohn samt der zweiten Tranche des Fidelity Awards ausbezahlt werden würde. Für den Monat August 2015 sei dem Beklagten demgemäss bereits der volle Lohn von Fr. 22'500.– brutto (inklusive monatlichem Essensgeld von Fr. 220.- und Familienzulage von Fr. 250.-) ausbezahlt (bzw. den entsprechenden Vorsorgekonten zugewiesen) worden. Die Klägerin habe im Auszahlungszeitpunkt

noch nicht von der vom Beklagten am Folgetag ausgesprochenen ungerechtfertigten fristlosen Kündigung gewusst. Diese habe das Arbeitsverhältnis per 25. August 2015 sofort beendet (act. 1 Rz. 67 f.). Der entsprechend zu viel ausbezahlte Lohn sei der Klägerin zurück zu erstatten (act. 1 Rz. 165). Die Kritik des Beklagten an der Berechnungsmethode der Klägerin sei nicht angebracht und würde sich rechnerisch sogar zu dessen Ungunsten auswirken (vgl. act. 27 Rz. 148 ff.).

## 1.2. Beklagter

Der Beklagte führt aus, der Bestand der Forderung hänge davon ab, ob das Arbeitsverhältnis zu Recht fristlos aufgelöst worden sei. Die fristlose Kündigung sei zu Recht ausgesprochen worden. Der Beklagte habe daher gestützt auf Art. 337b Abs. 1 OR Anspruch darauf, den entgangenen Lohn als Schadenersatz über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus einzufordern. Die Klägerin schulde dem Beklagten demgemäss Lohn bis zum Stellenantritt per 14. September 2015 (act 17 Rz. 99 ff.). Sollte das Begehren im Grundsatz ausgewiesen sein, sei die Berechnung der Klägerin dahingehend zu korrigieren, dass das Arbeitsverhältnis gemäss Bestätigungsschreiben vom 10. September 2015 erst am 26. August 2015 und nicht bereits am 25. August 2015 geendet habe. Ausserdem sei der entfallende Lohn nach Wochentagen und nicht nach Kalendertagen zu berechnen (act. 17 Rz. 102, Rz. 395; vgl. act. 20/23). Die Sachdarstellung der Klägerin sei auch insofern nicht ganz präzise, als der Beklagte am 25. August 2015 noch zur Arbeit erschienen sei, diesen aber nach der fristlosen Kündigung vorzeitig verlassen habe (act. 17 Rz. 393). Die Gerichtspraxis gehe sodann von 21.75 Arbeitstagen pro Monat aus (act. 36 Rz. 453). Seitens des Beklagten ist der Verzugszins der geltend gemachten Lohnrückzahlung unbestritten (vgl. act. 36 Rz. 114 und Rz. 471). Zum Schadenersatz/Monatslohnviertel erklärt der Beklagte, aus Art. 102 Abs. 2 OR (zur Verfalltagsabrede) folge keineswegs, dass er schon am 25. August 2015 in Verzug geraten wäre, wenn sich die fristlose Kündigung als nicht gerechtfertigt herausstellen würde (act. 17 Rz. 451, act. 36 Rz. 882).

## 2. Rechtliches zu den Folgen der fristlosen Kündigung

2.1. Der Bestand oder Nichtbestand einer Rückzahlungspflicht bezüglich des Lohnes für den Rest des Monats August 2015 ist im Wesentlichen abhängig von der Frage nach der Rechtfertigung der fristlosen Kündigung des Beklagten per 25. August 2015. Das Arbeitsverhältnis war mit der fristlosen Kündigung des Beklagten nach der Regelung von Art. 337 ff. OR unabhängig vom Bestehen eines Rechtfertigungsgrundes für die fristlose Kündigung rechtlich unmittelbar beendet. Ein weitergehender Lohnanspruch ist daher in jedem Fall ausgeschlossen (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich 2013, Art. 337 N 20 und Art. 337c N 3).

2.2. Liegt der wichtige Grund zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses im vertragswidrigen Verhalten einer Vertragspartei, so hat diese vollen Schadenersatz zu leisten, unter Berücksichtigung aller aus dem Arbeitsverhältnis entstehenden Forderungen (Art. 337b Abs. 1 OR). Das Gesetz stellt hierbei auf die allgemeinen Regeln vertraglicher Schädigung ab (Art. 97 ff. OR), wobei teilweise auf die Regeln der ausservertraglichen Schädigung verwiesen wird (Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 41 ff. OR), was wiederum die Anwendbarkeit der allgemeinen Reduktionsgründe der Art. 43 f. OR begründet (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337b N 3).

2.3. Liegt das Verschulden beim Arbeitgeber, so kommt die Schadenberechnung weitgehend auf dasselbe heraus wie bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung, im Wesentlichen also der entgangene Lohn abzüglich Ersatzverdienst und Einsparungen. Dem Arbeitnehmer steht indes nicht analog zu Art. 337c Abs. 3 OR zusätzlich eine Entschädigung im Sinne einer Strafzahlung zu (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337b N 5).

Liegt das Verschulden beim Arbeitnehmer, so hat der Arbeitgeber Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin (sog. positives Erfüllungsinteresse; bspw. Mehrkosten eines temporären Einsatzes; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337b N 4). Bei der Bemessung des gestützt auf Art. 337d Abs. 1 OR geschuldeten (das Monatslohnviertel überstei-

genden) Schadenersatzes sind nach dem Gesagten auch die subjektiven Reduktionsgründe von Art. 43 f. OR sowie die Regeln der Schadensschätzung im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR anwendbar (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337d N 6).

2.4. Bei beidseitigem Verschulden an einer fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommt nicht Art. 337d Abs. 1 OR, sondern Art. 337b Abs. 2 OR zur Anwendung, wobei der Richter die vermögensrechtlichen Folgen der fristlosen Auflösung unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen bestimmt (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337b N 3; vgl. AGer ZH in ZR 2002 Nr. 73). Der Gesetzgeber überlässt dem Richter dabei bewusst einen maximalen Spielraum. Der Schaden ist bei beidseitig unverschuldeter oder gleichmässig verschuldeter Auflösung grundsätzlich zu teilen, doch trägt jene Seite den grösseren Teil, welche ein Interesse an der Auflösung hat oder in deren Bereich der wichtige Grund eingetreten ist. Zu den weiteren zu berücksichtigenden Umständen gehören die konkrete Ausgestaltung und Dauer des Arbeitsverhältnisses, die Lohnhöhe und die finanziellen Verhältnisse (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337b N 7).

2.5. Keinen Schadenersatz schulden Arbeitnehmer, die zwar verspätet und damit ungerechtfertigt fristlos gekündigt haben, die aber materiell einen wichtigen, vom Arbeitgeber zu vertretenden Grund anrufen konnten. Das Arbeitsgericht Zürich wandte entsprechend die Bemessungsregeln von Art. 337b OR analog auf Art. 337d OR an, wobei es befand, dass die Arbeitnehmer durch den Verlust des Lohnanspruchs bereits einen Teil des allfälligen Schadens übernehmen würden. Umgekehrt sei aber auch der Arbeitgeber wegen seines unnachgiebigen und vertragswidrigen Verhaltens in die Pflicht zu nehmen, weshalb seine Schadenersatzklage abzuweisen sei (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337b N 7; vgl. AGer ZH in Entscheide des AGer ZH 2005 Nr. 23).

2.6. Zur Beurteilung der Frage, ob eine Pflicht zur Lohnrückzahlung besteht, ist angesichts der Rechtslage vorab die Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung zu prüfen.

### 3. Parteivorbringen zur Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung

#### 3.1. Klägerin

Die Klägerin macht geltend, sie sei von einer regelrechten Kündigungswelle im Team des Beklagten überrascht worden. Innerhalb von nur gerade sechs Tagen bzw. zwischen dem 21. August 2015 und dem 26. August 2015 hätten drei Mitglieder des Private Banking-Teams des Beklagten gekündigt. Anhand der Faktenlage dränge sich der Schluss auf, dass es sich um ein koordiniertes Vorgehen der Teammitglieder und des Beklagten als deren Teamleiter gehandelt habe. Alle sechs abtretenden Teammitglieder hätten geschlossen zur Konkurrentin F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] gewechselt (act. 1 Rz. 10 f.). Neben dem Beklagten hätten bereits am 24. August 2015 G.\_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_, welche ebenfalls dem Team des Beklagten angehört hätten, ordentlich gekündigt. Am 26. August 2015 habe mit E. \_\_\_\_\_ ein weiteres Teammitglied fristlos gekündigt. Alle hätten sich entschieden, zur Konkurrentin F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] zu wechseln. Sodann hätten bereits kurz zuvor zwei weitere im Private Banking tätige Mitarbeiter der Klägerin, I.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_, gekündigt und zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] gewechselt (act. 1 Rz. 33). Die Kündigungswelle zwischen Ende Juni und August 2015 könnte angesichts dieser Tatsachen nicht mehr als eine Häufung von unabhängigen Entscheidungen abgetan werden. Die Kündigungswelle habe eine koordinierte Aktion dargestellt (act. 1 Rz. 34). Die Mitglieder des Private Banking Teams Domestic ... seien folglich bereits im Vorfeld ihrer eigentlichen Kündigungen von der Konkurrentin F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] abgeworben worden (act. 1 Rz. 35). Der Beklagte sei angesichts des mutmasslich verlockenden Angebots der Konkurrentin F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] nicht bereit gewesen, seine vertraglichen Pflichten (bzw. die Kündigungsfrist von 12 Monaten) zu achten und sein Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist per August 2016 aufzulösen. Stattdessen habe er unter Vorbringen verschiedener vorgeschobener Gründe zu Unrecht fristlos gekündigt, um den Wechsel zu F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] zu beschleunigen (act. 1 Rz. 37 f.).

Der Beklagte habe seinen Abgang zur Konkurrenz seit April 2015 in weisungs- und treuwidriger Weise und zum Schaden der Klägerin systematisch vorbereitet.

So habe er gegenüber zahlreichen Kunden Gebühren wegbedungen, welche diesen Kunden einen kostenreduzierten oder sogar gebührenfreien Wechsel ihrer Kundenbeziehungen zu anderen Finanzinstituten, insbesondere zur neuen Arbeitgeberin des Beklagten F.\_\_\_\_\_ AG [Bank], erlaubt hätten. Es hätten dementsprechend zunächst 31 der bisher vom Beklagten betreuten Kunden ihre Beziehung zur Klägerin aufgelöst, wovon 25 dem Beklagten direkt zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] gefolgt seien (act. 1 Rz. 14). Seit der Klagebegründung hätten 3 weitere zuvor vom Beklagten betreute Kunden (nachfolgend als ...32-...34 bezeichnet) ihre Geschäftsbeziehung zur Klägerin aufgelöst und seien dem Beklagten zu F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] gefolgt oder hätten den Weggang des Beklagten zum Anlass genommen, ihre Kundenbeziehungen mit anderen Banken weiterzuführen (act. 27 Rz. 55 ff.).

Für die Kunden der Klägerin seien per 1. Mai 2015 im Rahmen einer Gebührenanpassung neue Gebührensätze in Kraft getreten. Dabei sei für die gesamte Kundenpopulation eine Kontoschliessungsgebühr in der Höhe von Fr. 2'500.– sowie im Hinblick auf die in den Depotkonti der Klägerin geführten Wertschriften erhöhte Titeltransfergebühren eingeführt worden (act. 1 Rz. 39). Statt die Kunden hierüber zu informieren und die Massnahmen zu erklären, habe der Beklagte im Vorfeld seiner Kündigung zahlreiche seiner Kunden angeschrieben, um diesen mitzuteilen, dass die bevorstehenden Gebührenerhöhungen auf ihre Kundenbeziehungen nicht angewendet würden. Diesen Kunden seien Sonderkonditionen gewährt bzw. die Kontoschliessungsgebühr in der Höhe von Fr. 2'500.– pro Kundenbeziehung wegbedungen worden und zudem tiefere und pauschale Titeltransfergebühren gewährt worden (act. 1 Rz. 40). Hierzu sei der Beklagte im internen Verhältnis nicht ermächtigt gewesen. Er habe seine im Aussenverhältnis gemäss Handelsregister bestehende Zeichnungsberechtigung zum Schaden der Klägerin missbraucht (act. 1 Rz. 41). Die Schreiben, in welchen der Beklagte 22 der von ihm betreuten Kunden Sonderkonditionen zugesichert habe, datierten alle vom 20. April 2015. In diesen Schreiben werde jeweils auf eine vorherige telefonische Besprechung Bezug genommen. Die Vorbereitungshandlungen des Beklagten im Hinblick auf die Sonderkonditionen hätten also bereits früher begonnen (act. 1 Rz. 42). Die vom Beklagten gewährten Sonderkonditionen beträfen den Fall, dass ein

Kunde sich zu einem Wechsel der betreuenden Bank entschliesse. Es dränge sich daher der Schluss auf, dass der Beklagte im Hinblick auf seinen bevorstehenden Wechsel zur Konkurrentin F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] Vorkehrungen getroffen habe (act. 1 Rz. 43 f.). Unter den 31 Abgängen (der Kunden ...01-...31) befänden sich 17 Kunden, welchen der Beklagte die Sonderkonditionen zugesichert habe (act. 1 Rz. 46). Kurze Zeit nach dem Bekanntwerden des plötzlichen Abgangs des Beklagten hätten die besagten 31 vom Beklagten betreute Kunden, seit der Klagebegründung zudem drei weitere Kunden (...32-...34), ihre Kundenbeziehungen zur Klägerin aufgegeben. Der Abgang des Beklagten sei das ausschlaggebende Ereignis und die kausale Ursache für den Entscheid aller 31 Kunden gewesen (act. 1 Rz. 107). Auch den Kunden ...32 und ...34 habe der Beklagte die Schreiben verschickt (act. 27 Rz. 58 f.).

Der Vorwurf einer heimlichen Abänderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und der neuen Gebührenregelung werde bestritten. Die Kunden seien ordnungsgemäss mittels Kundeninformationsschreiben über die bevorstehende Einführung der neuen AGB sowie über die Anpassungen der Gebühren informiert worden. Die Informationsschreiben hätten dem Businessstandard entsprochen. Die Mitarbeiter seien zudem noch vor dem Versand der Informationsschreiben von ihren Vorgesetzten angewiesen worden, die bevorstehenden Neuerungen zu erläutern und allfällige Unklarheiten zu beseitigen (act. 1 Rz. 48 f.; vgl. act. 27 Rz. 114). Der Beklagte sei der Weisung der Klägerin nicht nachgekommen, sondern habe die Gespräche zur Einräumung der Sonderkonditionen missbraucht (vgl. act. 1 Rz. 55 f.). Die Ausführungen des Beklagten, wonach die Klägerin dem Beklagten die Genehmigung zu den systematisch versendeten Schreiben zur Einräumung von Sonderkonditionen erteilt habe, seien falsch (act. 27 Rz. 87). Der Beklagte und die anderen Kundenberater seien von K.\_\_\_\_\_ mündlich angewiesen worden, die von ihnen betreuten Kunden zu kontaktieren und über die besagte Gebührenerhöhung bereits vorab mündlich zu orientieren. Den Kunden habe auch ein Widerspruchsrecht gegen die neuen Gebühren zugestanden (act. 27 Rz. 114ii, Rz. 114 iii). Der Beklagte habe die Kunden indes nicht weisungsgemäss über die bevorstehenden Änderungen der Gebühren informiert, sondern stattdes-

sen bereits die unautorisierten Sonderkonditionen gegenüber den Kunden angekündigt und somit vorbereitet (act. 27 Rz. 269).

Dass die Klägerin den Beklagten "gedrängt" habe, die beiden "Amendment to the Employment Agreement" abzuschliessen, welche neben der Kündigungsfrist insbesondere auch eine Lohnerhöhung sowie hohe Retention- bzw. Fidelity-Awards für den Beklagten vorgesehen hätten, werde bestritten. Ebenso bestritten werde die in diesem Zusammenhang behauptete angebliche (sinngemässe) Aussage des CEO der Klägerin [bzw. von L.\_\_\_\_\_]. Es sei allein die Entscheidung des Beklagten gewesen, diese insbesondere für ihn selber überaus vorteilhaften Vereinbarungen einzugehen (act. 27 Rz. 101). Im Gegenteil spiele der Umstand, dass sich der Beklagte im Gegenzug zur Kündigungsfrist von 12 Monaten eine erhebliche Summe von Fr. 340'000.– habe zusprechen lassen, bei der Beurteilung der Rechtfertigung für die fristlose Kündigung eine gewichtige Rolle (act. 27 Rz. 254).

Die vom Beklagten beanstandeten Entscheidungen zu den Gebühren seien allesamt der "geschäftspolitischen Autonomie der Bank" zuzuordnen. Gleiches gelte hinsichtlich der in den Augen des Beklagten "nicht nachvollziehbaren" Kreditpolitik (act. 1 Rz. 52). Anzumerken sei, dass die beiden ordentlich kündigenden Teammitglieder G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ keine unzumutbaren Arbeitsbedingungen erwähnt hätten (act. 1 Rz. 57).

Weisungen, welche das Team [des Beklagten] zu "Brokerage" angehalten und die Erreichung von Absatz- und Volumenzielen vorgesehen hätten, seien nicht erteilt worden. Die Kundenberater der Klägerin seien angehalten, die den Bedürfnissen der Kunden entsprechenden Produkte anzubieten (act. 1 Rz. 53). Es habe keine Weisungen und Ziele gegeben, welche die Generierung von möglichst hohen Gebühren vorgeschrieben hätten (act. 27 Rz. 85). Die Beschuldigungen des Beklagten, die Klägerin habe ihre Mitarbeiter angewiesen, "Churning", "Overtrading" oder "Spesenschinderei" zu betreiben, werde mit Nachdruck zurückgewiesen. Richtig sei einzig, dass bei der Klägerin im Rahmen einer Art internen Wettbewerbs Preise in Form von Uhren und Reisen zu gewinnen gewesen seien. Dieser als "... [Wettbewerb] bezeichnete Wettbewerb habe vorwiegend dazu gedient, ein gesundes, kompetitives Klima zwischen den Teilnehmern zu schaffen. Ihre Ge-

winnchancen hätten die Teilnehmer insbesondere auch durch Neugeldzuflüsse erhöhen können. Dies sei sowohl rechtlich als auch "ethisch" unbedenklich, zumal dadurch keinesfalls das oberste Gebot der Klägerin, nämlich die bestmögliche Vertretung der Interessen des Kunden, untergraben werde. Selbst wenn man die Ansicht des Beklagten teilen würde, dass solche internen Wettbewerbe gewisses Potential für falsche Anreize aufweisen könnten, wäre deren Durchführung noch lange keine Beweis dafür, dass von Kundenberatern tatsächlich das vom Beklagten behauptete "Churning" oder "Overtrading" betrieben würde. Es sei anmassend zu behaupten, die gut bezahlten Kundenberater der Klägerin würden sich durch ein solches internes Turnier und die Aussicht auf entsprechende Preise ihrer Professionalität entledigen und stattdessen unter Missachtung des Kundeninteresses widerrechtliche Spesenschinderei betreiben. Der vom Beklagten gestellte Editionsantrag [Auskunft betreffend Kriterien und Form der Verteilung gewinnabhängiger Prämien] erübrige sich daher (act. 27 Rz. 113iii). Der Vorwurf, die Klägerin würde ihre Mitarbeiter anweisen, gegen die Interessen ihrer Kunden möglichst bankeigene Produkte zu verkaufen, um damit hohe Gebühren zu generieren, werde zurückgewiesen (act. 27 Rz. 113iii). Ebenso bestritten würden die aufgestellten unsubstantiierten Behauptungen der Tätigkeit der Klägerin in einem "Graubereich", welche in der Kündigungsbegründung im Kontext eines Gesprächs mit L.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_ wiedergegeben würden (act. 1 Rz. 54; vgl. act. 27 Rz. 238).

Der Beklagte habe bei seiner fristlosen Kündigung selber 41 Kunden betreut. Ein Auftritt gegen Aussen und das Vertreten der Klägerin und ihrer Produkte und Geschäftspolitik gegenüber Bankkunden habe demgemäss zum Tagesgeschäft des Beklagten gehört. Durch die Kündigung der beiden Teammitglieder G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ habe sich die Arbeitssituation des Beklagten nicht grundlegend verändert. Selbst wenn deren Freistellung kurzfristig eine höhere Arbeitsbelastung für den Beklagten bewirkt hätte, hätte sich dies im Rahmen dessen bewegt, was von einem Private Banker in der Stellung des Beklagten habe erwartet werden dürfen. Die Klägerin habe sich umgehend um Kompensierung des Ausfalls und um Unterstützung der verbleibenden Teammitglieder bemüht (act. 1 Rz. 56).

Die gänzlich unsubstantiiert behaupteten gesundheitlichen Probleme hätten sich am Arbeitsplatz nicht geäussert und seien auch tatsächlich nicht sichtbar geworden. Krankheitsbedingte Absenzen habe der Beklagte im Jahr 2015 keine verzeichnet; im Jahr 2014 hätten sich die Absenzen über das ganze Jahr im Bereich des Üblichen bewegt (act. 1 Rz. 58). Die künstliche Unterscheidung, welche der Beklagte im Hinblick auf die "moralische Belastung" zwischen der Betreuung der laufenden Kunden einerseits und den Kundengesprächen im Rahmen von Retentions-Massnahmen andererseits treffe, sei konstruiert und unglaubwürdig. Während Ersteres für den Beklagten gerade noch mit seinem Gewissen zu vereinbaren gewesen sei, hätte Letzteres seiner Darstellung nach zu einer unzumutbaren moralischen Mehrbelastung geführt. Sei ein Arbeitnehmer im Laufe der Zeit mit der Geschäftspolitik der Arbeitgeberin nicht mehr einverstanden, sei er gehalten, das Arbeitsverhältnis ordentlich zu beenden (act. 27 Rz. 129.2 ff.).

Der Beklagte habe nach seiner fristlosen Kündigung fast nahtlos seine Arbeit bei der Konkurrentin F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] aufgenommen. Aus einer E-Mail vom 17. September 2015 betreffend dem bevorstehenden Wechsel eines ehemaligen Kunden der Klägerin zu F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] werde ersichtlich, dass der Beklagte kurz nach seiner fristlosen Kündigung bereits voll ins Tagesgeschäft der F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] integriert gewesen sei (act. 1 Rz. 31).

Gegen eine Kündigung aus "äusseren Umständen" spreche schliesslich, dass der Kläger unmittelbar nach dem Lohneingang des August-Lohnes, mit welchem die zweite Tranche des Fidelity Award über Fr. 113'334.– ausbezahlt worden sei, gekündigt habe. Dies könne nicht als reine Koinzidenz abgetan werden. Es dränge sich der Schluss auf, dass der Beklagte mit seiner Kündigung bzw. mit dem Wechsel zur Konkurrenz noch bis zur Auszahlung zugewartet habe (act. 1 Rz. 62).

Als Eventualstandpunkt bringt die Klägerin Folgendes vor: Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die vom Beklagten vorgebrachten Gründe wichtige Gründe für eine fristlose Kündigung gemäss Art. 337 OR darstellen würden, ändere dies am Resultat einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung nichts. Die vom Beklagten ausgesprochene fristlose Kündigung sei ohnehin verspätet erfolgt (act.

1 Rz. 154). Den Wechsel zur Konkurrenzbank F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] habe der Beklagte bereits Wochen oder Monate im Voraus geplant, weshalb von der Kenntnisnahme des Kündigungsgrundes kurz vor der eigentlichen Kündigung keine Rede sein könne. Der Beklagte habe in seinem Kündigungsschreiben vom 26. August 2015 Weisungen der Klägerin angeprangert, welche in den "vergangenen zwei Jahren" neu erteilt worden seien. Auch habe der Beklagte ausgeführt, er hätte angeblich "schon in den vergangenen Monaten stark unter der beschriebenen Situation gelitten". Durch dieses Abwarten des Beklagten sei zu vermuten, dass die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist für ihn zumutbar gewesen wäre (act. 1 Rz. 154 ff.).

### 3.2. Beklagter

Der Beklagte bringt vor, mit dem Verkauf der Klägerin an die ... [Zugehörigkeit zu Staat D.\_\_\_\_\_] C.\_\_\_\_\_ Group habe sich die Geschäftspolitik im Bereich "Private Banking" grundlegend geändert. Das Ziel habe neu nicht mehr darin bestanden, die Kunden mit einer nachhaltigen Anlagepolitik langfristig an sich zu binden. Stattdessen habe das neue Management das Ziel vorgegeben, möglichst hohe Gebühren zu generieren. Die Mitarbeitenden seien deshalb angewiesen worden, den Kunden gebührenintensive bankeigene Produkte zu verkaufen, wozu die Klägerin auch entsprechende Anreize (in Form von Golduhren und Reisen zu Sportveranstaltungen) geschaffen habe. Die Klägerin habe die Mitarbeitenden auch angewiesen, "Churning" und "Overtrading" zu betreiben und habe auch dafür die erwähnten Prämien ausgesetzt. Dieses Vorgehen verstosse gegen die Empfehlungen in einem Rundschreiben der FINMA. Weiter habe die Beklagte zahlreichen Vermögensverwaltungskunden ohne Not die Hypothekendarlehen gekündigt und sie so gezwungen, eine neue Hypothekarbank zu suchen, welche dann oft auch das Wertschriftenvermögen übernommen habe (act. 17 Rz. 7 ff., Rz. 47 ff.).

Konkret habe die Klägerin per 1. Mai 2015 nahezu wucherische Gebühren eingeführt, ohne dies gegenüber den Kunden transparent zu machen. Unter anderem habe sie die Titeltransfergebühren auf das Dreifache des in der Schweiz üblichen Durchschnittsbetrags erhöht. Selbst dieser Durchschnittsbetrag werde vom Preisüberwacher als übermässig kritisiert. Das neue Gebührenreglement der Klägerin

stehe mutmasslich im Widerspruch zu den Regeln des UWG (act. 17 Rz. 11; vgl. act. 17 Rz. 49). Im Einzelnen sehe das Gebührenreglement wucherische Kontoschliessungsgebühren von Fr. 2'500.– und Titeltransfergebühren von Fr. 300.– vor. In der Regel würden Schweizer Banken Titeltransfergebühren von Fr. 100.– verlangen (act. 17 Rz. 49). Beispielsweise seien im Gebührentarif für eine Auszahlung statt wie bisher Fr. 4.– plötzlich Fr. 90.– verrechnet worden (act. 17 Rz. 176).

Der Beklagte sei mit dieser Geschäftspolitik nicht einverstanden gewesen. Er habe es unterlassen, auf Kosten seiner Kunden "Spesenschinderei" zu betreiben und habe diesen Sonderkonditionen gewährt, indem er sie teilweise vom Wirkungsbereich des neuen Gebührenreglements ausgenommen habe. Entsprechende Schreiben an die Kunden habe er im Wissen und mit der Zustimmung der Bankleitung verschickt (act. 17 Rz. 12 und Rz. 65). Im Einvernehmen mit dem Vorgesetzten K.\_\_\_\_\_ und mit dem Rechtsdienst (M.\_\_\_\_\_) seien "preissensitive" Kunden von der Gebührenanpassung ausgenommen worden (act. 17 Rz. 176). Dies sei mit Bezug auf die vom Beklagten direkt betreuten Kunden und in Absprache mit den Vorgesetzten geschehen (act. 17 Rz. 65). Die Schreiben in act. 5/24-5/41 [betreffend Sonderkonditionen] seien nicht nur vom Beklagten, sondern auch von N.\_\_\_\_\_ unterzeichnet worden. Dieser arbeite immer noch bei der Klägerin (act. 17 Rz. 239 und Rz. 242). Es sei im Interesse der Klägerin selbst gelegen, die Kunden durch ein ohnehin ungültiges Gebührenreglement nicht weiter zu verärgern (act. 17 Rz. 370). Auch bei der Einführung des Gebührenreglements sei die Klägerin nicht gesetzeskonform vorgegangen. Insbesondere seien die Kunden über den Inhalt des neuen Gebührentarifs nicht informiert worden und ihnen sei keine angemessene Frist zum Widerspruch eingeräumt worden (act. 17 Rz. 51; vgl. act. 17 Rz. 236). Die Klägerin habe einräumen müssen, dass zwischen dem Kundeninformationsschreiben und dem Zeitpunkt des vorgesehenen Inkrafttretens der neuen Geschäftsbedingungen nur 10 Tage gelegen hätten. Diese Vorgehensweise stehe im Widerspruch zu Art. 28 der AGB der Klägerin, welcher eine zwanzigtägige Widerspruchsfrist vorsehe. Auch Letztere sei bereits knapp bemessen (act. 36 Rz. 353 f.). Der im Kundeninformationsschreiben vom 20. April 2015 enthaltene Hinweis der Klägerin auf den neuen Gebührentarif erschöpfe

sich im Satz: "Bitte beachten Sie, dass einige unserer Gebühren per 1. Mai 2015 geändert werden" (act. 36 Rz. 357 ff.). Die Klägerin argumentiere "gewunden", um nicht eingestehen zu müssen, dass die Kundinnen und Kunden keine Kopie des neuen Gebührenreglements erhalten hätten (act. 36 Rz. 747 f.).

Die Klägerin habe selbst eingeräumt, dass sie einen internen Wettbewerb durchgeführt habe, der den Titel "... [Wettbewerb] getragen und "ein gewisses Potential für falsche Anreize" aufgewiesen habe (act. 36 Rz. 274). Die Klägerin habe zudem bankinterne E-Mails versandt, in welchen bezogen auf den Verkauf bankeigener Produkte sehr direkt Verkaufsdruck ausgeübt worden sei ["we have to sell"; "we have to push"]. Es handle sich dabei um E-Mails von O.\_\_\_\_\_ und von P.\_\_\_\_\_ an J.\_\_\_\_\_ in den Jahren 2014 und 2015 (act. 36 Rz. 275).

Das erklärte Ziel, die Klägerin [nach dem Verkauf an die C.\_\_\_\_\_ Group] trotz Wechsel im Aktionariat mit dem gleichen Management weiterzuführen, sei von der Familie Q.\_\_\_\_\_ nicht eingehalten worden. Schon ein Jahr nach dem Aktienverkauf sei der bisherige Geschäftsführer bzw. CEO R.\_\_\_\_\_ entlassen worden. An dessen Stelle habe die Familie Q.\_\_\_\_\_ eigene Vertrauensleute eingesetzt, die das schweizerische Bankgeschäft nicht gekannt und verstanden hätten (act. 17 Rz. 185 f.). Auch das Betriebsklima habe sich verschlechtert. Mitarbeitende seien zwar nicht offen, aber im Rahmen interner Sitzungen des obersten Managements despektierlich als "Monkeys" und "Slaves" bezeichnet und teilweise auch so behandelt worden. Dies habe dazu geführt, dass immer mehr Mitarbeitende die Klägerin hätten verlassen wollen. Die Klägerin habe insofern Gegensteuer gegeben, indem sie Zusätze zu den Arbeitsverträgen vereinbart habe, um wichtige Mitarbeitende an sie zu binden. Auch der Beklagte sei dazu gedrängt worden, einen entsprechenden Zusatz zu unterzeichnen, der eine feste Vertragsdauer und eine zwölfmonatige Kündigungsfrist vorgesehen habe. Die Verweigerung wäre als Misstrauenskundgebung interpretiert worden. Bei der Unterschrift habe ihm der CEO der Klägerin L.\_\_\_\_\_ sinngemäss gesagt: "Wenn du nicht unterschreibst, bist du gegen uns". Im Ergebnis habe der Beklagte keine andere Wahl gehabt, als zu unterschreiben, wenn er seine Stelle nicht sofort habe verlieren wollen (act. 17 Rz. 38, Rz. 188 f.). Dass die lange Kündigungsfrist "erkauft"

worden sei, sei im Hinblick auf die Frage nach der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht relevant (act. 36 Rz. 730).

Das von der Klägerin [in act. 1 Rz. 27] erwähnte Gespräch mit L.\_\_\_\_\_ habe die Einführung der neuen allgemeinen Geschäftsbedingungen per 1. Mai 2015 betroffen. Der Beklagte habe dabei vor allem dagegen protestiert, wie die Geschäftsbedingungen hätten eingeführt werden sollen. L.\_\_\_\_\_ habe dem Beklagten dabei vorgeworfen, er wolle die geltenden Regeln strikte befolgen. "Schwarz" sei nicht immer "schwarz", es gebe auch "hellschwarz" und "dunkelschwarz" (act. 17 Rz. 202 f.).

Das Verhalten der Klägerin habe dazu geführt, dass zahlreiche Mitarbeitende die Klägerin hätten verlassen wollen und nach einem neuen Arbeitgeber gesucht hätten. In der Folge sei die erhöhte "Wechselbereitschaft" der für die Klägerin tätigen Mitarbeitenden in der Branche allgemein bekannt geworden (act. 17 Rz. 54). Im Frühling 2015 hätten Mitarbeitende des Teams des Beklagten, darunter auch der Beklagte selbst sowie J.\_\_\_\_\_ (Vorsteher des Bereichs "Active Advisory" bei der Klägerin), zunächst informelle Kontakte zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] geknüpft (act. 17 Rz. 15 und Rz. 57). Die Kontakte hätten in konkrete Vertragsverhandlungen gemündet. Die F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] habe ihren Bereich "Private Banking" in ... verstärken wollen. Im Juni 2015 habe sich der Beklagte entschlossen, das Arbeitsverhältnis ordentlich aufzulösen und auf den nächsten vertraglichen Kündigungstermin (bzw. im Jahr 2016) zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] zu wechseln, und einen Arbeitsvertrag geschlossen, der einen Arbeitsbeginn im Jahr 2016 vorgesehen habe. Der Beklagte sei zu diesem Zeitpunkt davon ausgegangen, dass auch andere Mitarbeitende des Teams erst 2016 zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] wechseln würden (act. 17 Rz. 15). Ursprünglich sei vorgesehen gewesen, dass alle wechselwilligen Mitarbeitenden gleichzeitig und zu einem mit den Kündigungsfristen des Beklagten und von E.\_\_\_\_\_ konformen Zeitpunkt übertreten würden (act. 17 Rz. 166). Eine ordentliche Kündigung habe der Beklagte im Juni 2015 noch nicht aussprechen können. Gemäss dem "Amendment to Employment Agreement" (act. 4/5 Ziff. 4) sei die Kündigungsmöglichkeit bis August 2015 ausgeschlossen worden (act. 17 Rz. 15 und Rz. 58).

Tatsächlich hätten sich aber andere Teammitglieder entschlossen, nicht bis 2016 zu warten. Nachdem es schon im Juni 2015 zu Kündigungen innerhalb des Teams des Beklagten (I.\_\_\_\_\_, S.\_\_\_\_\_) gekommen sei, hätten Ende August 2015 zwei weitere wichtige Mitarbeitende (G.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_) das Arbeitsverhältnis zur Klägerin aufgelöst, um zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] zu wechseln. Ausserdem habe im Juni 2015 auch J.\_\_\_\_\_, der nicht dem Team des Beklagten angehört habe, zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] gewechselt (act. 17 Rz. 16 und Rz. 60). Von den Genannten habe S.\_\_\_\_\_ [als einziger] nicht zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] gewechselt (act. 17 Rz. 220). Das Team des Beklagten habe demzufolge nur noch aus diesem selbst, E.\_\_\_\_\_, N.\_\_\_\_\_, T.\_\_\_\_\_ und U.\_\_\_\_\_ bestanden (act. 17 Rz. 60). In dieser Situation sei absehbar gewesen, dass die Klägerin dem Beklagten die Aufgabe zuweisen würde, gegenüber den bis dahin von den gekündigten Mitarbeitern betreuten Kunden "Retention" zu betreiben bzw. sie in Einzelgesprächen von den Vorzügen der Klägerin zu überzeugen und zum Bleiben zu bewegen. Dazu sei der Beklagte nicht bereit gewesen, da er gegenüber den Kunden nicht wider besseres Wissen habe aktiv vortäuschen wollen, es sei vorteilhaft, das Vermögen durch die Klägerin verwalten zu lassen. Diese habe "Spesenschinderei" betreiben lassen, die Empfehlungen der FINMA nicht respektiert und Gebühren verlangt, die mit den Regeln des UWG nicht vereinbar seien (act. 17 Rz. 16 f. und Rz. 69 f.).

Der Wechsel von mehreren Mitarbeitenden der Klägerin zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] habe zwar keine "Häufung unabhängiger Entscheidungen" dargestellt. Die Mitarbeiter hätten voneinander gewusst, dass sie nicht mehr länger für die Klägerin hätten arbeiten wollen. Es habe sich aber insbesondere in zeitlicher Hinsicht nicht um ein "koordiniertes Vorgehen" gehandelt. Deshalb sei der Beklagte in eine Situation geraten, in welcher er sich nur noch mit einer fristlosen Kündigung habe helfen können. Die fristlose Kündigung sei nicht "im Vorfeld abgestimmt" gewesen (act. 17 Rz. 167 und Rz. 175). Es sei auch nicht die Zahl der zufolge Weggangs der weiteren Mitarbeiter zu führenden Kundengespräche, sondern der erwartete Inhalt der Kundengespräche, "Retention", der eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar gemacht habe (act. 17 Rz. 280). Die Unterscheidung zwischen "normalen Kundengesprächen" und "Retention" sei nicht "künstlich", son-

dem entspreche dem Unterschied zwischen "schweigen" und "wider besseres Wissen behaupten" (act. 36 Rz. 393). Die ordentlichen Kündigungen von G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ hätten Anlass zur ausserordentlichen Kündigung des Beklagten gegeben. Erst dadurch sei die Situation entstanden, dass der Beklagte die unethische Geschäftspolitik der Klägerin aktiv gegenüber Kunden hätte vertreten und bewerben müssen bzw. "Retention" hätte betreiben müssen. G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ hätten ihre Arbeitsverhältnisse am 24. August 2015 aufgelöst (act. 17 Rz. 92). Ausserdem beginne die kurze Frist, innert welcher eine fristlose Kündigung zu erklären sei, nicht zu laufen, so lange ein unrechtmässiger Zustand anhalte (act. 17 Rz. 93).

Der Beklagte habe in einer fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses den einzigen Ausweg gesehen, einem Loyalitätskonflikt zwischen den Interessen der Klägerin (aus Arbeitsrecht) und der Kunden (aus Auftragsrecht) zu entgehen. Der entsprechende Loyalitätskonflikt habe sich schon vor der Kündigung in Form von gesundheitlichen Problemen (Schlafstörungen) manifestiert. Entsprechend habe der Beklagte das Arbeitsverhältnis zur Klägerin per 25. August 2015 fristlos gekündigt. Gleich sei auch E.\_\_\_\_\_ vorgegangen, den die Klägerin ebenfalls durch eine langfristige arbeitsvertragliche Verpflichtung an sich gebunden habe (act. 17 Rz. 18 und Rz. 61f.). Der Beklagte habe nicht aufgrund eines "verlockenden Angebots" zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] gewechselt. Ganz im Gegenteil sei der Wechsel mit finanziellen Einbussen verbunden gewesen (act. 17 Rz. 230). Nach der Kündigung habe der Beklagte mit der F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] Kontakt aufgenommen. Im gegenseitigen Einvernehmen sei der Arbeitsbeginn auf den 14. September 2015 vorverschoben worden (act. 17 Rz. 19). Wenn der Beklagte die Kündigung zeitlich mit der Lohnzahlung [bzw. der Zahlung des Fidelity Award] koordiniert hätte, wäre eher der 26. August 2015 der geeignete Zeitpunkt gewesen. Am 25. August 2015 habe der Beklagte damit rechnen müssen, dass die Klägerin die Auszahlung noch hätte stoppen können. Der Beklagte habe sich aber keine derartigen Gedanken gemacht (act. 17 Rz. 305).

3.3. Auf diese und weitere Vorbringen der Parteien ist einzugehen, soweit sie für die Entscheidungsfindung relevant sind.

#### 4. Rechtliches zum wichtigen Grund

4.1. Aus wichtigen Gründen können Arbeitgeber wie Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis jederzeit fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 1 und 2 OR). Der Richter entscheidet nach seinem Ermessen über das Vorhandensein solcher Umstände (Art. 337 Abs. 3 OR).

Zu den Gründen, welche den Arbeitnehmer zur fristlosen Kündigung berechtigen, kann unter Anderem die Aufforderung gehören, an einem Betrug oder an einer Steuerhinterziehung mitzuwirken, aber auch die Verletzung der Schutzpflicht gegenüber Betriebsgefahren trotz Abmahnung. Auch der [ungerechtfertigte] Entzug von Kompetenzen oder die unerwartete Änderung des Status des Arbeitnehmers kann in krassen Fällen eine fristlose Kündigung rechtfertigen, so als dem Filialleiter einer Treuhandgesellschaft aufgrund haltloser Verdächtigungen die Prokura oder einem Versicherungsbroker ein wichtiges Kundenportfolio entzogen wurde (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 9 m.w.H. zur Rechtsprechung).

Begeht der Arbeitgeber selber strafbare Handlungen (z.B. Fälschung von Buchhaltungsbelegen oder Versicherungsbetrug), kann dies den Arbeitnehmer unter Umständen zur fristlosen Auflösung des Vertrages berechtigen, da dadurch auch seine Reputation in Mitleidenschaft gezogen wird. Bei Missständen im Betrieb ist allerdings oft die bloße Arbeitsverweigerung die angemessene Reaktion des Arbeitnehmers auf Unterlassungen des Arbeitgebers, die fristlose Auflösung kann zu weit gehen. Ungenügend sind Konflikte am Arbeitsplatz, ein angeblich schlechter Vorgesetzter oder ein schlechtes Arbeitsklima. Wird der Arbeitnehmer freigestellt, so berechtigt ihn dies in aller Regel nicht dazu, eine fristlose Entlassung auszusprechen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 9 m.w.H.).

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

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

4.3. Eine allgemeingültige Regel, wann eine Verwarnung Voraussetzung zur späteren, gerechtfertigten fristlosen Kündigung ist, lässt sich nicht aufstellen. Entscheidend ist stets das Vorliegen wichtiger Gründe unter Würdigung sämtlicher Umstände. Im Zweifel ist eine Verwarnung zu empfehlen. Eine Verwarnung kann indes unterbleiben, wenn sich aus dem Verhalten der Gegenpartei ergibt, dass sie unnütz wäre (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 13).

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

## 5. Beurteilung

### 5.1. Wichtiger Grund

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

fluss verwalteter Vermögenswerte führte, kann eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht rechtfertigen. Eine Verschlechterung der Rahmenbedingungen des Wirtschaftens hat der Arbeitnehmer hinzunehmen. Eine Beweisführung zur entsprechenden Behauptung des Beklagten ist entbehrlich.

An dieser Stelle ist mit Bezug auf den vom Beklagten mehrfach als Zeugen angebotenen E.\_\_\_\_\_ Folgendes festzuhalten: Dieser hat die Klägerin praktisch gleichzeitig fristlos verlassen und sieht sich in einem Parallelverfahren im Wesentlichen mit denselben Vorwürfen und Forderungen konfrontiert wie der Beklagte (vgl. act. 36 Rz. 2). Er hat dementsprechend ein gewichtiges eigenes finanzielles Interesse daran, das Vorliegen eines wichtigen Grundes zu erklären. Eine Einvernahme von E.\_\_\_\_\_ wäre daher nicht geeignet, den Sachverhalt rechtsgenügend zu erhellen, weshalb sie mit Bezug auf sämtliche Beweisofferten zu unterbleiben hat. Nachdem der Beklagte die Notwendigkeit des Aktenbeizugs nicht begründet hat, ist auch davon abzusehen, zumal hier eine konkrete Beweisofferte möglich gewesen wäre, aber unterblieben ist.

Strittig ist die Frage, ob V.\_\_\_\_\_ in D.\_\_\_\_\_ [Staat] wegen Bestechung [Korruptionsermittlungen ("... [Operation]")] als Folge des sog. ...Skandals] unter Anklage steht oder nicht (vgl. act. 36 Rz. 269 ff.; inhaltlich bestritten in act. 27 Rz. 83). Der Beklagte bringt nicht vor, dass die möglichen Vorwürfe direkt mit der Durchführung des Arbeitsverhältnisses zu tun gehabt hätten oder dass ihm deshalb ein konkreter Reputationsschaden oder konkrete Rechtsrisiken gedroht hätten. Dass die entsprechenden Nachrichtenmeldungen den Ruf der Klägerin allgemein in Mitleidenschaft zogen, kann den Beklagten nicht zur fristlosen Kündigung berechtigen (vgl. act. 36 Rz. 269 ff.).

5.1.2 Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Klägerin dem Beklagten durch die Einführung der Depot- und Transfergebühren einen wichtigen Grund für die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben hat.

a. Nicht bestritten wird von der Klägerin, dass sie per 1. Mai 2015 ein neues Gebührenreglement in Kraft setzte, worüber ihre Kunden mit Informationsschreiben vom 20. April 2015 in Kenntnis gesetzt wurden (act. 1 Rz. 39; vgl. act. 17

Rz. 11 und Rz. 48 ff.). Die Klägerin bringt selbst vor, die ab 1. Mai 2015 gültige Gebührentabelle habe für die gesamte Kundenpopulation eine Kontoschliessungsgebühr von Fr. 2'500.– vorgesehen, und im Hinblick auf die in den Depotkonti der Klägerin geführten Wertschriften seien erhöhte Titeltransfergebühren eingeführt worden (vgl. act. 1 Rz. 39). Für die ausgehende Wertschriftenlieferung in Standardmärkte seien Titeltransfergebühren von Fr. 300.– vorgesehen gewesen (act. 5/22 S. 6; vgl. act. 17 Rz. 49).

b. Die von der Klägerin ihren Kunden angebotenen Vermögensverwaltungs- und Beratungsdienstleistungen (im Sinne der Gebührentabelle gemäss act. 5/22) sind unter das Auftragsrecht zu subsumieren (vgl. den Erläuternden Bericht des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 16. September 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht), S. 7). Der Auftrag kann von jeder der Parteien jederzeit widerrufen oder gekündigt werden (Art. 404 Abs. 1 OR). Das jederzeitige Recht auf Beendigung des Auftragsverhältnisses ist zwingender Natur und kann vertraglich weder eingeschränkt noch wegbedungen werden (Gehrer Cordey/Giger, in Huguenin/Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 404 N 6 m.w.H. zur Rechtsprechung). Der Grundsatz des jederzeitigen Beendigungsrechts beansprucht auch im vorliegenden Fall uneingeschränkt Geltung. Das Verhältnis zwischen Bankkunden und Bank beruht auf besonderem Vertrauen (vgl. Gehrer Cordey/Giger, a.a.O., Art. 404 N 8). Aus dem Beendigungsrecht folgt, dass die Vereinbarung einer bedingungslos geschuldeten Konventionalstrafe bzw. eines bedingungslos geschuldeten Honorarzuschlags bei vorzeitiger Auftragsbeendigung nicht zulässig ist (Gehrer Cordey/Giger, a.a.O., Art. 404 N 9 m.w.H. zur Rechtsprechung). Dies hat selbstverständlich auch für den Fall von Beendigungsgebühren bei im Grundsatz unbefristeten Auftragsverhältnissen zu gelten.

Titeltransfergebühren (bzw. sog. Depottransfergebühren) sind von ihrer Natur her zwar nicht in jedem Fall Beendigungsgebühren, fallen aber sachlogisch bei jeder Beendigung eines Vermögensverwaltungsvertrags (bzw. des darin enthaltenen Depotvertrags) an. Der Depotvertrag wiederum ist ein gemischter Vertrag mit

Elementen der Hinterlegung (Art. 472 ff. OR) und des Auftrags (Art. 394 ff. OR), auch wenn es um körperlose Bucheffekten geht (Rusch, Bankgebühren vor der Inhaltskontrolle, in recht 2011, S. 170 ff. (172)). Dabei schiebt bereits der zwingend anwendbare Art. 475 OR jeglichen Depottransfergebühren einen Riegel, jedenfalls sofern sie sich nicht in bescheidenem Rahmen bewegen und als pauschalierter Aufwendungsersatz im Sinne von Art. 475 Abs. 2 OR aufgefasst werden können (vgl. Rusch, a.a.O., S. 172 m.w.H.). RUSCH bezeichnet eine Depottransfergebühr von Fr. 250.– pro Titelkategorie bereits als übermässig (vgl. Rusch, a.a.O., S. 171). Im Lichte von Lehre und Rechtsprechung sind die von der Beklagten in der Gebührentabelle vorgesehenen Depottransfergebühren von Fr. 300.– pro Titelkategorie nicht geschuldet.

Gleich verhält es sich mit den in der Gebührentabelle vorgesehenen Kontoschliessungsgebühren von Fr. 2'500.–. Eine Bank erbringt mit der Kontoauflösung keine Leistung aus dem Vertragsverhältnis. Sie nimmt entsprechende "Aufräumarbeiten" im eigenen Interesse vor, damit der Bankkunde keine weiteren Bezüge tätigen kann. Der Vorgang dient der ordentlichen Abwicklung der Bankbeziehung sowie der Bereinigung der internen Datenbanken und der eigenen Buchhaltung. Die Bank muss demgemäss den dafür notwendigen Aufwand selbst tragen oder in die allgemeinen Gebühren einkalkulieren (Rusch, a.a.O., S. 175 f.). Schon aus diesen Gründen konnte kein Rechtsanspruch der Klägerin auf Einforderung der vorgesehenen Gebühren gegenüber ihren Kunden entstehen.

c. Es ist strittig, ob die Kundenbetreuer der Klägerin bzw. die Client Relationship Manager von ihrem Vorgesetzten angewiesen wurden, die von ihnen betreuten Kunden noch vor dem Versand der Informationsschreiben zu kontaktieren, um die bevorstehenden Neuerungen zu erläutern und allfällige Unklarheiten zu beseitigen (vgl. act. 1 Rz. 49). Der Beklagte bringt vor, die Mitarbeitenden seien zwar zur Kontaktierung der Kunden angewiesen worden, aber nicht zu einer Information über die effektiven Schliessungs- und Titeltransfergebühren (vgl. act. 17 Rz. 262). Die Klägerin hat eine anonymisierte Version des Kundenschreibens vom 20. April 2015 eingereicht (act. 5/23). Daraus geht hervor, dass die Klägerin die Kunden schriftlich nicht konkret auf die ab dem 1. Mai 2015 geltenden Kondi-

tionen aufmerksam machten (vgl. act. 36 Rz. 357 ff.). Dass sie den Kunden die neuen Bestimmungen in anderweitig rechtsgenügender Weise zur Kenntnis gebracht hätte, wurde von der Klägerin nicht substantiiert (vgl. act. 27 Rz. 114). Wie es sich mit der mündlichen Kundeninformation durch die Kundenbetreuer verhielt, ist für den Entscheid daher unerheblich und vorliegend nicht weiter zu prüfen. Dem Entscheid ist die beklagte Darstellung zugrunde zu legen.

d. Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist unabhängig von der dem Kunden zur Kenntnis gebrachten Form und der Frage nach einer bewussten Kenntnisnahme bzw. einem bewussten Akzept (Globalübernahme bzw. Vollübernahme). Bei allgemeinen Geschäftsbedingungen handelt es sich um vorformulierte Vertragsbedingungen, die von einer Vertragspartei einseitig im Voraus und zum Zweck aufgestellt werden, eine unbestimmte Vielzahl zukünftiger Verträge mit einer unbestimmten Anzahl von Vertragspartnern zu regeln. Die Bestimmungen können im Vertragstext selber enthalten sein, oder einen äusserlich gesonderten Teil des Vertrages bilden (Erläuternder Bericht des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 16. September 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht), S. 19 m.w.H.; vgl. Thouvenin, in Hilty/Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013, Art. 8 N 78). Bei der Gebührentabelle in act. 5/22 handelt es sich nach dem Gesagten ohne Weiteres um Allgemeine Geschäftsbedingungen.

e. Der Beklagte macht geltend, die Klägerin habe mit der Einführung der genannten Gebühren auf dem Wege der Anpassung der allgemeinen Geschäftsbedingungen auch gegen Art. 8 UWG verstossen. Gegen diese Bestimmung handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.

Der Anwendungsbereich von Art. 8 UWG ist auf Konsumenten-AGB beschränkt, wobei es nicht erforderlich ist, dass der betreffende Vertrag die Leistungen des üblichen Verbrauchs bzw. Gebrauchs betrifft (vgl. Thouvenin, a.a.O., Art. 8

N 80 ff.; Probst, in Jung/Spitz (Hrsg.), Handkommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl., Bern 2016, Art. 8 N 287 f). Gemäss den unbestrittenen Vorbringen des Beklagten handelt es sich zumindest bei einem Teil der fraglichen Kunden um Hypothekarkunden, welche der Klägerin zudem ihre Vermögensverwaltung anvertrauten (vgl. act. 17 Rz. 47 f.). Es handelt sich bei ihnen mithin um Konsumenten im Sinne der Bestimmung. Aufgrund der Ausführungen der Parteien ist sodann ersichtlich, dass die Kunden der Klägerin im relevanten Geschäftsbereich (Private Banking mit Fokus auf Kunden in der Schweiz; vgl. act. 1 Rz. 18 ff., vgl. act. 5/1) die Leistungen der Bank für den persönlichen Bedarf in Anspruch nahmen bzw. dass ein Zusammenhang zur deren persönlicher oder beruflicher Tätigkeit im Allgemeinen fehlt (vgl. Thouvenin, a.a.O., Art. 8 N 84). Die zwischen der Klägerin und ihren (Privat-)Kunden eingegangenen Verpflichtungen fallen damit in den Anwendungsbereich von Art. 8 UWG.

Das für eine Verletzung von Art. 8 UWG erforderliche Missverhältnis von vertraglichen Rechten und Pflichten kann sich – wie vorliegend mit Bezug auf die Kontoschliessungs- und Titeltransfergebühren – ohne weiteres auf vertragliche Nebenspunkte beziehen. Der für die Feststellung der Benachteiligung relevante Vergleich hat in einer Abwägung jener gesetzlichen oder richterrechtlichen Regel zu erfolgen, die zur Anwendung gelangen würde, wenn die Parteien keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart hätten (vgl. Probst, a.a.O., Art. 8 N 249 f.). Das Missverhältnis ist demzufolge aus dem Vergleich der Regelung in der Gebührentabelle (act. 5/22) und der gesetzlichen Regelung (Art. 404 OR, Art. 475 OR) zu ziehen. Da diese nach der dargestellten Praxis die jederzeitige und für den Kunden finanziell folgenlose Beendigung zwingend statuiert, ist das Missverhältnis offensichtlich (vgl. bereits Rusch, a.a.O., S. 178 f.). Die weiter erforderliche Erheblichkeit des Missverhältnisses liegt ebenfalls vor, zumal die Erheblichkeit bei jeder Abweichung vom zwingenden Recht vorliegt (vgl. Probst, a.a.O., Art. 8 N 254). Eine Kompensation der in der Gebührentabelle vorgesehenen Verschlechterung der Vertragsbestimmungen für die Kunden der Klägerin ist nicht ersichtlich bzw. wurde von Letzterer nicht behauptet.

Die Vereinbarung von Kontoschliessungsgebühren auf dem Wege der Einführung bzw. Modifikation Allgemeiner Geschäftsbedingungen begründet nach dem Gesagten ohne Weiteres ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis im Sinne von Art. 8 UWG, weil die Auflösungs- oder Deaktivierungsleistung nie etwas wert ist und auch nie im Interesse des Bankkunden erfolgt (vgl. Rusch, a.a.O., S. 178). Dasselbe hat für die vorgesehenen Depottransfergebühren von Fr. 300.– pro Titelkategorie zu gelten, jedenfalls soweit sie bei der Beendigung der Kundenbeziehung anfallen. Ein objektives Missverhältnis der Depottransfergebühren ist indes auch in allgemeiner Hinsicht zu bejahen. Ein Interesse der Kunden an den vorgenommenen Änderungen ist nicht ersichtlich.

f. Ob die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen missbräuchlichen Bestimmungen objektiv Rechtswirkung entfalten, ist für die Beurteilung einer Verletzung von Art. 8 UWG nicht von Belang. Das ergibt sich einerseits daraus, dass eine Verletzung von Art. 8 UWG als Rechtsfolge die Nichtigkeit der entsprechenden Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen induziert (vgl. Thouvenin, a.a.O., Art. 8 N 143 ff.). Andererseits zählt die Anwendung von Art. 8 UWG auf dem zwingenden Recht widersprechende Allgemeine Geschäftsbedingungen geradewegs zum Kerngehalt der Norm (vgl. Probst, a.a.O., Art. 8 N 241 und Art. 8 N 254). Erforderlich ist einzig, dass eine konkrete Verwendung im Geschäftsverkehr bzw. gegenüber einem Konsumenten stattgefunden hat (vgl. Thouvenin, a.a.O., Art. 8 N 134; vgl. Probst, a.a.O., Art. 8 N 235 ff.).

Die Klägerin hat selbst vorgebracht, ihren Kunden die Gebührentabelle (act. 5/22) mit Schreiben vom 20. April 2015 (act. 5/23) zur Kenntnis gebracht zu haben (vgl. act. 1 Rz. 39). Ob der Gebührentarif in der Folgezeit im Einzelnen nicht angewendet wurde, ist nicht relevant (vgl. act. 17 Rz. 241 und Rz. 259).

g. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass eine Verletzung von Art. 8 UWG vorliegt.

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

teilweise auch seine Freunde seien. Er sei nicht bereit gewesen, den Kunden gegenüber wider besseres Wissen vortäuschen zu müssen, dass es für diese vorteilhaft wäre, ihr Vermögen weiterhin von der Klägerin verwalten zu lassen, um die Kunden von einem Bankwechsel abzuhalten (vgl. act. 17 Rz. 62 ff.; vgl. act. 36 Rz. 387 ff.). Diese Haltung des Beklagten mag verständlich sein und von Seriosität im geschäftlichen Umfeld zeugen, entspricht aber nicht der Rechtslage, wie im Folgenden zu zeigen ist.

a. Eine vertragliche Beziehung des Beklagten zu den fraglichen Kunden der Klägerin bestand nicht. Der Beklagte hat dergleichen nicht behauptet (vgl. act. 17 Rz. 62 ff.). Damit entfällt jegliche Treuepflicht vertraglichen Ursprungs. Eine Treuepflicht kann auch nicht aus einer persönlichen Freundschaft hergeleitet werden (bestritten in act. 27 Rz. 125). Der Beklagte hat die Art und Gestalt der Freundschaft zu einzelnen seiner Kunden denn auch nicht näher substantiiert.

Einen Bankkundenberater trifft – in den Schranken der straf- und aufsichtsrechtlichen Gesetzgebung – demnach keine Pflicht, die persönlichen Interessen von Bankkunden zu wahren. Letztere sind nicht "seine" Kunden.

b. Auch aus dem Arbeitsvertrag zur Klägerin ergibt sich nichts Anderes. Dies aus folgenden Überlegungen: Nach Art. 321a Abs. 4 OR darf der Arbeitnehmer geheim zu haltende Tatsachen, wie namentlich Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, von denen er im Dienst des Arbeitgebers Kenntnis erlangt, während des Arbeitsverhältnisses nicht verwerten oder anderen mitteilen. Auch nach dessen Beendigung bleibt er zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist. Hierunter fallen auch Kunden- und Lieferantenbeziehungen, sofern der Arbeitgeber daran ein – zu vermutendes – berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat (Streiff/von Kanel/Rudolph, a.a.O., Art. 321a N 12).

c. Bei Bankkundenbeziehungen besteht offenkundig ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse der Bank. Praxisgemäss besteht ohne gesonderte Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes bezüglich des Kundenkreises kein nachvertragliches Verwertungsverbot (vgl. AGer ZH in Entscheide 2007 Nr. 3; vgl. ZR 2005

Nr. 18 E. 3b = JAR 2005 S. 484). Aufgrund der dispositiven Anordnung von Art. 321a Abs. 4 OR ist jedoch klar, dass das Recht zur Fortführung der Kundenbeziehung im Bankgeschäft (auch ohne ausdrückliche Vereinbarung eines Konkurrenzverbots) nicht das Recht des Arbeitnehmers sein kann. Dieser darf nach der zitierten Rechtsprechung – sofern eben kein Konkurrenzverbot vereinbart wurde – Adressen und Telefonnummern der betreuten Kunden aber im Grundsatz verwenden und diese Informationen Dritten zugänglich machen bzw. mit den Kunden von sich aus in Kontakt treten (vgl. ZR 2005 Nr. 18 E. 3b). Dass die Arbeitgeberin bzw. die Bank (vorbehältlich einer abweichenden vertraglichen Regelung zu Gunsten des Arbeitnehmers) mit Blick auf die gedeihliche Entwicklung der Vertrauensbeziehungen eines Kundenbetreuers zu "seinem" Kundenstamm Fürsorge- und Schutzpflichten treffen, ist daher im Lichte von Art. 321a Abs. 4 OR klar abzulehnen.

d. Der Kundenstamm gehört nach dem Gesagten der arbeitgebenden Bank bzw. der Klägerin. Entgegenstehende Vereinbarungen sind aus den Vertragsdokumenten nicht ersichtlich (vgl. act. 5/1, act. 5/5 und act. 5/6). Dass der Beklagte vor seiner Anstellung bei der Klägerin während mehreren Jahren für die W.\_\_\_\_\_ AG [Bank] arbeitete und gleichzeitig mit dem Beklagten auch andere Mitarbeiter zur Klägerin wechselten [und womöglich Kunden mitbrachten], ist daher nicht relevant (vgl. act. 17 Rz. 27 und Rz. 181).

e. Dass die Beklagte gegenüber ihren Kunden, d.h. gegenüber Dritten, gegen Art. 8 UWG versties, konnte den Beklagten mithin nicht zur fristlosen Kündigung berechtigen. Die Verletzung von Art. 8 UWG durch die Klägerin gegenüber ihren Kunden tangierte keine rechtlich geschützten Arbeitnehmerinteressen des Beklagten.

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

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

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

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

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

Bedürfnissen des Kunden entsprechenden Produkte anzubieten (act. 1 Rz. 53, act. 27 Rz. 113iii). Richtig sei einzig, dass bei der Klägerin im Rahmen einer Art internen Wettbewerbs Preise in Form von Uhren und Reisen zu gewinnen gewesen seien. Dieser als "... [Wettbewerb] bezeichnete Wettbewerb habe dazu dienen sollen, ein gesundes, kompetitives Klima zwischen den Teilnehmern zu schaffen. Ihre Gewinnchancen hätten die Teilnehmer insbesondere auch durch Neugeldzuflüsse erhöhen können. Dies sei sowohl rechtlich als auch "ethisch" unbedenklich, da damit das Gebot der bestmöglichen Vertretung der Interessen der Kunden nicht untergraben werde. Selbst wenn solche internen Wettbewerbe gewisses Potential für falsche Anreize aufweisen könnte, wäre deren Durchführung noch lange kein Beweis dafür, dass von den Kundenberatern tatsächlich das vom Beklagten behauptete "Overtrading" oder "Churning" betrieben werde. Es sei anmassend zu behaupten, die gut bezahlten Kundenberater der Klägerin würden sich durch ein solches internes Turnier und die Aussicht auf entsprechende Preise ihrer Professionalität entledigen (act. 27 Rz. 113iii).

b. Der Beklagte führt hierzu aus, dass im Übrigen (abgesehen von den Neugeldzuflüssen) vor allem die erwirtschafteten Gebühren massgeblich gewesen seien. Neugeldzuflüsse hätten rein praktisch deshalb keine Rolle spielen können, weil die Klägerin dauernd Kunden verloren habe (act. 36 Rz. 348). "... [Wettbewerb] sei nichts Anderes als ein unmoralisches Angebot gewesen. Wer Anreize schaffe, stifte zu den Handlungen an, die durch diese Anreize belohnt würden (act. 36 Rz. 349). Der Beklagte verweist sodann auf den Versand bankinterner E-Mails, in welchen bezogen auf den Verkauf bankeigener Produkte sehr direkt Verkaufsdruck ausgeübt worden sei ["we have to sell"; "we have to push"; E-Mails von O.\_\_\_\_\_ und von P.\_\_\_\_\_ an J.\_\_\_\_\_ in den Jahren 2014 und 2015] (vgl. act. 36 Rz. 275 und Rz. 351).

c. Ein Beweisverfahren zu den Themen "ertragsorientierter Verkaufsdruck zum Verkauf bankeigener Produkte" sowie "Setzen falscher Anreize" ist nicht erforderlich. Die Klägerin hat eingeräumt, dass der Wettbewerb "... [Wettbewerb] für die Kundenberater falsche Anreize setzte (vgl. act. 27 Rz. 113iii). Sie ist nicht bereit, dem in der Sache ohne Weiteres tauglichen Editionsantrag des Beklagten nach

den Bedingungen und Kriterien der Verteilung von Erfolgsprämien (wie Golduhren oder Reisen) Folge zu leisten (vgl. act. 17 Rz. 50 und act. 113 Rz. 113iii). Damit verzichtet sie zu Gunsten der beklagischen Sachdarstellung auf Beweiserhebungen. Der von der Klägerin als Zeuge angebotene K.\_\_\_\_\_ vermöchte nicht zur rechtsgenügenden Klärung des Sachverhalts beitragen. Ein unmittelbares Interesse von K.\_\_\_\_\_ am Verfahrensausgang ist nicht von der Hand zu weisen. Seine Befragung kann daher unterbleiben.

Was das behauptete "Overtrading" (Generierung möglichst hoher Gebühren durch Verkauf bankeigener, strukturierter Produkte) und "Churning" (Umschichten von Depots der Kunden ohne einen im Kundeninteresse liegenden Grund) betrifft, so liegen der Darstellung des Beklagten jedoch ohnehin keine konkreten Vorwürfe zugrunde. Belegt und unbestritten ist der Versand interner E-Mails mit Verkaufsanweisungen zu bankinternen Produkten ("we have to sell"; "we have to push"; vgl. act. 36 Rz. 275 und Rz. 351). Ob diese E-Mails zusammen mit dem Wettbewerb "... [Wettbewerb] jedoch eine so intensive Aufforderung an die Mitarbeiter darstellte, dass es sich bereits um eine Weisung zu "Overtrading" oder gar "Churning" handelt, ist also nicht ermittelbar. Zum einen hat der Beklagte dazu keine konkreten Vorkommnisse geschildert, so dass sich dazu ein Beweisverfahren erübrigt. Zum anderen sind die E-Mails nur allgemein gehalten, und der Beklagte war gar nicht deren Adressat; sie wurden vielmehr an J.\_\_\_\_\_ versandt. Des weiteren führt der Beklagte selber aus, er habe dafür sorgen können, dass mit den Vermögen der durch ihn betreuten Kunden keine Spesenschinderei betrieben werde, und er habe es unterlassen, selbst "Overtrading" zu betreiben (vgl. act. 17 Rz. 65). Dies ist nachvollziehbar, nachdem er selber entscheiden konnte, ob er am Wettbewerb teilnehmen wollte oder nicht. Mit dieser Argumentation kann der Beklagte das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur fristlosen Kündigung nicht untermauern.

d. Die Richtlinien der FINMA zur Anerkennung von Selbstregulierungen im Bereich der Vermögensverwaltung als Mindeststandard (FINMA RS 2009/1) sehen vor, dass Vermögensverwalter die Interessen ihrer Kunden im Sinne einer Treuepflicht zu wahren haben. Anlagen und Transaktionen haben im Interesse der

Kunden zu erfolgen. Insbesondere ist das Umschichten von Depots der Kunden ohne einen im Kundeninteresse liegenden wirtschaftlichen Grund (Spesenschinderei; "Churning") zu unterlassen (FINMA RS 2009/1 Rz. 10 ff.). Der Erlass von Rundschreiben über die Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung ist in Art. 7 Abs. 1 lit. b FINMAG ausdrücklich vorgesehen. Die FINMA kann dem Inhalt eines Rundschreibens im Einzelfall durch Erlass einer Verfügung individuell-konkrete Verbindlichkeit geben (Winzeler, in Watter/Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar, Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 7 FINMAG N 19).

Die Sanktionsbestimmungen knüpfen im Wesentlichen an eine Stellung als Beaufsichtigte/r im Sinne der Finanzmarktgesetzgebung an (vgl. Art. 29 ff. FINMAG). Möglichkeiten zur Sanktionierung eines an "Churning" bzw. "Overtrading" beteiligten Bankmitarbeiters ergeben sich einzig im Rahmen von Art. 33 FINMAG (Berufsverbot) und der Strafbestimmungen von Art. 44 ff. FINMAG. Nach letzteren ist eine Bestrafung eines Bankmitarbeiters nur nach Erlass einer unter Strafdrohung ergangenen Anordnung der FINMA denkbar (Art. 48 FINMAG; Missachten von Verfügungen der FINMA). Eine Sanktion im Sinne von Art. 33 FINMAG kann bei Beteiligung an Spesenschinderei ("Churning") ohne weiteres ausgesprochen werden. Die Verhängung eines Berufsverbots knüpft jedoch eng an die Praxis zum Gewährserfordernis im Finanzmarktrecht an, welches die Beteiligung an der Verwaltung und Geschäftsführung eines/r Beaufsichtigter/n voraussetzt. Keine Gewährspersonen sind Mitarbeiter ohne oder mit beschränkten Führungsaufgaben, wobei eine prospektive Beurteilung vorzunehmen ist. Bei mittleren und grossen Instituten gelten viele einflussreiche Führungspositionen noch nicht als Gewährspositionen (vgl. Hsu/Bahar/Flühmann, a.a.O., Art. 33 FINMAG N 13, N 15 m.w.H.und N 24 ff.).

Der Beklagte fällt offensichtlich nicht in die Kategorie einer Gewährsperson. Er macht auch nicht geltend, innert nützlicher Frist die Stellung einer Gewährsperson im Sinne der Finanzmarktgesetzgebung einnehmen zu wollen. Eine aufsichtsrechtliche Sanktionierung einer potentiellen Beteiligung des Beklagten an "Churning" oder "Overtrading" war für ihn ohnehin nicht abzusehen. Wie ausgeführt, hat

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

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass aus einer allfälligen bloss allgemeinen Verletzung der Bestimmungen des FINMA-Rundschreibens 2009/1 (hinsichtlich "Churning" bzw. "Overtrading") durch die Klägerin, der Beklagte keine Legitimation zur fristlosen Kündigung herleiten kann.

e. Zu prüfen bleibt, ob der Wettbewerb der Klägerin eine Anstiftung zu strafbarem Verhalten (Art. 24 StGB) darstellt.

Eine Anstiftung kann durch jedes motivierende Verhalten des Anstifters begangen werden (Vorschlag, konkludente Aufforderung, motivierende Einladung, Zusicherung einer Belohnung, u.U. auch durch eine gewöhnliche Frage (Forster, in Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Basel 2013, Art. 24 N 16 m.w.H.). Vorliegend wäre der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 StGB) einschlägig (vgl. BGE 142 IV 346 E. 4.3).

In persönlicher Hinsicht ist für die Strafbarkeit von "Churning" im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 StGB indes erforderlich, dass dem Betreffenden die Stellung eines Geschäftsführers bzw. eine in tatsächlicher oder formeller Hinsicht selbstständige Stellung zukommt, in welcher er im Interesse eines anderen für einen nicht unerheblichen Vermögenskomplex zu sorgen hat. Die Stellung als Geschäftsführer fordert ein hinreichendes Mass an Selbstständigkeit, mit welcher über das fremde Vermögen oder über wesentliche Bestandteile desselben, über Betriebsmittel oder das Personal eines Unternehmens verfügt werden kann. Der Tatbestand ist namentlich anwendbar auf selbstständige Geschäftsführer sowie auf operationell leitende Organe von juristischen Personen bzw. Kapitalgesellschaften. Geschäftsführer ist aber auch, wem die Stellung nur faktisch zukommt bzw. wem sie nicht formell eingeräumt wurde (BGE 142 IV 346 E. 3.2). Dem Beklagten als Arbeitnehmer konnte die Stellung eines Geschäftsführers vor dem Hintergrund des Gesagten nicht zukommen.

Strafbegründende persönliche Merkmale werden in Art. 27 StGB nicht erwähnt. Bei den meisten strafbegründenden persönlichen Merkmalen handelt es sich heute um Sonderpflichten (Trechsel/Jean-Richard, in Trechsel/Pieth (Hrsg.), Praxis-kommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2012, Art. 27 N 5). Bei unechten Sonderdelikten macht sich der Teilnehmer der Anstiftung oder Gehilfenschaft zur qualifizierten Straftat schuldig; dies gilt auch bei Vermögensverwaltern (Trechsel/Jean-Richard, a.a.O., Art. 26 N 2 und N 4). Im Grundsatz ist zwar anerkannt, dass bei Sonderdelikten auch ein Amtsträger (d.h. jemand, welchem die entsprechenden Sonderpflichten ebenfalls zuzurechnen sind) als Extraneus an der Tat mitwirken kann (BGE 135 IV 198 E. 3.4.2 m.w.H. zur Literatur). Offen ist nach der Rechtsprechung jedoch, ob eine überschüssende Stellung des Extraneus punkto Sonderpflichten, vorliegend mit Bezug auf die Stellung als operationell selbstständiger Geschäftsführer zur Verwaltung des Kundenvermögens, eine Strafbarkeit des Angestifteten zu begründen vermöge. Richtigerweise ist dies abzulehnen, weil der unselbstständige, mithin unter arbeitsvertraglicher Weisungspflicht stehende Vermögensverwalter als Haupttäter nicht infrage kommt. Eine tatbestandsmässige und rechtswidrige Haupttat des Arbeitnehmers liegt nicht vor. Vielmehr ist der Weisungsberechtigte, der sich bei der Ausübung der Vermögensverwaltung untergeordneter Hilfspersonen bedient, als Haupttäter ins Recht zu fassen.

Rechtslogisch bzw. wertungsmässig kann dem im arbeitsvertraglichen Verhältnis Untergeordnete – solange er selber nicht aktiv Hilfe leistet – sodann auch keine Gehilfenschaft vorgeworfen werden, weil sich die Frage der Zumutbarkeit der aktiven Verhinderung der Tatbegehung durch den übergeordneten Geschäftsführer stellt (Gehilfenschaft durch Unterlassen; vgl. Forster, a.a.O., Art. 25 N 50). Eine vertragliche Garantienstellung für das Vermögen "seiner" Kunden hatte der Beklagte nicht (vgl. vorstehend).

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

Eine Strafbarkeit der Geschäftsleitung der Klägerin zufolge der Lancierung des Wettbewerbs "... [Wettbewerb] kann aus den relevanten Parteivorbringen nicht abgeleitet werden bzw. ist nicht rechtsgenügend substantiiert (vgl. act. 27 Rz. 113iii und act. 36 Rz. 345 ff.). Namentlich hat der Beklagte keine über bloße Anreizsysteme hinausgehende konkrete arbeitsvertragliche Weisungen (Art. 321d OR) der Klägerin zum Betrieb von "Churning" bzw. "Overtrading" dargetan. Aus einer allfälligen Strafbarkeit (einzig) der Geschäftsleitung der Klägerin könnte der Beklagte, analog zu den Ausführungen zur Verletzung des FINMA-Rundschreibens 2009/1, nichts zu seinen Gunsten ableiten.

f. Auf eine Gefahr, ohne die fristlose Kündigung vom 25. August 2016 in eine Strafverfolgung und/oder aufsichtsrechtliche Untersuchung verwickelt zu werden, beruft sich der Beklagte zur Rechtfertigung seiner Kündigung nicht. Die Gefahr wäre nach den vorstehenden Ausführungen zur fehlenden Strafbarkeit und der offensichtlich alleinigen Verantwortlichkeit der Geschäftsleitung der Klägerin für die Bedingungen von "... [Wettbewerb] denn auch als praktisch inexistent einzuschätzen.

g. Die Weisungen zum Verkauf bankeigener Produkte ("we have to sell") wurden, wie ausgeführt, J.\_\_\_\_\_ und nicht dem Beklagten erteilt. Eine allgemeine gehaltene interne Anweisung zum Verkauf interner Produkte ("we have to sell") verstösst nicht gegen die Empfehlungen der FINMA im Rundschreiben 2009/1.

Aufsichts- oder strafrechtliche Bedenken, welche den Beklagten zur fristlosen Kündigung hätten berechtigen können, sind in dieser Hinsicht nicht als begründet anzusehen.

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

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

5.1.8. In allgemeiner Form bringt der Beklagte vor, mit dem Verkauf der Klägerin habe sich auch das Betriebsklima bei der Klägerin verschlechtert (vgl. act. 17 Rz. 13; vgl. act. 36 Rz. 280, Rz. 364). Die Klägerin weist die Vorwürfe als Stimmungsmache zurück (vgl. act. 27 Rz. 88 und Rz. 115 ff.). Ein Beweisverfahren ist auch diesbezüglich nicht durchzuführen. Allein ein in allgemeiner Hinsicht schlechtes Arbeitsklima (der Beklagte nennt dazu nur die Bezeichnung der Mitarbeiter als "Slaves" und "Monkeys") vermag eine fristlose Kündigung nicht zu rechtfertigen. Der Verkauf der Klägerin an die ... [Zugehörigkeit zu Staat D.\_\_\_\_\_] C.\_\_\_\_ Group fand zudem bereits im Jahr 2011 statt. Der Beklagte selbst behauptet eine Änderung der Geschäftspolitik ab diesem Zeitpunkt (vgl. act. 1 Rz. 7 ff.) und entschied sich dennoch nicht nur für die Beibehaltung des Arbeitsverhältnisses, sondern ging durch die lukrativen Zusätze zum Arbeitsvertrag vom 6. Februar 2012 und 14. August 2013 sogar eine langfristige Bindung zur Klägerin ein. Er macht zwar geltend, er sei dazu gedrängt worden und habe letztlich keine andere Wahl gehabt (act. 17 Rz. 38 und act. 36 Rz. 306f.; bestritten in act. 27 Rz. 101). Die Erhebung von Beweisen hierzu ist jedoch nicht erforderlich, da der Beklagte keine eigentliche Zwangslage schildert und insbesondere nicht behauptet, es sei ihm konkret angedroht worden, er verliere die Arbeitsstelle, wenn er nicht unterschreibe.

Die Darstellung des Beklagten steht im übrigen auch in latentem Widerspruch zu den sonstigen Ausführungen und seinem Verhalten. Die in den Vereinbarungen betreffend "Fidelity Award" vom 6. Februar 2012 und vom 14. August 2013 vorgesehenen ansehnlichen in mehreren Tranchen erfolgen Zahlungen hat der Beklagte während Jahren widerspruchslos entgegen genommen, letztmals die Beträge von je Fr. 113'334.– im August 2014 und im August 2015. Der Beklagte ist die längerfristige vertragliche Bindung zur Klägerin damit offenkundig im finanziellen Eigeninteresse eingegangen und stand hinter seinem Entscheid. Dass er noch im

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

5.1.9. Schliesslich bringt der Beklagte vor, das Arbeitsklima bzw. der für ihn bestehende Loyalitätskonflikt habe schon vor der Kündigung eine erhebliche Belastung dargestellt, welche sich auch gesundheitlich in Form von Schlafstörungen ausgewirkt hätten (act. 17 Rz. 61 f., Rz. 206 f., Rz. 228, Rz. 274, Rz. 281 ff. und Rz. 346; bestritten in act. 1 Rz. 58 f. sowie in act. 27 Rz. 122 ff., Rz. 240 f. und Rz. 278 f.).

Ob die unsubstantiiert genannten Schlafstörungen vorlagen, kann indessen offen bleiben, da sie unbestritten nicht zu krankheitsbedingten Abwesenheiten führten (act. 1 Rz. 58, unbestritten in act. 17 Rz. 282). Eine allfällige dadurch entstehende Belastung war also nach aussen nicht erkennbar und ist entsprechend gar nicht ermittelbar. Ein Beweisverfahren erübrigt sich. Der Beklagte behauptet im übrigen gar nicht, wegen Schlafstörungen in längerer ärztlicher Behandlung gewesen zu sein und geht selber davon aus, dass Schlafstörungen nicht zu Arbeitsunfähigkeit führen (act. 17 Rz. 282). Die singuläre ärztliche Konsultation bei Dr. med. AA.\_\_\_\_\_ (act. 20/21) vermag für sich allein keine erhebliche durch Schlafstörungen verursachte gesundheitliche Belastung zu belegen.

Ohnehin macht der Beklagte nicht geltend, dass die fristlose Kündigung vom 25. August 2015 aufgrund einer zu Schlafstörungen führenden Mehrbelastung erfolgt sei, welche zufolge der Kündigungen von G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ resultiert habe (vgl. act. 17 Rz. 387 f.). Als Motivation der Kündigung nennt der Beklagte vielmehr den Umstand, dass er bei den zuvor von G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ betreuten Kunden hätte "Retention" betreiben müssen, wozu er angesichts des bestehenden Gewissens- bzw. Loyalitätskonflikts weder moralisch bereit noch psychisch in der Lage gewesen sei (act. 17 Rz. 388; vgl. act. 17 Rz. 173, Rz. 221, Rz. 228, Rz. 273 f., Rz. 345 f., Rz. 375 und Rz. 442 sowie act. 36 Rz. 35 ff.).

Der vom Beklagten wiederholt genannte, auf die Wahrung der Kundeninteressen bezogene "Loyalitätskonflikt" kann kein rechtserheblicher Grund für die fristlose Kündigung vom 25. August 2015 sein, zumal er zu den Kunden in keinerlei vertraglicher Beziehung stand (vgl. vorstehend). Aufgrund der gesamten von den Parteien dargelegten Umstände der fristlosen Kündigung vom 25. August 2016 ist eine Situation ausweglosen psychischen Drucks nicht ansatzweise dargetan. Ungewöhnliche Risiken barg der Geschäftsgang der Klägerin für den Beklagten nicht (vgl. die vorstehenden Ausführungen zur Frage potentieller Reputationsschäden, zur Verletzung des UWG und bezüglich "Churning" bzw. "Overtrading"). Der Beklagte arbeitete (und arbeitet weiterhin) als Banker und wurde von der Klägerin stets den Usancen entsprechend entschädigt. Die in diesem Beruf bzw. Business zu verrichtenden Aufgaben und die Geschäftspraktiken waren und sind dem Beklagten hinlänglich bekannt. Dazu gehört die Möglichkeit, dass "Retention"-Aktivitäten im Raum stehen können. Der Beklagte hatte angesichts der ihm als direkte Gegenleistung für die Betriebstreue ausgerichteten namhaften Zahlungen (Fidelity Award) ohnehin eine höhere Frustrationstoleranz aufzubringen, als im Banking allgemein üblich. Es war ihm aber immer noch unbenommen, missliebige Weisungen zur Diskussion zu stellen. Dass er dies getan habe, macht der Beklagte nicht geltend. Er kann sich bei dieser Sachlage nicht darauf berufen, er sei zur Fortführung des Arbeitsverhältnisses weder moralisch bereit noch psychisch in der Lage gewesen. Zur Rechtfertigung der fristlosen Kündigung fallen solche Vorbringen ausser Betracht.

Der Beklagte räumt letztlich sogar ein, dass das Betreiben von "Retention" für ihn nicht (nur) wegen des Verstosses der Klägerin gegen das UWG und der (behaupteten) Anweisungen zu "Churning" bzw. "Overtrading" nicht denkbar gewesen sei. "Retentions"-Aktivitäten, so der Beklagte, seien für ihn auch vor dem Hintergrund bzw. mit dem Wissen darum, dass er die Klägerin bald verlassen werde, nicht mehr denkbar gewesen (vgl. act. 17 Rz. 292). Der Beklagte entschied sich nach diesen Ausführungen bewusst zum Weggang und dafür, nicht der Klägerin, sondern den ("seinen") Kunden gegenüber loyal zu sein. Der Entscheid zur fristlosen Kündigung vom 25. August 2015 war mithin ein geschäftlicher Entscheid. Insofern verdient ein solcher nach der Regel von Art. 337 OR in keiner Weise Schutz.

## 5.2. Androhung der fristlosen Kündigung

5.2.1. Wie vorstehend ausgeführt, bedarf eine fristlose Kündigung – auch diejenige des Arbeitnehmers – unter Umständen einer vorgängigen Verwarnung mit zumindest sinngemässer Androhung der fristlosen Kündigung (vgl. Streiff/von Kanel/Rudolph, Art. 337 Art. 337 N 9 und N 13).

Der Beklagte bringt nicht vor, dass er die Klägerin auf den Loyalitätskonflikt in Sachen "Churning" und "Overtrading" bzw. einen drohenden Reputationsschaden oder die Verfehlungen des Managements (Bezeichnung als "Monkeys" bzw. "Slaves") hingewiesen habe. Wie ausgeführt, ist der vorgebrachte Sachverhalt zu diesen Themen nicht beweistauglich ermittelbar. Aber auch wenn man von diesem Sachverhalt ausginge, könnte er eine fristlose Kündigung nur rechtfertigen, wenn der Beklagte die Klägerin in diesem Zusammenhang abgemahnt und seine Kündigung angedroht hätte. Dasselbe gilt für den Umstand einer psychischen Problematik bzw. von Schlafstörungen.

Der Beklagte bringt einzig vor, er habe anlässlich eines Gesprächs von Ende April 2015 mit L.\_\_\_\_\_ dagegen protestiert, wie die neuen Allgemeinen Geschäftsbedingungen eingeführt werden sollten, insbesondere was die Orientierung der Kunden über den Inhalt der neuen Gebührentabelle angehe (vgl. act. 17 Rz. 202f.). Dass der Beklagte die Klägerin im Hinblick auf ihre Pflichten als Arbeitgeberin abgemahnt und seine fristlose Kündigung angedroht hätte, ergibt sich aus seinen Vorbringen nicht. Beweiserhebungen zum weiteren Inhalt des Gesprächs von Ende April 2015 ("schwarz" sei nicht immer "schwarz", es gebe auch "hellschwarz" und "dunkelschwarz") sind demgemäss entbehrlich (vgl. act. 17 Rz. 203 ff. sowie act. 36 Rz. 712; act. 1 Rz. 54 sowie act. 27 Rz. 239). Auch wenn man den behaupteten Gesprächsinhalt als wahr unterstellen würde, durfte der Beklagte noch nicht davon ausgehen, dass jegliche Abmahnung bzw. Anmahnung von Arbeitgeberpflichten unnütz sein würde.

5.2.2. Aus dem Entscheid des BGer v. 19. August 2010, 8C\_211/2010, ergibt sich nichts Anderes. Ein Normverstoss bzw. die Duldung rechtswidriger Handlungen durch die Arbeitgeberin rechtfertigt den Arbeitnehmer nicht ohne Weiteres zur

fristlosen Kündigung. Namentlich sind zunächst weitere geeignete bzw. weniger weitgehende Massnahmen zu ergreifen, welche dem Arbeitnehmer zur Verfügung stehen, wie etwa – auf das öffentliche Recht bezogen – eine Aufsichtsbeschwerde oder das Anrufen des Ombudsmannes (vgl. BGer v. 19. August 2010, 8C\_211/2010, E. 2.2.3). Auf solche Massnahmen kann nur verzichtet werden, wenn von vornherein feststeht, dass sich diese als untauglich erweisen. Allerdings darf daraus formal kein zusätzliches Erfordernis für die fristlose Kündigung eines Arbeitnehmers abgeleitet werden. Ist die Unzumutbarkeit der Fortführung des Arbeitsverhältnisses erstellt, hat dies zu genügen (vgl. BGer v. 19. August 2010, 8C\_211/2010, E. 2.2.3).

Die Erwägungen des Bundesgerichts im zitierten Entscheid können zwar nicht vorbehaltlos auf das Privatrecht übertragen werden. Es ging um die Erteilung ausländischer Arbeitsbewilligungen bzw. entsprechender Ausnahmegewilligungen (vgl. BGer v. 19. August 2010, 8C\_211/2010, E. 2.2.1). Einer Behörde steht, was die Bewilligungspraxis angeht, durchaus ein weiterer Spielraum zu, so dass eine Auseinandersetzung zwischen Arbeitnehmer und einem Vorgesetzten hinsichtlich der Rechtslage nicht bereits zwingend eine objektive Widerrechtlichkeit der Handlungen des Letzteren vermuten lässt.

Dennoch lassen sich aus dem zitierten Entscheid Schlüsse für das vorliegende Verfahren ziehen. Einen virulenten Konflikt zur Frage des "Churning" bzw. "Overtrading" hat der Beklagte nicht behauptet. Namentlich hat er nicht dargetan, es habe sich um konkrete Anweisungen mit Bezug auf einzelne Kundenportfolios gehandelt, denen er nicht hätte Folge leisten müssen und zufolge derer er zur umgehenden Erklärung der fristlosen Kündigung berechtigt gewesen wäre. Insofern genügt seine nachträgliche Rüge im Begründungsschreiben zur fristlosen Kündigung vom 25. August 2015 nicht.

### 5.3. Rechtzeitigkeit der fristlosen Kündigung

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

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

#### 5.4. Fazit zur Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass kein zureichender Grund für die fristlose Kündigung des Beklagten vorliegt.

#### 6. Beurteilung der Rückzahlungsforderung

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

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

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

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

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

## 7. Fazit zur Lohnrückzahlung

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

### b. Rückerstattung Fidelity Award

#### 1. Parteivorbringen

##### 1.1. Klägerin

Die Klägerin bringt vor, dem Beklagten sei mit dem "Amendment to Employment Agreement" vom 14. bzw. 27. August 2013 ein Treuebonus bzw. eine Loyalitätsprämie (Fidelity Award) in der Höhe von Fr. 340'000.– in Aussicht gestellt worden, welcher in drei Tranchen (sog. Instalments) jeweils mit dem Lohn für den Monat August 2014, August 2015 und August 2016 ausbezahlt werden sollte, sofern bis zum 31. Juli des jeweiligen Jahres nicht eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen wurde (act. 1 Rz. 21 und Rz. 69, vgl. act. 5/5). Die erste Tranche des Fidelity Award in der Höhe von Fr. 113'334.– [brutto] sei dem Beklagten im

August 2014 ausbezahlt worden. Die zweite Tranche von Fr. 113'334.– [brutto] sei mit dem August-Lohn 2015 am 24. August 2015 ausbezahlt worden.

Der Wechsel des Beklagten und seines Teams zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] müsse bereits längere Zeit vor seiner Kündigung geplant worden sein (act. 1 Rz. 36 und Rz. 60; vgl. act. 1 Rz. 167). Der Beklagte habe in Missachtung seiner vertraglichen Kündigungsfrist am 25. August 2015 fristlos gekündigt, um möglichst schnell den Wechsel zur Konkurrenz zu vollziehen (act. 1 Rz. 61). Der Beklagte habe gewusst, dass sein Lohn für August 2015 gemäss der kontinuierlichen Praxis der Klägerin am 24. August bzw. spätestens am 25. August 2015 auf sein Konto überwiesen werden würde. Es sei ihm auch bewusst gewesen, dass er die zweite Tranche des Fidelity Award von Fr. 113'334.– mit diesem August-Lohn überwiesen erhalten würde (act. 1 Rz. 72). Zum Zeitpunkt der Auszahlung habe die Klägerin noch nichts von der bevorstehenden Kündigung des Beklagten gewusst. Hätte sich der Beklagte korrekt und loyal verhalten, hätte er seinen Monate zuvor getroffenen Entschluss, die Klägerin zu verlassen und zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] zu wechseln, bereits damals mitgeteilt und eine ordentliche Kündigung unter Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfrist ausgesprochen. Er habe jedoch bewusst nicht bereits die Kündigung ausgesprochen, weil er gewusst habe, dass er die zweite Tranche des Fidelity Award nur erhalten würde, wenn er bis zum 31. Juli 2015 sein Arbeitsverhältnis nicht gekündigt haben würde. Der Beklagte habe davon ausgehen müssen, dass die Klägerin die zweite Tranche des Fidelity Award bei einer früheren ordentlichen Kündigung mit Sicherheit nicht mehr ausbezahlt hätte. Folglich habe er zugewartet bzw. das Datum seiner fristlosen Kündigung bewusst so gewählt, dass er noch in den Genuss dieser beträchtlichen Zahlung kommen würde. Damit habe sich der Beklagte wider Treu und Glauben verhalten, zumal Sinn und Zweck des Fidelity Awards gewesen sei, die Treue des Beklagten zu belohnen, wenn dieser bis zum Ende des vereinbarten Zeitpunktes im August 2016 nach wie vor bei der Klägerin angestellt sei und bleibe. Der Vertragstext spreche von "loyalty award". In dieser Hinsicht wiege das illoyale Verhalten des Beklagten umso schwerer (act. 1 Rz. 168f.). Mit seinem Verhalten habe der Beklagte gänzlich gegen den Sinn und Zweck der Vereinbarung [im "Amendment to Employment Agreement" vom 14. bzw. 27. August 2013] verstossen und die zwei-

te Tranche des Fidelity Award in rechtsmissbräuchlicher Weise erlangt. Die Auszahlung seitens der Klägerin am 24. August 2015 sei in Unkenntnis des stossenden Verhaltens erfolgt, weshalb der Beklagte in Anwendung der Art. 62 ff. OR zur Rückzahlung von Fr. 113'334.– zu verpflichten sei (act. 1 Rz. 171 ff. und act. 27 Rz. 353). Die Sachdarstellung des Beklagten, er habe die Absicht gehabt, die Klägerin rechtmässig mittels ordentlicher Kündigung zusammen mit den übrigen Wechselkandidaten erst im Sommer 2016 zu verlassen, sei angesichts der Faktenlage unglaubwürdig (act. 27 Rz. 155).

## 1.2. Beklagter

Der Beklagte bestreitet nicht, sich mit der F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] bereits im Juni 2015 auf einen Arbeitsvertrag geeinigt zu haben. Er macht aber geltend, dass dieser einen Arbeitsbeginn im Jahr 2016 vorgesehen habe. Er sei deshalb von einem Wechsel erst im Jahr 2016 ausgegangen (act. 17 Rz. 58 und Rz. 76; bestritten in act. 27 Rz. 118). Für die fristlose Kündigung vom 25. August 2015 habe es wichtige Gründe gegeben, welche die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar gemacht hätten. Erst nach der Kündigung vom 25. August 2015 habe der Beklagte Kontakt mit der F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] aufgenommen und sich erkundigt, ob er das Arbeitsverhältnis bereits früher antreten könne. Er habe darauf am 9. September 2015 einen Arbeitsvertrag unterzeichnet, welcher den 14. September 2015 als Arbeitsbeginn vorgesehen habe (act. 17 Rz. 77 f.). Ein Arbeitnehmer dürfe während laufendem Arbeitsverhältnis durchaus Gespräche mit einem potentiellen neuen Arbeitgeber führen (act. 36 Rz. 370).

Die Forderung bezüglich des Fidelity Award hänge nicht davon ab, ob der Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos habe auflösen dürfen. Die Klägerin sei gestützt auf das "Amendment to Employment Agreement" vom 14. bzw. 27. August 2013 zur Zahlung verpflichtet gewesen. Ziff. 1 Abs. 2 dieser Vereinbarung sehe vor, dass der Fidelity Award in drei Tranchen in den Jahren 2014, 2015 und 2016 mit dem Augustlohn ausbezahlt werde. Die statuierte Bedingung sei im konkreten Fall erfüllt gewesen. Am 31. Juli 2015 habe ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis bestanden. Der Wortlaut der von der Klägerin verfassten Vereinbarung lasse keinen Interpretationsspielraum zu. Die Klägerin könne auch nicht argumentieren, dass bei

der Formulierung nicht an die Möglichkeit einer fristlosen Kündigung gedacht worden sei, zumal Art. 337 OR im Text der Vereinbarung ausdrücklich erwähnt werde (act. 17 Rz. 104 ff.; vgl. act. 36 Rz. 82 ff.). Der Beklagte habe weder rechtsmissbräuchlich noch treuwidrig gehandelt. Ihn habe keine Pflicht getroffen, die Klägerin schon vorgängig über die Gespräche mit der F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] zu orientieren, welche im Hinblick auf eine ordentliche Kündigung geführt worden seien. Massgeblich sei nach der Vereinbarung, ob das Arbeitsverhältnis am 31. Juli des jeweiligen Jahres gekündigt oder ungekündigt sei. Hingegen spiele es keine Rolle, ob eine Kündigungsabsicht bestehe. Dass bzw. ob der Fidelity Award ausbezahlt wurde, spiele keine Rolle. Er sei ohnehin geschuldet gewesen, nachdem am 31. Juli 2015 ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis bestanden habe (act. 17 Rz. 109 ff.; vgl. act. 36 Rz. 459f.). Ein Rechtsmissbrauch liege nicht vor (act. 36 Rz. 92 ff.). Für eine Rückforderung im Sinne der Art. 62 ff. OR fehle der erforderliche Irrtum, weil sich dieser nicht auf künftige Sachverhalte beziehen könne (act. 36 Rz. 98 ff.).

## 2. Beurteilung

2.1. Ziff. 1 Abs. 2 und 3 (unter dem Titel "Fidelity Award") des "Amendment to Employment Agreement" vom 14. bzw. 27. August 2013 (act. 5/5) lauten wie folgt:

"The award shall amount to CHF 340'000.– (three hundred and forty thousand Swiss Francs) gross, fully deferred pursuant to the terms and conditions below, and shall be payable in three (3) equal annual instalments (each an Instalment) with the Employee's salary of August 2014, August 2015 und August 2016. An Instalment will only be due and paid if the Employee is fully employed and no notice of termination of the Employment Agreement has been served before or on July 31 of any given year by either (i) the Employee irrespective of the reason for such termination or (iii) the Bank for good reasons within the meaning of Article 337 of the Swiss Code of Obligations."

Ziff. 4 (unter dem Titel "Minimum Fixed Period and Termination thereafter") lautet:

"The parties further agree that irrespective of anything stated in the Employment Agreement the Employment Agreement shall be entered into for the minimum fixed period between (i) the date herof and (ii) 31 July 2015 (Minimum Fixed Period) during which this Employment Agreement shall not be capable of being terminated by any of the parties, except for good reasons within the meaning of Article 337 of the Swiss Code of Obligations or by mutual written consent."

"As of 1 August 2015, this Employment Agreement shall automatically continue for an undetermined period of time and each party shall have the right to terminate this Employment Agreement with a twelve (12) months prior written notice for the end of a calendar month. For the avoidance of doubt, if a notice of termination is sent any time prior to the expiration of the Minimum Fixed Period, the twelve (12) months' notice period shall only start to run as of 1 August 2015."

2.2. Die wiedergegebenen Bestimmungen trennen klar die Fragen nach einem Anspruch auf Zahlung des Fidelity Award und den Möglichkeiten zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses bzw. zu dessen zeitweiliger Unkündbarkeit. Ziff. 4 des "Amendment to Employment Agreement" behält ausdrücklich die – ohnehin zwingende – Möglichkeit zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigen Gründen (Art. 337 OR) vor. Ziff. 1 Abs. 3 des "Amendment to Employment Agreement" regelt den Zeitraum bis zum 31. Juli 2015. Vor diesem Datum ist eine ordentliche Vertragsauflösung nicht möglich, sondern nur bei Vorliegen wichtiger Kündigungsgründe.

2.3. Die Regelung stellt aber auch klar, dass der Anspruch auf Zahlung des Fidelity Award nicht im Grundsatz von einem bis Ende August 2016 ungekündigten und/oder unbeendigten arbeitsvertraglichen Verhältnis abhängig sein kann. Im Gegenteil ermöglicht Ziff. 4 des "Amendment to Employment Agreement" nach dem 31. Juli 2015 explizit die Möglichkeit zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 12 Monaten auf Ende eines Monats (vgl. Ziff. 4 Abs. 2 des "Amendment to Employment Agreement").

2.4. Mit seiner fristlosen Kündigung per 25. August 2015 handelte der Beklagte somit wider die vorgesehene Kündigungsfrist von 12 Monaten und nicht wider die Bestimmung betreffend Mindestvertragsdauer. Eine ordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Datum vom 25. August 2015 hätte nach Massgabe des "Amendment to Employment Agreement" die Vertragsbeendigung auf den 31. August 2016 bewirkt. Sodann hätte der Beklagte nach Ziff. 1 Abs. 3 des "Amendment to Employment Agreement" den Anspruch auf Zahlung der dritten Tranche des Fidelity Award verwirkt, da die Kündigung vor dem 31. Juli 2016 erfolgt wäre.

Im Ergebnis ist die Frage nach dem Anspruch auf Zahlung des Fidelity Award klar unabhängig von der Mindestvertragsdauer bzw. der Möglichkeit zur Beendigung oder allenfalls frühzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses geregelt.

2.5. Nach dem Gesagten ist für den Anspruch auf die per 24. August 2015 ausbezahlte zweite Tranche des Fidelity Award über Fr. 113'334.– [brutto] weder die Einhaltung einer irgendwie gearteten Mindestvertragsdauer noch das Fehlen einer Kündigungsabsicht des Beklagten am 31. Juli 2015 oder zum Auszahlungszeitpunkt am 24. August 2015 erforderlich. Dass sich der Beklagte mit der F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] bereits im Juni 2015 auf einen Arbeitsvertrag einigte, ist demzufolge unerheblich, ebenso wie die Frage nach dem vorgesehenen Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit für die F.\_\_\_\_\_ AG [Bank]. Eine Verletzung der Treuepflicht (Art. 321a OR) oder von Sinn und Zweck des "Amendment to Employment Agreement", ist so oder anders nicht ersichtlich.

2.6. Ob der Beklagte ursprünglich die Absicht hatte, die Klägerin erst im Sommer 2016 zu verlassen, ist nicht relevant. Es steht einem Arbeitnehmer jederzeit frei, sich nach einer neuen Tätigkeit umzusehen und mit möglichen Arbeitgebern im Gespräch zu sein. Die Abwerbung von Mitarbeitern wirft die Klägerin dem Beklagten nicht vor. Ob zwischen dem Beklagten und den weiteren zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] wechselnden Mitarbeitern der Klägerin eine Abrede über eine organisierte Massenkündigung bestand, ist ebenfalls nicht relevant. Eine solche könnte nicht per se als Verletzung der Treuepflicht qualifiziert werden (vgl. Streiff/von Kanel/Rudolph, a.a.O., Art. 321a N 7). Immerhin hat die Klägerin mit der Einführung

UWG-widriger Gebührensätze und dem etwas bizarr anmutenden Kundenberater-Wettbewerb "... [Wettbewerb] Umstände geschaffen, die geeignet waren, beim Beklagten den Wunsch nach einem Stellenwechsel hervorzurufen. Unter diesen objektiv widrigen Bedingungen muss es sich die Klägerin entgegenhalten lassen, wenn der Beklagte Vorbereitungen für eine Kündigung traf. Zu weitergehender als der im Rahmen von Art. 321a OR geschuldeten Treue war der Beklagte auch gemäss "Amendment to Employment Agreement" vom 14. bzw. 27. August 2013 nicht verpflichtet. Dieses setzt für die Entstehung der Rechtsansprüche auf die einzelnen Tranchen des Fidelity Award klare Bedingungen. Eine allgemeine Verpflichtung zu absoluter Betriebstreue und zur Unterlassung von Stellensuchbemühungen kann aus dem Vertragstext nicht hergeleitet werden.

### 3. Fazit zum Fidelity Award

Die Zahlung der zweiten Tranche des Fidelity Award vom 24. August 2015 gemäss "Amendment to Employment Agreement" vom 14. bzw. 27. August 2013 über Fr. 113'334.– brutto war rechtlich geschuldet. Die fristlose Kündigung des Beklagten vom 25. August 2015 löst keine Rückerstattungspflicht aus.

Die Klage gemäss Ziff. 1 lit. b des Rechtsbegehrens ist abzuweisen.

### c. Rückerstattung zuviel bezogener Ferientage

#### 1. Parteivorbringen

##### 1.1. Klägerin

Die Klägerin geht unter Hinzurechnung der aus dem Vorjahr 2014 ins Jahr 2015 übertragenen 3.5 Ferientage von einem Ferienanspruch des Beklagten über 33.5 Ferientage für das Gesamtjahr 2015 aus. Da der Beklagte das Arbeitsverhältnis vorzeitig per 25. August 2015 kündigte, hätten ihm pro rata für das Jahr 2015 nur 19.6 Ferientage zugestanden, mithin total 23.1 Ferientage unter Berücksichtigung des Übertrags (vgl. act. 1 Rz. 74). Bezogen habe der Beklagte im Jahr 2015 bis zur fristlosen Kündigung vom 25. August 2015 31 Ferientage, sodass 7.9 Ferientage zurück zu erstatten seien (vgl. act. 1 Rz. 73). Basierend auf einem Monats-

lohn von Fr. 22'970.– brutto bzw. einem Jahreslohn von Fr. 275'640.– ergebe sich für die genannten 7.9 Tage ein Anspruch über Fr. 9'465.10 brutto (act. 1 Rz. 179).

Weil der Beklagte im einzelnen einen Antrag auf Bezug aller 31 Ferientage gestellt habe, wobei das bezogene Guthaben seinen pro rata-Ferienanspruch übersteige, sei er eine stillschweigende Vereinbarung mit der Klägerin eingegangen, entweder bis zu einem Zeitpunkt bei der Klägerin tätig zu sein, bis der Ferienvorbezug abgearbeitet sein würde, oder der Klägerin die zu viel bezogenen Ferientage bei früherer Beendigung des Arbeitsverhältnisses zurück zu erstatten (act. 1 Rz. 177). Der Beklagte habe sich spätestens im Juni 2015 bereits endgültig für den Wechsel zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] entschieden und den entsprechenden Vertrag ausgehandelt. Es sei bemerkenswert, dass der Beklagte in den Monaten Juni und Juli 2015 das Ferienguthaben für das Jahr 2015 bereits vollständig ausgeschöpft habe (act. 27 Rz. 160).

Die Kritik des Beklagten an der Verzugszinsforderung ab dem 25. August 2015 qualifiziert die Klägerin als rechtlich unbegründet (vgl. act. 27 Rz. 162f.).

## 1.2. Beklagter

Der Beklagte bestreitet die Berechnungsweise der Klägerin nicht (vgl. act. 17 Rz. 113 ff. und Rz. 418 ff.). Auch der Bezug von insgesamt 31 Ferientagen im Jahr 2015 ist unbestritten (vgl. act. 17 Rz. 113 ff. und Rz. 418 ff.).

Der Beklagte bestreitet einzig, dass die Parteien eine stillschweigende Vereinbarung getroffen hätten, was die Ferientage angeht (vgl. act. 17 Rz. 421). Im Wesentlichen führt der Beklagte aus, dass angesichts der vorzeitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigen Gründen kein Rückforderungsanspruch des Arbeitgebers bestehen könne (act. 17 Rz. 115 und Rz. 314; vgl. act. 17 Rz. 419 und act. 36 Rz. 109 ff.). Ein Teil der Ferienbezüge hätten zudem Krankheitstage betroffen, wobei der Beklagte aber darauf verzichte, die Krankheitstage nachträglich geltend zu machen (act. 17 Rz. 311 ff.).

Der Beklage bestritt die Verzinsung bzw. das Vorliegen von Verzug per 25. August 2015 (vgl. act. 17 Rz. 117). Die Bestreitung zog er mit der Duplik wieder zurück (act. 36 Rz. 114 und Rz. 471).

## 2. Rechtliches

2.1. Die Rechtsprechung zur Rückerstattungspflicht von zu viel bezogenen Ferien ist uneinheitlich (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 329a N 9). Richtigerweise sind zwei Fälle zu entscheiden: Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer – etwa wegen ferienhalber Betriebsschliessung – in die Ferien geschickt, so kann er bei Austritt vor dem Jahresende den Ferienlohn nicht zurückverlangen, es sei denn, die Parteien hätten dies ausdrücklich so vereinbart. Hat der Arbeitnehmer hingegen individuell ein Feriengesuch gestellt und ist diesem stattgegeben worden, so muss er einen entsprechenden Abzug vom letzten Lohn grundsätzlich hinnehmen, sofern ihm nicht der Arbeitgeber kündigt. Im Ferienbezug ist eine stillschweigende Vereinbarung zu erblicken, wonach sich der Arbeitnehmer verpflichtet, bis zum Abtragen der "Ferienschuld" in Diensten des Arbeitgebers zu bleiben. Kündigt demnach der Arbeitnehmer, ist die Rückerstattung geschuldet. Bei gerechtfertigter fristloser Kündigung durch den Arbeitgeber oder bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung durch den Arbeitnehmer ist die Rückzahlungspflicht grundsätzlich zu bejahen. Bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung durch den Arbeitgeber oder bei gerechtfertigter fristloser Kündigung durch den Arbeitnehmer ist dies hingegen nicht der Fall (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 329a N 9).

2.2. Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses werden alle Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis fällig (Art. 339 Abs. 1 OR). Von der Fälligkeit zu unterscheiden ist der Verzug. Dieser kann eine Mahnung erfordern, sofern sich die Fälligkeit lediglich aus dem Gesetz und nicht aus einer Kündigung ergibt. Erfolgt die Vertragsbeendigung durch Kündigung, wird mehrheitlich für automatischen Verzug mit dem Eintritt des Vertragsendes votiert (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 339 N 2). Eine besondere Verfalltagsabrede ist demgemäss nicht erforderlich.

### 3. Beurteilung

3.1. Der Beklagte verzichtet explizit auf die nachträgliche Einforderung von zufolge Krankheit bezogenen Ferientagen (vgl. act. 17 Rz. 311 ff.). Demnach hängt die Rückerstattungspflicht einzig von der Frage nach der Rechtfertigung der fristlosen Kündigung ab. Für die fristlose Kündigung des Beklagten vom 25. August 2015 bestanden, wie vorstehend ausgeführt, keine wichtigen Gründe. Auch eine Betrachtung unter den Kriterien von Art. 337b OR führt zu keinem anderen Ergebnis. Der Beklagte hat das Arbeitsverhältnis frühzeitig fristlos aufgelöst und der Klägerin die vom 1. Januar 2015 bis zum 25. August 2015 zu viel bezogenen Ferientage wertmässig zurück zu erstatten.

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

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

stützt auf die vorstehenden rechtlichen Ausführungen im Ergebnis klar, dass am 25. August 2015 bzw. per Beendigung des Arbeitsverhältnisses unmittelbar Verzug eingetreten ist. Den Zinsenlauf bestreitet der Beklagte dementsprechend in der Duplik nicht mehr (act. 36 Rz. 114 und Rz. 471).

#### 4. Fazit

Der Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin Fr. 8'838.50 netto [Fr. 9'465.10 brutto abzgl. Sozialversicherungsbeiträge von total 6.62%] zuzüglich Verzugszins zu 5% seit dem 25. August 2015 zu bezahlen.

In diesem Umfang ist der in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes [Ort], Zahlungsbefehl vom 21. September 2015, erhobene Rechtsvorschlag zu beseitigen.

#### d. Rückzahlung Arbeitgeberdarlehen

##### 1. Parteivorbringen

##### 1.1. Klägerin

Die Klägerin macht geltend, die Parteien hätten im Zusammenhang mit der Vereinbarung des Fidelity Award in der Höhe von Fr. 340'000.– eine per 14. August 2013 datierte weitere Vereinbarung bzw. ein Loan Agreement abgeschlossen, welche den Beklagten zum Bezug eines Darlehens in der Höhe von Fr. 340'000.– berechtigt habe (act. 1 Rz. 21f., vgl. act. 5/6). Am 16. September 2013 sei dem Beklagten gestützt auf diese Vereinbarung eine Darlehenssumme von Fr. 320'000.– ausbezahlt worden (act. 1 Rz. 75). Bis zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Beklagten sei eine von drei (gemäss Ziff. 4.1 des Loan Agreement vorgesehenen) Raten über Fr. 106'670.– zurückbezahlt worden. Zum Zeitpunkt der Kündigung per 25. August 2015 seien unter Berücksichtigung der Zinsen noch Fr. 213'333.– ausstehend gewesen (act. 1 Rz. 76). Ziff. 5 des Loan Agreement sehe vor, dass der noch ausstehende Betrag bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses unverzüglich zur Rückzahlung fällig werde. Die Fälligkeit sei demgemäss per 25. August 2015 eingetreten. Mit Schreiben vom 28. August

2015 sei dem Beklagten Frist zur Darlehensrückzahlung bis zum 4. September 2015 angesetzt worden (act. 1 Rz. 78, vgl. act. 5/74). Mit Verrechnungserklärung der Klägerin vom 18. September 2015 sei der zur Rückzahlung fällige Betrag von Fr. 213'333.– mit dem Kontokorrentguthaben des Beklagten von Fr. 106'666.50 verrechnet worden. Der vom Beklagten im Ergebnis zurückzuzahlende Darlehensbetrag belaufe sich somit auf Fr. 106'666.50 (act. 1 Rz. 79, vgl. act. 1 Rz. 181 f.).

Gemäss Ziff. 3 des Loan Agreement setze sich der ab Säumnis bzw. ab Fälligkeit der Darlehensrückzahlung geschuldete Verzugszins aus dem positiven 1-Monats-Libor-Zinssatz zzgl. 3% zusammen. Da die 1-Monats-Libor-Zinssätze seit September 2015 stets negativ gewesen seien, sei ein Verzugszins von 3% ab dem 25. August 2015 zuzuerkennen (act. 1 Rz. 80 f., vgl. act. 1 Rz. 183 f.). Dass bei einem negativen Libor-Zinssatz ein (Minimal-)Zins von 3% geschuldet sei, habe auch dem Verständnis des Beklagten entsprochen. Dieser habe gegen die Zinsabrechnung nie opponiert (act. 27 Rz. 167.2).

## 1.2. Beklagter

Der Beklagte bestreitet nicht, der Klägerin unter dem Titel "Darlehen" einen Betrag von Fr. 106'666.50 zu schulden; ebenso wenig bestreitet er die von der Klägerin vorgenommene Verrechnung mit dem Kontokorrentguthaben (act. 17 Rz. 118 f.). Er verweist auf bestehende Gegenforderungen (vgl. act. 17 Rz. 120).

Der Beklagte bestreitet die Verzinsung insofern, als sie nicht 3% über dem positiven Liborsatz, sondern einfach 3% über dem Liborsatz liege, weshalb sie unter 3% sinke, wenn und soweit der Liborsatz negativ werde (act. 17 Rz. 121, act. 36 Rz. 139 ff.). Der Beklagte anerkennt die Fälligkeit der Rückzahlungsforderung aus Darlehensvertrag mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (vgl. act. 17 Rz. 319 und Rz. 425).

## 2. Beurteilung

2.1. In der Substanz ist der Bestand einer Forderung auf Rückzahlung des gemäss Loan Agreement vom 14. August 2013 (act. 5/6) gewährten Arbeitgeberdar-

lehens unter Verrechnung des Kontokorrentguthabens unbestritten. Ebenso unbestritten ist die Fälligkeit der Rückzahlungsforderung mit der fristlosen Kündigung vom 25. August 2015 (vgl. act. 1 Rz. 21f., Rz. 75 ff. und Rz. 180 ff.; vgl. act. 17 Rz. 118 ff., Rz. 315 ff. und Rz. 425). Der klägerische Anspruch über Fr. 106'666.50 [kein Lohn; daher brutto=netto] ist ausgewiesen.

2.2. Strittig ist einzig die Verzinsung. Diesbezüglich hält das Loan Agreement vom 14. August 2013 in Ziff. 3 fest:

"Subject to the last paragraph of this Section 3, the Loan shall bear interest (the "Interest") at a rate of the 1 Month Libor Rate per annum. The interest shall be calculated on the actual number of days reckoning the year at 360 days. Unless the maturity of the Loan is accelerated in accordance with Section 5, accrued Interest shall become due and payable by the Borrower on the Maturity Dates set forth in Section 4.1. Notwithstanding the above, if the Borrower shall default on the payment of any amount due under this Agreement, whether as a result of an acceleration of the Loan pursuant to Section 5 or otherwise, the Borrower shall pay on the overdue amount a default interest at a rate of the 1 month Libor Rate plus 3% per annum from the due date until the actual payment date" (act. 5/6 S. 2).

2.3. Unstrittig ist zunächst, dass der Beklagte zufolge der Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 25. August 2015 [als sog. "Acceleration Event" im Sinne von Ziff. 5 des Loan Agreement] auf das verbleibende Restguthaben der Klägerin grundsätzlich 3% Verzugszins zusätzlich zum jeweils gültigen 1-Monats-Liborsatz schuldet.

Fraglich ist einzig der Gehalt von Ziff. 3 des Loan Agreement für den Fall eines negativen 1-Monats-Liborsatzes. Keine der Parteien behauptet eine vom schriftlichen Vertrag abweichende mündliche Vereinbarung. Es ist daher eine Auslegung von Ziff. 3 des Loan Agreement vorzunehmen. Das Loan Agreement enthält für den Fall eines negativen 1-Monats-Liborsatzes nichts Ausdrückliches. Aus Sinn und Zweck von Ziff. 3 lässt sich indes ableiten, dass der im Grundsatz geschuldete Zins schlicht dem 1-Monats-Liborsatz entspricht, und dass eine Erhöhung um

3% erst im Fall des Eintritts eines Verzugs im Sinne vom Ziff. 5 des Loan Agreement oder eines anderweitigen Verzugsfalls (im Sinne einer Nichtzahlung der gemäss Ziff. 4.1 des Loan Agreement vorgesehenen Rückzahlungen) eintritt. Aus diesem Grunde ist nicht anzunehmen, dass die Parteien beim Abschluss des Loan Agreement den Willen hatten, dass im Fall eines negativen 1-Monats-Liborsatzes die Klägerin dem Beklagten für den Bezug des Darlehens für die Zeit bis zur ordentlichen Fälligkeit Negativzins schulde.

Dass die Klägerin je Negativzins geleistet hätte, hat der Beklagte nicht vorgebracht. Es folgt aus dem Gesagten, dass die Regelung zum geschuldeten Zins im Verzugsfall nur dahingehend verstanden werden kann, als ein Verzugszins von mindestens 3% zuzüglich des jeweils aktuellen positiven 1-Monats-Liborsatzes geschuldet ist. Ein negativer 1-Monats-Liborsatz ist nicht zu berücksichtigen.

2.4. Für die vorerwähnte Auslegung spricht nicht zuletzt, dass der Beklagte während der Dauer der Negativ-Liborzinsen gegen die Belastung eines Zinsfusses von 3% nie opponierte (vgl. act. 27 Rz. 167.2, unbestritten in act. 36 Rz. 481 f.).

2.5. Der Beklagte schuldet auf das ausstehende Restguthaben von Fr. 106'666.50 in Abweichung zur gesetzlichen Regelung von Art. 104 OR einen Verzugszins von 3%.

Was den Verzug bzw. den Beginn des Zinsenlaufs angeht, werden Ansprüche der Arbeitsvertragsparteien aus anderem Rechtsgrund, unter Anderem aus Darlehensverträgen, von Art. 339 Abs. 1 OR nicht erfasst (vgl. Streiff/von Kanel/Rudolph, a.a.O., Art. 339 N 4). Ziff. 5 bzw. Ziff. 5.1 des Loan Agreement sieht als "Acceleration Event" die Beendigung des Arbeitsverhältnisses unabhängig von der Person des Kündigenden und dem Kündigungsgrund vor. Diese Regelung ist mithin als Vereinbarung eines durch Kündigung ausgelösten Verfalltags analog zu Art. 339 Abs. 1 OR aufzufassen (vgl. Wiegand, in Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 102 N 10).

Der Beklagte schuldet der Klägerin mithin den ausstehenden Darlehensbetrag von Fr. 106'666.50 (brutto=netto) zuzüglich Verzugszins zu 3% seit dem 25. August 2015.

2.6. Bis zum heutigen Urteilsdatum war der 1-Monats-Libor-Zinssatz stets negativ. Dass die gemäss Loan Agreement vereinbarte Verzinsung des Darlehensbetrags von 3% über dem jeweils gültigen 1-Monats-Libor-Zinssatz geschuldet ist bzw. diese Abrede auch für die zukünftige Verzinsung Geltung beanspruchen kann, ist in der Sache unbestritten. Der Klägerin ist mithin Zins nach dem Gehalt der vertraglichen Regelung und damit über dem positiven 1-Monats-Libor-Satz zuzusprechen.

### 3. Fazit

In Gutheissung von Ziff. 1 lit. d des Rechtsbegehrens ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 106'666.50 zuzüglich Zins zu 3% über dem positiven 1-Monats-Libor-Zinssatz betr. Schweizer Franken seit 25. August 2015 zu bezahlen.

In diesem Umfang ist der in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes [Ort], Zahlungsbefehl vom 21. September 2015, erhobene Rechtsvorschlag zu beseitigen.

## e. Schadenersatz für Ausfälle von Schliessungs- und Titeltransfergebühren

### 1. Parteivorbringen

#### 1.1. Klägerin

Die Klägerin bringt vor, die im Rahmen der per 1. Mai 2015 in Kraft getretenen Gebührensätze hätten für alle Kunden Kontoschliessungsgebühren von Fr. 2'500.– pro Kundenbeziehung vorgesehen. Im Hinblick auf die in den Depotkonti der Klägerin geführten Wertschriften seien sodann erhöhte Titeltransfergebühren eingeführt worden (act. 1 Rz. 39 und Rz. 83; vgl. act. 5/22). Statt die Kunden über die bevorstehende Gebührenerhöhung zu informieren bzw. diese Mass-

nahme zu erklären, habe der Beklagte zahlreiche durch ihn betreute Kunden angeschrieben, um diesen mitzuteilen, dass die bevorstehenden Gebührenerhöhungen auf ihren Kundenbeziehungen nicht angewendet würden. Stattdessen seien diesen Kunden Sonderkonditionen gewährt bzw. für bestimmte Kunden die vorgesehene Kontoschliessungsgebühr in der Höhe von Fr. 2'500.– pro Kundenbeziehung wegbedungen worden. Zudem seien weitere Sonderkonditionen in Form tieferer und pauschaler Titeltransfergebühren gewährt worden (act. 1 Rz. 40; vgl. act. 5/23-5/40 und act. 5/41). Der Beklagte sei hierzu [intern] nicht befugt bzw. ermächtigt gewesen. Die im Aussenverhältnis gemäss Handelsregister bestehende Zeichnungsberechtigung habe dem Beklagten indes die rechtswirksame Wegbedingung der Gebühren ermöglicht. Der Beklagte habe die Bevollmächtigung überschritten bzw. zu eigenen Zwecken missbraucht (act. 1 Rz. 41). Die eingeräumten Sonderkonditionen würden sich ausschliesslich auf Gebühren beziehen, welche erst anfielen, wenn das Kundenkonto saldiert werde, oder wenn das Wertchriftendepot von der Klägerin auf das Depotkonto einer anderen Bank transferiert werde. Die Sonderkonditionen würden dazu führen, dass ein Abzug der von der Klägerin verwalteten Vermögenswerte zugunsten einer anderen Bank kostenneutral bzw. günstiger erfolgen könne, als dies gemäss den von der Klägerin eingeführten Gebühren der Fall gewesen wäre (act. 1 Rz. 43). Es dränge sich unweigerlich der Schluss auf, dass der Beklagte zur Vorbereitung seines bevorstehenden Wechsels zur Konkurrentin F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] Vorkehrungen getroffen habe, um seinen bisher bei der Klägerin betreuten Kunden einen Wechsel zu seiner künftigen Arbeitgeberin zu erleichtern. Der Beklagte habe mithin aus egoistischen Motiven gehandelt bzw. schlicht beabsichtigt, die bisher bei der Klägerin betreuten Kunden "mitzunehmen" (act. 1 Rz. 44 f.).

Seit der Kündigung des Beklagten bis Ende Februar 2016 hätten 31 Kunden und während der Dauer des Verfahrens 3 weitere vom Beklagten betreute Kunden [...32-...34], ihre Geschäftsbeziehungen zur Klägerin aufgelöst und die Saldierung ihrer Konten sowie den Transfer ihrer Wertschriften angeordnet. Unter diesen insgesamt 34 Abgängen seien es insgesamt 17 Kunden gewesen, welchen der Beklagte die besagten Sonderkonditionen zugesichert habe. Viele der Kunden hätten sich ausdrücklich auf die vom Beklagten eingeräumten Sonderkonditionen be-

rufen. Der Beklagte habe hinsichtlich 19 zwischenzeitlich geschlossenen Beziehungen von Kunden bzw. 5 bestehenden Beziehungen von Kunden verhindert, dass die Gebühren rechtsverbindlich hätten eingeführt werden können bzw. (so weit sie bereits vor der neuen Gebührenregelung gegolten hätten) weiterhin hätten Anwendung finden können. Hinsichtlich dieser Kunden seien der Klägerin aus jeder seit dem 1. Mai 2015 erfolgten Kontosaldierung Fr. 2'500.– entgangen. Sodann wäre ab dem 1. Mai 2015 für Wertschriftentitel, welcher ein Kunde von seinem Depotkonto bei der Klägerin auf das Depotkonto einer anderen Bank verschoben hätte, jeweils Gebühren angefallen. Durch die Zusicherung in Form der Sonderkonditionen (beispielsweise von nur Fr. 100.– pro Titel) seien der Klägerin bezüglich 17 Kunden Gebühreneinnahmen entgangen. Diese würden sich aus der Höhe der Differenz zwischen den eigentlich gemäss Gebührenordnung geltenden Titeltransfergebühren und den vom Beklagten pauschal eingeräumten Sonderkonditionen ergeben (act. 1 Rz. 46, Rz. 84f.; vgl. act. 1 Rz. 88-104, vgl. act. 5/42-72; vgl. act. 27 Rz. 55 ff.). Der Klägerin sei aus dem Ausfall von Saldierungs- und Titeltransfergebühren ein Schaden von gesamthaft Fr. 113'050.– entstanden, wobei sich dieser später, d.h. unter Einbezug der Kunden ...32 und ...34, um Fr. 17'000.- auf total Fr. 130'050.– erhöht habe (act. 1 Rz. 105, act. 27 Rz. 66 ff., Rz. 75 ff. und Rz. 168 ff.).

Dass der Entwurf der besagten an die Kunden gerichteten Schreiben M.\_\_\_\_\_ vom klägerischen Rechtsdienst vorgelegt worden sei, treffe zu. Dieser habe das Schreiben aber lediglich auf die Formulierung bzw. Ausgestaltung überprüft. Damit sei dem Beklagten jedoch keine Genehmigung zur tatsächlichen Einräumung von Sonderkonditionen erteilt worden. Der Entscheid über die Sonderkonditionen sei ein Geschäftsentscheid, der nicht vom Rechtsdienst getroffen worden sei bzw. auch nicht habe getroffen werden dürfen (act. 27 Rz. 172i). Richtig sei ebenfalls, dass N.\_\_\_\_\_ die besagten Schreiben mitunterzeichnet und damit ebenfalls unautorisiert gehandelt habe. Jedoch habe dieser darauf vertrauen dürfen, dass der Beklagte als Teamleiter und Vorgesetzter die erforderliche Genehmigung zur Einräumung der Sonderkonditionen eingeholt habe. Eine Genehmigung könne unter Hinweis auf den mitunterzeichnenden Stellvertreter nicht konstruiert werden (act. 27 Rz. 172ii). Die Behauptungen, wonach K.\_\_\_\_\_ über den Versand informiert

gewesen sei oder diesen gar genehmigt habe oder selber analoge Schreiben versandt habe, seien unzutreffend. Mit der tagtäglichen Kundenadministration habe K.\_\_\_\_\_ nichts zu tun (act. 27 Rz. 172iii). Dasselbe gelte für die Involvierung des CEO der Klägerin bei der Einräumung von Sonderkonditionen. Eine solche werde bestritten, zumal der Beklagte dafür keinerlei Belege bebringe (act. 27 Rz. 172iv).

Die Klägerin bestreitet ausserdem die Behauptung des Beklagten, wonach die Einräumung der Sonderkonditionen die Klägerin vor Schaden bewahrt habe, weil sonst "mindestens ein Teil" der von ihm angeschriebenen Kunden ihre Vertragsbeziehungen zur Klägerin bereits im Juni 2015 umgehend aufgelöst hätten (act. 27 Rz. 173).

## 1.2. Beklagter

Der Beklagte führt aus, es bestehe zwischen der Forderung über Fr. 113'050.– [inkl. ...32 und ...34: Fr. 130'050.–] und der fristlosen Kündigung kein Zusammenhang. Die Forderung bestehe aus einer Vielzahl von Gründen selbst dann nicht, wenn die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses ungerechtfertigt sein sollte (vgl. act. 17 Rz. 123).

Die Klägerin habe am 20. April 2015 per 1. Mai 2015 ein neues Gebührenreglement einführen wollen, welches eine Erhöhung der Titeltransfergebühren auf Fr. 300.– und die Einführung von Kontoschliessungsgebühren von Fr. 2'500.– vorgesehen habe (act. 17 Rz. 124; vgl. act. 5/22 und act. 5/23). Der Beklagte habe zusammen mit seinem Stellvertreter N.\_\_\_\_\_ diverse Schreiben unterzeichnet, durch welche ausgewählte Kunden von den erhöhten oder neu eingeführten Gebühren dispensiert worden seien (act. 17 Rz. 124; vgl. act. 5/24-5/41). Es treffe indes nicht zu, dass der Beklagte durch den Versand der Schreiben vertragliche Verpflichtungen verletzt bzw. eigenmächtig gehandelt habe. Das Vorgehen sei intern besprochen und genehmigt worden. Der Text der Schreiben in act. 5/24-5/41 sei vom Beklagten nur entworfen und dann von M.\_\_\_\_\_ (Rechtsdienst der Klägerin) korrigiert und redigiert worden. Die Schreiben seien sodann nicht nur vom Beklagten, sondern auch von dessen Stellvertreter N.\_\_\_\_\_ sowie von T.\_\_\_\_\_, beide im Range von Direktoren, unterschrieben worden. Dieser arbeite noch immer

für die Klägerin. Der direkte Vorgesetzte des Beklagten, K.\_\_\_\_\_, sei nicht nur orientiert gewesen, sondern habe analoge Schreiben unterzeichnet. Auch der CEO der Klägerin, L.\_\_\_\_\_, sei involviert gewesen. Er habe den Beklagten sogar ausdrücklich angewiesen, alles Nötige zu unternehmen, um weitere Kundenabgänge zu verhindern (act. 17 Rz. 124 ff., Rz. 237 ff. und Rz. 326 ff., act. 36 Rz. 21, Rz. 64 und Rz. 506 f.). Anders als es die Klägerin darzustellen versuche, sei N.\_\_\_\_\_ kein subalternen Mitarbeiter, dessen Unterschrift nur zu "dekorativen Zwecken" auf den Schreiben betreffend Sonderkonditionen enthalten sei. N.\_\_\_\_\_ habe nicht nur die Schreiben mitunterzeichnet, die (auch) vom Beklagten unterzeichnet worden seien, sondern er auch weitere Schreiben unterzeichnet, auf welchen sich die Unterschrift des Beklagten nicht befinde (act. 36 Rz. 64 und Rz. 498 ff.). Die Klägerin habe dem Team des Beklagten schliesslich sogar Infrastruktur bereitgestellt, die es ermöglicht habe, die Sonderkonditionen zu definieren (Excel-Tabelle auf eigens dafür vorgesehenem Laptop; act. 36 Rz. 64). Die Schreiben in act. 5/24-5/41 seien nicht an alle Kunden, sondern an ausgewählte "preissensitive" Kunden verschickt worden, die absehbar sehr verärgert reagiert hätten, wenn sie kurzfristig mit überhöhten Gebühren konfrontiert worden wären.

Der Vorwurf der Klägerin, die Abänderung des neuen Gebührentarifs würde eine Vorbereitungshandlung im Hinblick auf den späteren Wechsel des Beklagten selbst zu einer anderen Bank [bzw. zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank]] darstellen, ziele auch deshalb ins Leere, weil die Kunden die im Zuge eines [Bank-]Wechsels anfallenden Kosten nicht selbst übernehmen müssten (act. 17 Rz. 245). Ohne die Schreiben betreffend "Sonderkonditionen" hätte mindestens ein Teil der Kunden die Vertragsbeziehung zur Klägerin umgehend aufgelöst, um den neuen Gebühren zu entgehen (act. 17 Rz. 127f.; vgl. act. 36 Rz. 78). Der Abgang der Kunden habe ausserdem seine Ursache in der generellen Unzufriedenheit der Kunden mit der Geschäftspolitik der Klägerin, welche sich bereits vorgängig in einem steten Vermögensabfluss manifestiert habe (act. 17 Rz. 252 f.).

Der Versand der Schreiben in act. 5/24-5/41 habe an der Rechtslage nicht geändert. Das neue Gebührenreglement hätte den Kunden ohnehin nicht entgegengehalten werden können. Anders als die Klägerin suggeriere, seien die Mitarbeiten-

den zwar angewiesen worden, die Kunden [im Hinblick auf die neuen Gebührentarife] zu kontaktieren. Sie seien aber nicht angewiesen worden, die Kunden darüber zu informieren, dass inskünftig überhöhte Schliessungs- und Titeltransfergebühren zu zahlen seien (act. 17 Rz. 262). K.\_\_\_\_\_ habe die Kundenberater nicht angewiesen, den Inhalt des neuen Gebührenreglements mündlich wiederzugeben (act. 36 Rz. 69). Das Gebührenreglement, welches die Klägerin per 1. Mai 2015 in Kraft habe setzen wollen, sei den Kunden auch nicht genügend zur Kenntnis gebracht worden. Es sei dem "Informationsschreiben" der Klägerin nicht beigelegt worden. Sodann hätte den Kunden eine angemessene Widerspruchsfrist (von 30 Tagen) angesetzt werden müssen (act. 17 Rz. 262 f.). Allgemeine Geschäftsbedingungen könnten nicht abgeändert werden, ohne dass dem Vertragspartner mindestens vom Inhalt der neuen Bedingungen Kenntnis gegeben werden. Die Behauptung der Klägerin, wonach es "nichts zu edieren" gebe, weil die entscheidenden Aussagen nur mündlich erfolgt seien, treffe nicht zu. Der Beklagte verlange ausdrücklich die Edition des gesamten Verkehrs zwischen ihm selbst und M.\_\_\_\_\_, welcher die besagten Schreiben zum Gegenstand habe (act. 36 Rz. 497).

Das Gebührenreglement halte schliesslich auch einer Inhaltskontrolle nicht stand. Viel tiefere Gebühren anderer Banken bildeten bereits Gegenstand von Verfahren wegen Verstosses gegen das UWG (act. 17 Rz. 128; vgl. act. 17 Rz. 235 f. und Rz. 258 ff.). Der wucherische Charakter des Gebührenreglementes zeige sich exemplarisch am Beispiel des Kunden ...01. Dieser habe für den Transfer seiner Wertschriften gemäss Sonderkonditionen bereits Fr. 4'400.– bezahlen müssen. Dieser Betrag stehe zur erbrachten Dienstleistung in einem reellen Verhältnis. Laut Gebührentarif der Klägerin hätte indessen ein Betrag von Fr. 13'400.– resultiert. Aus act. 29/196 gehe hervor, dass der zuständige Sachbearbeiter alle Titel am gleichen Tag habe transferieren können (act. 36 Rz. 524 f.).

Die Klägerin habe die Schliessungsgebühren ohnehin generell nicht zur Anwendung gebracht und zwar auch bei jenen Kunden nicht, welche kein Schreiben betreffend "Sonderkonditionen" erhalten hätten. Es fehle damit sowohl am Schadens- als auch Kausalitätsnachweis. Die generelle Nichtanwendung ergebe sich

namentlich aus einer E-Mail von Direktor N.\_\_\_\_\_ an einen Kunden, der zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] gewechselt habe, mit folgendem Inhalt (act. 38/35): "Wir haben mit den Überträgen bereits angefangen. Sie schreiben im Brief vom Bestätigungsschreiben betreffend der Titellieferungsspesen (die Kontoschliessungsgebühr würden wir so oder so nicht rechnen...). Anscheinend hat es Herr E.\_\_\_\_\_ versäumt, die Schreiben abzulegen. Darf ich Sie bitten, mir eine Kopie des Originals zuzustellen - leider können wir den Spezialpreis von CHF 150.00 ohne dieses Dokument nicht rechnen" (act. 36 Rz. 72 ff.).

Die Beklagte habe es auch unterlassen, den Schaden auf nachvollziehbare Weise zu berechnen. Die in der Klage enthaltene Schadensberechnung beruhe auf blossen nicht überprüfbaren und zudem unvollständigen Behauptungen. Es fehlten Angaben zur Differenz zwischen der "alten" und der "neuen" Gebühr und zur Zahl der pro Kunde transferierten Titel. Die Schadensberechnung der Klägerin sei demzufolge auch unsubstantiiert (act. 17 Rz. 123 f.; vgl. act. 17 Rz. 307 ff.).

## 2. Beurteilung

2.1. Die arbeitsrechtliche Treuepflicht (Art. 321a OR) hängt stark von Funktion und Aufgabe des Arbeitnehmers und den betrieblichen Verhältnissen ab und ist für jedes Arbeitsverhältnis aufgrund der konkreten Umstände neu zu bestimmen. Sie wird begrenzt durch die überwiegenden, berechtigten Eigeninteressen des Arbeitnehmers. Ihr Inhalt ist stets das Resultat einer Interessenabwägung. Die Treuepflicht ist primär Unterlassungspflicht, indem zu unterlassen ist, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321a N 2).

2.2. Der Beklagte war als Arbeitnehmer aufgrund von Art. 321a OR verpflichtet, Weisungen der Klägerin hinsichtlich der Einführung der ab 1. Mai 2015 gültigen Gebührentabelle zu beachten bzw. alles zu unterlassen, was die diesbezüglichen Bemühungen der Klägerin zu behindern oder zu verunmöglichen geeignet war. Der Beklagte war namentlich nicht berechtigt, sich den Weisungen der Klägerin unter Hinweis auf die gegenläufigen Interessen "seiner" Kunden zu widersetzen. Die Kundenbeziehung bzw. der Kundenstamm gehört der Klägerin als Arbeitge-

berin. Der Beklagte kann sich nicht auf eine Treuepflicht gegenüber den Kunden persönlich berufen (vgl. vorstehend). Daran ändert nichts, dass die Klägerin die Tätigkeit des Beklagten mit ihren Vorgaben zur Einführung der neuen Gebührensätze erheblich erschwerte. Im Gegensatz zur Missachtung von Weisungen bzw. zu einer Widerhandlung gegen die Interessen des Arbeitgebers ist ein Stellenwechsel eine im Grundsatz adäquate Reaktion eines Arbeitnehmers auf die Erschwerung der Tätigkeit als Kundenbetreuer.

2.3. Ob der Beklagte die Schreiben betreffend "Sonderkonditionen" zusammen mit M.\_\_\_\_\_ entwarf oder ob dieser die Schreiben nur formal genehmigte, ob K.\_\_\_\_\_ analoge Schreiben unterzeichnete, ob L.\_\_\_\_\_ in das Vorgehen involviert war und welche Rolle N.\_\_\_\_\_ bei der Unterzeichnung der Schreiben zukam, kann im Einzelnen offen bleiben. Denn selbst eine Verletzung der Treuepflicht im Sinne von Art. 321a OR vermöchte keine Ersatzpflicht des Beklagten zu begründen, weshalb sich ein Beweisverfahren dazu erübrigt. Wie vorstehend bereits ausgeführt, konnten von der Klägerin gegenüber ihren Kunden sowohl aus privatrechtlicher (Art. 404 Abs. 1 OR) als auch aus lauterkeitsrechtlicher Sicht (Art. 8 UWG) die neuen Kontoschliessungs- und Titeltransfergebühren nicht rechtswirksam eingeführt werden. Entgangene Erträge, für welche der Beklagte gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 321a OR unter Umständen hätte eintreten müssen, liegen bei dieser Sachlage schon vom Grundsatz her nicht vor.

Damit ist nicht relevant, ob die Mitarbeiter der Klägerin zur besonderen Kommunikation der Gebührensätze angewiesen wurden oder ob den Kunden ein Widerspruchsrecht eingeräumt wurde, weshalb sich beweismässige Abklärungen dazu erübrigen.

2.4. Die Klägerin hat eine Durchsetzung bzw. Rechnungsstellung gegenüber konkreten Kunden nicht behauptet, obwohl sie nach dem beklaglichen Vorbringen, sie habe gegenüber allen Kunden auf Rechnungsstellung verzichtet, dazu gehalten gewesen wäre. Gründe, welche eine diesbezügliche (auch anonymisierte) Darlegung verunmöglicht hätten, wurden von der Klägerin nicht dargetan (vgl. act. 17 Rz. 241; vgl. act. 27 Rz. 113ii, 114, 174, 259, 264 und 268).

Ohnehin kann aber offenbleiben, ob die Klägerin auf die Einführung der neuen (insbesondere Kontoschliessungs-)Gebühren letztlich generell verzichtete (vgl. u.a. act. 17 Rz. 129 und act. 36 Rz. 72 ff., vgl. die E-Mail act. 38/35). Beweismässige Abklärungen können unterbleiben. Eine Ersatzpflicht des Beklagten entfällt, wie vorstehend ausgeführt, zufolge der rechtlichen Nichtdurchsetzbarkeit der Gebührentabelle.

### 3. Fazit

Die Klage gemäss Ziff. 1 lit. e des Rechtsbegehrens ist abzuweisen.

#### f. Schadenersatz für Ertragsausfälle aus Kundenbeziehungen

##### 1. Parteivorbringen

###### 1.1. Klägerin

Die Klägerin führt aus, der Beklagte habe mit seiner fristlosen Kündigung bewirkt, dass das Arbeitsverhältnis statt unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist von 12 Monaten bereits am 26. August 2015 geendet habe. Bei einer ordentlichen Kündigung hätte das Arbeitsverhältnis erst am 31. August 2016 geendet (act. 1 Rz. 106).

Der vorzeitige Abgang des Beklagten sei kausal für die Auflösung von 34 Kundenbeziehungen bzw. für den Weggang dieser Kunden. Die Vertrauensbeziehung zwischen Kunde und Kundenbetreuer sei erfahrungsgemäss ein wichtiger Aspekt für den Kunden bei der Entscheidung über die zukünftige Verwaltung seiner Vermögenswerte beim Weggang eines Kundenbetreuers. Ausdruck dieser Vertrauensbeziehung sei die zeitliche Nähe bzw. die Häufung der Abgänge im Hinblick auf den plötzlichen Abgang des Beklagten. Der Abgang des Beklagten sei das ausschlaggebende Ereignis und damit die kausale Ursache für den Entscheid aller 34 Kunden gewesen, die Klägerin zu verlassen (act. 1 Rz. 107; vgl. act. 27 Rz. 66 ff.).

Hätte der Beklagte die Klägerin erst per ordentlichen Kündigungstermin vom 31. August 2016 verlassen, sei davon auszugehen, dass die Kunden ihre Kun-

denbeziehungen zur Klägerin auch noch mindestens für ein Jahr aufrecht erhalten hätten. Aufgrund der Fortdauer der Treuepflicht (Art. 321a OR) bzw. des damit einhergehenden Konkurrenzverbotes wäre es dem Beklagten verboten gewesen, während der laufenden Kündigungsfrist Kunden abzuwerben oder anderweitig für eine Konkurrentin wie die F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] tätig zu werden (act. 1 Rz. 108). Entsprechend hätte die Klägerin die Vermögen und Wertschriften der Kunden noch ein Jahr weiterverwalten und entsprechende Erträge erzielen können (act. 1 Rz. 197). Gleich verhielte es sich bei einer Freistellung des Beklagten nach seiner Kündigung für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist. Der Beklagte wäre auch in diesem Fall an die Treuepflicht bzw. das Konkurrenzverbot gebunden gewesen und hätte seine neue Stelle bei der F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] nicht sofort antreten können. Dadurch und durch von der Klägerin betriebene Client-Retention-Massnahmen wäre die sofortige Mitnahme und Abwerbung von Kunden nicht möglich gewesen (act. 1 Rz. 110).

Die beklagischen Einwendungen zur Kausalität seien unbegründet. Es sei nur schwer nachvollziehbar, wie der Beklagte allen Ernstes behaupten könne, die zahlreichen Kundenabgänge, welche sich allesamt kurz nach seinem überraschenden Weggang ereigneten, seien nicht durch seinen Wechsel zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] verursacht worden. Der Beklagte fordere zu Unrecht einen strikten Beweis dafür, dass der Klägerin bei rechtmässigem Verhalten bzw. bei ordentlicher Kündigung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses per Ende August 2016 kein Schaden entstanden wäre. Der Kausalitätsnachweis in der vorliegenden Konstellation erfordere den Beweis eines hypothetischen Kausalverlaufs, welcher von Natur aus einem strikten Beweis nicht zugänglich sei. Das Bundesgericht lasse deshalb das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügen (act. 27 Rz. 183.1-2).

Der Einwand der Freistellung des Beklagten treffe nicht zu. Die arbeitsrechtliche Treuepflicht des Beklagten, insbesondere das Konkurrenzverbot, hätte bei ordentlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch unter Freistellung bis zum 31. August 2016 weitergegolten. Der Beklagte hätte seine Kunden weder über den geplanten Wechsel zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] informieren noch in der Zeit nach

seiner Kündigung unmittelbar bei der F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] betreuen dürfen (act. 27 Rz. 183.4).

Auch das beklagliche Vorbringen, die von der Klägerin geltend gemachten Kundenabgänge seien auf die ordentlichen Abgänge anderer Kundenberater zurückzuführen, sei haltlos. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens seien ausschliesslich Kundenbeziehungen, welche den Kläger als Betreuenden ausweisen würden. Insbesondere hinsichtlich der Kunden ...25 und ...30 könne K.\_\_\_\_\_ bezeugen, dass diese Kunden dem Beklagten aufgrund der engen Verbindungen zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] gefolgt seien (act. 27 Rz. 183.3).

Die Klägerin habe die hinsichtlich der 34 Kunden entgangenen Erträge pro Kunde einzeln tabellarisch dargelegt. Aufgrund der Natur dieses Schadenspostens sei ein Vollbeweis der entgangenen Erträge nicht möglich. Entsprechend rechtfertige es sich, die entgangenen Erträge je Kunde anhand eines Durchschnittswertes der von September 2012 bis August 2015 mit diesem Kunden erzielten Erträge zu bestimmen (act. 1 Rz. 111; vgl. act. 1 Rz. 112-145). Gesamthaft sei der Klägerin zufolge Missachtung der ordentlichen Kündigungsfrist durch den Beklagten ein Ertrag von Fr. 416'650.- [Schadenersatz; daher brutto=netto; inkl. ...32-...34: Fr. 479'408.-] entgangen (act. 1 Rz. 146; vgl. act. 27 Rz. 66 ff.). Da die Berechnungsmethodik [des Schadens] für jeden Kunden identisch sei, beschränke sich die Klägerin darauf, für den Kunden ...02 die Berechnung und die dazugehörige Beilage im Detail zu kommentieren. Für die weiteren Kunden ...01 und ...03-...31 [sowie ...32-...34] würden jeweils die gleichen Belege eingereicht. Die Kommentierungen für den Kunden ...02 hätten demnach für die weiteren Kunden analog zu gelten (act. 27 Rz. 21).

Der Einwand prinzipieller Fehler in der Schadensberechnung sei haltlos. Die Lohnkosten seien entgegen dem beklaglichen Ansinnen nicht in die Berechnung einzubeziehen. Zunächst habe der Lohn des Beklagten nicht Fr. 411'000.- [brutto] betragen, sondern Fr. 270'000.- [brutto] für das Jahr 2015. Allfällige (bestrittene) Einsparungen würden durch zusätzliche Aufwendungen der Klägerin zunichte gemacht. Darunter würden insbesondere der Lohnaufwand für einen Ersatzmitarbeiter für den Beklagten sowie zusätzliche Kosten für Überstunden der verbliebe-

nen Teammitglieder fallen. Neben der Einarbeitung hätten auch die Retentionsmassnahmen hinsichtlich der vom Beklagten betreuten Kunden zusätzlichen Aufwand verursacht (act. 27 Rz. 184.1-3). Der Beklagte habe in seiner Argumentation verkannt, dass die Kunden ...01-...34 ihre Kundenbeziehung zur Klägerin nicht gleichzeitig aufgelöst, sondern nach und nach die Saldierung ihrer Konten beantragt hätten (act. 27 Rz. 184.3). Die Arbeit eines Kundenberaters erschöpfe sich nicht darin, die bestehenden Kunden zu betreuen. Die Akquisition und Beratung neuer Kunden stelle ebenfalls einen wichtigen Teil der Tätigkeit dar. Entsprechend habe nicht einfach auf einen Ersatz für den Beklagten verzichtet werden können. Der fristlose Abgang des Beklagten habe kompensiert werden müssen. Es seien der Klägerin keine Einsparungen, sondern zusätzliche Kosten und Aufwendungen entstanden. Die Klägerin behalte sich diesbezüglich ein Nachklagerrecht vor (act. 27 Rz. 184.4-6 und 184.9).

Die hypothetische Argumentation, dass der Klägerin mit der Freistellung des Beklagten "doppelte Lohnkosten" angefallen wären, sei unbehelflich. Der Entscheid über die Freistellung hätte vor dem Hintergrund der bereits erfolgten Kündigung zweier Teammitglieder getroffen werden müssen, was gegen eine Freistellung gesprochen hätte (act. 27 Rz. 184.10). Nicht schlüssig seien auch die zusätzlichen Vorbringen des Beklagten zu weiteren Einsparungen betreffend "Allgemeinkosten für technische Dienstleistungen (Kontoführung, Ausführung von Zahlungsaufträgen), Advisory und Infrastruktur". Die allgemeinen Kosten für den Betrieb solcher Dienstleistungen würden nicht kleiner, wenn ein paar Kunden ihre Bankbeziehung zur Klägerin auflösen würden. Die Bank müsse ihre Infrastruktur und ihre Dienstleistungsbereitschaft dennoch aufrecht erhalten (act. 27 Rz. 184.11).

Die Kritik des Beklagten zur klägerischen Schadensberechnung mittels Durchschnittswerten der drei vergangenen Jahre sei unberechtigt. Die von der Klägerin angewandte Berechnungsart entspreche einer Methode, welche von der Rechtsprechung bereits mehrfach anerkannt worden sei (act. 27 Rz. 186; mit Hinweis auf BGE 123 III 257 ff. und auf ZR 97/1998 S. 193).

## 1.2. Beklagter

Der Beklagte bringt vor, der Klägerin misslinge der Kausalitätsnachweis, welcher strikt zu erbringen sei. Die Klägerin würde aufzeigen müssen, dass die 34 Kunden, welche Gegenstand der Schadenersatzberechnung bildeten, die Bankbeziehung während mindestens eines Jahres fortgesetzt hätten, sofern der Beklagte sein Arbeitsverhältnis nicht fristlos gekündigt hätte. Diesen Beweis habe die Klägerin nicht einmal offeriert (act. 17 Rz. 137 f., act. 36 Rz. 50 f.). Die Klägerin könne keinen einzigen Kunden nennen, bzw. habe keinen einzigen Kunden genannt, der als Zeuge angebe, die Bank wegen der fristlosen Kündigung des Beklagten gewechselt zu haben. Viel näher liege die Annahme, dass sich die Kunden aufgrund überhöhter Gebühren, der unethischen Geschäftspolitik der Klägerin sowie negativer Presse von ihr abgewandt hätten (act. 36 Rz. 251). Die Klägerin habe den in BGE 121 III 358 E. 5 formulierten Grundsatz (zur hypothetischen Kausalität) falsch auf den konkreten Sachverhalt übertragen. Im konkreten Fall müsse die Klägerin zuerst beweisen, dass zwischen der fristlosen Kündigung des Beklagten und dem Weggang von Kunden überhaupt ein Zusammenhang bestehe. Zusätzlich müsse sie zeigen, dass die Kunden die Klägerin nicht auch dann verlassen hätten, wenn der Beklagte ordentlich (statt fristlos) gekündigt hätte. Nur bei diesem zusätzlichen Beweis genüge das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (act. 36 Rz. 542). Letzterer misslinge aber deshalb, weil sich der ohnehin schon laufende Vermögensabfluss nicht nur fortgesetzt, sondern auch verstärkt hätte, falls das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien ordentlich und nicht fristlos aufgelöst worden wäre (act. 36 Rz. 543).

Abgesehen vom Beklagten hätten zudem weitere Mitarbeitende das Arbeitsverhältnis zur Klägerin aufgelöst (S.\_\_\_\_, I.\_\_\_\_, J.\_\_\_\_, G.\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_). Der Kundenverlust sei mithin auch auf diese ordentlichen Abgänge zurückzuführen. Im Falle einer Freistellung des Beklagten bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist hätte die Klägerin ebenfalls zahlreiche Kunden verloren. Denn viele Kunden seien mit den Leistungen der Klägerin schon seit längerer Zeit unzufrieden gewesen und hätten die Bankbeziehung einzig aufgrund der persönlichen Beziehung zum Beklagten nicht aufgelöst (act. 17 Rz. 138; vgl. act. 17 Rz. 340

sowie act. 36 Rz. 53). Der Beklagte und die weiteren Teammitglieder seien jedenfalls berechtigt gewesen, ihren Kundinnen und Kunden mitzuteilen, wohin sie wechseln würden. Es sei den übrigen Teammitgliedern nicht verwehrt gewesen, mit ihnen persönlich bekannten Kunden Kontakt aufzunehmen (act. 36 Rz. 53; act. 17 Rz. 342). Es sei wahrscheinlich, dass ein Grossteil der Kunden unter dieser Voraussetzung ohnehin zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] gewechselt hätten, wo H.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ schon arbeiteten. Mit diesen Teammitgliedern seien die vom Beklagten betreuten Kunden ebenfalls persönlich bekannt gewesen (act. 36 Rz. 53).

Ein Teil der in die Berechnung des Umsatzverlustes einbezogenen Kunden habe nicht mit dem Beklagten zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] gewechselt, sondern zu Drittbanken. Dies treffe beispielsweise auf die Kunden ...32 bis ...34 zu. Der Kunde ...34 habe nur einen Teil seiner Vermögenswerte zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] transferiert; die Kunden ...32 und ...33 gar keine. Bei diesen Kunden könne von vornherein nicht davon ausgegangen werden, dass ein Zusammenhang zum Weggang des Beklagten bestehe. Die für den Kunden ...02 geltend gemachten Servicegebühren seien in der Tabelle teilweise als "Spesen" gekennzeichnet. Spesen seien definitionsgemäss extern anfallende Kosten, die weiterverrechnet würden. Auch der in der Tabelle erwähnten "Jahresgebühr Maestrokarte" seien externe Kosten gegenübergestanden, die im Rahmen einer "richtigen" Schadensberechnung berücksichtigt werden müssten. Bezogen auf die Kunden ...01-...31 sowie ...32-34 würden mutatis mutandis die gleichen Einwände erhoben wie für den Kunden ...02. Die Schadensberechnung der Klägerin sei daher überhöht (act. 36 Rz. 53 und Rz. 202 ff.).

Die Schadensberechnung der Klägerin weise prinzipielle Fehler auf. Namentlich setze die Klägerin (angeblich) entgangene Bruttoerträge mit Schaden gleich und berücksichtige die gegenüberstehenden Kosteneinsparungen, wie namentlich die für den Beklagten eingesparten Lohnkosten nicht. Eine "richtige" Schadensberechnung würde mindestens voraussetzen, dass die Klägerin aufgelistet hätte, welche Lohnkosten sie durch die Abgänge infolge ordentlicher und ausserordentlicher Kündigungen einsparen können und welche Kosten durch Neu-

anstellungen zusätzlich entstanden seien. Entsprechende Angaben würden vollständig fehlen (act. 36 Rz. 580). Generell blende die Schadensberechnung der Klägerin die Kostenseite völlig aus. Eine korrekte Schadensberechnung müsse die bei der Klägerin anfallenden Gemeinkosten mit einbeziehen bzw. die tatsächlich anfallenden Einnahmen und Ausgaben mit den hypothetischen Einnahmen und Ausgaben vergleichen, die im Falle einer ordentlichen Kündigung des Beklagten angefallen wären (act. 36 Rz. 258 f. und Rz. 586 ff.).

Die Klägerin vernachlässige den ohnehin bestehenden Trend von laufenden Kundenverlusten. Der Beklagte könne mittels Formularen, die jeweils im Rahmen des jährlichen Mitarbeitergesprächs ausgefüllt worden seien ("..."), auch belegen, dass die Klägerin mit Vermögensabflüssen konfrontiert gewesen sei, die nicht auf den Beklagten zurückzuführen gewesen seien. Die betreffenden Dokumente hätten auf dem Blatt "Leistungsziele" unter dem Titel "Kommentare des Vorgesetzten" den folgenden Text enthalten: *"The Performance of the team overall has been very good if we take into consideration that the [...] strategy of the bank had a dramatic negative impact on the domestic business"* (act. 36 Rz. 56).

## 2. Beurteilung

2.1. Zu prüfen ist zunächst das klägerische Argument, der Beklagte fordere zu Unrecht einen strikten Beweis der Kausalität bzw. die vorliegende Konstellation erfordere lediglich den Beweis eines hypothetischen Kausalverlaufs (vgl. act. 27 Rz. 183.1-2):

Zwar können – im Sinne der haftungsbegründenden Adäquanzformel – auch Unterlassungen vertragswidrig sein und einen Schaden bewirken, doch fehlt in solchen Fällen der natürliche Kausalzusammenhang ("ex nihilo nihil fit"). Die Rechtsprechung behilft sich in solchen Fällen mit dem normativen Begriff der Adäquanz und stellt die hypothetische Frage, ob bei rechtmässiger Handlung (unterlassene Unterlassung) der verursachte Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung hätte vermieden werden können (Furrer/Wey, in: Furrer/Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, OR 1-183; 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 97 N 104). Die Beachtung der konkreten

Umstände und deren Würdigung führen in solchen Fällen zu einer Vorverlegung der Adäquanzfrage (Kessler, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 41 N 19). Begrifflich handelt es sich dabei um die Frage der Unterlassungskausalität [sog. *hypothetischer Kausalzusammenhang*], welche von der Frage der *hypothetischen Kausalität* zu trennen ist. Letztere besteht darin, dass bei einem Schadenseintritt neben der realen Ursache noch eine zweite, jedoch hypothetische Ursache bzw. eine Reserveursache vorhanden ist. Sie begründet in der Praxis hauptsächlich einen Einwand des Schädigers, wonach der von ihm tatsächlich verursachte Schaden durch ein anderes, sich als schädigend auswirkendes Ereignis ohnehin eingetreten wäre (vgl. Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2008, N 604). Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen [bzw. die Frage, ob ein natürlicher und ein adäquater Kausalzusammenhang oder ein hypothetischer Kausalzusammenhang zu prüfen sei] ist hingegen oft heikel und trägt zuweilen willkürlich anmutende Züge (Kessler, a.a.O., Art. 41 N 18).

2.2. Ein an sich gegebener adäquater Zusammenhang kann, juristisch betrachtet, durch hinzutretende weitere Ursachen unterbrochen bzw. aufgehoben werden. Wird die Adäquanz einer Primärursache an sich bejaht, muss die neue Ursache eine gewisse Intensität aufweisen, um eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs zu bewirken und nicht lediglich als mitwirkende Teilursache betrachtet zu werden. Bei den echten Unterbrechungsgründen liegt entweder eine Unterbrechung des natürlichen Kausalzusammenhangs oder der hypothetische Kausalität vor (Kessler, a.a.O., Art. 41 N 20 m.w.H.). An sich aktualisiert sich die Relevanz der Frage der hypothetischen Kausalität [im Rahmen der vorzunehmenden wertenden Betrachtung] vor allem bei der Schadensberechnung. Sie wird jedoch, weil dieser vorgelagert, im Zusammenhang mit den Ausführungen zum Kausalzusammenhang behandelt (Rey, a.a.O., N 605). Während bei Handlungen die wertenden Gesichtspunkte erst mit der Beurteilung der Adäquanz zum Tragen kommen, spielen diese Gesichtspunkte bei Unterlassungen in der Regel schon bei der Feststellung des hypothetischen Kausalverlaufs eine Rolle. Die Feststellungen des Sachrichters im Zusammenhang mit Unterlassungen sind daher entsprechend der allgemeinen Regel über die Verbindlichkeit der Feststellungen zum

natürlichen Kausalzusammenhang für das Bundesgericht bindend. Nur wenn die hypothetische Kausalität ausschliesslich gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung – und nicht gestützt auf Beweismittel – festgestellt wird, unterliegt sie der Überprüfung durch das Bundesgericht (BGE 132 III 715 E. 2.3 m.w.H.).

2.3. Der Beklagte beruft sich im Lichte dieser Ausführungen zu Recht darauf, dass bereits der Konnex zwischen der fristlosen Kündigung und der Auflösung der konkreten Kundenbeziehungen als erste – und entscheidende – Primärursache zum Beweis zu verstellen wäre (vgl. act. 36 Rz. 542). Fehlt der Beklagte in der Annahme, dass die Klägerin zusätzlich (im Sinne einer Beurteilung der Alternativen) beweisen müsse, dass die Kundinnen und Kunden die Kundenbeziehung auch dann aufgelöst hätten, wenn der Beklagte nicht fristlos, sondern ordentlich gekündigt hätte (vgl. act. 36 Rz. 542). Die fristlose Kündigung eines Arbeitnehmers oder Arbeitgebers ist, wenn sie nicht zufolge wichtiger Gründe gerechtfertigt ist, als Ganzes rechtswidrig, sodass alle resultierenden (d.h. natürlich kausalen) Folgeschäden im Grundsatz ersatzfähig sind. Es stellt sich in der Folge lediglich die Frage der Adäquanz einzelner Schadensposten im Rahmen der Schadensberechnung, weil der an sich gegebene Kausalzusammenhang durch hinzutretende weitere Ursachen unterbrochen bzw. aufgehoben werden kann. In diese Kategorie gehört auch die Frage nach einer allfälligen Aufhebung des Adäquanzzusammenhangs zufolge des Einwands rechtmässigen Alternativverhaltens (vgl. Rey, a.a.O., N 654; Beweislast des Arztes für die hypothetische Einwilligung des Patienten). Auch die möglichen alternativen Ursachen für die Auflösung von Kundenbeziehungen, auf welche sich der Beklagte beruft (Trend des Vermögensabflusses; Ursächlichkeit der Geschäftspolitik der Klägerin; vgl. act. 17 Rz. 138), sind unter dem Titel der Aufhebung des Adäquanzzusammenhangs zu prüfen.

2.4. Beweiserleichterungen kommen – angesichts der sachlogischen Zugehörigkeit der Frage zur Schadensberechnung (vgl. Rey, a.a.O., N 605) – insofern in Betracht, als ein Schaden ziffernmässig nicht nachweisbar ist (Art. 99 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 42 Abs. 2 OR; vgl. Furrer/Wey, a.a.O., Art. 99 N 31). Art. 42 Abs. 2 OR ist freilich nur anwendbar, wenn es unmöglich ist, den Schaden aufgrund einer zahlenmässigen Berechnung gestützt auf reale Daten zu beweisen. Die Bestim-

mung findet aber auch Anwendung, wenn die Beweisführung für die geschädigte Person unzumutbar ist. Da Art. 42 Abs. 2 OR eine Ausnahme zu Art. 42 Abs. 1 OR und zum Regelbeweismass darstellt, ist die Bestimmung zurückhaltend auszulegen. Sie enthebt die geschädigte Person nicht von der Pflicht, dem Gericht die Tatsachen, die als Anhaltspunkt für die Entstehung und die Höhe des geltend gemachten Schadens in Betracht kommen, anzugeben und dafür Beweis anzubieten. Art. 42 Abs. 2 OR hat somit lediglich eine Beweiserleichterung zur Folge und zielt nicht darauf ab, der geschädigten Person die Beweislast generell abzunehmen (Müller, in Furrer/Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, OR 1-183; 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 42 N 5 f.). Es gelten sodann die Grundsätze der Vorteilsanrechnung und der Schadenminderung: Vorteile des schädigenden Ereignisses für die schädigende Person müssen bei der Schadensberechnung berücksichtigt werden, sofern sie bei der geschädigten Person anfallen und das schädigende Ereignis für den Vorteil natürlich und adäquat kausal ist. Die Geltendmachung obliegt der haftpflichtigen Person. Die geschädigte Person hat die Obliegenheit, diejenigen schadensmindernden Massnahmen zu ergreifen, welche eine vernünftig handelnde Person in der gleichen Situation ergreifen würde; wobei die Schadenminderungsbemühungen [bzw. entsprechende Unterlassungen der geschädigten Person] erst im Rahmen der Bemessung der Ersatzleistung (Art. 44 OR) und nicht schon im Stadium der Berechnung des Schadens zu berücksichtigen sind (Müller, a.a.O., Art. 42 N 24 ff und N 27).

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

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

den Kunden in seiner Entscheidung über Verbleib oder Weggang sei (vgl. act. 1 Rz. 107; vgl. act. 1 Rz. 113-146).

Die Saldierungsschreiben in act. 5/42-5/72 sprechen sich – von einzelnen Ausnahmen im Sinne einer Konzentrierung der Bankbeziehungen abgesehen – nicht über die Gründe für die Auflösung der Bankbeziehung aus. Namentlich geht daraus nicht hervor, dass die Kunden sich wegen des fristlosen Abgangs des Beklagten zum Weggang entschlossen haben. Ebensowenig ergibt sich aus den Schreiben, dass die Kunden vom Beklagten motiviert wurden, zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] zu wechseln.

Weitere Beweismittel für die behauptete Kausalität offeriert die Klägerin nicht, abgesehen von K.\_\_\_\_\_ als Zeugen für die Motivation des Abgangs der Kunden ...25 und ... 30 (act. 27 Rz. 183.3). Die von der Klägerin angebotene Befragung von K.\_\_\_\_\_ ist indessen nicht geeignet, den Sachverhalt genügend zu erhellen, zumal bei ihm ein unmittelbares Interesse am Verfahrensausgang nicht von der Hand zu weisen ist. Seine Befragung kann daher unterbleiben.

Dass Kunden des Beklagten zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] wechselten, stellt zwar ein starkes Indiz dar, dass sein Wechsel für die Beendigung ihrer Kundenbeziehung ursächlich sein könnte. Die besagten Kunden werden aber nicht als Zeugen offeriert. Ohne die ausdrückliche Erklärung der Kunden, sie hätten ihre Kundenbeziehung zur Klägerin wegen des Weggangs des Beklagten aufgelöst bzw. seien von ihm dazu motiviert worden, zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] zu wechseln, sind ihre Gründe aber nicht rechtsgenügend ermittelbar. Die Sachdarstellung der Klägerin bleibt daher letztlich eine unbewiesene Vermutung. Nicht zuletzt aufgrund des Umstands, dass auch H.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_, I.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] gewechselt haben, lässt sich vorliegend letztlich nicht abklären, ob die Vermutung der Klägerin zutrifft. Es ist nicht auszuschliessen, dass die Kunden Kenntnis vom Weggang anderer Kundenberater zur F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] erhalten hatten und ihr Entscheid auf diesen Umständen gründete. Die Bereitschaft zum Wechsel konnte durchaus auch darin begründet sein, dass die vormalige traditionell schweizerische Privatbank eine neue Trägerschaft mit einer ... [Zugehörigkeit zu Staat D.\_\_\_\_\_] Geschäftsführung aufwies. Es ist notorisch, dass der Erfolg des

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

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

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

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

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

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

2.11. Der Vollständigkeit halber bleibt die mangelnde Substantiierung des Schadens festzustellen. Dass vorliegend Beweiserleichterungen bei der Beurteilung unterbrechender bzw. aufhebender weiterer Ursachen am Platz wären, entbindet die Klägerin nicht von der Darlegung aller relevanten Umstände, welche zur Beurteilung der Relevanz des Verhaltens des Beklagten mit Bezug auf einzelne Schadensposten erforderlich sind. Die Substantiierung des Schadensumfangs ist im Grundsatz Sache der Klägerin. Der Beklagte hat in der gebotenen Weise auf mögliche Kosteneinsparungen (Kontoführung, Zahlungsaufträge, "Advisory"-Leistungen; Refinanzierungskosten gegenüber Zinserträgen; Courtagen als Entgelt für Dienstleistungen) hingewiesen (vgl. act. 17 Rz. 139 und Rz. 353 ff.; vgl. act. 36 Rz. 192 ff.). Die Klägerin wiederum hat im Einzelnen sogar anerkannt, dass den Erträgen Refinanzierungskosten gegenüberstanden und diese [pauschal] in Abzug gebracht (vgl. act. 27 Rz. 77f. und 322 ff.). Da Vorteile Gegenstand der Schadensberechnung sind, liegt die Beweislast im Gesamten bei der Klägerin. Die pauschale Behauptung, die Klägerin müsse ihre Dienstleistungsbereitschaft aufrecht erhalten, was beispielsweise die Erbringung technischer Dienstleistungen erfordere, genügt nicht. Zu den meisten vom Beklagten genannten Kostenposten äussert sich die Klägerin nicht. Es kann sachlogisch nur an der Klägerin liegen, die Schadensberechnung im Einzelnen zu konkretisieren, was sie unterlassen hat. Der pauschale Verweis der Klägerin (für die Kunden ...01 und ...03-...34) auf ihre Ausführungen zum Kunden ...02 genügt angesichts des beklaglichen Hinweises auf Besonderheiten im Fall ...02 nicht. Da die Klage bereits an der Beweislosigkeit im Hauptpunkt (Motivation der Kunden für die Auflösung der Kundenbeziehung) scheitert, erübrigen sich indessen weitere Ausführungen.

### 3. Fazit

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

## g. Pauschalentschädigung

### 1. Rechtliches

1.1. Art. 337d Abs. 1 OR schafft ein vereinfachtes Verfahren für die Erlangung von Schadenersatz bei Vertragsbruch durch den Arbeitnehmer, weil praktische Schwierigkeiten bei der Schadensberechnung und dem Nachweis der Kausalität den Arbeitgeber sonst von der Geltendmachung seines Anspruchs meist abhalten würden. Die Bestimmung umfasst alle Fälle ungerechtfertigter fristloser Arbeitnehmerkündigungen. Das vereinfachte System besteht darin, dass der Arbeitgeber einen Anspruch in Höhe eines Viertels eines Monatslohnes hat, ohne dass er den genauen Umfang des entstandenen Schadens oder überhaupt einen Schaden nachweisen muss. Nur wenn der Arbeitgeber einen höheren Schaden geltend machen will, wird er für den gesamten Schaden voll beweispflichtig. Damit nimmt der Anspruch zwar Ähnlichkeit mit einer Konventionalstrafe an, doch liegt genau besehen eine Pauschalierung von Schadenersatz vor. Die Pauschale bestimmt sich – analog der Pönalen nach Art. 337c Abs. 3 OR – nach dem Bruttolohn. Eine Reduktion kann erfolgen, um Härtefälle zu vermeiden (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337d N 2 ff., N 4). Der Richter ist zur Vermeidung von Härtefällen auch berechtigt, die Entschädigung unter einen Viertel eines Monatslohnes zu reduzieren, wenn kein oder ein geringerer Schaden entstanden ist. Für diese Reduktion ist im ordentlichen Verfahren der Arbeitnehmer beweispflichtig. Der Richter muss die Entschädigung indes nicht reduzieren, zumal der Gesetzgeber dieser ähnlich Art. 337c Abs. 3 OR eine gewisse Pönalfunktion zugedacht hat (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337d N 5).

1.2. Wurde kein Lohnrückbehalt einverlangt und läuft der Arbeitnehmer kurz nach einem Zahltag davon, muss der Arbeitgeber den Anspruch auf das Lohnviertel binnen 30 Tagen geltend machen, und zwar entweder durch Klage oder durch Betreibung. Die Frist ist eine Verwirkungsfrist. Sie bezieht sich einzig auf den speziellen Anspruch auf ein Monatslohnviertel und nicht auf weitere Schadenersatzansprüche (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337d N 8).

### 2. Beurteilung

2.1. Mit Anhebung der Betreuung am 18. September 2015 bzw. durch Zustellung des Zahlungsbefehls am 23. September 2015 ist die Verwirkungsfrist gewahrt (vgl. act. 1 Rz. 201; unbestritten in act. 17 Rz. 445).

2.2. Vorliegend kann wegen des für die Klägerin gänzlich unerwarteten Weggangs des Beklagten nicht gesagt werden, sie habe davon noch finanziell profitiert. Diese Behauptung wird vom Beklagten denn auch in keiner Weise substantiiert. Angesichts des ansehnlichen Monatslohns des Beklagten von Fr. 22'970.– kann nicht angenommen werden, er habe nach seinem fristlosen Weggang bei der Klägerin keine Lücke hinterlassen. Dies hat er mit seinem verfrühten Weggang in Kauf genommen, und dafür hat er einzustehen. Die Höhe des Monatslohns lässt auch keinen Härtefall erahnen, was seitens des Beklagten auch nicht vorgebracht wurde. Die vom Gesetzgeber vorgesehene Pauschalentschädigung ist der Klägerin ohne Weiteres zuzusprechen.

2.3. Basierend auf dem Monatsbruttolohn von Fr. 22'970.– (act. 1 Rz. 204; vgl. act. 17 Rz. 448 ff.) ergibt sich vorliegend eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 5'742.50 (brutto=netto). Der verlangte Zins von 5% seit dem 25. August 2015 (act. 1 Rz. 205) ist ausgewiesen und zuzusprechen.

### 3. Fazit

Der Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin Fr. 5'742.50 (brutto=netto) zuzüglich 5% Zins seit 25. August 2015 zu bezahlen. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Regionalen Betreuungsamtes [Ort] ist entsprechend zu beseitigen.

#### h. Verrechnungsforderung aus Bonusansprüchen und Schadenersatz

##### 1. Parteibehauptungen

###### 1.1. Beklagter

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

Einerseits habe er gemäss Arbeitsvertrag mit der Klägerin Anspruch auf einen Bonus gemäss separater Bonusvereinbarung. Die separate Teambonusvereinbarung (act. 20/4 und act. 20/5) vermittele Anspruch auf eine Bonuszahlung nach genau definierten Kriterien (act. 17 Rz. 147 f.). Später habe der Beklagte als Bonus einen Pauschalbetrag erhalten, der nie unter Fr. 150'000.– jährlich gelegen habe. Dieser Bonus stelle nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine Gratifikation, sondern einen Lohnbestandteil dar. Daran ändere nichts, dass die Klägerin in späteren Jahren – ohne die Teambonusvereinbarung aufzuheben – Pauschalbeträge ausgerichtet habe, die eine bestimmte Höhe nie unterschritten hätten (act. 17 Rz. 150).

Im Einzelnen habe die unverschuldet negative Geschäftsentwicklung bei der Klägerin zur Folge gehabt, dass sich der Bonusanspruch des Beklagten gemäss den bei Vertragsschluss vereinbarten Regeln wesentlich reduziert habe. Diese Reduktion sei von der Klägerin mittels Zusätzen zum Arbeitsvertrag (act. 5/4 und act. 5/5) durch zusätzliche finanzielle Vorteile kompensiert worden. Sodann sei der Grundlohn des Beklagten auf Fr. 270'000.– erhöht worden (act. 17 Rz. 43). Der Bonus sei nicht mehr nach den Regeln der Teambonusvereinbarung festgelegt worden. Die Vereinbarung sei aber nicht förmlich aufgelöst worden. Stattdessen habe der Beklagte Pauschalbeträge erhalten (act. 17 Rz. 150). Diese hätten im Jahr 2013 bei Fr. 180'000.– und in den Jahren 2014 und 2015 bei je Fr. 150'000.– gelegen. Die Bonusansprüche seien von der Klägerin jeweils nicht auf einmal, sondern tranchenweise ausbezahlt worden, weshalb dem Beklagten für das Jahr 2013 noch Fr. 45'000.– (1/4 von Fr. 180'000.–), Fr. 75'000.– für das Jahr 2014 (1/2 von Fr. 150'000.–) und Fr. 100'000.– für das Jahr 2015 zustehen würden (act. 17 Rz. 152).

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

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

Gestützt auf Art. 337 Abs. 1 OR bestehe sodann zufolge gerechtfertigter fristloser Auflösung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf Schadenersatz. Der Beklagte sei zufolge vertrags- und rechtswidrigen Verhaltens der Klägerin zur Auflösung des Arbeitsvertrags berechtigt gewesen. Die Schadenersatzansprüche des Beklagten umfassten den Lohn für die Zeit vom 26. August 2015 bis zum Stellenantritt am 14. September 2015 im Betrag von Fr. 15'000.– brutto (2/3 von Fr. 22'500.–) sowie die Lohndifferenz von Fr. 10'000.– jährlich für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist. Unter dem Titel "Bonus" habe der Beklagte jedenfalls dann keinen Verlust erlitten, wenn man davon ausgehe, dass die total als Bonus aufgelisteten Beträge von Fr. 220'000.– geschuldet seien (vgl. act. 17 Rz. 155 ff. sowie act. 36 Rz. 130 ff.).

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

## 1.2. Klägerin

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

nicht mehr in Kraft sei. Entsprechend könne der Beklagte aus dieser Vereinbarung nichts ableiten. Spätestens mit der Unterzeichnung der Teambonusvereinbarung vom 11. Juni 2008 (in act. 20/5) sei die Vereinbarung vom 19. Juli 2007 auch förmlich aufgehoben worden (act. 27 Rz. 190).

Richtig sei, dass die Teambonusvereinbarung – im gegenseitigen Einvernehmen der Parteien – gar nie angewendet worden bzw. wirkungslos geblieben sei. Dies werde in der Klageantwort auch vom Beklagten bestätigt. Dem Beklagten seien in den vergangenen Jahren dennoch freiwillige Bonusleistungen in Aussicht gestellt worden. Diese hätten für das Jahr 2013 Fr. 180'000.– und für das Jahr 2014 Fr. 150'000.– betragen. Entgegen der Ansicht des Beklagten handle es sich dabei nicht um Lohnbestandteile, sondern um freiwillige, im Ermessen der Klägerin stehende echte Gratifikationen. Die eigentliche Bonusauszahlung sei jedoch gestaffelt und nur unter der Voraussetzung erfolgt, dass das Arbeitsverhältnis an den vorgesehenen Auszahlungszeitpunkten nicht gekündigt gewesen sei. Hätte der Beklagte auf der Teambonusvereinbarung beharren wollen, wäre er nach Treu und Glauben gehalten gewesen, dies entsprechend erkennbar zu machen. Der Beklagte könne sich daher nicht auf den Standpunkt stellen, die Teambonusvereinbarung sei förmlich nicht aufgehoben worden (act. 27 Rz. 105, Rz. 191 ff.).

Die Bonus- und Salärabrechnungen für die Jahre 2013 und 2014 hätten den folgenden unmissverständlichen Hinweis enthalten: *"Please note that the bonus is voluntary and is awarded on a non-recurring basis and does not constitute in any way a legal entitlement, either in full or in part, to similar payments in the future"* (act. 27 Rz. 193). Sodann sei die Behauptung, die geleisteten Bonuszahlungen für die Jahre 2013 und 2014 würden im Rechtssinne Lohncharakter aufweisen, falsch. Die Zahlungen seien sowohl im Grundsatz als auch hinsichtlich der Höhe im freien Ermessen der Klägerin gestanden. Die ausbezahlten Beträge von Fr. 180'000.– und Fr. 140'000.– würden augenscheinlich nicht aus einer Berechnung mit klaren, objektiven Bemessungskriterien stammen (act. 27 Rz. 195.1).

Das von der Rechtsprechung entwickelte Kriterium der Akzessorietät sei angesichts der hohen tatsächlich ausbezahlten Entschädigung nicht (mehr) anwendbar. Letztere habe sich im Jahr 2013 auf Fr. 385'587.– (ohne Spesen) und im

Jahr 2014 auf Fr. 558'356.– (ohne Spesen) belaufen, was deutlich über dem fünffachen Medianlohn liege (act. 27 Rz. 195.1). Sodann verhielten sich die zugesprochenen Bonusbeträge im Verhältnis zum Grundlohn des Beklagten durchwegs akzessorisch (vgl. act. 27 Rz. 195.3). Dies habe zur Konsequenz, dass es zulässig gewesen sei, die zeitlich gestaffelte Auszahlung der grundsätzlich zugesprochenen Boni 2013 und 2014 vom Bestehen eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses zum Auszahlungszeitpunkt abhängig zu machen (act. 27 Rz. 197). Die vom Beklagten geltend gemachten Ansprüche würden folglich nicht bestehen (act. 27 Rz. 197iii, Rz. 201).

Der Beklagte versuche, sich nur unterschwellig zu seiner mit der F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] vereinbarten Entlohnung zu äussern. Er lasse den Sign on-Bonus [von Fr. 150'000.–], den er nach der Probezeit voraussetzungslos erhalten habe, geflissentlich unerwähnt. Ferner seien dem Beklagten für die Jahre 2016 und 2017 Boni von Fr. 150'000.– jährlich und voraussetzungslos im Sinne von Lohnbestandteilen gewährt worden (gemäss lit. d des Arbeitsvertrags in act. 20/22). Über die Höhe der unter dem Bonusprogramm auszubezahlenden Boni (gemäss lit. e von act. 20/22) lasse sich keine Aussage machen. Es werde deshalb bestritten, dass die von der F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] ausgerichteten Boni etwa gleich hoch seien wie die Zahlungen der Klägerin (act. 27 Rz. 133).

## 2. Rechtliches

2.1. Eine Gratifikation ist eine Sondervergütung, welche der Arbeitgeber neben dem Lohn bei bestimmten Anlässen, wie Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahrs, ausrichtet. Sie zeichnet sich gegenüber dem Lohn dadurch aus, dass sie zum Lohn hinzutritt und immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers abhängt. Die Gratifikation wird damit ganz oder zumindest teilweise freiwillig ausgerichtet (BGE 139 III 155 E. 3.1 m.w.H.).

Damit ist jeweils vorab zu klären, ob der konkrete Bonus bestimmt bzw. bestimmbar ist oder nicht. Hierzu sind die Willensäusserungen der Parteien im Sinne von Art. 1 OR auszulegen (BGE 141 III 407 E. 4.1 und E. 4.2). Ist der Bonus bestimmt oder objektiv bestimmbar, hat der Arbeitnehmer darauf einen Anspruch, weshalb

der Arbeitgeber zur fortwährenden Ausrichtung der vereinbarten Vergütung zu verpflichtet ist. Der Bonus ist in diesem Fall ein (unter Umständen variabler) Lohnbestandteil (BGE 141 III 407 E. 4.2.1 m.w.H.).

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

2.3. Erhält der Arbeitnehmer bereits ein sehr hohes Salär, gibt es hingegen keinen Grund für die Anwendung des Ausnahmetatbestandes, weshalb der Bonus unabhängig von seiner konkreten Höhe eine Gratifikation darstellt, die vom Willen des Arbeitgebers abhängt (BGE 141 III 407 E. 4.3.2).

Dies ist der Fall, sobald der eigentliche Lohn ein Mass erreicht, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleistet bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, beziehungsweise bei Einkommensverhältnissen, die nicht nur bei Weitem die Kosten für einen angemessenen Lebensunterhalt des Arbeitnehmers, sondern auch den Durchschnittslohn um ein Vielfaches übersteigen (BGE 139 III 155 E. 5.3). Das Bundesgericht erwog, das bei

solch hohen Löhnen kein Anlass bestehe, mit Mitteln des Arbeitsrechts korrigierend zugunsten des Arbeitnehmers in das Arbeitsverhältnis einzugreifen.

Bei der Festsetzung des entsprechenden Grenzwertes orientiert sich das Bundesgericht am fünffachen Brutto-Medianlohn und hat diesen für das Jahr 2009 auf Basis von um die Lohnentwicklung korrigierten Medianlohndaten von 2008 auf den Betrag von Fr. 354'000.– festgesetzt (BGE 141 III 407 E. 5.3.2. und E. 6.2).

2.4. Für die Beurteilung kommt es gemäss Bundesgericht nicht darauf an, ob die tatsächlich erzielten Bezüge regelmässige oder einmalige Lohnzahlungen sind, ob es sich um Zahlungen für besondere Projekte oder Anstrengungen, (andere) Gratifikationen, Prämien zu irgendwelchen Anlässen oder anderes handelt; es ist nicht entscheidend, unter welchem Titel oder unter welcher Bezeichnung sie bezahlt werden. Es kommt daher nicht darauf an, für welche Zeitperiode sie erfolgen bzw. für welches Geschäftsjahr sie nach der Parteivereinbarung bestimmt sind. Es ist daher zur Feststellung der Bezüge aus Arbeitsvertrag während der massgebenden Zeitspanne rein tatsächlich zu ermitteln, welche Einnahmen dem Arbeitnehmer während dieser Zeit aus Arbeitsvertrag zugeflossen sind (BGer v. 14. April 2016, 4A\_565/2015, E. 2.2.2; vgl. BGer v. 22. Juni 2016, 4A\_557/2015, E. 3.2). Dabei massgeblich ist in der Regel der Jahreslohn. Um die Aussagekraft der Einkünfte sicherzustellen, ist ausnahmsweise auf die während der gesamten strittigen Periode erzielten Einkünfte abzustellen. Das ist insbesondere angezeigt, wenn ein Arbeitnehmer im zweiten strittigen Jahr nur noch während einiger Monate bei der fraglichen Arbeitgeberin tätig war (BGer v. 17. August 2016, 4A\_69/2016, E. 4.2.2; vgl. BGer v. 22. Juni 2016, 4A\_557/2015, E. 3.2).

### 3. Beurteilung

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

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

3.2.1. Der Beklagte beruft sich auf die Regelungen gemäss Bonusvereinbarung vom 19. Juli 2007 (act. 20/4) und gemäss Teambonusvereinbarung vom 11. Juni 2008 (act. 20/5). Die einzelnen gestaffelten Auszahlungen setzen nach der Vereinbarung voraus, dass der Arbeitnehmer per 31. Dezember der betreffenden Jahre bei der Klägerin angestellt ist bzw. in ungekündigter Stellung steht (Ziffer 4b der Vereinbarung vom 19. Juli 2007). Für den Fall einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch ordentliche Kündigung der Arbeitgeberin und ohne begründeten Anlass durch die Arbeitgeberin sehen die Vereinbarungen einen Bonusanspruch pro rata bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor. Bei Freistellung des Arbeitnehmers besteht der Anspruch pro rata bis zum Freistellungsdatum. Zur Auszahlung gelangt der errechnete pro rata-Anspruch zuzüglich aller Bonusanteile, deren Auszahlung bzw. Zuteilung gemäss Vereinbarung erst für einen späteren Zeitpunkt geplant war (Ziffern 5c beider Vereinbarungen).

Für den Fall einer anderen Vertragsauflösung, insbesondere bei vom Arbeitnehmer zu vertretender begründeter Kündigung der Klägerin, bei Kündigung durch den Arbeitnehmer, bei fristloser Kündigung einer Partei oder bei Abschluss eines Aufhebungsvertrags besteht nach der vertraglichen Regelung kein Bonusanspruch, und zwar weder für die bereits abgeschlossene (aber zum Zeitpunkt der Kündigung noch nicht ausbezahlte) noch für die laufende Bonusperiode (Ziffern 5d beider Vereinbarungen).

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

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

3.2.3. Zur Beurteilung des Anspruchs ist zu prüfen, ob der Kläger den nach der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung erforderlichen hohen Lohn erreicht. Die vom Beklagten nicht substantiiert bestrittene Einkommensschwelle gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung betrug für das Jahr 2015 Fr. 372'840.– (vgl. act. 27 Rz. 201). Für das Jahr 2014 beträgt der Grenzwert gemäss dem Bundesamt für Statistik ([www.bfs.admin.ch](http://www.bfs.admin.ch)) Fr. 371'340.– (Fr. 6'189x12x5), für das Jahr 2012 beträgt er Fr. 367'080.– (Fr. 6'118x12x5).

Der Beklagte erhielt gemäss den vorliegenden Lohnausweisen im Jahr 2013 einen Bruttolohn von Fr. 437'773.–, im Jahr 2014 von Fr. 628'074.– sowie vom 1. Januar bis 26. August 2015 von Fr. 465'330.– (act. 29/220-222). Das Einkommen des Beklagten hat somit in allen drei Jahren, insbesondere auch im Jahr der Kündigung, den fünffachen Medianlohn wesentlich überstiegen und erfüllt das Kriterium des sehr hohen Salärs.

Wie ausgeführt besteht bei solch hohen Löhnen kein Anlass, mit Mitteln des Arbeitsrechts korrigierend zugunsten des Arbeitnehmers in das Arbeitsverhältnis einzugreifen. Dies führt zu einer Qualifikation der Zahlungen als Gratifikation. Die dem Beklagten notifizierten Freiwilligkeitsvorbehalte und Auszahlungsbedingungen sind ohne Weiteres beachtlich. Demgemäss hat der Beklagte zufolge seiner fristlosen Kündigung keinen Bonusanspruch, und zwar weder für die bereits abgeschlossene noch für die laufende Bonusperiode.

#### 4. Fazit

Der Beklagte hat unter dem Titel Schadenersatz und Bonus nichts zu fordern, weshalb eine Verrechnung entfällt.

#### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Der Streitwert beträgt Fr. 844'410.35 (act. 27 S. 2). Für das vorliegende Verfahren beträgt die Grundgebühr somit Fr. 27'640.– (§ 4 Abs. 1 und 2 GebV OG). Nach durchgeführtem Verfahren ist ein Zuschlag von 50% zu berechnen und die Entscheidgebühr auf Fr. 41'460.– festzusetzen.

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Kosten der Klägerin zu 85% und dem Beklagten zu 15% aufzuerlegen (Art. 104 und Art. 106 ZPO). Vorab ist der Vorschuss von Fr. 26'040.– zur Kostendeckung der Klägerin heranzuziehen. Die Klägerin hat den Mehrbetrag ihres Kostenanteils nachzuzahlen.

2. Die Grundgebühr der Parteientschädigung beträgt gemäss § 4 AnwGebV Fr. 29'065.– (exkl. MwSt). Hinzu kommt für die weiteren Rechtsschriften ein Zuschlag von 50%, was einen Betrag von Fr. 43'600.– ergibt. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend ist die Klägerin in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV zu verpflichten, dem Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 30'520.– zu bezahlen. Die Zusprechung von Mehrwertsteuer hat der Beklagte nicht beantragt (vgl. act. 17 S. 2 und act. 36 S. 2).

#### **Es wird erkannt:**

1. a) Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 4'843.40 netto nebst Zins zu 5% seit 25. August 2015 zu bezahlen.

In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Regionalen Betreibungsamtes [Ort] (Zahlungsbefehl vom 21. September 2015) aufgehoben.

b) Die Klage gemäss Ziff. 1 lit. b des Rechtsbegehrens der Klägerin wird abgewiesen.

c) Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 8'838.50 netto nebst Zins zu 5% seit 25. August 2015 zu bezahlen.

In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Regionalen Betreibungsamtes [Ort] (Zahlungsbefehl vom 21. September 2015) aufgehoben.

d) Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 106'666.50 (brutto=netto) nebst Zins zu 3% über dem positiven 1-Monats-Libor-Zinssatz betr. Schweizer Franken seit 25. August 2015 zu bezahlen.

In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Regionalen Betreibungsamtes [Ort] (Zahlungsbefehl vom 21. September 2017) aufgehoben.

e) Die Klage gemäss Ziff. 1 lit. e des Rechtsbegehrens der Klägerin wird abgewiesen.

f) Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 5'742.50 (brutto=netto) nebst Zins zu 5% seit 25. August 2015 zu bezahlen.

In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Regionalen Betreibungsamtes [Ort] (Zahlungsbefehl vom 21. September 2015) aufgehoben.

Im Mehrbetrag wird die Klage gemäss Ziff. 1 lit. f des Rechtsbegehrens abgewiesen.

2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 41'460.– festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin zu 85% und dem Beklagten zu 15% auferlegt.

Sie werden zunächst aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss bezogen.

Die Klägerin wird verpflichtet, der Gerichtskasse den noch offenen Betrag von Fr. 9'201.– nachzuzahlen.

Der Beklagte wird verpflichtet, der Gerichtskasse den Betrag von Fr. 6'219.– zu bezahlen.

4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 30'520.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein.
6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Zürich, 8. November 2017

ARBEITSGERICHT ZÜRICH  
1. Abteilung

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Maier

Dr. iur. A. Thiébaud