

# Arbeitsgericht Zürich

1. Abteilung



---

Geschäfts-Nr.: AN210006-L/U-anonymisiert

Mitwirkend: Präsidentin lic. iur. D. Maier als Vorsitzende, die Arbeitsrichterin lic. iur. M. Frauenfelder und der Arbeitsrichter Dr. iur. Th. Letsch sowie die Gerichtsschreiberin MLaw R. Moser

**Beschluss und Urteil vom 22. Juli 2022**  
[anonymisiert]

in Sachen

**A.\_\_\_\_,**  
Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2.\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_ Management Services AG,**  
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1.\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y2.\_\_\_\_

betreffend **Forderung/Zeugnis**

**Rechtsbegehren des Klägers:**

(act. 29 S. 2 ff.)

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 290'700.25 (brutto) zuzüglich 5% Zins seit dem 6. März 2019 sowie Fr. 91'958.35 (netto) zuzüglich 5% Zins seit dem 6. März 2019 zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 149'401.25 zu bezahlen, zuzüglich 5% Zins seit dem 6. März 2019.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger ein gutes und wohlwollendes Arbeitszeugnis in deutscher und englischer Sprache mit nachfolgendem Wortlaut auszustellen:

*[Zeugnistext]*

4. Es sei den Organen der Beklagten für den Fall der Nichtbeachtung des Befehls gemäss der Ziffern 3 die Bestrafung mit Busse wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB anzudrohen.
5. Unter Kosten und Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten der Beklagten.

**Rechtsbegehren der Beklagten**

(act. 34 S. 2)

1. Die Klage sei im Fr. 977.25 brutto und Fr. 1'405.60 netto nebst 5% Zins seit dem 6. März 2019 übersteigenden Betrag vollumfänglich abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.

**Erwägungen:**

**I. Prozessgeschichte**

1. Mit Eingabe vom 22. Februar 2021 (Datum Poststempel) liess der Kläger die vorliegende Klage mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren einreichen (act. 1). Die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich, Kreise 11 + 12, datiert vom 28. Januar 2021 (act. 3); die dreimonatige Frist zur Klageeinreichung (Art. 209 Abs. 3 ZPO) wurde gewahrt.

2. Mit Beschluss vom 5. März 2021 setzte das hiesige Gericht dem Kläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses sowie zur Einreichung der deutschen Übersetzung der von ihm eingereichten relevanten Beilagen an (act. 6). Nachdem der Kläger innert Frist den Kostenvorschuss geleistet hatte und die entsprechenden Übersetzungen eingereicht hatte (act. 8 und act. 9-11/4-20), wurde der Beklagten mit Präsidialverfügung vom 19. März 2021 Frist zur Erstattung der schriftlichen Klageantwort angesetzt (act. 13). Diese ging mit Datum vom 7. Juni 2021 (Datum Poststempel) samt Beilagen fristgerecht hierorts ein (act. 15-19/1-41).

3. Mit Präsidialverfügung vom 17. Juni 2022 wurde für Replik und Duplik ein Schriftenwechsel angeordnet, dem Kläger Frist zur schriftlichen Replik angesetzt sowie der Beklagten Frist angesetzt, um die von ihr eingereichten relevanten Beilagen in deutscher Übersetzung einzureichen (act. 20). Mit Eingabe vom 28. Juni 2021 reichte die Beklagte die deutschen Übersetzungen der Beilagen zur Klageantwort ein (act. 22–24/41a). Mit Eingabe vom 6. Juli 2021 zeigte der Kläger den Wechsel des Rechtsvertreters an und reichte eine Substitutionsvollmacht von Frau Rechtsanwältin lic. iur. X1. \_\_\_ an Herrn Rechtsanwalt Dr. iur. X2. \_\_\_ ein (act. 27-28). Mit Eingabe vom 30. August 2021 (Datum Poststempel) reichte der Kläger seine Replik ein (act. 29). Mit Präsidialverfügung vom 9. September 2021 wurde der Beklagten Frist zur Einreichung der Duplik angesetzt (act. 32). Mit Eingabe vom 9. November 2021 (Datum Poststempel) reichte die Beklagte ihre Duplik ein (act. 34).

4. Mit Präsidialverfügung vom 18. November 2021 wurde den Parteien Frist angesetzt, um dem Gericht mitzuteilen, ob sie auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichten (act. 37). Mit Eingabe vom 19. November 2021 (Datum Poststempel) beantragte der Kläger eine Fristansetzung zu einer Stellungnahme zu den Dupliknoven (act. 39). Mit Präsidialverfügung vom 22. November 2021 wurde dem Kläger Frist zur Stellungnahme zu den Dupliknoven angesetzt (act. 40). Mit Eingabe vom 7. Dezember 2021 erklärte der Kläger, dass er auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichte (act. 42). Mit Eingabe vom 17. Januar 2022 erstattete der Kläger die Stellungnahme zu den Dupliknoven (act. 46), welche der Beklagten am 25. Januar 2022 zugestellt wurde (act. 50 und

act. 51). Mit Eingabe vom 10. Februar 2022 erklärte die Beklagte innert erstreckter Frist, dass sie auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichte (act. 52). Die Beklagte liess sich zu allfälligen Noven innert angemessener Frist nicht mehr vernehmen.

Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## **II. Prozessuales**

### **1. Klagereduktion und teilweiser Klagerückzug**

1.1 Vor dem Friedensrichter und mit der vorliegenden Klage stellte der Kläger zunächst dieselben Rechtsbegehren. Mit Rechtsbegehren Ziffer 1 forderte der Kläger die Bezahlung von Fr. 503'550.15 (brutto) zuzüglich 5% Zins seit dem 6. März 2019 sowie Fr. 14'100.– (Entschädigung für zugesicherte Schulgelder, mithin brutto für netto) und mit Rechtsbegehren Ziffer 2 die Bezahlung von Fr. 149'401.25 zuzüglich 5% Zins seit dem 6. März 2019 (Schadenersatz wegen ungerechtfertigter fristloser Entschädigung, mithin brutto für netto), sowie weitere Rechtsbegehren (act. 1 S. 2 ff., Rz. 32 ff., Rz. 34).

1.2 Mit der Replik reduzierte der Kläger Rechtsbegehren Ziffer 1 auf Fr. 290'700.25 (brutto) zuzüglich 5% Zins seit dem 6. März 2019 sowie Fr. 91'958.35 (brutto für netto) zuzüglich 5% Zins seit dem 6. März 2019, wobei die übrigen Rechtsbegehren mit Ausnahme der Präzisierung von Rechtsbegehren Ziffer 4 unverändert blieben (act. 29 S. 2 ff., Rz. 12). Damit reduzierte der Kläger sein Rechtsbegehren Ziffer 1 im Bruttobetrag und erhöhte es im Nettobetrag, wobei insgesamt eine Klagereduktion resultiert. Die Differenz im Nettobetrag sei entstanden, da der Kläger mit der Klage Brutto- und Nettobeträge vermischt habe. Der Betrag von Fr. 503'555.15 habe Teilbeträge enthalten, welcher keine Bruttobeträge sondern Nettobeträge sind. Es gehe namentlich um Ausbildungszulagen, Repräsentationspesen und Entschädigungen im Zusammenhang mit dem Management Incentive Plan MIP, welche immer netto ausbezahlt worden seien. Bei den übrigen Forderungen (insbesondere Ersatz für Lohn, Rückvergütungen Krankenkasse, PK-Zahlungen, Bonus und Entschädigungen für Ferienansprüche) ge-

he es um Bruttobeträge. Vom Gesamtbetrag (Fr. 503'555.15 und Fr. 14'100.–) zog der Kläger Vergütungen ab, die er im relevanten Zeitraum von der E.\_\_\_\_AG erhalten habe. Sodann hielt der Kläger an dem in der Klage im Zusammenhang mit dem MIP 16 und MIP 17 geltend gemachten Fr. 97'096.50 nicht mehr fest (act. 1 Rz. 20, act. 29 Rz. 12 f.). Der Kläger führte die reduzierten Beträge tabellarisch auf; wobei er Brutto- und Nettobeträge unterschied (act. 31/29, act. 29 Rz. 13).

1.3 Die Beklagte erklärte in der Duplik, sie begrüsse die Präzisierungen des Klägers und vor allem die Anerkennung, dass von seiner ursprünglichen Forderung die Vergütungen der E.\_\_\_\_AG und der Arbeitslosenkasse abzuziehen seien sowie das Absehen von der Forderung der Fr. 97'096.50. Die tabellarische klägerische Berechnung wurde von der Beklagten nicht in Abrede gestellt (act. 34 Rz. 104), weshalb darauf abzustellen ist. Zur Ermittlung der Klagereduktion ist aus den Bruttobeträgen sowie den Brutto-für-Netto-Beträgen des ursprünglichen Rechtsbegehrens 1 eine Summe zu bilden und davon die Beträge des neuen Rechtsbegehrens 1 zu subtrahieren. Die Klage wurde vorliegend im Umfang von Fr. 134'991.55 brutto (Fr. 503'550.15 brutto + Fr. 14'100.– brutto für netto – Fr. 290'700.25 brutto – Fr. 91'958.35 brutto für netto) reduziert.

1.4 Gemäss Art. 227 Abs. 3 ZPO ist eine Beschränkung der Klage jederzeit zulässig, wobei die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts bestehen bleibt. Die Reduktion und der Verzicht bedeuten einen teilweisen Klagerückzug. Dieser hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids. Das Verfahren ist somit bezüglich Rechtsbegehren Ziffer 1 im Umfang von **Fr. 134'991.55 brutto** als durch Rückzug erledigt abzuschreiben (Art. 241 Abs. 2 und 3 ZPO).

## 2. Teilweise Klageanerkennung

2.1 Der Kläger fordert den Ersatz jenes Schadens, welcher ihm aufgrund nicht bezahlter Arbeitgeberbeiträge an die berufliche Vorsorge erwachsen sei, weil das Vorsorgeverhältnis per 31. März 2019 zu Ende gegangen sei. Der Beitrag der beruflichen Vorsorge sei nach dem Reglement der Pensionskasse und Ergänzungsversicherung anteilmässig vom Arbeitgeber zu bezahlen. Gemäss Pensionskas-

senreglement betrage der Beitrag des Arbeitgebers 13.8% abzgl. 4.2% Risikovor-  
sorge, somit 9.6%, und gemäss Ergänzungsreglement betrage der Beitrag 21.6%  
vom versicherten Lohn bei Mitarbeitern im Alter von 54 Jahren. Der Kläger fordert  
den vollen Arbeitgeberbeitrag für die Monate April bis und mit September 2019 in  
der Höhe von jeweils Fr. 812.50 (Pensionskassenzahlungen) und Fr. 5'179.50  
(Ergänzungsversicherung), was einem Gesamtbetrag von Fr. 35'952.– entspre-  
che. Da die Ergänzungsversicherungen bis Januar 2019 nur Fr. 4'338.– betragen  
hätten und die Beklagte den Lohn des Klägers im Februar und März 2019 fälsch-  
licherweise noch nicht für Zahlungen betreffend die Ergänzungsversicherung be-  
rücksichtigt habe, erhöhe sich der Betrag für den Monat Februar und März 2019  
noch um die Differenz von Fr. 1'683.–, mithin um Fr. 11'984.– (act. 1 Rz. 22 f.)

2.2 Die Beklagte führte in der Klageantwort aus, sie habe die aus dem Arbeits-  
vertrag bis zum 5. März 2019 geschuldeten Leistungen vollständig erbracht, mit  
Ausnahme eines aufgrund des höheren Lohnes noch ausstehenden Differenzbe-  
trages der Ergänzungsversicherung der Pensionskasse für den Zeitraum vom  
1. Februar bis 5. März 2019 sowie von Schulkosten der Tochter des Klägers vom  
16. Februar bis 5. März 2019 (act. 15 Rz. 74). In der Duplik erklärte die Beklagte  
sodann die teilweise Klageanerkennung über die klägerischen Forderung in Höhe  
von Fr. 977.25 brutto für den ausstehenden Differenzbetrag der Ergänzungsversi-  
cherung der Pensionskasse für den Zeitraum vom 1. Februar bis 5. März 2019.  
Ebenso erklärte die Beklagte die teilweise Klageanerkennung in Höhe von  
Fr. 1'405.60 netto für die Schulkosten der Tochter des Klägers für den Zeitraum  
vom 16. Februar bis 5. März 2019 (act. 34 Rz. 12, Rz. 105).

2.3 Die Klageanerkennung hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids  
(Art. 241 Abs. 2 ZPO). Da die Beklagte für den Monat Februar 2019 und die Tage  
bis zum 5. März 2019 einen Betrag anerkannt hat, bei welchem es sich um einen  
prozentualen Anteil am versicherten Lohn des Klägers handelt, hat sie gleichsam  
den Nettobetrag anerkannt. Im Betrag von **Fr. 977.25** und **Fr. 1'405.60 netto** ist  
Rechtsbegehren Ziffer 1 als durch Anerkennung der Klage erledigt abzuschrei-  
ben.

### 3. Zuständigkeit betreffend Ausbildungszulagen

3.1 Die Beklagte stellt sich auf dem Standpunkt, auf die geforderte Zahlung von Ausbildungszulagen sei wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts nicht einzutreten (act. 15 Rz. 13 f., Rz. 90 ff., Rz. 126).

3.2 Der Kläger ist der Ansicht, das angerufene Gericht sei auch im Zusammenhang mit den Ausbildungszulagen zuständig. Er verlange nämlich von der Beklagten nicht die Zahlung von Ausbildungszulagen, sondern Ersatz für Ausbildungszulagen. Ab 6. März 2019 habe er im Umfang von Fr. 247.65 leicht tiefere Ausbildungszulagen erhalten, als er erhalten hätte, wenn die Beklagte das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist gekündigt hätte (act. 29 Rz. 2, Rz. 113).

3.3 Das Arbeitsgericht ist – als Zivilgericht – nicht zuständig für die Zusprechung von sozialversicherungsrechtlichen Leistungen (u.a. Ausbildungszulagen). Vorliegend macht der Kläger aber nicht die unmittelbare Zahlung der Ausbildungszulagen geltend, sondern Schadenersatz für Ausbildungszulagen, die er als Folge der fristlosen Entlassung nicht erhalten habe. Die Schadenersatzforderung ist eine mit dem Arbeitsverhältnis konnexe Forderung und das angerufene Gericht ist dafür sachlich zuständig. Auf die Klage ist diesbezüglich einzutreten.

### 4. Arbeitszeugnis

4.1 Gemäss Art. 330a OR hat der Arbeitnehmer jederzeit Anspruch auf ein Zeugnis, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht (Abs. 1). Der Zweck des Arbeitszeugnisses besteht einerseits darin, das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers zu fördern und muss deshalb grundsätzlich wohlwollend formuliert werden. Andererseits soll es künftigen Arbeitgebern ein möglichst getreues Abbild von Tätigkeit, Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers geben, weshalb es grundsätzlich wahr und vollständig zu sein hat (BGE 136 III 510 E. 4.1).

4.2 Der Anspruch auf Ausstellung eines Zeugnisses kann aber vorübergehend sistiert sein, wenn die nahe Gefahr eines falschen Inhalts besteht. So ist der Arbeitgeber beispielsweise während einer Strafuntersuchung gegen einen Arbeitnehmer wegen Verdachts einer Straftat zu Lasten des Arbeitgebers grundsätzlich nicht zur Ausstellung eines Zeugnisses verpflichtet. Ohne vollständige Abklärung des Sachverhalts, der Gegenstand der Strafuntersuchung bildet, besteht die Gefahr, dass wesentliche Tatsachen ausgelassen werden und ein unzutreffendes Bild der Leistung bzw. Verhaltens entsteht (PORTMANN/RUDOLPH in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], BSK OR I, 6. Auflage, Basel 2015, Art. 330a N 2; vgl. auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 330a N 2).

4.3 Der Kläger verlangt mit den Rechtsbegehren Ziffer 3 und 4 die Aus- und Zustellung eines Arbeitszeugnisses unter Strafandrohung, wobei er einen konkret formulierten Zeugnisevorschlag macht. Diesem widersetzt sich die Beklagte unter Hinweis auf das Wahrheits- und Vollständigkeitsgebot.

4.4 Die Parteien stimmen darin überein, dass die Beklagte gegen den Kläger in der Schweiz und in [Staat in Europa] Strafanzeige erstattet hat und diesem gegenüber den Vorwurf von schwerwiegenden Verfehlungen im Zusammenhang mit dem Projekt D.\_\_\_\_ erhoben hat. Die gegen den Kläger eröffneten Strafuntersuchungen laufen derzeit noch (act. 29 Rz. 40, act. 34 Rz. 125, act. 46 Rz. 111).

4.5 Angesichts der laufenden Strafverfahren ist der Arbeitgeber (noch) nicht zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses verpflichtet. Ohne definitive Abklärung der Vorwürfe besteht die Gefahr, dass im vom Kläger geforderten Arbeitszeugnis wesentliche Tatsachen ausgelassen werden, was angesichts der Wahrheitspflicht im Hinblick auf potentielle Arbeitgeber nicht sein darf. Bis zum rechtskräftigen Abschluss der Strafverfahren ist auf die Rechtsbegehren Ziffer 3 und 4 nicht einzutreten. Es bleibt dem Kläger unbenommen, die Sache nach rechtskräftiger Erledigung der Strafverfahren wieder einzubringen.

### III. Unbestrittener Sachverhalt

1. Die Beklagte bezweckt die Erbringung von Management-Dienstleistungen, vornehmlich für die Gesellschaften des B.\_\_\_\_-Konzerns sowie den Handel mit Produkten, Systemen und Anlagen auf den Gebieten der [Branche] (act. 5/2).
2. Der Kläger war nach dem Abschluss seines Diplomstudiums in [Fachrichtung] seit dem 8. Juli 1991 ununterbrochen für die B.\_\_\_\_-Gruppe in verschiedenen Ländern tätig (act. 1 Rz. 5; act. 15 Rz. 128).
3. Am 1. Juni 2013 trat der Kläger bei der Beklagten als *F.\_\_\_\_Manager* für die *G.\_\_\_\_Automation* im Rang eines *Vice President* ein. Die vom Kläger geleitete *G.\_\_\_\_Automation* war Teil der *Business Unit* (BU) *AK.2\_\_\_\_* der B.\_\_\_\_. Ihm unterstellt waren die Mitarbeitenden der *G.\_\_\_\_Automation*, inklusive die Mitarbeitenden der *Local Business Units* (LBU) der B.\_\_\_\_ mit Bezug auf Sachverhalte, die die *G.\_\_\_\_Automation* betrafen. Die Funktion *F.\_\_\_\_Manager* der *G.\_\_\_\_Automation* hatte der Kläger bis Januar 2019 inne (act. 1 Rz. 5 ff.; act. 15 Rz. 16 f.; act. 29 Rz. 49 f.; act. 5/4; act. 19/1).
4. Per 1. Februar 2019 wurde der Kläger zum *Hub Business Unit* (HBU) Manager für Zentral- und Südeuropa befördert. Diese Funktion entsprach dem Rang eines *Senior Vice President*. Ab dem 1. Februar 2019 hatte der Kläger Anspruch auf einen Jahreslohn in Höhe von Fr. 330'600.– brutto zuzüglich einer jährlichen Repräsentationszulage von Fr. 18'000.–. Hinzu kam ein Ökobonus im Sinne eines monatlichen Beitrages zum öffentlichen Verkehr und eine monatliche Krankenkassenrückvergütung. Zudem hat die Beklagte dem Kläger die Deckung der Schulkosten seiner Kinder bis zum Abschluss des Gymnasiums zugesichert. Zusätzlich bezahlte die Beklagte einen Bonus gemäss der entsprechenden B.\_\_\_\_ Group Policy und teilte dem Kläger Optionen bzw. *Warrant Appreciation Rights* (WARs) gemäss dem sog. *B.\_\_\_\_ Management Incentive Program* (MIP) zu (act. 15 Rz. 18 ff.; act. 29 Rz. 34 f., Rz. 49 f., Rz. 110; act. 34 Rz. 131, Rz. 178; act. 24/2a; act. 31/29).

5. Die staatliche AL.\_\_\_\_-Gesellschaft C.\_\_\_\_ in ...[Staat Z] entschied sich, ein neues AK.1\_\_\_\_ zu bauen (sog. D.\_\_\_\_-AK.\_\_\_\_). Eines der wichtigsten Bestandteile des D.\_\_\_\_-AK.\_\_\_\_ ist das *Control and Instrumentation System* (C&I-System, übersetzt: Steuerung und Instrumentierung). Nach Durchführung eines ersten Vergabeverfahrens vergab die C.\_\_\_\_ die C&I-Arbeiten im Jahr 2010 an die Firma H.\_\_\_\_. Ab Mitte 2013 erwog die C.\_\_\_\_ eine Neuvergabe der C&I-Arbeiten. Im März 2015 konnte sich die B.\_\_\_\_[in Staat Z] den Zuschlag für die C&I-Arbeiten sichern, und am 13. März 2015 wurde der entsprechenden Vertrag zwischen B.\_\_\_\_[in Staat Z] und C.\_\_\_\_ unterzeichnet (act. 34 Rz. 27, unbestritten in act. 46 Rz. 30). Abgewickelt wurde der Auftrag durch ein Konsortium bestehend aus B.\_\_\_\_[in Staat Z], der deutschen B.\_\_\_\_ AG (DE B.\_\_\_\_), der italienischen B.\_\_\_\_ S.p.A. (IT-B.\_\_\_\_) und der schweizerischen B.\_\_\_\_ Limited (B.\_\_\_\_-ZH). Die B.\_\_\_\_[in Staat Z] war für den Kontakt zur C.\_\_\_\_, für die Anlagesysteme und die Errichtung der Anlage verantwortlich. Die B.\_\_\_\_ Deutschland konzentrierte sich auf den Bereich [Bezeichnung]. Die B.\_\_\_\_ Italien war die technische Leiterin des B.\_\_\_\_-Konsortiums und übernahm verschiedene Arbeiten für das C&I System. Die B.\_\_\_\_ Zürich gewährte die erforderliche Management-Unterstützung. Das D.\_\_\_\_-Projekt war damals eines der grössten und wichtigsten Projekte der Geschäftseinheit *BU AK.2\_\_\_\_*. Der Wert der an B.\_\_\_\_ vergebenen Arbeiten belief sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf ...[Währung des Staates Z] ... [Betrag] Milliarden bzw. damals rund Fr. 152 Millionen (act. 1 Rz. 9, Rz. 16; act. 15 Rz. 23 ff.; act. 29 Rz. 51 f.; act. 34 Rz. 27, Rz. 132 f., act. 46 Rz. 30).

6. Im Zusammenhang mit dem D.\_\_\_\_-Projekt kam es zu einem Korruptions-skandal. Mit Artikel vom 26. März 2017 berichtete die [Wochenzeitung des Staates Z] über Bestechungs- und Korruptionsvorwürfe gegen am D.\_\_\_\_-Projekt involvierte Personen (act. 19/15 = act. 24/15a). Die B.\_\_\_\_ erhielt im Jahr 2017 von den Bestechungs- und Korruptionsvorwürfen Kenntnis. Zur Abklärung dieser Vorwürfe folgten seitens der B.\_\_\_\_-Konzernabteilung *Office of Special Investigation* daraufhin grenzüberschreitende interne Untersuchungshandlungen, die nach ersten Abklärungen unter Einbezug von externen Anwälten ausgeweitet wurden. Vom Investigations-Team der B.\_\_\_\_ wurden zahlreiche am D.\_\_\_\_-Projekt beteiligte B.\_\_\_\_-Mitarbeitende befragt und hunderttausende E-Mail und Dokumente analy-

siert. Auch der Kläger wurde zwei Mal befragt: Die erste Befragung erfolgte am 6. Juli 2017. Die zweite Befragung fand am 22. Februar 2019 statt (act. 1 Rz. 10; act. 15 Rz. 34 und 72; act. 29 Rz. 15 ff., Rz. 96 ff.; act. 34 Rz. 46; act. 46 Rz. 45 ff., Rz. 98 ff.).

7. Die im Rahmen der internen Untersuchungshandlungen gefundenen Dokumente sowie die von B.\_\_\_\_ durchgeführten Befragungen der Mitarbeitenden ergaben, dass korrupte Vorgänge um das D.\_\_\_\_-Projekt stattgefunden hatten. So hatten B.\_\_\_\_-Mitarbeitende leitenden C.\_\_\_\_-Funktionären über zwei von der B.\_\_\_\_ beigezogene Subunternehmerinnen finanzielle Vorteile verschafft. Infolge des Korruptionsskandals kam es zu Strafuntersuchungen. In den USA, [Staat in Europa] und in der Schweiz sind Strafverfahren nach wie vor hängig. Die Beklagte erstattete in der Schweiz und in [Staat in Europa] Strafanzeige gegen den Kläger, woraufhin gegen ihn Strafuntersuchungen eröffnet wurden, die immer noch laufen (act. 29 Rz. 40, act. 34 Rz. 125, act. 46 Rz. 111). Das Strafverfahren der ...[Ermittlungseinheit in Staat Z] konnte abgeschlossen werden, indem sich die B.\_\_\_\_[in Staat Z] im Dezember 2020 mit C.\_\_\_\_ und der ...[Ermittlungseinheit in Staat Z] auf einen Vergleich einigte. Im Rahmen dieses Vergleichs anerkannte die B.\_\_\_\_[in Staat Z] die eigene Verantwortung im Rahmen des D.\_\_\_\_-Korruptionsskandals und zahlte rund ...[Währung des Staates Z] ...[Betrag] Milliarden (entspricht rund Fr. 99.57 Millionen) an die C.\_\_\_\_ (act. 15 Rz. 34 ff.; act. 29 Rz. 39 ff.; act. 34 Rz. 47 f., Rz. 112 und Rz. 125; act. 46 Rz. 49 ff.)

8. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger mit Schreiben vom 5. März 2019 fristlos (act. 1 Rz. 10; act. 15 Rz. 73; act. 5/9). Daraufhin bestritt der Kläger mit Schreiben vom 12. März 2019 die Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung und verlangte gleichzeitig die schriftliche Begründung der Kündigung im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR (act. 5/9). In ihrer Kündigungsbegründung vom 22. März 2019 schrieb die Beklagte dem Kläger wörtlich das Folgende (act. 5/11):

"(...)

Ihrem Klienten oblag als Head of G.\_\_\_\_Automation, eine Position, die Ihr Klient bis Januar 2019 inne hatte, die Aufsicht und Überwachung der ihm unterstellten Mitarbeiter und der in seiner Abtei-

lung abgewickelten Projekte. Zu diesen Projekten zählt u.a. das Projekt D.\_\_\_\_ in ...[Staat Z], in dessen Zusammenhang Korruptionsvorwürfe gegen unsere Mandantin erhoben wurden, die auf unerlaubte Verhaltensweisen von Mitarbeitern zurückzuführen sind, die u.a. unter der Aufsicht und Überwachung Ihres Klienten standen. Diese Vorwürfe lösten interne und behördliche Untersuchungen aus, die für unsere Mandantin weitreichende Konsequenzen haben, insbesondere sehr grossen Reputations- und materiellen Schaden. Ihr Mandant hat nicht nur seine Aufsichts- und Überwachungspflichten aufs Gröbste vernachlässigt, sondern musste von den Machenschaften gewusst haben und ist seinen Meldepflichten gegenüber seiner Arbeitgeberin pflichtwidrig nicht nachgekommen. Unsere Mandantin kann nicht ausschliessen, dass Ihr Mandant direkt an den unerlaubten Verhaltensweisen beteiligt war.

Diese Erkenntnisse führten zu einer sehr schweren Belastung des Vertrauensverhältnisses und zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Zusammenarbeit. Unter diesen Umständen war unserer Mandantin nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar, weshalb sie das Arbeitsverhältnis fristlos aufgelöst hat.

Unsere Mandantin behält sich das Naschschieben von Kündigungsgründen sowie weitere rechtliche Schritte gegen Ihren Mandanten ausdrücklich vor.

(...)"

9. Der Kläger bezog nach der fristlosen Kündigung in den Monaten März bis Juli 2019 Leistungen der Unia Arbeitslosenkasse (act. 15 Rz. 96; act. 29 Rz. 115 ff.; act. 19/39).

10. Im Juli 2019 trat der Kläger eine neue Stelle bei der E.\_\_\_\_AG als *Senior Project Manager* an (act. 15 Rz. 89, Rz. 100; act. 29 Rz. 111; act. 31/24-26).

#### **IV. Fristlose Kündigung**

##### **1. Parteivorbringen**

##### **1.1 Vorbringen des Klägers**

1.1.1 Der Kläger steht zusammengefasst auf dem Standpunkt, dass die fristlose Kündigung vom 5. März 2019 ohne wichtigen Grund erfolgt und damit ungerechtfertigt sei. Die pauschalen Behauptungen der Beklagten in der Kündigungsbegründung seien nicht zutreffend. Der Kläger habe sich nie irgendwelche Verfehlungen zu Schulden kommen lassen. Er habe im Zeitpunkt seiner Kündigung parallel für ca. 250 aktive Grossprojekte der B.\_\_\_\_ in 25 verschiedenen Ländern ge-

arbeitet, unter anderem für das ...[Staat Z] Projekt D.\_\_\_. Auch im Zusammenhang mit dem D.\_\_\_-Projekt sei er an keinerlei unerlaubten Handlungen beteiligt gewesen und habe keinerlei Kenntnis von angeblicher Korruption gehabt. Er habe trotz ordnungsgemässer Erfüllung seiner Pflichten keine Kenntnis davon haben können, da es ihm nicht möglich gewesen sei, ununterbrochen in ...[Staat Z] vor Ort zu sein. Die pauschalen Behauptungen der Beklagten in der Kündigungsbeurteilung seien nicht zutreffend. Das Projekt D.\_\_\_ sei von der Beklagten permanent überprüft worden und habe unter ihrer ständigen Beaufsichtigung gestanden. Der Kläger habe durchaus mit weiteren Personen eine tragende Rolle innegehabt, er sei aber nicht alleine dafür verantwortlich gewesen. Er habe stets ordnungsgemäss im Wissen und mit der Zustimmung der Beklagten unter Beachtung der gesetzlichen Vorgaben und Richtlinien der Beklagten gehandelt. Es verstehe sich von selbst, dass er täglich dutzende von E-Mails erhalten habe. Es sei nichts Ungewöhnliches, dass einzelne Projektmitarbeiter den Kläger in ihre E-Mail-Korrespondenz hineinkopiert hätten. Das Projekt D.\_\_\_ sei wegen der Grösse und Wichtigkeit für die BU AK.2\_\_\_ nicht im Kompetenzbereich des Klägers, sondern eine bzw. sogar zwei Hierarchiestufen über dem Kläger auf Ebene der Division angesiedelt gewesen. Für das Tender-Verfahren sei ein Ausschuss (sog. BU STECO bzw. *steering committee*) gebildet worden. I.\_\_\_ und der Kläger seien gewöhnliche Mitglieder des BU STECO gewesen. Der Kläger sei nie Vorsitzender des BU STECO gewesen. Die Beklagte lasse die Doppelrolle von J.\_\_\_ als gewöhnliches Mitglied und als spezieller Vertreter ("Representative") des BU STECO unerwähnt. Vorsitzender des BU STECO sei der jeweilige Vorgesetzte des Klägers, anfänglich K.\_\_\_ und später L.\_\_\_, gewesen. Es sei falsch, den Kläger auf höchster Managementstufe zu den Hauptverantwortlichen des D.\_\_\_-Projekts zu zählen. In der Angebotsphase sei das Projekt und alle Entscheidungsgrundlagen (Umfang, Risiken, Terminplan, Kalkulation mit Margen usw.) den Entscheidungsträgern, namentlich K.\_\_\_ und M.\_\_\_, präsentiert worden. Der Kläger habe nicht zu den Entscheidungsträgern gehört. Seine Entscheidungsbefugnis sei nämlich auf USD 5 Mio. beschränkt gewesen, während die Entscheidungsbefugnisse von K.\_\_\_ und M.\_\_\_ USD 25 bzw. USD 300 Mio. betragen habe. Über noch grössere Projekte habe der CEO oder der Verwaltungsrat ent-

schieden. In der Abwicklungsphase habe es monatliche Project Reviews gegeben, die vom Project Director vorbereitet worden seien. Project Director des Projekts D.\_\_\_\_ sei anfänglich N.\_\_\_\_, anschliessend O.\_\_\_\_ und am Ende P.\_\_\_\_ gewesen. Der BU Manager L.\_\_\_\_ sei an den Project Reviews meistens, sein Controller immer anwesend gewesen. Alle drei Monate sei zudem ein Project Review an den Leiter der Division M.\_\_\_\_ bzw. an dessen Nachfolger Q.\_\_\_\_ erfolgt. Diese hätten direkt an den CEO R.\_\_\_\_ rapportiert. Es sei falsch, dass der Kläger Personalverantwortung für S.\_\_\_\_ und T.\_\_\_\_ gehabt habe und diese an ihn rapportiert hätten. S.\_\_\_\_ habe an die Vertriebsleitung der deutschen Geschäftseinheit rapportiert. T.\_\_\_\_ habe an K.\_\_\_\_ und später an L.\_\_\_\_ rapportiert. Die Beklagte unterschlage die Rolle und das Involvement von K.\_\_\_\_. An allen Besprechungen mit C.\_\_\_\_, an welchen der Kläger teilgenommen habe, seien noch andere B.\_\_\_\_-Vertreter anwesend gewesen, meistens der B.\_\_\_\_ Country Manager U.\_\_\_\_ oder der Vorgesetzte des Klägers, L.\_\_\_\_. Der Kläger habe nie einen C.\_\_\_\_-Vertreter allein getroffen. Dass der Kläger in leitender Funktion in das Projekt D.\_\_\_\_ involviert gewesen sei, sei der Beförderung per 1. Februar 2019 zum *HBU Manager* für Zentral- und Südeuropa nicht entgegen gestanden. Gemäss allgemeiner Lebenserfahrung würden Mitarbeiter, die in korrupte Vorgänge involviert seien und sich unkooperativ verhielten, nicht befördert. Die Beklagte vermöge nicht zu erklären, weshalb nur gerade gut 5 Wochen nach der Beförderung eine weitere Zusammenarbeit mit dem Kläger nicht mehr zumutbar gewesen sei. Die Beklagte könne keine Umstände aufführen, die nach dem 1. Februar 2019 eingetreten seien oder welche sie nach dem 1. Februar 2019 entdeckt habe und welche die Fortführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar gemacht hätten (act. 1 Rz. 9 ff.; act. 29 Rz. 27 ff., Rz. 44, Rz. 49, Rz. 53 ff.; act. 46 Rz. 3 f., Rz. 26, Rz. 52 ff., Rz. 56 ff., Rz. 60 ff., Rz. 106).

1.1.2 Der Kläger steht insbesondere auch auf dem Standpunkt, die fristlose Kündigung sei zu spät erfolgt. Die B.\_\_\_\_ habe im Zusammenhang mit dem Projekt D.\_\_\_\_ zwei interne Untersuchungen durchgeführt und in deren Rahmen diverse Mitarbeiter befragt. Es sei unzutreffend, dass es sich um eine einzige interne Untersuchung gehandelt habe. Der erste Befragungstermin vom 6. Juli 2017 sei nicht kurz nach Beginn der Untersuchung gewesen, sondern die interne Un-

tersuchung sei Anfang 2017 eröffnet worden und der Kläger sei als eine der letzten Personen im Rahmen der ersten internen Untersuchung befragt worden. Die erste Untersuchung sei nach ca. einem Jahr ergebnislos beendet worden. Es bleibe von der Beklagten unerklärt, welche zusätzlichen Erkenntnisse sie nach der Befragung vom 22. Februar 2019 gewonnen habe. Auch die von der Beklagten heute als relevant betrachteten E-Mails seien schon längst untersucht worden. Es sei völlig ausgeschlossen, dass die B.\_\_\_\_ die Vielzahl an E-Mails und Dokumenten erst nach dem 22. Februar 2019 ausgewertet habe. Es sei offensichtlich, dass die Beklagte nicht nur nachträglich einen wichtigen Grund für die fristlose Kündigung zu konstruieren versuche, sondern darüber hinaus auch noch den zeitlichen Ablauf durcheinander bringe, um zu verschleiern, dass sie viel zu spät auf den angeblichen wichtigen Grund reagiert habe. Der Kläger habe anlässlich der Befragungen am 6. Juli 2017 und 22. Februar 2019 vollumfänglich kooperiert sowie umfassend und konsistent Auskunft gegeben. Die Beklagte vermöge die angeblich wahrheitswidrigen Antworten und die unterbliebene Kooperation des Klägers nicht zu substantiieren. Es sei notorisch, dass über interne Untersuchungen schriftliche Berichte verfasst würden. Die Befragung vom 22. Februar 2019 sei protokolliert worden. Die Beklagte wolle die internen Untersuchungsberichte und das Protokoll aber offensichtlich nicht edieren. Die Beklagte könne weder angeben, welche konkreten Aussagen des Klägers sie nach der Befragung vom 22. Februar 2019 ausgewertet habe, noch auf welche Erkenntnisse der internen Untersuchung sie Bezug genommen habe. Die Befragung vom 22. Februar 2019 habe überhaupt nichts Neues ans Licht gebracht, was nicht bereits früher bekannt gewesen sei. Die Beklagte habe auch nach der Befragung vom 22. Februar 2019 überhaupt nichts ausgewertet. Erst 12 Tage später sei dem Kläger mit Kündigungsschreiben vom 5. März 2019 ungerechtfertigt fristlos gekündigt worden (act. 1 Rz. 10, act. 29 Rz. 15 f., 0, Rz. 20, Rz. 22 ff., Rz. 33, Rz. 36, Rz. 49 f.; Rz. 96, act. 46 Rz. 5 ff., Rz. 42 ff., Rz. 100).

1.1.3 Der Kläger weise die Unterstellung der Beklagten, dass er Warnhinweise ignoriert habe, in aller Form zurück. Sechs der 18 E-Mails seien weder an den Kläger gerichtet, noch stammten sie vom Kläger. Das verbleibende Dutzend der E-Mails würdige die Beklagte retrospektiv, verbinde diese nachträglich mitei-

nander und stelle sie mit viel Phantasie in einen Zusammenhang mit einer angeblichen Konspiration. Der Kläger habe keine arbeitsrechtlichen Pflichten verletzt. Wenn der Kläger arbeitsrechtliche Pflichten verletzt hätte, dann müsse die Beklagte diese Verletzung nachweisen und darlegen, wann sie diese entdeckt habe. Beides gelinge der Beklagten nicht. Die angeblichen Pflichtverletzungen müssten vor dem – nach Ansicht der Beklagten zu Unrecht erfolgten – Zuschlag der C.\_\_\_\_ an die B.\_\_\_\_ vom 9. März 2015 erfolgt sein. Die B.\_\_\_\_ habe den Sachverhalt seit Anfang 2017 untersucht. Die fristlose Kündigung sei erst am 5. März 2019 erfolgt und sei eine verspätete Reaktion. Die Beklagte wolle die internen Untersuchungsberichte nicht offenlegen, weil dadurch noch offensichtlicher würde, dass es erstens am wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung des Klägers gefehlt habe und dass zweitens ihre Reaktion auf den angeblichen wichtigen Grund viel zu spät erfolgt sei. Vorliegend wäre die Reaktion der Beklagten am 5. März 2019 selbst dann verspätet gewesen, wenn die vom Kläger am 22. Februar 2019 gemachten Aussagen Grund für die fristlose Entlassung gewesen wären (act. 29 Rz. 24, Rz. 63 ff., Rz. 97 f., Rz. 108; act. 46 Rz. 6 ff., Rz. 67 ff.).

1.1.4 Das Schreiben der B.\_\_\_\_ zum Bonus des Klägers für das Jahr 2018, welches er erst Ende April 2019 erhalten habe und worin explizit für seine Arbeit und seine Hingabe gedankt werde, zeuge davon, dass das Vertrauensverhältnis zu ihm mangels Verfehlungen gar nicht schwer belastet gewesen sein konnte. Es sei davon auszugehen, dass die Beklagte dem Kläger trotz seiner langjährigen und tadellosen Tätigkeit ohne jegliche Vorwarnung gekündigt habe, um gegenüber den Untersuchungsbehörden besser dastehen zu können. Die Beklagte habe im März 2019 wegen des Projekts D.\_\_\_\_ bei der amerikanischen Security Exchange Commission und beim amerikanischen Department of Justice sowie in ...[Staat Z] eine Selbstanzeige eingereicht und Rückstellungen in dreistelliger Millionenhöhe in US-Dollar gemacht. Die Beklagte habe ein grosses Interesse an der Nennung von (angeblich) Schuldigen im Rahmen solcher Selbstanzeigen, um sich vor hohen Strafzahlungen zu schützen. Gemäss der Praxis der Securities and Exchange Commission müssten selbstanzeigende Unternehmen, unter anderem mindestens eine Disziplinierung bzw. mindestens eine Entlassung eines mutmasslichen fehlbaren Mitarbeiters nachweisen, um bei den amerikanischen

Behörden nach einer Selbstanzeige als "kooperativ" zu gelten (Stichwort "individual accountability for corporate wrongdoing"). Die B.\_\_\_\_ habe entschieden, das Topmanagement (an welches die Risk und Project Reviews gerichtet worden seien) und die Projektmitarbeiter (welche die Risk und Project Reviews vorbereitet hätten) zu schützen und stattdessen dem Kläger – welcher gewissermaßen dem mittleren Management angehört und zwar eine gewisse Verantwortung für das D.\_\_\_\_-Projekt inne gehabt habe, jedoch nicht alleine – als Bauernopfer zu kündigen. Es sei ein Fakt, dass die fristlose Kündigung des Klägers nichts mit den angeblichen Handlungen und Unterlassungen zu tun gehabt habe, welche – wenn es sie gegeben hätte – vor 2017 erfolgt wären und bereits ab 2017 untersucht worden seien. Die Beklagte habe am 22. Februar 2019 nur pro forma noch eine Befragung durchgeführt (act. 1 Rz. 14 ff.; act. 29 Rz. 37 f., Rz. 107; act. 46 Rz. 7, Rz. 42, Rz. 100 ff.; act. 5/14; act. 5/15).

## 1.2 Vorbringen der Beklagten

1.2.1 Nach Ansicht der Beklagten sei die fristlose Kündigung vom 5. März 2019 aus wichtigem Grund erfolgt und gerechtfertigt gewesen. Die Beklagte bringt vor, dass der Kläger die Verantwortung für das D.\_\_\_\_-Projekt getragen habe. Er sei als *F.\_\_\_\_ Manager der G.\_\_\_\_ Automation* Mitglied des für das D.\_\_\_\_-Projekt verantwortlichen Führungsausschusses, dem sog. BU Management Steering Committee (BU STECO), gewesen. Dieser Führungsausschuss habe die Teilnahme der B.\_\_\_\_ am Vergabeverfahren für das D.\_\_\_\_-Projekt beaufsichtigt und die Verantwortung für die Arbeiten des B.\_\_\_\_-Konsortiums am D.\_\_\_\_-Projekt getragen. Der Kläger sei somit Mitglied des oberen Managements der gesamten BU gewesen. In seiner Funktion habe er die oberste Position innerhalb seiner Produktgruppe innegehabt. Er habe einzig noch an den BU Manager rapportiert, der seinerseits an den CEO von B.\_\_\_\_ rapportiert habe. Die Rolle des Klägers habe sich nicht nur auf eine reine Aufsichtsfunktion beschränkt, sondern der Kläger habe vielmehr das D.\_\_\_\_-Projekt geleitet. Der Kläger sei direkter Vorgesetzter für zwei zentrale Mitarbeitende gewesen, nämlich S.\_\_\_\_ (Sales Manager der DE-B.\_\_\_\_) und T.\_\_\_\_ (LBU Manager AK.2\_\_\_\_ der B.\_\_\_\_[in Staat Z]). Diese hätten direkt an den Kläger rapportiert, weshalb er auch aus operativer Sicht eine leitende

Stelle und tragende Rolle inne gehabt habe. Der Kläger sei auch der direkte Vorgesetzte der Project Directors N.\_\_\_\_, O.\_\_\_\_ und P.\_\_\_\_ sowie des Vertreters des BU STECO, J.\_\_\_\_, gewesen, welche ebenfalls direkt an ihn rapportiert hätten (act. 15 Rz. 29 ff.; act. 34 Rz. 50 ff., Rz. 54 ff.).

1.2.2 Im Jahr 2017 habe die B.\_\_\_\_ Kenntnis von Bestechungs- und Korruptionsvorwürfen im Zusammenhang mit der Vergabe der C&I-Arbeiten am D.\_\_\_\_-Projekt erhalten und daraufhin eine grenzüberschreitende interne Untersuchung eröffnet. Diese habe ergeben, dass B.\_\_\_\_-Mitarbeitende mit leitenden C.\_\_\_\_-Funktionären konspiriert hätten, um den Zuschlag der B.\_\_\_\_[in Staat Z] für den C&I-Vertrag bzgl. des D.\_\_\_\_-Projekts sicherzustellen. Konkret hätten B.\_\_\_\_-Mitarbeitende einem leitenden C.\_\_\_\_-Funktionär, V.\_\_\_\_, über zwei von der B.\_\_\_\_ beigezogene Subunternehmerinnen finanzielle Vorteile verschafft. Für die Arbeiten der zwei Subunternehmerinnen (... [Subunternehmen1] und ... [Subunternehmen2]) habe die B.\_\_\_\_ überhöhte Preise bezahlt und die finanziellen Vorteile für V.\_\_\_\_ finanziert. Bei diesen korrupten Vorgängen habe S.\_\_\_\_ (Sales Manager der DE-B.\_\_\_\_) eine zentrale Rolle gespielt. Er habe sich u.a. um den Kontakt mit V.\_\_\_\_ und W.\_\_\_\_ (CEO der ... [Subunternehmen1]) gekümmert. S.\_\_\_\_ habe sichergestellt, dass sowohl die Preise der B.\_\_\_\_ gegenüber der C.\_\_\_\_ als auch die Preise der Subunternehmerinnen ... [Subunternehmen1] und ... [Subunternehmen2] gegenüber der B.\_\_\_\_ überhöht gewesen seien, damit V.\_\_\_\_ persönlich finanzielle Vorteile aus der von C.\_\_\_\_ für das D.\_\_\_\_-Projekt der B.\_\_\_\_ vergebenen Arbeiten ziehen können. S.\_\_\_\_ habe direkt an den Kläger rapportiert (act. 15 Rz. 38 ff.).

1.2.3 Der Kläger habe sowohl vor bzw. im Rahmen der Angebotsphase als auch nach Abschluss des Vertrags zwischen der C.\_\_\_\_ und der B.\_\_\_\_[in Staat Z] eine zentrale und aktive Rolle gespielt. Er sei am D.\_\_\_\_-Projekt aktiv beteiligt gewesen, indem er in der eigentlichen Angebotsphase die Kontakte zwischen der B.\_\_\_\_ und leitenden C.\_\_\_\_-Funktionären gefördert habe, sich mit V.\_\_\_\_, einem Keyplayer der C.\_\_\_\_ für das D.\_\_\_\_ Projekt, getroffen habe und den weiteren beteiligten B.\_\_\_\_-Mitarbeitenden mitgeteilt habe, dass B.\_\_\_\_ auf derselben Ebene wie [Konkurrenzunternehmen] zu spielen beginne und ihre Regierungsnetzwerke

benützen müsse, um den Zuschlag der C&I-Arbeiten zu erhalten. Das Fehlverhalten des Klägers bestehe darin, dass er trotz seiner tragenden Rolle in Bezug auf das D.\_\_\_\_-Projekt sämtliche Warnhinweise auf mögliche Integritäts- bzw. Korruptionsprobleme ignoriert habe. Der Kläger habe verschiedene E-Mail von S.\_\_\_\_ erhalten, in welchen dieser dem Kläger vertrauliche Informationen über den Vergabeprozess des D.\_\_\_\_-Projekts mitgeteilt habe, welche notwendigerweise von C.\_\_\_\_-Funktionären hätten stammen müssen. Der vertrauliche Gehalt dieser Informationen sei ein deutlicher Hinweis auf mögliche korrupte Vorgänge gewesen. Trotz deren Kenntnis habe der Kläger nichts unternommen. Auch gegen die regelmässigen und unbeaufsichtigten Treffen zwischen S.\_\_\_\_ und V.\_\_\_\_, in welchen die vertraulichen Informationen ausgetauscht worden seien, habe der Kläger nichts unternommen. Der Kläger habe nicht hinterfragt, weshalb die B.\_\_\_\_ Subunternehmerinnen wie die ... [Subunternehmen2] und die ... [Subunternehmen1] eingesetzt habe, welche nicht über die erforderlichen Qualifikationen zur Ausführung der Arbeiten verfügt hätten. Die Subunternehmerinnen ... [Subunternehmen2] und ... [Subunternehmen1] hätten die Arbeiten am D.\_\_\_\_-Projekt aufgenommen, obwohl sie die Anforderungen des internen Prüfverfahrens nicht erfüllt hätten. Aufgrund seiner Rolle innerhalb der B.\_\_\_\_ und angesichts seiner Verantwortung für das D.\_\_\_\_-Projekt hätte der Kläger die mangelnde Qualifikation der ... [Subunternehmen2] zumindest hinterfragen sollen. Dies habe er nicht getan und sogar aktiv den Beizug der ... [Subunternehmen2] als Subunternehmerin der B.\_\_\_\_ gefördert. Von der mangelnden Qualifikation der ... [Subunternehmen1] hätte der Kläger ebenfalls Kenntnis haben müssen, da T.\_\_\_\_, welcher direkt an den Kläger rapportiert habe, über ... [Subunternehmen1] mangelnde Qualifikation informiert gewesen sei. Auch um die überhöhten Preise der Subunternehmerinnen habe sich der Kläger nicht gekümmert. Zudem habe der Kläger zu keinem Zeitpunkt hinterfragt, warum die C.\_\_\_\_ darauf bestanden habe, dass die B.\_\_\_\_ die ... [Subunternehmen2] und die ... [Subunternehmen3] als Subunternehmerinnen habe einsetzen wollen. Statt diesen Warnhinweisen nachzugehen, habe der Kläger sogar den Beizug der ... [Subunternehmen2] als Subunternehmerin auf dem D.\_\_\_\_-Projekt gefördert und Vorauszahlungen an ... [Subunternehmen2] bewilligt

(act. 15 Rz. 44 ff., Rz. 52 ff., Rz. 59. ff., act. 34 Rz. 62 ff., Rz. 71 ff., Rz. 77 ff., Rz. 82 ff., Rz. 84 ff.).

1.2.4 Wie in der Kündigungsbegründung festgehalten, habe das Fehlverhalten des Klägers in der Vernachlässigung seiner Aufsichts- und Überwachungspflichten gelegen. Aufgrund seiner Funktion innerhalb der B.\_\_\_\_ und seiner leitenden Stelle innerhalb des D.\_\_\_\_-Projekts hätte der Kläger dafür sorgen müssen, dass solche Warnhinweise zu Risikominderungsmaßnahmen bzw. zur internen Eskalation geführt hätten. Der Kläger sei nicht nur mit der Leitung des gesamten D.\_\_\_\_-Projektes beschäftigt gewesen, er sei auch der direkte Vorgesetzte von Mitarbeitenden der B.\_\_\_\_ gewesen, die für das D.\_\_\_\_-Projekt zentral gewesen seien. Die Manager der lokalen Geschäftseinheiten (wie T.\_\_\_\_ und S.\_\_\_\_) hätten nämlich nicht nur an ihre direkten Berichterstattungslinien rapportiert, sondern jeweils auch an die entsprechenden *F.\_\_\_\_ Managers*. Dies ergebe sich aus den E-Mails vom 7. November 2015 und 23. Januar 2016, worin es um Informationen und Treffen hinsichtlich strategische Entscheide gegangen sei. Indem der Kläger selber verlange, im Arbeitszeugnis sei das Führen der lokalen Geschäftseinheiten zu vermerken, anerkenne er selber, dass er eine Vorgesetztenfunktion gegenüber den Managern der lokalen Geschäftseinheiten inne gehabt habe. Das Verhalten des Klägers sei nicht mit den hohen Compliance-Standards der B.\_\_\_\_ vereinbar gewesen, welche in Bezug auf Korruption eine Nulltoleranz vorsehen würden. Durch sein Untätigbleiben habe der Kläger seine arbeitsvertraglichen Pflichten in grober Weise verletzt. Das wiederholte Untätigbleiben des Klägers trotz unmissverständlich klarer Warnhinweise spreche sogar dafür, dass er von den korrupten Vorgängen Kenntnis gehabt habe bzw. selber direkt darin verwickelt gewesen sei. Die laufenden Strafuntersuchungen gegen den Kläger würden diesbezüglich Klärung bringen müssen. Die Erkenntnisse aus der internen Untersuchung habe die B.\_\_\_\_ offengelegt. Seither seien die korrupten Vorgänge im Zusammenhang mit dem D.\_\_\_\_-Projekt Gegenstand von Strafuntersuchungen in ...[Staat Z], [Staat in Europa], den USA und in der Schweiz. Die Staatsanwaltschaft ...[Stadt in Europa] und die Schweizer Bundesanwaltschaft würden beide Strafuntersuchungen gegen den Kläger wegen Verdachts auf Bestechung fremder Amtsträger führen (act. 15 Rz. 35 ff., Rz. 71, Rz. 135, act. 34 Rz. 55 ff., Rz. 57 ff.).

1.2.5 Im Rahmen der umfangreichen, grenzüberschreitenden internen Untersuchung sei der Kläger kurz nach Beginn der Untersuchung am 6. Juli 2017 erstmals befragt worden. Das Investigations-Team der B.\_\_\_\_ habe zahlreiche am D.\_\_\_\_-Projekt beteiligte B.\_\_\_\_-Mitarbeitende befragt, um sich einen ersten Überblick über das D.\_\_\_\_-Projekt und allfällige Hinweise auf korrupte Vorgänge machen zu können. Die in den ersten Monaten der Untersuchung stattfindenden Befragungen hätten zu keinen gefestigten Erkenntnissen geführt. Die B.\_\_\_\_ habe zu jenem Zeitpunkt nur über wenige Informationen betreffend die erhobenen Vorwürfe verfügt und die relevanten Fakten noch nicht überblickt. Sie habe nur über einige Hinweise verfügt, welche die Grundzüge der korrupten Vorgänge umrissen hätten. Aufgrund der grundsätzlich fehlenden Kooperationsbereitschaft der befragten Mitarbeiter habe sich B.\_\_\_\_ gezwungen gesehen, hunderttausende E-Mails und Dokumente zu analysieren und parallel bzw. im Nachgang dazu, d.h. im 2018 und 2019, zahlreiche Mitarbeitende nochmals zu befragen. Für die Untersuchung entscheidend sei insbesondere gewesen, dass sich im Laufe der Untersuchung einzelne B.\_\_\_\_-Mitarbeitende entschieden hätten, vollumfänglich zu kooperieren. Dies habe die B.\_\_\_\_ in die Lage versetzt, die graduell erlangten Erkenntnisse aus der Analyse der Dokumente und aus den Befragungen nach und nach zu einem Gesamtbild zusammenzufügen. Die zweite Befragung des Klägers habe am 22. Februar 2019 stattgefunden. Aufgrund der Komplexität und der grenzüberschreitenden Natur der internen Untersuchung habe sich der Sachverhalt erst zu diesem Zeitpunkt im Jahr 2019 langsam herauszukristallisieren begonnen. Die B.\_\_\_\_-interne Untersuchung sei zu keinem Zeitpunkt eingestellt worden. Sie sei über die Zeit gar ausgedehnt worden und habe verschiedene Länder unter Beizug mehrerer international tätigen Anwaltskanzleien umfasst. In den auf die am 22. Februar 2019 stattgefundene Befragung folgenden Tagen seien die Aussagen des Klägers unter Bezugnahme der Erkenntnisse aus der internen Untersuchung ausgewertet worden. Diese Auswertung habe ergeben, dass der Kläger seine arbeitsvertraglichen Pflichten – insbesondere seine Aufsichts- und Führungspflichten – gegenüber der Beklagten bzw. gegenüber der B.\_\_\_\_ schwerwiegend verletzt habe, wodurch das notwendige Vertrauensverhältnis für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses vollständig zerstört worden sei. Die Beklagte habe sich daher

gezwungen gesehen, unmittelbar nach erfolgter Auswertung der Erkenntnisse das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger am 5. März 2019 fristlos zu kündigen. Die Gründe für die fristlose Kündigung seien erst nach der erfolgten Auswertung der an der Befragung des Klägers vom 22. Februar 2019 gewonnenen Erkenntnissen festgestanden. Es liege auf der Hand, dass die Auswertung von Befragungen bei umfangreichen Untersuchungen ein paar Tage in Anspruch nehme. Die gegenteilige Ansicht sei lebensfremd. Erst zu jenem Zeitpunkt – d.h. nach den Befragungen von zahlreichen beteiligten B.\_\_\_\_-Mitarbeitenden aus verschiedenen Ländern in einem Zeitraum von mehreren Jahren, nach Durchsicht hunderttausender Dokumente und E-Mails sowie nachdem sich einzelne B.\_\_\_\_-Mitarbeitende kooperativ gezeigt hätten und die B.\_\_\_\_ bei der Sachverhaltsermittlung unterstützt hätten – habe sich die B.\_\_\_\_ ein Gesamtbild der korrupten Vorgänge und der Beteiligung einzelner Mitarbeitenden der B.\_\_\_\_ machen können. Diese Auswertung könne durchaus einige Jahre in Anspruch nehmen. Es handle sich hier nicht um ein KMU, sondern um einen weltweiten Grosskonzern. Es sei eine grossangelegte, internationale, sehr komplexe Untersuchung durchgeführt worden und der Beklagte habe nicht nur Zeit für die Fällung des Kündigungsentscheids eingeräumt werden müssen, sondern auch für die vorgängigen Sachverhaltsabklärungen und insbesondere für eine Analyse der Aussagen des Klägers im Lichte der übrigen Erkenntnisse aus den Sachverhaltsabklärungen. Die fristlose Kündigung sei daher innert angemessener Frist erfolgt (act. 15 Rz. 72 f., Rz. 82 ff., Rz. 132 f., Rz. 136 ff., Rz. 144; act. 34 Rz. 41, Rz. 45 ff., Rz. 87 ff.).

1.2.6 Der Kläger habe sich geweigert, mit der B.\_\_\_\_ zu kooperieren, sein Fehlverhalten einzusehen und die B.\_\_\_\_ bei der internen Untersuchung umfassend zu unterstützen. Er habe die B.\_\_\_\_ bei der Ermittlung des relevanten Sachverhalts weder unterstützt noch habe er die im Rahmen der Einvernahmen vom 6. Juli 2017 und vom 22. Februar 2019 gestellten Fragen wahrheitsgemäss beantwortet. Er sei den gestellten Fragen ausgewichen, habe vorgegeben, sich an einen grossen Teil der Geschehnisse nicht mehr erinnern zu können und habe sogar vorgetäuscht, dass das D.\_\_\_\_-Projekt reibungslos und ohne jegliche Warnhinweise über Integritäts- und Korruptionsprobleme verlaufen sei. Nicht nur das Fehlverhalten des Klägers im Zusammenhang mit dem D.\_\_\_\_-Projekt, sondern

auch seine fehlende Kooperationsbereitschaft sowie seine Einstellung zu den Befragungen – vor allem derjenigen vom 22. Februar 2019 – hätten zur fristlosen Kündigung am 5. März 2019 geführt. Die B.\_\_\_\_ habe gesamthaft rund einem Dutzend B.\_\_\_\_-Mitarbeitenden aufgrund ihres Fehlverhaltens im Rahmen des D.\_\_\_\_-Korruptionsskandals gekündigt. Aufgrund der zu Recht und innert angemessener Frist erfolgten fristlosen Kündigung, habe der Kläger – mit Ausnahme einzelner noch für den Zeitraum bis zur fristlosen Kündigung vom 5. März 2019 ausstehenden minimalen Beträge für die Ergänzungsversicherung der Pensionskasse und die Schulkosten seiner Tochter – keine finanziellen Ansprüche, und die Klage sei im Restumfang abzuweisen. Eventualiter seien die Ansprüche des Klägers in erheblichem Umfang zu reduzieren (act. 15 Rz. 80 ff., Rz. 85 ff.; act. 34 Rz. 12, Rz. 88 ff., Rz. 96 ff., Rz. 124).

### 1.3 Weitere Parteivorbringen

Auf diese und weitere Parteivorbringen ist nachfolgend insoweit einzugehen, als sie für die Entscheidungsfindung relevant sind.

## 2. Rechtliches

### 2.1 Wichtiger Grund

2.1.1 Gemäss Art. 337 Abs. 1 OR können die Parteien das Arbeitsverhältnis jederzeit aus wichtigen Gründen fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR). Gemäss der Rechtsprechung zu Art. 337 OR ist eine fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich dazu geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (BGE 142 III 579 E. 4.2; BGE 130 III

213 E. 3.1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Art. 337 OR N 2).

2.1.2 Unter einer Verfehlung versteht man im Allgemeinen die Verletzung einer Pflicht aus dem Arbeitsvertrag, aber auch andere Vorfälle können eine solche Massnahme rechtfertigen (BGer 4A\_341/2019 vom 15. Mai 2020 E. 4.1; BSK OR I–PORTMANN/RUDOLPH, Art. 337 N 3). Eine mangelhafte Arbeitsleistung kann nur dann eine fristlose Kündigung rechtfertigen, wenn dem Arbeitnehmer entweder ein völliges berufliches Versagen vorgeworfen werden muss oder wenn die schlechte Leistung auf ein grobes Verschulden zurückzuführen ist. Blosser Schlechtarbeit kann aber zum Kündigungsgrund werden, wenn sie trotz Abmahnung wiederholt wird (BSK OR I–Portmann/Rudolph, Art. 337 N 21; BK-REHBINDER/STÖCKLI, 2. Aufl. 2014, Art. 337 OR N 8).

2.1.3 Die Begehung einer strafbaren Handlung durch den Arbeitnehmer rechtfertigt regelmässig dessen fristlose Entlassung. Ist der Arbeitgeber selber, dessen Mitarbeiter oder sind Kunden Opfer der strafbaren Handlungen genügen auch objektiv an sich geringfügige Taten, sofern diese unter subjektiven Gesichtspunkten das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zerstören. Es können sogar Straftaten gegenüber Dritten eine fristlose Entlassung rechtfertigen, wenn sie sich unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis auswirken (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 337 OR N 5, BSK OR I - PORTMANN, Art. 337 N 22; BGE 130 III 28 E. 4.1).

2.1.4 Eine Treuepflichtverletzung wird bei Forderung oder Annahme von Schmiergeldern und ähnlichen Vorteilen bejaht. Das Verlangen oder Annehmen von Schmiergeldern, durch die einem Dritten Vorteile zulasten des Arbeitgebers verschafft werden sollen, ist i.d.R. ein ausreichender Grund für eine fristlose Kündigung. Es ist nicht erforderlich, dass die Interessen des Arbeitgebers dadurch tatsächlich geschädigt oder gefährdet werden. Der Treuebruch verwirklicht sich schon dadurch, dass der Arbeitnehmer seine Unabhängigkeit verliert. Dieser muss Schmiergelder zurückweisen oder, wenn dies nicht möglich oder mit den Interessen des Arbeitgebers unvereinbar ist, dem Arbeitgeber sofort anzeigen und abliefern. Die Ablieferungspflicht umfasst nicht nur Schmiergelder im eigentlichen

Sinn, sondern alle Vergütungen von Dritten in einer Höhe, die nicht mehr Trinkgeldcharakter haben. Das Bundesgericht betonte die Notwendigkeit, dass sich ein Arbeitgeber auf Mitarbeiter mit erhöhter, insbesondere finanzieller Verantwortung, die kaum einer Kontrolle unterstünden, oder solche mit direktem Kundenkontakt, absolut verlassen kann (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321a N 4 und N 7; BSK OR I - PORTMANN, Art. 321a N 7; BGE 124 III 25 E. 3b; BSK OR I - PORTMANN/RUDOLPH, Art. 337 N 28).

2.1.5 Die allgemeine Treuepflicht ist primär Unterlassungspflicht, indem zu unterlassen ist, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte, doch tritt sie auch als Handlungspflicht auf, so etwa bei der Pflicht zur Leistung von Überstunden oder zur Information des Arbeitgebers. Die Interessenwahrungspflicht des Arbeitnehmers hängt stark von der Funktion und Aufgabe des Arbeitnehmers in den betrieblichen Verhältnissen ab, was für jedes Arbeitsverhältnis aufgrund der konkreten Umstände neu bestimmt werden muss. Die Sanktion richtet sich nicht nach dem durch die Verletzung dem Arbeitgeber erwachsenden Nachteil, sondern nach dem Mass der Treulosigkeit, welche sich beim Arbeitgeber offenbart hat. Sie ist Ausfluss des erschütterten Vertrauens zwischen den Vertragsparteien, gilt also der Absicht, nicht dem Erfolg (BGer 4A\_32/2008 vom 20. Mai 2008, E. 3.1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321a N 2, N 8).

## 2.2 Verdachtskündigung

Auch der blosser Verdacht, ein Arbeitnehmer könnte eine schwerwiegende Pflichtverletzung bzw. gar ein Delikt zulasten des Arbeitgebers begangen haben, kann zu einer fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses berechtigen. Kündigt der Arbeitgeber auf Grund eines blossen Verdachts, so hängt die Beurteilung, ob die fristlose Kündigung gerechtfertigt ist oder nicht, grundsätzlich davon ab, ob der Verdacht später zur Tatsache wird, wofür der Arbeitgeber die Beweislast trägt. Je grösser dieser Verdacht ist und je schwerer das vorgeworfene Verhalten wiegt, desto eher kann das Vertrauen zerstört sein. Kann jedoch die verdächtige Tat nicht bewiesen werden, so treten grundsätzlich die Folgen der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung i.S.v. Art. 337c OR ein. Hiervon werden in Lehre und Rechtsprechung wiederum zwei Ausnahmen gemacht: Wenn der Arbeitnehmer die Ab-

klärung des Tatbestandes illoyal behindert oder wenn auch nach den zumutbaren Abklärungen des Arbeitgebers ein erheblicher Verdacht eines schweren Deliktes bestehen bleibt, ist eine fristlose Verdachtskündigung auch ohne Nachweis der Tat berechtigt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 337 OR N 10; BSK OR I–PORTMANN/RUDOLPH, Art. 337 N 23; Obergericht ZH, Beschluss und Urteil LA110031 vom 20.6.2012, E. 3.5.1).

## 2.3 Rechtzeitigkeit der fristlosen Kündigung

2.3.1 Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zufolge ist eine fristlose Kündigung umgehend zu erklären, wenn der Grund zur sicheren und möglichst vollständigen Kenntnis gelangt ist. Damit ist nicht eine augenblickliche Reaktion gemeint, aber nach dem Treffen der erforderlichen Abklärungen ein Handeln innert angemessener Frist. Andernfalls ist anzunehmen, dass das Einhalten der ordentlichen Kündigungsfrist für den Kündigenden subjektiv zumutbar und das Recht auf eine sofortige Vertragsauflösung verwirkt ist (BGE 138 I 113 E. 6.3.1 m.H.).

2.3.2 Die Art der Vorwürfe kann eine längere Abklärungsfrist rechtfertigen. Diese zuzugestehende Abklärungsfrist ist zu unterscheiden von der Überlegungsfrist, die erst beginnen kann, wenn durch entsprechende Abklärungen die Fakten und Verantwortlichkeiten geklärt werden konnten. Die Zeitspanne der Überlegungsfrist bestimmt sich nach den Umständen des konkreten Einzelfalls. Die höchstrichterliche Praxis ist streng und gesteht dem Kündigenden im Normalfall eine kurze Überlegungsfrist von zwei bis drei Arbeitstagen zum Nachdenken und Einholen von Rechtsauskünften ein, wobei Wochenenden und Feiertage nicht berücksichtigt werden. Eine Reaktionszeit bis zu einer Woche wird vom Bundesgericht nur in Ausnahmefällen gewährt, wenn dies mit Rücksicht auf die praktischen Erfordernisse des Alltags- und Wirtschaftslebens als verständlich und berechtigt erscheint. Eine Verlängerung von einigen Tagen ist etwa dann zulässig, wenn bei einer juristischen Person die Entscheidungskompetenz einem mehrköpfigen Gremium zusteht und die Willensbildung daher aufwendiger ist (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 337 N 17; BGer 4C.291/2005 vom 13. Dezember 2005

E. 3.2; von etwa einer Woche Entscheidungsfrist spricht BGer 4A\_569/2010 vom 14. Februar 2011 E. 3.1).

2.3.3 Allerdings soll sich die Abklärungsfrist verkürzend auf die Überlegungsfrist auswirken können: Ist der Vorwurf von Anfang an klar und ist nur zu ermitteln, ob er zutrifft oder nicht bzw. wer der Schuldige ist, so kann der Arbeitgeber schon während der Abklärung des Sachverhalts überlegen, wie er reagieren will, sollte sich der Vorwurf als zutreffend erweisen. In einem solchen Fall kann verlangt werden, dass er die fristlose Entlassung nach Feststellung des Sachverhalts sofort ausspricht, ohne dass ihm noch einmal eine Überlegungsfrist gewährt werden muss (BGer 4A\_342/2021 vom 13. Oktober 2021 E. 3.2.2; BGer 4A\_341/2019 vom 15. Mai 2020 E. 4.1, BGer 4A\_95/2009 vom 2. November 2009 E. 4.2.1).

2.3.4 Die notwendigen Abklärungen müssen beförderlich geschehen, doch darf sich der Arbeitgeber die notwendige Zeit nehmen, wenn begründeter Anlass zu weiteren Abklärungen besteht. Liegt ein konkreter Verdacht vor, den es abzuklären gilt, so hat der Kündigende die notwendigen Abklärungen unverzüglich zu veranlassen und insbesondere ununterbrochen respektive kontinuierlich alle ihm zumutbaren Massnahmen zu ergreifen, die vernünftigerweise von ihm verlangt werden können, um Klarheit zu gewinnen. Wartet er mit den Abklärungen der gegen den Arbeitnehmer erhobenen Vorwürfe zu, deutet dies darauf hin, dass das gegenseitige Vertrauensverhältnis nicht unwiederbringlich zerstört und es ihm subjektiv zumutbar ist, die ordentliche Kündigungsfrist einzuhalten (BGer 4A\_206/2019 vom 29. August 2019 E. 4.2.2; BGE 138 I 113 E. 6.3.3 m.H.; BGer 4A\_342/2021 vom 13. Oktober 2021 E. 3.2; AGer-Z 2020 Nr. 13 E. 3.3.3).

## 2.5 Beweislast

Die kündigende Partei trägt die Beweislast für alle Tatsachen, die zum Schluss der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses führen (BGE 130 III 213 E. 3.2). Dabei hat sie nicht nur das Vorliegen eines wichtigen Grundes, sondern auch die umgehende Erklärung der Kündigung nachzuweisen.

### 3. Würdigung

#### 3.1 Rechtzeitigkeit der fristlosen Kündigung

Für die Beurteilung der Rechtzeitigkeit gilt es die verschiedenen Phasen bis zum Kündigungsentscheid (Willensbildungsphase, Abklärungsphase, Überlegungsphase) zu unterscheiden.

##### 3.1.1 Willensbildungsphase

Die Beklagte beschreibt, dass sie "im 2017" Kenntnis von Bestechungs- und Korruptionsvorwürfen im Zusammenhang mit der Vergabe der C&I-Arbeiten am D.\_\_\_-Projekt erhalten und sie "daraufhin" die interne Untersuchung eröffnet habe (act. 15 Rz. 34). Der Kläger behauptet, die interne Untersuchung sei "Anfang 2017" eröffnet worden (act. 29 Rz. 96 f.). Die Beklagte bestreitet den vom Kläger behaupteten Beginn der internen Untersuchung nicht substantiiert, sondern lediglich deren Dauer und nennt weiterhin keinen konkreten Eröffnungstag der internen Untersuchung (act. 34 Rz. 167 f.), so dass dieser unklar bleibt. Im Zeitungsartikel der [Wochenzeitung des Staates Z] vom 26. März 2017 (act. 19/15 = act. 24/15a) wurde gemäss Akten erstmals über Bestechungs- und Korruptionsvorwürfe zu am D.\_\_\_-Projekt involvierten Personen, insbesondere V.\_\_\_, öffentlich berichtet. Die Vorbringen des Klägers, dass die Beklagte seit jenem Zeitpunkt eine interne Untersuchung geführt habe (act. 29 Rz. 97 unter Bezugnahme auf act. 19/15–17), wurde von dieser lediglich pauschal und ungenügend bestritten (act. 34 Rz. 167 f.). Es ist mangels konkreter Behauptungen und Bestreitungen hinsichtlich der Kenntnisnahme von der klägerischen Darstellung auszugehen. Nachdem die Beklagte selbst ausführt, nach Kenntnisnahme der Vorwürfe im 2017 "daraufhin" eine grenzüberschreitende interne Untersuchung eröffnet zu haben (act. 15 Rz. 34), ist dem Entscheid zugrunde zu legen, dass die Beklagte spätestens am 1. April 2017 die interne Untersuchung eröffnete.

### 3.1.2 Abklärungsphase

a) Auf die Willensbildungsphase folgte ab Eröffnung der internen Untersuchung (spätestens am 1. April 2017) die Abklärungsphase. Die Beklagte bringt vor, die fristlose Kündigung sei unmittelbar nach Auswertung der Erkenntnisse aus der Befragung des Klägers vom 22. Februar 2019 mit den bisherigen Erkenntnissen aus der internen Untersuchung erfolgt (act. 34 Rz. 167, act. 15 Rz. 73, Rz. 84, Rz. 133; act. 34 Rz. 90, Rz. 97, Rz. 176). Die Beklagte steht somit auf dem Standpunkt, die Abklärungsphase habe nach der Befragung vom 22. Februar 2019 noch bis am 5. März 2019 fortgedauert, als sie "unmittelbar nach der Auswertung der Erkenntnisse" die fristlose Kündigung am 5. März 2019 erklärt habe. Dies ist seitens des Klägers bestritten.

b) Nachdem die interne Untersuchung bereits am 1. April 2017 eröffnet worden war, hat die beweisbelastete Beklagte vor dem Hintergrund der vorstehend unter Ziffer 2.3.3 zitierten Rechtsprechung darzutun, dass sie sowohl im Zeitabschnitt zwischen dem 1. April 2017 (Tag der Eröffnung der internen Untersuchung) und dem 22. Februar 2019 (Tag vor der zweiten Befragung des Klägers) ebenso wie im Zeitabschnitt zwischen dem 23. Februar 2019 (erster Tag der Auswertung der Erkenntnisse aus der zweiten Befragung des Klägers) und dem 5. März 2019 (Tag der fristlosen Kündigung) kontinuierlich alle ihr zumutbaren Massnahmen ergriffen hat.

c) Die Beklagte führt dazu aus, die zweite Befragung am 22. Februar 2019 habe zu einem Zeitpunkt stattgefunden, an welchem sich die relevante Sachlage langsam herauskristallisiert habe. Ein Gesamtbild der korrupten Vorgänge und der Beteiligung der einzelnen Mitarbeitenden habe sich die Beklagte erst zum Zeitpunkt nach erfolgter Auswertung der Erkenntnisse aus der internen Untersuchung und der Ausführungen des Klägers im Rahmen der Befragung vom 22. Februar 2019 machen können; dies nach zahlreichen Befragungen von B.\_\_\_\_-Mitarbeitenden, nach Durchsicht hunderttausender Dokumente und E-Mails sowie nachdem sich einzelne B.\_\_\_\_-Mitarbeitende kooperativ gezeigt und die B.\_\_\_\_ bei der Sachverhaltsermittlung unterstützt hätten (act. 34 Rz. 90). Sie habe

in den auf die am 22. Februar 2019 stattgefundene Befragung folgenden Tagen die Aussagen des Klägers "unter Bezugnahme der Erkenntnisse aus der internen Untersuchung ausgewertet" (act. 15 Rz. 72) bzw. "eine Analyse der Aussagen des Arbeitnehmers im Lichte der übrigen Erkenntnisse aus den Sachverhaltsabklärungen" vorgenommen (act. 15 Rz. 84). Die Gründe für die fristlose Kündigung seien erst nach der erfolgten Auswertung der an der Befragung des Klägers vom 22. Februar 2019 gewonnen Erkenntnisse festgestanden (act. 15 Rz. 133).

d) Die bestrittene Schilderung der Beklagten liest sich auf den ersten Blick detailliert, es fällt jedoch auf, dass sie einerseits Widersprüche aufweist und andererseits die nötige Substantiierung vermissen lässt. So betont die Beklagte einerseits, Erkenntnisse der internen Untersuchung ausgewertet zu haben, macht andererseits jedoch geltend, es seien gar keine Untersuchungsberichte erstellt worden, weshalb der Editionsantrag des Klägers abzuweisen sei. Es bleibt damit aber im Dunkeln, in welcher Form – wenn nicht mittels Berichten über die Erkenntnisse der Sachverhaltsermittlung, wie z.B. die Auswertung der zahlreichen E-Mails und Aussagen von Mitarbeitenden – die Entscheidungsträger der Beklagten ihre Entscheidungsgrundlagen hinsichtlich der fristlosen Kündigung zur Kenntnis erhalten haben sollen. Abgesehen von dieser lebensfernen Unstimmigkeit fällt auf, dass die Beklagte es unterlässt, in entscheidender Weise ins Detail zu gehen. Zunächst macht sie inhaltlich gar keine Angaben zur Befragung des Klägers. Die Beklagte hat es namentlich unterlassen vorzubringen, welche Fragen dem Kläger überhaupt gestellt worden sind und es bei der allgemeinen Angabe belassen, dieser habe sich unkooperativ und ausweichend verhalten. Es fehlen auch jegliche Ausführungen wie sich die Auswertung der Antworten des Klägers gestaltete und wie genau diese vom Verdacht zur Gewissheit geführt hat. Damit fehlt ein eigentliches Klagefundament, welches für die Formulierung von Beweissätzen zwecks Befragung von AA.\_\_\_\_ notwendig wäre, weshalb der Sachverhalt diesbezüglich nicht abklärbar ist. Insbesondere führt die Beklagte nicht auf, welche nun kooperativen Mitarbeiter mittels welchen konkreten Belastungen des Klägers dazu beigetragen haben, dass sich ein Gesamtbild der ihm heute vorgeworfenen Verfehlungen "herauskristallisiert" hat. Wie ausgeführt, hat die Beklagte auch nicht dargetan, welche Aspekte der aus ihrer Sicht nun gesicherten Erkenntnis vor der zweiten

Befragung noch im Verdachtsstadium anzusiedeln waren. Im Gegenteil bringt die Beklagte vor, der Kläger habe sich an der Befragung unkooperativ und ausweichend verhalten, weshalb die geltend gemachten neuen Erkenntnisse sich nicht aus seinen eigenen Aussagen ergeben haben konnten. Welche neuen Beweise oder Anhaltspunkte in Zeitraum nach der Befragung des Klägers auszuwerten waren, bleibt angesichts der fehlenden Angaben der Beklagten weiterhin unklar. Es besteht die prozessuale Last der Beklagten, substantiiert zu behaupten und zu beweisen, wann sie kontinuierlich welche ihr zumutbare Massnahmen ergriff und wann genau sie angesichts welcher Berichte und Unterlagen hinsichtlich der Verfehlungen des Klägers Klarheit gewonnen hat. Indem die Beklagte dazu weder genügend detaillierte Angaben macht noch Urkunden (Befragungsprotokolle, Gesprächsnotizen, Verlaufsberichte etc.) vorlegt, welche den genauen Hergang der internen Untersuchung und den Erkenntnisprozess bei der Beklagten beleuchten, bleibt sie dafür beweislos.

e) Insbesondere ist dem Kläger zuzustimmen, dass ohne gesicherte Kenntnis über den genauen Inhalt seiner Befragung vom 22. Februar 2019 nicht rechtsgenügend der Schluss gezogen werden kann, diese habe etwas ans Licht gebracht, was nicht bereits früher bekannt gewesen wäre. Die Beklagte hätte substantiiert zu behaupten und zu beweisen gehabt, welche Aussagen der Kläger gemacht hat und welche Auswertung unter Bezugnahme welcher Erkenntnisse aus der bereits seit Jahren laufenden internen Untersuchung vorgenommen wurde. Da sich mangels vorgetragendem Klagefundament Abklärungen dazu erübrigen, vermag die Beklagte den Nachweis, dass sich nach dem 22. Februar 2019 ein vorgängig bestehender Verdacht zur Gewissheit verdichtet hat, nicht zu erbringen.

f) Auch die Vorbringen der Beklagten zu den behaupteten Verletzungen der Aufsichts- und Überwachungspflichten des Klägers (act. 15 Rz. 45 ff.; act. 34 Rz. 71 ff.) lassen keine Rückschlüsse zu, wann die Beklagte im Zuge der internen Untersuchung Kenntnis von den als Beweis offerierten E-Mails erhalten hat. Es wird nicht geschildert, wie die offerierten Beweismittel zu den behaupteten Pflichtverletzungen in Verbindung mit welchen, wann und von wem gemachten Aussagen des Klägers oder anderen Personen zur sicheren Kenntnis über die Pflicht-

verletzungen bei der Beklagten geführt haben sollen. Zu den behaupteten Pflichtverletzungen offeriert die Beklagte insbesondere keine Aussagen des Klägers, die er angeblich anlässlich der Befragung vom 22. Februar 2019 gemacht haben soll.

g) Die Beklagte macht auch nicht geltend, die zu den behaupteten Pflichtverletzungen offerierten E-Mails erst nach der zweiten Befragung vom 22. Februar 2019 entdeckt zu haben. Wie der Kläger zurecht anführt, erscheint es aufgrund der Komplexität des von der Beklagten vorgetragenen Sachverhalts denn auch ausgeschlossen, dass die behauptete Vielzahl von hunderttausenden E-Mails und Dokumenten erst nach dem 22. Februar 2019 im kurzen Zeitraum bis zum 5. März 2019 ausgewertet worden sein soll.

h) Darüber hinaus ist bezüglich der übrigen Dauer der Abklärungsphase im Zeitabschnitt zwischen 1. April 2017 (Tag der Eröffnung der internen Untersuchung) und 22. Februar 2019 (Tag vor der zweiten Befragung des Klägers) zu berücksichtigen, dass die Beklagte nicht einmal behauptet, in welchem Zeitabschnitt sie welche konkreten Untersuchungshandlungen während der rund zweijährigen Dauer ihrer Abklärungen vorgenommen hat. Wie erwähnt, hätte die Beklagte vor dem Hintergrund der Rechtsprechung darzutun gehabt, dass sie ununterbrochen respektive kontinuierlich alle ihr zumutbaren Massnahmen ergriff, die vernünftigerweise von ihr verlangt werden konnten, um Klarheit über die Vorwürfe zu gewinnen und verantwortliche Personen zu identifizieren. Ihre Angaben über die Befragungen namentlich nicht genannter am D.\_\_\_\_-Projekt beteiligten B.\_\_\_\_-Mitarbeitenden und die Analyse von hunderttausenden E-Mails und Dokumenten sind für einen so langen Zeitabschnitt jedoch zu pauschal (act. 34 Rz. 46, Rz. 90). Es wären immerhin plausibilisierende Behauptungen zum Untersuchungszeitpunkt, Untersuchungsobjekt, Art der Untersuchungshandlungen und der daraus gewonnen Erkenntnisse sowie deren Konsequenzen für die folgenden Untersuchungshandlungen zu verlangen. Mangels substantiiertes Behauptungen zum Erkenntnisprozess ist mit Bezug auf den Kläger weder der genaue Hergang noch der Inhalt der gewonnenen Erkenntnisse rechtsgenügend nachprüfbar.

i) Nach dem vorstehend Gesagten gelingt es der Beklagten im Ergebnis nicht, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu beweisen, dass sie erst im Nachgang

zur Befragung vom 22. Februar 2019 eine gesicherte Erkenntnis über die behaupteten wichtigen Gründe erlangt hat oder erlangen durfte. Es fehlt bereits am Nachweis, dass die Beklagte im Zeitabschnitt zwischen dem 1. April 2017 (Beginn der internen Untersuchung) und dem 22. Februar 2019 (zweite Befragung des Klägers) alle ihr zumutbaren Massnahmen zur Abklärung des Sachverhaltes ergriffen hat. Die Abklärungsphase durfte daher bei bereits rund zweijähriger Dauer nicht weitere Tage andauern und endete spätestens mit Ende der Befragung des Klägers am 22. Februar 2019.

### 3.1.3 Überlegungsphase

a) Eingangs ist Folgendes festzustellen: Soweit die Beklagte für den Zeitabschnitt vom 22. Februar bis 5. März 2019 auch "Zeit für die Fällung des Kündigungsentscheids" geltend machen will (act. 15 Rz. 84), so wird dazu nicht behauptet, welche Tage zur nachgängigen Analyse der Aussagen des Klägers und welche Tage zur Fällung des Kündigungsentscheids verwendet worden sein sollen.

b) Wie vorstehend ausgeführt, bleibt die Beklagte für ihr Vorbringen, nach der zweiten Befragung des Klägers vom 22. Februar 2019 neue Erkenntnisse erlangt bzw. ausgewertet zu haben, beweislos. Sie hat es unterlassen darzutun, welche neuen Aussagen des Klägers anlässlich der Befragung vom 22. Februar 2019 zu welchen neuen Erkenntnissen bei der Beklagten geführt hat. Es bleibt auch gänzlich unklar, welche aus der Befragung vom 22. Februar 2019 ausgewertete Neuigkeit in Verbindung mit welchen Erkenntnissen aus der seit rund zwei Jahren andauernden internen Untersuchung zur gesicherten Kenntnis schwerer Pflichtverletzungen des Klägers geführt hat. Bei dieser Sachlage ist nicht ermittelbar, welche Neuigkeit nach der Befragung analysiert wurde. Daraus folgt selbstredend, dass die Beklagte auch für ihre Darstellung, die Kündigung nach der zweiten Befragung vom 22. Februar 2019 im Rahmen einer angemessenen Überlegungsphase rechtzeitig ausgesprochen zu haben, im Ergebnis beweislos bleibt.

c) Lediglich der Vollständigkeit halber bleibt an dieser Stelle anzumerken, dass auch die von der Beklagten behauptete Überlegungsfrist als übermässig lang zu

qualifizieren ist. Wie erwähnt, ist die Rechtsprechung zur Rechtzeitigkeit der fristlosen Kündigungserklärung streng und die Abklärungsfrist kann sich verkürzend auf die Überlegungsfrist auswirken. Vorliegend mussten der Beklagten die Grundzüge der Vorwürfe mit Kenntnisnahme des Zeitungsartikels der [Wochenzeitung des Staates Z] vom 26. März 2017 (act. 19/15 = act. 24/15a) bekannt sein. Wie die Beklagte selber ausführt, folgten weitere Zeitungsartikel am 9. April 2017 und 25. Juni 2017, die kurz darauf weitere Vorwürfe über korrupte Vorgänge beinhalteten (act. 15 Rz. 38 ff. mit Verweis auf act. 19/16–17). Ab dem Zeitpunkt der Eröffnung der internen Untersuchung (wie erwähnt spätestens am 1. April 2017) war für die Beklagte während der Dauer der internen Untersuchung (Abklärungsphase) von knapp 23 Monaten bzw. rund zwei Jahren somit zu ermitteln, ob die Vorwürfe überhaupt zutreffen und wenn ja, wer der Schuldige ist. In Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung war bei dieser Sachlage von der Beklagten zu verlangen, dass sie schon während der rund zweijährigen Abklärung des Sachverhalts, aber zumindest vor der Befragung des Klägers vom 22. Februar 2019 Überlegungen angestellt hatte, wie mögliche Antworten des Klägers im Hinblick auf eine allfällige fristlose Kündigung zu würdigen wären. Vorliegend hat die Beklagte aber nicht sofort nach Ende der Abklärungsphase am 22. Februar 2019 die fristlose Kündigung erklärt. Vielmehr beanspruchte die Beklagte eine Überlegungsfrist vom 23. Februar 2019 bis zum 5. März 2019. Sie liess sich nach erfolgter Befragung des Klägers somit mehr als eine Arbeitswoche Zeit bis zur fristlosen Kündigung. Besondere betriebliche Gründe für diese lange Dauer der Überlegungsfrist oder konkrete Einzelheiten zum Erkenntnis- und Willensbildungsprozess über die Erklärung einer fristlosen Kündigung des Klägers über verschiedene Abteilungen und Hierarchiestufen hinweg wurden nicht substantiiert vorgebracht (act. 15 Rz. 82 ff.; act. 34 Rz. 175).

d) Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Beklagte mit dem Aussprechen der fristlosen Kündigung zu lange zugewartet hat. Die erst am 5. März 2019 erfolgte fristlose Kündigung war verspätet und damit ungerechtfertigt.

## V. Ersatzansprüche infolge ungerechtfertigter fristloser Kündigung

### A. LOHNERSATZ UND -NEBENKOSTEN, KRANKENVERSICHERUNG, BERUFLICHE VORSORGE, SCHULGELD

#### 1. Parteivorbringen

##### 1.1. Vorbringen des Klägers

1.1.1 Der Kläger bringt zu den Lohn- und Lohnnebenleistungen vor, dass ihm bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist von sechs Monaten per 31. September 2019 für die Monate März 2019 bis und mit September 2019 monatlich Fr. 25'431.– brutto als Lohn, Fr. 2'119.25 netto als Anteil 13. Monatslohn, sowie Fr. 750.– netto als Ersatz für Ausbildungszulagen zustünden. Der Kläger habe ab 6. März 2019 leicht tiefere Ausbildungszulagen erhalten als er bei einer ordentlichen Kündigung erhalten hätte. Für die Differenz von Fr. 247.65 sei die Beklagte ihm ersatzpflichtig. Weiter stünden ihm monatlich Fr. 80.– brutto als Transportentschädigung sowie Fr. 1'500.– netto als Repräsentationspauschale zu. Davon abzuziehen seien die bezahlten Ansprüche der Beklagten bis 5. März 2019 sowie die anrechenbaren Leistungen der Unia und der E. \_\_\_AG als neuer Arbeitgeber des Klägers. Es resultiere ein Anspruch gegenüber der Beklagten auf Fr. 119'401.20 brutto und Fr. 10'538.35 netto (act. 1 Rz. 17 ff.; act. 29 Rz. 2, Rz. 12 f., Rz. 109 ff.; act. 31/29).

1.1.2 Die von der Beklagten als "Ökobonus" bezeichnete Transportentschädigung sei ein Lohnbestandteil, was sich daraus zeige, dass auf der Transportentschädigung Sozialversicherungsbeiträge geschuldet gewesen seien. Vor der fristlosen Entlassung des Klägers seien der Transportentschädigung keine tatsächlichen Kosten für öffentliche Verkehrsmittel gegenüber gestanden (act. 29 Rz. 114).

1.1.3 Zudem habe der Kläger Anspruch auf die Rückvergütung der Krankenversicherungsbeiträge in der Höhe von insgesamt Fr. 5'411.40 brutto (Fr. 901.90 x 6), welche Teil der monatlichen Vergütung gewesen seien und bei ordentlicher

Kündigung bezahlt worden wären (act. 1 Rz. 25; act. 29 Rz. 12 f., Rz. 109 ff.; act. 31/29).

1.1.4 Der Kläger habe auch Anspruch auf die nicht bezahlten Arbeitgeberbeiträge an die berufliche Vorsorge in der Höhe von insgesamt Fr. 37'635.– brutto, weil das Vorsorgeverhältnis per 31. März 2019 zu Ende gegangen sei. Gemäss Pensionskassenreglement betrage der Beitrag des Arbeitgebers 13.8% abzgl. 4.2% Risikovorsorge, d.h. 9.6% und gemäss Ergänzungsversicherungsreglement betrage der Beitrag 21.6% vom versicherten Lohn bei Mitarbeitern im Alter von 54 Jahren (act. 1 Rz. 22 f.; act. 29 Rz. 12 f., Rz. 109 ff.; act. 31/29).

1.1.5 Zudem habe der Kläger Anspruch auf Entschädigung für zugesicherte Schulgelder gemäss dem Anhang zum Arbeitsvertrag. Die jüngste Tochter des Klägers befinde sich im Kurzgymnasium des [Name der Schule], wofür jährlich vier Raten à Fr. 6'950.– (für das Schulgeld 2018/2019) bzw. Fr. 7'150.– (für das Schulgeld 2019/2020) zu bezahlen seien. Im relevanten Zeitraum zwischen April und September 2019 hätten sich die Raten, für welche die Beklagte hätte aufkommen müssen, für das Schuljahr 2018/2019 (vom 16. Februar 2019 bis 15. Mai 2019) per 15. Mai 2019 auf Fr. 6'950.– und per 15. September 2019 auf Fr. 7'150.– belaufen. Dem Kläger würden als Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 1 OR Fr. 14'100.– netto zustehen (act. 1 Rz. 32 f.; act. 29 Rz. 12).

## 1.2. Vorbringen der Beklagten

1.2.1 Die Beklagte bringt eventualiter vor, dass die Forderungen des Klägers zu reduzieren seien (act. 15 Rz. 87 ff.; act. 34 Rz. 98 ff.).

1.2.2 Der Kläger habe keinen Anspruch auf die Transportentschädigung bzw. den Ökobonus, womit Aufwendungen abgegolten worden seien, die aufgrund der beruflichen Tätigkeit des Klägers angefallen seien. Mit der Beendigung seiner Arbeitstätigkeit für die Beklagte am 5. März 2019 seien die Kosten für die öffentlichen Verkehrsmittel und somit die Grundlage für die Erstattung seiner Kosten entfallen (act. 15 Rz. 93; act. 34 Rz. 99).

1.2.3 Sofern auf die Auszahlung von Ausbildungszulagen eingetreten werde, so habe der Kläger keinen Anspruch darauf. Schuldnerin der Familienzulagen gegenüber dem Arbeitnehmer bleibe die Familienausgleichskasse. Bei der Arbeitgeberin handle es sich nur um die Zahlstelle. Bei unterbliebener Zahlung durch die Familienausgleichskasse habe der Arbeitnehmer den Anspruch unmittelbar gegenüber der Familienausgleichskasse geltend zu machen (act. 15 Rz. 89 ff.).

1.2.4 Zu den Schulgeldern bringt die Beklagte vor, dass sie dem Kläger die Deckung der Schulkosten seiner Kinder bis zum Abschluss des Gymnasiums zugesichert habe. Sie anerkenne die klägerische Forderung in Höhe von Fr. 1'405.60 netto für die Schulkosten der Tochter für den Zeitraum vom 16. Februar 2019 bis zum 5. März 2019 (act. 15 Rz. 20, Rz. 74, Rz. 123; act. 34 Rz. 12).

## 2. Rechtliches

2.1 Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, so hat dieser Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). Der Arbeitnehmer muss sich daran anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat (Art. 337c Abs. 2 OR).

2.2 Zur Berechnung des Schadenersatzes gemäss Art. 337c Abs. 1 OR muss konkret bestimmt werden, was der Arbeitnehmer tatsächlich verdient hätte, wenn ihm ordentlich gekündigt worden wäre. Massgebend ist grundsätzlich nicht der in der Vergangenheit erzielte Verdienst, sondern das hypothetische Einkommen während der hypothetischen Kündigungsfrist (Urteil vom BGer 4C.406/2005 vom 2. August 2006 E. 2.1). Er soll also gleich gestellt sein, wie wenn gar keine fristlose Kündigung ausgesprochen worden wäre (sog. positives Interesse; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 337c N 2).

2.3 Sofern vertraglich vereinbart, ist eine pauschale Vergütung zulässig (Art. 327a Abs. 2 OR). Eine Auslagen- bzw. Spesenpauschale ist im Zweifel nur dann geschuldet, wenn der Arbeitnehmer auch tatsächlich arbeitet, nicht aber bei Krankheit, Ferien oder Freistellung. Desgleichen sind echte Pauschalspesen nach einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung nicht mehr zu bezahlen, fallen doch keine Spesen mehr an, wenn keine Arbeit mehr geleistet werden muss. Unechte Spesenpauschalen, denen keine effektiven Auslagen gegenüberstehen und die damit verkappten Lohn darstellen, sind hingegen auch ohne Arbeitserbringung weiter zu bezahlen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 327a N 3). Pauschalspesen sind im Ausmass, in dem ihnen keine entsprechenden Auslagen entgegenstehen, ebenfalls zum Schaden i.S.v. Art. 337c Abs. 1 OR zu addieren (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 337c N 2).

2.4 Der aus dem entgangenen Arbeitgeberbeitrag an die Vorsorgeeinrichtung entstandene Schaden kann vom Arbeitnehmer zusätzlich als Schadensposition geltend gemacht werden (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 337c N 15 m.w.H.).

### 3. Würdigung

3.1 Vorliegend hat der Kläger Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist beendet worden wäre. Die Parteien vereinbarten unbestrittenermassen eine Kündigungsfrist von sechs Monaten auf ein Monatsende, womit von einem Ende des Arbeitsverhältnisses per Ende September 2019 auszugehen ist.

3.2 Es ist von den mit der Replik gestellten Forderungen und der vom Kläger in Tabellenform eingereichten Übersicht über seine finanziellen Ansprüche (act. 31/29) auszugehen. Die Beklagte bestreitet in ihrem Eventualstandpunkt nicht alle Forderungen des Klägers (act. 15 Rz. 87 ff.; act. 34 Rz. 98 ff.). Die Lohn- und Lohnnebenleistungen wurden bis auf die Ausbildungszulagen und die Transportentschädigung ("Ökobonus") in Bestand und Höhe nicht bestritten und gelten somit als anerkannt. Auch die Forderungen betreffend der Rückvergütung der Krankenkassenprämien und der Pensionskassenbeiträge wurden in Bestand

und Höhe für den Fall einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung nicht substantiiert bestritten und somit anerkannt (vgl. act. 15 Rz. 86 ff., act. 39 Rz. 98 ff.)

3.3 Zur Transportentschädigung bzw. dem "Ökobonus" ist auszuführen, dass die Beklagte zwar behauptet, mit dem "Ökobonus" seien Aufwendungen des Klägers abgegolten worden, welche aufgrund der beruflichen Tätigkeit des Klägers angefallen seien, wofür die Beklagte die Zeugenbefragung von AB.\_\_\_\_ offeriert (act. 34 Rz. 99). Die Beklagte bestritt indes nicht substantiiert (act. 34 Rz. 178), dass darauf Sozialversicherungsbeiträge geschuldet gewesen seien und diesem keine tatsächlichen Kosten für Verkehrsmittel gegenüber gestanden seien. Der Abzug von Sozialversicherungsbeiträgen ist gemäss der Lohnabrechnungen von Februar und März 2019 ausgewiesen (act. 5/7 und act. 5/16). Behauptungen zu den tatsächlich angefallenen Aufwendungen des Klägers und zur Praxis der Spesenentschädigung vor der fristlosen Kündigung fehlen, weshalb die Zeugenbefragung von AB.\_\_\_\_ unterbleiben kann. Es ist von einem Lohnbestandteil auszugehen, und die Transportentschädigung von monatlich Fr. 80.– brutto ist geschuldet.

3.4 Wie vorstehend unter Ziffer II.3. erwähnt, ist die Zuständigkeit betreffend Ersatz für Ausbildungszulagen grundsätzlich zu bejahen. Ersatz für Ausbildungszulagen kann gefordert werden, wenn der Kläger im fraglichen Zeitraum im geltend gemachten Betrag zu Schaden gekommen ist (Art. 97 Abs. 1 OR). Das Vorbringen der Beklagten, die Zulagen seien ihr von der Ausgleichskasse nicht ausgerichtet worden, blieben unbestritten (vgl. act. 29 Fz. 113 f.), und der Kläger bringt weder vor, weshalb er geschädigt sei noch legt er dar, weshalb er die Differenz zu den Zulagen gegenüber der Familienausgleichskasse alsdann nicht eintreiben könne. Der Ersatzanspruch des Klägers für die Ausbildungszulagen ist bei dieser Sachlage zu verneinen und die klägerische Forderung ist im März 2019 um Fr. 37.50 netto, im April 2019 um Fr. 197.– netto, im Juni 2019 um Fr. 58.75 netto und im Juli 2019 um Fr. 4.35 netto zu reduzieren. Festzuhalten bleibt, dass für die Monate Mai, August und September 2019 kein Schaden behauptet wurde.

3.5 Die vertragliche Anspruchsgrundlage des Klägers auf die Schulgelder ist unbestritten. Eine Eventualbegründung der Beklagten zu den Schulgeldern in der hypothetischen ordentlichen Kündigungsfrist infolge einer ungerechtfertigten frist-

losen Kündigung liegt nicht vor. Die klägerischen Vorbringen dazu wurden nicht substantiiert bestritten. Der Kläger hat somit Anspruch auf Fr. 14'100.– netto als Ersatz für die Schulgelder bis zum 30. September 2019.

3.6 Im Ergebnis hat der Kläger Anspruch auf **Fr. 119'401.20 brutto** sowie **Fr. 10'240.75 netto** als Ersatz für Lohn und Lohnnebenleistungen. Als Ersatz für die Prämien der Krankenversicherung kommen **Fr. 5'411.40 netto** hinzu. Beim Ersatz für die Arbeitgeberbeiträge an die berufliche Vorsorge hat der Kläger einen ausstehenden Anspruch von Fr. 37'635.– netto wovon die Beklagte Fr. 977.25 bereits anerkannte (act. 34 Rz. 12), weshalb dem Kläger ein Restanspruch von **Fr. 36'657.75 netto** zuzusprechen ist. Beim Ersatz für die Schulgelder hat der Kläger einen ausstehenden Anspruch von Fr. 14'100.– netto, wovon die Beklagte Fr. 1'405.60 netto anerkannte (act. 34 Rz. 12), weshalb dem Kläger ein Restanspruch von **Fr. 12'694.40 netto** verbleibt.

## B. FERIENENTSCHÄDIGUNG

### 1. Parteivorbringen

#### 1.1 Vorbringen des Klägers

1.1.1 Der Lohnabrechnung vom März 2019 sei zu entnehmen, dass der Kläger noch einen Anspruch auf 596.71 Stunden Ferien für das Jahr 2019 habe. Dieser sei infolge der fristlosen Kündigung von der Beklagten um 197.92 Stunden gekürzt worden. Die Beklagte habe lediglich 398.79 Stunden abgegolten. Der Kläger bringt vor, dass die von der Beklagten vorgenommene Berechnung die hypothetische Kündigungsfrist bis am 30. September 2019 nicht berücksichtige, wonach dem Kläger insgesamt ein Ferienanspruch von 535.56 Stunden (396.71 aus dem Vorjahr + 178.85 aus dem laufendem Jahr – 40 bezogene Stunden) zustehe. Der Bezug dieser ausstehenden Ferien sei aufgrund der ungerechtfertigten Kündigung nicht mehr möglich gewesen. Daher seien dem Kläger noch 136.77 Stunden abzugelten (535.56 - 398.79). Entsprechend habe der Kläger Anspruch auf Abgeltung der offenen Stunden Ferien mit Fr. 22'428.65 brutto ( $136.77/8/21 = 0.814$  Monate x Fr. 27'550.25; act. 1 Rz. 26 f.).

1.1.2 Der Kläger habe nach der fristlosen Entlassung keine Ferien beziehen können, weil er sich um die Stellensuche habe kümmern müssen, die sehr zeitintensiv und belastend gewesen sei. Zum einen sei der Kläger im Zeitpunkt der fristlosen Entlassung bereits 54 Jahre alt gewesen und habe als "schwer vermittelbar" gegolten. Zudem sei der Kläger seit 28 Jahren ununterbrochen für die B.\_\_\_\_ tätig gewesen und habe sich deshalb auf dem Stellenmarkt nicht (mehr) ausgekannt. Er habe keine Ferien beziehen können und habe tatsächlich auch keine Ferien bezogen, denn er habe sofort nach der fristlosen Entlassung Taggelder von der Unia Arbeitslosenkasse bezogen. Wenn der Kläger Ferien gemacht hätte, hätte er keine Leistungen der Unia Arbeitslosenkasse beziehen können. Nachdem er die neue Stelle gefunden habe, habe er diese sofort angetreten. Der Kläger habe die Leistungen der Unia Arbeitslosenkasse – wie in Art. 337c Abs. 2 OR vorgesehen – von seinen Forderungen gegen die Beklagte in Abzug gebracht, weshalb der Kläger nicht noch zusätzlich auf die Auszahlung der Ferienansprüche verzichten müsse. Das Ferienguthaben von 136.77 Stunden sei deshalb auszubezahlen (act. 29 Rz. 118 ff.; act. 46 Rz. 93).

## 1.2 Vorbringen der Beklagten

Die Beklagte steht auf dem Standpunkt, dass dem Kläger auch bei Annahme einer zu Unrecht erfolgten fristlosen Kündigung keine Entschädigung für angeblich nicht bezogene Ferientage geschuldet sei. Soweit trotz der erforderlichen Zeit für die Jobsuche noch Erholungszeit übrigbleibe, sei diese Freizeit bei der hypothetischen Schadensberechnung nach Art. 337c Abs. 1 OR als Ferienkompensation zu betrachten. Bei einer zu Unrecht erfolgten fristlosen Kündigung würden die gleichen Grundsätze wie bei der Freistellung gelten, und ein Drittel der durch die Freistellung freigewordenen Zeit sei zur Kompensation von noch ausstehenden Ferientagen zu benutzen. Ausgehend von der Neuanstellung des Klägers seit dem 15. Juli 2019 habe der Kläger von der sechsmonatigen Kündigungsfrist bis Ende September 2019 3.5 Monate bzw. 93 Arbeitstage frei gehabt. Die restlichen Ferien in Höhe von 137.92 Ferienstunden bzw. 17.24 Ferientagen habe der Kläger vollständig kompensieren können (act. 15 Rz. 98 ff., Rz. 140 f.; act. 34 Rz. 99).

## 2. Rechtliches

2.1 Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn zu entrichten. Die Ferien dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden (Art. 329d Abs. 1 und 2 OR). Dieses Abgeltungsverbot ist grundsätzlich zwingend. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann der nicht bezogene Ferienanspruch in Geld abgegolten werden (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 329d N 8 und N 18; BGE 131 III 451 E. 2.2). Dafür, dass Ferien bezogen wurden, hat der Arbeitgeber die Beweislast (Art. 8 ZGB).

2.2 Wenn der Arbeitgeber in der Freistellungszeit den Ferienbezug ausdrücklich anordnet und die Freistellung das restliche Ferienguthaben stark übersteigt, kann der Ferienanspruch des Arbeitnehmers untergehen. Ist die Kündigungsfrist lang, besteht eher kein Anspruch des Arbeitnehmers auf zusätzlichen Ferienlohn. Ist sie hingegen kurz, muss der Arbeitgeber den aufgelaufenen Ferienlohn grundsätzlich ausbezahlen. Praxisgemäss ist als Faustregel von einer Anrechnung von einem Drittel der Freistellungstage als Ferienbezug auszugehen, mit Abweichungen im Einzelfall je nach konkreten Umständen (Datum des Abschlusses eines neuen Arbeitsvertrages, effektiver Ferienbezug, Intensität der Stellensuche etc.). Hinsichtlich der Stellensuche ist aber darauf hinzuweisen, dass ein Arbeitnehmer, der freigestellt wurde, grundsätzlich nicht mehr Zeit für die Stellensuche geltend machen kann, als derjenige der nicht freigestellt wurde. Als üblicher Zeitraum für die Stellensuche (nach erfolgter Kündigung) gilt ein Halbtage pro Woche. Es ist im Einzelfall eine Betrachtung der Gesamtumstände vorzunehmen (BLESIG, Die Freistellung des Arbeitnehmers, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 30 und Rz. 54 f., Rz. 450, Rz. 454; STREIFF/ VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 329c N 10 f.).

2.3 Bei einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung ist Folgendes zu beachten: wenn der Arbeitgeber während der (hypothetischen) ordentlichen Kündigungsfrist den Bezug der aufgelaufenen Ferien hätte anordnen können, so wären sie bei ordentlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise kompensiert worden und beim ordentlichen Austritt demnach auch nicht bzw. nur reduziert zu entschädigen. Damit besteht kein bzw. nur ein reduzierter Ersatzanspruch nach

Art. 337c Abs. 1 OR. Es gibt keinen Grund, bei der Kompensation nicht bezogener Ferientage in der hypothetischen ordentlichen Kündigungsfrist infolge einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung andere Massstäbe anzulegen als bei deren Kompensation in der ordentlichen Kündigungsfrist. Wird dem Arbeitnehmer die Kompensation nicht bezogener Ferientage in der hypothetischen Kündigungsfrist zugemutet und demzufolge der Ferienlohn nicht zusätzlich ausbezahlt bzw. reduziert, darf ihm während der hypothetischen Ferien- oder Kompensationszeit aber nicht zusätzlich der Verdienst an der neuen Stelle abgezogen werden. Diese Lösung vermeidet Unbilligkeiten zulasten beider Parteien, indem dem Arbeitnehmer die Ferien wie bei ordentlicher Beendigung nur angerechnet werden, wenn er deren Erholungszweck auch wirklich realisieren kann; dabei ist insbesondere die notwendige Stellensuche angemessen zu berücksichtigen (STREIFF/ VON KANEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 337c N 18).

2.4 Das Ferienguthaben wird bei Vertragsende in einen finanziellen Abgeltungsanspruch umgewandelt, wobei sich die Berechnung des Ferienlohnanspruches nach herrschender Auffassung nach dem zuletzt bezahlten Lohn und nicht nach dem im Entstehungsjahr massgeblichen Lohn richtet (STREIFF/VON KANEL/RUDOLPH, a.a.O., N 8 zu Art. 329d OR; vgl. BGE 131 III 451 E. 2.2). Bei Auszahlung des Ferienguthabens bzw. nach Ende der Anstellung macht der Ferienlohn bei jährlichem Anspruch von vier Wochen Ferien 8.33%, bei fünf Wochen Ferien 10.64% und bei sechs Wochen Ferien 13.04% des Jahreslohnes aus. Somit ist der per Vertragsende bestehende Restferiensaldo mit der Prozentzahl zu multiplizieren, um den Anspruch zu berechnen: Jahreslohn / 100 x 8.33 oder 10.64 oder 13.04 / jährliche Ferientage x Restferiensaldo (STREIFF/VON KANEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 329d N 10; BGE 129 III 664 E. 7.3).

### 3. Würdigung

3.1 Die Beklagte bestreitet den Anspruch des Klägers auf Ferienentschädigung, da der Anspruch gestützt auf die Drittelsregel während der hypothetischen ordentlichen Kündigungsfrist vollständig kompensiert worden sei. Es ist unbestritten, dass die Beklagte den Kläger hypothetisch hätte freistellen können.

3.2 Wie vorstehend erwähnt, ist die Anwendung der Drittelregel und die Kompensation nicht bezogener Ferientage ausgeschlossen, wenn dem Kläger der Verdienst an der neuen Stelle im Sinne von Art. 337c Abs. 2 OR angerechnet wird. Vorliegend brachte der Kläger sowohl die anrechenbaren Leistungen der Unia Arbeitslosenkasse als auch diejenigen seines neuen Arbeitgebers E. \_\_\_AG in Abzug (act. 31/29), wie es die Beklagte geltend machte (act. 15 Rz. 89; act. 34 Rz. 104). Der Kläger trägt zur Unzumutbarkeit der Ferienkompensation vor, dass die Stellensuche intensiv gewesen sei und er keine Leistungen der Unia Arbeitslosenkasse hätte beziehen können, wenn er Ferien gemacht hätte (act. 29 Rz. 119 f.). Diese Vorbringen wurden nicht substantiiert bestritten (act. 34 Rz. 178). Für die Zeitdauer der neuen Arbeitstätigkeit bei der E. \_\_\_AG ist klar und unbestritten (act. 15 Rz. 100), dass dem Kläger die Kompensation seines Feriensaldos bei der Beklagten unzumutbar war. Für die Zeitdauer des Leistungsbezugs bei der Unia Arbeitslosenkasse ist jedoch zu beachten, dass die Realisierung des Erholungszwecks während der Dauer des Leistungsbezugs von der Arbeitslosengeldern nicht in gleicher Weise unmöglich ist, wie für die Dauer der Arbeitstätigkeit für einen neuen Arbeitgeber. Es kommt hinzu, dass der Kläger keine Beweise dafür offerierte, dass ihm die Ferienkompensation unzumutbar war, insbesondere fehlen nähere Angaben zur überdurchschnittlichen Intensität seiner Stellensuchbemühungen. Inwiefern das Kontrollregime der Unia Arbeitslosenkasse den Ferienbezug ausschloss (act. 29 Rz. 120), wurde nicht substantiiert behauptet und bleibt unklar. Gewiss hatte der Kläger seine Suchbemühungen gegenüber der Unia Arbeitslosenkasse darzulegen, doch erscheint eine Ferienkompensation bzw. die Realisierung des Erholungszwecks beim Bezug von Leistungen einer Arbeitslosenkasse trotz deren Anrechnung i.S.v. Art. 337c Abs. 2 OR nicht gänzlich ausgeschlossen. Üblicherweise gilt ein Halbtage pro Woche für die Stellensuche. Die Stellensuche musste unter den vorliegenden Umständen aber unbestrittenermassen (act. 34 Rz. 99, Rz. 178) intensiver gewesen sein als üblich, weshalb in Abweichung von der Drittelsregel und nach gerichtlichem Ermessen davon auszugehen ist, während der Zeitdauer des Leistungsbezugs bei der Unia Arbeitslosenkasse sei dem Kläger die Ferienkompensation zu einem Sechstel zumutbar gewesen.

3.3 Das Datum des Abschlusses des neuen Arbeitsvertrages und das Datum des Stellenantritts bei der E. \_\_\_AG "im Juli 2019" (act. 29 Rz. 111) bleibt unklar. Der von der Beklagten vermutete Stellenantritt am 15. Juli 2019 wurde zwar nicht substantiiert bestritten (act. 15 Rz. 89, Rz. 100; act. 29 Rz. 111), aus den Lohnabrechnungen der E. \_\_\_AG (act. 31/24-26) geht aber hervor, dass der Kläger im Juli 2019 nahezu gleich viel verdiente wie in den Monaten August und September 2019. Die eingereichten Abrechnungen der Unia Arbeitslosenversicherung (act. 19/39) belegen einen Leistungsbezug nur bis Ende Juni 2019. Es ist daher davon auszugehen, dass der Kläger ab 1. Juli 2019 bei der E. \_\_\_AG tätig war.

3.4 Im Zeitraum zwischen dem 6. März 2019 und dem 30. Juni 2019 wurde der Kläger hypothetisch an 79 Arbeitstagen freigestellt (18 Arbeitstage im März 2019 + 20 Arbeitstage im April 2019 [abzgl. Karfreitag und Ostermontag] + 22 Arbeitstage im Mai 2019 [abzgl. Auffahrt] + 19 Arbeitstage im Juni 2019 [abzgl. Pfingstmontag]). Eine Ferienkompensation während der hypothetischen Freistellung war dem Kläger somit im Umfang von 13.17 Tagen (79 / 6) bzw. 105.35 Stunden (13.17 \* 8 Stunden pro Tag) zumutbar.

3.5 Die Parteien vereinbarten unbestrittenermassen einen jährlichen Ferienanspruch von 30 Arbeitstagen pro Kalenderjahr (act. 5/4 = act. 11/4 Ziff. 6; act. 19/1 = act. 24/1a Ziff. 7; act. 19/2 = act. 24/2a Ziff. 7), d.h. jährlich 6 Wochen. Der Kläger macht einen Anspruch von 136.77 Stunden geltend (396.71 + 178.85 – 40 – 398.79; act. 1 Rz. 27; act. 29 Rz. 120; act. 31/29). Die Beklagte behauptet nicht, dass ein geringerer Ferienanspruch offen sei, weshalb davon auszugehen ist, was 17.1 Ferientage ergibt (136.77 Stunden / 8 Stunden pro Tag).

3.6 Es verbleibt somit ein nicht kompensierter Ferienanspruch des Klägers im Umfang von 3.93 Ferientagen (17.1 – 13.17) bzw. 31.42 Stunden (136.77 – 105.35). Der geltend gemachte Monatslohn inkl. Anteil 13. Monatslohn von Fr. 27'550.25 brutto ist unbestritten (act. 15 Rz. 98 ff., Rz. 140 f.). Es ist von einem Jahreslohn von Fr. 330'603.– brutto (Fr. 27'550.25 x 12) auszugehen. Im Ergebnis beträgt der Anspruch des Klägers somit **Fr. 5'647.50 brutto** (Fr. 330'603.– / 100 x 13.04 / 30 x 3.93).

## C. BONUS

### 1. Parteivorbringen

#### 1.1 Vorbringen des Klägers

1.1.1 Der Kläger führt zum Bonus aus, dass er gemäss Arbeitsvertrag am "*Bonus Scorecard process of the B.\_\_\_\_ Group*" partizipiere. Die Einzelheiten seien im Bonusplan geregelt. Für das Jahr 2019 (zumindest ab 15. Januar 2019) habe der Kläger aufgrund seiner Beförderung auf Stufe 5 Anspruch auf einen Maximalbonus von 50% von Fr. 348'600.– (12 x Fr. 29'050.–), d.h. maximal Fr. 174'300.50 bei einem Zielerreichungsgrad von 100%. Die Beklagte habe mit Auszahlung des Märzlohnes dem Kläger der Regelung im Bonusplan entsprechend, wonach der Kläger einen pro-rata temporis Anspruch zustehe, Fr. 18'676.– ausbezahlt, gerechnet bis zum 5. März 2019. Hierbei sei für Januar 2019 mit dem alten Gehalt und für Februar und anteilig März 2019 mit dem neuen Gehalt gerechnet worden. Dem Kläger stehe für das Jahr 2019 bei ordentlicher Kündigung Fr. 124'500.– (30% von 1 x Fr. 27'667.– und 50% von 8 x Fr. 29'050.–) bei 100% Zielerfüllung zu. Abzüglich der bereits ausgezahlten Bonusanteils betrage die Forderung des Klägers somit Fr. 105'824.– brutto (124'500 – 18'676; act. 1 Rz. 28 f.; act. 29 Rz. 121 f.; act. 31/29).

1.1.2 Die Annahme einer 100%-Zielerreichung sei bei Ausscheiden üblich. Die Annahme von 100% Zielerfüllung sei auch deswegen gerechtfertigt, weil die Bonusregelung auf das letzte kommunizierte Quartal referenziere (d.h. das 4. Quartal von 2018) und keine Details zu diesem Quartal vorliegen würden, wobei das letzte Quartal des Jahres ohnehin besser als das Gesamtjahr 2018 (95.77% Zielerfüllung) gewesen sei. Eine Guideline ausgehend von 75% Zielerfüllung, welche die Beklagte in der E-Mail vom 13. April 2019 beschreibe, sei dem Kläger nicht bekannt (act. 1 Rz. 30).

1.1.3 Die Beklagte halte an der willkürlichen Bonuskürzung um 25% fest. Während sich die Beklagte am 25. März 2019 im Zusammenhang mit der Bonuskürzung noch auf eine Richtlinie berufen habe, versuche sie die Bonuskürzung in

der Klageantwort auf einen unvollständig vorgelegten E-Mailaustausch vom 27. September 2017 betreffend "Bonus accrual guidance – YTD June 2017" zu stützen. Es gehe vorliegend aber nicht um den Bonus 2017, sondern um den Bonus 2019. Ob die Beklagte für den Bonus 2019 lediglich 75% zurückgestellt habe, sei unbelegt und irrelevant. Es gebe keine B.\_\_\_\_-interne Praxis oder Guideline, gemäss der bei austretenden Mitarbeitern der Bonusanspruch gekürzt werden könne. Wenn es die im E-Mail vom 25. März 2019 erwähnte "Guideline" gegeben hätte, hätte die Beklagte diese vorlegen können (act. 29 Rz. 100; act. 46 Rz. 94).

## 1.2 Vorbringen der Beklagten

Die Beklagte führt aus, dass die Auszahlung des Bonus für das Jahr 2019 in Höhe von Fr. 18'676.– brutto unter Berücksichtigung der B.\_\_\_\_-internen Praxis erfolgt sei, wonach bei Austritt eines Mitarbeitenden vor der jährlich erfolgenden Bonuszahlung jeweils auf die Bonusrückstellungen in Höhe von 75% abgestellt werde. Im Falle einer zu Unrecht erfolgten fristlosen Kündigung habe der Kläger gemäss B.\_\_\_\_-interner Praxis bzw. der B.\_\_\_\_-internen *Guideline*, gemäss der bei Austritt eines Mitarbeitenden vor der jährlich erfolgenden Bonusauszahlung jeweils auf die Bonusrückstellungen in Höhe von 75% abgestellt werde, lediglich Anspruch auf einen Bonus in Höhe von Fr. 74'699.– brutto ( $[\text{Fr. } 27'666.65 \times 1 \times 30\% + \text{Fr. } 29'050.- \times 8 \times 50\%] \times 75\% - \text{Fr. } 18'676$ ). Die E-Mail von AC.\_\_\_\_ vom 27. September 2017 gebe diese Praxis wieder, welche auch AB.\_\_\_\_ bestätigen könne. Diese Praxis werde bei allen B.\_\_\_\_-Mitarbeitenden angewendet, die vor der jährlich erfolgenden Bonusauszahlung austreten würden (act. 15 Rz. 75, Rz. 102 f.; act. 34 Rz. 99, Rz. 170).

## 2. Rechtliches

### 2.1 Abgrenzung Lohnbestandteil oder Gratifikation

2.1.1 Das Gesetz enthält keine besonderen Regeln in Bezug auf den Bonus. Nach der Rechtsprechung sind im Wesentlichen drei Kriterien für die Beurteilung der Frage massgeblich, ob ein Bonus als geschuldetes Entgelt für die Arbeit (und damit als Lohn im Sinne von Art. 322 OR) oder als freiwillige Zulage (und damit

als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR) zu qualifizieren ist: Ermessen bei der Auszahlung, Regelmässigkeit der Ausrichtung und Akzessorietät bzw. Höhe des Gesamteinkommens (BGE 142 III 381 E. 2.1-2.2.2; BGE 129 III 276 E. 2.1).

2.1.2 Die Unterscheidung zwischen Lohnbestandteil und Gratifikation ist von zentraler Bedeutung: Liegt Lohn vor, folgt daraus ein Rechtsanspruch auf dessen Auszahlung, bei unterjährigem Ausscheiden auf pro rata-Auszahlung. Weiter darf Lohn nicht unter eine Bedingung wie z.B. die Voraussetzung des ungekündigten bzw. noch bestehenden Arbeitsverhältnisses gestellt werden (STREIFF/ VON KAENEL/ RUDOLPH, a.a.O., N 2 zu Art. 322d OR).

2.1.3 Wenn der Bonusanspruch an sich und die Höhe der Vergütung vertraglich im Voraus festgelegt sind und dem Arbeitgeber kein Ermessen zusteht, liegt nach der Rechtsprechung zwingend Lohn vor. Weiter liegt auch dann Lohn vor, wenn der Bonus zwar nicht im Voraus betragsmässig feststeht, aber anhand klarer geschäftlicher Messgrössen exakt berechnet werden kann (BGE 129 II 276 E. 2 und BGE 139 III 155 E. 3.1).

2.1.4 Die Gratifikation nach Art. 322d OR ist eine Sonderzahlung aus bestimmtem Anlass, die neben dem Lohn ausgerichtet wird. Sie hängt immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers ab (BGE 129 III 277 E. 2). Eine Gratifikation wird damit ganz oder zumindest teilweise freiwillig ausgerichtet (BGE 131 III 615 E. 5.2). Freiwilligkeit ist namentlich dann anzunehmen, wenn der Arbeitgeber zumindest bei der Festsetzung der Höhe des Bonus ein Ermessen zusteht. Ein solches Ermessen ist zu bejahen, wenn die Höhe des Bonus nicht nur das Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses voraussetzt, sondern zudem auch von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung durch die Arbeitgeberin abhängig gemacht wird. Wie ein Bonus rechtlich zu qualifizieren ist, hängt zunächst von der vertraglichen Ausgestaltung ab, ferner von der Handhabung im betrieblichen Alltag (STREIFF/ VON KAENEL/ RUDOLPH, a.a.O., N 2 zu Art. 322d OR).

2.1.5 Liegt gemäss schriftlichem Arbeitsvertrag eine im Ermessen des Arbeitgebers liegende Sondervergütung vor, so gibt es dennoch Konstellationen, in

denen diese als Lohn zu gelten hat. So leitet die Rechtsprechung aus mindestens dreimaligen und somit regelmässigen, aufeinanderfolgenden und vorbehaltlosen Bonuszahlungen stillschweigend vereinbarte Ansprüche der Arbeitnehmer auf zukünftige Vergütungen ab, welche zum Lohnbestandteil werden (BGE 129 III 615 E. 5.2). Will der Arbeitgeber dieser Rechtsfolge entgehen, so muss er bei der Ausrichtung der Gratifikation regelmässig und unmissverständlich auf ihre Freiwilligkeit hinweisen. Ein Vorbehalt der Freiwilligkeit ist aber unbehilflich, wenn er als nicht ernst gemeinte, leere Floskel angebracht wird und der Arbeitgeber durch sein ganzes Verhalten zeigt, dass er sich zur Auszahlung einer Gratifikation verpflichtet fühlt. Deshalb kann eine Gratifikation auch dann als vereinbart gelten, wenn jahrzehntelang eine Zahlung mit dem Vermerk der Freiwilligkeit erfolgte, dieser Vorbehalt aber nie in Anspruch genommen wird. Das rechtfertigt sich aber nur, wenn der Arbeitgeber in dieser Zeit auch Grund dafür gehabt hätte, die Gratifikation nicht auszurichten, wie beispielsweise bei schlechtem Geschäftsgang oder schlechter Arbeitsleistung des betroffenen Mitarbeiters (BGE 129 III 276 E. 2.3). Auch bei jahrzehntelanger Auszahlung ist eine Verweigerung in den folgenden Jahren möglich, wenn sie sich auf objektive Gründe stützen kann (STREIFF/VON KAENEL/ RUDOLPH, a.a.O., N 4 und N 5 zu Art. 322d OR).

2.1.6 Eine Gratifikation darf, um den Charakter einer Sondervergütung zu wahren, schliesslich neben dem Lohn nur eine zweitrangige Bedeutung, mithin hinzutretenden Charakter haben (Akzessorietät). Da der Arbeitsvertrag definitionsgemäss entgeltlich ist, genügt eine bloss freiwillige Entschädigung nicht. Das Entgelt kann daher bei einem Arbeitsvertrag nicht ausschliesslich in einer Gratifikation bestehen, weil diese eine ganz oder teilweise freiwillige Sondervergütung ist, die zum Lohn hinzutritt. Daraus folgt, dass es auch nicht zulässig sein kann, einen kleinen Lohn und dafür eine grosse freiwillige Gratifikation zu vereinbaren. Denn damit erscheint die Gratifikation trotz der vereinbarten Freiwilligkeit als das eigentliche Entgelt für die Arbeit, weshalb sie zumindest teilweise als Lohn im Rechtssinne zu qualifizieren ist (BGE 129 III 276 E. 2.1; BGE 139 III 155 E. 5.3).

2.1.7 Zahlreich sind Streitigkeiten im Zusammenhang mit Bonussystemen, die an Zielvorgaben anknüpfen. Wenn ein Bonusplan durch ein Reglement gere-

gelt wird, das klare geschäftliche Ergebnisse als Voraussetzung für die Höhe des Bonus festlegt, so liegt nicht mehr Gratifikation, sondern Lohn vor (BGer in ARV 2003 S. 154 E.2.2, vgl. auch BGE 129 III 276 E. 2 = JdT 2003 I 346 = JAR 2003 S. 221). Lohn liegt ebenfalls vor, wenn der Arbeitgeber Anfang Jahr verbindliche Ziele und die erreichbare Bonushöhe vorgegeben hat, und zwar auch dann, wenn die Festsetzung ursprünglich in seinem Ermessen stand. Mit der Festsetzung der Ziele mutiert der Bonus in diesem Fall zum variablen Lohnanspruch. Erreicht der Arbeitnehmer die Ziele, kann ihm der Bonus nicht verweigert werden (BGer 4C.395/2005 vom 1. März 2006 = JAR 2007 S. 206).

2.1.8 Anders ist es, wenn persönliche Leistungsziele nicht messbar formuliert sind (sog. "soft factors") und deren Erreichen zumindest teilweise von einer subjektiven Einschätzung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber abhängt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 6 zu Art. 322d OR mit Hinweisen).

2.1.9 Die Zieldefinition ist grundsätzlich eine Obliegenheit der Arbeitgeberin. Dem Arbeitnehmer darf es nicht zum Nachteil gereichen, wenn die Arbeitgeberin es unterlässt, die für die Entstehung des Bonusanspruches massgebenden Ziele festzusetzen bzw. zu konkretisieren. Der Arbeitnehmer, der eine nicht unterdurchschnittliche Leistung erbringt, hat in diesem Falle einen vollen Bonusanspruch (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 6 zu Art. 322d OR mit Hinweisen; CRAMER, Der Bonus im Arbeitsvertrag, Diss. Basel, Bern 2007, Rz. 155; AGer-Z 2009 Nr. 3). Die unterlassene Zielvereinbarung ist unter dem Blickwinkel von Art. 156 OR zu würdigen, wonach eine Bedingung als erfüllt gilt, wenn ihr Eintritt von dem einen Teile wider Treu und Glauben verhindert worden ist. Unterbleibt die Zieldefinition, so widerspricht dies Treu und Glauben und ist das Ziel in Anwendung von Art. 156 OR als erreicht zu fingieren (BGer Urteil 4A\_378/2017 vom 27. November 2017 E. 3.4).

## 2.2 Vertragsauslegung

2.2.1 Das Ziel der richterlichen Vertragsauslegung besteht in der Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens, den die Parteien erklärt haben (subjektive Auslegung). Das primäre Auslegungsmittel ist der Wortlaut der von

den Parteien verwendeten Worte (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl. 2020, Rz. 1206 ff. m.w.H.). Bei der Auslegung nach dem Wortlaut kommt dem Sinngehalt des Wortes, den ihm der allgemeine Sprachgebrauch zulegt, entscheidende Bedeutung zu. Denn mangels anderer Anhaltspunkte ist anzunehmen, dass die Parteien ein von ihnen verwendetes Wort gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch zur Zeit des Vertragsabschlusses, somit im Sinne der damaligen Alltags- oder Umgangssprache, verwendet haben. Abzustellen ist demnach auf den gebräuchlichen Wortsinn, der sich auch aus üblichen Wörterbüchern und Lexika ergeben kann (BGE 115 II 264 E. 5a; BGE 116 II 189 E. 2a m.w.H.). Die Rechtsprechung misst dem Umstand, dass die Parteien präzise juristische Bezeichnungen verwendet haben, für sich allein keine entscheidende Bedeutung zu, wobei bei gegenüber geschäftserfahrenen, im Gebrauch von Fachbegriffen gewandten Personen, eine strikte Auslegung nach dem Wortlaut angezeigt sein kann (BGE 129 III 702 E. 2.4.1).

2.2.2 Erst in zweiter Linie sind die sogenannten ergänzenden Auslegungsmittel zu beachten. Sie werden oft auch als die Umstände des Vertragsschlusses bezeichnet. Zu ihnen gehören namentlich die Vertragsverhandlungen, das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss sowie der Vertragszweck (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., Rz. 1212 ff.). Immer dann, wenn die ergänzenden Auslegungsmittel nicht sicher einen anderen Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden (JÄGGI/GAUCH/HARTMANN in: Zürcher Kommentar OR, 4. Auflage 2014, Art. 18 N 369). Für eine Auslegung sind im Weiteren die Umstände zu berücksichtigen, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren. Es ist somit der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgebend, weshalb bei der Auslegung nach Vertrauensprinzip nachträgliches Parteiverhalten nicht von Bedeutung ist. Später eintretende Umstände – wie das nachträgliche Verhalten der Parteien – lassen dagegen erkennen, wie sie selbst den Vertrag seinerzeit gemeint bzw. ihre Erklärungen tatsächlich verstanden haben. Das ergibt aber den wirklichen, nicht den hypothetischen Parteiwillen (BGE 107 II 417 E. 6; BGE 129 III 675 E. 2.3).

2.2.3 Reglemente oder allgemeine Arbeitsbedingungen sind nur verbindlich, wenn sie dem Arbeitnehmer ausgehändigt oder zur Kenntnis gebracht und von ihm gebilligt worden sind. Der Beweis dafür obliegt der Arbeitgeberin (GEISER/MÜLLER/PÄRLI, a.a.O., Rz. 253). Reglemente oder allgemeine Anstellungsbedingungen werden von den Parteien meist durch blosser Globalerklärung übernommen (z.B. «sind integrierender Bestandteil dieses Vertrages»). Sie unterliegen dabei denselben Beschränkungen, wie sie für andere allgemeine Vertragsbedingungen entwickelt worden sind. Insbesondere muss die Erfassung der allgemeinen Anstellungsbedingungen vom Vertragskonsens klar umfasst sein. Nach der sog. Ungewöhnlichkeitsregel muss eine Partei Bestimmungen in allgemeinen Vertragsbedingungen, mit denen sie nach dem Vertrauensprinzip nicht rechnen musste, bei einer Globalübernahme nicht gegen sich gelten lassen, es sei denn, die Klausel sei besprochen oder der Arbeitnehmer vor Unterzeichnung besonders darauf hingewiesen worden. Im Übrigen sind allgemeine Anstellungsbedingungen, obschon im Hinblick auf eine Vielzahl von Verträgen generell vorformuliert, als Bestandteil des konkreten Einzelarbeitsvertrages nach den Regeln der Vertragsauslegung individuell auszulegen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 320 N 2).

2.2.4 Aus der Gültigkeit des formlosen Vertragsschlusses (Art. 320 Abs. 1 OR) folgt, dass auch die Änderung bestehender Arbeitsverträge formlos gültig ist, und zwar auch bei schriftlich ausgefertigten Verträgen, die sogar stillschweigend geändert werden können. Aber auch Vertragsverschlechterungen können formlos, und zwar mündlich oder stillschweigend, wirksam werden, z.B. wenn sie dem Arbeitnehmer bekanntgegeben und hernach gehandhabt werden, ohne dass dieser protestiert. Man spricht hier, ob ausdrücklich oder stillschweigend zustande gekommen, vom Änderungsvertrag (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 320 N 4).

### 3. Würdigung

3.1 Die Beklagte anerkennt für den Fall der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung die klägerische Bonusforderung im Umfang von Fr. 74'699.– brutto (act. 15 Rz. 103; act. 34 Rz. 99). Sie wendet dieselbe Berechnungsweise wie der Kläger

an, kürzt aber die Höhe des Gesamtanspruchs auf 75% ([Fr. 27'666.65 x 1 x 30% + Fr. 29'050.– x 8 x 50%] x 75% – Fr. 18'676; act. 15 Rz. 103).

3.2 Umstritten ist, ob die von der Beklagten vorgebrachte Regelung, dass bei Austritt des Klägers vor der jährlich erfolgenden Bonusauszahlung jeweils auf die Bonusrückstellungen in Höhe von 75% abgestellt werde, mithin eine Kürzung in dieser Höhe erfolge, überhaupt Bestandteil der vertraglichen Vereinbarung wurde. Diese Kürzung ist nicht zwingend eine Bedingung, die im Sinne der Rechtsprechung bei Lohnbestandteilen unzulässig wäre. Auch bei einem Lohnbestandteil könnte es grundsätzlich zulässig sein, für den Spezialfall des Austritts vor der Bonusauszahlung 75% statt 100% Bonus zu vereinbaren, steht doch der Lohnbestandteil immer noch im Voraus betragsmässig fest. Es kann daher offenbleiben, ob es sich beim Bonus um einen Lohnbestandteil oder eine Gratifikation handelte, zumal auch substantiierte Behauptungen hierzu fehlen.

3.3 Entscheidend ist, ob die Kürzung vom Vertragskonsens erfasst ist oder nicht. Die von der Beklagten behauptete interne Praxis zur Bonuskürzung wird vom Kläger bestritten. Die Beklagte trägt die Beweislast dafür. In der E-Mail-Korrespondenz im Zeitraum vom 23. März und dem 15. April 2019 zwischen dem Kläger und Herrn AB.\_\_\_\_ (act. 5/19) wurde erklärt, der Bonusberechnung werde jeweils eine Zielerreichung von "75% outcome as per guideline" unterstellt. Aus der E-Mail vom 27. September 2017 von Herrn AC.\_\_\_\_ an Herrn AD.\_\_\_\_ und in Kopie an Herrn AB.\_\_\_\_ (act. 19/37 = act. 24/37A) zum Betreff "Bonus accrual guidance – YTD June 2017" bzw. "Anleitung zur Bonusrückstellung – YTD Juni 2017" findet sich folgender Wortlaut: "(...) da die Ergebnisse des vorangegangenen deklarierten Quartals nicht verfügbar sind, wird die Auszahlung entsprechend der zuletzt bekannt gegebenen GSC-Rückstellungsrichtlinie vorgenommen, die im Allgemeinen 75% beträgt". Die von der Beklagten vorgebrachte Praxis ergibt sich aus dieser E-Mail nicht in klarer Weise. Zudem war die Mail-Adresse des Klägers nicht einkopiert, womit er die behauptete B.\_\_\_\_-interne Praxis auch nicht zur Kenntnis nehmen konnte und musste. Sodann ist nicht nachvollziehbar, weshalb die darin beschriebene Praxis vorliegend überhaupt einschlägig sein soll: Die Praxis bezieht sich auf den Regelfall, dass "die Ergebnisse des vorangegangenen

deklarierten Quartals nicht verfügbar" sind, d.h. die Zielerreichung durch die Arbeitsleistung des Mitarbeiters noch nicht beurteilt werden kann. Vorliegend hat der Kläger aber infolge der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung gar keine Arbeitsleistung erbringen können, womit kein Fall vorliegt, in welchem die Zielerfüllung noch nicht beurteilt werden kann. Vielmehr wird diese gar nie ermittelbar, wofür die Beklagte einzustehen hat. Auch aus dem Bonusplan (act. 5/6 = act. 11/7) ergibt sich nichts dergleichen, insbesondere nicht aus Ziffer 7. Mit anderen Worten gibt es keinerlei schriftliche Hinweise für die Anwendbarkeit der behaupteten Praxis im Spezialfall der fristlosen Kündigung. Es ist davon auszugehen, dass eine derartige Regelung entweder Eingang in den Bonusplan gefunden hätte oder dem Kläger sonstwie in schriftlicher Form zur Kenntnis gebracht worden wäre. Bei dieser Sachlage vermöchte eine Bestätigung von AB.\_\_\_\_ den erforderlichen Beweis der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit für die Beklagte nicht zu erbringen, weshalb dessen Befragung unterbleiben kann.

3.4 Nach dem Gesagten war die behauptete Praxis nicht vom Vertragskonsens erfasst und ist mangels vorheriger Bekanntgabe nicht auf den Kläger anwendbar, soweit die Praxis überhaupt existieren sollte. Die Beklagte bestreitet nicht substantiiert (act. 15 Rz. 75, Rz. 102 f., Rz. 140 f.), weshalb keine Zielerreichung von 100% zu unterstellen sei (act. 1 Rz. 30). Wie ausgeführt, hat die Beklagte dafür einzustehen, dass der Kläger keine Arbeitsleistung mehr erbringen konnte, weshalb in Anwendung von Art. 156 OR eine 100%ige Zielerreichung ohnehin zu unterstellen ist.

3.5 Im Ergebnis hat der Kläger Anspruch auf den verlangten restlichen Bonus in der Höhe von **Fr. 105'824.– brutto**.

#### D. MANAGEMENT INCENTIVE PROGRAM (MIP)

##### 1. Parteivorbringen

##### 1.1 Vorbringen des Klägers

1.1.1 Der Kläger bringt vor, dass er aufgrund seiner Funktion aus dem *Management Incentive Program* (MIP) der Beklagten berechtigt gewesen sei. Bei

normaler Kündigung durch den Arbeitgeber würden am letzten Arbeitstag alle MIPs "vesten", die noch nicht "gevested" seien, und könnten dann verkauft werden (act. 5/20 S. 4 erster Absatz). Bei Kündigung aufgrund von "*material breach, wholly or partly, of obligations under employment contract*" (act. 5/20 S. 4 zweiter Absatz) würden die MIPs demgegenüber verfallen bzw. müssten umgehend verkauft werden. Bei ordentlicher Kündigung hätte dem Kläger zugestanden, dass die nun verfallenen Optionen aus den MIP 18, MIP 19 und MIP 20 am letzten Arbeitstag fällig geworden seien und somit hätten verkauft werden können. Der Kläger habe Anspruch auf Optionen aus den Programmen MIP 18, MIP 19 und MIP 20. Nehme man entsprechend den Wert dieser zu Unrecht verfallenen Optionen am 30. September 2019, dann ergebe dies eine Forderung von Fr. 67'320.– (Fr. 21'420.– für 102'000 Optionen mit Wert von 0.21 gemäss MIP 18, Fr. 24'225.– für 127'500 Optionen mit Wert von 0.19 gemäss MIP 19 und Fr. 21'675.– für 127'500 Optionen mit Wert von 0.17 gemäss MIP 20; act. 1 Rz. 31; act. 5/21; act. 31/29).

1.1.2 Es habe weder ein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung noch eine wesentliche Vertragsverletzung durch den Kläger vorgelegen. Die Beklagte könnte nicht einmal angeben, wann die angebliche Vertragsverletzung begangen worden sein soll. Die Beklagte habe die "korrupten Vorgänge" seit Anfang 2017 untersucht und den Kläger am 6. Juli 2017 befragt. Zurecht habe die Beklagte dem Kläger damals keine "wesentliche Vertragsverletzung" vorgeworfen. Vielmehr habe sie ihm weiterhin Optionen gewährt und ihn per 1. Februar 2019 sogar befördert. Die Beklagte könne auch nicht darlegen, dass die zweite interne Untersuchung zu anderen Ergebnissen führte als die erste und eine wesentliche Vertragsverletzung zum Vorschein gebracht habe (act. 29 Rz. 102, Rz. 124 f.).

1.1.3 Zudem sei die von der Beklagten geltend gemachte Verfallklausel unwirksam. Die Optionen gemäss dem MIP seien geschuldet, hätten Lohncharakter und seien insbesondere keine freiwilligen Gratifikationen. Der Kläger habe die Optionen gemäss dem MIP gratis als Gegenleistung für seine Arbeit erhalten. Der Kläger habe für den Erwerb der Optionen kein Geld investiert. Die Optionen und der Erlös aus dem Verkauf der Optionen hätten einen Lohnbestandteil gebildet

und seien auch als Lohn besteuert worden. Eine Sonderregelung habe nur insofern bestanden, als die Optionen gemäss dem Steuerruling, welches die B.\_\_\_\_ besorgt habe, erst im Jahr des Verkaufs respektive der Ausübung hätten deklariert werden müssen. Verfallregeln bei Optionen, die wie die vorliegenden Optionen Lohncharakter hätten, seien unzulässig. Der Kläger sei kein Anleger und habe sich nicht wie ein Anleger verhalten. Die von der Beklagten angerufene Verfallklausel wäre deshalb auch dann unwirksam, wenn der Kläger eine wesentliche Vertragsverletzung begangen hätte, was bestritten werde. Es sei völlig abwegig, die gemäss dem MIP bereits zugeteilten Optionen nachträglich in eine Gratifikation umzuwandeln. Die vorliegenden Optionen hätten weder bei der Zuteilung noch nach der Zuteilung eine Gratifikation dargestellt. Selbst wenn sie bei der Zuteilung eine Gratifikation dargestellt hätten, dürfte die Beklagte die Optionen dem Kläger nach der Zuteilung nicht nach Belieben entziehen (act. 29 Rz. 126; act. 46 Rz. 95).

1.1.4 Die Erlöse aus dem Verkauf von Optionen seien dem Kläger immer netto gutgeschrieben worden, weshalb die Entschädigungen für die Optionen gemäss dem MIP 18, MIP 19 und MIP 20 auch netto auszubezahlen seien. Für die Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge sei eine Aufrechnung erfolgt (act. 29 Rz. 127).

1.1.5 An der in der Klage geltend gemachten Forderung im Betrag von Fr. 97'096.50 im Zusammenhang mit dem MIP 16 und MIP 17 halte der Kläger nicht mehr fest (act. 1 Rz. 31; act. 29 Rz. 12 f.).

## 1.2 Vorbringen der Beklagten

1.2.1 Die Beklagte bringt vor, dass der Kläger im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung zusätzlich zu den ausübaren MIP-Optionen aus dem MIP 16 und MIP 17 nicht ausübare MIP-Optionen aus dem MIP 18, MIP 19 und MIP 20 gehabt habe. Noch nicht ausübare Optionen sowie *Warrant Appreciation Rights* (WARs) würden automatisch verfallen, wenn gegenüber dem Arbeitnehmer eine Kündigung ausgesprochen werde, die ganz oder teilweise auf eine wesentliche Verletzung der Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag zurückzuführen sei

(act. 5/20 S. 4). Die Optionen aus den MIP 18, MIP 19 und MIP 20 seien noch nicht ausübbar gewesen und seien im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung am 5. März 2019 verfallen. Der Kläger habe eine wesentliche Verletzung der Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag begangen, indem er trotz klarer und unmissverständlicher Warnhinweise über mögliche Integritäts- und Korruptionsvorwürfe im Zusammenhang mit dem D.\_\_\_\_-Projekt vollständig untätig geblieben sei. Das vollständige Untätigbleiben seitens des Klägers stelle eine wesentliche Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten dar unabhängig davon, ob die fristlose Kündigung zu Recht oder zu Unrecht erfolgt sei. Die Begriffe "wesentliche Vertragsverletzung" gemäss dem B.\_\_\_\_ *Management Incentive Program (MIP) Information Memorandum* und "wichtiger Grund" nach Art. 337 OR seien unabhängig voneinander auszulegen. Eine solche Vertragsverletzung seitens einer Führungskraft der Beklagten sei ohne weiteres als wesentlich zu qualifizieren, da die sorgfältige Leitung und Aufsicht der Projekte zu den Hauptaufgaben der Management-Mitarbeitenden der Beklagten zähle. Der Anspruch des Klägers auf die MIP 18, MIP 19 und MIP 20 sei aufgrund der wesentlichen Vertragsverletzung verfallen. Er habe daher keinen Anspruch auf die geltend gemachte Entschädigung in Höhe von Fr. 67'320.– für die zum Zeitpunkt der fristlosen Kündigung noch nicht ausübaren Optionen (act. 15 Rz. 76 ff., Rz. 104 ff.; act. 34 Rz. 99, Rz. 171 ff., Rz. 178).

1.2.2 Die Verfallklausel sei zulässig. Der Arbeitnehmerschutz und somit das Verbot von Verfallklauseln entfalle, wenn der Arbeitnehmer beim Erwerb von Mitarbeiterbeteiligungen als Anleger handle, der das mit der Anlage verbundene Risiko aus freien Stücken akzeptiere (vgl. BGE 130 III 459 E. 3 und 4). Dies sei vorliegend der Fall, habe sich der Kläger doch aus freien Stücken entschieden an den MIP 18-, MIP 19- und MIP 20-Programmen teilzunehmen (act. 34 Rz. 99).

1.2.3 Auch wenn die MIP 18, MIP 19 und MIP 20 vom Gericht als Vergütung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses und nicht als vom Arbeitsverhältnis unabhängig erfolgte Anlage qualifiziert würden, würde eine Verfallklausel aufgrund des Gratifikationscharakters dieser Vergütungen trotzdem noch zulässig sein. Massgebend für die Bestimmung des Lohn- oder Gratifikationscharakters von Optionen sei nicht deren Ausübungszeitpunkt, sondern der Zeitpunkt von deren Zuteilung.

Sei die Zuteilung im vollständigen Ermessen der Arbeitgeberin bzw. sei die Zuteilung von Optionen weder an objektiv bestimmbare Bedingungen geknüpft noch der Wert der zugewiesenen Optionen im Voraus bestimmt worden, seien die Optionen als Gratifikationen im Sinne von Art. 322d OR zu qualifizieren. Im vorliegenden Fall seien weder die Bedingungen für die Zuteilung der Optionen noch deren Anzahl bzw. Gesamtwert im Voraus (bzw. vor der Zuteilung) bestimmt worden. Die Zuteilung von Optionen sei entsprechend auch nicht in den Arbeitsverträgen mit dem Kläger geregelt worden. Die MIP seien daher als Gratifikation einzustufen und könnten an Verfallklauseln geknüpft werden (act. 34 Rz. 99).

## 2. Rechtliches

### 2.1 Mitarbeiterbeteiligung durch Optionen

2.1.1 In einem Mitarbeiterbeteiligungsprogramm (auch genannt *Incentive Plan* oder *plan d'intéressement*) kann eine Arbeitgeberin ihren Führungskräften oder Mitarbeitenden in regelmässigen Zeitabständen und unter bestimmten Bedingungen Aktien des Unternehmens oder Optionen auf Aktien des Unternehmens als Basiswert zuwenden (BGer Urteil 4A\_513/2017 und 4A\_519/2017 vom 5. September 2018 E. 6 mit Verweis auf BGE 131 III 615 E. 3 und BGE 130 III 495 E. 4.1 m.w.H.). Die Ausgestaltung der Mitarbeiterbeteiligung ist weitgehend den Gesellschaften überlassen und wird von den jeweils vorrangig verfolgten Zwecken geleitet. So kann die Option entgeltlich, vergünstigt oder unentgeltlich eingeräumt werden, bis zu einem bestimmten Verfalltag oder nur an einem bestimmten Verfalltag zur Ausübung berechtigen oder die Laufzeit kann mit einer Sperrfrist versehen sein (vgl. BGE 130 III 495 E. 4.1 m.w.H.; STREIFF/VON KANENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 322 OR N 22; DOMINIQUE PORTMANN, Mitarbeiterbeteiligung, Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen im schweizerischen Arbeitsrecht, Diss. Bern 2005, Rz. 68 ff.).

2.1.2 Eine Mitarbeiteroption ist das an einen bestimmten Kreis der Mitarbeiter (z.B. Mitglieder des Kaders) oder an alle Mitarbeiter entgeltlich, vergünstigt oder unentgeltlich eingeräumte Recht, während einer bestimmten Zeitspanne eine bestimmte Anzahl Aktien an der arbeitgebenden (oder einer dieser nahestehen-

den) Gesellschaft zu einem im Voraus festgesetzten Preis zu erwerben (sog. Call-Option) oder zu veräussern (sog. Put-Option; HELBLING, Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz, 2. Aufl. 2003, S. 15 f.). Rechtliche Grundlage des Anspruchs auf Mitarbeiteroptionen bildet die individuelle Parteiabrede im Einzelarbeitsvertrag, in einer ergänzenden Zusatzvereinbarung oder in einem vom Vertragskonsens erfassten Beteiligungsreglement (sog. Mitarbeiteroptionsplan oder -programm, engl. *Employee Stock Option Plan*), worin sich die Arbeitgeberin verpflichtet, dem Mitarbeiter entweder Mitarbeiteraktien zu übertragen oder einen Mitarbeiteroptionsvertrag abzuschliessen. Der Mitarbeiteroptionsvertrag ist vom Optionsrecht strikte zu unterscheiden, da ersterer über das Optionsrecht hinaus das gesamte diesbezügliche Rechtsverhältnis zwischen den Parteien umfasst (inkl. Ausübungspreis, Anzahl Optionen, Sperrfrist, usw.; DOMINIQUE PORTMANN, a.a.O., Rz. 63 f., Rz. 92 ff.; HELBLING, a.a.O., S. 155 ff.). Bei börsenkotierten Gesellschaften werden Mitarbeiteroptionen oft in Gestalt von sog. *Warrants* (Optionsscheine) ausgegeben (MEIER SCHLEICH, Option und Optionsvertrag, Diss. Zürich 2018, S. 61). Sie sind sowohl vom Optionsvertrag als auch vom Optionsrecht zu unterscheiden und meinen das Wertpapier, worin das dem Mitarbeiter im Optionsvertrag eingeräumte Optionsrecht verbrieft wird (DOMINIQUE PORTMANN, a.a.O., Rz. 97; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 3. Aufl. 2018, Rz. 1253 f. m.w.H.).

2.1.3 Der Erwerb der Option und die Ausübung der Option müssen klar voneinander getrennt werden. Beides wird oftmals an verschiedene Fristen und Bedingungen gebunden. Bereits der Erwerb kann von einer Karenzfrist (engl. *blocking period*, auch Wartezeit genannt), also einer bestimmten Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht werden (DOMINIQUE PORTMANN, a.a.O., Rz. 101 ff.). Mit dem Erwerb der Option wird dem Mitarbeiter in einem Mitarbeiteroptionsvertrag das Recht eingeräumt, in einem späteren Zeitpunkt Mitarbeiteraktien erwerben oder veräussern zu können. Mit der Ausübung der erworbenen Option durch einseitige Willenserklärung (Gestaltungsrecht) wird ein neues Vertragsverhältnis (Kaufvertrag) begründet (sog. Call-Optionen) oder ein bestehendes aufgelöst (sog. Put-Optionen; HELBLING, a.a.O., S. 137 ff., S. 155 ff.). Die Ausübbarkeit einer Option kann durch im Mitarbeiteroptionsvertrag vereinbarte Bedin-

gungen oder Befristungen aufgeschoben sein (MEIER SCHLEICH, a.a.O., S. 7 ff., S. 61 ff.).

2.1.4 Die Laufzeit der Mitarbeiteroptionen bestimmt die Zeitspanne ihrer Gültigkeit und beginnt mit dem Erwerb der Mitarbeiteroptionen. Sie ist nach verschiedenen Fristen (Vesting-Periode, Sperrfrist, Ausübungsfrist) zeitlich zu unterteilen. Die Vesting-Klausel (im deutschen Sprachraum auch Verfallklausel genannt) ist eine Parteiabrede, wonach der Anspruch des Arbeitnehmers auf Erwerb von Beteiligungsrechten während einer bestimmten Wartefrist (engl. *vesting period*) an eine aufschiebende Potestativbedingung geknüpft ist (z.B. die aufschiebende Bedingung der ungekündigten Fortführung des Arbeitsverhältnisses oder das Erreichen gewisser Ziele). Während der Vesting-Periode bis zum Eintritt der aufschiebenden Potestativbedingung hat der Arbeitnehmer lediglich eine Anwartschaft auf künftige Ansprüche auf den Erwerb von Mitarbeiteroptionen und das Rechtsgeschäft befindet sich in einem Schwebezustand. Die Mitarbeiteroptionen müssen in der Vesting-Periode zuerst "verdient" werden. Mit dem "Vesting" (in deutscher Übersetzung Verleihung oder Übertragung) wird die Anwartschaft in einen unbedingten Anspruch, der von der aufschiebenden Bedingung losgelöst Bestand hat, umgewandelt. Das Eigentum an den dem Arbeitnehmer zugeteilten Beteiligungsrechten geht erst mit Eintritt der vereinbarten Bedingung nach Ablauf der vereinbarten Befristung der Vesting-Periode auf den Arbeitnehmer über. Während der Vesting-Periode können die Optionen entschädigungslos verfallen. Statt eines entschädigungslosen Verfalls kann auch eine Verkürzung der Laufzeit vorgesehen sein (DOMINIQUE PORTMANN, a.a.O., Rz. 101 ff., Rz. 268 ff.; HELBLING, a.a.O., S. 15 ff. und S. 161 f.). Oft wird zusätzlich zur Vesting-Periode eine Sperrfrist bzw. Verfügungssperre (engl. *restriction period*) vereinbart, während der es dem Arbeitnehmer untersagt ist, über die im Eigentum des Mitarbeiters befindlichen Mitarbeiteroptionen zu verfügen. Häufig wird eine gestaffelte Sperrfrist mit einer gestaffelten Vesting-Periode kombiniert. Sind die Optionen als Warrants ausgestaltet, wird im Normalfall vorgesehen, dass sie bis zum Ablauf der Sperrfrist bei einem Dritten hinterlegt werden (MEIER SCHLEICH, a.a.O., S. 35 f., S. 61 ff.; HELBLING, a.a.O., S. 17 f., S. 161 f.). Die Ausübungsfrist (engl. *exercise period*) entspricht grundsätzlich der Laufzeit der Mitarbeiteroption. Wird eine Sperrfrist ver-

einbart, beginnt die Ausübungsfrist auch in diesem Fall mit dem Erwerb der Mitarbeiteroption, wird jedoch um die Dauer der jeweiligen Sperrfrist verkürzt. Der Mitarbeiter kann die Mitarbeiteroption somit nur zwischen dem Ablauf der Sperrfrist und dem Ende der Laufzeit ausüben. Die Ausübungsfrist ist eine Verwirkungsfrist (DOMINIQUE PORTMANN, a.a.O., Rz. 101 ff.; HELBLING, a.a.O., S. 142).

2.1.5 Die Mitarbeiterbeteiligung kann je nach Parteiabrede eine Gratifikation oder einen (variablen) Lohnbestandteil darstellen. Werden Aktien oder Optionen unter ihrem Verkehrswert an Mitarbeiter als Entgelt für die Arbeitsleistung übertragen, so ist dies als Naturallohn oder – was einen wesentlichen Unterschied beim arbeitsrechtlichen Schutz des Anspruchs ausmacht – bei freiwilliger Abgabe als Naturalgratifikation einzustufen. Liegt Lohn vor, sind auch die entsprechenden Schutzbestimmungen anwendbar (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 322 OR N 22; BSK OR I–PORTMANN/RUDOLPH, Art. 322 N 25; DOMINIQUE PORTMANN, a.a.O., Rz. 121). Die Unterscheidungskriterien, die bei einem Bonus anzuwenden sind, sind auch bei der Qualifikation einer Mitarbeiterbeteiligung einschlägig (BGE 131 III 615 E. 5.3; DOMINIQUE PORTMANN, a.a.O., Rz. 125). Bei der Vereinbarung von Bedingungen, die der Arbeitgeberin einen gewissen Ermessensspielraum belassen, ist eine Gratifikation, bei Vereinbarung von objektiven Bedingungen hingegen ein Lohnbestandteil anzunehmen (DOMINIQUE PORTMANN, a.a.O., Rz. 28, Rz. 122). An dieser Stelle sei zur Abgrenzung Lohnbestandteil/Gratifikation sowie Vertragsauslegung auch auf die vorstehenden rechtlichen Ausführungen verwiesen (vorne Ziffer V.C.2).

2.1.6 Endet das Arbeitsverhältnis vor dem vereinbarten Datum für die Ausübung, d.h. während der Vesting-Periode bzw. während der Sperrfrist, können die allenfalls noch gesperrten (oder noch "non-vested") Mitarbeiteroptionen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre gemäss der sog. Verfallklausel (engl. *forfeiture clause*) entschädigungslos verfallen (BGE 130 III 495 E. 4.2.1; HELBLING, a.a.O., S. 15 f. und S. 161 f., S. 246 ff.; DOMINIQUE PORTMANN, a.a.O., Rz. 105, Rz. 268 ff.).

2.1.7 Aus dem entschädigungslosen Verfall gesperrter Mitarbeiteroptionen vor dem Ausübungszeitpunkt können sich aus arbeitsrechtlicher Sicht Probleme

ergeben, namentlich dann, wenn die Aktien oder Optionen gratis oder unter dem Marktwert abgegeben wurden und Lohnbestandteil bilden. Durch Verträge der Mitarbeiterbeteiligung dürfen die zwingenden Vorschriften des Arbeitsrechts nicht unterlaufen werden. Der Arbeitnehmerschutz entfällt, wenn der Arbeitnehmer beim Erwerb der Mitarbeiterbeteiligung als Anleger handelt, der das mit der Anlage verbundene Risiko in der Erwartung eines hohen Kapitalgewinns aus freien Stücken akzeptiert. Das kann auch der Fall sein, wenn sich die Beteiligung bei einem hoch dotierten Kader oder Angestellten als Bonus und damit als Gegenleistung für seine Tätigkeit darstellt. Diesfalls gelten die Bestimmungen der Beteiligungsvereinbarung ohne Rücksicht auf zwingende Vorschriften des Arbeitsrechts. Ob die Beteiligung sich als Bestandteil des Arbeitsvertrages oder als davon losgelöste Investition ausnimmt, ist aufgrund der Verhältnisse im Einzelfall zu beurteilen. Dabei erscheint insbesondere wesentlich, ob Beteiligungen bzw. Optionen Lohnbestandteil bilden, was sich aus verschiedenen Indizien ergeben kann (BGE 130 III 495 E. 4.2.1 f. m.w.H.; BSK OR I–PORTMANN/RUDOLPH, Art. 322 N 26 ff.). Hat eine Aktienzuteilung Gratifikations- und nicht Lohncharakter, ist eine Sperrfristen- und Verfallregelung zulässig, da Art. 323b Abs. 3 OR (Truckverbot) nur Lohn schützt, nicht aber andere mögliche Zuwendungen wie eine Gratifikation (BGE 131 III 615 E. 6). Verfallklauseln sind unvereinbar mit dem Truckverbot, wenn der Beteiligung Lohncharakter zukommt. Das Truckverbot schützt auch Kadermitarbeiter (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 322 OR N 22 f. m.w.H.).

2.1.8 Eine Bedingung gilt als erfüllt, wenn ihr Eintritt treuwidrig verhindert worden ist (Art. 156 OR). Die Ausübung des Kündigungsrechts durch die Arbeitgeberin vor Ablauf der Vesting-Periode ist grundsätzlich keine treuwidrige Vereitelung des Bedingungseintritts nach Art. 156 OR. Wenn die Kündigung nicht missbräuchlich nach Art. 336 OR ist, kann sie nicht gegen Treu und Glauben im Sinne von Art. 156 OR verstossen (Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 18. November 2002, ZR 2003 Nr. 5 = JAR 2003 S. 300 ff. E. 4.2.2; DOMINIQUE PORTMANN, a.a.O., Rz. 268 ff). Der Arbeitnehmer darf aber wegen des mit der Postestativbedingung geschaffenen Vertrauenstatbestands darauf vertrauen, dass die Arbeitgeberin die Kündigung nicht rein willkürlich ausspricht und über einen sachlich begründeten Anlass zur Kündigung verfügt (DOMINIQUE PORTMANN, a.a.O.,

Rz. 276 ff.; a.M. Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 18. November 2002, ZR 2003 Nr. 5 = JAR 2003 S. 300 ff. E. 4.2.2, welches die analoge Anwendung von Art. 340c Abs. 2 OR und das Verlangen eines begründeten Anlasses zur Kündigung ablehnte). Bei einer willkürlichen Kündigung erwirbt der Arbeitnehmer das Eigentum an den ihm zugeteilten Beteiligungsrechten, obwohl das Arbeitsverhältnis vor Ablauf der Vesting-Periode beendet wurde, sofern die Parteien diese Rechtsfolge nicht rechtswirksam wegbedungen haben (DOMINIQUE PORTMANN, a.a.O., Rz. 285). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht bei treuwidriger Vereitelung des Bedingungseintritts auch ein Anspruch auf Ersatz des Wertes der betreffenden Optionen aus Art. 42 Abs. 2 i.V.m. Art. 152 i.V.m. Art. 156 OR (BGer Urteil 4C.97/2006 vom 6. Juni 2006 E. 4 = ARV 2006 S. 271).

## 2.2 Passivlegitimation

2.2.1 Die Gewährung einzelner Leistungen durch andere Konzerngesellschaften genügt für sich allein nicht zur Begründung der Arbeitgeberstellung dieser Konzerngesellschaft (Urteil des BGer vom 21. April 2006, 4C.62/2006, E. 3.4.2).

2.2.2 In der Arbeitswelt kommt es häufig vor, dass ein Mitarbeiter aufgrund seines Arbeitsverhältnisses mit der Tochtergesellschaft am Beteiligungsprogramm der Muttergesellschaft oder der Holding teilnimmt. Oftmals bleibt die arbeitgebende Gesellschaft für sämtliche Fragen im Zusammenhang mit der Mitarbeiterbeteiligung zuständig. Hinzu kommt, dass der Beteiligungsanspruch des Mitarbeitenden nicht selten Inhalt der arbeitsvertraglichen Beziehung mit der arbeitgebenden Gesellschaft bildet oder darin zumindest auf das Mitarbeiterbeteiligungsprogramm der Muttergesellschaft verwiesen wird. Letztere gewährt in aller Regel die Beteiligungsrechte in Anrechnung an den von der arbeitgebenden Gesellschaft bezogenen Lohn (PORTMANN, Mitarbeiterbeteiligung, Diss., Bern 2005, Rz. 138).

2.2.3 Trotz der regelmässig engen Verknüpfung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft kann für die Ansprüche aus einem Mitarbeiterbeteiligungsprogramm nichts anderes gelten als für die Ansprüche aus dem Einzelarbeitsvertrag. Grundsätzlich hat sich der Arbeitnehmer an diejenige Konzerngesellschaft zu hal-

ten, welche ihn an ihrem Beteiligungsprogramm teilnehmen lässt. Daran ändert die enge konzernmässige Verbindung ebenso wenig, wie die Tatsache, dass die arbeitgebende Gesellschaft unter Umständen auf die wirtschaftliche Verbindung mit der für das Beteiligungsprogramm zuständigen Gesellschaft hingewiesen hat. Gleiches muss im Grundsatz auch gelten, wenn darüber hinaus in den arbeitsvertraglichen Grundlagen ausdrücklich Bezug auf das Beteiligungsprogramm einer anderen Konzerngesellschaft genommen wird. Zumindest kann ein entsprechender bloss deklaratorischer Hinweis nicht dazu führen, dass die arbeitgebende Gesellschaft aus dem Beteiligungsprogramm der Muttergesellschaft verpflichtet oder umgekehrt die Muttergesellschaft Partei des Einzelarbeitsvertrags mit dem betreffenden Mitarbeiter wird (PORTMANN, a.a.O., Rz. 138).

2.2.4 Bei Konzernen, in denen der Beteiligungsplan Aktien oder Optionen der Muttergesellschaft betrifft, ist es gemäss Lehrmeinung üblich, dass die Erfüllung dieses Planes an eine andere juristische Person als die Arbeitgeberin übertragen wird und dass der Arbeitnehmer die laut den getroffenen Vereinbarungen geschuldeten Leistungen nicht von der arbeitgebenden Gesellschaft verlangen kann. Mit der Unterzeichnung der zur Sache gehörenden Dokumente des Beteiligungsplans akzeptiert der Arbeitnehmer der Tochtergesellschaft, diesbezüglich eine direkte Rechtsbeziehung zur Muttergesellschaft einzugehen (BGer 4A\_175/2014, E. 3 f., m.w.H).

2.2.5 Im Einzelfall ist durch Auslegung der arbeitsvertraglichen Grundlagen festzustellen, ob die arbeitgebende Gesellschaft für Forderungen des Mitarbeiters aus einem Mitarbeiterbeteiligungsprogramm, welches eine andere Konzerngesellschaft auflegt, einzustehen hat (PORTMANN, a.a.O., Rz. 140). Dabei ist in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien festzustellen. Wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. (Art. 18 Abs. 1 OR; BGer 4A\_564/2014 vom 11. Februar 2015, E. 3.1).

2.2.6 Gemäss Art. 111 OR ist es möglich, dass sich die vertragsschliessende Konzerngesellschaft mittels Garantie gegenüber dem Arbeitnehmer verpflichtet, dafür einzustehen, dass ihm eine andere Gesellschaft bestimmte Leistungen erbringt (GEISER/UHLIG, Arbeitsverhältnisse im Konzern, ZBJV 139/2003 S. 757 ff., Rz. 3.14). Eine solche Patronatserklärung führt dazu, dass sich die arbeitgebende Gesellschaft verpflichtet, dafür einzustehen, dass eine andere Konzerngesellschaft dem Arbeitnehmer Beteiligungsrechte gewährt. Dies insbesondere, wenn die Tochtergesellschaft dem Mitarbeiter Beteiligungsrechte an der Muttergesellschaft verspricht. Eine derartige Verpflichtung wird jedoch nur mit Zurückhaltung angenommen (PORTMANN, a.a.O., Rz. 138 f.).

## 2.3 Pflichtverletzung

2.3.1 Die nicht gehörige Erfüllung der Leistungspflicht bzw. positive Vertragsverletzung kann in der Verletzung einer vertraglichen Hauptleistungspflicht oder der Verletzung von Nebenpflichten (Verhaltenspflichten) bestehen. Verhaltenspflichten haben den Zweck, die Hauptleistung zu ergänzen und deren ordnungsgemäss Erfüllung zu sichern bzw. den Vertragszweck zu erreichen. Auch die Verletzung einer Unterlassungspflicht gehört zu den Erscheinungsformen der positiven Vertragsverletzung (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, N 2615 ff.). Die Pflichten des Arbeitnehmers bestehen in der Arbeitspflicht, der Treue- und Sorgfaltspflicht sowie den individuellen vertraglichen Pflichten. Der Inhalt der Arbeitspflicht bestimmt sich nach den im Kollektiv- oder Einzelarbeitsvertrag getroffenen Vereinbarung, welche nach Treu und Glauben auszulegen sind und durch das Weisungsrecht der Arbeitgeberin konkretisiert wird (GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl. 2019, N 302 ff.).

2.3.2 Bei Arbeitsleistungen besteht die Schlechterfüllung in einer Sorgfaltspflichtverletzung. Die Sorgfaltsverletzung kann auch durch eine Unterlassung begangen werden. Unterlassungspflichten können ausdrücklich vereinbart sein, wie etwa Konkurrenzverbote im Arbeitsvertrag oder bei Geschäftsveräusserungen. Sie können auch stillschweigend entstehen, so etwa die aus der allgemeinen Treuepflicht des Arbeitnehmers fliessende Schweigepflicht oder die aus der Ver-

letzung der vertraglichen Sorgfaltspflicht entstehenden Tatbestände positiver Vertragsverletzungen (BSK OR I-WIEGAND, Art. 98 N 9). Wie bei der Haftung des Arbeitnehmers nach Art. 321e OR sind Führungsfehler von leitenden Angestellten schwierig zu erfassen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321e N 4).

2.3.3 Als Folge seiner Sorgfalts- und Treuepflicht hat der Arbeitnehmer die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren (Art. 321a Abs. 1 OR). Die allgemeine Treuepflicht ist primär Unterlassungspflicht, indem zu unterlassen ist, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte, doch tritt sie auch als Handlungspflicht auf, so etwa bei der Pflicht zur Leistung von Überstunden oder zur Information des Arbeitgebers. Die Interessenwahrungspflicht des Arbeitnehmers ist eine beschränkte und deren Umfang hängt stark von der Funktion und Aufgabe des Arbeitnehmers in den betrieblichen Verhältnissen ab, was für jedes Arbeitsverhältnis aufgrund der konkreten Umstände neu bestimmt werden muss. Das Mass an Loyalität, das einem leitenden Angestellten abverlangt wird, ist wesentlich grösser als bei einem Arbeitnehmer in untergeordneter Stellung (BGer 4A\_32/2008 vom 20. Mai 2008, E. 3.1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321a N 2). Aufgrund der vorzunehmenden Interessenabwägung fallen die Sanktionen bei Verstössen gegen die Treuepflicht verschieden aus (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321a N 3). Die Sanktion richtet sich nicht nach dem durch die Verletzung dem Arbeitgeber erwachsenden Nachteil, sondern nach dem Mass der Treulosigkeit, welche sich beim Arbeitgeber offenbart hat. Sie ist Ausfluss des erschütterten Vertrauens zwischen den Vertragsparteien, gilt also der Absicht, nicht dem Erfolg (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321a N 8).

2.3.4 Eine Treuepflichtverletzung wird bei Forderung oder Annahme von Schmiergeldern und ähnlichen Vorteilen bejaht. Der Arbeitnehmer darf keine Schmiergelder oder andere Vergünstigungen annehmen oder verlangen, die dem Zweck dienen, durch pflichtwidriges Verhalten zum Nachteil des Arbeitgebers einem Dritten Vorteile zu verschaffen. Es ist nicht erforderlich, dass die Interessen des Arbeitgebers dadurch tatsächlich geschädigt oder gefährdet werden. Der

Treuebruch verwirklicht sich schon dadurch, dass der Arbeitnehmer seine Unabhängigkeit verliert. Dieser muss Schmiergelder zurückweisen oder, wenn dies nicht möglich oder mit den Interessen des Arbeitgebers unvereinbar ist, dem Arbeitgeber sofort anzeigen und abliefern. Die Ablieferungspflicht umfasst nicht nur Schmiergelder im eigentlichen Sinn, sondern alle Vergütungen von Dritten in einer Höhe, die nicht mehr Trinkgeldcharakter haben (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321a N 4 und N 7; BSK OR I - PORTMANN, Art. 321a N 7).

2.3.5 Im Fall einer Pflichtverletzung aus Unterlassung anerkannte das Bundesgericht eine gerechtfertigte fristlose Kündigung bei einem Geschäftsführer einer Vorsorgeeinrichtung gemäss BVG mit treuhänderischen Sorgfaltspflichten nach Art. 48 ff. BVG. Dieser unterliess, die Immobilienkommission bzw. die Organe des Arbeitgebers über die Erhöhung des Darlehensbetrags um Fr. 20 Mio. beim eigenmächtigen Abschluss eines Darlehensvertrages in der Höhe von rund Fr. 63 Mio. bzw. über die Kostenüberschreitung gemäss internen Richtlinien sowie Budgetvorgaben zu informieren (BGer 4A\_342/2021 vom 13. Oktober 2021 E. 3.3 und E. 3.4 = ARV 2021 S. 383 ff.).

2.3.6 Unter Art. 321e OR haftet der Arbeitnehmer grundsätzlich für jedes Verschulden, also für Absicht und Fahrlässigkeit. In Lehre und Rechtsprechung wird zwischen leichter, mittlerer und grober Fahrlässigkeit unterschieden. Je nachdem, wie das Verschulden einzustufen ist, kommen unterschiedliche Rechtsfolgen zum Tragen. Leichte Fahrlässigkeit liegt vor, wenn etwas nicht beachtet wird, das man bei genauerem Überlegen eigentlich hätte beachten müssen. In diesem Fall wird die Schadenersatzpflicht in der Regel deutlich reduziert, bei schadensgeneigter Arbeit entfällt sie in der Regel ganz (vgl. hierzu unten 2.4). Grobe Fahrlässigkeit bedeutet, elementare Vorsichtspflichten ausser Acht zu lassen, welcher jeder vernünftige Mensch in dieser Lage bedacht hätte. Sie schliesst nach der Praxis eine Reduktion der Haftung in aller Regel aus. Mittlere Fahrlässigkeit wird vom Bundesgericht dadurch definiert, dass sie zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit liegt. Sie führt in der Regel zu einer Reduktion im Sinne einer den konkreten Umständen angemessenen Schadensaufteilung (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 321e OR).

2.3.7 Das Mass der Sorgfalt, für das der Arbeitnehmer unter Art. 321e OR einzustehen hat, bestimmt sich nach dem konkreten Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen (Art. 321e Abs. 2 OR). Die gesetzliche Aufzählung ist nicht vollständig; ebenfalls zu beachten sind beispielsweise das Mitverschulden des Arbeitgebers, die geringe Entlohnung, das quantitative Verhältnis von Lohn zu Schadenersatz, mangelnde Instruktion oder Überwachung usw. (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 321e OR). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind nicht nur für den Grundsatz, sondern auch für den Umfang der Schadenersatzpflicht sämtliche Umstände, so insbesondere das Berufsrisiko, Entlohnung und Verschulden zu berücksichtigen (BGer 4C.103/2005 vom 1. Juni 2005, E. 1.1 m.w.H.).

2.3.8 Mit der Berücksichtigung des Berufsrisikos soll derjenige, der sich im Dienste des Arbeitgebers täglich einem erhöhten Risiko aussetzt, auf eine gewisse haftungsrechtliche Privilegierung vertrauen dürfen. Es geht dabei um Arbeit, bei der mit erheblicher Wahrscheinlichkeit auch einem sorgfältigen Arbeitnehmer gelegentlich Fehler unterlaufen. Das besondere Berufsrisiko kann sich dabei beispielsweise aus der Natur der Tätigkeit (z.B. Chauffeur) oder aus besonderen Arbeitsanforderungen oder Eigenheiten des Arbeitsablaufs (z.B. hoher Zeitdruck) ergeben. Entscheidend ist allerdings die konkrete Gefahrenlage anlässlich der Schadensverursachung und nicht die allgemeine Gefährlichkeit des Berufs (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 321e OR).

### 3. Würdigung

#### 3.1 Vorbemerkungen

3.1.1 Zunächst ist festzuhalten, dass die Beklagte anerkannte, dass der Kläger im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung aus dem MIP 18 102'000 Optionen, aus dem MIP 19 127'500 Optionen und aus dem MIP 20 127'500 Optionen "besass" (act. 15 Rz. 76; act. 34 Rz. 171 ff. sowie die dort vorstehende Überschrift "(teilweise bestritten)"). Diese Optionsrechte wurden dem Kläger im genannten Um-

fang gestützt auf das jeweilige Management Incentive Program (MIP) zugeteilt. Unbestritten ist auch, dass diese Optionen im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung noch nicht ausübbar waren (act. 29 Rz. 101 f.).

3.1.2 Es ist festzustellen, dass sog. "Issuer" bzw. Emittentin der Optionen die Schweizer Gruppengesellschaft " B.\_\_\_\_ Equity Ltd" war (vgl. jeweils Abschnitt "The Offer" sowie Annex 1 zum Information Memorandum). Soweit die Ansprüche des Klägers auf Optionen gegenüber einer anderen Gruppengesellschaft als die Beklagte (B.\_\_\_\_ Management Service AG) bestehen sollten, ist festzuhalten, dass die Beklagte eine möglicherweise fehlende Passivlegitimation nicht vorbrachte und also die Geltendmachung dieser Forderung ihr gegenüber i.S.v. von Art. 111 OR sinngemäss anerkannte. Darüber hinaus sind die Forderungen aus den MIPs direkte Folge der fristlosen Kündigung und sind somit Teil des Entschädigungsanspruchs im Sinne von Art. 337c Abs. 1 OR, welcher gegenüber der Beklagten besteht.

3.1.3 Ob dem Kläger im Rahmen des MIP jeweils Optionen und bzw. oder Warrant Appreciation Rights (WARs; jeweils übersetzt mit "Optionsscheinwertrecht", act. 34 Rz. 99) zugeteilt wurden und wie diese mit dem sog. *Warrant* als Referenzwert (jeweils übersetzt mit "Optionsschein" oder "Garantie") zusammenhängen sollen, wie es im Information Memorandum zum MIP jeweils auf S. 2 beschrieben wird (vgl. das "MIP 20 Information Memorandum" in act. 5/20 = act. 11/20 S. 2 datierend vom 27. Juli 2018; das "MIP 18 Information Memorandum" in act. 36/32 = act. 36/32a datierend vom 2. August 2016 und das "MIP 19 Information Memorandum" in act. 36/33 = act. 36/33a datierend vom 27. Juli 2017), wird von den Parteien nicht dargelegt. Es ist davon auszugehen, dass es sich beim klägerischen Anspruch um Optionen handelte, wie es von den Parteien in den Rechtsschriften zuletzt vorgebracht wurde (vgl. zuletzt act. 29 Rz. 12, Rz. 101; act. 34 Rz. 99; act. 46 Rz. 95).

### 3.2 Qualifikation der Ansprüche aus den MIPs

3.2.1 In der Replik brachte der beweisbelastete Kläger vor, die Optionen hätten Lohncharakter und stellten keine freiwilligen Gratifikationen dar (act. 29 Rz. 126), was nachfolgend zu prüfen ist.

3.2.2 Aus der offerierten Beilage zum Lohnausweis 2018 betreffend Optionen gemäss MIP 20 (act. 31/33) kann der Kläger nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die darin erwähnte "Deklaration als steuerpflichtiges Einkommen" ist vor dem Hintergrund der "steuerlichen Regulierungen" zu verstehen und nicht als Willenserklärung der Beklagten, die Zuteilung von Optionen stelle deswegen einen Lohnbestandteil dar. Die Parteien haben gemäss Akten nie explizit vereinbart, dass die zugewiesenen Leistungen aus den MIPs Lohnbestandteil bilden würden. Die Zuteilung von Optionen war auch nicht in den Arbeitsverträgen des Klägers geregelt. Lediglich der Lohn und der Bonus sowie die Spesen werden darin genannt (vgl. act. 5/4 = act. 11/4 Ziff. 2–5.; act. 19/1 = act. 24/1a Ziff. 5 und 6 sowie act. 19/2 = act. 24/2a Ziff. 3–5).

3.2.3 Ein allfällig bestehendes Reglement oder allgemeine Bestimmungen über die Mitarbeiteroptionen wurden vom Konsens des jeweils geltenden Einzelarbeitsvertrags nicht erfasst (vgl. die genannten arbeitsvertraglichen Bestimmungen unter dem Titel "Supplementary Documents"). Im jeweils relevanten Information Memorandum wurde vielmehr festgehalten, was folgt (act. 5/20 = act. 11/20 und act. 36/32–33 S. 5):

"Die Teilnahme am MIP ist nicht Teil des Arbeitsvertrags des jeweiligen Teilnehmers, sondern eine separate und eigenständige Möglichkeit ausserhalb des Umfangs und der Reichweite des Arbeitsverhältnisses."

Diese ausdrückliche Regelung ausserhalb des Einzelarbeitsvertrags spricht für eine Vergütung mit Gratifikationscharakter der Beklagten bzw. einer ihrer Gruppengesellschaften zusätzlich zum im Arbeitsvertrag vereinbarten Lohn.

3.2.4 Wie die Beklagte zu Recht anführt, ist für die Bestimmung des Lohn- oder Gratifikationscharakters von Optionen nicht deren Ausübungszeitpunkt, son-

dern der Zeitpunkt von deren Zuteilung massgebend. Die Umstände der Zuteilungszeitpunkte der Optionen aus MIP 18, MIP 19 und MIP 20 sind unbekannt. Entsprechende Vorbringen fehlen. Aus demselben Grund ist auch unbekannt, ob und weshalb die Optionen aus früheren Jahren Lohncharakter hätten haben sollen. Aus den im Recht liegenden "Information Memorandum" zu den MIPs (act. 5/20 = act. 11/20 S. 2 zum MIP datierend vom 27. Juli 2018 für MIP 20; act. 36/32 = act. 36/32a zum MIP datierend vom 2. August 2016 für MIP 18; act. 36/33 = act. 36/33a zum MIP datierend vom 27. Juli 2018 für MIP 19) geht keine Kennzahl oder Formel hervor, wonach der Wert der zugeteilten Optionen bestimmt oder nach objektiven Kriterien bestimmbar wäre.

3.2.5 Wie eingangs im Information Memorandum erwähnt, wurde dem Kläger "gemäss einem separaten Einladungsschreiben (...) das Recht angeboten, eine bestimmte Anzahl von Optionsscheinwertrechte ("WARs") und/oder Optionen ("Optionen") zu erhalten". Diese separaten Einladungsschreiben liegen nicht bei den Akten, die Formulierung in besagtem Information Memorandum lässt aber auf ein freiwilliges Angebot der Beklagten bzw. einer anderen Gruppengesellschaft schliessen. Es ist davon auszugehen, dass mit dem Information Memorandum jeweils nur die Bedingungen genannt wurden, zu welchen den Mitarbeitern Optionsrechte angeboten wurden. Das Angebot der Beklagten bzw. einer anderen Gruppengesellschaft wurde im separaten Einladungsschreiben gemacht, deren Annahme der Mitarbeiter bis zu einem bestimmten Datum erklären musste (vgl. die Ausführungen unter dem Titel "Subscription/Grant" auf S. 8 des Information Memorandum). Falls der Kläger die Annahme erklärte, entstand damit die Verpflichtung der Beklagten bzw. einer anderen Gruppengesellschaft, mit dem Kläger einen Mitarbeiteroptionsvertrag abzuschliessen. Dieser schriftliche Optionsvertrag, der auch den Ausübungspreis und die Anzahl Optionen beinhaltet, liegt indes nicht bei den Akten. Wenngleich der Optionsvertrag unbestrittenermassen zustande gekommen ist, ist nach dem Gesagten entscheidend, dass der Ausübungspreis und die Anzahl zugeteilter Optionen sich nicht aus dem Information Memorandum ergeben. Es verbietet sich die Annahme, der Anspruch des Klägers sei nach objektiven Kriterien bestimmt oder bestimmbar.

3.2.6 Die Behauptung des Klägers, er habe die Optionen gemäss dem MIP gratis als Gegenleistung für seine Arbeit erhalten (act. 46 Rz. 95), blieb zwar unbestritten. Der von der Beklagten zitierte Bundesgerichtsentscheid BGE 130 III 495 E. 4.2.1, wonach gratis oder unter dem Marktwert abgegebene Optionen Lohnbestandteil bilden würden, ist jedoch vorliegend nicht einschlägig. Dies wegen der Regelung ausserhalb des Arbeitsvertrags, der Freiwilligkeit, mangels Kenntnis des Einladungsschreibens und des Optionsvertrags sowie angesichts der fehlenden Bestimmbarkeit der Leistungen aus dem MIP. Dass ein identischer oder vergleichbarer Fall vorliegen würde, ist zu verneinen.

3.2.7 Nach dem Gesagten ist zusammenfassend Folgendes festzuhalten: Ob, in welcher Anzahl und zu welchem Ausübungspreis dem Kläger Optionen aus den MIPs zugeteilt wurden, lag vorliegend im alleinigen Ermessen der Beklagten. Die Leistungen aus den MIPs hatten somit den Charakter einer Gratifikation i.S.v. Art. 322d OR.

### 3.3 Zulässigkeit von Verfallklauseln

3.3.1 Wie erwähnt fehlt eine einseitige Willenserklärung des Klägers, worin er erklärt, das Angebot zu den Bedingungen und Befristungen gemäss Information Memorandum anzunehmen. Der Kläger bringt lediglich vor, die von der Beklagten geltend gemachte Verfallklausel sei unwirksam bzw. unzulässig, da die vorliegenden Optionen Lohncharakter hätten (act. 29 Rz. 126). Die grundsätzliche Anwendbarkeit der Bedingungen und Befristungen, die sich aus den Information Memorandum ergeben, wurden nicht bestritten und sind somit anwendbar.

3.3.2 Der Arbeitnehmerschutz und somit das Verbot von Verfallklauseln entfällt vorliegend, weil die Leistungen aus dem MIP Gratifikationscharakter hatten. Die vereinbarte Verfallklausel verstösst somit nicht gegen zwingendes Recht, ist wirksam und bleibt anwendbar.

3.3.3 Es bleibt irrelevant, ob der Kläger beim Erwerb der Mitarbeiterbeteiligungen als Anleger gehandelt habe (act. 34 Rz. 99d). Anzumerken ist aber dennoch, dass nicht der Entscheid des Klägers, aus freien Stücken am Programm

teilzunehmen, sondern die Einbringung finanzieller Mittel seinerseits relevant ist. Es blieb unbestritten, dass der Kläger die Optionen gratis erhielt und kein Geld investierte (act. 46 Rz. 95).

### 3.4 Verfall der Anwartschaft aufgrund einer "wesentlichen" Pflichtverletzung

#### 3.4.1 Ausgangslage

a) Wie erwähnt waren die Optionen aus MIP 18, MIP 19 und MIP 20 im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung noch nicht ausübbar. Dies ergibt sich im Grundsatz auch aus dem Information Memorandum, wonach die Optionen aus MIP 18 nach dem 29. August 2019, die Optionen aus MIP 19 nach dem 16. August 2020 und die Optionen aus MIP 20 am 27. August 2021 (jeweils Beginn der Ausübbarkeit bzw. *Vesting Date*) ausübbar wurden (vgl. die Bestimmungen unter dem Titel "Exercise or sale of options and exercise of WARs" bzw. "Ausübung oder Verkauf von Optionen und Ausübung von WARs" in act. 5/20 = act. 11/20 S. 2 zum MIP datierend vom 27. Juli 2018 für MIP 20; act. 36/32 = act. 36/32a zum MIP datierend vom 2. August 2016 für MIP 18; act. 36/33 = act. 36/33a zum MIP datierend vom 27. Juli 2018 für MIP 19).

b) Es ist unbestritten, dass die anwendbare vertraglich vereinbarte Verfallklausel in der deutschen Übersetzung wie folgt lautet:

#### **"Auswirkung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

##### **Beendigung durch den Planteilnehmer**

(...)

##### **Beendigung durch den Arbeitgeber**

Wenn ein Teilnehmer eine Kündigung von seinem Arbeitgeber erhalten hat (in jedem Fall so, dass der Teilnehmer nicht mehr bei einem Unternehmen der B.\_\_\_\_-Unternehmensgruppe beschäftigt ist), werden alle Rechte des Teilnehmers an den noch nicht unverfallbaren WARs bzw. Optionen, die dem Teilnehmer im Rahmen dieses MIP-Starts gewährt wurden, mit Wirkung ab dem letzten Tag der Beschäftigung des Teilnehmers bei einem Unternehmen der B.\_\_\_\_-Unternehmensgruppe ausübbar.

Ungeachtet des vorstehenden Absatzes verfallen alle noch nicht ausübbar und noch nicht abgelaufenen WARs oder Optionen des Teilnehmers automatisch, wenn die Kündigung des

Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber des Teilnehmers ganz oder teilweise auf einer wesentlichen Verletzung der Verpflichtungen aus dem jeweiligen Arbeitsvertrag beruht."

c) Gemäss der Verfallklausel verfallen somit alle im Kündigungszeitpunkt nicht ausübbar Optionen automatisch bei einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses "based wholly or partly on the Participant's breach of his/her obligations under the relevant employment contract" (so der englische Originalwortlaut, zitiert nach act. 36/32 S. 4, gleicher Wortlaut in act. 5/20 und act. 36/33 S. 4) bzw. wenn eine vom "Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise auf der wesentlichen Verletzung der Verpflichtungen aus dem jeweiligen Arbeitsvertrag durch den Arbeitnehmer beruht" (zitiert gemäss Übersetzung der Beklagten in act. 15 Rz. 78; vgl. auch act. 11/20, act. 36/32a und act. 36/33a S. 4). Die Übersetzung mit "wesentlicher Verletzung der Verpflichtung" blieb unbestritten.

d) Es stellt sich die Frage, ob die Anwartschaft des Klägers auf die noch nicht ausübbar Optionen aus den MIP 18, MIP 19 und MIP 20 infolge wesentlicher Pflichtverletzung verfiel. Für die nachfolgende Prüfung sind folgende Zeitabschnitte zu unterscheiden: Die Angebotsphase (auch Vergabeverfahren oder Tenderverfahren genannt) dauerte bis zum Vertragsabschluss zwischen B.\_\_\_\_[in Staat Z] und C.\_\_\_\_ im März 2015. Ob der Vertragsabschluss am 9. März oder 13. März 2015 erfolgte, ist irrelevant. Danach folgte die Projektausführung durch ein Konsortium mehrerer B.\_\_\_\_-Gruppengesellschaften (Abwicklungsphase). Dabei ist entscheidend, wovon der Kläger was in welchem Zeitpunkt gewusst haben soll.

#### 3.4.2 Verantwortungsumfang des Klägers für das D.\_\_\_\_-Projekt

a) Fraglich ist, wie sich die Verantwortlichkeiten innerhalb des BU STECO verteilen und was der Verantwortungsumfang des Klägers war. Daraus bestimmen sich die Pflichtverletzungen des Klägers. Die Beklagte bringt vor, der Kläger habe die Verantwortung für das D.\_\_\_\_-Projekt getragen, das D.\_\_\_\_-Projekt geleitet und eine tragende Rolle gespielt (act. 15 Rz. 29 ff.; act. 34 Rz. 49 ff.).

b) Es ist unbestritten, dass der Kläger als *F.\_\_\_\_Manager* der *G.\_\_\_\_Automation* Mitglied des für das D.\_\_\_\_-Projekt verantwortlichen Führungsausschusses (*BU*

*Management Steering Committee, BU STECO*) war (act. 29 Rz. 54). Die BU STECO als Führungsausschusses beaufsichtigte unbestrittenermassen nicht nur die Teilnahme der B.\_\_\_\_ am Vergabeverfahren, sondern auch die darauffolgende Ausführung der Arbeiten durch das B.\_\_\_\_-Konsortium. Wie aus der von der Beklagten eingereichten Übersicht über die Teamorganisation für das Vergabeverfahren (act. 19/8 = act. 24/8a) hervorgeht, waren neben dem Kläger im Zeitpunkt des Vergabeverfahrens aber noch weitere Personen Mitglied dieses Führungsausschusses: K.\_\_\_\_ (damaliger *BU Manager AK.2*\_\_\_\_), I.\_\_\_\_ (damaliger *Group Vice President, Sales, and Marketing AK.2*\_\_\_\_) und J.\_\_\_\_ (*Representative* des BU STECO).

c) Aus der Zusammensetzung der BU STECO an sich und der Tatsache, dass der Kläger ein Mitglied von mehreren Mitgliedern war, kann die Beklagte nicht ableiten, der Kläger habe "die" Verantwortung getragen. In der E-Mail-Korrespondenz vom 1. Juni 2017 (act. 19/7) findet sich kein Beweis für die Behauptungen der Beklagten, der Kläger habe das D.\_\_\_\_-Projekt geleitet und damit die alleinige Verantwortung für das D.\_\_\_\_-Projekt getragen. Namentlich erklärte K.\_\_\_\_ in der E-Mail-Korrespondenz vom 1. Juni 2014 an AE.\_\_\_\_ nicht ausdrücklich, dass nur der Kläger die Verantwortung für das D.\_\_\_\_-Projekt getragen haben soll, sondern einzig dass "BU Verkauf (I.\_\_\_\_) und F.\_\_\_\_ Management (A.\_\_\_\_) daran arbeiten" würden. Auch die E-Mail von I.\_\_\_\_ an K.\_\_\_\_ (in Kopie auch an den Kläger) enthält nur die Aussage, dass "A.\_\_\_\_ und ich" an diesem Projekt arbeiten würden und "wir (...) uns" einbringen würden. Damit geht aus der E-Mail-Korrespondenz aber immerhin hervor, dass der Kläger zusammen mit I.\_\_\_\_ – beide Mitglieder der BU STECO – Verantwortung im D.\_\_\_\_-Projekt wahrnahm.

d) Aus den mit der Duplik neu eingereichten Organigrammen der *BU AK.2*\_\_\_\_ ergibt sich, dass der Kläger sowohl ab dem 1. Juni 2013 (act. 36/1), ab dem 1. Juni 2014 (act. 36/2) und auch ab dem 16. Juni 2015 (act. 36/3) verantwortlich war für *G.\_\_\_\_ Automation*, er Mitglied des Kernteams der *BU AK.2*\_\_\_\_ war und sein Vorgesetzter *BU Manager* K.\_\_\_\_ war. Ab dem 1. Januar 2016 war L.\_\_\_\_ *Managing Director BU AK.2*\_\_\_\_ und somit Nachfolger von K.\_\_\_\_ (act. 36/4). Dies wurde vom Kläger anerkannt (act. 29 Rz. 28 f., Rz. 54). Es bleibt aber insgesamt

unklar, wieso die Verantwortung des Klägers im Rahmen der *BU AK.2* ebenfalls relevant sein soll, wenn für das D.\_\_\_\_-Projekt ein spezifischer Führungsausschuss gebildet wurde, in welchem der Kläger Verantwortung wahrgenommen hat. Ob der Kläger Mitglied des oberen Managements der gesamten *BU AK.2* war oder nicht, ist vor diesem Hintergrund irrelevant.

e) Es ist an dieser Stelle festzuhalten, dass nicht substantiiert bestritten wurde, dass der Vorgesetzte des Klägers, *BU Manager K.\_\_\_\_*, dem Führungsausschuss *BU STECO* vorstand (act. 29 Rz. 28; act. 34 Rz. 118 ff.) und der Kläger nie Vorsitzender der *BU STECO* war (act. 29 Rz. 57; act. 34 Rz. 134). Er war jedoch Mitglied des *BU STECO*.

f) Die Beklagte behauptet sodann direkte Berichterstattungslinien von S.\_\_\_\_ (*Sales Manager* der DE-B.\_\_\_\_) und T.\_\_\_\_ (*LBU Manager AK.2* der B.\_\_\_\_[in Staat Z]) als zentraler Mitarbeiter für das D.\_\_\_\_-Projekt zum Kläger. Der Kläger sei deren direkter Vorgesetzter gewesen und habe eine Vorgesetztenfunktion ausgeübt (act. 15 Rz. 30; act. 34 Rz. 54 ff.), was bestritten wird. Zur Personalie T.\_\_\_\_ (*LBU Manager AK.2* der B.\_\_\_\_[in Staat Z]) geht aus den Organigrammen hervor, dass per 1. Januar 2016 eine direkte Berichterstattungslinie von T.\_\_\_\_ ("HBU ...[Kontinent]") zum Managing Director L.\_\_\_\_ bestand, aber nicht zum Kläger (act. 36/4). Gemäss dem *Next Level Announcement* (act. 36/11) wurde T.\_\_\_\_ als *LBU Manager* für ...[Staat Z] bestätigt. Darin wurde auch erklärt, dass u.a. T.\_\_\_\_ "direkt an I.\_\_\_\_ (ad interim in der Rolle des Hub Managers) berichten" werde. Die Behauptungen der Beklagten sind widersprüchlich. Ob der Kläger I.\_\_\_\_ ersetzte, wird nicht behauptet. Eine direkte Berichterstattungslinie zwischen T.\_\_\_\_ und dem Kläger wird durch die Beweisofferten der Beklagten widerlegt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass lediglich eine funktionale Berichterstattungslinie zwischen T.\_\_\_\_ und dem Kläger vorlag, wie sie der Kläger auch anerkennt (act. 46 Rz. 58). Die beantragte Zeugnisänderung steht diesem Schluss nicht entgegen. Die offerierte Zeugenbefragung von T.\_\_\_\_ vermöchte gegen die genannten Urkunden nicht anzukommen und kann bei dieser Aktenlage unterbleiben.

g) Als Beweis für die behauptete direkte Berichterstattungslinie zwischen S.\_\_\_\_ und dem Kläger offeriert die Beklagte die E-Mail-Korrespondenz vom 7. November 2015 und eine E-Mail vom 23. Januar 2016 zwischen S.\_\_\_\_ und dem Kläger (act. 36/12-13). Die E-Mails vermögen aber einzig zu beweisen, dass S.\_\_\_\_ den Kläger zweimal per E-Mail kontaktierte, um den Kläger über das D.\_\_\_\_-Projekt zu informieren und die Strategie zu diskutieren (act. 34 Rz. 58 ff.). Aufgrund des Inhalts dieser E-Mails ist eine Involvierung des Klägers auszumachen, was aber die Antwort des Klägers war und welche Gespräche bzw. Treffen darauf folgten, wird nicht behauptet. Die Intensität der Involvierung des Klägers bleibt unklar. Auch die weitere Korrespondenz zwischen S.\_\_\_\_ und dem Kläger, welche die Beklagte zu den angeblich missachteten Warnhinweisen vorbringt (act. 19/19–21), lassen nicht auf eine direkte Berichterstattungslinie schliessen. Direkte Berichterstattungslinien und das Verhältnis zwischen Vorgesetztem und Unterstelltem führen üblicherweise zu intensiver direkter Kommunikation, weshalb die wenigen E-Mails für den Nachweis einer direkten Berichterstattungslinie nicht ausreichen. Aus der Teamorganisation für das Vergabeverfahren (act. 19/8 = act. 24/8a) ist ebenfalls keine direkte Berichterstattungslinie zum Kläger als Individuum erkennbar, sondern nur zur BU STECO als Kollektiv. Es ist schwer vorstellbar, warum S.\_\_\_\_ als Sales Manager der deutschen Gruppengesellschaft DE-B.\_\_\_\_ direkt an den Kläger rapportiert haben soll, wenn in sämtlichen Organigrammen zur G.\_\_\_\_ Systems (act. 36/5-7) S.\_\_\_\_ nicht genannt wird und auch nie behauptet wurde, er habe im Sinne dieser Organigramme zu den dem Kläger unterstellten HUB Managers gehört. Bei dieser Sachlage kann die Zeugenbefragung von T.\_\_\_\_ unterbleiben. Ohnehin hätten die Aussagen eines aussenstehenden Dritten wenig Beweiskraft für das Bestehen einer direkten Berichterstattungslinie zwischen S.\_\_\_\_ und dem Kläger. Wie ausgeführt, bestand aber immerhin eine direkte Berichterstattungslinie von S.\_\_\_\_ zum BU Steco, dessen Mitglied der Kläger war.

h) Die direkten Berichterstattungslinien zwischen dem Kläger und den *Project Directors* des D.\_\_\_\_-Projekts (nacheinander N.\_\_\_\_, O.\_\_\_\_ und P.\_\_\_\_) und J.\_\_\_\_ (*Representative* des BU STECO) wurde nicht bestritten (act. 34 Rz. 60; act. 46 Rz. 3, Rz. 56 ff.) und ist durch die Organigramme und das "Organizational

announcement" vom 13. September 2016 auch ausgewiesen (act. 36/5-7+14–15). Was deren Funktion und Verantwortung war, wird allerdings nicht behauptet. Welches Wissen dieser Personen dem Kläger als deren Vorgesetzter bzw. als Empfänger ihrer Berichterstattung allenfalls anrechenbar wäre, ist an anderer Stelle zu klären.

i) Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass der Kläger das D.\_\_\_\_-Projekt weder geleitet hat noch "die" (alleinige) Verantwortung trug. Weder T.\_\_\_\_ noch S.\_\_\_\_, also zwei zentrale Mitarbeiter für das D.\_\_\_\_-Projekt, hatten eine direkte Berichterstellungslinie zum Kläger (als Individuum).

j) Fraglich bleibt, ob der Kläger aufgrund seiner aktiven Beteiligung einen Mehrumfang an Verantwortung wahrnahm, wie die Beklagte vorträgt (act. 34 Rz. 62 ff.). Der Kläger war unbestrittenermassen wie mehrere seiner Untergebenen aktiv am D.\_\_\_\_-Projekt beteiligt, war in diesbezügliche Korrespondenz hineinkopiert und hat auch selber E-Mails verfasst (act. 46 Rz. 60 ff.). Vor bzw. im Rahmen der Angebotsphase behauptet die Beklagten ein Treffen des Klägers mit V.\_\_\_\_ (act. 34 Rz. 63, Rz. 128). Dieses ist bestritten und bleibt durch die E-Mail-Korrespondenz (act. 36/19) unbewiesen. Es bleibt unklar, was die Beklagte aus den offerierten E-Mails in Bezug auf den Kenntnisstand des Klägers vor bzw. im Rahmen der Angebotsphase ableiten will.

k) Auf den Vertragsabschluss im März 2015 folgte die Projektausführung bzw. Abwicklungsphase. Es ist unbestritten, dass der Kläger in der Regel einmal pro Monat in ...[Staat Z] war und sowohl an internen Besprechungen als auch Besprechungen mit C.\_\_\_\_-Funktionären und anderen B.\_\_\_\_-Vertretern teilnahm (act. 34 Rz. 65; act. 46 Rz. 63). Die Vorbringen der Beklagten zur aktiven Beteiligung nach Vertragsabschluss (act. 34 Rz. 65 ff.) lassen aber nicht auf eine besondere Verantwortung des Klägers bei der Projektausführung schliessen. Die Rolle des Klägers bei den Project Reviews war unbestrittenermassen relevant (act. 34 Rz. 66; act. 46 Rz. 64).

l) Was die Beklagte im Rahmen der Risk Reviews aus der Kaskade der Genehmigungen unabhängig von der finanziellen Entscheidungsbefugnis über ver-

schiedene Hierarchiestufen hinweg herleiten will, bleibt unklar. Was an den Genehmigungen und Kommentaren des Klägers pflichtverletzend gewesen sein soll, trägt die Beklagte nicht vor. Sie behauptet in diesem Zusammenhang nicht, dass der Kläger alleine gewisse Bereiche genehmigt haben soll oder seine Genehmigung "final" gewesen sei, wie es in der Tabelle der *Process Automation Division Instruction Risk Review* (act. 36/29 S. 10) dargestellt ist. Unklar bleibt, was die Beklagte in diesem Zusammenhang aus dem unterstützenden Material für die Bewertung des *Risk Review Committees* (act. 36/30) ableiten will, da zwei Kommentare des Klägers aus dem Jahr 2014 (S. 3 und S. 39) stammen und somit die Risk Reviews vor Vertragsabschluss betreffen. Drei weitere Kommentare stammen vom 15. Juni 2016 (act. 36/30 S. 80), wobei deren Zusammenhang zum möglichen Wissen des Klägers aber unbekannt bleibt.

m) Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass nicht substantiiert bestritten wurde (act. 34 Rz. 118 ff., Rz. 136 f.), dass die Project Reviews und Risk Reviews vom *Project Director* (nacheinander N.\_\_\_\_, O.\_\_\_\_ und am Ende P.\_\_\_\_, d.h. nicht der Kläger) vorbereitet wurden und alle drei Monate ein Project Review an den Leiter der Division (zunächst M.\_\_\_\_ und danach Q.\_\_\_\_, d.h. nicht der Kläger) erfolgt sei (act. 29 Rz. 30). Die Risk Reviews und Project Reviews wurden unter anderem dem Kläger, seinem jeweiligen Vorgesetzten und je nachdem der Division präsentiert (act. 29 Rz. 57). Unbestritten blieb letztlich auch, dass das D.\_\_\_\_-Projekt wegen seiner Grösse nicht in den Kompetenzbereich des Klägers, sondern der Division fiel und der Kläger an den *BU Manager AK.2*\_\_\_\_ (K.\_\_\_\_ und später L.\_\_\_\_), dieser an den *Division Manager* (zunächst M.\_\_\_\_ und danach Q.\_\_\_\_) und dieser direkt an den CEO (R.\_\_\_\_) rapportierte (act. 46 Rz. 3 f., Rz. 54). Die Hauptverantwortung für das D.\_\_\_\_-Projekt lag somit auf ein bis zwei Managementstufen oberhalb des Klägers.

n) Die Verantwortung des Klägers begrenzt sich somit auf seine Mitgliedschaft im Führungsausschuss BU STECO. Der Beweis für eine besondere Verantwortung des Klägers über seine Mitgliedschaft im Führungsausschuss hinaus, die sich aus seiner Leitungsposition, den Berichterstattungslinien und seiner behaupt-

teten aktiven Rolle ergeben soll, misslingt der Beklagten. Entscheidend hat somit zu bleiben, wovon der Kläger nachweislich Kenntnis hatte oder haben musste.

### 3.4.3 Wesentliche Pflichtverletzung des Klägers

a) Gemäss der Verfallklausel genügt für den Verfall der Anwartschaft auch die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, die nur teilweise auf einer wesentlichen Pflichtverletzung beruht. Es ist zu fragen, was unter dem Begriff "material breach" bzw. "wesentliche" Pflichtverletzung zu verstehen ist.

b) Zunächst ist festzustellen, dass sich dem Information Memorandum keine Definitionen einzelner Begriffe entnehmen lassen. Der tatsächliche übereinstimmende Parteiwille ist nicht ermittelbar. Es ist durch objektive Auslegung zu bestimmen, welche Schwere der Pflichtverletzung die Parteien bezeichnen wollten.

c) Zunächst ist festzuhalten, dass der Entscheid AG-Z 2017 Nr. 15 nicht einschlägig ist, zumal die dortige Formulierung "due to termination for Cause" laute. Vorliegend ist demgegenüber eine objektive Auslegung vorzunehmen, was die Parteien mit der Formulierung "material breach" bzw. "wesentliche" Pflichtverletzung ausdrücken wollten. Massgebend ist somit, wie diese Worte nach dem Vertrauensgrundsatz verstanden werden durften und mussten.

d) In diesem Zusammenhang ist beachtlich, dass die Formulierung nicht mit derjenigen in Art. 337 Abs. 1 OR übereinstimmt. Der Beklagten ist daher zuzustimmen, dass keine wichtigen Gründe vorliegen müssen, wie sie als Rechtfertigung der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses (Art. 337 Abs. 1 OR) verlangt sind.

e) "Material" wird im Oxford Advanced American Dictionary wie folgt übersetzt (Link:<[https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/american\\_english/material\\_2](https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/american_english/material_2)>, zuletzt besucht am 16. Juni 2022):

"important and needing to be considered"

Im Deutschen Duden wird die Bedeutung mit folgenden Worten beschrieben (Link:<<https://www.duden.de/rechtschreibung/wesentlich>>, zuletzt besucht am 16. Juni 2022) :

"den Kern einer Sache ausmachend und daher besonders wichtig; von entscheidender Bedeutung; grundlegend"

f) Der Begriff der Wesentlichkeit einer Vertragsverletzung ist im Schweizer Obligationenrecht nicht klar geregelt und scheint insbesondere durch die Vertragsgestaltung nach der US-amerikanischen Vertragspraxis stark beeinflusst. In internationalen Kodifizierungen zum Kaufrecht finden sich Bestimmungen zur Wesentlichkeit, die in deren englischen Originalversion "fundamental breach of contract" bezeichnet werden. Art. 25 des Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (WVK; engl. CISG) lautet wie folgt (Link zur Amtlichen Rechtssammlung:<[https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1991/307\\_307\\_307/de](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1991/307_307_307/de)>, zuletzt besucht am 16. Juni 2022):

"Eine von einer Partei begangene Vertragsverletzung ist wesentlich, wenn sie für die andere Partei solchen Nachteil zur Folge hat, dass ihr im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen, es sei denn, dass die vertragsbrüchige Partei diese Folge nicht vorausgesehen hat und eine vernünftige Person in gleicher Stellung diese Folge unter den gleichen Umständen auch nicht vorausgesehen hätte."

g) Art. 25 CISG verlangt einen Nachteil, wonach der benachteiligten Partei im Wesentlichen entgeht, was sie aus objektiver Sicht nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen (Wegfall der wesentlichen Vertragsvorteile). Auch mehrere für sich selbst stehend geringfügige Vertragsverletzungen können gesamthaft (kumulativ) die Schwelle der Wesentlichkeit erreichen. Mehrere Vertragsverletzungen begründen jedoch nicht automatisch eine wesentliche Vertragsverletzung, machen eine solche wohl aber wahrscheinlicher. Ein Schaden ist ein Indiz, doch kann die wesentliche Vertragsverletzung auch bei bloss drohendem Schaden vorliegen. Reputationsschäden können aber eine bedeutende Rolle spielen und zu einem (allenfalls drohenden) wesentlichen Nachteil führen. Der Nachteil muss erheblich sein, d.h. ein solches Ausmass haben, dass das Interesse der vertragstreuen Partei an der Durchführung des Vertrags (Erfüllungsinteresse) im Wesentlichen ent-

fallen ist. Ein Vertragsbruch ist aber nicht als wesentliche Vertragsverletzung zu qualifizieren, wenn der wesentliche Nachteil von der vertragsbrüchigen Partei nicht vorausgesehen werden konnte und eine vernünftige Person in gleicher Stellung diese Folge unter den gleichen Umständen auch nicht vorausgesehen hätte (objektiver Massstab; SHK CISG–BRUNNER/LEISINGER, 2. Aufl. 2014, Rz. 3 ff.).

h) In Art. 7.3.1 der Unidroit Principles bzw. Grundregeln der Internationalen Handelsverträge 2016 wird unter dem Titel "Recht zur Vertragsaufhebung" Folgendes definiert ("wesentliche Nichterfüllung" wird im englischen Originalwortlaut "fundamental non-performance" genannt):

"(1) Eine Partei kann den Vertrag aufheben, wenn die Nichterfüllung einer der anderen Partei nach dem Vertrag obliegenden Pflicht eine wesentliche Nichterfüllung darstellt.

(2) Bei der Feststellung, ob die Nichterfüllung einer Pflicht eine wesentliche Nichterfüllung darstellt, soll insbesondere berücksichtigt werden, ob

- (a) durch die Nichterfüllung der benachteiligten Partei im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen, es sei denn, dass die andere Partei diese Folge nicht vorausgesehen hat und vernünftigerweise auch nicht hätte voraussehen können;
- (b) die genaue Einhaltung der nicht erfüllten Vertragspflicht für den Vertrag entscheidend ist;
- (c) die Nichterfüllung absichtlich oder leichtfertig geschieht;
- (d) die Nichterfüllung der benachteiligten Partei Grund zur Annahme gibt, dass sie sich auf die zukünftige Erfüllung durch die andere Partei nicht verlassen kann;
- (e) die nichterfüllende Partei aufgrund der Vorbereitung oder Erfüllung unverhältnismäßige Einbußen erleidet, wenn der Vertrag aufgehoben wird."

i) Im Bereich der Haftung des Verkäufers bei M&A-Transaktionen in der US-amerikanischen Vertragspraxis liegt ein "material breach" vor, wenn die Verletzung einer Vertragsvereinbarung ("promise") die Durchführung des Vertrages als Ganzes in Frage stellt. Das ist zwar stets eine Frage des Einzelfalls, jedoch in aller Regel dann gegeben, wenn die betreffende Vereinbarung eine Bedingung des

Vertrages ("condition of the contract" bzw. "essential term") darstellt. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich nach dem "test of essentiality": Die verletzte Vereinbarung stellt eine Vertragsbedingung ("essential term") dar, wenn der Käufer den Vertrag ohne das Vorliegen der betreffenden Eigenschaft nicht geschlossen hätte (vgl. die Hinweise bei MERKT, Haftung des Verkäufers bei M&A-Transaktionen in der US-amerikanischen Vertragspraxis, RIW 2019 S. 1 ff., insb. S. 3).

j) Für die Wesentlichkeit der Pflichtverletzung ist nach Schweizer Recht und im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass die verletzte Pflicht zu den objektiven oder subjektiv wesentlichen Vertragspunkten des Arbeitsvertrags zu zählen hat. Zu den objektiv wesentlichen Elementen des Arbeitsvertrags gehört das Angebot der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer. Auch kaum wahrnehmbare Tätigkeiten wie Überwachung und Kontrolle gehören zur Arbeitsleistung (vgl. die Hinweise bei GEISER/MÜLLER/PÄRLI, a.a.O., Rz. 100 ff.). Subjektiv wesentlich sind Vertragspunkte, die "condicio sine qua non" für den Vertragsabschluss und auch für die Fortführung des Vertragsverhältnisses sind. Obwohl es nur um die Pflichtverletzung geht, ist zur Beurteilung ihrer Wesentlichkeit auch das Verschulden ein zu berücksichtigendes Indiz. Absicht oder Grobfahrlässigkeit ist für eine wesentliche Pflichtverletzung zu verlangen. Mehrere leichtfahrlässige Vertragsverletzungen können kumulativ die Schwelle der Wesentlichkeit erreichen. Dies muss insbesondere bei Arbeitnehmern mit Führungsverantwortung gelten. Zudem muss die wesentliche Pflichtverletzung berechtigterweise dazu führen, dass das Erfüllungsinteresse der Beklagten an der Fortführung des Arbeitsvertrags entfallen ist. Der Wegfall des Erfüllungsinteresses ist sehr nahe am zerstörten Vertrauensverhältnis wegen des wichtigen Grundes im Sinne von Art. 337 OR, unterscheidet sich in ihrer Schwere aber darin, dass bereits mehrere leichtfahrlässige Verletzungen der Arbeitspflicht ausreichen können. Ob solche vorliegen, ist nachfolgend zu prüfen.

k) Vom Kläger ist ein Mass der Sorgfalt zu verlangen, das von ihm in analoger Anwendung von Art. 321e OR verlangt werden könnte. Massgebend ist, was der Kläger von den zugrundeliegenden Tatsachen wusste oder wissen musste bzw. was er in Verletzung der sorgfältigen Erfüllung seiner Aufsichts- und Überwachungspflichten zu wissen unterlassen hat. Das Wissen von dem Kläger unter-

stellten Personen ist ihm verschuldensunabhängig in analoger Anwendung von Art. 101 OR zuzurechnen (sinngemässe Kausalhaftung für ihm hierarchisch untergeordnete Personen mit direkter Berichterstattungslinie).

l) Zum Vorwurf der Missachtung von Warnhinweis und fehlender Nachverfolgung der Tatsache, dass S. über vertrauliche Informationen der C. verfügt habe (Warnhinweis 1; act. 15 Rz. 45 ff.; act. 34 Rz. 71 ff., Rz. 138 f.) ist Folgendes festzustellen:

S. hat dem Kläger am 15. November 2014 (act. 19/19) und am 8. Dezember 2014 (act. 19/20) eine E-Mail zugestellt. Der Kläger musste den Inhalt dieser E-Mails zur Kenntnis nehmen. In jenem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens waren auch K. (damaliger *BU Manager AK.2* und Vorsitzender der BU STECO), I. (damaliger *Group Vice President, Sales, and Marketing AK.2*) und J. (*Representative* des BU STECO; vgl. act. 19/8 = act. 24/8a) Mitglieder des BU STECO. Die E-Mail vom 15. November 2014 (act. 19/19) war primär an den Kläger und I. gemeinsam gerichtet, welche beide Mitglieder des BU STECO waren. Die E-Mail vom 8. Dezember 2020 (act. 19/20) war primär an I. und AN. sowie an den Kläger in Kopie gerichtet, nachdem auch der Kläger sich in die Korrespondenz aktiv involvierte. Die Beklagte legt zu diesen zwei E-Mails jedoch nicht ausreichend dar, welcher Inhalt derselben aus welchem Grund in jenem Zeitpunkt Geheimnischarakter gehabt haben soll. Es scheint in jenem Zeitpunkt nicht über Statusinformationen im Rahmen der Anbahnung eines Vergabeverfahrens zum Projekt D. hinauszugehen. In der weiteren E-Mail-Korrespondenz zwischen dem 16. und dem 29. Dezember 2014 (act. 19/21) musste der Kläger zusammen mit anderen Adressaten und den übrigen Mitgliedern des BU STECO (I. und J. als ebenso Primäradressaten sowie K. in Kopie) von S. Folgendes zur Kenntnis nehmen:

"Ich bin wie folgt beraten worden:

- Nach dem Eindruck der soeben abgeschlossenen Verhandlungen in ...[Stadt im Staat Z] wird [Konkurrenzunternehmen] sehr hart für D. kämpfen [...]
- Versucht, so nah wie möglich an den Budgetwert (...[Währung des Staates Z] ...[Betrag] Milliarden) heranzukommen

- Versucht, den Zeitplan zu verbessern."

Die Kenntnisnahme des Zielbudgets und die Empfehlung, den Zeitplan zu verbessern, ist im Rahmen eines sich anbahnenden öffentlichen Vergabeverfahrens als entscheidende Information mit Geheimnischarakter zu werten. Der Kläger nahm von dieser Information zweifellos Kenntnis. Gemäss Anhang 1 zur internen Richtlinie vom 16. Juli 2012 betreffend Bestechung und Korruption (act. 19/12) gilt als beispielhafter Warnhinweis bezüglich unzulässiger Zahlungen:

"Hintergrundinformationen zu bestehenden oder potenziellen Drittvertretern, die folgendes anzeigen:

- Vorwürfe wegen unzulässiger Geschäftspraktiken,
- Ruf für Bestechungsgelder,
  - familiäre oder sonstige Beziehungen, die die Entscheidung eines Kunden oder Beamten unzulässig beeinflussen könnten."

Der Kläger musste erkennen, dass S.\_\_\_\_ Zugang zu vertraulichen Informationen über den Vergabeprozess betreffend das D.\_\_\_\_-Projekt hatte. Diese Hintergrundinformationen hätte er – wie auch die anderen Empfänger dieser E-Mail – als Warnhinweise im Rahmen der Richtlinie vom 16. Juli 2012 würdigen müssen. Zwar war der Kläger nicht für die Überwachung der Richtlinie verantwortlich (er gehörte nicht zum Management i.S.v. Ziff. 2.1.2 der Richtlinie). Dennoch entsprach er (als gewöhnlicher Mitarbeiter i.S.v. Ziff. 2.1.1 der Richtlinie) nicht den mit der Richtlinie an ihn gestellten Sorgfalts- und Verhaltenspflichten, die von einem durchschnittlichen Mitglied im Führungsausschuss (BU STECO) in einem Vergabeverfahren unter Berücksichtigung des nicht unbekanntes Korruptionsrisikos in ...[Kontinent] Ländern verlangt werden können. Der Kläger ging diesem Warnhinweis nicht nach. Wegen des Mitverschuldens der Beklagten im Sinne eines ihr zuzurechnenden Organisationsverschuldens und der Tatsache, dass auch andere Arbeitnehmer der Beklagten diesen Warnhinweis nicht beachtetten, ist in dieser Sache von einer leichtfahrlässigen Pflichtverletzung des Klägers auszugehen.

m) Zur behaupteten Kenntnis des Klägers über die regelmässigen Treffen von S. \_\_\_ mit V. \_\_\_ in jenem Zeitpunkt (November und Dezember 2014) gilt Folgendes:

Diesbezüglich ist die Beklagte beweislos, zumal solches insbesondere nicht aus der Formulierung "submarine work" (act. 19/22) hervor geht. Die im Recht liegenden E-Mail-Korrespondenzen zwischen S. \_\_\_ und dem Kläger vom 7. November 2015 (act. 19/12) und 23. Januar 2016 (act. 19/13) datieren nach dem Vertragsabschluss mit C. \_\_\_ und sind für den Zeitpunkt des Vergabeverfahrens unerheblich.

n) Zum Vorwurf der Missachtung von Warnhinweis der fehlenden Qualifikation der Subunternehmerin ... [Subunternehmen2] und ... [Subunternehmen1] und der Förderung deren Beizugs (Warnhinweis 2, act. 15 Rz. 52 ff.; act. 34 Rz. 77 ff.) ist Folgendes auszuführen:

Bezüglich der Subunternehmerin ... [Subunternehmen2] und deren Subunternehmerin ... [Subunternehmen3] ist aus dem Wortlaut "at the moment we have agreed that [... Art der Tätigkeit] will be done by ... [Subunternehmen2] ... [Subunternehmen3]" in der E-Mail vom 8. Februar 2016 (act. 19/25) keine aktive Förderung des Beizugs von ... [Subunternehmen2] bzw. ... [Subunternehmen3] herzuleiten. Die Hinweise, dass ein Waiver samt Risikominderungsplan erforderlich sei, kamen von der Rechtsabteilung am 11. Februar 2016 (act. 19/23) und somit nach der E-Mail des Klägers vom 8. Februar 2016 (act. 19/25). Was am Verhalten des Klägers bei diesem chronologischen Ablauf pflichtverletzend gewesen sein soll, bleibt unklar. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger im Nachgang zu den Risikohinweisen der Rechtsabteilung den Beizug von ... [Subunternehmen2] bzw. ... [Subunternehmen3] gefördert und damit die bestehenden Risikohinweise missachtet hätte.

In die E-Mails vom 9. Mai 2016 (act. 36/31), als die ... [Subunternehmen2] die erforderliche Punktzahl erreichte, war der Kläger gar nicht mehr einkopiert, was darauf schliessen lässt, dass er unwesentlich in den Qualifikationsprozess involviert gewesen sein musste. Auch wenn die Arbeiten durch ... [Subunternehmen2] vor

Vorliegen eines formellen Waiver und eines Risikominderungsplans begannen (act. 34 Rz. 150), hätte das Risk Review Committee tätig werden müssen, deren Reaktion aber unbekannt bleibt. Das wirtschaftliche Interesse der Beklagten am rechtzeitigen und mängelfreien Beginn der Arbeiten von ... [Subunternehmen2] ist nicht von der Hand zu weisen. Der Arbeitsbeginn ohne Waiver und Risikominderungsplan scheint mangels guter Alternativen zum Zulieferer ... [Subunternehmen2] jedoch nicht grundlos erfolgt zu sein (act. 46 Rz. 78 ff.). Immerhin scheinen dadurch unbestrittenermassen grössere Nachteile für die Beklagte (Streik, hohe Konventionalstrafe) verhindert worden zu sein, weshalb eine leichtfahrlässige Pflichtverletzung des Klägers in dieser Sache zu verneinen ist.

Zu ... [Subunternehmen1] fällt auf, dass der Kläger in die E-Mail an T.\_\_\_\_ vom 13. Oktober 2014 (act. 19/26) nicht einkopiert war. Das Wissen von T.\_\_\_\_ ist dem Kläger mangels direkter Berichterstattungslinie nicht anzurechnen. Es wird hierzu nicht substantiiert behauptet, T.\_\_\_\_ habe dies dem Kläger ausserhalb der nicht vorhandenen direkten Berichterstattungslinie in einer E-Mail oder mündlich mitgeteilt (act. 15 Rz. 56 f.; act. 34 Rz. 81, zu pauschal in Rz. 148 und Rz. 151). Die funktionale Berichterstattungslinie scheint im Jahr 2014 noch gar nicht bestanden zu haben, wurde diese zwischen T.\_\_\_\_ und dem Kläger doch erst per 10. März 2015 wirksam (act. 36/11), somit nach dem 13. Oktober 2014 (act. 19/26).

o) Zum Vorwurf Missachtung Warnhinweis der überhöhten Preise beigezogener Subunternehmerinnen (Warnhinweis 3, act. 15 Rz. 59 ff.; act. 34 Rz. 82 ff., Rz. 151 ff.) ist Folgendes festzustellen:

Der Kläger war in die E-Mail-Korrespondenz (act. 19/27-28) bezüglich der Arbeiten der ... [Subunternehmen1] nicht einkopiert und konnte somit keine Kenntnis haben, insbesondere nicht von den kritischen Nachfragen von AF.\_\_\_\_ vom 29. Juni 2015 (act. 19/28). Da weder zu S.\_\_\_\_ noch zu T.\_\_\_\_ eine direkte Berichterstattungslinie bestand, ist deren Wissen dem Kläger nicht anrechenbar und er musste keine Kenntnis hiervon haben.

Was die Baustelleneinrichtung durch ... [Subunternehmen2] bzw. ... [Subunternehmen3] betrifft, hat der Kläger in der E-Mail-Korrespondenz vom 24. und

27. September 2017 (act. 19/29) aktiv kommuniziert und die von AG.\_\_\_\_ aufgearbeitete Kostenaufstellung zu den Kosten von ... [Subunternehmen2] erhalten (act. 19/30). Der Kläger antwortete AG.\_\_\_\_ am 27. September 2017 mit Kopie an AH.\_\_\_\_, *Head of Legal and Compliance* von B.\_\_\_\_[ in Staat Z], und hielt abschliessend insbesondere fest:

"As to ... [Subunternehmen2], we need to simply state that they have not delivered what was agreed and reduce the value to what has been provided" (act. 19/29) bzw.

"Was ... [Subunternehmen2] betrifft, müssen wir einfach sagen, dass sie nicht das geliefert hat, was vereinbart war, und den Wert auf das reduzieren, was geliefert wurde" (act. 24/29a)

Dieses Vorgehen erscheint in jenem Zeitpunkt sorgfältig.

Danach bat AH.\_\_\_\_ Al.\_\_\_\_, Legal Counsel von B.\_\_\_\_[in Staat Z], um ihre Kommentare (act. 19/29). Was darauf folgte, bleibt unklar. Auch aus dem übrigen Inhalt dieser E-Mail ist kein sorgfaltswidriges Verhalten des Klägers erkennbar.

Dem Kläger war aber am 27. September 2017 die Differenz der von B.\_\_\_\_ bezahlten Fr. 2.2 Millionen und dem tatsächlichen Wert von bloss rund Fr. 310'000.– aber unbestrittenermassen nicht bekannt, was der Kläger in seiner E-Mail vom 27. September 2017 auch einräumte und im vorliegenden Prozess auch anerkennt (act. 29 Rz. 82). Diesbezüglich ist zumindest eine leichtfahrlässige Pflichtverletzung zu bejahen. Fraglich ist, ob dem Kläger im Rahmen seiner Überwachungs- und Aufsichtspflichten die überhöhten Preise der ... [Subunternehmen2] bereits früher hätten bekannt sein müssen. Diesbezüglich kann sich die Beklagte nicht auf die E-Mail an T.\_\_\_\_ vom 22. Februar 2016 (act. 19/31) stützen, da der Kläger darin nicht einkopiert war und keine direkte Berichterstattungslinie zu ihm bestand.

Gegenüber der AM.\_ war ... [Subunternehmen2] je nach Bereich zumeist 21% teurer. Bei den Positionen Lagerist war sie um 24%, bei den Instrumentenmechaniker 73%, bei den ...[Art der Tätigkeit] und Angelernten Arbeitern 117% teurer (act. 34 Rz. 34 f.; act. 46 Rz. 34 ff., Rz. 71 ff., Rz. 78 ff.; act. 36/8). Es blieb unbestritten, dass die höheren Preise von ... [Subunternehmen2] noch immer unter

den Preisen lagen, welche die B.\_\_\_\_ C.\_\_\_\_ verrechnete (act. 46 Rz. 36, Rz. 80), was auch ausgewiesen ist (act. 36/8 Spalten A, B und E sowie Prozentsatz A > E). Zudem erscheint wahrscheinlich, dass ... [Subunternehmen2] gegenüber AM.\_ höhere Gewähr für eine rechtzeitig und mängelfreie Lieferung bot, zumal die AM.\_ unbestrittenermassen – zwar erst im März 2017, aber doch in zeitlicher Nähe – in finanzielle Probleme geriet (act. 34 Rz. 145). Es wurde nicht substantiiert bestritten, dass die Beklagte im Verzugsfall hätte eine Konventionalstrafe leisten müssen (act. 29 Rz. 77; act. 34 Rz. 145).

Wegen der verweigerter Edition der Verträge ist die Gefahr einer Konventionalstrafe nicht überprüfbar, was der Beklagten anzulasten ist. Mangels Edition der Verträge mit ... [Subunternehmen2] ist auch unklar, was die ... [Subunternehmen2] in welchem Zeitpunkt der Beklagten zusicherte und was nicht erfüllt wurde. Es lässt sich vor diesem Hintergrund nicht mit genügender Wahrscheinlichkeit feststellen, dass die Preise der ... [Subunternehmen2] ungerechtfertigt überhöht waren, wie sich dies trotz kurzfristiger Vorteile genau zum Nachteil der Beklagten ausgewirkt haben soll und was der Kläger hiervon schon vor Erhalt der E-Mail am 27. September 2017 hätte wissen müssen.

Soweit es sich um einen schlechten Geschäftsentscheid handelte, hat das Gericht diesen ohnehin mit Zurückhaltung zu beurteilen. Es ist in diesem Zusammenhang von einer leichtfahrlässigen und nicht einer grobfahrlässigen Pflichtverletzung des Klägers auszugehen.

p) Zum Vorwurf der vom Kläger bewilligten Vorauszahlung für angeblich bereits getätigte Arbeiten im Umfang von ...[Währung des Staates Z] 2.4 Millionen ist festzuhalten, dass dies durch die E-Mail des Klägers vom 2. März 2016 ausgewiesen ist (act. 19/32). Seit 29. Februar 2016 lag ein gültiger Waiver für ... [Subunternehmen2] im Umfang von ...[Währung des Staates Z] 6'977'236.07 vor, da ... [Subunternehmen2] bis am 9. Mai 2016 den Qualifikationsprozess nicht ausreichend bestand (act. 34 Rz. 157 f.; act. 36/37). In die E-Mail vom 29. Februar 2016 (act. 36/37) war der Kläger nicht einkopiert. Wie die Beklagte zu Recht anführt (act. 46 Rz. 119 f.), kann die Zahlung im Umfang von ...[Währung des Staates Z] 7'954'049.12 vom 19. Februar 2016 weder zeitlich noch betragsmässig un-

ter den gültig unterzeichneten Waiver vom 29. Februar 2016 fallen. Die Beklagte erbringt aber keinen Beweis, dass der Kläger dennoch von dieser Zahlung vom 19. Februar 2016 in der Höhe von ...[Währung des Staates Z] 7'954'049.12 hätte wissen müssen. Die betragsmässige Überschreitung des Waivers kann somit keine Pflichtverletzung des Klägers sein.

Es blieb unbestritten, dass der Projektfortschritt vom Projektteam überwacht und in monatlichen Project Reviews vorgestellt worden sei und darin nicht moniert wurde, dass die entsprechenden Arbeiten nicht ausgeführt worden seien (act. 29 Rz. 86; act. 34 Rz. 159). Zudem wies der Kläger in der E-Mail vom 2. März 2016 (act. 19/32) darauf hin, dass er diese Vorauszahlung aus Dringlichkeit zur Vermeidung einer Streiksituation genehmige (act. 29 Rz. 84), was nicht substantiiert bestritten wurde (act. 34 Rz. 157 f.) und somit auch kurzfristige wirtschaftliche Vorteile für die Beklagte brachte. Es wurde auch nie behauptet, der Kläger sei zu dieser Vorauszahlung von ... [Subunternehmen2] ausdrücklich aufgefordert worden, was ein typischer Warnhinweis gewesen wäre. Der Beklagten resultierte kein voraussehbarer Nachteil, welcher der Kläger durch ein sorgfaltspflichtwidriges leichtfahrlässig Verhalten befördert hätte.

q) Zum Vorwurf Missachtung Warnhinweis und fehlendem Hinterfragen des Bezugs der ... [Subunternehmen2] und ... [Subunternehmen3] als Subunternehmerinnen (Warnhinweis 4, act. 15 Rz. 64 ff.; act. 34 Rz. 84 ff., Rz. 160 ff.) gilt Folgendes:

Es ist erkennbar, dass der Kläger die E-Mail vom 3. August 2016 von O.\_\_\_\_ (Project Director der DE-B.\_\_\_\_) erhalten hat, worin dieser schrieb, C.\_\_\_\_ erwarte, dass die zwei Gesellschaften ... [Subunternehmen2] und ... [Subunternehmen3] auf dem D.\_\_\_\_-Projekt behalten werden sollen (act. 19/34). Diese Tatsache ist grundsätzlich ein typischer Warnhinweis bezüglich unzulässiger Zahlungen, wie ihn die Beklagte im Anhang 1 ausformulierte: "Jede Anregung, B.\_\_\_\_-Geschäfte aufgrund einer "besonderen Beziehung" über einen bestimmten Vertreter oder Partner zu leiten" (act. 19/12 S. 9 = act. 24/12a).

Der Kläger erklärt dazu, dass er AJ.\_\_\_\_ von ... [Subunternehmen2] am Tag nach Erhalt der E-Mail vom 4. Dezember 2016 (act. 19/36) klar gemacht habe, dass er nicht über eine exklusive Zusammenarbeit zwischen B.\_\_\_\_ und ... [Subunternehmen2] sprechen wolle. Dies geht aus der Antwort des Klägers in der E-Mail-Korrespondenz nicht direkt hervor, denn der Kläger schweigt zu diesen Punkten (sog. "Points 1 & 2; act. 19/36). AJ.\_\_\_\_ antwortete aber am 5. Dezember 2016 und erklärte:

"Kindly reconsider points 1 & 2 for discussion as well, since it is crucial we have a principal agreement in place without further delay" bzw.

"Ich bitte dich, auch die Punkte 1 & 2 noch einmal für die Besprechung zu überdenken, da es wichtig ist, dass wir ohne weitere Verzögerung eine grundsätzliche Einigung erzielen" (act. 24/36a).

Die Beklagte bestritt die behauptete Abweisung des Klägers an AJ.\_\_\_\_, dass er nicht über eine exklusive Zusammenarbeit sprechen wolle, nicht substantiiert (act. 34 Rz. 164 f.). Auch die Behauptung, der Kläger habe seinen Vorgesetzten L.\_\_\_\_ informiert und ihm gegenüber erklärt, dass für ihn (den Kläger) Exklusivität für ... [Subunternehmen2] nicht in Frage komme, wurde nicht substantiiert bestritten (act. 29 Rz. 93; act. 34 Rz. 164 f.). Der Kläger hat folglich seinen Vorgesetzten darüber informiert. Zur angedeutete Eskalation von S.\_\_\_\_ an A.\_\_\_\_ (act. 19/35) wird denn auch nicht behauptet und bewiesen, dass diese Eskalation auch tatsächlich stattgefunden habe. Bei dieser Sachlage ist eine Pflichtverletzung des Klägers in dieser Sache zu verneinen.

#### 3.4.4 Fazit

a) Nach dem Gesagten hat der Kläger insgesamt zwei Pflichtverletzungen leichtfahrlässig begangen. Da es im D.\_\_\_\_-Projekt zu einem Korruptionsskandal kam, dies an sich eine schwere Verletzungen der Treuepflicht durch darin involvierte Mitarbeiter bedeuten muss und der Kläger Mitglied des Führungsausschusses (BU STECO) war, ist insgesamt von einer wesentlichen Pflichtverletzung des Klägers auszugehen. Obwohl die Beklagte keine positiven Pflichten zu einem Tun ausformulierte, verletzte der Kläger das ihm zumutbare Mass der Sorgfalt unter

den genannten Umständen durch diese Unterlassungen. Auch wenn der Kläger nicht als einzige Person gewisse Warnhinweise vernehmen musste und Anzeichen eines im Kollektiv begangenen Versagens und Wegsehen – der Kläger gemeinsam mit den übrigen Empfängern dieser Warnhinweise sowie der Führung des D.\_\_\_\_-Projekts, sowohl im Führungsausschuss (BU STECO) als auch auf höheren Hierarchiestufen – nicht von der Hand zu weisen sind, so genügen diese einzelnen leichtfahrlässigen Pflichtverletzungen als Teilmitwirkung des Klägers dennoch, um bei ihm von einem nicht immer genug umsichtigen Verhalten auszugehen und eine individuelle und wesentliche Pflichtverletzung des Klägers insgesamt zu bejahen.

b) Die Beklagte begründete ihre Kündigung mindestens teilweise mit dieser wesentlichen Pflichtverletzung. Sie kündigte nicht ohne sachlichen Grund und hat den Bedingungseintritt nicht treuwidrig herbeigeführt. Entsprechend ist die Anwartschaft des Klägers auf die noch nicht ausübbaeren Optionen aus den MIP 18, MIP 19 und MIP 20 infolge wesentlicher Pflichtverletzung im Sinne der im jeweiligen Information Memorandum genannten Verfallklausel verfallen. Folglich ist Rechtsbegehren Ziffer 1 im Umfang von Fr. 67'320.– netto abzuweisen.

## E FAZIT RECHTSBEGEHREN ZIFFER 1

Die dem Kläger nach dem Gesagten hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer 1 zustehenden Ersatzansprüche berechnen sich wie folgt:

Lohn, 13. Monatslohn, Transportentschädigung	Fr. 119'401.20 brutto
Ferienentschädigung	Fr. 5'647.50 brutto
Bonus	Fr. 105'824.– brutto
<hr/>	
Zwischensumme	Fr. 230'872.70 brutto

Zwischen 6. März 2019 und 30. September 2019 sind 209 Tage (26 Tage im März; April, Juni und September je 30 Tage; Mai, Juli und August je 31 Tage). Der Höchstlohn für die ALV-Beitragspflicht beträgt in diesem Fall Fr. 84'859.75 (148'200 / 365 x 209). Nach Abzug von 6.225% Arbeitnehmerbeiträge (5.125% für AHV/IV/EO und 1.1% für ALV) bis Fr. 84'859.75 und 5.625% Arbeitnehmerbeiträge (5.125% für AHV/IV/EO und 0.5% für ALV) ab mehr als Fr. 84'859.75 im geltenden Beitragsjahr 2019 ergibt sich ein Betrag von **Fr. 217'376.95 netto** (Fr. 230'872.70 brutto abzgl. Fr. 5'282.50 [Fr. 84'859.75 / 100 x 6.225] und Fr. 8'213.25 [(230'872.70 – Fr. 84'859.75) / 100 x 5.625]):

Hinzu kommen folgende Beträge als Ersatz für:

Repräsentationszulage	Fr. 10'240.75 netto
Prämien Krankenkasse	Fr. 5'411.40 netto
Pensionskasse	Fr. 36'657.75 netto
Schulgeld	Fr. 12'694.40 netto
<hr/>	
Zwischensumme	Fr. 65'004.30 netto
<hr/>	
<b>Total</b>	<b><u>Fr. 282'381.25 netto</u></b>

Der geltend gemachte Verzugszins ist sowohl in zeitlicher als auch quantitativer Hinsicht zutreffend und somit zuzusprechen.

Im Mehrumfang ist Rechtsbegehren Ziffer 1 abzuweisen.

## **VI. Pönale**

### 1. Parteivorbringen

#### 1.1 Vorbringen des Klägers

Der Kläger macht geltend, er sei ein langjähriger loyaler Mitarbeiter gewesen und sei unmittelbar nach seiner Beförderung fristlos entlassen worden. Dies nicht etwa, weil er sich etwas habe zuschulden kommen lassen habe oder ein entsprechender Verdacht vorgelegen wäre. Vielmehr habe er als bereits 54-Jähriger nach 28 Jahren tadelloser Tätigkeit bei der B.\_\_\_\_-Gruppe als "Bauernopfer" hinhalten müssen. Die fristlose Entlassung habe den Kläger äusserst hart getroffen. Er sei in einem Alter gewesen, in welchem es schwierig sei eine neue Stelle zu finden. Der Kläger habe bis heute keine gleichwertige Stelle gefunden. Die Beklagte habe auch seine Karrierechancen zerstört. Sie habe ihn zuerst bei mehreren Strafverfolgungsbehörden belastet und ihn anschliessend auch noch bei seiner neuen Arbeitgeberin angeschwärzt. Dieses anschliessende Verhalten der Beklagten habe bewirkt, dass offen sei, ob der Kläger je wieder eine vergleichbare Stelle finden werde. Aus diesem Grund sei ihm ein Schadenersatz von fünf Netto-Monatslöhnen im Betrag von Fr. 149'401.25 zuzusprechen. Da der Kläger nicht alle Vergütungen berücksichtige, belaufe sich die verlangte Strafzahlung nur auf 31% der Total Compensation der Jahre 2017 und 2018. (act. 1 Rz. 34, act. 29 Rz. 129 ff.).

#### 1.2 Vorbringen der Beklagten

Die Beklagte führt aus, der Kläger verkenne, dass selbst wenn das Gericht von einer zu Unrecht erfolgten fristlosen Kündigung ausgehe, dies nicht automatisch zu einem Anspruch auf eine Strafentschädigung führe. Ein solcher bestehe dann nicht, wenn ein erhebliches Fehlverhalten des Arbeitnehmers zwar für eine fristlo-

se Kündigung nicht ausreiche, die Zusprechung einer Entschädigung aber als stossend erscheinen lasse. Angesichts der groben arbeitsrechtlichen Pflichtverletzungen des Klägers wäre eine Strafzahlung auch dann stossend, wenn das Gericht davon ausginge, dass diese Unregelmässigkeiten nicht schon per se zu einer fristlosen Entlassung berechtigten. Es wäre maximal ein symbolischer Betrag von einem Franken als Strafentschädigung zuzusprechen (act. 15 Rz. 114 ff., act. 29 Rz. 130).

## 2. Rechtliches

Gemäss Art. 337c Abs. 3 OR kann der Richter den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festzulegen ist. Diese Entschädigung darf jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen. Der Richter wird auf Art. 4 ZGB verwiesen und hat seinen Entscheid auf Recht und Billigkeit zu stützen. Die objektiviert Wertung des Richters kann sich unter anderem an folgenden Bemessungskriterien orientieren: Strafwürdigkeit des Arbeitgeberverhaltens, Schwere der Persönlichkeitsverletzung, Lebenssituation des Arbeitnehmers, Finanzielle Situation der Parteien, Schwere des Mitverschuldens des Arbeitnehmers, Dauer der Anstellung oder Alter des Arbeitnehmers (STREIFF/VON KANEL/RUDOLPH, a.a.O., zu Art. 337c N 8).

## 3. Würdigung

3.1 Wie bereits aufgezeigt, erfolgte die fristlose Kündigung ungerechtfertigt, womit in der Regel eine Entschädigung geschuldet ist, welche vom Gericht unter Anwendung des pflichtgemässen Ermessens zu veranschlagen ist. Was das Verschulden der Beklagten als Arbeitgeberin anbelangt, ist zu berücksichtigen dass ihre Entscheidungsträger die fristlose Kündigung nach jahrelanger Untersuchungszeit letztlich verspätet ausgesprochen haben, wobei nicht gesagt werden kann, es hätten keinerlei Verdachtsmomente vorgelegen. Wie vorstehend unter Ziffer V.D. ausgeführt, kann auch nicht gesagt werden, der Kläger habe sich in allen Belangen umsichtig verhalten. Da es nicht um eine Bagatelle sondern um einen schwerwiegenden Korruptionsvorfall ging, welcher die Beklagte sowohl hin-

sichtlich ihrer Reputation betraf als auch internationale Strafverfahren nach sich zog, erscheint es nachvollziehbarer, dass sie sich zur fristlosen Entlassung hinreissen liess. Der Kläger weist zu Recht auf das langjährige Arbeitsverhältnis und die kürzlich erfolgte Beförderung hin. Es ist davon auszugehen, dass ihn vor diesem Hintergrund die fristlose Entlassung sehr unerwartet traf, was es zu berücksichtigen gilt. Soweit sich der Kläger auf von der Beklagten initiierte, gegen ihn laufende Strafverfahren bezieht, ist zu bemerken, dass allfällige Entschädigungen für damit zusammenhängende seelische Unbill dort geltend zu machen wären. Der Kläger fand nach relativ kurzzeitiger Arbeitslosigkeit eine neue Arbeitsstelle. Diesbezüglich ist einerseits beachtlich, dass der Kläger dannzumal eine erhebliche Lohneinbusse hinnehmen musste. Angesichts der Zeitablaufs und da konkrete Angaben über zwischenzeitliche Arbeitsbemühungen fehlen, ist eine nachhaltige Zerstörung seiner Karrierechancen aber nicht dargetan.

3.2 In Anbetracht aller Umstände rechtfertigt es sich, dem Kläger eine Pönalentschädigung im Betrag von **Fr. 130'000.– brutto=netto** zuzusprechen. Der geltend gemachte Verzugszins ist sowohl in zeitlicher als auch quantitativer Hinsicht zutreffend und zuzusprechen.

Im Mehrumfang ist Rechtsbegehren Ziffer 2 abzuweisen.

## **VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind ausgangsgemäss zu regeln (Art. 104 und Art. 106 ZPO). Der Kläger bezifferte den Streitwert in der Klagebegründung auf Fr. 696'931.65 (act. 1 Rz. 4). Ausgehend von diesem Streitwert ist die Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung des Gesamtaufwandes um 25% zu erhöhen und auf **Fr. 31'000.–** festzusetzen (§ 4 GebV OG).

2. Soweit der Kläger in der Replik Anpassungen bzw. Reduktionen vorgenommen hat, bedeuten diese prozessual ein Unterliegen. Dasselbe gilt hinsichtlich der Beklagten mit Bezug auf die von ihr anerkannten Beträge. Der Kläger obsiegt zu 3/5, die Beklagte zu 2/5. Dementsprechend sind die Kosten des Verfahrens dem Kläger im Betrag von **Fr. 12'400.–** und der Beklagten im Betrag von **Fr. 18'600.–**

aufzuerlegen. Die Gerichtskosten sind im Betrag von **Fr. 24'690.–** aus dem vom Kläger geleisteten Vorschuss zu beziehen. Die Beklagte ist zu verpflichten, den Mehrbetrag von **Fr. 6'310.–** nachzuzahlen und dem Kläger den Prozesskostenvorschuss im Umfang von **Fr. 12'290.–** (24'690 – 12'400) zu ersetzen.

3. Da der Kläger keinen Wohnsitz in der Schweiz hat, und seine Rechtsvertreter für die für ihn erbrachten Leistungen in der Schweiz keine Mehrwertsteuer abliefern müssen, ist kein Mehrwertsteuersatz zuzusprechen (vgl. act. 34 Rz. 11, unbestritten in act. 46 Rz. 9 ff.).

4. Die Grundgebühr für die Parteientschädigung nach Anwaltstarif beträgt beim genannten Streitwert Fr. 26'855.– (ohne MwSt.) und ist mit der Erarbeitung einer Klagebegründung bzw. Klageantwort verdient (§ 4 Abs. 1 und § 11 Abs. 1 AnwGebV), wobei in Berücksichtigung des zweiten Schriftenwechsels eine Erhöhung auf Fr. 33'600.– (ohne MwSt.) vorzunehmen ist (§ 11 Abs. 1-3 AnwGebV). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine auf 1/5 reduzierte Parteientschädigung von **Fr. 6'720.–** (ohne MwSt.) zu bezahlen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Verfahren ist bezüglich Rechtsbegehren Ziffer 1 im Betrag von Fr. 134'991.55 brutto als durch Rückzug erledigt abzuschreiben.
2. Das Verfahren ist bezüglich Rechtsbegehren Ziffer 1 im Betrag von Fr. 977.25 und Fr. 1'405.60 netto als durch Klageanerkennung erledigt abzuschreiben.
3. Auf die Rechtsbegehren Ziffer 3 und 4 wird nicht eingetreten.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Entscheid.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 282'381.25 netto nebst Zins zu 5% seit 6. März 2019 zu bezahlen.

Im Mehrumfang wird Rechtsbegehren Ziffer 1 abgewiesen.

2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 130'000.– brutto=netto nebst Zins zu 5% seit 6. März 2019 zu bezahlen.

Im Mehrumfang wird Rechtsbegehren Ziffer 2 abgewiesen.

3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 31'000.– festgesetzt.

Die Gerichtskosten werden dem Kläger zu 2/5 im Betrag von Fr. 12'400.– und der Beklagten zu 3/5 im Betrag von Fr. 18'600.– auferlegt.

Die Gerichtskosten werden im Betrag von Fr. 24'690.– aus dem vom Kläger geleisteten Vorschuss bezogen. Die Beklagte wird verpflichtet, den Mehrbetrag von Fr. 6'310.– nachzuzahlen und dem Kläger den Prozesskostenvorschuss im Umfang von Fr. 12'290.– zu ersetzen.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 6'720.– (nicht mehrwertsteuerpflichtig) zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.

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, 22. Juli 2022

ARBEITSGERICHT ZÜRICH  
1. Abteilung

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Maier

MLaw R. Moser