

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LA130026-O/U

Mitwirkend: die Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Ersatzoberrichterin lic. iur. B. Schärer sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Iseli

## Urteil vom 13. Oktober 2014

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

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

gegen

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

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. \_\_\_\_\_ und / oder

Rechtsanwältin lic. iur. Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 25. Juni 2013 (AN110038-L)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger einen Betrag von Fr. 194'545.30 netto (davon Fr. 63'750 als Pönalentschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR), zuzüglich Zins zu jährlich 5% auf dem Gesamtbetrag von Fr. 194'545.30 seit 21. Februar 2011 zu bezahlen.
  
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zusätzlich Mehrwertsteuerzuschlag) zu Lasten der Beklagten."

**Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 25. Juni 2013:**

(Urk. 40 S. 16)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 13'780.- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss verrechnet. Der ausstehende Betrag von Fr. 1'250.- wird vom Kläger nachgefordert.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 18'660.- (inkl. 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. [Berufung]

**Berufungsanträge:**

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 39 S. 2):

"Es sei das Urteil der Vorinstanz vom 25. Juni 2013 (Geschäfts-Nr. AN110038) aufzuheben und es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 194'545.30 netto, zuzüglich Zinsen zu jährlich 5% auf dem Gesamtbetrag von Fr. 194'545.30 seit 21. Februar 2011 zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zusätzlich Mehrwertsteuerzuschlag) zu Lasten der Beklagten.

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 46 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu Lasten des Berufungsklägers."

### **Erwägungen:**

#### **I.**

1. Die Beklagte und Berufungsbeklagte (Beklagte) ist eine im Bereich Direkt- und Rückversicherung tätige Versicherungsgesellschaft. Sie ist in die Sektoren "...", "...", "...", "..." und "..." gegliedert. Jeder Sektor untersteht einem Bereichsleiter. Der Kläger und Appellant (Kläger) war seit dem 1. Januar 2006 bei der Beklagten angestellt, ab dem 1. September 2008 in der Stellung als Sector Head "...", in welcher Funktion ihm 16 Angestellte unterstellt waren (Urk. 1 Rz 5f.; Urk. 18 Rz 10f.; vgl. auch Urk. 3/4-/6).

2.1 Am 31. Januar 2011 kamen die Parteien auf Anstoss der Beklagten überein, das Arbeitsverhältnis einvernehmlich aufzulösen und schlossen eine Aufhebungsvereinbarung (Urk. 1 Rz 8; Urk. 18 Rz 12ff.; Urk. 33 Rz 12ff.; Urk. 35 Rz 7f.). Letztere sah eine Beendigung des Arbeitsverhältnis per 31. Juli 2011 vor. Den Arbeitsplatz sollte der Kläger bis spätestens am 4. Februar 2011 räumen. Für die darauf folgende Zeit wurde der Kläger freigestellt (Urk. 3/7). Während der Dauer der Freistellung sollte sich der Kläger für allfällige Nachfragen zur Verfügung halten, wobei die Ansichten der Parteien über den denkbaren Inhalt der Nachfragen auseinander gehen. Während es aus Sicht des Klägers um Auskünfte über von ihm zuvor betreute Projekte und Planungen ging (Urk. 1 Rz 8; Urk. 33 S. 27; Prot. I S. 10), spricht die Beklagte von gewissen Nachfragen organisatorischer Natur (Urk. 18 Rz 19; Urk. 35 Rz 10). Sicher ist, dass die Weisung, sich für Rückfragen zur Verfügung zu halten, "generell formuliert" bzw. "ganz breit gefasst" war (Prot. I S. 14; Urk. 33 Rz 25).

2.2 Am 1. und 2. Februar 2011 räumte der Kläger seinen Arbeitsplatz. Dabei speicherte er private und geschäftliche Daten auf einen eigenen Datenträger. Am 4. Februar 2011 wurden von der IT-Abteilung der Beklagten im Rahmen der wöchentlichen Backup-Sicherung erhöhte Server-Aktivitäten am Arbeitsplatz des Klägers festgestellt, worauf die Geschäftsleitung informiert wurde. In der Folge hielt diese diverse Sitzungen ab, anlässlich welcher verschiedene Vorgehensweisen besprochen und evaluiert wurden (Urk. 18 Rz 22f.; Urk. 33 Rz 3).

2.3 Am 9. Februar 2011 wurde der Kläger anlässlich eines tags zuvor telefonisch anberaumten Gesprächs von C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ mit dem Vorwurf konfrontiert, am 1. und 2. Februar 2011 in unzulässiger und vertragswidriger Weise zahlreiche Daten kopiert zu haben, und es wurde ihm ein "Settlement Agreement" und eine "Declaration of misconduct" zur Unterschrift vorgelegt (Urk. 1 Rz 12; Urk. 33 Rz 3). Damit sollte der Kläger ein Fehlverhalten anerkennen und bestätigen, dass er alle Daten gelöscht und an die Beklagte zurückgegeben habe und die Daten weder in irgendeiner Weise zu verwenden noch Dritten zugänglich zu machen und sich mit einer im Licht der Aufhebungsvereinbarung vom 31. Januar 2011 vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses per Ende April 2011 einverstanden erklären (Urk. 21/6 und 21/7). Der Kläger gab zu, am 1. und 2. Februar Daten kopiert zu haben, wies aber jede böse Absicht von sich und weigerte sich, das "Settlement Agreement" und die "Declaration of misconduct" sofort und ohne Absprache mit einem Anwalt zu unterzeichnen (Urk. 1 Rz 12; Urk. 33 Rz 3, 29; Prot. I S. 32f.). Stattdessen bot er den Verantwortlichen der Beklagten an, zu ihm nach Hause zu gehen, damit die Beklagte dort ihre Daten sicherstellen könne. Auf diesen Vorschlag ging die Beklagte ein. In der Folge wurde am Wohnort des Klägers der Computer vom IT Spezialisten der Beklagten durchsucht, die vorgefundenen Daten gelöscht, ein USB-Stick mit weiteren Daten sichergestellt (Urk. 1 Rz 13; Urk. 33 Rz 3) und der Kläger gab unbestrittenermassen mündlich die Erklärung ab, alle Daten zurückgegeben zu haben und diese nicht unrechtmässig zu verwenden (Urk. 33 Rz 48; Prot. I S. 25f., 28f.).

2.4 Mit Einschreiben vom 11. Februar 2011 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos. Im Kündigungsschreiben anerkannte die Be-

klagte, dass der Kläger ihr nach Entdeckung der Datenspeicherung erlaubt habe, die Daten bei ihm zuhause zu sichten und zu behändigen, hielt jedoch dafür, dass das Herunterladen der Daten eine so schwere Vertragsverletzung darstelle, dass man das Arbeitsverhältnis fristlos kündigen müsse (Urk. 3/9). Der Kläger hält die fristlose Entlassung für ungerechtfertigt.

3.1 Er erhob daher beim Arbeitsgericht Zürich mit Eingabe vom 14. September 2011 Klage mit dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren. Nach Eingang des Kostenvorschusses, durchgeführtem Schriftenwechsel, einer Instruktionsverhandlung und der Durchführung der Hauptverhandlung wies dieses seine Klage jedoch mit Urteil vom 25. Juni 2013 ab (Prot. I S. 3ff.; Urk. 7; Urk. 40 S. 16).

3.2 Dagegen reichte der Kläger mit Eingabe vom 29. August 2013 unter Beachtung von Frist und Form gemäss Art. 311 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) Berufung ein (Urk. 38/1; Urk. 39; Art. 405 ZPO). Das Berufungsverfahren wurde in der Folge nach den Art. 312 ff. ZPO durchgeführt (vgl. Prot. II S. 2ff.). Der dem Kläger mit Verfügung vom 6. September 2013 auferlegte Kostenvorschuss (Urk. 43) ging am 20. September 2013 ein (Urk. 44). In der Folge wurde der Beklagten mit Verfügung vom 24. September 2013 Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 45). Diese ging am 29. Oktober 2013 beim Obergericht ein (Urk. 46).

4. Das Verfahren ist spruchreif; der Entscheid ist aufgrund der Akten ohne Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels bzw. einer Berufungsverhandlung zu fällen (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

## II.

1. Die Vorinstanz hält im angefochtenen Urteil dafür, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte rechtzeitig erfolgt und gerechtfertigt gewesen sei. In zeitlicher Hinsicht sei bei der fristlosen Entlassung eine umgehende Reaktion auf die kündigungsauslösende Handlung unerlässlich, wobei juristischen Personen aufgrund des verlängerten Willensbildungsprozesses bis zu einer Wo-

che Reaktionszeit zugestanden werde. Erfolge keine solche Reaktion in angemessener Frist, werde davon ausgegangen, dass keine wirkliche Unzumutbarkeit vorliege und auf eine Kündigung verzichtet werde. Im vorliegenden Fall sei die Beklagte am Freitag, 4. Februar 2011, über die erhöhte Server-Aktivität auf dem Computer informiert worden. In der Folge hätten diverse Sitzungen der Geschäftsleitung und auch mit den Rechtsvertretern der Beklagten stattgefunden, wobei man das weitere Vorgehen diskutiert habe. Als der Kläger am 9. Februar 2011 zur Beklagten bestellt worden sei, seine Sicht des Vorfalls geschildert und anschliessend die Daten bei ihm zu Hause sichergestellt worden seien, habe die Beklagte Kenntnis über den Inhalt der Daten erhalten und hätte umgehend reagieren können. Die fristlose Entlassung zwei Tage später, am 11. Februar 2011, sei aber dennoch rechtzeitig erfolgt, da der Beklagten als juristischer Person eine verlängerte Reaktionszeit eingeräumt werden müsse. Zudem seien nur sieben Tage seit der Feststellung des Downloads von Daten der Beklagten durch den Kläger bzw. zwei Tage seit der genauen Kenntnis, um was für Daten es sich handle und der fristlosen Entlassung des Klägers vergangen. Sie sei somit umgehend und nicht verspätet erfolgt. An diesem Ergebnis könnte auch das Vorbringen des Klägers nichts ändern, die Beklagte habe widersprüchliche Angaben bezüglich der Daten gemacht, indem sie angebe, nicht gewusst zu haben, um was für Daten es sich bei den heruntergeladenen Daten gehandelt habe, in der "Declaration of misconduct" aber von einer "large Quantity of Data" spreche. Es sei klar ersichtlich, so die Vorinstanz, dass die Beklagte vor der Sicherstellung der Daten wohl über den Umfang der heruntergeladenen Daten Bescheid gewusst habe, nicht jedoch über deren Inhalt. Erst als sie gewusst habe, um was für Daten es sich gehandelt habe, sei der Beklagten das Ausmass des Vertrauensbruchs und die Schwere des Vergehens des Klägers bewusst geworden und habe sie reagieren können. Zusammenfassend könne gesagt werden, dass sich das Aussprechen der fristlosen Kündigung zwar an der Grenze des zeitlich Zulässigen befindet, sieben Tage Zuwarten aber unter den konkreten Umständen gerade noch als umgehende Reaktion gewertet werden könne und die fristlose Kündigung daher rechtzeitig ausgesprochen worden sei (Urk. 40 S. 7ff.). Zum Kündigungsgrund erwog die Vorinstanz sodann, dass aufgrund des Umstandes, dass das Arbeits-

verhältnis bereits ordentlich gekündigt gewesen sei, erhöhte Anforderungen an die fristlose Entlassung zu stellen seien. Unbestritten sei, dass der Kläger Daten der Beklagten heruntergeladen habe. Der Kläger habe sodann ausführen lassen, dass sich auf dem USB-Stick verschiedene Fotos und Videos befunden hätten, darunter auch Aufnahmen von Schadensfällen wie Brände/Explosionen und Risikobesuche. Zudem habe er Salärlisten nicht nur von seinen Teammitgliedern sondern auch von sämtlichen "Underwritern" und "Regional Heads" aller Industriesektoren kopiert. Ausserdem habe er zugegeben, dass er Daten aus den anderen Bereichen kopiert habe. Auch habe er eingeräumt, sich gut vorstellen zu können, dass er auch Dateien aus dem Jahr 2005 heruntergeladen habe. Es müsse somit als erstellt gelten, dass es sich bei den heruntergeladenen Dateien zumindest zum Teil um sensible Daten der Beklagten gehandelt habe. Weshalb der Kläger diese Daten auch noch nach Verlassen der Beklagten benötigt habe, sei nicht ersichtlich. Selbst wenn er für allfällige Auskünfte die Daten seines Sektors gebraucht hätte, so hätte er die Daten der anderen beiden Bereiche nicht benötigt, um diese Auskünfte zu geben (Urk. 40 S. 9f.). Das Herunterladen von sensiblen Daten stelle sodann eine Pflichtverletzung dar und zwar selbst dann, wenn davon ausgegangen werde, dass der Kläger angenommen habe, dass er die Daten bis zum Ende der Freistellungszeit für allfällige Rückfragen benötige. Jede Vertragspartei habe auf den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses alles herauszugeben, was sie von der anderen Partei für dessen Dauer erhalten habe. Die Rückgabepflicht wirke bei der Freistellung in der Regel auf den Zeitpunkt der Freistellungserklärung vor, vorliegend also auf den 4. Februar 2011. Selbst wenn der Kläger also die Daten während seiner Anstellung und auf seinen Dienstreisen bei sich gehabt habe, so hätte er diese im Zeitpunkt der Kündigung und anschliessenden Freistellung, also während gekündigtem Arbeitsverhältnis, nicht mehr herunterladen dürfen. Sollten seitens des Klägers Unsicherheiten darüber bestanden habe, wie sich seine Auskünfte der Beklagten gegenüber gestalten würden bzw. welche Daten er für die Rückfragen benötige und welche nicht, habe die Beklagte nach Treu und Glauben vom Kläger, welcher als Bereichsleiter des Sektors "... " eine Stellung mit hoher Verantwortung inne gehabt habe, erwarten können, dass letzterer nachfragen würde. Eine einfache Auskunft hätte ge-

nügt, um die Unklarheiten aus der Welt zu schaffen. Zudem habe die Beklagte darauf vertrauen dürfen, dass keine Daten mitgenommen würden. Die Behauptung des Klägers, er sei beim Herunterladen der Daten unter Zeitdruck gestanden, verfange nicht. Der Beklagte habe vier Tage Zeit gehabt, um sein Büro zu räumen. Innert dieser vier Tage hätte er genügend Zeit gehabt, die Daten genau zu sichten und nur das herunterzuladen, was ihn tatsächlich persönlich betroffen habe. Statt die vier Tage auszunützen, habe er das Büro spätestens am dritten Tag endgültig verlassen. Seine Behauptung, er habe so gehandelt, weil er unter Druck gesetzt worden sei und eine unangenehme Atmosphäre geherrscht habe, überzeuge nicht. Sowohl die Veranlassung zur Räumung des Büros innert vier Tagen als auch die Mitteilung seitens der Beklagten, sich für allfällige Fragen zur Verfügung zu stellen, seien am 31. Januar 2011 besprochen worden. Es sei nicht nachvollziehbar, dass der Kläger einen so unangenehmen Druck seitens der Beklagten verspürt habe, dass er die Daten nicht die vollen vier Tage habe sichten können, gleichzeitig aber - wie er ebenfalls ausgeführt habe - ein gutes, vertrauensvolles Verhältnis zwischen ihm und der Beklagten wahrgenommen habe, so dass er bezüglich der Datenmitnahme nicht nachgefragt habe (Urk. 40 S. 13f.). Die Rückgabe der Daten habe sodann das Herunterladen derselben nicht ungeschehen gemacht und führe nicht dazu, dass eine Pflichtverletzung seitens des Klägers weniger schwer wiege (Urk. 40 S. 10). Vielmehr sei davon auszugehen, dass der Umstand, dass er teils sehr sensible Daten kopiert und zu sich nach Hause genommen habe, es der Beklagten nach Treu und Glauben nicht mehr möglich gemacht habe, das Arbeitsverhältnis weiter aufrecht zu erhalten, weshalb die fristlose Kündigung gerechtfertigt gewesen sei (Urk. 40 S. 15).

2.1 Der Kläger hält zur Begründung seiner Berufung kurz zusammengefasst fest, dass das Urteil der Vorinstanz auf einem unter Verletzung von Verfahrensgrundsätzen falsch festgestellten Sachverhalt und einer unrichtigen Anwendung des Rechts betreffend die Anforderungen an eine fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses beruhe (Urk. 39 Rz 3). Die Beklagte habe die Kündigung nicht rechtzeitig ausgesprochen bzw. müsse sich auf ihrer ersten Reaktion behaften lassen und eine Pflichtverletzung, die so schwer sei, dass sie eine fristlose Kündigung jedenfalls bei bereits ordentlich gekündigtem Arbeitsverhältnis rechtfertigen

könne, liege nicht vor bzw. sei nicht erstellt (Urk. 39 Rz 4ff., 16ff., 30), weshalb die Klage gutzuheissen sei. Er hält damit an seinem bereits vor Vorinstanz eingenommenen Standpunkt fest.

2.2 Da er gemäss Personalreglement verpflichtet gewesen sei, Daten bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses an die Beklagte zurückzugeben und das Arbeitsverhältnis gemäss Auflösungsvereinbarung erst am 31. Juli 2011 geendet habe, könne die Speicherung der Daten am 1. oder 2. Februar 2011 für sich allein noch keine relevante Pflichtverletzung sein. Sicher wäre eine Vertragsverletzung aber nicht als so schwer zu beurteilen, dass sie ohne vorherige Verwarnung eine fristlose Kündigung rechtfertigen würde. Dies insbesondere deshalb, weil er sich während der Freistellung für Auskünfte habe zur Verfügung halten müssen und es sich bei den Daten zum grössten Teil um für die Beklagte völlig unproblematische Fotos und öffentlich zugängliche bzw. allen Mitbewerbern bekannte Informationen oder aber - mit Ausnahme der Salärliste, die mit einem lediglich ein bis zwei Tage gültigen Passwort geschützt gewesen sei - um solche Daten gehandelt habe, die zumindest jedem Mitarbeiter gleich zu Beginn der Probezeit frei zugänglich gewesen seien bzw. von ihm selber erarbeitet und ihm daher von vornherein bekannt gewesen seien, gehandelt habe (Urk. 1 Rz 25f.; Urk. 33 Rz 27ff., 34ff.; Urk. 39 Rz 21ff.). Ein Schädigungspotential habe zu keinem Zeitpunkt bestanden. Auch habe er der Beklagten nicht schaden wollen. Es sei ihm nicht darum gegangen, an angeblich geheime Informationen zu gelangen (Urk. 33 Rz 42, 44). Er habe für das zeitaufwändige Selektionieren einzelner Daten schlicht keine Zeit gehabt, habe mangels Zugangs zu Büro- und IT-Infrastruktur aber über Daten verfügen müssen, um der Beklagten während der Freistellungszeit die von ihr erwünschten Auskünfte erteilen zu können (Urk. 1 Rz 10). Dass der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Bekanntwerden des angeblichen Fehlverhaltens des Klägers am 4. Februar 2011 selber gar nicht unzumutbar erschienen sei, werde durch die Tatsache belegt, dass ihm am 9. Februar 2011 eine offensichtlich vom Rechtsvertreter der Beklagten verfasste Vereinbarung vorgelegt worden sei, wonach das Arbeitsverhältnis statt per 31. Juli 2011 neu per 30. April 2011 hätte beendet werden sollen (Urk. 1 Rz 23f.; Urk. 33 Rz 4; Urk. 39 Rz 7ff.). Die Beklagte habe sich für eine Abänderung der Vereinbarung und gegen eine fristlose Kün-

digung entschieden und sie habe zudem die volle Kooperation des Klägers angenommen, mit welcher die Situation objektiv vollständig bereinigt worden sei. Bei dieser ersten Reaktion nach dem Entdecken des angeblichen Fehlverhaltens habe sie sich behaften zu lassen (Urk. 1 Rz 20; Urk. 33 Rz 4, 47; Urk. 39 Rz 16ff., 34). Die Beklagte habe die fristlose Kündigung letztlich offensichtlich deshalb gewählt, weil er seine Zustimmung zu einer für die Beklagte günstigeren (zweiten) Aufhebungsvereinbarung, welche eine kürzere Kündigungsfrist und ein Schuldgeständnis enthalten habe, verweigert habe (Urk. 1 Rz 24) bzw. um ein abschreckendes Exempel zu statuieren (Urk. 33 Rz 50). Die fristlose Entlassung stelle damit eine ungerechtfertigte Strafaktion ihm gegenüber dar (Urk. 1 Rz 24). Da die fristlose Entlassung damit ungerechtfertigt gewesen sei, sei er von der Beklagten daher in Anwendung von Art. 337c Abs. 1 OR so zu stellen, wie es die Aufhebungsvereinbarung vom 31. Januar 2011 vorgesehen habe. Ausserdem sei die Beklagte zu verpflichten, ihm eine Pönalentschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR in der Höhe von drei Monatslöhnen zu bezahlen (Urk. 1 Rz 29f.; Urk. 33 Rz 53; Urk. 39 Rz 35f.).

3. Die Beklagte hält dagegen das ihren Standpunkt im Wesentlichen schützende Urteil der Vorinstanz in der Argumentation und im Ergebnis mit wenigen Präzisierungen und Ergänzungen für richtig (Urk. 46). Der Kläger habe mit dem Herunterladen von geschäftsbezogenen Daten der Beklagten eine schwere Vertragsverletzung begangen, die die fristlose Entlassung gerechtfertigt habe. Der Kläger habe äusserst umfangreiche Daten aus allen Bereichen der Beklagten kopiert. Bei über 80% der heruntergeladenen Daten habe es sich um solche gehandelt, die nur für die Mitarbeiter der Beklagten zugänglich und damit nicht öffentlich gewesen seien und bei denen es sich teilweise um absolute Geschäftsgeheimnisse der Beklagten und auch um sensible Informationen gehandelt habe, die der Kläger beim Aufbau eines eigenen Geschäfts oder im Interesse eines neuen Arbeitgebers zum Nachteil der Beklagten hätte gebrauchen können (Urk. 18 S. Rz 35ff.; Urk. 35 Rz 16f.; Urk. 46 Rz 10, 40ff., 67ff.). Der Kläger habe die Daten heimlich und gezielt kopiert, um sie für seine eigenen Zwecke zu nutzen (Urk. 18 Rz 41). Die strenge Frist von zwei bis drei Arbeitstagen zur Erklärung der fristlosen Kündigung habe die Beklagte mit der Erklärung vom 11. Februar 2011 eingehalten,

da sie erst im Verlauf des 9. Februars 2011 anlässlich der Sichtung und Löschung der Daten beim Kläger zuhause sichere und vollständige Kenntnis vom Grund für die fristlose Entlassung erhalten habe. Vor der Untersuchung beim Kläger zu Hause habe sie zwar das ungefähre Ausmass des Downloads gekannt, aber nur sehr grobe Kenntnis vom Inhalt der kopierten Daten gehabt. Beim Löschen der Daten sei sie äusserst überrascht bzw. schockiert gewesen, dass der Kläger neben vielen anderen sensiblen Daten auch Salärlisten und Mitarbeiterbeurteilungen der Beklagten kopiert gehabt habe (Urk. 18 Rz 30, 68; Urk. 35 Rz 15ff.; Urk. 46 Rz 25, 27ff.). Zudem habe die Beklagte bei dieser Gelegenheit davon Kenntnis erhalten, dass der Kläger beabsichtige, ein eigenes Geschäft aufzubauen (Urk. 18 Rz 31f.; Urk. 35 Rz 15). Für den Fall, dass davon ausgegangen werde, dass sie bereits am 4. Februar 2011 volle und sichere Kenntnis des wichtigen Grundes gehabt habe, sei ihr als juristischer Person eine längere Reaktionsfrist zuzugestehen (Urk. 18 Rz 70; Urk. 46 Rz 25). Da die fristlose Kündigung somit gerechtfertigt gewesen sei, schulde sie dem Kläger nichts. Falls das Gericht zum Schluss käme, die fristlose Kündigung sei nicht ohne Verzug erfolgt, sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte zwar Anlass zur fristlosen Kündigung gehabt habe, dieses Recht aber infolge zu langen Zuwartens verwirkt habe. Unter diesen Umständen würde sie daher nur ein leichtes Verschulden treffen, während der Kläger durch sein grob verschuldetes Verhalten den Auslöser für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gesetzt habe, weshalb davon abzusehen sei, die Beklagte zur Leistung einer Entschädigung und/oder einer Pönalentschädigung zu verpflichten (Urk. 18 Rz 74, 78; Urk. 46 Rz 62). Wenn dem Kläger dennoch eine Entschädigung zuzusprechen wäre, hätte er maximal Anspruch auf Ersatz dessen, was er bei ordentlicher Kündigung erhalten hätte; die Verlängerung der Kündigungsfrist durch die Auflösungsvereinbarung vom 31. Januar 2011 sei nicht massgebend, da es sich um ein freiwilliges Entgegenkommen der Beklagten gehandelt habe (Urk. 35 Rz 8, 46f; Urk. 46 Rz 60, 63). Dementsprechend stünde ihm nur ein Schadenersatz seit der Einstellung der Lohnzahlung ab dem 11. Februar 2011 bis Ende Mai 2011 oder Fr. 84'296.40 zu (Urk. 18 Rz 75f.; Urk. 46 Rz 64).

4. Auf diese und weitere Ausführungen der Parteien wird nachfolgend, soweit für die Entscheidungsfindung notwendig, im Einzelnen einzugehen sein.

### III.

1.1 Der Arbeitgeber kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Arbeitgeber nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin oder Ablauf des befristeten Vertrags nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 1 und 2 OR). Das ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur bei besonders schweren Verfehlungen des Vertragspartners der Fall, während bei leichteren oder mittleren Vertragsverletzungen der wichtige Grund nur vorliegt, wenn diese trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sind. Ob die Voraussetzung des wichtigen Grundes erfüllt ist, entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere von der Stellung und Verantwortung des Arbeitnehmers, der Natur und Dauer des Arbeitsverhältnisses, der Art, Häufigkeit und Schwere der Vertragsstörungen und einer allfällig vorausgegangenen Verwarnung. Dabei ist im Auge zu behalten, dass die fristlose Auflösung ein Notventil und als solches stets zurückhaltend zu handhaben ist (vgl. BGE 130 III 28; BGE 129 III 380).

1.2 Um als wichtiger Grund die fristlose Auflösung eines Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen, müssen die Verfehlungen des Arbeitnehmers einerseits objektiv geeignet sein, das gegenseitige Vertrauen zu zerstören oder schwer zu erschüttern, und andererseits tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des Vertrauens geführt haben (BGE 116 II 144; BGE 127 III 313; BGE 129 III 380). Die objektive Wichtigkeit des vom Arbeitgeber für eine fristlose Entlassung angerufenen Grundes vorausgesetzt, hängt es damit letztlich von der Beurteilung durch den Arbeitgeber ab, ob er die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der Umstände als noch zumutbar erachtet oder nicht. Diese Beurteilung findet ihren Ausdruck in seiner Reaktion auf die Verfehlung des Arbeitnehmers. Die fristlose Kündigung muss daher umgehend erklärt werden (BGE 4A\_238/2007). Damit ist zwar nicht eine augenblickliche Reaktion gemeint, aber ein Handeln innert angemessener Frist nach dem Treffen der erforderlichen Abklärungen. Das Bundesgericht ist streng und gesteht dem Kündigenden in der

Regel zwei bis drei Arbeitstage zu. Ein Hinauszögern über diese Zeitspanne hinaus, die zum Nachdenken und Einholen von Rechtsauskünften dienen soll, gesteht das Bundesgericht nur zu, wenn es mit Rücksicht auf die praktischen Erfordernisse des Alltags- und Wirtschaftslebens verständlich und berechtigt erscheint. Muss der Kündigungsentscheid etwa von einem Gremium in einer gemeinsamen Sitzung getroffen werden, kann sich die angemessene Reaktionsfrist auf bis zu einer Woche verlängern (BGE 130 III 28; BGE 93 II 18). Reagiert der Kündigende nicht rasch genug, nimmt die Rechtsprechung an, das Einhalten der ordentlichen Kündigungsfrist sei für ihn subjektiv zumutbar bzw. es liege nicht wirklich eine Unzumutbarkeit vor (BGE 4A\_238/2007; BGE 127 III 310). Verzichtet der Kündigende in einer ersten Reaktion auf ein Ereignis auf eine fristlose Entlassung, hat er sich auch dabei behaften zu lassen (vgl. BGE 123 III 86; BGer JAR 1998 S. 234; BGer JAR 2002 S. 262).

2.1 Gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Regelung darf der Arbeitnehmer geheim zu haltende Tatsachen, von denen er im Dienst des Arbeitgebers Kenntnis erlangt, während des Arbeitsverhältnisses nicht zum eigenen Vorteil verwerten oder anderen mitteilen und bleibt auch nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist (Art. 321a Abs. 4 OR). Darüber hinaus ist der Zugriff auf und der Umgang mit geschäftsbezogenen Daten durch den Arbeitnehmer im Arbeitsvertragsrecht nicht ausdrücklich geregelt. Der Arbeitnehmer hat die ihm übertragene Arbeit aber grundsätzlich sorgfältig auszuführen und dabei die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren (Art. 321a Abs. 1 OR). Daraus folgt, dass grundsätzlich jedes Zugreifen auf nicht öffentlich zugängliche geschäftsbezogene Daten des Arbeitgebers ohne konkreten Bezug zur vertraglich geschuldeten Tätigkeit eine Vertragsverletzung darstellt, es sei denn, der Arbeitgeber erlaube oder dulde dies. Von der gesetzlichen Regelung abweichende vertragliche Regelungen zwischen den Parteien bestehen keine. Die Geheimhaltungsklausel gemäss Ziffer 6 des Arbeitsvertrages (Urk. 3/4; Urk. 18 Rz 61), an welche in der Aufhebungsvereinbarung explizit erinnert wird (Urk. 3/7; Urk. 18 Rz 61), und Ziffer III. 7. des Personalreglements (Urk. 3/6; Urk. 18 Rz 62f.), welche die vertragliche Geheimhaltungsklausel konkretisiert (Urk.

3/6), entsprechen inhaltlich Art. 321a Abs. 4 OR i.v.m. Art. 321a Abs. 1 OR. Der Beklagten ist mithin zu folgen, wenn sie davon ausgeht, dass jede Verwendung von Daten durch einen ihrer Angestellten durch einen geschäftlichen Zweck gerechtfertigt sein müsse (Urk. 18 Rz 63). Zu weit geht dagegen ihre Auffassung, die vertragliche Geheimhaltungsklausel in Verbindung mit Ziffer III. 7. des Personalreglements statuiere ein Verbot, Daten (ohne ihr Wissen) aus den Büroräumlichkeiten zu entfernen (vgl. Urk. 18 Rz 63, 109). Das Mitführen gewisser Daten auf Geschäftsreisen oder zu auswärtigen Kundentreffen wird regelmässig im Interesse des Arbeitgebers liegen. Auch die Beklagte geht davon aus, dass das Mitführen von Daten auf Geschäftsreisen zu geschäftlichen Zwecken mit den vertraglichen Verpflichtungen eines Mitarbeiters grundsätzlich vereinbar ist (Urk. 18 Rz 63, 109; Prot I S. 25f. [Zu Rz. 28]; Urk. 46 Rz 47). Die Formulierung im Personalreglement, Daten dürften nicht ausserhalb der Beklagten angeeignet oder verwendet werden, kann daher in guten Treuen nicht so verstanden werden, dass deren Nutzung auf die Geschäftsräumlichkeiten der Beklagten beschränkt wäre.

2.2 Vor diesem Hintergrund ist ohne weiteres davon auszugehen, dass der freigestellte Kläger durch das im Grundsatz eingestandene Kopieren von nicht öffentlich zugänglichen Daten auf Vorrat, eine Vertragsverletzung beging, zumal er nicht behauptet, dass die Beklagte in anderen Fällen das Zugreifen auf geschäftsbezogene Daten ohne jeden konkreten Bezug zur vertraglich geschuldeten Tätigkeit erlaubt oder dieses bewusst geduldet hätte. Über die Schwere der Vertragsverletzung ist damit allerdings noch nichts gesagt. Diese hängt entscheidend vom Inhalt und der Masse der betroffenen Daten sowie den weiteren Umständen des Einzelfalls ab. Soweit es sich beim vertragswidrigen Umgang mit Daten um eine Angelegenheit handelt, die diskret gehandhabt werden kann, die also weder den Ruf noch den Betriebsfrieden negativ beeinflusst, dürfte sie ohne vorgängige Verwarnung eine fristlose Entlassung dabei in der Regel nur rechtfertigen, wenn von einer geschäftsschädigenden Absicht des Arbeitnehmers auszugehen ist.

2.3.1 Was die Menge und den Inhalt bzw. die Sensibilität der betroffenen Daten betrifft, sind sich die Parteien nicht einig. Die Behauptung der Beklagten, der Kläger habe eine enorme Anzahl Daten kopiert, bei denen es sich teilweise um abso-

lut zentrale Dokumente von hoher Geheimhaltung bzw. um solche gehandelt habe, die er beim Aufbau eines eigenen Geschäfts hätte gebrauchen oder die in den Händen eines Konkurrenten grossen, ja existenziellen Schaden hätten anrichten können (vgl. Urk. 18 Rz 35ff.), ist seitens des Klägers bestritten. Er bezeichnet die Ausführungen der Beklagten über die Datenmenge als dramatisierend. Ihre Behauptungen zur Qualität und Bedeutung der nicht öffentlich zugänglichen Daten seien übertrieben und berücksichtigten auch nicht, dass die Datensätze teilweise sein eigenes Wissen abgebildet bzw. Informationen enthalten hätten, die den Mitbewerbern bestens bekannt seien (Urk. 33 Rz 34ff.). Aus den Zugaben des Klägers im Rahmen der (formlosen) Befragung vor Vorinstanz, ergibt sich sodann einzig, dass er die Salärlisten des eigenen Teams und möglicherweise auch die weiterer Mitarbeiter sowie Daten, an welchen er in den zwei Monaten vor der Freistellung gearbeitet hatte, und Planungsvorlagen aus anderen Bereichen kopierte. Auch gestand er ein, dass es gut möglich sei, dass er auch Daten aus dem Jahr 2005 kopiert habe. Die Saläre seines eigenen Teams habe er aber gekannt. Auf die Salärlisten teamfremder Mitarbeiter habe er aufgrund eines Passwort-schutzes nicht zugreifen können und die Planungsdaten aus anderen Bereichen hätten gemäss einer Vorgabe des Managements als Vorlage für die Planung in seinem Bereich gedient (Prot. I S. 11, 13f., 34). Ein Beweisverfahren zum umstrittenen Inhalt bzw. der umstrittenen Sensibilität der betroffenen Daten hat die Vorinstanz - worauf der Kläger zu Recht hinweist (Urk. 39 Rz 23) - nicht durchgeführt.

2.3.2 Die von der Beklagten behauptete und vom Kläger bestrittene böse Absicht beim Datendownload lässt sich als innere Tatsache mangels einer Zugabe des Klägers lediglich durch Folgerungen aus seinem äusseren Verhalten oder anhand der Umstände beweisen. Die Beklagte schießt denn auch aus dem Vorgehen, welches sie als heimlich und zielgerichtet beschreibt, sowie aus dem Umfang und der Art der kopierten Daten auf die behauptete böse Absicht des Klägers. Die ihrer Einschätzung zugrunde liegenden Tatsachen werden vom Kläger jedoch weitgehend bestritten. Insbesondere ist - wie erwogen - Umfang und Art bzw. Sensibilität der kopierten Daten umstritten. Keine Einigkeit herrscht auch bezüglich der Frage, ob der Kläger am zweiten Tag weitere Daten kopierte (Urk 18 Rz 35) oder

ob er am zweiten Tag lediglich den abgebrochenen Kopiervorgang vom Vortag wiederholte (Urk. 33 Rz 34). Unbestritten sind hingegen diejenigen Tatsachen, auf welche der Kläger zu seiner Entlastung verweist. Dazu gehört der Umstand, dass die dem Kläger erteilte Weisung, sich für Rückfragen zur Verfügung zu halten, "generell formuliert" bzw. "ganz breit gefasst" war (Prot. I S. 14; Urk. 33 Rz 25). Fest steht sodann, dass der Kläger, als er erstmals mit dem Vorwurf der Beklagten konfrontiert wurde, umgehend jede böse Absicht von sich wies bzw. seine Unschuld beteuerte und sich keiner Schuld bewusst war (Urk. 18 Rz 34) und den Verantwortlichen der Beklagten anbot, ihre Daten bei ihm zuhause sicherzustellen. Ausserdem gab er unbestrittenermassen mündlich die Erklärung ab, alle Daten zurückgegeben zu haben und diese nicht unrechtmässig zu verwenden (Urk. 33 S. 15, 24; Prot. I S. 25f., 28f.).

2.3.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Kläger mit dem Kopieren der Daten eine Vertragsverletzung beging. Ob diese objektiv so schwer wiegt, dass sei eine fristlose Entlassung rechtfertigen könnte, ist dagegen offen und kann - wie im Folgenden zu zeigen ist - auch offen bleiben, da sie jedenfalls subjektiv für die Beklagte nicht das Gewicht eines wichtigen Grundes hatte.

3.1 Der von der Beklagten angerufene wichtige Grund für die fristlose Entlassung wurde vom Kläger am 1. und 2. Februar 2011 gesetzt. Die IT-Abteilung der Beklagten bemerkte anlässlich der wöchentlichen Backup-Sicherung am Freitag, 4. Februar 2011, eine erhöhte Server-Aktivität am Arbeitsplatz des Klägers. Sie informierte die Geschäftsleitung umgehend darüber. Die Geschäftsleitung entschied sich dann am 7./8. Februar 2011, dem Kläger als Reaktion auf den festgestellten Datendownload mit dem "Settlement Agreement" eine Vereinbarung zur Unterzeichnung zu unterbreiten, welche eine gegenüber der Aufhebungsvereinbarung vom 31. Januar 2011 abgekürzte Kündigungsfrist vorsah. Daraus ist mit dem Kläger zu schliessen, dass die Beklagte die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses am 7./8. Februar 2011 immer noch für zumutbar hielt. Dem widerspricht auch die Beklagte nicht. Vielmehr hält sie ausdrücklich fest, dass sie zunächst bereit gewesen sei, den Kläger trotz seines groben Fehlverhaltens als Arbeitnehmer weiterhin zu tolerieren, weshalb sie diesem das "Settlement Agreement" und die

"Declaration of misconduct" zur Unterzeichnung unterbreitet habe. Ihren Entscheidung für eine fristlose Entlassung des Klägers begründet sie mit den Vorkommnissen vom 9. Februar 2011 bzw. den daraus gewonnenen Erkenntnissen. Namentlich verweist sie darauf, dass sie erst mit der Untersuchung beim Kläger zuhause genaue Kenntnis über Umfang und Inhalt der kopierten Daten erhalten und von den Plänen des Klägers erfahren habe, sich selbständig zu machen und hält dem Kläger im Sinne eines erschwerenden Umstands seine Weigerung vor, die "Declaration of misconduct" zu unterzeichnen (Urk. 18 Rz 46f., 69; Urk. 35 Rz 19ff.; Prot. I S. 29; Urk. 46 Rz 9, 17ff.). Falls davon ausgegangen würde, dass sie bereits am 4. Februar 2011 vollständige und sichere Kenntnis des wichtigen Grundes für eine gerechtfertigte fristlose Kündigung gehabt habe, sei ihr als juristischer Person eine verlängerte Reaktionsfrist zuzubilligen, die mit der am 11. Februar 2011 beschlossenen und dem Kläger kommunizierten fristlosen Entlassung eingehalten worden sei (Urk. 18 Rz. 70; Urk. 46 Rz 25).

3.2 Die Vorinstanz folgte der Argumentation der Beklagten teilweise. Zwar hielt sie fest, dass die Beklagte bereits vor der Sicherstellung der Daten über den Umfang der heruntergeladenen Daten Bescheid gewusst habe. Über den Inhalt der Daten habe sie aber erst durch die Sicherstellung der Daten beim Kläger am 9. Februar 2011 Kenntnis erhalten. Erst zu diesem Zeitpunkt sei ihr das Ausmass des Vertrauensbruchs und die Schwere des Vergehens des Klägers bewusst geworden und habe sie reagieren können (Urk. 40 S. 8). Das überzeugt - wie der Kläger zu Recht geltend macht (Urk. 39 Rz 6ff.) - nicht. Die Beklagte stellte nach eigener Darstellung am 4. Februar 2011 fest, dass der Kläger eine bereits nach ihrer damaligen Bewertung enorme Anzahl offenbar höchst sensibler Daten kopiert hatte (Urk. 18 Rz 23). Die entsprechende Mitteilung der IT-Abteilung versetzte die Geschäftsleitung der Beklagten in Alarmstimmung. Die Besorgnis, der Kläger könnte die nicht für die Öffentlichkeit und die Konkurrenz bestimmten Daten missbrauchen, war immens (Urk. 18 Rz 23). Die Beklagte befürchtete durch die Entwendung der Daten mit vertraulichen Informationen Schaden (Urk. 18 Rz 24; vgl. auch Urk. 46 Rz 53). Daraus ergibt sich unzweifelhaft, dass die Geschäftsleitung der Beklagten ihrer Entscheidung vom 7. Februar 2011 die Vorstellung zugrunde legte, dass im schlimmsten Fall ein gezielter, umfangreicher Datenmiss-

brauch mit hohem Schädigungspotential vorliege. Eine genauere Abklärung des Sachverhaltes (Datenmenge, Dateninhalt, Absicht des Klägers) als ersten Schritt sah das damals definierte Vorgehen nicht vor. Vielmehr sollte dem Kläger nach der Eröffnung des Vorwurfs, in unzulässiger und vertragswidriger Weise zahlreiche Daten kopiert zu haben, die "Declaration of misconduct" und das "Settlement Agreement" zur Unterschrift vorgelegt werden. Ob die Beklagte auf eine genauere Abklärung des Sachverhaltes verzichtete, weil sie den Inhalt der vom Kläger kopierten Daten im Einzelnen aufgrund interner Auswertungen bereits kannte oder ob sie die Entscheidung über das Vorgehen gegen den Kläger in bewusster Unkenntnis desselben traf, ist dabei unerheblich. Entscheidend ist, dass sie bereits am 7. Februar 2011 von der gleichen, schweren Vertragsverletzung ausging, die sie der fristlosen Kündigung zugrunde legte und die sie dem Kläger bis heute vorwirft. Vor diesem Hintergrund können die im Rahmen der Sichtung der Daten beim Kläger am 9. Februar 2011 gewonnenen Erkenntnisse die Beklagte bestenfalls in ihrem Verdacht bestärkt haben. Grundlage für einen weitergehenden Vorwurf gegen den Beklagten bildeten sie dagegen nicht. Die Weigerung des Klägers, die "Declaration of misconduct" sofort zu unterzeichnen, stellt sodann keine zusätzliche Illoyalität bzw. Vertragsverletzung dar, zumal der Kläger mit seiner Unterschrift unter das vorbereitete Dokument - entgegen dem von der Beklagten teilweise erweckten Eindruck (vgl. Urk. 18 Rz 46; Urk. 35 Rz 18; Urk. 46 Rz 19) - nicht nur seine Bindung an die Geheimhaltungspflicht bestätigt, sondern auch ein von ihm bestrittenes Fehlverhalten anerkannt hätte (vgl. Urk. 21/6), wozu er nicht verpflichtet war. Die Nichtunterzeichnung der "Declaration of misconduct" änderte also objektiv nichts am Mass der Treulosigkeit, die die Beklagte dem Kläger seit dem 7./8. Februar 2011 bis heute im Zusammenhang mit dem Datendownload vom 1./2. Februar 2011 vorwirft. Am 9. Februar 2011 passierte mithin nichts, was eine Neuurteilung des am 4. Februar 2011 entdeckten Verhaltens des Klägers durch die Beklagte rechtfertigte.

3.3 Daraus folgt, dass die Reaktionsfrist für die Beklagte am 4. Februar 2011 zu laufen begann. Die Entscheidungsträger der Beklagten einigten sich in der Folge bis spätestens am 8. Februar 2011 oder innert zwei bis drei Arbeitstagen nach einer Konsultation mit Rechtsanwälten auf ein Vorgehen im Fall des Klägers. Die

Willensbildung war bei der Beklagten ungeachtet ihrer Organisationsform als juristische Gesellschaft mithin auf kurzem Weg und rasch möglich. Der Kläger stellt sich deshalb zu Recht auf den Standpunkt, dass die Beklagte sich nicht unter Hinweis darauf, dass sie eine juristische Person sei, auf eine Verlängerung der Frist zur Erklärung der fristlosen Kündigung bis am 11. Februar 2011 berufen könne. Die am 11. Februar 2011 erklärte fristlose Entlassung des Klägers erfolgte folglich zu spät. Die Beklagte setzte sich mit ihr aber auch in Widerspruch zu ihrer ersten Reaktion auf das Verhalten des Klägers. Am 9. Februar 2011 legte sie dem Kläger nämlich das "Settlement Agreement" und die "Declaration of misconduct" zur Unterzeichnung vor. Damit sollte der Kläger ein Fehlverhalten anerkennen und bestätigen, dass er alle Daten gelöscht und an die Beklagte zurückgegeben habe und die Daten weder in irgendeiner Weise zu verwenden noch Dritten zugänglich zu machen und sich mit einer im Licht der Aufhebungsvereinbarung vom 31. Januar 2011 vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses per Ende April 2011 einverstanden erklären (act. 21/6 und 21/7). Das von der Beklagten nach der Entdeckung des Datendownloads festgelegte Vorgehen umfasste damit sehr wohl und gleichwertig auch die Reaktion gegenüber dem Kläger. Dass die erste Priorität der Beklagten darin bestanden habe, wieder in den Besitz der Daten zu kommen und die Reaktion dem Kläger gegenüber lediglich zweite Priorität gewesen wäre (Urk. 18 Rz 23), trifft daher jedenfalls in dem Sinn nicht zu, dass die Beklagte sich nicht auch auf die Reaktion dem Kläger gegenüber festgelegt hätte. Die Beklagte hatte sich mit dem "Settlement Agreement" und der "Declaration of misconduct" vielmehr dafür entschieden, den Kläger weiterhin als Arbeitnehmer zu dulden, sofern die Angelegenheit mit den Daten sich für sie befriedigend würde lösen lassen. In dieser Hinsicht war für sie gemäss ihrer Darstellung zentral, dass der Schaden, welcher durch die Entwendung der Daten mit vertraulicheN Informationen zu befürchten gewesen sei, verhindert werden könne (Urk. 18 Rz 24), wobei auch eine allfällige weitere Verwendung bzw. ein Missbrauch der Daten durch den Kläger habe ausgeschlossen werden müssen, weil sie nicht habe sicher sein können, dass ihre geplante Rücknahmeaktion alle Daten erfassen würde (Urk. 18 Rz 25). Die Geschäftsleitung der Beklagten entschied sich daher dafür, den Kläger aufzufordern, die kopierten Daten freiwillig herauszugeben und zu bestätigen,

dass er dies vollständig tue und davon absehen werde, die Daten weiter zu verwenden (Urk. 18 Rz. 26). Beiden Ansinnen kam der Kläger nach, dem zweiten allerdings nur mündlich. Welchen Mehrwert der Beklagten eine schriftliche Bestätigung der vollständigen Herausgabe der Daten und des Willens des Klägers, sich an die gesetzlich und arbeitsvertraglich statuierte Geheimhaltungspflicht zu halten, gebracht hätte, ist allerdings nicht ersichtlich und erklärt auch die Beklagte nicht. Sie führt einzig aus, sie hätte eine solche benötigt (Urk. 18 Rz 24). Die Beklagte hatte also das von ihr selbst definierte Ziel, den Missbrauch der kopierten Daten durch eine freiwillige Rückgabe der Daten und eine Selbstdeklaration des Klägers zu verhindern, am 9. Februar 2011 erreicht. Dass die Unterzeichnung der "Declaration of misconduct" gemäss dem Entscheid der Geschäftsleitung der Beklagten vom 7./8. Februar 2011 eine zwingende Voraussetzung für den Verzicht auf eine fristlose Entlassung des Klägers gewesen wäre, behauptet die Beklagte nicht. Hätte die Geschäftsleitung der Beklagten diese am 7./8. Februar 2011 als *conditio sine qua non* für den Verzicht auf eine fristlose Entlassung definiert, hätte die fristlose Kündigung denn auch am 9. Februar 2011 als Reaktion auf die Weigerung des Klägers, das vorbereitete Dokument zu unterzeichnen, sofort ausgesprochen werden müssen.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Kläger mit dem Kopieren der Daten am 1./2. Februar 2011 eine Vertragsverletzung beging. Dass die Beklagte nach dem Entdecken des Downloads besorgt war, es könnte sich dabei um einen gezielten, umfangreichen Datenmissbrauch mit hohem Schädigungspotential handeln, ist sodann ohne weiteres nachvollziehbar. Die (verspätete) fristlose Entlassung des Klägers am 11. Februar 2011 war nach dem Erwogenen aber keine Reaktion auf diese durch das vertragswidrige Verhalten des Klägers hervorgerufene Besorgnis. Vielmehr war es die Reaktion auf das in den Augen der Beklagten uneinsichtige Verhalten des Klägers, der sich nach Eröffnung der Vorwürfe geweigert hatte, die "Declaration of misconduct" zu unterzeichnen. Die fristlose Entlassung des Klägers durch die Beklagte war damit letztlich eine unzulässige Strafaktion. Ein wichtiger Grund für diese lag nicht vor.

5.1 Bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung des Arbeitnehmers 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 Kläger verlangt davon ausgehend, er sei von der Beklagten so zu stellen, wie es die Aufhebungsvereinbarung vom 31. Januar 2011, mit welcher der Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einvernehmlich modifiziert worden sei, vorgesehen habe. Folglich schulde ihm die Beklagte den Lohn für die Monate Februar bis und mit Juli 2011 zuzüglich der Arbeitgeberbeiträge an die Vorsorgeeinrichtung für diese Zeit und abzüglich der für den Monat Februar 2011 geleisteten Teilzahlung. Ausgehend von seinem monatlichen Lohn von Fr. 18'898.65 netto, monatlichen Arbeitgeberbeiträgen an die Vorsorgeeinrichtung von Fr. 4'350.80 netto sowie von einer für Februar 2011 geleisteten Lohnzahlung in der Höhe von Fr. 6'992.20 netto und den für Februar 2011 geleisteten Arbeitgeberbeiträgen an die Vorsorgeeinrichtung von Fr. 1'709.20 ergebe sich ein von der Beklagten unter diesem Titel geschuldeter Betrag von Fr. 130'795.30 (Urk. 1 Rz 30; Urk. 33 Rz 53; Urk. 39 Rz 35f.). Die Beklagte anerkennt die Behauptungen des Klägers hinsichtlich Lohnhöhe, Höhe des Arbeitgeberbeitrags an die Vorsorgeeinrichtung und Höhe der für den Monat Februar 2011 geleisteten Zahlung (vgl. Urk. 18 Rz 76). Sie stellt sich aber auf den Standpunkt, dem Kläger stehe kein Anspruch auf Ersatz im Sinne von Art. 337c Abs. 1 OR zu, weil sie Anlass zur fristlosen Kündigung gehabt habe und dieses Recht einzig infolge zulange Zuwartens verwirkt habe. Es treffe sie nur ein leichtes Verschulden, während den Kläger ein erheblich grösseres Verschulden treffe. Die Verpflichtung zur Leistung einer Entschädigung wäre daher stossend (Urk. 18 Rz 74, Urk. 46 Rz 62). Jedenfalls habe der Kläger aber maximal Anspruch auf Ersatz dessen, was er bei ordentlicher Kündigung erhalten hätte. Gemäss Arbeitsvertrag Ziffer 3 sei eine ordentliche, dreimonatige Kündigungsfrist vereinbart worden. Die sechsmonatige, ausserordentliche Kündigungsfrist komme vorliegend nicht zur Anwendung, weil die Kündigung nicht auf einer Reorganisation basiert habe, sondern auf einem Fehlverhalten des Klägers. Der Kündigungstermin sei vertraglich auf Ende Monat festgelegt worden. Die Kündigung vom 11. Februar 2011 hätte daher unter Berücksichtigung der dreimonatigen Kündigungsfrist das

Arbeitsverhältnis auf Ende Mai 2011 aufgelöst. Dementsprechend stehe dem Kläger jedenfalls Schadenersatz nur bis Ende Mai 2011 zu, weshalb die Beklagte unter diesem Titel zur Zahlung von maximal Fr. 84'296.40 verpflichtet werden könne (Urk. 18 Rz 75f.; Urk. 46 Rz 63f.).

5.2 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann der Anspruch des zu Unrecht fristlos entlassenen Arbeitnehmers gemäss Art. 337c Abs. 1 OR nicht herabgesetzt werden. Ein Mitverschulden des Arbeitnehmers fällt als Herabsetzungsgrund einzig bei der Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR in Betracht (BGE 120 II 243). Der Kläger hat daher ohne weiteres Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre. Er ist also so zu stellen, wie wenn die fristlose Entlassung unterblieben wäre.

5.3.1 Die Parteien hatten das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung bereits einvernehmlich per 31. Juli 2011 aufgelöst. Welches die Gründe für die einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses waren, kann auch unter Berücksichtigung der differenzierten arbeitsvertraglichen Regelung der Kündigungsfrist offen bleiben. Entscheidend ist, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien ohne fristlose Entlassung am 31. Juli 2011 geendet hätte. Die Situation entspricht dem in Art. 337c OR erwähnten Fall eines Arbeitsverhältnis, das mit dem Ablauf einer bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre.

5.3.2 Darauf, dass sie an die Auflösungsvereinbarung zufolge Grundlagenirrtums nicht mehr gebunden sei (Urk. 35 Rz 46f.), kann sich die Beklagte nicht berufen. Zwar hat der Kläger nach dem Abschluss der Auflösungsvereinbarung mit dem Datendownload eine Vertragsverletzung begangen und lässt das Bundesgericht den Grundlagenirrtum, wie die Beklagte zu Recht ausführt, grundsätzlich auch über künftige Sachverhalte zu, sofern der Irrende dessen Verwirklichung als sicher annahm und nach Treu und Glauben auch annehmen durfte. Als unumstösslich konnte die Beklagte beim Abschluss der Auflösungsvereinbarung ein in jeder Hinsicht ihren Vorstellungen entsprechendes Verhalten des Klägers bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses aber nicht annehmen. Ihr (bestrittenes) Entgegenkommen hinsichtlich des Beendigungszeitpunktes des Arbeitsverhältnisses

beim Abschluss der Aufhebungsvereinbarung beruhte objektiv daher einzig auf der Hoffnung, der Kläger werde dieses bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch in jeder Hinsicht korrektes Verhalten honorieren (vgl. BGE 118 II 297). Dass diese Hoffnung enttäuscht wurde, berechtigt nicht zur Anfechtung des Vertrages.

5.4 Nach dem Erwogenen hat die Beklagte den Kläger also so zu stellen, wie wenn das Arbeitsverhältnis gemäss Aufhebungsvereinbarung per Ende Juli 2011 beendet worden wäre. Dass die Beklagte dem Kläger bei dieser Ausgangslage unter dem Titel von Art. 337c Abs. 1 OR einen Betrag von Fr. 130'795.30 schuldet, ist (zu Recht) unbestritten.

6.1 Weiter kann der Richter den Arbeitgeber im Fall einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die er nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt. Die Entschädigung darf jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen (Art. 337c OR). Der Kläger verlangt unter diesem Titel die Zuspreehung einer Pönalentschädigung von drei Monatslöhnen bzw. Fr. 63'750.00 (Urk. 1 Rz 31; Urk. 39 Rz 36). Die fristlose Kündigung während eines bereits einvernehmlich beendeten Arbeitsverhältnisses werde nur mit grösster Zurückhaltung anerkannt, da es bei der Beurteilung ihrer Begründetheit eine Rolle spiele, wie lange die Restdauer des Arbeitsverhältnisses sei. Der Kläger habe während des noch bestehenden Arbeitsverhältnisses gar keine Vertragsverletzung begangen. Selbst wenn man dafür halten wollte, dass das Speichern der Daten während des bestehenden Arbeitsverhältnisses eine Vertragsverletzung darstelle, so sei vorliegend erstellt, dass sich der Kläger nach Bekanntwerden des Missverständnisses umgehend und vollständig kooperativ verhalten habe, und diese Kooperation sogar im Kündigungsschreiben gewürdigt worden sei. Es verhalte sich ganz offensichtlich so, dass sich die Beklagte ganz einfach ihren Verpflichtungen gegenüber dem Kläger aus der Aufhebungsvereinbarung vom 31. Januar 2011 entziehen wolle. Zudem sei der Kläger und seine Familie offensichtlich mit Absicht der Beklagten in eine finanziell nicht einfache Situation gebracht worden, indem die Lohnzahlung ab 11. Februar 2011 eingestellt worden sei. Der Beklagten seien

die finanziellen und privaten Verhältnisse und Verpflichtungen des Klägers bestens bekannt. Aus all diesen Gründen erscheine eine Pönalentschädigung in der Höhe von drei Monatslöhnen bzw. Fr. 63'750.00 als angemessen (Urk. 1 Rz 31; Urk. 39 Rz 36.). Die Beklagte hält demgegenüber dafür, dass dem Kläger keine Pönalentschädigung zustehe. Er habe durch sein grob verschuldetes Verhalten den Auslöser für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gesetzt. Ein strafwürdiges bzw. persönlichkeitsverletzendes Verhalten ihrerseits liege nicht vor (Urk. 18 Rz 78).

6.2 Nach der bundesgerichtlichen Praxis ist im Fall einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung regelmässig eine Entschädigung im Sinne von Art 337c Abs. 3 OR geschuldet. Ausnahmen können sich aus den Umständen des Einzelfalls ergeben, setzen jedoch zumindest Umstände voraus, die ein Fehlverhalten des Arbeitgebers ausschliessen oder ihm aus anderen Gründen nicht anzulasten sind (BGE 116 II 300). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier aber nicht vor. Die Beklagte sprach die fristlose Entlassung nicht nur zu spät aus. Die fristlose Entlassung stellte auch gemessen an ihrer eigenen ersten Bewertung des Verhaltens des Klägers eine unangemessene Massnahme dar. Die Feststellung, die Beklagte habe das am 4. Februar 2011 entdeckte Verhalten des Klägers zu Unrecht als Entlassungsgrund angerufen, beruht also nicht nur auf eher formellen Gesichtspunkten. Vielmehr hat die Beklagte sich nach dem Erwogenen eine unzulässige Strafaktion vorbehalten zu lassen. Das genügt im Licht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ohne weiteres, um ihre Entschädigungspflicht im Grundsatz zu begründen.

6.3 Bei der Bemessung der Pönalentschädigung ist zu berücksichtigen, dass der Kläger der Beklagten durch sein vertragswidriges Verhalten in einem geschäftlichen Bereich berechtigten Grund gab, ihm zu misstrauen. Den Kläger trifft somit zweifellos ein Mitverschulden an der fristlosen Entlassung, auch wenn er am 9. Februar 2011 angemessen auf die Besorgnis der Beklagten reagierte. Dies gilt um so mehr, als er als Bereichsleiter eine erhöhte Verantwortung trug. Das ändert aber nichts daran, dass die (verspätete) fristlose Entlassung des Klägers am 11. Februar 2011 keine Reaktion auf das vertragswidrige Verhalten des Klägers,

sondern eine Reaktion auf die Weigerung des Klägers war, die "Declaration of misconduct" zu unterzeichnen. Die Beklagte zeigte damit eine mehr als nur geringfügige Überreaktion, die um so unnötiger war, als der Kläger bereits freigestellt war. Vor diesem Hintergrund und mit Blick darauf, dass immer der abschreckende Zweck der Entschädigung im Auge zu behalten ist (ZK-Staehelin/Vischer, N. 18 zu Art. 337c OR) rechtfertigt es sich, die Pönalentschädigung auf 1 1/2 Monatsgehälter des Klägers bzw. Fr. 31'875.00 festzusetzen.

7.1 Zusammenfassend ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 162'670.30 zuzüglich den gesetzlichen Verzugszins von 5% zu bezahlen. Den Verzugszins schuldet die Beklagte ab dem Zeitpunkt der Klageerhebung am 14. September 2011 (Art. 102 Abs. 1 OR; BGE 130 III 597); eine frühere Inverzugsetzung wurde vom Kläger nicht substantiiert behauptet.

7.2 Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen.

#### IV.

1. Da im Rechtsmittelverfahren ein neuer Entscheid zu fällen ist, ist sowohl über die erst- als auch über die zweitinstanzlichen Prozesskosten zu entscheiden (Art. 318 Abs. 3 ZPO).

2.1 Die Gerichtskosten für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren sind ausgangsgemäss zu 1/7 dem Kläger und zu 6/7 der Beklagten aufzuerlegen und die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren je eine auf 5/7 reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 2 ZPO; Art. 111 Abs. 2 ZPO).

2.2 Die Gerichtskosten sind mit den vom Kläger geleisteten Vorschüssen zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger diese insoweit zu ersetzen, als damit ihre Kosten gedeckt werden.

3.1 Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung blieb unbestritten und ist zu bestätigen. Für das zweitinstanzliche Verfahren sind die Gerichtskosten ausgehend von

einem Streitwert von Fr. 194'545.30 auf Fr. 12'500.00 festzusetzen (§§ 4 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GebV OG).

3.2 Die auf 5/7 reduzierte Prozessentschädigung für das erstinstanzliche Verfahren beläuft sich unter Berücksichtigung eines Zuschlags von ca. 10% für die Teilnahme an der Instruktionsverhandlung beim gegebenen Streitwert auf Fr. 12'345.00 zzgl. 8% Mehrwertsteuer (total Fr. 13'332.60; §§ 4 Abs. 1 und 11 Abs. 2 AnwGebV). Für das Berufungsverfahren ist die reduzierte Prozessentschädigung auf Fr. 7'000.00 zzgl. 8% Mehrwertsteuer (total Fr. 7'560.00) festzusetzen (§ 13 Abs. 2 und 3 AnwGebV).

### **Das Gericht erkennt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung des Klägers wird Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 25. Juni 2013 aufgehoben und die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 162'670.30 zuzüglich Zins zu 5% seit 14. September 2011 zu bezahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositiv-Ziff. 2) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 12'500.00 festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger zu 1/7 und der Beklagten zu 6/7 auferlegt und mit den geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger die geleisteten Vorschüsse im Betrag von Fr. 21'305.70 zu ersetzen.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für beide Instanzen eine Parteientschädigung von Fr. 20'892.60 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Arbeitsgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 194'545.30. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 13. Oktober 2014

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. E. Iseli

versandt am:  
se