[Briefkopf Anwaltskanzlei]

Einschreiben

Bezirksgericht Plessur

Theaterweg 1

Postfach 36

7002 Chur

[Ort], [Datum]

Klage

[Anrede]

In Sachen

[Vorname] [Name] Kläger

[Adresse], [Ort]

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

gegen

[Firma der Gesellschaft] Beklagte

[Adresse], [Ort],

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

betreffend

Forderung aus Arbeitsvertrag/ungerechtfertigte fristlose Entlassung

erhebe ich namens und mit Vollmacht der Klägers (Beilage A) durch Einreichen der Klagebewilligung vom [Datum] (Beilage B)

KLAGE

und stelle folgendes

**Rechtsbegehren**

* 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 113‘750.00 brutto nebst Zins zu 5% seit 16. November 2012 zu bezahlen, dies vorbehältlich der nachträglichen Reduktion der Klage im Falle des Antritts einer neuen Stelle vor Ablauf der hypothetischen ordentlichen Kündigungsfrist.
  2. Die Beklagte sei weiter zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 9‘668.75 netto nebst Zins zu 5% seit 16. November 2012 zu bezahlen, dies ebenfalls vorbehältlich der nachträglichen Reduktion der Klage im Falle des Antritts einer neuen Stelle vor Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist.
  3. Die Beklagte sei ferner zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 70‘000.00 netto zuzüglich Zins zu 5% seit 16. November 2012 zu bezahlen.
  4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letzteres zzgl. 8% MwSt.) zulasten der Beklagten.

Bemerkung 1: Rechtsbegehren Ziff. 1 umfasst den Lohn ab der fristlosen Entlassung bis zum Ablauf der hypothetischen Kündigungsfrist am 31. Mai 2013, Rechtsbegehren Ziff. 2 den Verlust des Klägers aufgrund der nicht mehr ausgerichteten Arbeitgeberbeiträge in die berufliche Vorsorge (dazu Näheres nachstehend II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 12 und Bemerkung 6). Tritt der Kläger bereits während der hypothetischen Kündigungsfrist eine neue Stelle an, reduzieren sich diese Klagebeträge, womit dem Kläger ein Prozesskostenrisiko entsteht, dem mit einem entsprechenden Vorbehalt vorgebeugt werden soll. Allerdings könnte dem aufgrund von Art. 107 Abs. 1 ZPO von den Gerichten auch in anderer Weise Rechnung getragen werden, was aber keineswegs immer erfolgt. Rechtsbegehren Ziff. 3 beschlägt die Poenale nach Art. 337c Abs. 3 OR; es werden vier Monatslöhne eingeklagt (vgl. dazu auch nachfolgend Ziff. 13 der Klageschrift und Bemerkung 7). Das nicht selten anzutreffende Rechtsbegehren, es sei festzustellen, dass die fristlose Kündigung ungerechtfertigt sei, führt i.d.R. zu einem Nichteintretensentscheid mit entsprechenden Kostenfolgen, solange wie hier noch eine Leistungsklage möglich ist.

Bemerkung 2: Die Frage, ob Lohn- oder wie hier an dessen Stelle tretende Schadenersatzansprüche mit dem Bruttobetrag oder – nach Abzug der Sozialversicherungs- und Vorsorgebeiträge und allfälliger Quellensteuern – mit dem Nettobetrag eingeklagt werden sollen, ist nach wie vor umstritten und ungeklärt. Probleme, die in der Vollstreckung mit Bruttobeträgen auftraten, legen es nahe, wenn immer möglich einen Nettobetrag einzuklagen. Dazu müssen jedoch die exakten Arbeitnehmerbeiträge an die Sozialversicherung, die berufliche Vorsorge, eine allfällige Krankentaggeldversicherung und die Höhe allfälliger Quellensteuern bekannt sein. Beim Schadenersatz aus fristloser Entlassung entfallen nach der hier vertretenen Auffassung weitere Beiträge an die berufliche Vorsorge, die Unfall- und Krankentaggeldversicherung.

Die Zusprechung eines Bruttobetrages bedeutet jedoch nach richtiger Auffassung (gl.M. OGer ZH RT120174 vom 27.03.2013) nicht, dass dieser nicht vollstreckbar ist. Der Arbeitgeber kann die vom Sachgericht zugesprochene Bruttoforderung nicht einfach um vom Vollstreckungsrichter nicht zu überblickende Abzüge ermässigen. Vielmehr hat der Arbeitgeber die Tatsache, dass und in welchem Umfang er tatsächlich gesetzliche oder reglementarische Abzüge auf dem zugesprochenen Bruttobetrag abgeliefert hat, entsprechend Art. 81 Abs. 1 SchKG durch Urkunden nachzuweisen (was zugegebenermassen aufgrund der pauschalen Quartals- oder Jahresabrechnungen mit den Sozialversicherungen nicht ganz einfach ist). Auch die Erfüllung der mit dem Bruttolohn verbundenen Schuld des Arbeitnehmers gegenüber den Gläubigern der gesetzlichen und reglementarischen Abzüge durch den Arbeitgeber ist als «Tilgung» im Sinne von Art. 81 Abs. 1 SchKG einzustufen (BGer 5A\_104/2007 vom 09.08.2007 analog).

Begründung

**I. Zuständigkeit**

* 1. Der Kläger war für die Beklagte als Arbeitnehmer mit Arbeitsvertrag vom 24. November 1998 tätig. Sein gewöhnlicher Arbeitsort befand sich in der Filiale der Beklagten in Chur. Das Bezirksgericht Plessur ist damit örtlich für die vorliegende Klage zuständig.

BO: Arbeitsvertrag vom 24.11.1998 Beilage 1

* 1. [Begründung der sachlichen Zuständigkeit nach kantonalem Recht, soweit überhaupt erforderlich.]

**II. Sachverhalt**

* 1. [Kurze Darstellung des Arbeitsverhältnisses: Beginn, Stellung, Aufgaben, Beförderungen, Beendigung.]
  2. [Darstellung des Verlaufs des Arbeitsverhältnisses, der guten Leistung des Klägers, seiner Loyalität und seines positiven Verhaltens, seiner besonderen Errungenschaften für die Bank und bei den Kunden, allgemein des absolut klaglosen Verlaufs des Arbeitsverhältnisses und der positiven Beurteilung durch die Arbeitgeberin.]

BO: Mitarbeiterbeurteilungen 1998–2011 Beilage 2

BO: Zwischenzeugnis vom 30.06.2010 Beilage 3

BO: Drei Dankesbriefe von Kunden vom 14.03.2008, 21.12.209, 06.01.2012 Beilage 4

BO: H.B. [Privatadresse], C.D. [Privatadresse] **als Zeugen**

Bemerkung 3: Daten, die auf die Identität von Bankkunden zurückschliessen lassen, sind im Prozess abzudecken. Die Verletzung des Bankgeheimnisses ist durch Art. 47 BankG mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht.

* 1. Die Beklagte war bereits am Tag der Verhaftung des Klägers, nämlich am 10. Oktober 2012, über die Inhaftierung des Klägers und die wesentlichen Anschuldigungen vom Kläger selbst informiert worden. Offenbar war die Beklagte aber schon zwei Monate früher, nämlich im Verlauf des Monats August 2012, durch Staatsanwalt B über die wesentlichen Verdachtsmomente vertraulich informiert worden. Trotz diesen aus damaliger Sicht sicher beunruhigenden Informationen, der Verhaftung des Klägers, der Hausdurchsuchung bei der Beklagten und der Verlängerung der Untersuchungshaft des Klägers unterliess es die Beklagte, irgendwelche weiteren eigenen Abklärungen zu unternehmen. Erst am 15. November, also 35 Tage nach Kenntnisnahme der Inhaftierung des Klägers, sprach sie die fristlose Entlassung aus.

BO: Brief Kläger an Beklagte vom 10.10.2012 Beilage 5

BO: Fristlose Kündigung vom 15.11.2012 Beilage 6

BO: E.F. c/o Beklagte **als Zeuge**

BO: Staatsanwalt B **als Zeuge**

Bemerkung 4: Zeugen, die einem Amts- oder Berufsgeheimnis unterstehen, müssen von der zuständigen Behörde oder im Falle des Berufsgeheimnisses vom Geheimnisherrn zur Zeugenaussage ermächtigt werden.

* 1. [Darstellung der bloss marginalen Verwicklung des Klägers in die Geldwäschereiaffäre, Fehlen von Vorsatz, Vertrauen in die Haupttäter aufgrund der verwandtschaftlichen Bande.]
  2. [Fehlende Beeinträchtigung von Geschäft und Reputation der Bank einerseits und der persönlichen und beruflichen Integrität des Klägers anderseits.]

**III. Rechtliches**

* 1. Der Arbeitgeber hat eine fristlose Entlassung umgehend zu erklären, sobald er vom wichtigen Grund i.S. von Art. 337 OR sichere Kenntnis hat. «Umgehend» bedeutet dabei im Normalfall innert zwei bis drei Arbeitstagen (BGer 8C\_294/2011 vom 29.12.2011 E. 6.3.2, BGE 138 I 113 E. 6.3). Hat der Arbeitgeber noch keine sichere Kenntnis, jedoch einen ernsthaften Verdacht, so hat er beförderlich diejenigen Abklärungen zu treffen, die den Verdacht ausräumen oder aber erhärten können (BGer 8C\_294/2011 vom 29.12.2011 E. 6.3.3).

Bemerkung 5: Das Bundesgericht unterscheidet in dieser Situation zwischen der Abklärungsfrist, die dem Arbeitgeber zur seriösen Untersuchung der Verdachtsmomente zuzugestehen ist, und der Überlegungsfrist, innert welcher der Arbeitgeber nach sicherer Kenntnis der Kündigungsgründe die Entlassung auszusprechen hat. Längere Abklärungen können sich dabei verkürzend auf die Überlegungsfrist auswirken, wenn sich der Arbeitgeber bereits im Verlaufe der Abklärungen über seine Handlungsoptionen klar werden kann. Die Überlegungsfrist wird im Normalfall tatsächlich auf sehr kurze zwei bis drei Tage veranschlagt, bei z.B. mehrköpfigen Entscheidungsgremien oder komplexer Unternehmensstruktur kann sich die Frist verlängern (vgl. z.B. BGer 4C.291/2005 vom 13.12.2005 E. 3.1; für ein Beispiel, in dem eine Überlegungsfrist von 10 Tagen noch genehmigt wurde, BGer 4A\_454/2007 vom 05.02.2008 = JAR 2009 S. 189 E. 2.4). Bei öffentlich-rechtlichen Arbeitgebern, bei denen Art. 337 OR oft durch Verweis zur Anwendung gelangt, ist die Gerichtspraxis grosszügiger, dies angesichts des erhöhten rechtsstaatlichen Erfordernisses im öffentlichen Bereich zu Recht (BGer 8C\_294/2011 vom 29.12.2011 E. 6 und 7; i.c. zu weitgehend).

Überschreitet der Arbeitgeber entweder die angemessene Abklärungs- oder Überlegungsfrist, so ist sein Recht zur fristlosen Kündigung des Arbeitsvertrages verwirkt.

* 1. Die Beklagte, bereits im August über die wesentlichen Verdachtsmomente von der Staatsanwaltschaft vorinformiert, wartete nach Kenntnisnahme der Verhaftung des Klägers und seiner Darstellung der wesentlichen Verdachtsmomente volle 35 Tage, bevor sie die fristlose Entlassung aussprach. Diese Zeitspanne überschreitet die von der Rechtsprechung zugestandenen Abklärungs- und Überlegungsfristen bei weitem. Der Beklagten hätte es nach der Verhaftung des Klägers und der Hausdurchsuchung oblegen, sich auch im eigenen Interesse Klarheit über die Situation zu verschaffen. Sie tätigte jedoch nicht einfach ungenügende Abklärungen oder stiess bei ihren Abklärungen auf Schwierigkeiten, sondern sie unternahm gar nichts und wartete einfach zu. Sie hätte damit ihr Recht zur fristlosen Kündigung des Arbeitsvertrages selbst dann, wenn es aufgrund des materiellen Rechts bestanden hätte, was nicht der Fall ist, angesichts der strengen Rechtsprechung des Bundesgerichts verwirkt. Erschwerend tritt hinzu, dass die Beklagte ihre fristlose Entlassung am 15. November 2012 aufgrund der identischen Informationslage aussprach, über die sie bereits am 10. Oktober 2012 verfügte. Sie hatte damit gar keinen Grund, mit ihrer Verdachtskündigung zuzuwarten und hat sich faktisch eine 35-tätige Überlegungsfrist herausgenommen, da sie ja keinerlei Abklärungen tätigte. Sie hat damit auch in Kenntnis der Verdachtsmomente demonstriert, dass ihr diese Verdachtsmomente nicht nur keinen Anlass für Abklärungen, sondern auch keinen Anlass zur sofortigen Reaktion und damit sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses gaben.
  2. Das Recht der Beklagten zur fristlosen Kündigung wäre deshalb bereits aus zeitlichen Gründen verwirkt, wenn es überhaupt je Bestand gehabt hätte. Dies war jedoch aufgrund der marginalen und mehrheitlich unverschuldeten Involvierung des Klägers in die zur Diskussion stehende Angelegenheit aus folgenden Gründen nicht der Fall: [….]
  3. Die fristlose Entlassung des Klägers durch die Beklagte war deshalb gerade aus mehreren Gründen ungerechtfertigt. Die Beklagte wird demgemäss zunächst aufgrund von Art. 337c Abs. 1 OR schadenersatzpflichtig für ihren Vertragsbruch. Nachdem der Kläger keine Ersparnisse im Sinne von Art. 337c Abs. 2 OR zu verzeichnen hatte, besteht die erste und wesentlichste Schadensposition im seit der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung am 15. November 2012 bis zum Ende der hypothetischen Kündigungsfrist Ende Mai 2013 entgangenen Lohn. Bei einem Monatslohn von brutto CHF 17‘500.00 ergibt sich bei 6 ½ Monaten der mit Rechtsbegehren Ziff. 1 eingeklagte Betrag von CHF 113‘750.00 brutto. Vorbehalten bleibt wie im Rechtsbegehren zum Ausdruck gebracht der unerwartete Fall, dass der Kläger bereits vor Ende Mai 2013 eine neue Stelle antreten kann. Diesfalls würde sich der Klagebetrag um den erzielten Ersatzverdienst reduzieren.

Bemerkung 6: Es wird vereinfachend davon ausgegangen, dass die Arbeitgeberin den Lohn bis zur fristlosen Entlassung bezahlt hat. Ist die Untersuchungshaft nicht als unverschuldet einzustufen, wäre die Arbeitgeberin jedoch ab der Verhaftung nicht mehr zur Lohnzahlung verpflichtet gewesen (vgl. Art. 324a Abs. 1 OR). Ist der Kläger während der hypothetischen Kündigungsfrist unverschuldet an der Arbeit verhindert, kann sich die Dauer der schadenersatzweisen Lohnzahlungspflicht aufgrund von Art. 336c OR verlängern.

Hat die Arbeitslosenkasse nach der fristlosen Entlassung bis zum Ende der hypothetischen Kündigungsfrist Taggeldleistungen erbracht, so kann der Arbeitnehmer den Schadenersatz für die entsprechende Zeitperiode nicht mehr in vollem Umfang einklagen. Seine Ansprüche sind im Umfang der von der Arbeitslosenkasse ausgerichteten Taggeldentschädigung von Gesetzes wegen auf die Arbeitslosenkasse übergegangen (Art. 29 Abs. 2 AVIG). Oft wird sich die Kasse als einfache Streitgenossin an der Klage im Umfang ihrer Taggeldleistungen beteiligen. Ist im Zeitpunkt der Klage noch unklar, ob dem Kläger für die Zeit ab der fristlosen Entlassung bis zum Ende der hypothetischen Kündigungsfrist (allenfalls rückwirkend) Taggelder zugesprochen werden, sollte die Klage ähnlich wie beim Ersatzverdienst (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 11) mit einem diesbezüglichen Reduktionsvorbehalt versehen werden.

* 1. Die Versicherung in der beruflichen Vorsorge endet mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses (Art. 10 Abs. 2 lit. b BVG). Auf dem schadenersatzweise eingeklagten Lohnbetrag von CHF 113‘750.00 können deshalb keine beruflichen Vorsorgeprämien mehr abgeführt werden. Dem Kläger entsteht dadurch ein zusätzlicher Schaden im Umfang der Arbeitgeber-Prämienanteile von insgesamt 8.5% oder CHF 9‘668.75, welche die Beklagte nicht mehr auf sein Vorsorgekonto einzahlen kann. Dieser zusätzliche Schaden ist dem Kläger von der Beklagten ebenfalls zu ersetzen.

Bemerkung 7: Die Arbeitnehmerbeiträge fliessen dem Arbeitnehmer zwar auch nicht auf seinem Vorsorgekonto zu, doch erhält er diese direkt mit dem Schadenersatz, da sie ihm davon nicht in Abzug gebracht werden. Bei grösseren Beträgen und insbesondere dann, wenn das vorsorgerechtliche Einkaufspotential ausgeschöpft ist, könnte sich der Kläger überlegen, auch noch einen Steuerschaden geltend zu machen.

Nicht restlos geklärt ist, ob als Teil dieses «BVG-Schadens» nur die entgangene Altersgutschrift oder auch die entgangene Risikodeckung, repräsentiert im Risikoprämienanteil des Arbeitgebers, als Teil des Arbeitnehmerschadens eingeklagt werden kann.

* 1. Aufgrund der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung schuldet die Beklagte dem Kläger zusätzlich eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR. Nach der Praxis des Bundesgerichts muss eine solche Entschädigung bei einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung zugesprochen werden (BGE 116 II 300). Der Kläger arbeitete während fast der Hälfte seiner gesamten Aktivitätsdauer für die Beklagte, nämlich während 14 Jahren. Er war wie dargelegt ein hervorragender Mitarbeiter, der sich stets loyal für die Belange der Bank eingesetzt hatte. Die Beklagte sprach die ungerechtfertigte fristlose Entlassung ausgerechnet in der schwierigsten Lebensphase, die der Kläger bisher durchlebt hatte, nämlich während seiner Untersuchungshaft aus. Sie gab ihm dabei trotz seiner langen und loyalen Dienste nicht einmal Gelegenheit, sich vorgängig zu erklären oder zu rechtfertigen. Mit der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung hat sie zudem seinen Ruf auf dem Bankenplatz Ostschweiz nachhaltig zerstört. Vor diesem Hintergrund wäre die Maximalentschädigung von 6 Monatslöhnen durchaus angebracht. Es soll jedoch nicht verhehlt werden, dass den Kläger eine gewisse Mitschuld an seiner Verwicklung in die unglückliche Geldwäschereigeschichte seiner beiden Brüder traf, auch wenn ihm dazu jeder Vorsatz fehlte und sein Verschulden insgesamt gering erscheint. In Würdigung all dieser Umstände und insbesondere des grossen Karriereschadens des Klägers erscheint eine Entschädigung im Umfang von vier Monatslöhnen oder CHF 70‘000.00 netto angemessen.

Bemerkung 8: Die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR unterliegt als genugtuungsähnliche Leistung nicht der Sozialversicherungspflicht und ist rein netto auszubezahlen. Bei deren Bemessung kommt auch der Mitverschuldensabzug zum Tragen, der beim Schadenersatz nach Art. 337c Abs. 1 OR entgegen dem allgemeinen Schadenersatzrecht nach dem historischen Willen des Gesetzgebers nicht zur Anwendung kommen soll (vgl. zur Bemessung der Entschädigung im übrigen Streiff/von Kaenel/Rudolph, Praxiskommentar OR, Art. 337c N 8 S. 158 f.).

* 1. Schadenersatz ist grundsätzlich mit dem Schadenseintritt, vorliegend also mit der fristlosen Entlassung zu verzinsen (BGer 4A\_474/2010 vom 12.01.2011 E. 2.2.2 = ARV 2011 S. 112). Hinsichtlich der Entschädigung aus Art. 337c Abs. 3 OR führt die fristlose Entlassung zu einem Verfalltag im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR, weshalb auch diese ab dem Datum der fristlosen Entlassung zu verzinsen ist. Der alle drei Rechtsbegehren Ziff. 1 bis 3 betreffende Anspruch auf Zins zu 5% (Art. 104 Abs. 1 OR) seit 16. November 2012 ist damit ausgewiesen.

Abschliessend ersuche ich Sie höflich um vollständige Gutheissung der Klage und verbleibe

mit freundlichen Grüssen

[Unterschrift des Rechtsanwaltes des Klägers]

[Name des Rechtsanwaltes des Klägers]

Beilagen: Beweismittelverzeichnis mit den darin erwähnten Urkunden im Doppel