

BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.35 vom 12. Dezember 2017

BS Appellationsgericht, 2017-12-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2017.35

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.35 du 12 décembre 2017

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.35 del 12 dicembre 2017

Erwägungen

E. 1

1.1 Erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten unterliegender Berufung, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.─ beträgt (Art. 308 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [SR 272, ZPO]). Mit der Geltendmachung ausstehenden Lohns von CHF 7'693.55 sowie einer Pönale von CHF 7'327.20 (total CHF 15'020.75) ist der notwendige Streitwert erreicht. Der begründete Entscheid ist dem Berufungskläger am 8. September 2017 zugestellt worden. Dagegen hat er am 22. September 2017 und damit rechtzeitig Berufung erhoben. Auf die im Übrigen formgerecht erhobene Berufung ist somit einzutreten.

1.2 Zuständig zur Beurteilung der vorliegenden Berufung ist das Dreiergericht des Appellationsgerichts (§ 92 Abs. 1 Ziffer 6 und § 99 des Gesetzes betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft [GOG, SG 154.100]). Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

E. 2

Strittig ist vorliegend im Wesentlichen die Frage, ob die Berufungsbeklagte berechtigt war, den Berufungskläger mit Schreiben vom 27. November 2015 fristlos zu entlassen. Der Berufungskläger war als Sicherheitsangestellter der Berufungsbeklagten in der Nacht vom 23. auf den 24. November 2015 auf einem Kontrollgang im C____. Dieses Zentrum wird von der D____ betrieben. Dabei betrat er das Büro der damaligen stellvertretenden Leiterin des C____ und Angestellten der D____, E____. Auf deren Tisch lagen verschiedene Bewerbungsdossiers, darunter auch das Dossier von F____, einer Arbeitskollegin des Berufungsklägers bei der Berufungsbeklagten. Der Berufungskläger fotografierte deren Unterlagen mit seinem Smartphone und verschickte am frühen Abend des 24. Novembers 2017 ein Bild davon per WhatsApp samt Kommentar an seine Kollegin. Aufgrund einer entsprechenden Meldung von F____ erfuhr die Berufungsbeklagte von diesem Geschehen, worauf sie dem Berufungskläger am 27. November 2017 fristlos kündigte.

Das Zivilgericht hat die Tatsache, dass der Berufungskläger das vertrauliche Bewerbungsdossier fotografiert und per WhatsApp verschickt hatte, als schwerwiegende Verletzung seiner vertraglichen Pflichten beurteilt (dazu angefochtener Entscheid, E. 2.6). Das Arbeitsverhältnis zwischen einem Sicherheitsangestellten und seinem Arbeitgeber sei durch ein erhöhtes Vertrauensverhältnis gekennzeichnet, welches ein elementarer Bestandteil des Arbeitsverhältnisses sei. Bei der Handlung des Berufungsklägers handle es

sich daher um eine absolut schwere Vertragsverletzung, die ohne Verwarnung zur fristlosen Kündigung berechtigt habe. Die Frage, ob die Unterlagen offen herumgelegen seien oder ob der Berufungskläger den Arbeitsplatz von E_____ durchwühlt habe, sei daher unbedeutend. Ebenso unbeachtlich sei auch, dass die Datenbekanntgabe an die betroffene Mitarbeiterin und somit nicht an einen Dritten erfolgt sei. Da die Tätigkeit des Berufungsklägers bzw. der Auftrag eines Sicherheitsangestellten ein erhöhtes Sicherheitsrisiko darstelle, welches eine absolute Einhaltung der Geheimhaltungspflicht erfordere, sei die fristlose Kündigung auch mit Rücksicht auf die vorliegend vereinbarte Kündigungsfrist von zwei Monaten gerechtfertigt. Aufgrund der gesamten Umstände sowie der absoluten Vertraulichkeitsverpflichtung wären somit keine mildereren Massnahmen angezeigt gewesen.

E. 3

3.1 Das Zivilgericht hat die Grundsätze zur fristlosen Kündigung aus wichtigen Gründen (Art. 337 des Obligationenrechts [OR, SR 220]) zutreffend dargelegt (angefochtener Entscheid, E. 2.2). Der Berufungskläger hat diese Erwägungen nicht beanstandet, so dass vollumfänglich darauf verwiesen werden kann.

3.2 Der Berufungskläger macht geltend, er habe weder gegen Ziff. 3.2 noch gegen Ziff. 4.3 des Einsatzreglements verstossen, weil er nur einen Blick auf die zuoberst auf dem Tisch liegende Bewerbung geworfen und diese fotografiert habe (Berufung, Ziff. 20). Diese Rüge ist unbegründet. Gemäss Ziff. 4.3 des Einsatzreglements der Berufungsbeklagten durfte der Berufungskläger "nie Einsicht in Schriftstücke, [], des Kunden nehmen" (Klageantwortbeilage [KAB] 6). Da sich die Bewerbung in der Obhut der D_____ befand (vgl. Klageantwort, Ziff. III.8 f.), handelte es sich um ein Schriftstück eines Kunden. Die Einsichtnahme in ein Schriftstück setzt nicht voraus, dass dieses behündigt oder durchgeblättert wird. Bereits indem der Berufungskläger die Bewerbung so genau anschaute, dass er erkennen konnte, dass es sich um das Dossier einer Arbeitskollegin handelte, nahm er darin Einsicht. Im Übrigen behändigte er die Bewerbung gemäss den Angaben seines Rechtsvertreters im ersten Parteivortrag entgegen der Bestreitung im zweiten Parteivortrag sogar. Der Parteivertreter des Berufungsklägers erklärte in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung wörtlich: "Er [der Berufungskläger] hat die zuoberst liegenden Akte genommen und seiner Kollegin geschickt. [] Er hat die Akte dann wieder hingelegt, weil er eben nicht in den Akten herumwühlen wollte" (Protokoll Hauptverhandlung [HV], S. 8). Wieder hinlegen konnte der Berufungskläger die Bewerbung aber nur, wenn er sie vorher behündigt hatte. Damit versties er klar gegen Ziff. 4.3 des Einsatzreglements. Die Forderung, Dokumente auf einem Schreibtisch nicht so genau anzuschauen, dass deren Inhalt zur Kenntnis genommen wird, ist keineswegs realitätsfremd, sondern entspricht der Übung der Arbeitskollegen des Berufungsklägers, die auch als Zeugen einvernommen worden sind (dazu auch Berufungsantwort, S. 3 "Ad 9. der Berufung"). G_____ erklärte anlässlich seiner Befragung, er wisse nicht, was genau auf dem Schreibtisch der stellvertretenden Leiterin des C_____ gelegen habe, weil er sich nicht darauf geachtet habe (Protokoll HV, S. 4). F_____ sagte aus, ab und an habe etwas auf dem Schreibtisch herumgelegen. Sie habe aber nie so genau geschaut (Protokoll HV, S. 4). Gemäss Ziff. 3.2 des Einsatzreglements verlangte die Berufungsbeklagte vom Berufungskläger, dass er "keinerlei Informationen über Kunden, Dienste und Mitarbeitende [weitergibt]. Dies gilt insbesondere auch im Umgang mit elektronischen Medien (z.B. Bild- & Tonaufnahmen, [])" (KAB 6). Die Information, dass sich die Bewerbung auf dem Schreibtisch der stellvertretenden Leiterin des C_____ befand und gemäss der Darstellung

des Berufungsklägers sogar ungeschützt zuoberst lag, betraf einen Kunden. Damit versties der Berufungskläger bereits mit dem Fotografieren der Bewerbung als solches klar gegen Ziff. 4.3 des Einsatzreglements.

3.3 Der Berufungskläger macht geltend, die Daten seien nicht an Dritte, sondern an die Dateneignerin, F____, weitergegeben worden (Berufung, Ziff. 18 und 22). Diese Rüge ist unbegründet. Die Information, dass sich die Bewerbung auf dem Schreibtisch der stellvertretenden Leiterin des C____ befand und gemäss der Darstellung des Berufungsklägers sogar ungeschützt zuoberst lag, betraf die stellvertretende Leiterin des C____ und die D____. Bezüglich dieser Daten war die Arbeitskollegin des Berufungsklägers damit Dritte, auch wenn die Bewerbung als solche Personendaten von F____ enthielt. Somit versties der Berufungskläger mit der Information von F____ und dem Versand des Fotos an sie gegen seine Geheimhaltungspflichten gemäss der Geheimhaltungsverpflichtung, dem Gesamtarbeitsvertrag und dem Einsatzreglement. Diese Geheimhaltungspflichten sind entgegen der Darstellung des Berufungsklägers (vgl. Berufung, Ziff. 41 und 43) keineswegs auf Geschäftsgeheimnisse beschränkt.

Gemäss Ziff. 1 der von ihm unterzeichneten Geheimhaltungsverpflichtung vom 17. Dezember 2014 (KAB 8; vgl. dazu Klageantwort, Ziff. III.2) verpflichtete sich der Berufungskläger, "über alle Geschäfte, Tatsachen und Verhältnisse, die [ihm] im Rahmen der Zusammenarbeit zwischen der B____ AG und deren Auftraggeber zur Kenntnis gelangen, gegenüber Dritten striktes Stillschweigen zu bewahren." Gemäss Art. 27 des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (GAV) für den Bereich der privaten Sicherheitsdienstleistungen (KAB 9; vgl. dazu Klageantwort, Ziff. III.2) sind Mitarbeitende verpflichtet, "Drittpersonen gegenüber absolute Verschwiegenheit [] zu bewahren." Ziff. 3.2 des Einsatzreglements (KAB 6; vgl. dazu Klageantwort Ziff. III.2) enthält die folgenden Bestimmungen:

"Sie sehen bei Ihrer Arbeitsausführung manches, was auch für Dritte von Interesse ist. Verschwiegenheit während und ausserhalb Ihrer Dienste ist deshalb absolute Pflicht. Wir verlangen von Ihnen, dass Sie

Mit den Formulierungen, dass Verschwiegenheit auch während des Dienstes absolute Pflicht ist, und alle Kundendaten in jedem Fall vertraulich und diskret zu behandeln sind, wird zweifelsfrei klargestellt, dass die Geheimhaltungspflicht auch gegenüber anderen Mitarbeitern der Berufungsbeklagten gilt, soweit die Datenbekanntgabe zur Erfüllung der Dienstpflichten nicht unerlässlich ist.

3.4 Unbegründet ist auch die Rüge, der Berufungskläger habe seine Geheimhaltungspflicht nicht verletzt, weil seine Arbeitskollegin der gleichen Geheimhaltungspflicht wie er unterlegen habe (Berufung Ziff. 2 und 16). Aufgrund der zentralen Bedeutung der Vertraulichkeit sowohl für die Kunden als auch für die Berufungsbeklagte ist es offensichtlich, dass Informationen betreffend Kunden auch nicht an geheimhaltungspflichtige Arbeitskollegen weitergegeben werden dürfen, soweit dies zur Erfüllung der Dienstpflichten nicht unerlässlich ist. Die Kunden haben unabhängig davon, ob die betreffenden Personen geheimhaltungspflichtig sind oder nicht, ein schutzwürdiges Interesse, dass Informationen über sie einem möglichst kleinen Personenkreis vorbehalten bleiben. Mit jeder Weitergabe von Informationen an eine geheimhaltungspflichtige Person steigt die Gefahr, dass diese auch nicht geheimhaltungspflichtigen weiteren Personen bekannt gegeben werden. Dementsprechend stellt auch die Mitteilung an eine dem Amts-

oder Berufsgeheimnis unterstehende Person eine Verletzung des Amts- oder Berufsgeheimnisses dar, soweit sie zur Erfüllung des Auftrags bzw. des Dienstes nicht sachlich gerechtfertigt ist (vgl. Oberholzer, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar. Strafrecht II, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 320 N 10 und Art. 321 N 20; Trechsel/Vest, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Strafgesetzbuch. Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich 2013, Art. 320 N 8 und Art. 321 N 23).

3.5 Der Berufungskläger bestreitet, dass ihm die behauptete Verletzung seiner Geheimhaltungspflichten bewusst gewesen sei (Berufung, Ziff. 24). Aufgrund der mehrfachen klaren vertraglichen Regelungen (oben E. 3.2) musste die Verletzung dem Berufungskläger bei Anwendung minimalster Sorgfalt jedenfalls bewusst sein, auch wenn es sich bei ihm um einen juristischen Laien handelt. Selbst unter der Annahme, dass er sich der Pflichtverletzung tatsächlich nicht bewusst war, war diese Unkenntnis deshalb grobfahrlässig und damit schuldhaft. Im Übrigen setzt eine fristlose Kündigung zwar in der Regel, aber nicht notwendigerweise ein Verschulden der Gegenpartei voraus (Stahelin, in: Zürcher Kommentar. Der Arbeitsvertrag. Art. 330b-355, Art. 361-362 OR, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 337 N 5; vgl. Emmel, in: Huguenin/Müller-Chen [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Vertragsverhältnisse Teil 2, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 337 OR N 6).

3.6 Der Berufungskläger behauptet in seiner Berufung, es verstehe sich von selbst, dass seine Arbeitskollegin nur noch zu den schlechtesten Touren eingeteilt worden wäre oder sonst mit Repressalien hätte rechnen müssen, wenn der Objektbetreuer und direkte Vorgesetzte seiner Arbeitskollegin davon Kenntnis erhalten hätte. Vor solchen habe er seine Arbeitskollegin schützen wollen (Berufung, Ziff. 9). Dies wird von der Berufungsbeklagten bestritten (Berufungsantwort, S. 3 "Ad 9. der Berufung" und S. 7 "Ad 30., 31., 32., 33. und 34. der Berufung"). Die Behauptung, der Arbeitskollegin hätten Repressalien gedroht, stellt der Berufungskläger im Berufungsverfahren erstmals auf, obwohl er sie bei zumutbarer Sorgfalt schon vor erster Instanz hätte vorbringen können. Folglich handelt es sich um ein unzulässiges Novum (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Im erstinstanzlichen Verfahren behauptete der Berufungskläger bloss, er habe seiner Arbeitskollegin Unannehmlichkeiten ersparen wollen (Protokoll HV, S. 9). Im Übrigen versteht es sich keineswegs von selbst, dass eine Arbeitnehmerin mit Repressalien zu rechnen hat, wenn ihr Vorgesetzter erfährt, dass sie sich bei einem anderen Arbeitgeber beworben hat. Schliesslich spricht der vom Berufungskläger als Beweismittel angerufene SMS-Verkehr dafür, dass dieser seine Arbeitskollegin eher zur Befriedigung der eigenen Neugierde und zur eigenen Belustigung als zum Schutz vor Repressalien darüber informierte, dass ihre Bewerbung angeblich offen auf dem Schreibtisch lag. Zunächst schrieb er "Verlosch uns? Losch di bruedr allei". Auf die Bitte von F____, die Bewerbung zu verstecken, antwortete er "Haha es liegt obe". Auf das mittels Emojis ausgedrückte Entsetzen seiner Arbeitskollegin reagierte er mit "Hahahaha" (Berufungsbeilage [BB] 5).

3.7 Selbst wenn die Bewerbung entsprechend der Darstellung des Berufungsklägers (vgl. Berufung, Ziff. 9, 20, 14 f., 23 f., 26, 29 und 32 f.) unverdeckt zuoberst auf dem Schreibtisch der stellvertretenden Leiterin des C____ gelegen hätten und angenommen würde, diese habe damit gegen Art. 35 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) verstossen, wäre das Verhalten des Berufungsklägers in keiner Art und Weise gerechtfertigt gewesen.

Die Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers umfasst auch die Kenntnis von unerlaubtem oder gar strafbarem Verhalten, soweit nicht höherrangige Interessen Dritter, der Öffentlichkeit oder des Arbeitnehmers eine Offenlegung rechtfertigen (vgl. Emmel, a.a.O., Art. 321a OR N 8 f.; Rehbinder/Stöckli, in: Berner Kommentar. Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330b OR, Bern 2010, Art. 321a N 13; Staehelin, in: Zürcher Kommentar. Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 321a N 44) oder der Arbeitnehmer zur Anzeige verpflichtet ist (vgl. Rehbinder/Stöckli, a.a.O., Art. 321a N 3). Die Rechtfertigung der Offenlegung eines Geheimnisses durch höherrangige Interessen Dritter oder der Öffentlichkeit setzt voraus, dass die Mitteilung des Geheimnisses verhältnismässig ist (Emmel, a.a.O., Art. 321a OR N 9; Staehelin, a.a.O., Art. 321a N 44; vgl. Rehbinder/Stöckli, a.a.O., Art. 321a N 3 und 13). Somit muss die Offenlegung zur Interessenwahrung geeignet und notwendig sein und zwischen den gewährten Interessen und den Geheimhaltungsinteressen ein vernünftiges Verhältnis bestehen (vgl. zum Verwaltungsrecht Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/ St. Gallen 2016, N 514, 522, 527 und 555 f.). Sofern dies zweckdienlich und zumutbar ist, hat sich der Arbeitnehmer deshalb zuerst an seinen Vorgesetzten oder Arbeitgeber zu wenden (vgl. Rehbinder/Stöckli, a.a.O., Art. 321a N 3; Staehelin, a.a.O., Art. 321a N 26). Notstandshilfe ist ebenfalls nur zulässig, wenn kein anderer Ausweg besteht (vgl. Kessler, in: Honsell/Vogt/ Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar. Obligationenrecht I, 6. Auflage, Basel 2015, Art. 52 N 13).

Wie die Berufungsbeklagte zu Recht geltend macht, hätte der Berufungskläger eine allfällige Verletzung des DSG seinem Vorgesetzten rapportieren oder der D_____ melden können und müssen (Protokoll HV, S. 10; vgl. Berufungsantwort, S. 5 "Ad 13. der Berufung" und S. 7 "Ad 30., 31., 32., 33. und 34. der Berufung"). Dabei hätte er bei einer Rapportierung an seinen Vorgesetzten nicht erwähnen müssen, dass es sich um die Bewerbung einer Arbeitskollegin handelt, wenn er befürchtet hätte, diese damit der Gefahr von Nachteilen auszusetzen. Folglich war eine Rapportierung auch ohne Weiteres zumutbar. Mit einer Rapportierung an seinen Vorgesetzten oder einer Meldung an die D_____ hätte der Berufungskläger ohne Verletzung seiner Geheimhaltungspflicht dafür sorgen können, dass eine allfällige Verletzung des DSG beseitigt wird. Die Mitteilung an die Arbeitskollegin war somit klarerweise nicht erforderlich und damit unverhältnismässig. Erst recht unnötig und damit unverhältnismässig waren die Erstellung und der Versand eines Fotos.

Der Berufungskläger macht geltend, er habe F_____ direkt informiert, damit der angebliche Verstoß gegen das DSG möglichst schnell beseitigt werden können, indem seine Arbeitskollegin zur stellvertretenden Leiterin des C_____ ging (Berufung, Ziff. 33). Dabei handelt es sich um eine ungläubhafte Schutzbehauptung. Es wäre schneller gegangen, wenn sich der Berufungskläger direkt an die stellvertretende Leiterin des C_____ gewendet hätte, anstatt den Umweg über die Arbeitskollegin zu wählen.

Aus den vorstehenden Gründen ist es nicht rechtserheblich, ob der Schreibtisch der stellvertretenden Leiterin des C_____ aufgeräumt gewesen ist oder nicht und ob die Bewerbung zuoberst gelegen hat oder nicht. Die Beweisanträge in Ziff. 26 der Berufung sind deshalb mangels Rechtserheblichkeit der zu beweisenden Tatsachenbehauptung abzuweisen (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO). Auf S. 6 ("Zu 39. und 40") der Berufungsreplik beantragt der Berufungskläger eine Parteibefragung zum Beweis der Behauptung, er habe keine Geheimnisse des Einsatzbetriebs weitergegeben, sondern lediglich seiner

Arbeitskollegin mitgeteilt, dass deren Bewerbungsunterlagen zuoberst auf dem Tisch liegen würden. Wie ausgeführt ist es für den Ausgang des Verfahrens irrelevant, ob die Bewerbungsunterlagen zuoberst auf dem Tisch gelegen haben oder nicht. Es ist nicht ersichtlich, zu welchen Tatsachenbehauptungen der Berufungskläger Aussagen machen könnte, die für die Beantwortung der Frage, ob er Geheimnisse des Einsatzbetriebs weitergegeben hat, relevant wären. Auch dieser Beweisantrag ist deshalb abzuweisen.

3.8 Der Berufungskläger behauptet in seiner Berufung, die stellvertretende Leiterin des C_____ habe mit ihrer "Anzeige" bei der Berufungsbeklagten von ihrer eigenen Nachlässigkeit betreffend DSGVO ablenken wollen (Berufung, Ziff. 27) bzw. habe bei der Berufungsbeklagten Druck aufgesetzt und Reaktionen gefordert, weil sie nicht habe riskieren wollen, dass ihr lascher Umgang mit besonders schützenswerten Personendaten bekannt werde (Berufung, Ziff. 36). Diese von der Berufungsbeklagten bestrittenen (Berufungsantwort, S. 7 "Ad 27. der Berufung" und S. 7 f. "Ad 35., 36., 37. und 38. der Berufung") Behauptungen wurden erstmals im Berufungsverfahren aufgestellt, obwohl sie vom anwaltlich vertretenen Berufungskläger bei zumutbarer Sorgfalt schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können. Sie sind deshalb unbeachtlich (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO).

3.9 Der Berufungskläger macht geltend, die Bewachung des C_____ sei ein Grossauftrag und die Berufungsbeklagte habe ihm gekündigt, weil sie diesen nicht habe verlieren wollen (Berufung, Ziff. 38; Berufungsreplik, S. 5 "Zu 27."). Die Berufungsbeklagte bestreitet, dass das Auftragsvolumen für die Kündigung relevant gewesen sei (Berufungsantwort, S. 7 f. "Ad 27. der Berufung" und "Ad 35., 36., 37. und 38. der Berufung"). Selbst wenn es sich um einen Grossauftrag gehandelt hat, besteht kein Grund zur Annahme, die Berufungsbeklagte habe den Grund des Vertrauensbruchs bzw. Verletzung seiner Verschwiegenheitspflichten nur vorgeschoben und der wahre Kündigungsgrund habe darin bestanden, dass die Berufungsbeklagte den Auftrag nicht habe verlieren wollen. Das Auftragsvolumen ist deshalb nicht rechtserheblich. Folglich sind die Beweisanträge in Ziff. 38 der Berufung und auf S. 5 ("Zu 27.") der Berufungsreplik mangels Rechtserheblichkeit der zu beweisenden Tatsachenbehauptung abzuweisen (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO).

Ebenso mangels Rechtserheblichkeit ist der Beweisantrag auf Befragung von F_____ betreffend die Kommunikation der Berufungsbeklagten mit ihren Mitarbeitern abzuweisen. Der Berufungskläger macht geltend, dass mit unterschiedlichen Ellen gemessen werde, wenn die Berufungsbeklagte ihm vorwerfe, Daten per WhatsApp versendet zu haben, die auch auf dem Server von WhatsApp gespeichert würden. Denn die Einsätze der einzelnen Sicherheitsmitarbeiter würden auch per WhatsApp von der Berufungsbeklagten unter Nennung der Touren, der Arbeitszeiten und unter Ortsangabe versandt (Berufungsreplik, S. 3 f. "Zu 16."; ferner Protokoll HV, S. 11). Nach Angaben der Berufungsbeklagten erfolgt das Aufgebotswesen indessen über ein spezielles, abgesichertes System (Protokoll HV, S. 11 und Berufungsduplik, S. 1 "Zu 16. der Stellungnahme zur Berufungsantwort"). Wie es sich damit verhält, ist für die Beurteilung der fristlosen Kündigung ohne Belang. Es kann deshalb auch auf die Abnahme von Beweisen betreffend die elektronischen Aufgebotskanäle der Berufungsbeklagte verzichtet werden (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO).

3.10 Der Berufungskläger macht unter Berufung auf Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 337 N 7, geltend, blosses Reglementsverstösse des Arbeitnehmers, die nicht auf Unredlichkeit beruhen, rechtfertigten eine fristlose

Entlassung nicht (Berufung, Ziff. 40). Dieser Einwand ist unbegründet. Gemäss den zitierten Autoren rechtfertigen ■[b]losse Reglementsverstösse des Arbeitnehmers, die auf Überforderung und nicht auf Unredlichkeit beruhen■, die fristlose Entlassung nicht (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 7 S. 1113). Dass die Verletzung der Geheimhaltungspflichten des Berufungsklägers auf dessen Überforderung zurückzuführen gewesen sei, behauptet dieser jedoch nicht einmal. Im Übrigen handelt es sich im vorliegenden Fall ohnehin nicht um einen blossen Reglementsverstoss. Die Geheimhaltungspflichten des Berufungsklägers waren vielmehr zentrale vertragliche Pflichten (vgl. Art. 321a Abs. 4 OR; Art. 27 GAV [KAB 9]; Ziff. 1 der Geheimhaltungsverpflichtung vom 17. Dezember 2014 [KAB 8]), die in Ziff. 3.2 und 4.3 des Einsatzreglements (KAB 6) bloss konkretisiert wurden.

3.11 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Berufungskläger mit dem Photographieren des im Büro der stellvertretenden Zentrumsleiterin liegenden vertraulichen Bewerbungsdossiers von F_____ und dem Versenden des Bildes an diese per WhatsApp gegen seine vertraglichen Verschwiegenheits- und Geheimhaltungspflichten in gravierender Weise verstossen hat. Im Sicherheitsdienstleistungsbereich sind Vertraulichkeit und Zuverlässigkeit zentraler Bestandteil der Geschäftsbeziehung zwischen Sicherheitsdienstleister und Kunde (dazu auch Protokoll HV, S. 10). Wie das Zivilgericht zu Recht festgehalten hat (angefochtener Entscheid, E. 2.6), stellt die Tätigkeit des Berufungsklägers bzw. der Auftrag eines Sicherheitsangestellten ein erhöhtes Risiko dar. Für die Berufungsbeklagte war und ist es essentiell, dass sie sich auf ihre Mitarbeiter verlassen kann und dass diese ihre Verschwiegenheitspflichten einhalten. Unter den gegebenen Umständen erweist sich der Verstoss gegen die vertraglichen Geheimhaltungspflichten als derart schwerwiegend und vertrauenzerstörend, dass der Berufungsbeklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten war. Die Verfehlung des Berufungsklägers ist mit dem Zivilgericht als absolut schwere Vertragsverletzung einzustufen, sodass die Berufungsbeklagte berechtigt war, dem Berufungskläger fristlos zu kündigen, ohne vorher eine Verwarnung auszusprechen.

Der Berufungskläger rügt in diesem Zusammenhang, dass es andere Massnahmen als eine fristlose Kündigung gegeben hätte. Er hätte beispielsweise eine Baustelle bewachen können oder er hätte für den Verbleib der Kündigungsfrist am Autobahnzoll Vignetten verkaufen können (Berufung, Rz 45, vgl. auch Protokoll HV, S. 9). Es ist dem Berufungskläger insofern zuzustimmen, als die fristlose Entlassung nur die unausweichlich letzte Massnahme sein soll. Sie darf deshalb nur dann ausgesprochen werden, wenn es nicht möglich ist, das in der bisherigen Form nicht weiter tragbare Arbeitsverhältnis in anderer Form oder anderenorts, etwa mittels Versetzung an einen anderen Arbeitsplatz oder Betriebsteil, fortzusetzen (Rehbinder/ Stöckli, in: Berner Kommentar. Der Arbeitsvertrag, Art. 331■355 und Art. 361■362 OR, Bern 2014, Art. 337 N 2). Wie ausgeführt stellt die Tätigkeit des Berufungsklägers bzw. der Auftrag eines Sicherheitsangestellten ein erhöhtes Risiko dar. Wie die Berufungsbeklagte zu Recht bemerkt (Berufungsantwort, S. 9 f. "Ad 44. und 45. der Berufung"), handelt es sich bei diesen Tätigkeiten um anspruchsvolle Aufgaben, die ein intaktes Vertrauensverhältnis voraussetzen. Dies gilt umso mehr, als Sicherheitsangestellte ihre Aufgaben oftmals unbeaufsichtigt ausüben bzw. Kontrollen seitens der Vorgesetzten nur stichprobenartig stattfinden. Unter derartigen Arbeitsbedingungen muss sich der Sicherheitsdienstleister absolut auf seine Mitarbeiter verlassen können und ihnen Vertrauen schenken, dass sie die

ihnen zugewiesenen Aufgaben ordnungsgemäss erfüllen. Die Berufungsbeklagte hatte aufgrund der Verfehlung des Berufungsklägers jegliches Vertrauen in seine Zuverlässigkeit verloren, so dass es nicht zu beanstanden ist, dass sie ihm keine andere Arbeit bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zugewiesen hat. Mitarbeitende der Berufungsbeklagten, die am Autobahnzoll Vignetten verkaufen, tragen hohe Werte auf sich (Gebührenmarken, Bargeld). Sie verrichten ihre Arbeit gewöhnlich unbeaufsichtigt, so dass die Berufungsbeklagte absolut darauf vertrauen können muss, dass die Mitarbeitenden sich keine Unregelmässigkeiten zu Schulden kommen lassen und sich oder Dritte bereichern. In gleicher Weise muss sie sich uneingeschränkt darauf verlassen können, dass Mitarbeiter, die zur Bewachung von Baustellen eingesetzt sind, unbefugten Dritten keinen Zutritt zum Gelände gewähren, wodurch Schäden oder Verluste (Diebstähle) entstehen könnten. Nachdem der Berufungskläger seine Vertrauensstellung als Sicherheitsangestellter schon einmal missbraucht hatte, versteht es sich von selbst, dass die Berufungsbeklagte ihn nicht anderenorts einsetzen und dadurch das Vertrauen ihrer Kunden in ihre Zuverlässigkeit und damit ihren Geschäftsruf aufs Spiel setzen wollte.

E. 4

4.1 Der Berufungskläger verlangt auch eine Abänderung des Arbeitszeugnisses (Klagebeilage 7). Der erste Satz des vierten Absatzes lautet folgendermassen: "Herr A _____ verlässt unser Unternehmen per 27. November 2015 aufgrund eines Ver-stosses gegen das Datenschutzgesetzes und der Geheimhaltungsverpflichtung unseres Unternehmens." Gemäss dem Antrag des Berufungsklägers (Anhang 1 zur Klage) soll dieser Satz wie folgt lauten: "Herr A _____ verlässt unser Unternehmen 31. Januar 2016 im gegenseitigen Einvernehmen." Abgesehen davon unterscheidet sich das Zeugnis gemäss Anhang 1 in einigen weiteren Punkten vom von der Berufungsbeklagten ausgestellten. Diese wurden weder im erstinstanzlichen Verfahren noch in der Berufung in irgendeiner Art und Weise begründet. Insoweit ist deshalb mangels Begründung auf die Berufung nicht einzutreten.

Das Zivilgericht hat die Klage auch bezüglich der Abänderung des Arbeitszeugnisses abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass die dem Berufungskläger vorgeworfene schwerwiegende Vertragsverletzung den Grund für die fristlose Kündigung darstelle, weshalb das tatsächliche Ende des Arbeitsverhältnisses und die damit zusammenhängenden Umstände gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Arbeitszeugnis erwähnt werden dürften (angefochtener Entscheid, E. 3.2). Der Berufungskläger macht geltend, dass keine Referenzen auf die fristlose Entlassung gemacht werden dürften, da deren Erwähnung sein wirtschaftliches Fortkommen ungemein erschwere (Berufung, Ziff. 53 f.).

4.2 Beim Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist zwischen dem Beendigungsgrund im engeren Sinn und dem Motiv für die Beendigung zu unterscheiden. Der Beendigungsgrund im engeren Sinn ist die technische Art der Beendigung wie z.B. Kündigung durch die Arbeitgeberin, Kündigung durch die Arbeitnehmerin oder Aufhebungsvertrag. Das Motiv für die Beendigung ist der Beweggrund, der zur Beendigung geführt hat (Enzler, Der arbeitsrechtliche Zeugnisanspruch, Diss. Zürich 2012, N 149; Janssen, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, 2. Auflage, Bern 1996, S. 118). Der Beendigungsgrund im engeren Sinn und das Motiv für die Beendigung sind im qualifizierten Arbeitszeugnis aufzuführen, soweit dies für die generelle Einschätzung des Arbeitnehmers nötig ist (vgl. BGer 4C.129/2003 vom 5. September 2003 E. 6.1; Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel 2014, Art. 330a N 2; Emmel, a.a.O., Art. 330a OR

N 2) oder der Arbeitnehmer es verlangt (vgl.Brühwiler, a.a.O., Art. 330a N 2;Emmel, a.a.O., Art. 330a OR N 2;Enzler, a.a.O., N 151 und 153;Janssen, a.a.O., S. 118 f.). Gegen den Willen des Arbeitnehmers dürfen der Beendigungsgrund im engeren Sinn und das Motiv nur erwähnt werden, wenn ohne deren Erwähnung ein unwahres Zeugnis entstünde (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 330a N 3g; vgl.Rehbinder/Stöckli, a.a.O., Art. 330a N 10). Ein einmaliger Vorfall, der für den Arbeitnehmer nicht charakteristisch ist, darf nach herrschender Lehre nicht erwähnt werden (vgl.Enzler, a.a.O., N 152 Fn 431;Janssen, a.a.O., S. 120;Rehbinder/Stöckli, a.a.O., Art. 330a N 6;Stahelin, a.a.O., Art. 330a N 10). Eine abweichende Auffassung wird nur für eine ausserordentlich schwerwiegende Verletzung einer Arbeitnehmerpflicht vertreten (Enzler, a.a.O., N 152 Fn 431;Janssen, a.a.O., S. 120). Gemäss einer in der Literatur vertretenen Auffassung dürften die Voraussetzungen für die Erwähnung des Beendigungsgrunds im engeren Sinn bei einer gerechtfertigten fristlosen Kündigung in der Regel erfüllt sein (Enzler, a.a.O., N 150;Janssen, a.a.O., S. 119; ohne Unterscheidung zwischen Beendigungsgrund im engeren Sinn und Motiv für die BeendigungStreiff/ von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 330a N 3g).

Die Verletzung der Geheimhaltungspflichten des Berufungsklägers ist zwar als besonders schwere Verfehlung im Sinn der Rechtsprechung und Lehre zur fristlosen Kündigung zu qualifizieren, nicht aber als ausserordentlich schwere Pflichtverletzung im Sinn der Lehre zum Arbeitszeugnis. Es wurde nicht behauptet, dass es während des Arbeitsverhältnisses zu weiteren Vorfällen gekommen ist oder die Verletzung der Geheimhaltungspflichten für den Berufungskläger charakteristisch ist. Es besteht auch kein Grund zur Annahme, dass die Pflichtverletzung des Berufungsklägers Ausdruck einer Persönlichkeitsstruktur oder Einstellung ist, die sich an einer neuen Arbeitsstelle negativ auf seine Leistung oder sein Verhalten auswirken könnte. Damit sind die Verletzung der Geheimhaltungspflichten und die deswegen ausgesprochene gerechtfertigte fristlose Kündigung als einmaliger Vorfall zu qualifizieren, dessen Erwähnung weder zur generellen Einschätzung des Berufungsklägers als Arbeitnehmer noch zur Vermeidung eines unwahren Zeugnisses erforderlich ist. Folglich hat der Berufungskläger Anspruch darauf, dass sie im Arbeitszeugnis nicht erwähnt werden. Sein Antrag, im Arbeitszeugnis sei stattdessen zu erwähnen, dass er das Unternehmen im gegenseitigen Einvernehmen verlassen habe, ist hingegen abzuweisen. Die Formulierung "Er verlässt uns im gegenseitigen Einvernehmen." ist unbestreitbar nicht zutreffend. Sie ist darüber hinaus gemeinhin ein Zeugniscode dafür, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer gekündigt hat oder zumindest froh ist, dass er gegangen ist (Class, Das Arbeitszeugnis und seine Geheimcodes, 6. Auflage, Zürich 2009, S. 72; vgl.Janssen, a.a.O., S. 241). Die Verwendung von Zeugniscodes, bei denen mit vordergründig neutralen oder positiven Formulierungen für Eingeweihte negative Botschaften zum Ausdruck gebracht werden, ist jedoch unzulässig (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 330a N 3b und 9; vgl.Brühwiler, a.a.O., Art. 330a N 3). Folglich kann die Berufungsbeklagte nicht verpflichtet werden, die vom Berufungskläger beantragte Formulierung ins Arbeitszeugnis aufzunehmen. Aus den vorstehenden Gründen ist der zweite Teil des ersten Satzes des vierten Absatzes des von der Berufungsbeklagten ausgestellten Arbeitszeugnisses ("aufgrund eines Verstosses gegen das Datenschutzgesetzes und der Geheimhaltungsverpflichtung unseres Unternehmens") ersatzlos zu streichen.

E. 5

Nach dem Gesagten wird die Berufung hinsichtlich der Frage, ob die Berufungsbeklagte zur fristlosen Kündigung des Berufungsklägers berechtigt war, abgewiesen, womit der Berufungskläger weder Anspruch auf Lohn bis zum ordentlichen Beendigungstermin am 31. Januar 2016 noch auf eine Pönale aufgrund einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung hat. Hinsichtlich des Arbeitszeugnisses wird die Berufung insoweit gutgeheissen, als der Passus "aufgrund eines Verstosses gegen das Datenschutzgesetzes und der Geheimhaltungsverpflichtung unseres Unternehmens" zu streichen ist.

Der Berufungskläger obsiegt damit bezüglich des Arbeitszeugnisses weitgehend und unterliegt bezüglich der übrigen Forderungen. Somit ist von einem Obsiegen im Umfang von einem Fünftel auszugehen, so dass die Prozesskosten im selben Verhältnis zu verteilen sind (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

Was die Gerichtskosten angeht, gilt die Kostenfreiheit in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten Kostenfreiheit bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.■ (Art. 114 lit. c ZPO) auch für das Berufungsverfahren (statt vieler Sterchi, in: Berner Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 113 und 114 N 10; AGE ZB.2015.32 vom 22. April 2016 E. 3.2 und ZB.2013.43 vom 23. April 2014 E. 3). Der hier massgebliche Streitwert beträgt unter Mitberücksichtigung der beantragten Änderung des Arbeitszeugnisses weniger als CHF 30'000.■. Folglich sind keine Gerichtskosten zu erheben.

Der Berufungskläger hat Anspruch auf einen Fünftel einer vollen Parteientschädigung. Mit Honorarnote vom 29. Juni 2017 machte er für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 6'840.30 bestehend aus einem Honorar von CHF 6'090.■, Auslagen von CHF 243.60 und MWST von CHF 506.70 geltend. Da die Berufungsbeklagte ausdrücklich auf eine Stellungnahme zur Honorarnote verzichtet hat (Protokoll HV, S. 11) und die geltend gemachte Parteientschädigung im Falle des vollständigen Obsiegens nicht offensichtlich überhöht ist, ist darauf abzustellen. Somit hat der Berufungskläger für das erstinstanzliche Verfahren Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 1'266.70 zuzüglich MWST. Der Bemessung der Parteientschädigung für das Berufungsverfahren ist ein nach den für das erstinstanzliche Verfahren aufgestellten Grundsätzen bemessenes Honorar von bloss CHF 2'900.■ zugrunde zu legen, weil die für das erstinstanzliche Verfahren geltend gemachten Zuschläge von CHF 1'450.■ für die komplizierte überdurchschnittlich aufwändige Zeugenbefragung, von CHF 870.■ für die Schlichtungsverhandlung und von CHF 870.■ für aussergerichtliche Vergleichsbemühungen entfallen und die Auslagen für das Berufungsverfahren nicht ausgewiesen worden sind. Davon ist zudem ein Abzug von einem Drittel vorzunehmen (§ 12 Abs. 1 der Honorarordnung für die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt [HO, SG 291.400]). Für das Berufungsverfahren hat die Berufungsbeklagte dem Berufungskläger somit eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 386.65 zuzüglich MWST zu bezahlen.

Die Berufungsbeklagte verlangt wie schon im erstinstanzlichen Verfahren auch für das Berufungsverfahren eine Umtriebsentschädigung bzw. eine pauschale Parteientschädigung in der Höhe von CHF 800.■. Ihr Parteivertreter ist ein angestellter Rechtsanwalt. Anwälte, die als Organe oder Angestellte einer Partei handeln, sind keine berufsmässigen Vertreter im Sinn von Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO (Rüegg/ Rüegg, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017, Art. 95 N 18). Eine Umtriebsentschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO ist eine zu

begründende Ausnahme, wobei die Gründe von der Partei darzulegen sind (vgl. Rüegg/Rüegg, a.a.O., Art. 95 N 21). Die Berufungsbeklagte hat keine Gründe geltend gemacht, welche die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung rechtfertigen könnten. Folglich hat sie keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

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