

# ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH AH140052 vom 1. Dezember 2014

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2014-12-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_bezirksgericht\\_zuerich\\_AH140052](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_AH140052)

FR: ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH AH140052 du 1 décembre 2014

IT: ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH AH140052 del 1 dicembre 2014

## Erwägungen

### E. 1

Der Kläger war gestützt auf den schriftlichen Arbeitsvertrag vom 20. November 2008 ab 1. März 2009 als Kundenbetreuer Vermögende Privatkunden Senior und Kadermitglied bei der Beklagten tätig. Sein Jahresgrundsalär wurde auf Fr. 87'000.-- brutto, zahlbar in 12 Monatsraten, festgelegt (act. 5/5).

#### E. 1.1

Einsprache Wer gestützt auf Art. 336 i.V.m. Art. 336a OR eine Entschädigung geltend machen will, muss gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache erheben (Art. 336b Abs. 1 OR). Das Schreiben der klägerischen Rechtsvertreterin vom 25. September 2013 genügt den Anforderungen an eine solche Einsprache (act. 5/17). Fristgerecht ist die Einsprache, wenn sie vor Ablauf der Kündigungsfrist beim Kündigenden eintrifft

- 6 - (ZR 96 [1997] Nr. 85). Die Beklagte kündigte dem Kläger auf den 31. Dezember 2013 (act. 5/16), weshalb diese Voraussetzung erfüllt ist.

#### E. 1.2

Klageerhebung innert Frist Der Anspruch auf Entschädigung zufolge missbräuchlicher Kündigung ist innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Anhängigmachen der Klage zu verlangen, ansonsten der Anspruch verwirkt (Art. 336b Abs. 2 OR). Da der Kläger seine Klage mit Einreichen des Schlichtungsgesuchs am 12. Dezember 2013 (Datum des Poststempels, act. 3 S. 1) noch vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. Dezember 2013 anhängig machen liess, ist diese Frist gewahrt.

### 2. Prinzip der Kündigungsfreiheit

### E. 2

Am 16. August 2013 verfasste der Kläger auf der Homepage "F.\_\_\_\_\_", einem öffentlich zugänglichen online-Portal, unter dem Pseudonym "G.\_\_\_\_\_" zum Artikel "... die beiden nachfolgenden Einträge (act. 16/3): "Lieber Herr H.\_\_\_\_\_. Es sind nicht nur die Berater im Private Banking, die die Schnauze voll haben, sondern auch bei den weniger vermögenden Kunden. Der ganze I.\_\_\_\_\_-Brei und die Einflüsse der zugezogenen MA von der J.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_ bringen auch uns auf die Palme. Wer an der Front arbeitet wird ausgenutzt. Es werden Stellen abgebaut indem man niemanden mehr ersetzt. Der Lohn bleibt gleich und der variable Teil gleicht mehr einem 13. Mo-

- 4 - natssalär, welchen es nicht garantiert gibt, als einem Bonus. Der Druck ist enorm und wie Sie richtig erwähnen, fehlt eine klare Strategie! Da der oberste Chef keinen Rückgrat

hat, fehlen auch den Chefs auf den tiefsten Stufen die Eier! Ich kann nur sagen, dass es mit der B.\_\_\_\_\_ schlecht steht und die Stimmung bei den Mitarbeitern beschissen ist." (Eintrag "G.\_\_\_\_\_" vom 16. August 2013, 9.42 Uhr) "Was sie hier schreiben ist nichts Neues und den Mitarbeitern sehr wohl bekannt. Entweder sind Sie Soziopath, was ich nicht hoffe, oder einfach nur ein Ignorant, der über wenig Sozialkompetenz verfügt. Ich glaube auch nicht, dass Sie je an der Front mit Kunden zu tun hatten und direkt von der L.\_\_\_\_\_ [Universität] kommen. Sie tun mir leid. Viel Glück bei M.\_\_\_\_\_!" (Eintrag "G.\_\_\_\_\_" vom 16. August 2013, 14.20 Uhr)

### **E. 2.1**

Das schweizerische Arbeitsrecht geht vom Prinzip der Kündigungsfreiheit aus. Beiden Vertragsparteien steht das Recht zu, das Arbeitsverhältnis aus beliebigen Gründen einseitig aufzulösen (Art. 335 Abs.1 OR). Ergo bedarf es für die Rechtmässigkeit einer ordentlichen, unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist ausgesprochenen Kündigung grundsätzlich keiner besonderen Begründung (statt vieler BGE 132 III 115 E.2.1).

### **E. 2.2**

Liegen der ordentlichen Kündigung nun aber doch bestimmte nach Auffassung des Gesetzgebers verwerfliche Gründe zugrunde, so kann sie missbräuchlich sein und eine Entschädigungspflicht der kündigenden Person nach sich ziehen (Art. 336a OR). Das Prinzip der Kündigungsfreiheit gilt somit nicht schrankenlos. An der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Ablauf der Kündigungsfrist ändert sich dabei allerdings nichts (GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2012, Rz. 630).

- 7 - 3. Missbrauch als Schranke der Kündigungsfreiheit

### **E. 3**

Nachdem die Beklagte von diesen Einträgen erfahren hatte, führte deren Informatikabteilung eine Untersuchung durch. Anhand der IP-Nummer konnte der Kläger bzw. der von ihm verwendete Computer eruiert werden. Am 10. September 2013 wurde der Kläger im Rahmen einer disziplinarischen Untersuchung von N.\_\_\_\_\_ einvernommen (act. 5/15). Noch am selben Tag kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich auf den 31. Dezember 2013 und stellte den Kläger per sofort frei (act. 5/16).

### **E. 3.1**

Missbräuchlich ist die Kündigung nach Auffassung des Gesetzgebers dann, wenn sie aus bestimmten, in Art. 336 OR umschriebenen unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist. Es sind deshalb – neben den in Art. 336 OR aufgeführten – weitere Tatbestände ohne weiteres denkbar und vom Bundesgericht auch schon mehrfach anerkannt worden. Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt indessen voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar ist. Die Beurteilung der Missbräuchlichkeit hat dabei anhand einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles zu erfolgen (statt vieler BGE 132 III 115 E.2.1 und 2.5 m.w.H.).

### **E. 3.2**

Der Missbrauch einer Kündigung kann sich entsprechend dem aus Art. 2 ZGB fliessenden Gebot der schonenden Rechtsausübung nicht nur aus den Kündigungsmotiven, sondern

auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Selbst wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches und verstecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht. Ein krass vertragswidriges Verhalten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld einer Kündigung, kann diese als missbräuchlich erscheinen lassen, auch wenn das Verhalten für die Kündigung nicht kausal war (statt vieler BGE 125 III 70 E.2.b). Zu beachten ist nämlich, dass der Arbeitgeber gemäss Art. 328 OR verpflichtet ist, die Persönlichkeitsgüter des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen. Er hat sich jedes durch den Arbeitsvertrag nicht gerechtfertigten Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte zu enthalten und diese auch gegen Eingriffe Vorgesetzter, Mitarbeiter oder Dritter zu schützen. Diese Fürsorgepflichten bilden das Korrelat zur Treuepflicht des Arbeitnehmers gemäss Art. 321a OR (BGE 132 III 115 E.2.2 m.w.H.). Der Gekündigte muss nicht nur den Missbrauchstatbestand, sondern auch dessen Kausalität für die Kündigung dartun und (soweit erforderlich) nachweisen.

- 8 - Dem Kündigenden steht der Gegenbeweis offen, dass ein nicht missbräuchlicher Grund ursächlich für die Kündigung war (statt vieler BGE 123 III 246 E.4b). 4. Missbräuchlichkeit gemäss Art 336 Abs. 1 lit. b OR

#### **E. 4**

Der Kläger liess mit Schreiben vom 25. September 2013 eine Begründung der Kündigung verlangen und erhob gleichzeitig fristgerecht Einsprache im Sinne von Art. 336b OR (act. 5/17). Mit Schreiben vom 11. Oktober 2013 begründete die Beklagte die Kündigung damit, dass der Kläger die gesetzliche Treuepflicht verletzt sowie gegen die Weisung zum Thema Social Media in der externen Kommunikation als auch gegen die allgemeinen Anstellungsbedingungen verstossen habe (act. 5/14). Per 31. Dezember 2013 wurde dem Kläger ein Arbeitszeugnis ausgestellt (act. 5/6).

#### **E. 4.1**

Parteibehauptungen

##### **E. 4.1.1**

Der Kläger beanstandet, die angefochtene Kündigung stelle einen unzulässigen Eingriff in seine Meinungs- und Informationspflicht dar. Denn gemäss Art. 16 BV habe er das Recht gehabt, seine private Meinung über seine Arbeitgeberin auf einer öffentlich zugänglichen Homepage zu äussern. Die von ihm gemachten Äusserungen könnten in keiner Art und Weise als Verletzung der Treuepflicht des Arbeitnehmers qualifiziert werden. Dies gelte umso mehr, als dass der Eintrag anonym erfolgt und für den unbeteiligten Dritten daher nicht ersichtlich gewesen sei, ob es sich beim Schreiber um einen Mitarbeiter der Bank gehandelt habe oder nicht (act. 1 Rz. 21).

##### **E. 4.1.2**

Die Beklagte lässt vorab darauf hinweisen, dass eine direkte Drittwirkung der Meinungsäusserungsfreiheit, wie sie der Kläger impliziere, vorliegend ausgeschlossen sei. Die Meinungsäusserungsfreiheit gelte sodann nicht uneingeschränkt, sondern finde ihre Grenzen in den eigenen Rechtspflichten des Arbeitnehmers. Soweit eine öffentliche Kritik überhaupt zulässig sei, müsse sie jedenfalls objektiv und unpolemisch formuliert werden. Der Kläger als Kaderangehöriger habe mit seinen verunglimpfenden und unsachlichen Einträgen verschiedene Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis schwerwiegend verletzt, so

namentlich die Treuepflicht, die Weisungsbefolgungspflicht und die Arbeitsleistungspflicht (act. 13 Rz. 20 ff. und act. 20 Rz. 2 ff.).

## **E. 4.2**

Rechtliches

### **E. 4.2.1**

Nach Art. 336 Abs. 1 lit. b OR kann eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses dann missbräuchlich sein, wenn eine Partei sie ausspricht, weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt. Unter verfassungsmässigen Rech-

- 9 - ten ist insbesondere die Meinungs- und Informationsfreiheit im Sinne von Art. 16 BV zu verstehen, welche jeder Person das Recht gewährt, ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten. Art. 336 Abs. 1 lit. b OR enthält indessen die Einschränkung, dass Rechtsmissbrauch verneint wird, wenn die Ausübung des verfassungsmässigen Rechtes eine gesetzliche oder vertragliche Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt (statt vieler BGE A4\_432/2009 vom 10. November 2009 E.2.2).

### **E. 4.2.2**

Die Kritik am Arbeitgeber steht unter dem Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit, doch darf sie die Treuepflicht nicht verletzen (BSK OR I-PORTMANN,

### **E. 4.2.3**

Nach der allgemeinen Arbeits- (Art. 319 Abs. 1 OR) und Treuepflicht (Art. 321a Abs. 1 OR) ist von vornherein nur eine zurückhaltende, verhältnismässige und verantwortungsvolle Internetnutzung zulässig. Zudem ist der Arbeitnehmer gemäss Art. 321d OR verpflichtet, die allgemeinen Anordnungen des Arbeitgebers und insbesondere die ihm erteilten besonderen Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen. Der Arbeitgeber hat also das Recht in einem Nutzungsreglement zu bestimmen, wie seine Arbeitnehmer Internet und E-Mail für nicht berufliche Zwecke nutzen dürfen. Unbestrittenermassen galten für den Kläger am 16. August 2013 – dem Zeitpunkt, in welchem der Kläger die Einträge auf der Homepage "F.\_\_\_\_\_" verfasste – ne-

- 10 - ben anderen folgende Weisungen: Weisung Sachgebiet Nr. 8.9: Social Media in der externen Kommunikation (act. 5/18a, nachfolgend: [SG 8.9]), Weisung Sachgebiet Nr. 8.1: Allgemeine Anstellungsbedingungen (act. 5/18b, nachfolgend: [AAB]) und ein Anhang 2 zur Weisung SG Nr. 8.2 Informationssachmittel (act. 16/5, nachfolgend: [A2SG 8.2]). Vom Kläger wurde nicht behauptet, dass ihm diese Weisungen nicht bekannt waren oder für ihn nicht gelten sollten. In den Ziffern 4.1 und 4.2.1 der Weisung SG 8.9 (act. 5/18a) finden sich die Verhaltensgrundsätze bei der Nutzung von Social Media, um Reputationsrisiken der Beklagten zu verhindern. Danach seien interne Informationen über die Beklagte oder Mitarbeitende der Beklagten vertraulich zu behandeln. Bei privaten Stellungnahmen zu einem Bankthema dürfe kein Bezug zur beruflichen Tätigkeit bei der Beklagten bestehen und Stellungnahmen im Namen der Beklagten als auch in der Rolle als Mitarbeiter der Beklagten seien verboten. Des Weiteren seien Stellungnahmen auf Äusserungen oder andere Informationen mit kritischem Inhalt über die Beklagte verboten. Stosse man auf derartige Inhalte bestünde eine Meldepflicht an die dafür verantwortliche Stelle.

#### E. 4.2.4

Vorab ist festzuhalten, dass es sich bei der Homepage "F.\_\_\_\_\_" um ein auf dem Finanzmarkt Schweiz bekanntes Onlineportal handelt, dessen Ziel es ist, täglich Artikel zu veröffentlichen und so eine wachsende Leserschaft zu gewinnen. Laut Homepage stehen Schweizer Banken und deren Führungspersonal im Zentrum der Artikel. Dabei wird den Lesern die Möglichkeit eingeräumt, sämtliche Artikel zu kommentieren. Im Gegensatz zu gängigen Social-Network-Plattformen, in welchen je nach Einstellung nur Freunde oder Followers die Kommentare einsehen können, ist dies auf der Homepage "F.\_\_\_\_\_" uneingeschränkt möglich. Es handelt sich um eine offene Plattform, auf die jedermann via Internet kostenlos Zugriff nehmen kann, ohne dass eine vorgängige Registrierung erforderlich wäre. Die Kommentare des Klägers erfolgten damit (uneingeschränkt) in der Öffentlichkeit. Nicht von Relevanz ist, dass es sich bei der Mehrheit der Besucher um ein Fachpublikum des Finanzmarktes Schweiz handeln dürfte. Die vom Kläger verfassten Einträge auf der Homepage "F.\_\_\_\_\_" sind nicht nur als kritische Beiträge zu qualifizieren, sondern sie enthalten Formulierungen, die

- 11 - mindestens als grobe Verstösse gegen Anstand und Höflichkeit zu qualifizieren sind. Jedenfalls sind sie geeignet, das gegenseitige Vertrauensverhältnis, welches Wesensmerkmal eines jeden Arbeitsverhältnisses ist, zu erschüttern. Mitarbeiter müssen ihren Vorgesetzten ein Mindestmass an Respekt entgegenbringen. Despektierliche Äusserungen, welche die Autorität der Vorgesetzten untergraben, müssen vom Arbeitgeber nicht geduldet werden. Vor allem nicht in dieser Form und Intensität. Der gewählte Tonfall und die gewählten Ausdrücke sind dem bestehenden und das Wesen eines Arbeitsverhältnisses ausmachenden Subordinationsverhältnis nicht angemessen, wirft doch der Kläger seinen Vorgesetzten sinngemäss Inkompetenz vor. Die verbalen Entgleisungen des Klägers sind respektlos und lassen den notwendigen Unterordnungswillen vermissen. In Anbetracht sämtlicher genannter Umstände liegt ein schwerwiegender Verstoss gegen die Treuepflicht vor. Da die Beklagte nicht fristlos kündigte, kann offen bleiben, ob die mutwilligen Äusserungen des Klägers einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR darstellen. Gleiches gilt betreffend ihrer strafrechtlichen Relevanz. Aus dem Umstand, dass die Beklagte keine Strafanzeige eingereicht hat, kann der Kläger jedenfalls nichts für seinen Standpunkt ableiten. Entgegen der Ansicht des Klägers ergibt sich für den Leser dieser Beiträge, dass es sich beim Verfasser um einen Mitarbeiter der Beklagten handelt. So kommentierte der Kläger unter dem Pseudonym "G.\_\_\_\_\_" einen Artikel, in welchem es konkret um die Beklagte ging. Das vom Kläger gewählte Pseudonym "G.\_\_\_\_\_", welches er vielmehr zu seinem als zum Schutz der Beklagten gewählt zu haben scheint, legt den Schluss nahe, dass es sich um einen Bankangestellten handelt. Sodann ist von "uns" die Rede und es werden interne Vorgänge bei der Beklagten genannt (wie "... der Einfluss der zugezogenen MA von der J.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_" und "... die Stimmung bei den Mitarbeitern ist beschissen" oder "Was sie hier geschrieben ist nichts Neues und den Mitarbeitern sehr wohl bekannt"). Weiter ist von "I.\_\_\_\_\_-Brei" die Rede, womit klar das mit "I.\_\_\_\_\_" bezeichnete Restrukturierungsvorhaben der Beklagten angesprochen wird. Um einen gänzlich anonymen Auftritt handelt es sich somit nicht. Überdies enthält der von H.\_\_\_\_\_ verfasste Artikel "... kritische Inhalte über die Beklagte sowie deren Führungsperson(en). Anstatt weisungswidrig dazu Stellung zu nehmen, wäre der Kläger viel-

- 12 - mehr zu dessen Meldung verpflichtet gewesen (Stand vom 1. Dezember 2014: [http://F.\\_\\_\\_\\_.ch/...](http://F.____.ch/...)). Für die Verfolgung der Homepage und die Verfassung der Beiträge behauptete der Kläger in seiner Klage noch "wenige Minuten Arbeitszeit verwendet zu haben" (act. 1 Rz. 20), wobei er in der Replik seine eigene Darstellung bestritt und neu behauptete "dies sei während der Pausen erfolgt" (act. 19 Rz. 9). Ob der Kläger seine Beiträge während der Arbeitszeit oder in Pausen verfasst hat, ist im vorliegenden Fall von untergeordneter Bedeutung. Dies umso mehr, als dass die Beklagte ihren Mitarbeitern in Ziffer 2 des A2SG 8.2 (act. 16/5) eine eingeschränkte Nutzung erlaubt, sofern dadurch die geschäftlichen Aufgaben nicht beeinträchtigt werden, wobei die Beklagte es ohnehin unterliess, Letzteres geltend zu machen. Feststeht jedenfalls, dass der Kläger diese Kommentare verfasst und hierfür die Infrastruktur der Beklagten verwendet hat, ansonsten der Kläger nicht als Urheber hätte ausfindig gemacht werden können.

### **E. 4.3**

Fazit Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Kläger als zum Kader gehörender Arbeitnehmer mit seinen in der Öffentlichkeit erfolgten Kommentaren nicht nur die allgemeine Treuepflicht schwer verletzt, sondern auch den obgenannten besonderen Weisungen der Beklagten zuwider gehandelt hat. Die unter diesen Umständen erfolgte Kündigung ist nicht missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. b OR.

- 13 -

## **E. 5**

Missbräuchlichkeit infolge Verletzung des Datenschutzgesetzes oder Art. 26 ArGV 3

### **E. 5.1**

Parteibehauptungen

#### **E. 5.1.1**

Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, dass bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit auch zu berücksichtigen sei, unter welchen Umständen die Beklagte überhaupt habe herausfinden können, dass er (der Kläger) im Blog "F.\_\_\_\_" als Kritiker der Beklagten aufgetreten sei (act. 1 Rz. 23). Die Beklagte habe kein Überwachungsreglement erlassen (act. 1 Rz. 28). Für die Rechtmässigkeit einer heimlichen gezielten Überprüfung der Logfiles eines Arbeitnehmers und dessen systematische Überwachung fehle es damit an einer Rechtsgrundlage (act. 1 Rz. 32). Die Beklagte habe mit ihrem Vorgehen somit gegen die Persönlichkeitsrechte des Klägers, gegen Art. 26 ArGV 3 sowie gegen das Datenschutzgesetz verstossen. Es gehe nicht an, das Wissen, das aufgrund dieses rechtswidrigen Vorgehens erlangt worden sei, zur Rechtfertigung der Kündigung heranzuziehen. Eine solche Kündigung müsse als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden (act. 1 Rz. 34 f.).

#### **E. 5.1.2**

Die Beklagte macht geltend, dass weder eine Verletzung von Art. 26 ArGV 3 noch des Datenschutzgesetzes vorliege (act. 13 Rz. 25 und act. 20 Rz. 8). Es habe keine systematische oder heimliche Überwachung der Aktivitäten der Mitarbeiter stattgefunden. Systemtechnisch bedingt hinterlasse jede Internetaktivität eine Datenspur. Dies lasse sich nicht verhindern und sei überdies aus Gründen der Nachvollziehbarkeit (Compliance) und IT-Sicherheit zwingend. Soweit solche Aufzeichnungen erfolgen würden, dienten sie nicht der Verhaltenskontrolle und würden auch sonst in keiner Weise die Gesundheit der

Mitarbeiter gefährden (act. 13 Rz. 26). Die Mitarbeitenden seien in den Weisungen SG 8.9 und SG 8.1 sowie im Anhang zur Weisung SG 8.2 über die Aufzeichnungen rechtsge- nügig und unmissverständlich informiert worden (act. 13 Rz. 27). Liege wie im vorliegenden Fall ein konkreter Verdacht für eine rechtlich relevante Pflichtverlet- zung vor, bestehe ganz unabhängig von der vertraglichen Ausgestaltung der IT- Nutzungs- und Kontrollordnung ein Recht auf Kontrolle und Durchführung der da-

- 14 - zu notwendigen Datenerhebungen vor (act. 13 Rz. 29). Der Grundsatz der Ver- hältnismässigkeit gemäss DSG sei eingehalten worden (act. 13 Rz. 30).

## **E. 5.2**

Verletzung des Datenschutzgesetzes und der ArGV 3

### **E. 5.2.1**

Beim Surfen und Mailen werden an verschiedenen Orten Spuren hin- terlassen. In der Regel führen gemeinsam benutzte Informatikmittel (z.B. Server) eine Protokollierung der durchgeführten Aktivitäten durch. Sie erstellen sogenann- te Logfiles. Logfiledaten sind gemäss Datenschutzgesetz (folgend: DSG) Perso- nendaten, so dass deren Bearbeitung den Bestimmungen des DSG untersteht (EDÖB, Leitfaden über Internet- und E-Mailüberwachung am Arbeitsplatz: Für die Privatwirtschaft, Stand: September 2013, Bern, S. 4). Gemäss den Grundsätzen des Datenschutzes bedarf eine Datenbearbeitung eines Rechtfertigungsgrundes (Art. 13 Abs. 1 DSG) und muss den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren (Art. 4 Abs. 2 DSG). Dies bedeutet, dass nur diejenigen Auswertungen vorge- nommen werden dürfen, die für das Aufdecken von Missbräuchen geeignet sind. Dabei hat der Arbeitgeber diejenige Auswertungsform zu wählen, welche den mil- desten Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Mitarbeitenden darstellt (EDÖB, a.a.O., S. 5). Der Grundsatz der Zweckbindung nach Art. 4 Abs. 3 DSG bedeutet, dass die Logfiles nur für diejenigen Zwecke verwendet werden dürfen, welche bei der Beschaffung den Mitarbeitenden bekannt gegeben wurden. Diesem Grund- satz kommt der Arbeitgeber durch den Erlass eines Überwachungsreglements und durch die regelkonforme Datenbearbeitung nach. In diesem Reglement muss festgehalten werden, welche Auswertungen für welche Zwecke mit welchen Da- ten (Logfiles) durchgeführt werden. Die Notwendigkeit des Erlasses eines Über- wachungsreglements ergibt sich aus dem Grundsatz der Transparenz (EDÖB, a.a.O., S. 6).

### **E. 5.2.2**

Gemäss Art. 26 Abs. 1 ArGV 3 dürfen zum Zweck des Gesundheits- schutzes Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das Verhalten der Arbeitneh- mer am Arbeitsplatz überwachen sollen, nicht eingesetzt werden. Werden Über- wachungs- und Kontrollsysteme für andere Zwecke eingesetzt, so sind sie zuläs- sig, wenn sie so ausgestaltet sind, dass die Gesundheit und die Bewegungsfrei-

- 15 - heit der Arbeitnehmer dadurch nicht beeinträchtigt werden (Art. 26 Abs. 2 ArGV 3). Für das Surfen und Mailen am Arbeitsplatz bedeutet dies, dass die ständige personenbezogene Auswertung von Logdaten für die Überwachung des Nutzungsverhaltens nicht zulässig ist. In bestimmten Bereichen der Privatwirt- schaft, zu denen auch die Banken zählen, wird die systematische Überwachung und Auswertung indessen zu einer Anforderung, damit das Unternehmen die Compliance-Anforderungen erfüllen kann (EDÖB, a.a.O., S. 5 f.).

### **E. 5.3**

In den unter 4.2.3. genannten Weisungen hat die Beklagte festgehalten, welche Nutzung des Internets erlaubt ist, respektive welche Nutzung nicht akzeptiert wird. Die Beklagte hat damit ein Überwachungsreglement erlassen, welches den Voraussetzungen von Art. 4 DSGVO genügt und für die erforderliche Transparenz sorgt. Wie bereits erwähnt, unterliess es der Kläger zu bestreiten, dass ihm diese Weisungen bekannt oder auf ihn anwendbar gewesen sein sollen. In Ziffer 5 der Weisung SG 8.9 (act. 5/18a) unter dem Titel "Umsetzungskontrolle" hielt die Beklagte Folgendes fest: "Die Einhaltung dieser Weisung kann mit technischen und organisatorischen Massnahmen überprüft werden. Unter Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen können Benutzeraktivitäten und -informationen aufgezeichnet und bei Bedarf ausgewertet werden. Gezielte Auswertungen können im Bedarfsfall aufgrund bestimmter Vorkommnisse, z.B. bei konkretem, erheblichem Verdacht auf Missachtung der Verhaltensgrundsätze, durchgeführt werden." Auch in Ziffer 3.11 der AAB (act. 5/18b) und in Ziffer 4 des A2SG 8.2 (act. 16/5) finden sich Hinweise darauf, dass und inwieweit die Beklagte die Tätigkeit ihrer Arbeitnehmenden überwacht und im Verdachtsfall auswertet. Damit wurden die Arbeitnehmenden transparent darüber unterrichtet, welche Regeln sie im Bereich der Internetnutzung zu befolgen haben und in welchen Bereichen die Beklagte Überwachungs- und Kontrollsysteme einsetzt. Der Kläger kann nichts daraus ableiten, dass bei der Beklagten mittlerweile eine neue Fassung der Weisung Sachgebiet Nr. 8.9 (act. 27) existiert. Nur der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass die einzige Änderung darin besteht, dass der Arbeitnehmer in der neuen Version nochmals explizit auf die Be-

- 16 - achtung der ohnehin geltenden Treuepflicht gem. Art. 321a OR hingewiesen wird (vgl. act. 5/18 mit act. 27). Da bei der Beklagten Weisungen existierten kann offen bleiben, ob sie auch ohne Erlass solcher Weisungen zur Auswertung der Daten berechtigt gewesen wäre.

### **E. 5.4**

Der Arbeitgeber darf, bei Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit und einer entsprechenden Transparenz gegenüber dem Betroffenen, elektronische Spuren und Protokollierungen (z.B. Logfiles) zu Kontrollzwecken oder auch zur Missbrauchsprävention erstellen und bearbeiten (BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, 3. Aufl., 2014, Basel, Art. 4 N 29). Eine ständige personenbezogene Auswertung ist zwar nicht zulässig, hingegen darf eine personenbezogene namentliche Auswertung dann durchgeführt werden, wenn mindestens ein konkreter Missbrauchsverdacht besteht oder aufgrund einer personenbezogenen nicht-namentlichen Auswertung feststeht, dass es zu einem Missbrauch gekommen ist und nun die konkrete Person identifiziert werden soll (EDÖB, a.a.O., S. 9). Diese Rechtsauffassung scheint selbst der Kläger zu tragen (vgl. act. 19 Rz. 15). Aufgrund der beiden unter dem Pseudonym "G.\_\_\_\_\_" verfassten Kommentare auf der Homepage "F.\_\_\_\_\_" lag für die Beklagte ein konkreter Verdacht vor, dass einer ihrer Angestellten (in mehrfacher Hinsicht) einen Missbrauch begangen hat (vgl. 4.2.4). Dem zu beurteilenden Sachverhalt immanent ist, dass der Kläger zunächst die Kommentare verfasst und gepostet haben muss, bevor die Beklagte mit der Auswertung der Daten beginnen konnte. Im Zeitpunkt dieser Auswertung lag also bereits ein konkreter Missbrauchsverdacht vor. Im Übrigen richtete sich die (mindestens der erste Teil der) Untersuchung der Beklagten nicht konkret gegen den Kläger, sondern gegen einen ihr noch unbekanntem Mitarbeiter, welcher unter dem

Pseudonym "G.\_\_\_\_\_" die beiden Kommentare verfasst hat. Das Vorgehen der Beklagten war geeignet, den Missbrauch aufzudecken und den Kläger als Urheber der fraglichen Kommentare zu eruieren. Eine mildere Massnahme, um zu demselben Ziel zu gelangen, ist nicht ersichtlich, so dass auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehalten wurde. Gleiches gilt für die gewählte Auswertungsform, da nur die personenbezogene namentliche Auswertung zum Kläger als Urheber führen konnte und diese, wie bereits erwähnt,

- 17 - bei einem konkreten Missbrauchsverdacht zulässig ist. Die Interessen der Beklagten, solche treuwidrigen Einträge in Zukunft zu unterbinden, überwiegt im vorliegenden Fall den Schutz der Persönlichkeitsrechte des Klägers.

## **E. 5.5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte mit ihrem Vorgehen bei der Aufdeckung der Pflichtverletzungen weder gegen die Bestimmungen des DSG noch gegen Art. 26 ArGV 3 verstossen hat. Daher kann offenbleiben, ob eine Verletzung einer der vorgenannten Bestimmungen die Schwere der in Art. 336 OR aufgeführten Tatbestände erreichen und die Missbräuchlichkeit der Kündigung nach sich ziehen würde. Die unter diesen Umständen erfolgte Kündigung ist nicht missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR.

## **E. 6**

Tatbestand der aussergesetzlichen missbräuchlichen Kündigung

### **E. 6.1**

Parteibehauptungen

#### **E. 6.1.1**

Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, die Beklagte sei eine selbständige Anstalt des kantonalen Rechts und damit an die allgemeinen Verfassungsgrundsätze gebunden. Sie habe insbesondere den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren. Aufgrund dieses Grundsatzes habe bei einer Kündigung in der Regel zunächst eine Ermahnung zu ergehen, um dem Betroffenen die Möglichkeit der Bewährung zu geben (act. 1 Rz. 40). Eine Kündigung, die auf eine krasse Vertragsverletzung der Beklagten als die die Kündigung aussprechende Partei zurück zu führen sei, erfülle den Tatbestand einer aussergesetzlichen missbräuchlichen Kündigung (act. 1 Rz. 43). Zudem würde die Treuepflicht zum Gemeinwesen dem Beamten geradezu gebieten, seine Kritik auch in der Öffentlichkeit zu äussern (act. 1 Rz. 39).

#### **E. 6.1.2**

Die Beklagte lässt ausführen, dass sie nicht einer direkten Grundrechtsbindung unterliege, wie dies vom Kläger vorgetragen werde. Auch wenn sie eine öffentlich-rechtliche Anstalt sei, liege ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis vor (act. 13 Rz. 34). Der Kläger habe sich schwere Verletzungen des Arbeitsvertrags und der Treuepflicht zu Schulden kommen lassen, was einen sachlichen

- 18 - Grund darstelle und eine ordentliche Kündigung zu rechtfertigen vermöge (act. 13 Rz. 35). Ein Fall von Whistleblowing liege sicher nicht vor (act. 13 Rz. 36).

### **E. 6.2**

Rechtliches

#### **E. 6.2.1**

Art. 35 Abs. 2 BV stellt klar, dass alle, die eine staatliche Aufgabe wahrnehmen an die Grundrechte gebunden und verpflichtet sind, zu ihrer Verwirklichung beizutragen. Somit ergibt sich einerseits eine Grundrechtsbindung des als Privatrechtssubjekt auftretenden Staates; andererseits folgt aus dieser Bestimmung, dass Private, die vom Staat übertragene Aufgaben wahrnehmen, an die Grundrechte gebunden sind (HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., 2012, Basel, Rz. 277). Eine direkte Drittwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsbereich wird für die schweizerische Rechtsordnung allgemein abgelehnt. Aus Art. 35 Abs. 3 BV ergibt sich nur eine indirekte Drittwirkung (HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 281 f. und 288; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321a N 5 und 7). Das OR kennt keine Pflicht, die Gegenpartei vor Aussprechen einer Kündigung anzuhören oder sie zunächst zu warnen. Ebenso wenig besteht im Privatrecht eine Pflicht, eine erwogene Kündigung zunächst einer Verhältnismässigkeitsprüfung in dem Sinne zu unterziehen, dass vor einer Kündigung immer zuerst mildere Massnahmen (z.B. Verwarnung oder Versetzung) zu ergreifen wären (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336 N 4, S. 999 m.w.H.).

### **E. 6.2.2**

Gemäss § 1 des Gesetzes über die B.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: [KB-G]) ist die Beklagte eine öffentlich-rechtliche Anstalt. Sie erfüllt Aufgaben, die im öffentlichen Interesse liegen (§ 2 KB-G). Sie untersteht der Obersicht des Kantonsrates (§ 11 KB-G) und geniesst Staatsgarantie (§ 6 KB-G). Die Beklagte ist mithin eine Arbeitgeberin des kantonalen öffentlichen Rechts, was sich allerdings bereits aus ihrer Rechtsform ergibt und womit nicht viel gewonnen ist.

### **E. 6.2.3**

Das Personalgesetz (nachfolgend: [PG]) erlaubt privatrechtliche Anstellungsverhältnisse selbständiger öffentlich-rechtlicher Anstalten (§ 1 PG). Für das Personal von selbständigen Anstalten des kantonalen öffentlichen Rechts gilt der

- 19 - Rechtsschutz nach §§ 74 ff. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich jedenfalls dann, wenn dies spezialgesetzlich vorgesehen ist (KÖLZ/BOSS-HART/RÖHL/BERTSCHI, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., 1999, Basel, N 4 f. der Vorbem. §§ 74-80d). Entsprechende spezialgesetzliche Bestimmungen fehlen indessen für die Beklagte, im Gegensatz etwa zur Universität (vgl. § 11 des Universitätsgesetz über die Universität Zürich).

### **E. 6.3**

Fazit Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass das Anstellungsverhältnis als privatrechtlich zu qualifizieren ist (vgl. act. 1 Rz. 40 und act. 13 Rz. 34). Der Kläger übte für die Beklagte als Kundenbetreuer eine Tätigkeit aus, welche mit keiner hoheitlichen Befugnis verbunden ist und keine unmittelbaren öffentlichen Interessen verfolgt, sondern typischerweise eine privatrechtliche Erwerbstätigkeit darstellt. Da auch im privatrechtlichen Arbeitsvertrag des Klägers jeder Hinweis auf die (ergänzende) Anwendbarkeit von öffentlichem Personalrecht fehlt (vgl. act. 1 Rz. 40), kann der Kläger aus seiner diesbezüglichen Argumentation nichts zu seinen Gunsten ableiten. Das Vorliegen eines aussergesetzlichen missbräuchlichen Kündigungstatbestandes ist damit zu verneinen. Bei den vom Kläger verfassten Kommentaren handelt es sich um öffentliche Verunglimpfungen und nicht um Missstände, welche ein öffentliches Interesse berühren, weshalb

Whistleblowing zum vornherein ausgeschlossen werden kann. IV. Zeugnisänderungsklage  
1. Grundsätzliches Gemäss Art. 330a OR kann der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber jederzeit ein Zeugnis verlangen. Der Anspruch auf Ausstellung eines Zeugnisses ist rechtlich durchsetzbar (Zeugnisklage). Der gleiche Weg ist zu wählen, wenn der Arbeit-

- 20 - nehmer ein Zeugnis erhalten hat, mit diesem aber nicht zufrieden ist (Zeugnisänderungsklage; statt vieler BGE 129 III 177 E.3.3). Das vollständige Zeugnis soll einerseits darüber Auskunft erteilen, welche Funktion der Arbeitnehmer hatte und welches sein Tätigkeitsfeld war, andererseits soll die Leistung und das Verhalten bewertet werden. Es handelt sich dabei um ein Gesamturteil, in welches alle Aspekte einfließen sollen. Aus der Funktion des Arbeitszeugnisses, dem Arbeitnehmer das wirtschaftliche Fortkommen zu erleichtern, lässt sich herleiten, dass das Arbeitszeugnis von verständigem Wohlwollen gegenüber dem Arbeitnehmer geprägt sein muss. Der Grundsatz des Wohlwollens findet jedoch seine Grenze an der Wahrheitspflicht (STREIFF/VON KAENEL/ RUDOLPH, a.a.O., Art. 330a N 3a; JANSSEN, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, Bern 1996, S. 74). Mit der Berichtigungsklage muss der Arbeitnehmer den verlangten Text selber formulieren. Die Gerichte verlangen bei der Berichtigungsklage im Rechtsbegehren einen bestimmten Text, der dem Arbeitgeber im Dispositiv vorgeschrieben werden kann. So wird, wenn der Arbeitgeber sich weigert, das Arbeitszeugnis urteilsgemäss auszustellen, verhindert, dass über den Zeugnisinhalt weitere Prozesse geführt werden müssen. Ausserdem kann die Vollstreckung in Bezug auf einen bestimmten Zeugnistext verlangt werden (JANSSEN, a.a.O., S. 160). In der Lehre wird dem Arbeitgeber die Behauptungs- und Beweislast für die Richtigkeit des von ihm ausgestellten Zeugnisses zugewiesen. Der Arbeitnehmer trägt dagegen die Behauptungs- und Beweislast für die seinem Formulationsantrag zugrundeliegenden Tatsachen (JANSSEN, a.a.O., S. 161). 2. Vom Kläger beantragte Änderungen In Ziffer 2 des Rechtsbegehrens der Klage formulierte der Kläger den Arbeitszeugnistext, wobei er nachfolgende Änderungen verlangt (vgl. act. 1 S. 2 f. mit act. 5/6):

- 21 - a) Der Satz "Er beachtete bei seinen Entscheidungen die Kosten / Nutzenaspekte und handelte selbständig" sei um den Einschub "unter Berücksichtigung der vorgegebenen Rahmenbedingungen" zu ergänzen. b) Der Satz betreffend die (Gesamt-) Leistung des Klägers sei abzuändern: von "gute Ergebnisse" in neu: "sehr gute Ergebnisse" und von "gute Leistung" in neu: "sehr gute Leistung". c) Der Satz betreffend das Verhalten des Klägers gegenüber den Vorgesetzten sei abzuändern: von "einwandfreies Verhalten gegenüber seinem Vorgesetzten" in neu: "einwandfreies, freundliches und korrektes Verhalten gegenüber seinen Vorgesetzten". d) Die Schlussformulierung sei abzuändern: von "Wir danken A.\_\_\_\_\_ für die Mitarbeit und wünschen ihm für seine berufliche und private Zukunft viel Erfolg und alles Gute." in neu: "A.\_\_\_\_\_ verlässt unsere Bank auf eigenen Wunsch um sich einer neuen Herausforderung zu zuwenden. Wir bedauern seinen Austritt. Wir danken A.\_\_\_\_\_ für die Mitarbeit und wünschen ihm für seine berufliche und private Zukunft viel Erfolg und alles Gute.". Zu 2.a) Die Redaktion und Wortwahl ist Sache des Arbeitgebers (ZR 96 (1997) Nr. 78). Zwar ist er gehalten, den Text in klarer und allgemein verständlicher Sprache zu schreiben, im Übrigen aber frei, wie und was er schreibt (H.-P. EGLI, Die Formulierung von Arbeitszeugnissen, in: Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2002, S. 59). Aus der von der Beklagten gewählten Formulierung ist ohnehin davon auszugehen, dass der Kläger bei seinen Entscheidungen die vorgegebenen Rahmenbedingungen beachtet hat. Die explizite Erwähnung derselben erweist sich bei dieser Lesart als nicht erforderlich, weshalb der Kläger keinen

schützenswerten Anspruch auf Änderung hat.

- 22 - Zu 2.b) Der Kläger machte in seiner Klage zunächst noch geltend, dass die Werte seiner Jahresbeurteilungen ein "sehr gut" rechtfertigen würden. Sein jeweiliger Vorgesetzter habe den Gesamtwert im Jahr 2009 auf eine 3 (act. 5/9), im Jahr 2010 auf eine 4 (act. 5/10) und im Jahr 2011 wieder auf eine 3 (act. 5/11) festgesetzt (act. 1 Rz. 45). In der Replik stellte er sich dann neu auf den Standpunkt, dass es falsch sei auf diese Mitarbeiterbeurteilungen abzustellen, da sie relativ streng erfolgen würden (act. 19 Rz. 6). Die Beklagte macht in ihrer Stellungnahme zur Klage geltend, der Kläger habe zwar eine durchgehend "gute" aber keine "sehr gute" Leistung erbracht. Der Kläger habe dies auch in den Zwischenzeugnissen akzeptiert (act. 13 Rz. 38). In der Duplik stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, nach ihrer stetigen Praxis werde ein "sehr gut" nur bei einem langandauernden, durchschnittlichen Erreichen der Bewertung 4 ausgestellt. Der Beklagte habe aber im Schnitt lediglich eine 3 erreicht. Sollte die Beklagte dem Kläger ein "sehr gut" attestieren müssen, würde sie damit den Gleichbehandlungsgrundsatz gegenüber ihren andern Mitarbeitern verletzen (Prot. S. 6). Grundsätzlich hat das Gericht von der Stufe "gut" auszugehen, wobei der Arbeitnehmer für ein "sehr gut" und der Arbeitgeber für ein "genügend" beweispflichtig ist (vgl. H.-P. EGLI, a.a.O., S. 71). Der Kläger hat also zu beweisen, dass seine Leistungen überdurchschnittlich waren. Der anwaltlich vertretene Kläger hat betreffend seiner behaupteten überdurchschnittlichen Leistungen keine weiteren als die bereits bei den Akten liegenden Urkunden als Beweismittel offeriert. Dabei gilt zu beachten, dass die von der Beklagten in ihrer Duplik behauptete Praxis, dass bei ihr nur ein langandauerndes, durchschnittliches Erreichen einer 4 zu seinem "sehr gut" berechtigen würde, vom Kläger unbestritten blieb und als gegeben zu erachten ist.

- 23 - Die bei den Akten liegenden jährlichen Beurteilungen/Zwischenbeurteilungen enthalten eine Skala von 1 bis 5. Dabei entspricht 1 = erfüllt die Erwartungen nicht, 2 = erfüllt die Erwartungen teilweise, 3 = erfüllt die Erwartungen, 4 = übertrifft die Erwartungen teilweise und 5 = übertrifft die Erwartungen deutlich. Über das rund vier Jahre dauernde Anstellungsverhältnis erreicht der Kläger unter Einbezug des Jahres 2012 einen durchschnittlichen (gerundeten) Gesamtwert von 3.25 bzw. einen ungerundeten Gesamtwert von 3.06 (vgl. act. 5/9 - 5/12). Aus diesen Beurteilungen wird also ersichtlich, dass der Kläger die Erwartungen seiner Vorgesetzten (mindestens) erfüllte. Nach der bei der Beklagten gelebten Praxis berechtigt dies den Kläger aber lediglich zu einem "gut" und nicht zu einem "sehr gut", was im Übrigen auch dem Wortlaut der Skala "erfüllt die Erwartungen" in etwa entspricht. Im Zwischenzeugnis 2012 wurden dem Kläger ebenfalls "gute Ergebnisse" bescheinigt (act. 16/2.3), wobei der Kläger nicht geltend gemacht hat, dagegen protestiert zu haben. Es ist zwar gerichtsnotorisch, dass bei internen Mitarbeiterbeurteilungen ein strengerer Massstab angewendet wird (und auch soll) als bei der Ausstellung von Arbeitszeugnissen. Dieser Umstand allein führt aber nicht dazu, dass der Kläger nachzuweisen vermag, dass seine Leistungen überdurchschnittlich waren. Sein Antrag ist auch in diesem Punkt abzuweisen. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Kläger seine Leistungen nicht erst in seiner Klage, sondern schon während des Arbeitsverhältnisses deutlich besser als seine Vorgesetzten eingeschätzt hat. So gab er sich in den jährlichen Beurteilungen/Zwischenbeurteilungen über das gesamte Arbeitsverhältnis eine 3.75 (vgl. act. 5/9 - 5/12). Abgesehen davon, dass diese jährlichen Beurteilungen/Zwischenbeurteilungen streng erfolgen würden, machte der Kläger hingegen nicht geltend, dass sie nicht seinen Leistungen entsprechen würden. Zu 2.c) Der Kläger

stellt sich in seiner Klage auf den Standpunkt, dass ihm sowohl die Jahresbeurteilungen als auch das Zwischenzeugnis ein "einwandfreies, freundliches und zuvorkommendes Verhalten" bescheinigen würden (act. 1 Rz. 47). Die Beklagte dürfe den geringfügigen und vor allem einmaligen Vorwurf, welcher un-

- 24 - verständlicherweise zur missbräuchlichen Kündigung geführt habe, nicht auch noch im Zeugnis aufführen (act. 1 Rz. 48). Die Beklagte stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass der Kläger als Kaderangehöriger aufgrund der von ihm in der Öffentlichkeit verfassten Kommentare auf der Homepage "F.\_\_\_\_\_", in welchen er seine Vorgesetzten wahlweise als rückgrat- oder eierlos bezeichnet hat, nicht mit der Höchstnote betreffend das Verhalten gegenüber seinen Vorgesetzten rechnen könne. Ein solches Zeugnis würde dem Wahrheitsgebot zuwiderlaufen. Hierbei handle es sich nicht um einen geringfügigen Fall, welcher es der Beklagten im Rahmen einer Gesamtbetrachtung verbieten würde, diesem Umstand bei der Zeugnisformulierung Rechnung zu tragen (act. 13 Rz. 39). Das Zeugnis hat ein faires Abbild der gesamten Anstellungsdauer zu geben, wobei Leistung und Verhalten in der letzten Zeit für den neuen Arbeitgeber von grösseren Bedeutung sind (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 330a N 3). Fehlverhalten ist nur zu erwähnen, wenn es für den Arbeitnehmer charakteristisch ist, einmalige Entgleisungen sind lediglich anzugeben, wenn sie von besonderer Schwere waren (REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar VI 2/2/1, Bern 2010, OR 330a N 8). In Anbetracht sämtlicher unter 4.2.4 genannten Umstände sind die verbalen Entgleisungen des Klägers über seine Vorgesetzten auf der Homepage "F.\_\_\_\_\_" als derart schwer einzustufen, dass es sich nicht rechtfertigen würde, diese im Schlusszeugnis keine Erwähnung finden zu lassen. Die beantragte Änderung des Klägers ist damit auch in diesem Punkt vollumfänglich abzuweisen. Zu 2.d) Der Kläger stellt sich in seiner Klage auf den Standpunkt, es gehe nicht an, sein wirtschaftliches Fortkommen noch durch das Weglassen respektive Nennen eines unzulässigen Beendigungsgrundes zu erschweren (act. 1 Rz. 50).

- 25 - Die Beklagte macht im Wesentlichen geltend, das Wahrheitsgebot würde verletzt, wenn man dem Kläger bescheinigen müsste, er hätte die "Beklagte auf eigenen Wunsch verlassen". Schliesslich sei es sie, die Beklagte, gewesen, welche dem Kläger gekündigt habe. Im Übrigen würde das Zeugnis gar keinen Beendigungsgrund erwähnen (act. 13 Rz. 40). Über die Umstände des Austritts, insbesondere die Kündigungshintergründe oder wer die Kündigung aussprach, darf das Zeugnis gegen den Willen des Arbeitnehmers nichts enthalten, ausser wenn ohne einen solchen Hinweis ein unwahres Zeugnis entstünde, also bspw. ein schwerwiegender Mangel des Arbeitnehmers unterschlagen würde und so ein täuschender Gesamteindruck entstünde. Der Arbeitnehmer kann aber seinerseits verlangen, dass sich das Zeugnis über den Grund seines Austritts, nämlich einerseits das Kündigungsmotiv, andererseits die juristische Art der Auflösung, äussert (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 330a N 3g). Der Kläger verlangt eine Formulierung ("A.\_\_\_\_\_ verlässt unsere Bank auf eigenen Wunsch um sich einer neuen Herausforderung zu zuwenden."), wonach das Arbeitsverhältnis auf seinen Wunsch beendet worden sei. Unbestrittenermassen hat die Beklagte dem Kläger gekündigt. Der Kläger hat somit keinen Anspruch auf die gewünschte Formulierung, da sie nicht der Wahrheit entspricht. Auch auf die Formulierung "Wir bedauern seinen Austritt." hat der Kläger keinen klagbaren Rechtsanspruch. Denn der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber nicht vorzuschreiben, wie sich dieser über das Ausscheiden des Arbeitnehmers zu fühlen hat (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 330a N 3h). Auch diese beiden For-

mulierungsanträge sind abzuweisen. 3. Fazit Sämtliche der vom Kläger beantragten Zeugnisänderungen sind abzuweisen.

- 26 - V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Der Streitwert des vorliegenden Verfahrens beträgt Fr. 26'250.-- (inklusive Streitwert der Abänderung des Arbeitszeugnisses in der Höhe eines halben Brut- tomonatslohnes). Das Verfahren ist demnach kostenlos (Art. 114 ZPO). 2. Bei einem Streitwert von Fr. 26'250.-- beträgt die volle Prozessentschädi- gung Fr. 4'590.-- (§ 4 AnwGebV). Dieser Betrag ist mit der Erstattung einer Kla- gebegründung bzw. Klageantwort und der Teilnahme an der ersten (Haupt-) Ver- handlung verdient (§ 11 AnwGebV). Die Entschädigungsfolgen richten sich nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien (Art. 106 ZPO). Der Kläger unterliegt mit seiner Klage vollumfänglich. Daher ist er zu verpflichten, der Beklagten eine volle Parteientschädigung zu bezahlen, antragsgemäss zuzüglich 7.2 % Mehrwertsteu- er (act. 13 Rz. 41). Es wird erkannt:

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