

# ZH\_OBERGERICHT LA120017 vom 18. Oktober 2012

ZH Obergericht, 2012-10-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LA120017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA120017)

FR: ZH\_OBERGERICHT LA120017 du 18 octobre 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT LA120017 del 18 ottobre 2012

## Erwägungen

### E. 1

Mit Arbeitvertrag vom 10. Mai 2005 wurde der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend: der Kläger) von der Beklagten und Berufungsklägerin (nachfolgend: die Beklagte) per 1. Juli 2005 als Direktor angestellt. Das Jahresgehalt wurde auf Fr. 180'000.00 zuzüglich Spesenpauschale festgesetzt. Zusätzlich war ein Bonus vorbehalten. Die Kündigungsfrist wurde auf drei Monate festgesetzt (Urk. 4/3). Zuletzt arbeitete der Kläger im Rang eines Managing Directors bei der Beklagten (Urk. 13 S. 1 und Urk. 15 S. 3).

### E. 2

Mit Schreiben vom 10. Dezember 2010 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis ordentlich auf den 31. März 2011 (Urk. 16/1), um bei der C.\_\_\_\_\_ die Position des ... zu übernehmen (Urk. 4/5 und Urk. 13 S. 2). Mit Schreiben vom 22. Dezember 2010 stellte die Beklagte den Kläger ab dem 23. Dezember 2010 unter Aufrechterhaltung der Lohnzahlung frei (Urk. 4/4).

### E. 3

Am 18. März 2011, das heisst wenige Tage vor Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist am 31. März 2011, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos (Urk. 4/6). Die Beklagte warf dem Kläger insbesondere vor, seine Treuepflicht durch das geschäftlich nicht zu rechtfertigende Kopieren von vertraulichen und geheimnisgeschützten Daten kurz vor seiner Kündigung gravierend verletzt zu haben (Urk. 16/12).

### E. 4

Gemäss Art. 337 OR kann der Arbeitgeber aus wichtigen Gründen das Arbeitsverhältnis jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1); als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet der Richter nach seinem Ermessen (Abs. 3). Nach ständiger Rechtsprechung ist eine fristlose Entlassung nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Ihre Zulässigkeit darf nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden. Die dafür geltend gemachten Vorkommnisse müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tief greifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist. Andererseits wird vorausgesetzt, dass sie tatsächlich zu einer entsprechenden Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben (BGE 130 III 213 E. 3.1 S. 220, 129 III 380 E. 2.1 382, je mit zahlreichen Hinweisen). Wenn das Arbeitsverhältnis bereits gekündigt und der

Arbeitnehmer freigestellt ist, sind an eine während der Kündigungsfrist gegenüber dem freigestellten Arbeitnehmer ausgesprochene fristlose Kündigung erhöhte Anforderungen zu stellen (Streif/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 337 N 2 mit Hinweisen). a) Im vorliegenden Fall erwog die Vorinstanz im Wesentlichen, dass das unbestrittene Kopieren der Daten einen geschäftlichen Hintergrund gehabt habe, nämlich die Vorbereitung auf ein Seminar mit dem CFO D.\_\_\_\_\_ in der Zeit vom 29. November bis am 1. Dezember 2010 (Urk. 24 S. 10-12). Die Beklagte mache denn auch keine missbräuchliche

- 8 - oder unrechtmässige Verwendung der Daten geltend; vielmehr gehe es nur um das Kopieren von Daten auf den persönlichen BlackBerry des Klägers, wofür es jedoch geschäftliche Gründe - nämlich die Vorbereitung auf das erwähnte Seminar - gegeben habe; im Übrigen werde auch nicht geltend gemacht, dass der Kläger immer noch im Besitz der Daten sei (Urk. 24 S. 12-14). Abgesehen davon wäre selbst dann von einer unzulässigen fristlosen Kündigung auszugehen, wenn der Kläger gegen die Weisung betreffend das Abspeichern von Daten auf seinem BlackBerry verstossen hätte, weil während der bereits laufenden Kündigungsfrist an das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur fristlosen Kündigung erhöhte Anforderungen zu stellen wären und der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die verbleibenden 10 Tage unter den gegebenen Umständen zumutbar gewesen wäre (Urk. 24 S. 14-15). b) Die Beklagte wendet gegen die Begründung der Vorinstanz in erster Linie ein, dass das unbestrittene Kopieren von Daten nicht glaubwürdig mit einer angeblichen Vorbereitung auf das erwähnte Seminar begründet werden könne (Urk. 23 S. 6 ff. Rz. 17 ff.). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Vielmehr gelangte das Arbeitsgericht aufgrund der gesamten Umstände und aller Indizien zu Recht zum Schluss, dass der Kläger die Daten in der Zeit vom 7. November bis 11. November 2010 aus geschäftlichen Gründen kopiert hatte. – Erstens verschickte der CFO D.\_\_\_\_\_ am 4. November 2010 das Mail mit der Einladung für das Seminar vom 29. November bis 1. Dezember 2010 (Urk. 14/3). Das Kopieren der Daten in der Zeit vom 7. bis 11. November 2010 ist vom zeitlichen Ablauf der Ereignisse im Zusammenhang mit dem Mail vom 4. November 2010 zu sehen. Dies hat umso mehr zu gelten, als der Kläger für die Sichtung der zwischen dem 7. und 11. November 2010 kopierten Daten bis zum Anlass vom 29. November bis 1. Dezember 2010 eine gewisse Zeit benötigte.

- 9 - – Zweitens äusserte der CFO D.\_\_\_\_\_ im Mail vom 4. November 2010 mit folgenden Formulierungen die Erwartung, dass sich die Teilnehmer auf das Seminar vorbereiten (Urk. 14/3): "I would appreciate your input and suggestions on what we should stop, start or change. This is your opportunity to shape the future of CFO" und "I am looking forward ... to learning about your suggestions for how to shape the future of CFO". Der Kläger führte schon im erstinstanzlichen Verfahren zu Recht aus, dass sich ein motivierter Mitarbeiter seriös vorbereite, wenn er vom CFO als "talent" (Urk. 14/3 insbes. Abs. 1) zu einer mehrtägigen Veranstaltung eingeladen werde (VI-Prot. S. 13 f.). Insbesondere überzeugt der Hinweis der Beklagten nicht, im Seminar sei es nur darum gegangen, das vom "Shared Services Institute" entwickelte interaktive Programm vorzustellen, wofür keine - oder nur wenig - Vorbereitung erforderlich gewesen sei (Urk. 23 S. 7 ff. Rz. 19 f., Rz. 25; vgl. auch Urk. 23 S. 27 ff. Rz. 69 ff.). Einerseits ist dieses Argument neu und hätte ohne weiteres schon vor erster Instanz vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 ZPO), und andererseits steht es im Widerspruch zum oben zitierten Text des Mails, in welchem der CFO D.\_\_\_\_\_ äusserte, dass von den Seminarteilnehmern Vorschläge und Inputs zum

Thema "CFO" erwartet würden. Der Hinweis der Beklagten, andere Teilnehmer hätten sich nicht auf das Seminar vorbereitet (Urk. 23 S. 10 ff. Rz. 26, 29 und 31), ist irrelevant, weil sich aufgrund des Gesagten der als "ta-lent" angesprochene Kläger veranlasst sehen durfte, Vorbereitungen für das Seminar zu treffen. – Drittens hatte der Kläger auch Grund zur seriösen Vorbereitung, wenn er bereits im Begriff stand, zur C.\_\_\_\_\_ zu wechseln.

Zutreffend hielt die Vorinstanz fest, das Seminar habe dem Kläger die Möglichkeit geboten, sich vor dem CFO D.\_\_\_\_\_ von der besten Seite zu zeigen, was im Hinblick auf das noch offene Arbeitszeugnis von grosser Bedeutung gewesen sei (Urk. 24 S. 11 unten). Zu Unrecht wirft die Beklagte der Vorinstanz vor, sie habe mangels entsprechender Behauptungen unzulässige tatsächliche Annahmen getroffen (Urk. 23 S. 11 Rz. 28). Die

- 10 - Annahme der Vorinstanz, ein seriöser Arbeitnehmer versehe seine Funktion beim aktuellen Arbeitnehmer auch dann noch ernsthaft, wenn ein Stellenwechsel in Aussicht stehe, darf als selbstverständlich vorausgesetzt werden und hat als über den konkreten Sachverhalt hinausgehender Erfahrungssatz die Qualität einer allgemeinen Lebenserfahrung. In Bezug auf allgemeine Lebenserfahrung liegt Rechtsanwendung vor (BGE 126 III 10 E. 2b S. 13), die dem Gericht von Amtes wegen obliegt (Art. 57 ZPO). – Aufgrund der gesamten Umstände und aller Indizien ging die Vorinstanz zutreffend davon aus, dass das Kopieren von Daten in der Zeit vom 7. bis 11. November 2010 der Vorbereitung einer Veranstaltung mit dem CFO diene und damit einen geschäftlichen Hintergrund hatte. Von einer Verletzung des Rechts auf Beweis (so Urk. 23 S. 33 f. Rz. 85) kann angesichts der Würdigung aller Umstände und Indizien durch die Vorinstanz keine Rede sein. Nicht überzeugend ist auch der Hinweis der Beklagten, dass das Durchsehen von angeblich 12'600 Dateien unnötig und der Gebrauch des BlackBerry dafür unzweckmässig gewesen sei (Urk. 23 S. 14 ff. Rz. 35 ff.). Die Verwendung eines kleinen BlackBerry-Bildschirms mag zwar im Vergleich mit der Arbeit am Computer-Bildschirm beschwerlich sein, ist jedoch keineswegs unmöglich. Die Arbeit am BlackBerry hat jedoch den grossen Vorteil, dass sie nicht ans Büro gebunden ist, sondern auch flexibel an Sitzungen, zu Hause etc. verrichtet werden kann. Schliesslich erscheint es auch nicht ausgeschlossen, dass allenfalls auch grössere Datenmengen verarbeitet werden konnten, wenn die Durchsicht nur anhand der Ordnerstruktur bzw. der Filenamen erfolgte, wie der Kläger geltend macht (VI-Prot. S. 12 zu Ziff. 37 und S. 13 zu Ziff. 41). c) Nachdem sich ergeben hat, dass die Daten aus geschäftlichen Gründen kopiert wurden, ist im Folgenden zu prüfen, was nach der Durchsicht mit den Daten geschah. Die Beklagte macht in diesem Zusammenhang geltend, die Behauptung des Klägers, die Daten seien ge-

- 11 - löscht worden, sei widersprüchlich und unglaubwürdig (Urk. 23 S. 19 ff. Rz. 47 ff.). – Vorab ist festzuhalten, dass die Beklagte nicht behauptet, der Kläger sei noch im Besitz der in der Zeit vom 7. bis 11. November 2010 kopierten Daten (Urk. 23 S. 14 Rz. 34). Im Gegenteil gab die Beklagte im Verfahren vor Arbeitsgericht ausdrücklich zu Protokoll (VI-Prot. S. 7): "Der Verbleib der Daten blieb sehr widersprüchlich, das nährt den Verdacht, dass die Daten noch da sind. Das wäre aber eine Spekulation, deshalb wird das nicht geltend gemacht". Wenn der Kläger unbestritten nicht mehr im Besitz der Daten ist, sind sie gelöscht worden, es sei denn, sie wären an Dritte weitergegeben worden, was aber wiederum nicht geltend gemacht wurde. Die Vorinstanz erwog daher zutreffend, dass die Beklagte keine missbräuchliche oder unrechtmässige Verwendung der Daten behauptete (Urk. 24 S. 12). Insbesondere wird mit dem Hinweis, der Kläger habe zur Zeit des Kopierens der Daten ein Vorstellungsgespräch bei der C.\_\_\_\_\_ geführt bzw. ein Datum

dafür gehabt (Urk. 15 S. 13 f. Rz. 43), und es stehe ausser Frage, dass der Kläger die Daten im Hinblick auf den von ihm geplanten Wechsel zur C.\_\_\_\_\_ kopiert habe, um die Daten bei seiner neuen Stelle zu verwenden (Urk. 15 S. 14 Rz. 44 und S. 19 Rz. 65), nicht geltend gemacht, die Daten seien an die C.\_\_\_\_\_ transferiert worden. Wenn aber unbestritten ist, dass der Kläger nicht mehr im Besitz der kopierten Daten ist, und wenn auch nicht substantiiert behauptet wird, dass die Daten an die C.\_\_\_\_\_ - oder einen anderen Dritten - weitergeleitet wurden, kann dies nichts anderes heissen, als dass die Daten gelöscht wurden. Wenn der Kläger ohne weiteres befugt ist, Daten am Arbeitsplatz einzusehen, ist nicht ersichtlich, weshalb es missbräuchlich sein soll, wenn der Kläger Daten aus geschäftlichen Gründen auf sein BlackBerry kopiert, dort einsieht und alsdann wieder vollständig löscht, ohne die Daten abzuspeichern oder weiterzuleiten. Zu Recht hält der Kläger fest, es sei ein fundamentaler Unterschied, ob ein Mitarbeiter Daten temporär auf ein BlackBerry transferiere und nach Gebrauch lö-

- 12 - sche oder ob er die Daten speichere bzw. an Dritte weiterleite (Urk. 28 S. 9 Rz. 43). – Zu Unrecht macht die Beklagte geltend, sie sei aufgrund widersprüchlicher und unglaubwürdiger Aussagen des Klägers zum Löschen der Daten zur fristlosen Kündigung berechtigt gewesen (Urk. 23 S. 19 ff. Rz. 47 ff.). Vorweg ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zutreffend festhielt, der Kläger habe von Anfang an plausible Angaben zum Löschen der Daten gemacht und sich bei der Untersuchung des BlackBerry von Anfang kooperativ verhalten. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen kann auf diese Ausführungen verwiesen werden (Urk. 24 S. 14 insbes. Abs. 2 und 3). Allfällige Widersprüche in Nebenpunkten können dem Kläger nicht angelastet werden, weil er erstmals im März 2011 zum lange zurückliegenden Löschen der Daten im November 2010 befragt wurde. Allfällige geringfügige Unstimmigkeiten im Zusammenhang mit dem Vorgang des Löschens der kopierten Daten können jedenfalls nicht als "wichtige Gründe" für eine fristlose Kündigung herangezogen werden, zumal an eine sofortige Auflösung des im Kündigungszeitpunkt nur noch wenige Tage dauernden Arbeitsverhältnisses mit einem freigestellten Mitarbeiter besonders hohe Anforderungen zu stellen wären (vgl. Einleitung von Ziff. 4). Dies hat umso mehr zu gelten, als nie behauptet wurde, der Kläger sei noch im Besitz der Daten oder Daten seien an Dritte transferiert worden, was wie erwähnt zwingend bedeutet, dass die in der Zeit vom 7. bis 11. November 2010 kopierten Daten vollständig gelöscht worden sein mussten. d) Schliesslich behauptet die Beklagte, der Kläger habe die internen Weisungen betreffend "Zulässige Nutzung von Informationstechnologie" verletzt (Urk. 23 S. 25 ff. Rz. 62 ff. mit Hinweis auf Urk. 16/17). Wie sich ergab, kopierte der Kläger die Daten zu geschäftlichen Zwecken, nämlich zur Vorbereitung des mehrtägigen Anlasses mit dem CFO D.\_\_\_\_\_ (vgl. oben lit. b). Da den Mitarbeitern gemäss der erwähnten Weisung die Informationstechnologie "für geschäftliche Zwecke" zur

- 13 - Verfügung steht (Urk. 16/17 S. 1 Lemma 1) und das Kopieren der Daten auf das BlackBerry einen geschäftlichen Zweck hatte, kann dem Kläger insofern kein Vorwurf gemacht werden. Fraglich kann nur sein, ob aufgrund des Kopierens umfangreicher Daten (nach bestrittener Darstellung der Beklagten 12'604 Dateien mit insgesamt 12 Gigabyte) von einer "angemessenen Nutzung" der IT-Dienste und -Systeme (Urk. 16/17 S. 1 Lemma 2) die Rede sein kann. Auch hier ist jedoch entscheidend, dass die Daten gelöscht wurden, so dass selbst dann, wenn die von der Beklagten angegebene Datenmenge zutreffend wäre und nicht mehr von einer "angemessenen Nutzung" gemäss der genannten Weisung gesprochen werden könnte, keine ausreichend wichtigen Gründe für eine sofortige

Auflösung des nur noch wenige Tage dauernden Arbeitsverhältnisses mit einem freigestellten Mitarbeiter bestanden hätten (vgl. Einleitung von Ziff. 4). e) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Kopieren der Daten einen geschäftlichen Hintergrund hatte, nämlich die Vorbereitung des Seminars vom 29. November bis 1. Dezember 2010 (oben lit. b), dass die Daten nicht mehr im Besitz des Klägers sind und folglich unangefochten gelöscht wurden (vgl. oben lit. c) und dass das Kopieren auch nicht gegen Weisungen versties (vgl. oben lit. d). Die Beklagte sprach die fristlose Kündigung daher zu Unrecht aus. Die vom Kläger geäußerte Vermutung, die fristlose Kündigung sei ausgesprochen worden, weil die Beklagte wusste, dass die C.\_\_\_\_\_ als neue Arbeitgeberin nach der fristlosen Kündigung den Kläger ihrerseits entlassen würde (VI-Prot. S. 5, Urk. 28 S. 7 Rz. 26), muss im vorliegenden Verfahren nicht geprüft werden.

#### **E. 5**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Arbeitsgericht Zürich, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

#### **E. 6**

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 20'142.25. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 18. Oktober 2012 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Der Präsident:  
Die Gerichtsschreiberin: Dr. R. Klopfer lic. iur. B. Demuth versandt am: js

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