

# ZH\_OBERGERICHT LA150002 vom 27. März 2015

ZH Obergericht, 2015-03-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LA150002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA150002)

FR: ZH\_OBERGERICHT LA150002 du 27 mars 2015

IT: ZH\_OBERGERICHT LA150002 del 27 marzo 2015

## Erwägungen

### E. 1

Mit Eingabe vom 17. April 2014 liess der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) die vorliegende Klage mit dem eingangs erwähnten Rechtsbegehren bei der Vorinstanz einreichen (Urk. 1 S. 2f.). Die Klagebewilligung des Friedensrichteramts der Stadt Zürich der Kreise 1 und 2 datiert vom 5. März 2014 (Urk. 3), weshalb die Frist gemäss Art. 209 Abs. 3 ZPO eingehalten worden ist. Mit Eingabe vom 20. Juni 2014 erstattete die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) innert zweifach erstreckter Frist rechtzeitig (vgl. Urk. 7, 8/1, 9, 10, 11, 12) ihre Klageantwort (Urk. 13). Am 9. September 2014 fand die Hauptverhandlung mit Replik und Duplik statt (Prot. I S. 5ff.; Urk. 19 und 20). Mit Urteil vom 1. Dezember 2014 fällte die Einzelrichterin der 2. Abteilung des Arbeitsgerichts Zürich schliesslich den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 31).

- 7 -

### E. 2

Dagegen erhob der Kläger gemäss Eingabe vom 19. Januar 2015 rechtzeitig die Berufung mit den eingangs zitierten Anträgen (Urk. 30). Mit Schreiben vom 21. Januar 2015 wurde die Gegenseite über den Eingang der klägerischen Berufung in Kenntnis gesetzt (Urk. 32). Weil sich die Berufung als offensichtlich unbegründet erweist, wird auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet (Art. 312 ZPO).

#### E. 2.1

Betreffend die Parteistandpunkte kann auf die Wiedergabe im angefochtenen Urteil hingewiesen werden (Urk. 31 S. 8).

#### E. 2.2

Gemäss 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. Es handelt sich um eine gesetzliche Verankerung der Drittwirkung von Grundrechten im Privatrecht. Vorliegend beruft sich der Kläger auf die Meinungs- und Informationsfreiheit im Sinne von Art. 16 BV. Rechtsmissbrauch wird jedoch unter anderem verneint, wenn die Ausübung des verfassungsmässigen Rechts eine gesetzliche oder vertragliche Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt (Art. 336 Abs. 1 lit. b OR). Wie die Vorinstanz richtig ausführte, steht die Kritik am Arbeitgeber unter dem Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit, doch darf sie die Treuepflicht (Art. 321a OR) nicht verletzen. Nicht missbräuchlich ist eine Kündigung, wenn sich der Arbeitnehmer bei der Ausübung seiner Meinungsäusserungsfreiheit öffentlich gegen den Arbeitgeber ausspricht. Hier liegt eine Treuepflichtverletzung des Arbeitnehmers vor (Friedrich/Tobler, Arbeitsrecht im Unternehmen, Antworten auf häufige Fragen im Alltag von

Personalverantwortlichen, 2014, S. 149). An die Treuepflicht von Ka- derangestellten sind erhöhte Anforderungen zu stellen. Der öffentlichen Kritik sind erheblich engere Grenzen gesetzt als jener in privaten Kreisen. Soweit die öffent- liche Kritik überhaupt zulässig ist, muss sie jedenfalls objektiv und unpolemisch

- 10 - formuliert werden. Ehrverletzungen sowie grobe Verstösse gegen Anstand und Höflichkeit verstossen gegen die Treuepflicht (Urk. 31 S. 9 mit Hinweisen). Treuebruch ist insbesondere die Herabsetzung des Ansehens der Arbeitgeberin, zum Beispiel durch Kritik in der Öffentlichkeit (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Ar- beitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 321a N 4). Ebenso liess sich die erste Instanz zutreffend zur Regelung der Internetnutzung vernehmen. Namentlich hat sich der Arbeitnehmer an diesbe- zügliche allgemeine Anordnungen und ihm erteilte besondere Weisungen zu hal- ten (vgl. Art. 321d OR; Urk. 31 S. 9). Unbestritten ist, dass am 16. August 2013, als der Kläger die fraglichen Einträge auf der Homepage "E.\_\_\_\_\_" verfasste, un- ter anderem die folgenden Weisungen galten, welche dem Kläger - mangels an- derer Behauptung - bekannt waren: Weisung Sachgebiet Nr. 8.9: Social Media in der externen Kommunikation (Urk. 5/18a [fortan: SG 8.9]), Weisung Sachgebiet Nr. 8.1: Allgemeine Anstellungsbedingungen (act. 5/18b [fortan: AAB]) und ein Anhang 2 zur Weisung Sachgebiet Nr. 8.2 Informationssachmittel (Urk. 16/5 [fort- an: A2SG 8.2]; Urk. 31 S. 10). Gemäss Ziffern 4.1 und 4.2.1 der Weisung SG 8.9 (Urk. 5/18a) sind interne Informationen über die Beklagte, deren Kunden, Ge- schäftspartner oder Mitarbeitende vertraulich zu behandeln. Bei privaten Stel- lungnahmen zu einem Bankthema darf kein Bezug zur beruflichen Tätigkeit bei der Beklagten bestehen und Stellungnahmen im Namen der Beklagten oder in der Rolle als Mitarbeitender der Beklagten sind untersagt. Sodann sind Stellungnah- men auf Äusserungen oder andere Informationen mit kritischem Inhalt über die Beklagte verboten. Stösst man auf derartige Inhalte besteht eine Meldepflicht an die dafür verantwortliche Stelle (Urk. 31 S. 10). Bei der Homepage "E.\_\_\_\_\_" ([http://E.\\_\\_\\_\\_\\_.ch](http://E._____.ch)) handelt es sich um ein auf dem Finanzmarkt Schweiz bekanntes und öffentlich für jedermann kosten- und registrierlos zugängliches Onlineportal. Wie die erste Instanz zutreffend schloss, erfolgten die Kommentare des Klägers damit uneingeschränkt in der Öffentlich- keit. Dass die Seite mehrheitlich vom Fachpublikum besucht wird, spielt mit der Vorinstanz keine Rolle (vgl. Urk. 31 S. 10). Dabei war für den Durchschnittsleser, obschon der Kläger anonym unter dem Pseudonym "F.\_\_\_\_\_" (Urk. 16/3) auftrat, ohne weiteres erkennbar, dass es sich um einen Angestellten der Beklagten han-

- 11 - delte (vgl. dazu Urk. 31 S. 11 und Urk. 13 S. 5f.; Urk. 16/3 ["uns", "den Mitarbei- tern sehr wohl bekannt", "die Stimmung ist beschissen!", "...-Brei"] etc. sowie Hinweise zu Interna, wie der Entlohnung, dem Zuzug von Mitarbeitern von der ... und der ..., dem Druck an der Front, dass dies nichts Neues und den Mitarbeitern sehr wohl bekannt sei; dies insbesondere auch in Verbindung mit dem Pseudo- nym "F.\_\_\_\_\_" selbst). Die erstinstanzliche Einschätzung ist ohne weiteres zu teilen, wonach es sich bei den klägerischen Einträgen nicht nur um solche kritischer Natur handelt, sondern auch um solche, welche grob gegen Anstand und Höflichkeit verstossen (vgl. insbesondere [Urk. 16/3]: "...die die Schnauze voll haben,...", "Da der obers- te Chef keinen Rückgrat hat, fehlen auch den Chefs auf den tiefsten Stufen die Eier!", "...und die Stimmung bei den Mitarbeitern beschissen ist!"). Von objektiver und unpolemischer Kritik kann dabei nicht mehr die Rede sein. Die Äusserungen sind denn auch geeignet, das jedem Arbeitsverhältnis immanente gegenseitige Vertrauensverhältnis zu erschüttern. Wie die erste Instanz zurecht

erwog, erweisen sich die verbalen Entgleisungen des Klägers gegenüber seinen Vorgesetzten als respektlos und lassen den erforderlichen Subordinationswillen missen. Es liegt ein schwerer Verstoss des Klägers als Kaderangestellter gegen seine Treuepflicht gegenüber der Beklagten vor (Urk. 31 S. 11), welcher allenfalls sogar einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung hätte begründen und von strafrechtlicher Relevanz sein können (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321a N 7, wonach Ehrverletzungen sowie grobe Verstösse gegen Anstand und Höflichkeit einen wichtigen Grund zur fristlosen Entlassung abgeben können und gegen die Treuepflicht verstossen). Dass beide Wege von der Beklagten - aus welchen Gründen auch immer - nicht beschritten wurden, ändert mit der Vorinstanz selbstredend nichts. Zusammenfassend gelangte die Vorderrichterin somit zum zutreffenden Schluss, dass der Kläger als zum Kader gehörender Arbeitnehmer der Beklagten mit seinen in der Öffentlichkeit erfolgten Kommentaren nicht nur die allgemeine Treuepflicht schwer verletzt, sondern auch den genannten besonderen Weisungen der Beklagten zuwidergehandelt hat. Die unter diesen Umständen erfolgte

- 12 - Kündigung ist nicht missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. b OR (Urk. 31 S. 12). Der Kläger lässt (unter Verweis auf BGE 136 I 332, E. 3.2.1) einwenden, die in Art. 321a OR statuierte Treuepflicht bestehe gemäss Wortlaut der Bestimmung gegenüber dem Arbeitgeber und nicht primär gegenüber den Vorgesetzten. Öffentliche Kritik an Vorgesetzten sei grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Seine kritisierten Äusserungen könnten nicht als Kritik des Arbeitgebers, sondern nur als Kritik an den Vorgesetzten qualifiziert werden. Sie würden zudem genau den Tätigkeitsbereich des Klägers betreffen, womit sich eben eine Kritik notwendigerweise mit einer Kritik an der Tätigkeit des Vorgesetzten verbinde. Die Kritik erfolge zudem ausserdienstlich. Insgesamt sei damit klar, dass das Verhalten des Klägers eben nicht als Verletzung der Treuepflicht gemäss Art. 321a OR betrachtet werden könne (Urk. 30 S. 5). Dieses Vorbringen ist einerseits neu (vgl. Urk. 1 S. 7f.; Urk. 19 S. 3ff., 7; Prot. I S. 5f., 15f.), verspätet und damit im Berufungsverfahren nicht mehr zulässig (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO), andererseits überzeugt es auch in der Sache nicht. Das ungebührliche und pflichtwidrige Verhalten gegenüber Vorgesetzten beschlägt die Treuepflicht des Klägers gegenüber der Beklagten, wird diese doch durch ihre Vorgesetzten repräsentiert. Zudem verwies der Kläger in seinen Einträgen auf den "... Brei" (womit das entsprechende Restrukturierungsvorhaben der Beklagten gemeint war) und erklärte, dass er nur sagen könne, dass es mit der Beklagten schlecht stehe (Urk. 16/3). Die Einträge betreffen jedenfalls klar die internen Zustände bei der Beklagten und keine davon losgelöste Kritik einzig an den (direkten) Vorgesetzten. Bei der Treuepflicht steht im Vordergrund, alles zu unterlassen, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte. Generell zu unterlassen hat der Arbeitnehmer ungebührliches und pflicht- bzw. regelwidriges Verhalten gegenüber Arbeitgeber, Arbeitskollegen, Vorgesetzten (sic), Kunden und Lieferanten. Er hat Mitteilungen an Dritte zu unterlassen, die das Ansehen und die Kreditwürdigkeit des Arbeitgebers schädigen können, selbst wenn sie wahr sind (BK-Rehbinder/Stöckli, 2010, Art. 321a OR N 3; vgl. auch Emmel, Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht - Vertragsverhältnisse Teil 2:

- 13 - Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft - Art. 319-529 OR, 2. Aufl., 2012, Art. 321a N2). Dass aus der Treuepflicht immer nur der Arbeitgeber aktiv legitimiert ist, ändert daran nichts. Wenn der Kläger den obersten Chef und die Chefs auf tiefster Stufe der Beklagten öffentlich diffamiert, schadet das dem Image der Beklagten. Im Übrigen

anerkannte der Kläger vor Vorinstanz selbst, kritische Kommentare hinsichtlich seiner ehemaligen "Arbeitgeberin" geäußert zu haben (Urk. 1 S. 8 oben). In dem seitens des Klägers erwähnten BGE 136 I 332, E. 3.2.1 heisst es, wie sich aus § 49 PG/ZH ergebe, bestehe das Treueverhältnis nur zwischen den Staatsangestellten und dem Gemeinwesen, nicht zwischen dem Untergebenen und dem Vorgesetzten. Öffentliche Kritik gegenüber Vorgesetzten könne daher nur dann eine Verletzung der Treuepflicht beinhalten, wenn dadurch die Erfüllung der dienstlichen Aufgaben des Staatsangestellten oder das Vertrauen der Allgemeinheit in das Gemeinwesen beeinträchtigt werde (vgl. Urk. 30 S. 5). Dies lässt sich so nicht auf das vorliegende privatrechtliche Arbeitsverhältnis übertragen. Die im öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis stehenden Personen haben nicht nur die Interessen ihres Arbeitgebers, sondern eben auch die öffentlichen Interessen zu wahren. Vorliegend sind indessen gestützt auf die Treuepflicht einzig die berechtigten Interessen der Beklagten als Arbeitgeberin zu wahren. Die Treuepflicht besteht dabei, wie gesehen, auch gegenüber Vorgesetzten, welche die Beklagte gerade verkörpern. Und schliesslich beziehen sich die kritischen Äusserungen des Klägers klar auf die Zustände bei der Beklagten. Werden deren Vorgesetzte öffentlich kritisiert, schadet solches dem Ansehen der Beklagten.

### **E. 3**

Missbräuchlichkeit infolge Verletzung des Datenschutzgesetzes oder Art. 26 ArGV 3

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz setzte sich einlässlich und zutreffend mit den massgeblichen Bestimmungen betreffend die Internetnutzung und die Zulässigkeit der Auswertung der Logfiles der Arbeitnehmer (elektronische Datenspuren und Protokollierungen, welche systembedingt bei jeder Internetaktivität entstehen, vgl. auch Urk. 13 S. 7; Urk. 1 S. 9 N 26) durch den Arbeitgeber auseinander. Es kann vollumfänglich darauf verwiesen werden. Dabei gelangte sie zum richtigen Schluss,

- 14 - dass die Beklagte in Gestalt ihrer Weisungen (vgl. Urk. 5/18a ["5 Umsetzungskontrolle"] und b ["3.11 Überwachung", "3.12 Personensicherheitsprüfung"]; Urk. 16/5 ["2 Bestimmungen für Mitarbeitende"]) ein dem Datenschutzgesetz (vgl. Art. 4 DSG) genügendes Überwachungsreglement erlassen habe (Urk. 31 S. 15), was der Kläger vor Vorinstanz noch in Abrede stellen liess (Urk. 1 S. 10 Rz 28). Schliesslich schlussfolgerte die erste Instanz zusammenfassend korrekt, dass die Beklagte mit ihrem Vorgehen bei der Aufdeckung der Pflichtverletzungen weder gegen die Bestimmungen des DSG noch gegen Art. 26 ArGV 3 (Gesundheitsvorsorge) verstossen habe. Daher könne 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 sei nicht missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR (Urk. 31 S. 14-17). Nur eine ständige personenbezogene Auswertung von Logdaten für die Überwachung des Nutzungsverhaltens der Arbeitnehmer wäre unzulässig, wobei bei den Banken die systematische Überwachung und Auswertung indessen zu einer Anforderung wird, damit das Unternehmen die Compliance-Anforderungen erfüllen kann (vgl. Urk. 31 S. 15 mit Hinweis auf EDÖB, Leitfaden über Internet- und E-Mailüberwachung am Arbeitsplatz: Für die Privatwirtschaft, Stand: September 2013, Bern, S. 5f.). Vorliegend hat die Beklagte aus technischen und compliance-rechtlichen Gründen zwingend vorhandenes Datenmaterial auf einen

konkreten Missbrauchsverdacht hin zulässigerweise ausgewertet. Im Übrigen müsste eine allfällige Datenschutzverletzung eine mit den gesetzlichen Missbrauchstatbeständen gemäss Art. 336 OR vergleichbare Schwere aufweisen, um eine im Gesetz nicht genannte Missbräuchlichkeit der Kündigung gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB begründen zu können (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336 N 4 mit Hinweisen).

### **E. 3.2**

Im Rahmen seiner Berufung anerkennt zunächst auch der Kläger, dass im angefochtenen Urteil die datenschutzrechtlichen Voraussetzungen für die Auswertung der vorhandenen Logfiledaten (richtig) dargestellt wurden. Eine personenbezogene namentliche Auswertung dürfe dann erfolgen, wenn mindestens

- 15 - ein konkreter Missbrauchsverdacht bestehe oder aufgrund einer personenbezogenen nichtnamentlichen Auswertung feststehe, dass es zu einem Missbrauch gekommen sei und nun die konkrete Person identifiziert werden solle (Urk. 30 S. 10 mit Hinweis auf Urk. 31 S. 16, Ziffer 5.4; vgl. auch Urk. 19 S. 5 Rz 15). Der Kläger hält jedoch daran fest, er habe dargestellt, dass er seine Treuepflicht nicht verletzt habe. Zudem erweise sich die Kündigung aufgrund der höher zu gewichtenden Meinungsäusserungsfreiheit als missbräuchlich, selbst wenn er seine Treuepflicht verletzt haben sollte. Damit erweise sich die personengenaue Auswertung der Logfiledaten als Verstoss gegen Art. 26 ArGV 3. Es gehe nicht an, dass das Wissen, das aufgrund dieses rechtswidrigen Vorgehens erlangt worden sei, zur Rechtfertigung der Kündigung herangezogen werde. Die Kündigung müsse auch aus diesem Grund als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden (Urk. 30 S. 10; vgl. auch Urk. 19 S. 5 Rz 15 i.V.m. Prot. I S. 5). Wie dargetan, liegt in den Blog-Einträgen des Klägers ein schwerer Verstoss gegen die Treuepflicht gegenüber der Beklagten und die gestützt darauf erfolgte (ordentliche) Kündigung durch die Beklagte ist nicht missbräuchlich. Aufgrund der unter dem Pseudonym "F.\_\_\_\_\_" auf der Homepage "E.\_\_\_\_\_" verfassten Kommentare vom 16. August 2013 bestand für die Beklagte denn auch ein konkreter Missbrauchsverdacht gegenüber einem ihrer Angestellten. Eine personenbezogene Auswertung der Logfiles war daher zulässig, um die konkrete Person zu identifizieren. Wie die erste Instanz richtig ausführte (Urk. 31 S. 16 unten), war das Vorgehen der Beklagten geeignet, den Missbrauch aufzudecken und den Kläger als Urheber der fraglichen Kommentare zu eruieren. Eine mildere Massnahme, um das nämliche Ziel zu erreichen, ist nicht ersichtlich, so dass auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehalten wurde. Schliesslich erwog die erste Instanz richtig, dass auch die personenbezogene namentliche Auswertung mit Blick auf den konkreten Missbrauchsverdacht zulässig war, da nur eine solche zum Kläger als Urheber (IP-Adresse des vom Kläger verwendeten Computers) führen konnte (Urk. 31 S. 16f.).

- 16 -

## **E. 4**

Aussergesetzliche missbräuchliche Kündigung/Drittwirkung von Grundrechten

### **E. 4.1**

Die Vorderrichterin führte zutreffend aus, dass eine direkte Drittwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsbereich für die schweizerische Rechtsordnung allgemein abgelehnt werde. Aus Art. 35 Abs. 3 BV ergebe sich nur eine indirekte Drittwirkung der Grundrechte. Bei der Beklagten handle es sich um eine selbstständige öffentlich-rechtliche

Anstalt. Bei solchen seien privatrechtliche Anstellungsverhältnisse erlaubt. Zwischen den Parteien sei denn auch nicht strittig, dass das Anstellungsverhältnis als privatrechtlich zu qualifizieren sei. Der Kläger habe für die Beklagte als Kundenbetreuer eine Tätigkeit ausgeübt, welche mit keiner hoheitlichen Befugnis verbunden sei und keine unmittelbaren öffentlichen Interessen verfolge, sondern typischerweise eine privatrechtliche Erwerbstätigkeit darstelle. Da auch im privatrechtlichen Arbeitsvertrag des Klägers jeder Hinweis auf die (ergänzende) Anwendbarkeit von öffentlichem Personalrecht fehle, könne der Kläger aus seiner diesbezüglichen Argumentation nichts zu seinen Gunsten ableiten. Das OR kenne keine Pflicht, die Gegenpartei vor Aussprechen einer (ordentlichen) Kündigung anzuhören oder sie zunächst zu verwarnen. Ebenso wenig bestehe 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. Das Vorliegen eines aussergesetzlichen missbräuchlichen Kündigungstatbestandes sei zu verneinen. Bei den vom Kläger verfassten Kommentaren handle es sich um öffentliche Verunglimpfungen und nicht um Missstände, welche ein öffentliches Interesse berührten, weshalb Whistleblowing zum vornherein ausgeschlossen werden (Urk. 31 S. 18f. mit Hinweisen).

#### **E. 4.2**

Der Kläger kritisiert zunächst, mit der gesetzlichen Verankerung der Drittwirkung verfassungsmässiger Rechte (Art. 336 Abs. 1 lit. b OR) verlange das Gesetz eine Abwägung der Interessen des Arbeitnehmers an der Wahrnehmung seiner Grundrechte mit allenfalls entgegenstehenden Interessen des Arbeitgebers an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Eine solche Interessenabwägung habe die Vorinstanz in ihrem Urteil jedoch gerade nicht vorgenommen (Urk. 30 S. 6).

- 17 - Die Treuepflicht wird begrenzt durch die überwiegenden, berechtigten Eigeninteressen des Arbeitnehmers und ihr Inhalt ist stets das Resultat einer Interessenabwägung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321a N 2). Die erforderliche Interessenabwägung zwischen den Interessen der Arbeitgeberin nach strikter Unterstützung der Unternehmensziele (und letztlich der Wirtschaftsfreiheit) und des Arbeitnehmers nach freier Entfaltung seiner Persönlichkeit, insbesondere freier Meinungsäusserung, ist im Einzelfall nicht einfach. Selbst wo der Arbeitnehmer Grundrechte anrufen kann, wird manchmal das Interesse des Arbeitgebers vorgehen, zumal eine direkte Drittwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsbereich für die schweizerische Rechtsordnung allgemein abgelehnt wird (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321a N 5; Gloor, in: ARV 2006 S. 1, Kopftuch an der Kasse - Religionsfreiheit im privaten Arbeitsverhältnis). Vorliegend hat die erste Instanz zumindest eine implizite Interessenabwägung vorgenommen und gelangte zum zutreffenden Schluss, dass die berechtigten Interessen der Beklagten an der Kündigung jene des Klägers an seiner freien Meinungsäusserung überwiegen, zumal er dadurch seine Treuepflicht krass verletzt habe. Zwar fallen auch die beleidigenden Äusserungen des Klägers unter die Meinungsäusserungsfreiheit, weil grundsätzlich auch rassistische, pornographische oder ehrverletzende Äusserungen vom Schutzbereich der Kommunikationsgrundrechte erfasst werden (Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 383 ff.; vgl. demgegenüber: Urk. 20 S. 3), allerdings überwiegt hier das Interesse der Beklagten an einer Kündigung, zumal es sich um

öffentliche Verunglimpfungen bzw. heftige Beleidigungen handelt, welche Anstand und Höflichkeit vermissen lassen. Der Charakter von bloss kritischen Äusserungen, wie es der Kläger darstellen will, wird jedenfalls klar überschritten. Zudem ist öffentliche Kritik durch Kaderleute, wie der Kläger, welche eine erhöhte Treupflicht trifft, ohnehin nur sehr eingeschränkt zulässig, hat der Kläger doch alles zu unterlassen, was die Arbeitgeberin schädigen kann.

- 18 - Weiter vertritt der Kläger nach wie vor die Auffassung, gestützt auf die indirekte Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht, d.h. grundrechtskonforme Auslegung privatrechtlicher Normen, habe der durch die arbeitsrechtliche Treupflicht respektive die gestützt darauf ausgesprochene Kündigung erfolgte Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit daher aufgrund einer gesetzlichen Grundlage und im öffentlichen Interessen zu erfolgen und müsse verhältnismässig sein (Urk. 30 S. 6f.). Solches ist jedoch mit der Vorinstanz abzulehnen. Wie die Beklagte vor erster Instanz zutreffend ausführte (vgl. Urk. 13 S. 14f.), tritt sie vorliegend nicht als Staatsbank im eigentlichen Sinn in Erscheinung und nimmt keine öffentlichrechtlichen Aufgaben wahr, sondern tätigt lediglich privatwirtschaftliche Bankgeschäfte in Konkurrenz mit anderen Banken des privaten Sektors. Die privatrechtliche Rechtsnatur des vorliegenden Arbeitsverhältnisses und die Geltung des OR werden vom Kläger denn auch nicht in Abrede gestellt (Urk. 1 S. 14 N 40). In diesem Wettbewerbsbereich ist aber eine spezielle Grundrechtsbindung zu verneinen (BGE 129 III 35, Regeste und E. 5.4). Auch der vom Kläger zur Stützung seiner Rechtsauffassung aufgeführte Autor, Marco Donatsch (vgl. Urk. 1 S. 12ff.; Urk. 30 S. 10), nimmt in seinen Ausführungen Handlungen, die von öffentlichrechtlichen Anstalten als Marktteilnehmer in Konkurrenz zu Privaten vorgenommen werden, und damit auch ausdrücklich Handlungen der Bank B.\_\_\_\_\_ von seinen grundsätzlichen Überlegungen gerade aus. Schaffe das Gemeinwesen für wirtschaftliche Tätigkeiten privatrechtliche Gesellschaften, gelte nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zwingend das private Arbeitsrecht. Ungeachtet der Frage der Grundrechtsgeltung beim wirtschaftlichen Staatshandeln finde bei Organisationsprivatisierungen das private Arbeitsvertragsrecht Anwendung. Dagegen könnten grundsätzlich keine verfassungsrechtlichen Einwände erhoben werden. Bei einer wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung gelte dies selbst dann, wenn keine private Gesellschaft, sondern eine öffentlichrechtliche Organisationsform vorliege, wie dies etwa im Kanton Zürich bei der ...bank der Fall sei (Marco Donatsch, Jusletter 3. Mai 2010, N 38 und Titel: "Keine Regel ohne Ausnahmen", S. 9f.). Vor diesem Hintergrund fällt der Beizug grundrechtlicher Überlegungen, soweit er ausserhalb des engen Rahmens der indirekten Drittwirkung im Sinne von Art. 35 Abs. 3 BV

- 19 - erfolgt, ausser Betracht. Es gilt die Kündigungsfreiheit gemäss Obligationenrecht, welche, soweit vorliegend von Bedeutung, einzig durch den sachlichen Kündigungsschutz des Verbots der missbräuchlichen Kündigung gemäss Art. 336, 336a OR eingeschränkt wird. Es braucht mangels direkter Drittwirkung der Grundrechte mithin nicht geprüft zu werden, ob eine mildere Massnahme als die Kündigung angezeigt gewesen wäre und ob der Kläger zunächst hätte verwarnt und ihm vor der Kündigung das rechtliche Gehör hätte gewährt werden müssen, wie dies bei öffentlichrechtlichen Arbeitstätigkeiten grundsätzlich vorgesehen wäre. Es ist namentlich nicht nach dem im öffentlichen Recht herkömmlichen Schema zu prüfen, ob ein zulässiger Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit vorliegt, indem eine gesetzliche Grundlage, ein öffentliches Interesse sowie die Verhältnismässigkeit

zu verifizieren wären, wie dies der Kläger tun will (Urk. 30 S. 7ff.). Ebenso wenig ist bedeutsam, ob die Kündigung vorliegend auch eine generalpräventive Wirkung zeitigen sollte (vgl. Urk. 30 S. 9, was der Kläger für unzulässig erachtet). Die Kündigung war jedenfalls gerechtfertigt und nicht missbräuchlich. Alles andere hat hier nicht zu interessieren. Von einer bloss geringen Verletzung der Treuepflicht (vgl. Urk. 30 S. 9, 11) kann im Übrigen nicht mehr die Rede sein. Das Phänomen, dass ein Arbeitnehmer im Unternehmen festgestellte Missstände internen Stellen und unter bestimmten Voraussetzungen auch aussenstehenden Dritten, z.B. Behörden oder Medien, mitteilen darf, wird als Whistleblowing bezeichnet (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321a N 14). An seiner noch vor Vorinstanz vertretenen dahingehenden Auffassung (Urk. 1 S. 13f. Rz 39) hält der Kläger im Berufungsverfahren zu Recht nicht mehr fest (Urk. 30 passim). Von einem Whistleblowing zu sprechen, wäre hier denn auch abwegig (vgl. dazu auch Urk. 13 S. 13f. Rz 36).

## E. 5

Zusammenfassend verneinte die erste Instanz mithin richtigerweise das Vorliegen einer missbräuchlichen Kündigung und wies die Klage entsprechend ab.

- 20 - D. (Zeugnisänderungsklage) 1. Die Vorinstanz wies die klägerischerseits verlangten Änderungen des von der Beklagten ausgestellten Arbeitszeugnisses (vgl. Urk. 1 S. 2f. i.V.m. Urk. 5/6; Urk. 31 S. 21) vollumfänglich ab. Im Berufungsverfahren wird nur noch die Abänderung der Formulierung betreffend das Verhalten des Klägers gegenüber den Vorgesetzten beantragt (Urk. 30 S. 3, 11). Hier verlangte der Kläger, der Satz betreffend sein Verhalten gegenüber Vorgesetzten sei abzuändern: von "einwandfreies Verhalten gegenüber seinem Vorgesetzten" in neu: "einwandfreies, freundliches und korrektes Verhalten gegenüber seinen Vorgesetzten". Diesbezüglich hielt die erste Instanz fest, das Zeugnis habe ein faires Abbild der gesamten Anstellungsdauer zu geben, wobei Leistung und Verhalten der letzten Zeit für den neuen Arbeitgeber von grösserer Bedeutung seien. Fehlverhalten sei nur zu erwähnen, wenn es für den Arbeitnehmer charakteristisch sei, einmalige Entgleisungen seien lediglich anzugeben, wenn sie von besonderer Schwere gewesen seien. In Anbetracht sämtlicher vorstehend genannten Umstände seien die verbalen Entgleisungen des Klägers über seine Vorgesetzten auf der Homepage "E.\_\_\_\_\_" jedoch als derart schwer einzustufen, dass es sich nicht rechtfertigen würde, diese im Schlusszeugnis keine Erwähnung finden zu lassen. Die beantragte Änderung des Klägers sei damit auch in diesem Punkt vollumfänglich abzuweisen (Urk. 31 S. 24 mit Hinweisen). 2. Im Berufungsverfahren lässt der Kläger vorbringen, er habe dargelegt, dass er seine Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber nicht verletzt habe. Sollte das Gericht zum Schluss gelangen, eine Treuepflichtverletzung liege vor, so sei sein Recht auf Meinungsäusserung und an der Wahrung seiner Grundrechte höher zu gewichten als das Interesse der Beklagten an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Vor diesem Hintergrund lasse sich die für das Arbeitszeugnis beantragte Formulierung mehr wie rechtfertigen, liessen doch die beigezogenen Personalakten jederzeit den Schluss zu, dass er sich jederzeit gegenüber allen Vorgesetzten einwandfrei, freundlich und korrekt verhalten habe (Urk. 30 S. 11).

- 21 - Die Beklagte liess dazu vor Vorinstanz ausführen, betrachte man die auf der öffentlich zugänglichen Plattform "E.\_\_\_\_\_" getätigten Blog-Einträge und die Beschimpfungen seiner Vorgesetzten und des "obersten Chefs", so würde das vom Kläger verlangte Zeugnis schlicht dem Wahrheitsgebot zuwider laufen. Wer als Kaderangehöriger

seine Chefs in der Öffentlichkeit als anatomische Mutanten verhöhne, die wahlweise rückgrat- oder eierlos ihr Unwesen treiben würden und so eine "beschissene" Stimmung verschuldeten, könne nicht damit rechnen, dass er in Bezug auf sein Verhalten gegenüber Vorgesetzten undifferenziert die Höchstnote erhalte. Sie habe sich darum bemüht, dem Kläger mit der gewählten Formulierung eine Brücke zu bauen, denn gegenüber seinem direkten Vorgesetzten sei das Verhalten tatsächlich nicht zu beanstanden. Mit der wahrheitswidrigen Feststellung eines einwandfreien Verhaltens gegenüber all seinen Vorgesetzten, das darüber hinaus auch noch freundlich und korrekt gewesen sein solle, überspanne der Kläger den Bogen, ganz abgesehen davon, dass er gegen die Formulierung "in jeder Hinsicht einwandfrei" (ohne freundlich und korrekt), die sich in beiden Zwischenzeugnissen exakt so finde, nie opponiert habe. Im Sinne einer wohlwollenden Gesamtbetrachtung habe sie darauf verzichtet, den konkreten Vorfall im Zeugnis zu nennen. Es liege aber auf der Hand, dass mit Bezug auf das Verhalten des Klägers gegenüber seinen Vorgesetzten die öffentlichen Blog-Einträge nicht einen geringfügigen Fall darstellen würden, welche der Beklagten im Rahmen einer Gesamtbetrachtung verbieten würden, diesem Umstand bei der Zeugnisformulierung Rechnung zu tragen (Urk. 13 S. 15f.). 3. Auch bei der Beurteilung des Verhaltens sind die verkehrsüblichen Massstäbe zugrunde zu legen unter Berücksichtigung eines Beurteilungssenses. Nur solches Fehlverhalten ist zu erwähnen, das für den Arbeitnehmer charakteristisch ist, einmalige Entgleisungen nur, wenn sie von besonderer Schwere sind (BK-Rehbinder/Stöckli, 2010, Art. 330a OR N 8). Zwar war das Verhalten des Klägers während der Dauer des Arbeitsverhältnisses (bevor er die verpönten Blog-Einträge verfasste) offenbar gegenüber allen Vorgesetzten in jeder Hinsicht einwandfrei, wie sich den aktenkundigen Zwischenzeugnissen entnehmen lässt (Urk. 5/7 S. 2; Urk. 5/8 S. 1). Bei den öffentlichen Blog-Einträgen handelt es sich zwar um einmalige, jedoch, wie vorstehend dargelegt, schwer gegen die Treue-

- 22 - pflicht verstossende unflätige und herabwürdigende Äusserungen betreffend seinen höchsten Vorgesetzten und die Vorgesetzten auf tiefster Stufe. Zwar beschimpfte er die Vorgesetzten nicht direkt, allerdings tat er dies im Internet in öffentlicher, auch für die Vorgesetzten zugänglicher Art und Weise. Er untergrub damit die Autorität seiner Vorgesetzten in der (fachkundigen) Öffentlichkeit in grober Weise. Die besondere Schwere ist daher zu bejahen (vgl. auch BGer 4C.154/2006 E. 1 und 3, wo eine Arztsekretärin, die zuvor zu keinerlei Klagen Anlass gab, vergeblich eine Bescheinigung als "stets freundliche" Mitarbeiterin forderte, nachdem ihr zu Recht fristlos gekündigt worden war, weil sie die Vorgesetzte vor Arbeitskollegen und Patienten beschimpft und mit "Sie können mich langsam ..." betitelt hatte). Die schweren Verfehlungen erfolgten in jüngster Zeit des über vier Jahre und neun Monate dauernden Arbeitsverhältnisses und sind für den potentiellen neuen Arbeitgeber somit von grösserer Bedeutung. Im Einklang mit der Vorinstanz kann dem Kläger daher im Schlusszeugnis kein einwandfreies, freundliches und korrektes Verhalten gegenüber (all) seinen Vorgesetzten attestiert werden. Solches liefere dem Wahrheitsgebot zuwider. Obschon sich der direkte Chef des Klägers auch von den öffentlichen Äusserungen hätte betroffen fühlen können (vgl. "...fehlen auch den Chefs auf den tiefsten Stufen die Eier!"; auch: Urk. 5/15 S. 5, wonach der Kläger mit seinem direkten Vorgesetzten, J.\_\_\_\_\_, vieles diskutiert habe, von diesem noch viel erwarte und nicht wisse, ob es alleine an ihm liege, ihn aber nicht reinziehen wolle), bescheinigte die Beklagte ihm diesbezüglich ein einwandfreies Verhalten. Die Wortwahl "in jeder Hinsicht einwandfreies Verhalten" wurde im Übrigen bereits in den Zwischenzeugnissen verwendet (Urk. 5/7

S. 2; Urk. 5/8 S. 1) und vom Kläger nicht beanstandet. Der Arbeitnehmer hat sodann keinen Anspruch auf die Verwendung einer bestimmten Formulierung (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 330a OR N3b und 5a mit Hinweisen). Es bleibt daher in Abweisung der Zeugnisänderungsklage und Berufung bei dem von der Beklagten ausgestellten - und angesichts der Situation durchaus wohlwollen- den - Schlusszeugnis vom 31. Dezember 2013 (Urk. 5/6).

- 23 - E. (Kosten- und Entschädigungsfolgen) Das erst- und zweitinstanzliche Verfahren sind kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO; Urk. 31 S. 26: Streitwert Fr. 26'250.-). Ausgangsgemäss sind die Entschädigungsfolgen zu regeln (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die der Beklagten für das vorinstanzliche Verfahren zugesprochene volle Parteientschädigung von Fr. 4'590.- (zuzüglich 7.2% Mehrwertsteuer) ist mangels Anfechtung für den Eventualfall (vgl. Urk. 30 S. 11) zu bestätigen. Für das Berufungsverfahren ist der Beklagten jedoch mangels wesentlicher Umtriebe keine Parteientschädigung zuzusprechen. Es wird erkannt:

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