

ZH_OBERGERICHT LA180031 vom 20. März 2019

ZH Obergericht, 2019-03-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA180031

FR: ZH_OBERGERICHT LA180031 du 20 mars 2019

IT: ZH_OBERGERICHT LA180031 del 20 marzo 2019

Erwägungen

E. 19

November 2018 und wurde der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 44 und 45). Weitere Eingaben der Parteien sind nicht erfolgt. III. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzu- stellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsäch- liche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: Sut- ter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels kla- rer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zei- gen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Die Parteien haben die von ihnen kritisierten Erwägungen des angefochtenen Entscheids wie auch die Aktenstücke, auf die sie ihre Kritik stützen, genau zu bezeichnen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_580/ 2015 vom 11.04.2016, E. 2.2 [nicht publiziert in BGE 142 III 271]). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vo- rininstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Dar- stellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzuläs-

- 5 - sig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers ausei- nandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbstän- dige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit al- len Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Be- gründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist das Berufungsge- richt nicht gehalten, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vor der zweiten Instanz vorliegen. Abgese- hen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanz- liche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor; der angefochtene Entscheid ist grundsätzlich nur auf die gerügten Punkte hin zu überprüfen. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei

dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (BGer 4A_629/2017 vom 17.07.2018, E. 4.1.4, m.w.H.). Die Begründungsanforderungen gelten auch für die Berufungsantwort, wenn darin Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im kantonalen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können (BGer 4A_258/2015 vom 21.10.2015, E. 2.4.2; BGer 4A_580/2015 vom 11.04.2016, E. 2.2; BGer 4A_496/2016 vom 08.12.2016, E. 2.2.2; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 312 N 11).

- 6 - IV. 1. Die Vorinstanz führte zu den Kündigungsgründen aus, die Beklagte habe die fristlose Kündigung mit der massiven Verletzung von arbeitsvertraglichen Treuepflichten und strafbaren Handlungen (massive ehrverletzende Äusserungen im Sinne von Art. 173 StGB, Verletzung des Geschäftsgeheimnisses und Vortäuschung einer Krankheit) durch die Klägerin begründet. Sie stütze ihre Vorwürfe dabei auf die WhatsApp-Chatverläufe auf dem ehemaligen Geschäftsmobiltelefon der Klägerin und reiche die entsprechenden Chat-Protokolle bzw. Screenshots ins Recht. Dass es zum Austausch der ins Recht gelegten WhatsApp-Nachrichten gekommen sei, insbesondere denjenigen zwischen der Klägerin und C. _____, sei unbestritten. Nachfolgend sei deshalb zu prüfen, ob für die Entscheidfindung auf diese WhatsApp-Chatverläufe bzw. die entsprechenden Screenshots abgestellt werden könne (Urk. 38 S. 17). Die Beklagte schreibt dazu lediglich, die Vorinstanz sei ihrer Argumentation insofern einschränkend gefolgt, als sie zu Recht davon ausgehe, dass die von der Klägerin im WhatsApp-Chatverlauf vorgenommenen, stark ehrverletzenden Äusserungen „eine Verletzung der persönlichen Integrität des Geschäftsführers der Beklagten naheleg(e)“. Damit gehe auch die Vorinstanz vom Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne von Art. 337 OR aus, auch wenn sie einschränkend festhalte, dass darauf nicht näher einzugehen sei (Urk. 37 S. 4 unter Verweis auf Urk. 38 S. 23). Dem hält die Klägerin zu Recht entgegen, dass die Vorinstanz das Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht beurteilt hat. Die Klägerin bestreitet weiterhin, dass ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung gegeben sei. Um dies zu beurteilen, müsste der gesamte Hintergrund des Zustandekommens des WhatsApp-Verlaufs genau geklärt und beurteilt werden (Urk. 44 S. 3). Hat die Vorinstanz offengelassen, ob ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung im Sinne von Art. 337 OR gegeben ist, so hätte die Beklagte in der Berufungsschrift unter Verweis auf entsprechendes Vorbringen vor Vorinstanz darlegen müssen, weshalb ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung zu bejahen sei (vgl. vorangehende Ziff. III). Käme die Berufungsinstanz nämlich zum gegenüber dem angefochtenen

- 7 - Entscheid gegenteiligen Schluss, dass die WhatsApp-Protokolle zulässige Beweismittel darstellen, wäre in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung vorliegt. Da die Berufungsinstanz umfassende Kognition hat (Art. 310 ZPO), Beweise abnehmen (Art. 316 Abs. 3 ZPO) und einen neuen Entscheid in der Sache fällen kann (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO), könnte sie diese Prüfung selbst vornehmen. Mangels entsprechender Behauptungen in der Berufungsschrift wäre dies aber nicht möglich. Daher ist bereits an dieser Stelle festzuhalten, dass die fristlose Kündigung mangels eines prozessrechtskonform behaupteten wichtigen Grundes ungerechtfertigt war.

2. a) Gemäss Vorinstanz handelt es sich bei den Chat-Protokollen um rechtswidrig

beschaffte Beweismittel. Aufgrund der Aktenlage sei von einem regen Austausch von WhatsApp-Nachrichten zwischen der Klägerin und C._____ auszugehen. Es sei unstrittig, dass die Beklagte vom Chat-Verlauf im Rahmen einer „Kontrolle/Revision“ des Geschäftshandys der Klägerin erfahren habe. Umstritten sei, ob die Klägerin im von der Beklagten ausgehändigten Mobiltelefon eine private SIM-Karte oder eine SIM-Karte der Beklagten verwendet habe, doch könne die Frage offenbleiben (Urk. 38 S. 18 und 21). In den Anstellungsbedingungen der Beklagten wird die Nutzung von firmeneigenen Kommunikationsmitteln geregelt (Urk. 5/5 S. 14; Urk. 38 S. 18 f.). Es heisst dort u.a.: „19.2 Nutzung der Kommunikationsdienste Die Mitarbeiterin nutzt den Zugang zu den Online-Diensten, deren Anwendungen, Funktionen und Leistungen nur im Zusammenhang mit der Erfüllung geschäftlicher Aufgaben. Untersagt ist infolge der akuten Gefährdung durch Viren, welche der Plattform von A._____ erheblichen Schaden zufügen können, die Benutzung des Internets für persönliche Zwecke. Insbesondere untersagt ist der Empfang bzw. Versand von E-Mails über einen privaten Web Mail Zugang oder das Hören von Musik via Stream über die Plattform von A._____. Die Benutzung des Geschäfts Telefons ist in Absprache mit der Leitung der Geschäftsstelle erlaubt, insbesondere in dringenden Situationen.

- 8 - Die Mitarbeiterin enthält sich subjektiver Wertungen oder Äusserungen bei der Nutzung von Online-Diensten, die seitens Dritter als beleidigend oder verletzend beurteilt werden könnten. Verboten ist insbesondere das Herunterladen irgendwelcher Programme usw. auf die Plattform von A._____ sowie das Betrachten, Herunterladen oder Versenden von E-Mails, welche auf irgendeine Art diskriminierend sind oder einen sexuellen, pornographischen oder rassistischen Inhalt besitzen.

E. 19.3

Meldepflicht der Mitarbeiterin Die Mitarbeiterin meldet A._____ unverzüglich alle besonderen Vorkommnisse beim Umgang mit Online-Diensten, insbesondere bei möglichem Missbrauch des Passwortes, Zugriffversuchen von Hackern, Verdacht auf Viren etc.

E. 19.4

Kontrolle durch A._____ A._____ behält sich das Recht vor, im Falle des Verdachtes einer Verletzung dieser Vorschriften ohne Vorwarnung eine Kontrolle vorzunehmen und sowohl Telefonnummern, E-Mail oder besuchte[n] Internetseiten zu überprüfen, einzusehen oder abzuhören.

E. 19.5

Private Smartphones und Tablets Der allgemeine Gebrauch von privaten Smartphones (Handys) und Tablets (Telefonate, SMS, Internetdienste, soziale Medien, Spiele etc.) ist während der Arbeitszeit untersagt. Sind privat dringende Kontakte erforderlich, sind diese mit der Vorgesetzten abzusprechen.

E. 19.6

Sanktionen bei Verstössen Je nach Schwere des Verstosses hat die betroffene Mitarbeiterin mit einer ordentlichen Kündigung oder fristlosen Entlassung zu rech(n)en. Zudem behält sich A._____ vor, der Mitarbeiterin allfällige Unkosten, Schadenersatz usw. in Rechnung zu stellen." Die Vorinstanz erwo, dass die Klägerin aufgrund dieser Bestimmungen allenfalls bei einem entsprechenden Verdacht auf einen Verstoss gegen die Bestimmungen

mit einer Kontrolle ihres Geschäftsmobiltelefons hätte rechnen müssen, wobei die aufgrund eines Verdachts getroffene Kontrolle bzw. Massnahme verhältnismässig sein müsse. Eine Löschung des Chat-Verlaufs wäre wohl eine solche verhältnismässige Massnahme. Zu berücksichtigen sei namentlich, dass einem WhatsApp-Chat zwischen zwei Personen im Unterschied etwa zu Face-

- 9 - book-Einträgen jeglicher Öffentlichkeitscharakter fehle. In casu habe nicht nur eine Kontrolle zur Behebung allfälliger Defekte stattgefunden, bei welcher die Applikation WhatsApp einfach vom Handy der Klägerin hätte gelöscht werden können. Vielmehr sei die App geöffnet und durchsucht worden. Einzelne Chats seien durchforscht und sogar dupliziert worden (Screenshot), ohne dass dafür ein Verdachtsmoment oder eine spezifische Einwilligung bestanden habe. Etwas anderes sei von der Beklagten bezeichnenderweise auch nicht geltend gemacht worden. Es habe mithin keine rechtsgenügende Grundlage im Anstellungsreglement bestanden, die eine solche Durchsuchung des Mobiltelefons gerechtfertigt hätte. Folglich habe die Klägerin nicht mit einer Durchsuchung des Mobiltelefons rechnen müssen. Ebenso wenig habe eine Einwilligung der Klägerin dazu vorgelegen. Dass sie gewusst haben soll, dass auch die Mobiltelefone anderer Mitarbeiter der Beklagten ohne Vorliegen eines Verdachtsmoments untersucht worden sein sollen, vermöge daran nichts zu ändern. Es könne daher nicht darauf ankommen, ob die Klägerin für das Geschäftsmobiltelefon eine private SIM-Karte oder eine solche der Beklagten genutzt habe (Urk. 38 S. 19 f.). b) Die Beklagte macht geltend, Ziff. 19 der Anstellungsbedingungen verbiete die Nutzung von sämtlichen Kommunikationsmitteln für private Zwecke. Zu den Kommunikationsmitteln gehöre auch WhatsApp. Ziff. 19.4 berechtige die Beklagte zur Vornahme einer Kontrolle im Falle des Verdachts einer Verletzung „dieser Vorschriften“. Darunter würden auch Vorschriften fallen, welche regeln, dass die Nutzung von Kommunikationsmitteln für persönliche Zwecke nicht erlaubt sei. Eine WhatsApp-Applikation werde in der Regel für private Zwecke auf einem privaten Handy installiert. Wenn eine Mitarbeiterin WhatsApp auf ihrem Geschäftshandy installiere, mache sie dies wohl mit der Absicht und im Wissen darum, sich privat austauschen zu wollen. Hierüber habe aber nicht definitive Gewissheit geherrscht. Die Beklagte habe nur vermuten können, dass private Nachrichten ausgetauscht würden. Um definitive Gewissheit hierüber zu erlangen, ob es sich wirklich um private Nachrichten handle, habe die Beklagte die WhatsApp auf dem Geschäftshandy anklicken und den Inhalt lesen müssen. Die Installation einer privaten WhatsApp-Applikation auf dem Geschäftshandy erzeuge nicht nur den Verdacht, private Nachrichten auszutauschen, sondern stelle bereits eine Verletzung von Ziff. 19 der Anstellungsbedingungen dar. Diesfalls könne die Beklagte eine

- 10 - Kontrolle vornehmen und den privaten Chatverkehr durchforsten. Wegen der vertragswidrigen Installation der privaten WhatsApp-Applikation auf dem Geschäftshandy habe die Klägerin mit einer Kontrolle ihres privaten Chatverlaufs rechnen müssen. Als persönliche und engste Mitarbeiterin von D._____, mit dem sie ein gemeinsames Büro geteilt habe, habe sie regelmässig mitbekommen, dass routinemässig in unregelmässigen Abständen in den Hauptsitz zurückgeschickte Geschäftshandys einer Kontrolle unterzogen und damit durchleuchtet würden, dies nicht nur zur Behebung allfälliger Defekte, sondern für die Behebung nicht geschäftsmässig begründeter Apps. Indem die Klägerin das von ihr genutzte Geschäftshandy auf Aufforderung der Beklagten im Rahmen eines routinemässigen Rückrufs von Geschäftshandys habe zurückgeben müssen,

habe sie zur umfassenden Kontrolle eingewilligt, wie dies in Ziff. 19.4 des Anstellungsreglements festgehalten sei. Die WhatsApp-Screenshots seien daher rechtmässig erlangt worden (Urk. 37 S. 5 ff.). c) aa) Gemäss Art. 328b OR darf der Arbeitgeber Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Art. 328b OR ist lex specialis zu den Datenschutzbestimmungen im Bundesgesetz über den Datenschutz (Costa, Internet- und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz, Jusletter 9. Januar 2012, Rz 19). Datenbearbeitungen im Arbeitsverhältnis sind grundsätzlich unzulässig, es sei denn, sie seien durch den Bezug zur Eignung des Arbeitnehmers oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages gerechtfertigt. Jede Bearbeitung von Daten, die keinen genügenden Arbeitsplatzbezug haben, ist damit unzulässig. Sie ist also selbst dann nicht erlaubt, wenn sie nach dem Datenschutzgesetz erlaubt wäre. Anders als im Bereich des Datenschutzgesetzes vermag daher das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes die Rechtswidrigkeit grundsätzlich nicht zu beseitigen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 328b N 3). Unter Bearbeiten ist jeder Umgang mit Personendaten zu verstehen, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren. Insbesondere fällt darunter das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten der Daten (Art. 3 lit. e DSG). Personendaten sind alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Art. 3 lit. a DSG). Wie die Beklagte zutreffend aus-

- 11 - führt, beziehen sich Daten insofern auf eine Person, als sie die Identität, die Merkmale und Eigenschaften, das Verhalten oder die Behandlung und Beurteilung dieser Person betreffen (Urk. 37 S. 8; BSK DSG-Blechta, Art. 3 N 8). Gemeint sind Daten mit Personenbezug. Dazu zählt auch die Äusserung einer Person (Rosenthal/Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, Art. 3 N 4 und 13). Zum Verhalten einer Person gehört die Benutzung von WhatsApp, also wann jemand mit wem eine Konversation mit welchem Inhalt geführt hat. Entgegen der Meinung der Beklagten kommt es auf den Inhalt der Konversation nicht an (Urk. 37 S. 8). Es handelt sich somit beim aktenkundigen Chatverkehr um Personendaten, die vom Datenschutzgesetz erfasst sind. Durch die Sichtung, Herstellung von Screenshots und Zitierung sind diese Daten von der Beklagten bearbeitet worden. bb) Zu prüfen ist, ob diese Datenbearbeitung zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich war (Art. 328b OR). Erlaubt ist die Datenbearbeitung u.a. zur Kontrolle erteilter Weisungen. So dürfen beispielsweise Randdaten (Dauer, Zeitpunkt, Gebühren, beteiligte Anschlüsse) von Telefongesprächen grundsätzlich erfasst werden, wenn Weisungen über den privaten Telefonverkehr existieren (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 328b N 8 S. 587). Im Bereich des E-Mailverkehrs ist es nicht ausgeschlossen, Zahl und Umfang der abgeschickten E-Mails, einschliesslich der privaten, zu kontrollieren. Eine Inhaltskontrolle rechtfertigt sich höchstens bei den geschäftlichen E-Mails (Geiser, Die Beaufsichtigung des Internetbenutzers im Arbeitsrecht, Medialex 2001, S. 207). Die Beklagte geht davon aus, dass WhatsApp primär für private Zwecke auf einem Handy installiert wird. Sie behauptet nicht, Einsicht in den Chatverlauf auf dem Handy der Klägerin genommen zu haben, um geschäftliche Nachrichten zu überprüfen, sondern um Gewissheit zu erlangen, dass private Nachrichten ausgetauscht würden. Eine inhaltliche Sichtung des Chatverlaufs war daher von vornherein nicht zulässig, da sie zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses nicht erforderlich war (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 328b N 18 S. 622). Zudem schreibt Art. 4 Abs. 2 DSG vor, dass die Bearbeitung von Personendaten verhältnismässig

sein muss. In Bezug auf die Auswertung von Randdaten bedeutet das, dass nur diejenigen Auswertungen vorgenommen werden dürfen, welche für das Aufdecken von Missbräuchen geeignet sind, und dass der Arbeitgeber dabei diejenige Auswer-

- 12 - tungsform zu wählen hat, welche den mildesten Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmerin darstellt (Leitfaden über Internet- und E-Mailüberwachung am Arbeitsplatz für die Privatwirtschaft des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten, Stand September 2013, Ziff. 3.2; zit. Leitfaden). Die Beklagte beruft sich für ihre Berechtigung zur Durchforstung des privaten Chatverkehrs auf Ziff. 19.4 der bereits zitierten Anstellungsbedingungen. Die zwingenden gesetzlichen Bestimmungen zur Datenbearbeitung können indessen nicht durch ein Anstellungsreglement abgeändert werden. Selbst wenn die installierte WhatsApp indizierte, dass die Klägerin das Geschäftshandy für den Austausch privater Nachrichten benutzte, war die Beklagte nicht befugt, Einblick in diese Nachrichten zu nehmen. Zur konkreten Durchsetzung der Weisung, Online-Dienste nur im Zusammenhang mit der Erfüllung geschäftlicher Aufgaben zu benutzen, hätte es genügt, die Applikation WhatsApp auf dem Geschäftshandy der Klägerin als „arbeitsfremde“ App zu löschen (vgl. Urk. 38 S. 20). cc) Angesichts des zwingenden Charakters von Art. 328b OR vermag der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung (Art. 13 Abs. 1 DSGVO) die Rechtswidrigkeit einer Datenbearbeitung nach Art. 328b OR nicht zu beseitigen (Streiff/von Kael/Rudolph, a.a.O., Art. 328b N 3, m.w.H.; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 328b N 26; Portmann/Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A., Zürich/St. Gallen 2013, Rz 456; BSK DSGVO-Rampini, Art. 13 N 7). Eine Einwilligung wäre ohnehin nur dann gültig, wenn sie freiwillig erfolgt und die betroffene Person deren Konsequenzen abschätzen kann (Rampini, a.a.O., Art. 13 N 4 ff.). Nach Darstellung der Beklagten musste die Klägerin ihr Geschäftshandy im Rahmen eines routinemässigen Rückrufs von Geschäftshandys zurückgeben. In dieser Rückgabe kann von vornherein keine Einwilligung zur Durchforstung des Chatverkehrs erblickt werden, da die Einziehung gerade nicht wegen des Verdachts einer Verletzung der Bestimmungen des Anstellungsreglements erfolgte. Eine gültige Einwilligung liegt auch nicht in Ziff. 19.4 des Anstellungsreglements vor, wo sich die Beklagte das Recht vorbehält, „im Falle des Verdachtes einer Verletzung dieser Vorschriften“ ohne Vorwarnung eine Kontrolle vorzunehmen und Telefonnummern, E-Mail oder besuchte Internetseiten zu überprüfen, einzusehen oder abzuheören. Eine so umfassende Inhaltskontrolle setzt voraus, dass die betroffene Person klar weiss, wann sie angeordnet werden darf, und kann nicht von vagen Vo-

- 13 - raussetzungen abhängig gemacht werden (vgl. Wildhaber/Hänsenberger, Kündigung wegen Nutzung von Social Media, in: Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2015, S. 424). Nach Treu und Glauben muss eine Willenserklärung um so klarer sein, je höher das Gefährdungspotenzial der zur Diskussion stehenden Datenbearbeitung für die betroffene Person ist (Rosenthal/Jöhri, a.a.O., Art. 4 N 89). Fraglich erscheint überdies, ob die Einwilligung überhaupt freiwillig im Sinne von Art. 4 Abs. 5 DSGVO erfolgte (vgl. Leitfaden Ziff. 3.1 a.E.). Dies kann aber offenbleiben. d) aa) Die Beklagte wirft der Vorinstanz vor, nur in einem kurzen Satz und ohne Begründung festgestellt zu haben, dass ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse (zur Rechtfertigung der Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 DSGVO) nicht ersichtlich sei. Die Vorinstanz habe gar keine Interessenabwägung vorgenommen. Für die Frage der

Zulässigkeit der Verwertbarkeit der WhatsApp-Screenshots sei auf das Verhältnis zwischen der Beklagten bzw. D._____ und der Klägerin abzustellen. Angesichts des sehr engen Arbeitsverhältnisses zwischen D._____ und der Klägerin, welche als seine persönliche Assistentin sein grösstes Vertrauen genossen habe und angesichts ihrer besonderen Stellung einer besonders hohen Treuepflicht unterlegen sei, habe er über die Klägerin weitergehende Daten bearbeiten dürfen als über eine einfache Angestellte (Urk. 37 S. 9 f.). Die Beklagte listet in der Folge eine Reihe angeblicher Interessen einerseits von sich und D._____ und andererseits von der Klägerin auf, welche gegeneinander abzuwägen seien (Urk. 37 S. 10 ff.): Interessen der Klägerin: • dass ihre Geheimsphäre gewahrt bleibt • dass ihr ehrverletzender WhatsApp-Verkehr nicht gelesen wird und sie sich einer Strafverfolgung entziehen kann • dass die von ihr begangenen sexuellen Belästigungen nicht offenbart werden

- 14 - Interessen der Beklagten: • dass sie ihrer Fürsorgepflicht als Arbeitgeberin gemäss Art. 328 OR nachkommt und dafür sorgt, dass die psychische Integrität ihres Geschäftsführers D._____ bewahrt bleibt • dass sie aufgrund ihrer Fürsorgepflicht Schaden vom Geschäftsführer D._____ abwendet und gegen die von der Klägerin gegen D._____ begangenen Straftaten vorgeht • dass sie nicht weiter mit einer Arbeitnehmerin, die in einem hohen Masse und in strafbarer Weise die Persönlichkeitsrechte des Geschäftsführers D._____ sowie ihre Treuepflichten als Arbeitnehmerin verletzt hat, noch während rund dreieinhalb Monaten zusammenarbeiten und sie entlöhen muss • dass sie aufgrund ihrer Fürsorgepflicht dafür sorgt, dass die sexuelle Integrität von D._____ im Sinne des GIG bewahrt bleibt • dass sie dafür sorgt, dass die in den Anstellungsbedingungen in Ziff. 19 vereinbarten Rechtsnormen eingehalten und die vereinbarten Sanktionen (Ziff. 19.6) durchgesetzt werden • dass sie aufgrund ihrer Fürsorgepflicht dafür sorgt, dass die psychische Integrität der von der Klägerin und B._____ [recte: C._____] gemobbten Mitarbeiterin E._____ gewahrt bleibt, und gegen dieses Mobbing vorgeht Interessen des Geschäftsführers D._____: • dass seine psychische Integrität gegen derart massive ehrverletzende Eingriffe, die strafbar sind, geschützt und dass dagegen vorgegangen wird • dass seine sexuelle Integrität gegen derartige sexuelle Belästigungen geschützt und dagegen vorgegangen wird. Die Beklagte ist der Auffassung, eine allfällige persönlichkeitsverletzende Datenbearbeitung wäre durch ihr überwiegendes privates Interesse und dasjenige

- 15 - ihres Geschäftsführers im Sinne von Art. 13 Abs. 1 DSGVO gerechtfertigt gewesen (Urk. 37 S. 12). bb) Art. 13 Abs. 1 DSGVO nennt als Rechtfertigungsgrund für eine Verletzung der Persönlichkeit u.a. ein überwiegendes privates Interesse. Indessen kann sich die Beklagte mangels eines genügenden Arbeitsplatzbezugs der bearbeiteten Daten zur Rechtfertigung von vornherein nicht auf ein überwiegendes privates Interesse berufen (vorangehende lit. c). Ein solches wäre aber ohnehin zu verneinen. Eine persönlichkeitsverletzende Datenbearbeitung ist nur gerechtfertigt, sofern und soweit die berechtigten Interessen an der Datenbearbeitung überwiegen. Ob dem so ist, muss unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls durch eine Wertung der einander widersprechenden berechtigten Interessen bzw. ein Abwägen der auf dem Spiel stehenden Güter ermittelt werden. Zu berücksichtigen ist nicht nur das Gewicht der zur Diskussion stehenden Güter, sondern ebenso der Grad der Gefährdung (Ist eine Persönlichkeitsverletzung höchstwahrscheinlich oder eher theoretischer Natur?) und das Ausmass der befürchteten Verletzung dieser Güter (Wird sie schwerwiegend oder kaum der Rede wert sein?), sollte die zur Diskussion stehende

Datenbearbeitung durchgeführt werden bzw. aus- bleiben (Rosenthal/Jöhri, a.a.O., Art. 13 N 12). Die Beklagte stützt ihr Interesse und dasjenige von D._____ an der Persönlichkeitsverletzenden Datenbearbeitung zur Hauptsache auf den offengelegten Chatverkehr ab. Dieser Ansatzpunkt ist nicht richtig. Abzuwägen sind nach dem Gesagten die berechtigten Interessen an der Datenbearbeitung und die Interessen der betroffenen Person, bevor die Datenbearbeitung vorgenommen wird. Der Chatverkehr gehört zur Geheimsphäre der Klägerin (vgl. BGE 126 I 50 E. 6 für den E-Mail-Verkehr). Diese hat Anspruch auf Schutz ihrer Geheimsphäre. Dem ist das Interesse der Beklagten gegenüberzustellen, dass das Internet am Arbeitsplatz nicht zu privaten Zwecken benutzt wird. Der Beklagten steht das Recht zu, die Einhaltung dieser Weisung, wie sie in Ziff. 19.2 des Anstellungsreglements aufgeführt ist, zu kontrollieren. Dem Kontrollbedürfnis hätte es genügt festzustellen, dass und allenfalls in welchem zeitlichen Umfang WhatsApp benutzt wird. Für eine Inhaltskontrolle fehlte ein schutzwürdiges Interesse. Ob dies anders zu beurteilen wäre, wenn die Beklagte Hinweise gehabt hätte, dass die Klägerin und

- 16 - C._____ WhatsApp dazu benutzten, um sich negativ über den Geschäftsführer D._____ zu äussern oder Mobbing gegenüber einer Mitarbeiterin zu betreiben, kann dahingestellt bleiben, da dies nicht Anlass für die Überprüfung des Handys der Klägerin war. Eine Inhaltskontrolle rechtfertigte sich auch nicht wegen des behaupteten engen Arbeitsverhältnisses zwischen D._____ und der Klägerin, da der Schutz der Geheimsphäre einer allfälligen Loyalitätsüberprüfung vorgeht, dies jedenfalls dann, wenn keinerlei Verdachtsmomente bestehen. Die Beklagte kann sich daher nicht auf ein überwiegendes privates Interesse an der Datenbearbeitung berufen. Mithin war die Sichtung des Chatverkehrs rechtswidrig und handelt es sich bei den im Recht liegenden Screenshots um rechtswidrig beschaffte Beweismittel, da diese auf ersterer beruhen (Rüedi, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, Zürich/St. Gallen 2009, S. 169 Rz 373 {zit. Rüedi}; derselbe, Rechtswidrig erlangte Beweismittel, in: Dolge {Hrsg.}, Substantiieren und Beweisen – Praktische Probleme, PraxiZ Bd. 3, Zürich/St. Gallen 2013, S. 79 f.). 3. a) Gemäss Art. 152 Abs. 2 ZPO werden rechtswidrig beschaffte Beweismittel nur berücksichtigt, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Die Vorinstanz erwog, die Argumentation der Beklagten, wonach das Interesse an der Wahrheitsfindung aufgrund der vorliegend anwendbaren Prozessmaxime höher zu gewichten sei, sei nicht stichhaltig. Das Interesse an der Wahrheitsfindung habe im vereinfachten Verfahren grundsätzlich kein grösseres Gewicht als beim klassischen Verhandlungsgrundsatz. Daran vermöge der Hinweis auf die Untersuchungsmaxime nach Art. 247 Abs. 2 ZPO nichts zu ändern. Denn die Untersuchungsmaxime solle nur so weit greifen, als sie zum Ausgleich eines sozialen Machtgefälles zwischen den Parteien (z.B. Arbeitgeber und Arbeitnehmer) diene. Was die Interessenabwägung betreffe, so könne der Beklagten nicht zugestimmt werden, wenn sie ausführe, es handle sich um einen absolut harmlosen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Klägerin. Die Beklagte bzw. ihr Geschäftsführer habe die Beweismittel in Verletzung materiell-rechtlicher Bestimmungen beschafft. Durch die Beschaffungshandlungen sei die Geheimsphäre der Klägerin und somit auch ihre Persönlichkeit in einer klaren, nicht zu unterschätzenden Weise verletzt worden. Die durchsuchten WhatsApp-Nachrichten hätten mitunter private und intime Angelegenheiten, so etwa den Chatverlauf zwischen der Klägerin und ihrem

- 17 - Freund F._____ betroffen. Auch wenn der Inhalt der streitgegenständlichen WhatsApp-Nachrichten eine Verletzung der persönlichen Integrität des Geschäftsführer

des Beklagten nahelege – worauf vorliegend aber nicht näher einzugehen sei –, könne dessen Rechtsgut (Persönlichkeit) nicht höher als dasjenige der Klägerin gewichtet werden (Urk. 38 S. 22 f.). b) Die Beklagte wirft der Vorinstanz vor, nicht zu begründen, weshalb die Verletzung der persönlichen Integrität von D. _____ nicht höher zu gewichten sei als die Verletzung der Geheimsphäre der Klägerin, die als persönliche Assistentin eine besonders hohe Vertrauensstellung genossen und durch ihre massiven ehrverletzenden Äusserungen und die sexuellen Belästigungen gegenüber D. _____ das Vertrauensverhältnis völlig zerstört habe. Ein Anhaltspunkt für die Intensität der Beeinträchtigung sei, ob der Gesetzgeber ein Verhalten strafrechtlich sanktioniert habe. Das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiege. Die Beklagte als Arbeitgeberin sei verpflichtet, ihre gesetzlichen und vertraglichen Pflichten zu erfüllen, im vorliegenden Fall ihre Fürsorgepflichten gemäss Art. 328 OR. Sie müsse ihr oberstes Leitungsorgan D. _____ vor massiven Eingriffen in seine psychische Integrität (Persönlichkeitsrechte) sowie in seine sexuelle Integrität schützen. Dies gelte umso mehr, als die von der Klägerin vorgenommenen Persönlichkeitsverletzungen keine einfachen Bagatellen seien und als Ehrverletzungsdelikte strafrechtlich sanktioniert würden. Ferner habe die Beklagte aufgrund ihrer Fürsorgepflicht gegen die von der Klägerin vorgenommenen Mobbingaktivitäten gegen E. _____ eingreifen müssen. Zudem seien die Persönlichkeitsrechte von D. _____ durch die während eines bestimmten Zeitraums andauernden, wiederholt gemachten massiven ehrverletzenden Äusserungen und durch die Beeinträchtigung seiner sexuellen Integrität bedeutend intensiver verletzt worden und damit höher zu gewichten als der nur einmalig erfolgte Eingriff in die Privatsphäre durch das Lesen von ehrverletzenden WhatsApp-Nachrichten auf einem Geschäftshandy. Sodann sei zugunsten der Beklagten zu berücksichtigen, dass das Beweismittel nicht unter Verletzung einer Strafbestimmung (StGB) beschafft worden sei, sondern nur unter Verletzung einer Bestimmung des Privatrechts (DSG), wenn denn die Beschaffung tatsächlich materiell unrechtmässig wäre. Zu guter Letzt sei das Interesse der Beklagten und ihres Geschäftsführers, mit einer Mitarbeiterin, welche ihre Treuepflichten massiv verletzt, sich mit ehrverletzenden

- 18 - Äusserungen strafbar gemacht und die sexuelle Integrität des obersten Leitungsorgan verletzt habe, infolge Unzumutbarkeit per sofort nicht mehr zusammenzuarbeiten und den Lohn während mehr als drei Monaten nicht mehr bezahlen zu wollen, ebenfalls entsprechend höher zu gewichten. Die WhatsApp-Protokolle seien die einzigen Beweismittel, die der Beklagten zur Verfügung stünden. Würden diese nicht berücksichtigt, würde die Wahrheitsfindung im Prozess verunmöglicht. Weiter hält die Beklagte daran fest, dass aufgrund der anwendbaren beschränkten Untersuchungsmaxime der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen sei und daher die WhatsApp-Screenshots als Beweismittel von Amtes wegen zu berücksichtigen seien (Urk. 37 S. 13 ff.). c) aa) Bei den Screenshots handelt es sich um ein materiell rechtswidriges Beweismittel. Bei der Beschaffung von materiell rechtswidrigen Beweismitteln wird eine Bestimmung des materiellen Rechts verletzt, welche das verletzte Rechtsgut vor der zur Diskussion stehenden Verletzung schützen soll. Gemäss Art. 152 Abs. 2 ZPO kann das rechtswidrig beschaffte Beweismittel nur unter Einschränkungen berücksichtigt werden. Der Richter muss insbesondere eine Abwägung zwischen dem Schutzinteresse des Rechtsgutes, das bei der Beweismittelbeschaffung verletzt wurde, und dem Interesse an der Wahrheitsfindung vornehmen (Praxis 103 {2014} Nr. 81 E. 3.1 = BGE 140 III 6). Dabei ist die physische, psychische oder seelische Integrität höher zu gewichten als materielle

Werte wie Eigentum oder Besitz (Hasenböhler, Das Beweisrecht der ZPO, Band 1, Zürich 2015, S. 178 Rz 5.16; BSK ZPO-Guyan, Art. 152 N 14; Schmid, OFK-ZPO, Art. 152 N 35; Botschaft ZPO, BBl 2006 7312). Die Verwertung von infolge eines rechtswidrigen Eingriffs in die Privatsphäre erlangten Beweismitteln darf nur mit grosser Zurückhaltung zugelassen werden (Praxis 102 {2013} Nr. 82 E. 6.4.1, m.w.H. = BGE 139 II 7). bb) Bei der Interessenabwägung ist zunächst der Rang des beeinträchtigten Rechtsguts zu berücksichtigen. Vorliegend erfolgte ein widerrechtlicher Eingriff in die Geheimsphäre der Klägerin, welche höher zu gewichten ist als die Privatsphäre und materielle Werte (Guhl, Trotz rechtswidrig beschaffter Beweis zu einem gerechten Straf- und Zivilurteil, Zürich 2018, S. 143 Rz 345 und S. 144 f. Rz 351 f.; Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 152 N 87; Rüedi, a.a.O., S. 160 Rz 348; Guyan,

- 19 - a.a.O., Art. 152 N 14). Weiter spielt die Intensität der Beeinträchtigung eine Rolle (Rüedi, a.a.O., S. 159 Rz 347). Je stärker das rechtlich geschützte Interesse verletzt wird, umso stärker wird die Fairness des Verfahrens tangiert. Umso gewichtiger muss diesfalls das Interesse an der Wahrheitsfindung sein, damit das rechtswidrig erlangte Beweismittel verwertet werden kann (Guhl, a.a.O., S. 144 Rz 348). Die von der Beklagten ins Recht gelegten Screenshots vom Chatverkehr zwischen der Klägerin und C._____ datieren vom Oktober 2016 und Januar 2017 (Urk. 15 S. 8; vgl. auch Urk. 9/3 S. 9, wo ein Chatverkehr vom 18. Mai 2016 erwähnt wird). Daraus ist zu schliessen, dass die Beklagte den Inhalt des Chatverkehrs über längere Zeit überprüfte und daher die Geheimsphäre der Klägerin intensiver verletzte, als wenn es sich nur um eine einmalige Momentaufnahme gehandelt hätte. Als weiterer Gesichtspunkt wird in der Literatur die Frage der Präventivwirkung diskutiert: Wäre die Verwertbarkeit rechtswidrig beschaffter Beweismittel prinzipiell zulässig, dürften Beweise durch die Parteien immer dann rechtswidrig beschafft werden, wenn der Nutzen aus der Verwertung als wertvoller eingeschätzt wird als die negativen materiell-rechtlichen Konsequenzen. Vor diesem Hintergrund wird zum Teil die Ansicht vertreten, dass rechtswidrig beschaffte Beweismittel äusserst zurückhaltend zu verwerten seien, um keinen Anreiz für materiell rechtswidrige Beschaffungshandlungen zu geben (Guhl, a.a.O., S. 153 Rz 369 f., m.w.H.). Grundsätzlich ist dem entgegenzuhalten, dass der Gesetzgeber die Zulässigkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel als Ausnahmetatbestand in Art. 152 Abs. 2 ZPO normiert hat und damit rechtswidrig erlangte Beweismittel zulässt. Bei der Interessenabwägung kann aber die Art der Beschaffungshandlung berücksichtigt werden (Guhl, a.a.O., S. 142 Rz 344). Wird die grundlose inhaltliche Auswertung des Chatverkehrs, wie sie vorliegend erfolgte, sanktioniert, kann sich daraus als Begleiterscheinung eine präventive Wirkung ergeben, auch wenn mit dem prozessrechtlichen Verwertungsverbot rechtswidrig beschaffter Beweise kein präventiver Zweck verfolgt wird (Guhl, a.a.O., S. 153 f. Rz 370). Hinweise auf die Schwere einer Beschaffungshandlung ergeben sich, wenn diese zur Verletzung von strafrechtlichen Bestimmungen führt (Guhl, a.a.O., S. 144 Rz 350; vgl. Leu, a.a.O., Art. 152 N 92 bei Fn 130, m.w.H.; a.M. Rüedi, a.a.O., S. 148 Rz 321). Richtig dürfte sein, dass nach geltendem Recht straffrei

- 20 - bleibt, wer unbefugt elektronische Post öffnet, doch „besteht ... dringender gesetzlicher Regelungsbedarf“ (BSK StGB II-Ramel/Vogelsang, Art. 179 N 31a). Der Umstand, dass sich die Beklagte mit der Sichtung des Chatverkehrs und der nachfolgenden Herstellung der Screenshots nicht strafbar gemacht haben dürfte, fällt daher bei der Interessenabwägung kaum ins Gewicht. cc) Bei der Beurteilung des Interesses, das an der

Wahrheitsfindung besteht, ist vorab der Streitwert zu berücksichtigen (Leu, a.a.O., Art. 152 N 83; Gu- yan, a.a.O., Art. 152 N 13; Rüedi, a.a.O., S. 156 f. Rz 338; Guhl, a.a.O., S. 150 Rz 363). Im Streit lagen vor Vorinstanz rund Fr. 24'500.–, also eine eher geringe Summe, bei der grundsätzlich das Einzelgericht zuständig ist (§ 25 GOG). Der Schutz der Geheimsphäre ist gegenüber diesem materiellen Wert eindeutig höher zu gewichten. Nicht ausschlaggebend bei der Interessenabwägung nach Art. 152 Abs. 2 ZPO sind dagegen die geltend gemachten Gründe für die fristlose Kündi- gung (Schutz der Integrität von D._____ etc.), denn es geht im vorliegenden Ver- fahren nicht um die Rehabilitation D.____s und den Schutz von E._____ gegen angebliche Mobbingaktivitäten. Selbst wenn diese Gründe zu berücksichtigen wä- ren, wären diese Interessen bestenfalls gleichwertig zum Interesse der Klägerin, ihre Geheimsphäre zu schützen. dd) Kontrovers diskutiert wird in der Lehre, ob die anwendbare Verfahrens- maxime Einfluss auf die Interessenabwägung hat. Auf der einen Seite wird vertre- ten, das Interesse an der Wahrheitsfindung sei stärker zu gewichten, wenn die Of- fizialmaxime zur Anwendung komme. Am wenigsten Gewicht komme der klassi- schen Verhandlungsmaxime zu. Die beschränkte Untersuchungsmaxime sei hö- her zu gewichten. Wo sie aus gesetzlich geschützten sozialen Gründen gelte, seien rechtswidrig erlangte Beweise grundsätzlich eher zu berücksichtigen als bei Geltung der Verhandlungsmaxime (Leu, a.a.O., Art. 152 N 91, m.w.H.; Guyan, a.a.O., Art. 152 N 13). Auf der andern Seite stehen diejenigen Autoren, welche der Auffassung sind, im Bereich des vereinfachten Verfahrens mit dem be- schränkten Untersuchungsgrundsatz sei das Interesse an der Wahrheitsfindung nicht grösser als bei der Verhandlungsmaxime (KUKO ZPO-Schmid, Art. 152 N 15; Schmid, OFK-ZPO, Art. 152 N 31; Rüedi, a.a.O., S. 153 Rz 332; vgl. auch BK ZPO-Brönnimann, Art. 152 N 51). Gemäss Guhl rechtfertigt es sich nicht, dass

- 21 - das Gericht aufgrund des unterschiedlichen Mechanismus der Sachverhaltsermittlung bei der Interessenabwägung einen ungleichen Massstab anwendet. Da die formelle und die materielle Gerechtigkeit bei Geltung beider Verfahrensmaximen [Untersuchungs- und Verhandlungsgrundsatz] gleichermassen verletzt sein kön- ne, könne die geltende Verfahrensmaxime nicht als relevanter Parameter in die Interessenabwägung einbezogen werden (Guhl, a.a.O., S. 141 Rz 341). Zumin- dest im Bereich der vorliegend zur Anwendung gelangenden sozialen Untersu- chungsmaxime gemäss Art. 247 ZPO, wo die richterliche Hilfestellung bei der Sachverhaltsermittlung im Vordergrund steht (vgl. statt vieler: BSK ZPO-Mazan, Art. 247 N 11 ff.) – wobei zwischen Absatz 1 und 2 kein relevanter Unterschied besteht (ebenda N 10) –, rechtfertigt es sich mit der Vorinstanz nicht, rechtswidrig erlangte Beweise „bevorzugt“ deshalb zuzulassen, weil das Interesse an der Wahrheitsfindung höher einzustufen wäre als im Bereich der Verhandlungsmaxi- me. ee) Eine Beschaffungshandlung vor dem Hintergrund eines Beweisnot- stands liegt dann vor, wenn es sich bei einem Beweismittel um das einzig verfü- bare handelt, dieses für das Urteil prozessentscheidende Bedeutung hat und die rechtswidrige Handlung die einzige Möglichkeit darstellt, um das Beweismittel zu beschaffen (Guhl, a.a.O., S. 147 Rz 356). Gemäss Guhl (a.a.O., S. 148 Rz 358) spricht prinzipiell für die Verwertbarkeit des Beweismittels, wenn es sich bei ihm um das einzig verfügbare handelt und ihm prozessentscheidende Bedeutung zu- kommt (vgl. auch Leu, a.a.O., Art. 152 N 92, und BGer 5P.308/1999 vom 17.02.2000, E. 4a). Rüedi ist der Auffassung, wenn eine Beschaffungshandlung durch einen Beweisnotstand gerechtfertigt sei, entfalle die Rechtswidrigkeit und mit ihr die Interessenabwägung. Seien hingegen die Voraussetzungen des Recht- fertigungsgrunds nicht erfüllt, so dürfe der vermeintliche Notstand bei der

Interessenabwägung keine Rolle spielen. Insbesondere habe es keinerlei Einfluss auf die Interessenabwägung, ob es sich beim materiell rechtswidrig beschafften Beweismittel um das einzige handle. Die Abklärung der Rechtswidrigkeit und die Interessenabwägung dürften nicht miteinander vermengt werden (Rüedi, a.a.O., S. 147 f. Rz 319).

- 22 - Wie bereits dargelegt (E. IV/2), handelt es sich bei den im Recht liegenden Screenshots um rechtswidrig beschaffte Beweismittel und war bereits die Sicherung des Chatverkehrs rechtswidrig. Die Beklagte befand sich nicht in einem Beweisnotstand, als sie die Durchforstung desselben veranlasste, weil die Kenntnisnahme vom Inhalt des Chatverkehrs gar nicht dazu diente, etwas zu beweisen. Im vorliegenden Verfahren kann sich die Beklagte nicht auf Notstand berufen, damit die Screenshots als Beweismittel zugelassen werden, weil ihr andere Beweismöglichkeiten offengestanden hätten (Parteibefragung, Beweisaussage, Zeugenbeweis, Edition; vgl. die Hinweise bei Guhl, a.a.O., S. 147 f. Rz 357). ff) Im Ergebnis führt die Interessenabwägung mit der Vorinstanz dazu, dass das Interesse an der Wahrheitsfindung gegenüber dem Schutz der Geheimosphäre der Klägerin nicht überwiegt, weshalb das rechtswidrig beschaffte Beweismittel (Screenshots von den Chatverläufen) nicht zu berücksichtigen ist. Demzufolge erfolgte die fristlose Kündigung ungerechtfertigt. 4. a) Die Vorinstanz hat den Lohnanspruch der Klägerin bei ordentlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 30. September 2017 auf Fr. 20'932.15 netto beziffert (Urk. 38 S. 23). Diese Berechnung wird im Berufungsverfahren von keiner Partei beanstandet. b) aa) Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Klägerin für die Monate Juli bis September 2017 keine Arbeitslosengelder erhalten habe. Da sich die fristlose Kündigung als ungerechtfertigt herausstelle, sei der Zeitpunkt der Anmeldung bei der Arbeitslosenkasse irrelevant. Dass die Arbeitslosenkasse ihrerseits Einstelltauge verfügt habe, vermöge daran im Ergebnis nichts zu ändern. Hätte die Arbeitslosenkasse der Klägerin Taggelder ausgerichtet, hätte die Arbeitslosenkasse einen entsprechenden Anspruch auf Rückerstattung der Beklagten gegenüber. Weitere Gründe für eine Verletzung der Schadensminderungspflicht habe die Beklagte nicht vorgebracht. Namentlich habe sie nicht geltend gemacht, für den Beruf der Klägerin würde eine allgemein grosse Arbeitskräftenachfrage bestehen, oder auf mehrere freie, zumutbare Stellen hingewiesen. Beweismittel seien keine offeriert, Beweisanträge nicht gestellt worden. Die Beklagte habe somit den Beweis für eine Verletzung der Schadensminderungspflicht durch die Klägerin nicht erbracht (Urk. 38 S. 24 f.).

- 23 - bb) Im Berufungsverfahren hält die Beklagte fest, dass sich die Klägerin erst rund zwei Monate nach der fristlosen Kündigung, nämlich am 31. Juli 2018, bei der Arbeitslosenkasse gemeldet habe. Dies sei deutlich zu spät. Die Beweispflicht für die Einhaltung der Schadensminderungspflicht treffe die Klägerin. Sie müsse ihre Arbeitsbemühungen nachweisen können und hätte zur Schadensminderung grundsätzlich jede Arbeit unverzüglich annehmen müssen (Art. 16 AVIG). Nach Art. 17 Abs. 1 und 2 AVIG wäre sie verpflichtet gewesen, sich unverzüglich nach der fristlosen Kündigung, spätestens am ersten Tag, für den sie Arbeitslosenschädigung beanspruche, zur Arbeitsvermittlung zu melden. Hätte sich die Klägerin unverzüglich angemeldet und hätte sie nicht die ihr von der Beklagten und der Arbeitslosenkasse vorgeworfenen gravierenden Pflichtverletzungen begangen, so hätte ihr die Arbeitslosenkasse bereits ab Mitte Juni 2017 Arbeitslosentaggelder ausgerichtet, die im vorliegenden Prozess von der Schadenersatzforderung abzuziehen gewesen wären. Allein aus diesem Grund seien mindestens 70 % von zwei Monatslöhnen, nämlich Fr. 8'607.05 brutto, vom klägerischen

Schadenersatzanspruch abzuziehen. Diese gesetzlichen Pflichten habe die Klägerin verletzt und damit auch ihre Schadensminderungspflicht. Es sei vor diesem Hintergrund in keiner Weise nachvollziehbar, weshalb die Beklagte diesen Beweis gemäss Vorinstanz nicht erbracht habe. Die Klägerin habe ihre Schadensminderungspflicht auch deshalb verletzt, weil sie ihre Arbeitslosigkeit selbstverschuldet herbeigeführt habe. Die Arbeitslosenkasse habe nämlich die Klägerin in ihrer Anspruchsberechtigung für 52 Tage eingestellt, weil sie davon ausgegangen sei, die Klägerin sei durch eigenes Verschulden arbeitslos geworden. Die Frage, ob die Arbeitslosenkasse bei einer Ausrichtung von Taggeldern einen Rückerstattungsanspruch gegenüber der Beklagten hätte, stelle sich nicht. Die Arbeitslosenkasse sei nicht in das vorliegende Verfahren eingebunden, und zudem komme es in der Praxis häufig vor, dass sie vom Arbeitgeber nicht die Rückerstattung der bezahlten Taggelder verlange (Urk. 37 S. 16 ff.). cc) Die Klägerin verweist auf die Taggeldabrechnungen der Arbeitslosenkasse (Urk. 25 und 26), welche belegen würden, dass sie für die Monate Juli bis September keine Arbeitslosengelder erhalten habe. Sie habe sich am 31. Juli 2017 beim RAV (Regionales Arbeitsvermittlungszentrum) gemeldet und danach auch aktiv eine Anstellung gesucht. Sie sei aber beim Bezug von Taggeldleistungen für die Dauer von 52 Tagen eingestellt worden. Die Klägerin schliesst sich der Argumentation der Vorinstanz an, wonach bei ungültiger fristloser Kündigung der Zeitpunkt der Anmeldung bei der Arbeitslosenkasse irrelevant sei, da diese an die Stelle der Klägerin als Gläubigerin getreten wäre, wenn ALV-Taggelder ausbezahlt worden wären (Urk. 44 S. 12). dd) Gemäss Art. 337c Abs. 2 OR muss sich der Arbeitnehmer an den Schadenersatzanspruch anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat und was er durch anderweitige Arbeit verdient hat oder zu verdienen unterlassen hat. Den Arbeitnehmer trifft die Obliegenheit, sich aktiv um eine neue Stelle zu bemühen. Es ist nicht nur zu fragen, ob eine entsprechende Stelle tatsächlich hätte gefunden werden können, sondern auch, ob diese Stelle dem Arbeitnehmer zuzumuten gewesen wäre. Bezüglich der Zumutbarkeit sind dabei nicht die gleichen Massstäbe anzulegen wie bei der Arbeitslosenversicherung. Die Voraussetzungen der Kürzung des Schadenersatzes sind vom Arbeitgeber zu beweisen, wobei der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben mitzuwirken hat. Mit Blick darauf, dass ein Verhalten des Arbeitnehmers in Frage steht, liegt auf der Hand, dass dem Arbeitgeber der Nachweis erschwert sein kann, dass der Arbeitnehmer eine ihm anderweitig angebotene Stelle abgelehnt hat. Es genügt daher der Nachweis, dass der Stellenmarkt dem ehemaligen Arbeitnehmer ermöglicht hätte, eine zumutbare Arbeitsstelle zu finden (BGer 4C.158/2002 vom 20.08.2002, E. 4.2; 4C.351/2004 vom 20.01.2005, E. 7.1.1; 4C.100/2001 vom 12.06.2001, E. 6a; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337c N 7 S. 1154 f.; Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-343 OR, 3. A., Basel 2014, Art. 337c N 9). Steht fest, dass für die vom Arbeitnehmer ausgeübte Tätigkeit Nachfrage nach Arbeitskräften besteht, so hat der Arbeitnehmer darzulegen, weshalb er keine neue Stelle gefunden hat, und wirkt sich das Fehlen eines diesbezüglichen Beweises zu seinen Lasten aus (ZK OR-Staehelin, Art. 337c N 25). Primär hätte also die Beklagte den Nachweis erbringen müssen, dass der Stellenmarkt der Klägerin ermöglicht hätte, eine zumutbare Arbeitsstelle zu finden, wie dies bereits die Vorinstanz ausgeführt hat. Mit diesen zutreffenden Erwägungen setzt sich die Beklagte in ihrer Berufungsschrift nicht auseinander. Sie

- 25 - genügt damit ihrer Rügepflicht nicht (vorn E. III). Die Beklagte hat den Nachweis nicht erbracht, dass die Klägerin absichtlich eine ihr zumutbare Arbeitsstelle nicht angetreten hat. Eine Verletzung der Schadensminderungspflicht ist daher diesbezüglich nicht dargetan. Auch aus dem Umstand, dass sich die Klägerin erst am 31. Juli 2017 beim RAV gemeldet hat (Urk. 25), kann die Beklagte nichts zu ihren Gunsten ableiten. Sie hat die Klägerin für den entgangenen Lohn während der ordentlichen Kündigungsfrist schadlos zu halten. Hätte die Klägerin in dieser Zeit Taggelder von der Arbeitslosenkasse erhalten, wäre diese von Gesetzes wegen im Umfang der ausbezahlten Taggelder in die Ansprüche der Klägerin gegenüber der Beklagten subrogiert (Art. 29 Abs. 2 AVIG). Der Gesetzgeber wollte nicht, dass sich der Arbeitgeber auf Kosten der Arbeitslosenversicherung seiner Verpflichtungen entledigt (SJ 1986 S. 305). Solange die Klägerin keine Taggelder erhalten hat, bleibt sie bezüglich des entgangenen Lohns in vollem Umfang aktivlegitimiert (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337c N 11 S. 1167). 5. a) Die Vorinstanz hat der Klägerin gestützt auf Art. 337c Abs. 3 OR eine Pönalentschädigung von Fr. 5'675.- zugesprochen. Die Vorinstanz erwog, dass die WhatsApp-Chatprotokolle nicht verwertet werden könnten und deshalb unbeachtlich blieben. So gesehen könne der Klägerin weder eine gravierende Treuepflichtverletzung noch irgendwelches anderweitiges Verschulden vorgeworfen werden. Gleiches könne für die Beklagte nicht gesagt werden. Das Durchsuchen der WhatsApp-Nachrichten der Klägerin stelle klarerweise eine Persönlichkeitsverletzung der Klägerin dar. Es seien keine Gründe ersichtlich, die dafür sprechen würden, von einer Pönalentschädigung abzusehen. Eine Pönale im Umfang von einem Monatslohn erweise sich damit ohne Weiteres als angemessen (Urk. 38 S. 25 f.). b) Die Beklagte beanstandet die Pönale vorab mit dem Hinweis, dass das Arbeitsgericht Zürich in dem von C._____ gegen sie geführten Verfahren keine Pönale zugesprochen habe, dies mit der Begründung, dass der WhatsApp-Verkehr geeignet sei, das Vertrauensverhältnis zu erschüttern, C._____ zudem noch jung sei und keine familiären Verpflichtungen habe. Bei der Klägerin sei die tatsächliche Konstellation genau gleich wie bei C._____. Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung sei das krasse Mitverschulden der Klägerin zu be-

- 26 - berücksichtigen. Diese sei noch sehr jung und ledig, habe keine Kinder und somit auch keine familiäre Verantwortung. Zudem sei es ihr ein Leichtes, eine neue Stelle zu finden. Es sei krass stossend und widerspreche jeglichem Gerechtigkeitsempfinden, wenn die Vorinstanz die Klägerin, die in krasser Weise ihre arbeitsvertraglichen Treuepflichten verletzt und sich nachweislich erst noch strafbar gemacht habe, für ihr Verhalten nun auch noch belohne. Wichtige Gründe für die fristlose Entlassung lägen zweifelsohne vor (Urk. 37 S. 19). c) Gemäss Art. 337c Abs. 3 OR kann das Gericht den Arbeitgeber bei einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung in der Höhe von bis zu sechs Monatslöhnen zu bezahlen. Die Entschädigung bemisst es nach freiem Ermessen und unter Würdigung aller Umstände (Art. 337c Abs. 3 OR). Diese Entschädigung hat sowohl Strafcharakter als auch Genugtuungsfunktion und soll die durch die ungerechtfertigte fristlose Kündigung erlittene Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers abgelten. Die Entschädigung darf den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen. Sie hat sich entscheidend nach der Schwere der Persönlichkeitsverletzung, der finanziellen Situation der Parteien, der Dauer der arbeitsvertraglichen Beziehungen, der Art und Weise der Kündigung sowie der Schwere eines allfälligen Mitverschuldens des Arbeitnehmers zu richten (BSK OR I-Portmann, Art. 337c N 6; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337c N 8 S. 1158).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Strafzahlung grundsätzlich in allen Fällen ungerechtfertigter fristloser Kündigung geschuldet. Eine Ausnahme ist zu machen, wenn besondere Umstände vorliegen, die ein Fehlverhalten des Arbeitgebers ausschliessen oder ihm aus anderen Gründen nicht anzulasten sind (BGer 4A_173/2018 und 4A_179/2018 vom 29.01.2019, E. 5.1; BGE 133 III 657, E. 3.2; 116 II 300, E. 5a). Die Vorinstanz hat zu Recht nicht auf den Inhalt des Chatverkehrs abgestellt, weil die Beklagte rechtswidrig Einsicht in diesen genommen hatte. Der Klägerin kann einzig vorgeworfen werden, dass sie entgegen den Weisungen der Beklagten auf dem Geschäftshandy WhatsApp installierte und privat nutzte. Dieser Verstoß wiegt nicht schwer. Demgegenüber hat die Beklagte die Persönlichkeitsrechte der Klägerin verletzt und ihr zu Unrecht fristlos gekündigt. Im Unter-

- 27 - schied zu C._____, welche im Zeitpunkt der Kündigung erst knapp 15 Monate bei der Beklagten angestellt war, dauerte das Arbeitsverhältnis der Klägerin im Zeitpunkt der Kündigung bereits vierdreiviertel Jahre. Die von der Vorinstanz der Klägerin zugesprochene Pönale von einem Monatslohn erweist sich durchaus als angemessen. Ob C._____ eine solche zu Recht oder zu Unrecht verweigert worden ist, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen. 6. a) Gemäss angefochtenem Entscheid hat die Klägerin wegen 10.75 nicht bezogener Ferientage ein Ferienguthaben von Fr. 2'640.35 netto. Zur Begründung führte die Vorinstanz aus, es sei unbestritten, dass die Klägerin einen Anspruch auf 25 Ferientage pro Jahr habe. Die Beklagte treffe für ihre Behauptung, wonach das Ferienguthaben der Klägerin am Ende des Arbeitsverhältnisses vollständig bezogen gewesen sei bzw. sogar einen Minussaldo von 4.36 Tagen aufgewiesen habe, die Beweislast. Mit ihrer pauschalen Behauptung, die Klägerin habe einen (von dieser bestrittenen) Ferienminussaldo von 4.36 Tagen, habe die Beklagte nicht genügend substantiiert dargetan, dass der Klägerin kein Ferienanspruch mehr zustehe. Statt zuverlässiger Dokumente betreffend die konkret bezogenen Ferientage habe die Beklagte einen kaum leserlichen PEP-Auszug eingereicht, der – wenn überhaupt – (einzig) einen Minussaldo aufführe. Mangels substantiiertes konkreter Angaben über die von der Klägerin bezogenen Ferientage könne über die Behauptungen der Beklagten kein Beweis abgenommen werden (Urk. 38 S. 23 f.). b) Die Beklagte behauptet zu Unrecht, die Vorinstanz habe es unterlassen, sich zum Betrag von Fr. 1'232.– für 4.36 Minustage zu äussern, und setzt sich mit den Erwägungen der Vorinstanz nicht auseinander. Stattdessen verweist die Beklagte auf ihre Ausführungen vor Vorinstanz und beharrt darauf, „den entsprechenden Nachweis erbracht“ zu haben (Urk. 37 S. 20). Damit genügt die Beklagte ihrer Rügepflicht nicht (vorn E. III). Im Übrigen ist die vorinstanzliche Erwägung zutreffend, wonach der PEP-Auszug kaum leserlich ist (Urk. 17/8). Die Umrechnung des Ferienanspruchs in Franken wird von keiner Partei beanstandet, weshalb von einem Ferienguthaben von Fr. 2'640.35 netto auszugehen ist. 7. Die Vorinstanz hat mit dem Betrag, den die Beklagte der Klägerin schuldet, Fr. 6'360.30 aus einer Darlehensschuld verrechnet, und folgende Rechnung

- 28 - aufgestellt (Urk. 38 S. 26): „Die Klägerin hat eine Gesamtforderung von Fr. 29'247.50 netto (Fr. 20'932.15 netto + Fr. 2'640.35 netto + Fr. 5'675.– brutto für netto). Abzüglich den verrechneten Fr. 6'360.30 bleibt eine Restforderung von Fr. 22'887.20 netto.“ Entgegen der Ansicht der Klägerin liegt kein Rechnungsfehler vor. Die Klägerin unterlässt es, die Pönale und die Verrechnungsforderung in ihre Berechnung einzubeziehen (Urk. 44 S. 12). Die Vorinstanz hat daher zu Recht die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 22'887.20

netto zu bezahlen. Nicht beanstandet wird die Verzinsung dieses Betrags zu 5 % seit 12. Oktober 2017. Die Berufung ist somit abzuweisen und das angefochtene Urteil bezüglich Dispositivziffer 1 zu bestätigen. V. Ausgangsgemäss ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Das Berufungsverfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO). Die Beklagte hat der Klägerin für das Berufungsverfahren, ausgehend von einem Streitwert von Fr. 22'887.20, eine Parteientschädigung von Fr. 2'300.– (inkl. 7,7 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen (§ 13 Abs. 1 und 2 Anw- GebV). Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 30. August 2018 wird bestätigt. 2. Das Berufungsverfahren ist kostenlos. 3. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'300.– zu bezahlen. 4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

- 29 - Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 5. 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 vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 22'887.20. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 15. März 2019 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Gerichtsschreiberin: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. R. Blesi Keller versandt am: bz

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