Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.109/2003 /bmt

Urteil vom 30. Juli 2003
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichter Walter, Nyffeler,
Gerichtsschreiber Mazan.

Parteien
B._____ AG, Beklagte und Berufungsklägerin, vertreten durch Fürsprecher Jörg Zumstein, Hirschengraben 7, Postfach 8823, 3001 Bern,

gegen

P._____,
Kläger und Berufungsbeklagten, vertreten durch Fürsprecher Thomas Zachmann, Kreuzweg 1, Postfach 1044, 3110 Münsingen,
KIGA, Arbeitslosenkasse des Kantons Bern, Nebenintervenientin, Lagerhausweg 10, 3018 Bern.

Gegenstand
Arbeitsvertrag; fristlose Entlassung,

Berufung gegen das Urteil des Appellationshofs des Kantons Bern, I. Zivilkammer, vom 11. Februar 2003.

Sachverhalt:
A.
P._____ (Kläger) schloss am 29. Mai 2000 mit der A._____ AG einen Arbeitsvertrag als Mitarbeiter User Services/ Call Center ab. Der Arbeitsbeginn wurde auf den 1. Juli 2000 festgesetzt. Später wurde die A._____ AG übernommen und in B._____ AG (Beklagte) umbenannt. Dabei wurden auch die Arbeitsverträge übernommen.
Durch ein Rundmail vom 1. Juni 2001 wurden die Mitarbeiter der Beklagten darüber informiert, dass eine Mitarbeiterin von Arbeitskollegen durch E-Mails mit zumeist pornographischen Inhalten sexuell belästigt worden sei und in der Folge gekündigt habe. Das Geschehene werde aufs Schärfste verurteilt und man wolle, könne und dürfe solche Aktionen nicht ohne Konsequenzen akzeptieren. In einem Rundbrief vom 13. Juni 2001 wurden die Mitarbeiter darauf hingewiesen, dass sexuelle Belästigungen in jeglicher Form nicht toleriert würden und disziplinarische Folgen hätten, die je nach Schwere der Belästigung von einem schriftlichen Verweis bis zu einer fristlosen Kündigung reichen könnten. Zur Konkretisierung wurde auf Art. 3.6 der Allgemeinen Anstellungsbedingungen verwiesen, welche Bestimmung wie folgt lautet:
"Als sexuelle Belästigung gilt jede Handlung mit sexuellem Bezug, die von einer Seite unerwünscht ist. Sie kann von anzüglichen und peinlichen Bemerkungen, sexistischen Sprüchen und aufdringlichen Blicken bis zu sexuellen Übergriffen reichen.
Sexuelle Belästigung wird in der A._____ AG nicht toleriert. Belästigende Personen haben mit Sanktionen zu rechnen, die je nach Schwere der Belästigung von einem schriftlichen Verweis bis zu einer fristlosen Kündigung gehen können.
Mitarbeiter, die sich sexuell belästigt fühlen, werden aufgefordert, den belästigenden Personen unmissverständlich mitzuteilen, dass sie ihr Verhalten nicht tolerieren. Die betroffenen Personen können sich aber auch jederzeit an ihren Personalchef oder Linienvorgesetzten wenden. Zusammen mit dem / der Betroffenen wird über

das weitere Vorgehen entschieden."
Am 15. Juni 2001 wurden die Mitarbeiter mit einem weiteren Rundmail mit Bezug auf den Vorfall mit der Mitarbeiterin, die in der Folge gekündigt hatte, in Kenntnis gesetzt, dass gegenüber den beteiligten Personen mit einem Verweis reagiert worden sei. Auch in Zukunft würden klare und unmissverständliche Massnahmen ergriffen, wenn solche Ereignisse wieder auftreten würden. Man werde sich erlauben, Stichproben zu machen und allfällige Verstösse sofort zu ahnden.
Trotz dieser Verwarnung schickte der Kläger, der in den Vorfall mit der erwähnten Mitarbeiterin nicht verwickelt war, mehrmals E-Mails mit zum Teil pornographischem Inhalt an verschiedene Personen, darunter am 8. Oktober 2001 ein E-Mail an die Geschäftsadresse von S._____ bei der C._____ AG, welcher gegen solche E-Mails nichts einzuwenden hatte. Da dieser jedoch zu diesem Zeitpunkt Militärdienst leistete, wurden die an ihn adressierten E-Mails intern an Y._____ weitergeleitet, worauf dieser seinen Vorgesetzten R._____ informierte, dass intern E-Mails mit pornographischem Inhalt zirkulierten. In der Folge machte R._____ die Absender dieser E-Mails ausfindig und intervenierte noch am gleichen Tag bei diversen Unternehmungen, so aufgrund der E-Mails des Klägers auch bei der Beklagten. Aufgrund dieser Vorkommnisse kündigte die Beklagte dem Kläger am 9. Oktober 2001 fristlos.
B.
Nachdem die Beklagte an der fristlosen Kündigung festgehalten hatte, gelangte der Kläger mit Eingabe vom 19. Dezember 2001 an den Präsidenten des Gerichtskreises V Burgdorf-Fraubrunnen und verlangte die Bezahlung von Fr. 17'134.35, die Vergütung der Pensionskassenbeiträge und eine Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung nach richterlichem Ermessen. Am 10. Januar 2002 erklärte das kantonale Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA), vertreten durch die Arbeitslosenkasse des Kantons Bern, dem Rechtsstreit als Intervenientin an der Seite des Klägers beizutreten. Im Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens änderte der Kläger das gestellte Rechtsbegehren und beantragte, die Beklagte sei zu verurteilen, ihm Fr. 21'548.65 zuzüglich Zins von 5% seit dem 9. Oktober 2001 sowie eine Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Kündigung nach richterlichem Ermessen zu bezahlen. Mit Entscheid vom 19. November 2002 wies der Gerichtspräsident des Gerichtskreises V Burgdorf-Fraubrunnen die Klage ab. Gegen dieses Urteil erhob der Kläger Appellation beim Appellationshof des Kantons Bern. Dabei bestätigte er die gestellten Rechtsbegehren und bezifferte die Höhe der Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung
auf zwei Monatslöhne. Mit Entscheid vom 11. Februar 2003 verpflichtete der Appellationshof des Kantons Bern die Beklagte, dem Kläger Fr. 21'458.65 inkl. Zins zu 5% seit 9. Oktober 2001 als Schadenersatz und Fr. 4'500.– als Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Kündigung zu bezahlen.
C.
Mit Berufung vom 14. April 2003 beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 11. Februar 2003 sei aufzuheben und die Klage abzuweisen; eventualiter sei die Sache zur Ergänzung des Sachverhaltes und zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
Der Kläger beantragt sinngemäss, auf die Berufung nicht einzutreten, eventuell sie abzuweisen. Das KIGA verzichtete auf eine Vernehmlassung. Auch der Appellationshof liess sich nicht vernehmen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde im angefochtenen Entscheid festgehalten, dass der Streitwert über Fr. 30'000.– liege und die Gerichtskosten der Beklagten aufzuerlegen seien, da das Verfahren bei einem Streitwert über Fr. 30'000.– nicht kostenlos sei (Art. 343 Abs. 2 und 3 OR). Diese Streitwertberechnung ist nicht zu beanstanden. Nebst der Schadenersatzforderung nach Art. 337c Abs. 1 OR in der Höhe von Fr. 21'458.65 wurde eine Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR nach richterlichem Ermessen eingeklagt, wobei diese Entschädigung anlässlich der Hauptverhandlung vor dem Appellationshof am 11. Februar 2003 auf zwei Monatslöhne à Fr. 4'324.30 beziffert wurde. Damit beläuft sich der Streitwert auf Fr. 30'107.25. Auch die Beklagte bestreitet nicht, dass der Streitwert Fr. 30'000.– überschreite und das Verfahren daher nicht kostenlos sei. Vielmehr stellt sie sich in verfahrensrechtlicher Hinsicht einzig auf den Standpunkt, dass bis zur Bezifferung des Entschädigungsanspruchs nach Art. 337c Abs. 3 OR am Tag, als das angefochtene Urteil gefällt worden sei, von einem Streitwert unter Fr. 30'000.– auszugehen gewesen sei und deshalb das beschleunigte (recte: einfache und rasche) Verfahren hätte zur Anwendung kommen (Art. 343
Abs. 2 OR) und der Sachverhalt von Amtes wegen hätte ermittelt werden müssen (Art. 343 Abs. 4 OR). Darauf

wird weiter unten zurückzukommen sein (vgl. Erw. 2.3.2).
2.
Im vorliegenden Fall ist umstritten, ob eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund ausgesprochen werden durfte.
2.1 Nach Art. 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Davon ist auszugehen, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien derart gestört ist, dass die sofortige und fristlose Entlassung als einziger Ausweg erscheint. Eine fristlose Kündigung ist nur bei besonders schweren Pflichtverletzungen gerechtfertigt. Leichtere Vertragsverletzungen rechtfertigen eine fristlose Entlassung nur im Wiederholungsfall und nach Abmahnung (BGE 127 III 351 E. 4a S. 353 f. m.w.H.).

Ob ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorliegt, entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR). Ermessensentscheide überprüft das Bundesgericht im Berufungsverfahren grundsätzlich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die zwingend hätten beachtet werden müssen. Ausserdem greift das Bundesgericht in Ermessensentscheide ein, falls sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 127 III 351 E. 4a S. 354 m.w.H.).
2.2 Der Appellationshof hat im angefochtenen Urteil das Vorliegen einer besonders schweren Pflichtverletzung, die eine fristlose Kündigung ohne vorhergehende Verwarnung rechtfertigen würde, verneint.
2.2.1 Zunächst hat die Vorinstanz geprüft, ob das Versenden eines E-Mails mit pornographischem Inhalt als strafbare Handlung zu qualifizieren sei, welche in der Regel einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung bilden würde (vgl. BGE 117 II 560 E. 3b S. 562 m.w.H.). Zutreffend wurde das Vorliegen eines strafbaren Verhaltens des Klägers verneint. In objektiver Hinsicht könnte das unaufgeforderte Zusenden eines Mails mit pornographischem Inhalt zwar gegen Art. 197 StGB verstossen (BGE 128 IV 260 ff.). In subjektiver Hinsicht ist im vorliegenden Fall aber davon auszugehen, dass der Kläger keine sexuelle Belästigung wollte bzw. billigend in Kauf nahm. Das E-Mail war an einen Kollegen adressiert, der nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz nichts gegen die Zusendung pornographischer E-Mails einzuwenden hatte. Der Einwand der Beklagten, diese Feststellung beruhe auf einem offensichtlichen Versehen, ist nicht überzeugend, weil die Beklagte an anderer Stelle selbst einräumt, dass der Adressat nichts gegen die Zusendung pornographischer E-Mails einzuwenden gehabt habe. Der Kläger hätte zwar als Mitarbeiter in einem Informatikbetrieb voraussehen können, dass das E-Mail unter Umständen - wie im vorliegenden Fall geschehen
- automatisch an Dritte weitergeleitet werden könnte, die durch den pornographischen Inhalt des E-Mails belästigt werden könnten, doch ist ihm dieses Wissen höchstens als Fahrlässigkeit anzurechnen, welche nicht strafbar ist.
2.2.2 Damit ist weiter zu prüfen, ob dem Kläger eine besonders schwere Vertragsverletzung vorzuwerfen ist, die einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Verwarnung bilden könne. In diesem Zusammenhang hat die Vorinstanz dem Kläger eine Verletzung von Art. 3.6 der Allgemeinen Anstellungsbedingungen vorgeworfen; allerdings wiege die Verletzung nicht so schwer, dass eine fristlose Kündigung ohne Abmahnung hätte ausgesprochen werden dürfen.

Die Auffassung der Vorinstanz, der Kläger habe durch sein Verhalten gegen Art. 3.6 der Allgemeinen Anstellungsbestimmungen verstossen, erscheint nicht überzeugend. Diese Bestimmung bezieht sich nach ihrem Wortlaut nur auf sexuelle Belästigungen, die gegen Mitarbeiter gerichtet sind (insbes. Abs. 3). Insofern konkretisiert diese Weisung die im Gleichstellungsgesetz verankerte besondere Verantwortung des Arbeitgebers, gegen sexuelle Belästigungen von Mitarbeitern im betriebsinternen Verhältnis einzuschreiten (Art. 4 und Art. 5 Abs. 3 GlG [SR 151.1]; vgl. dazu BGE 126 III 395 ff.). Da im vorliegenden Fall kein/e Mitarbeiter/in der Beklagten sexuell belästigt worden war, kann dem Kläger keine Verletzung von Art. 3.6 der Allgemeinen Anstellungsbedingungen vorgeworfen werden.

Die Verfehlung des Klägers ist in erster Linie darin zu sehen, dass durch dessen inakzeptables Verhalten im

externen Verhältnis das Ansehen der Beklagten gefährdet wurde. Diesbezüglich ist dem Kläger aber keine besonders schwere Vertragsverletzung anzulasten. Einerseits ist zu berücksichtigen, dass der Versand eines E-Mails mit pornographischem Inhalt an einen Empfänger, der gegen derartige Mails nichts einzuwenden hat bzw. solche Zusendungen sogar wünscht, anders zu bewerten ist, als wenn ein E-Mail an einen Adressaten gerichtet ist, der dadurch sexuell belästigt wird. Der Umstand, dass hätte vorausgesehen werden können, dass die E-Mails eventuell an Dritte weitergeleitet und diese dadurch sexuell belästigt werden könnten, ist dem Kläger wie erwähnt nur als Fahrlässigkeit anzurechnen. Andrerseits ist zu berücksichtigen, dass es sich beim Kläger nicht um einen leitenden Angestellten in einer besonderen Vertrauensposition handelte, welcher als Repräsentant der Beklagten gelten und insofern durch sein inakzeptables Verhalten das Ansehen der Beklagten besonders schädigen konnte.

2.2.3 Da dem Kläger keine Verletzung von Art. 3.6 der Allgemeinen Anstellungsbedingungen und auch im Übrigen keine besonders schwere Vertragsverletzung vorgeworfen werden kann, liegt insoweit kein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung ohne vorangehende Verwarnung vor.

2.3 Im Folgenden ist zu prüfen, ob hier von einem Wiederholungsfall auszugehen ist, nachdem die Mitarbeiter der Beklagten im Anschluss an die Kündigung einer Mitarbeiterin, welche sexuell belästigt worden war, in zwei Rundmails vom 1. und 15. Juni 2001 sowie in einem Rundbrief vom 13. Juni 2001 nachdrücklich darauf hingewiesen worden waren, dass sexuelle Belästigungen nicht toleriert würden.

2.3.1 Vorweg ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass es sich beim inakzeptablen Verhalten des Klägers nicht um einen eigentlichen Wiederholungsfall handelt. Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz war der Kläger nicht an den Vorgängen beteiligt, die einige Monate vor dem hier zu beurteilenden Vorfall eine Mitarbeiterin der Beklagten veranlassten, von sich aus zu kündigen. Umgekehrt hatte der Kläger Kenntnis vom Rundbrief und den Rundmails, in welchen alle Mitarbeiter nach dem erwähnten Vorfall verwarnt wurden. Obwohl sich diese Verwarnung nicht auf eine Verfehlung des Klägers bezog, musste diesem klar gewesen sein, dass die Beklagte generell das Versenden von pornographischen E-Mails nicht zu tolerieren bereit war.

2.3.2 Damit stellt sich die Frage, ob diese Verwarnung genügend klar ausgesprochen wurde, dass der Kläger aufgrund seiner Verfehlung mit einer fristlosen Kündigung rechnen musste. Die Rechtsprechung stellt keine starren Regeln über Anzahl und Inhalt der Verwarnungen auf. Vielmehr ist in jedem Einzelfall unter anderem die Art, die Schwere, die Häufigkeit und die Dauer der dem Arbeitnehmer vorgeworfenen Verfehlungen sowie dessen Haltung gegenüber den Verboten, Warnungen und Drohungen des Arbeitgebers zu berücksichtigen (BGE 127 III 153 E. 1c S. 157). Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz zutreffend festgehalten, dass der Kläger aufgrund des weiten Rahmens der in den Rundmails bzw. dem Rundschreiben angedrohten Sanktionen - Verweis bis fristlose Kündigung - nicht damit rechnen musste, dass seine Verfehlung mit einer fristlosen Kündigung geahndet würde, weil ihm höchstens eine fahrlässige sexuelle Belästigung von Dritten vorzuwerfen ist. Dies hat umso mehr zu gelten, als die von anderen Mitarbeitern verübten sexuellen Belästigungen gegenüber einer Arbeitskollegin seitens der Beklagten nur mit einem Verweis geahndet wurden, obwohl den Arbeitgeber in diesem Bereich eine besondere Verantwortung trifft (Art. 4 und Art. 5 Abs. 3 GlG).

Die von der Beklagten bezüglich dieses Vorfalls geforderte genaue Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen (Art. 343 Abs. 4 OR) erübrigt sich, da unbestritten ist, dass auch damals E-Mails mit pornographischem Inhalt zirkulierten und dennoch gegen die Beteiligten nur ein Verweis ausgesprochen wurde; die weiteren Einzelheiten dieser Angelegenheit können für die Beurteilung des vorliegenden Falles dahingestellt bleiben. Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Vorinstanz davon ausgeht, dass von den mehreren vom Kläger versandten Mails nur das E-Mail, welches Anlass für die fristlose Entlassung war, einen pornographischen Inhalt hatte. Schliesslich hat die Vorinstanz zu Recht auch darauf hingewiesen, dass der Kläger glaubhaft versichert habe, nach einer ersten Reklamation hätte er sofort keine E-Mails mehr geschickt und einen Verweis akzeptiert.

2.3.3 Insgesamt kann somit festgehalten werden, dass auch unter Berücksichtigung der Verwarnung kein wichtiger Grund für eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorliegt, weil kein eigentlicher Wiederholungsfall im Anschluss an die von der Beklagten ausgesprochenen Verwarnungen gegeben ist, weil die Verfehlung des Klägers - gemessen an den denkbaren Formen von sexueller Belästigung - nicht allzu schwer ins Gewicht fällt, weil nach der glaubhaften Darstellung des Klägers nur eines von mehreren E-Mails einen pornographischen Inhalt hatte und weil der Kläger nach einer ersten Reklamation von der Versendung weiterer E-Mails vergleichbaren Inhalts abgesehen hätte.

2.4 Nachdem sich ergeben hat, dass der Kläger ohne wichtigen Grund fristlos entlassen worden ist, muss nicht weiter auf die Frage eingegangen werden, ob die Kündigung verhältnismässig war. Im Übrigen sind die Aus-

führungen der Vorinstanz zum Schadenersatzanspruch gemäss Art. 337c Abs. 1 OR und zur Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR im Berufungsverfahren nicht umstritten.
3.
Die Berufung ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beklagte kostenpflichtig, da der Streitwert von Fr. 30'000.– überschritten ist (Art. 156 Abs. 1 OG, Art. 343 Abs. 2 OR). Ferner hat sie den Kläger für das Verfahren vor Bundesgericht zu entschädigen (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird der Beklagten auferlegt.
3.
Die Beklagte hat den Kläger für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem KIGA, Arbeitslosenkasse des Kantons Bern und dem Appellationshof des Kantons Bern, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 30. Juli 2003
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: