

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LA110037-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und  
Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Kunz Bucheli

## Urteil vom 8. November 2011

in Sachen

**Genossenschaft A.**\_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch X.\_\_\_\_\_,

substituiert durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom  
21. Juni 2011 (AN100246)**

### **Rechtsbegehren:**

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin netto Fr. 21'600.– zu bezahlen.

### **Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 21. Juni 2011**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 21'600.– zuzüglich 5% Zins seit dem 20. Januar 2009 zu bezahlen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 7'100.– (Fr. 6'600.– zuzüglich 7,6% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

### **Berufungsanträge:**

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 56 S. 2):

1. Es sei der Entscheid des Arbeitsgerichts vom 21. Juni 2011 aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventuell sei die Angelegenheit zur Durchführung eines neuerlichen Beweisverfahrens (Anhörung der offerierten Zeugin C.\_\_\_\_\_) an die Vorinstanz zurückzuweisen.

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 59 S. 2):

Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.

### **Sachverhalt und Prozessgeschichte:**

1. a) Die Klägerin arbeitete seit dem 26. Januar 2005 mit einem 100%-Pensum als Sekretärin ... für die Beklagte. Arbeitsort war das Backoffice D.\_\_\_\_\_. Der Lohn war zu Beginn auf Fr. 5'000.– brutto pro Monat festgelegt (Urk. 2/2). Ab 1. Februar 2008 arbeitete die Klägerin neu als Personalsachbearbeiterin E.\_\_\_\_\_. Arbeitsort war nunmehr die Personaladministration. Das Monatslohn wurde bei einer 90%-Tätigkeit neu auf Fr. 5'400.– pro Monat festgesetzt (Urk. 2/3).

b) Am 15. Oktober 2008 wurde der Ehemann der Klägerin, der als Leiter des F. \_\_\_\_\_ ebenfalls für die Beklagte arbeitete, fristlos entlassen. Die Klägerin war zu diesem Zeitpunkt schwanger. Vom 21. Oktober 2008 bis Ende November 2008 war sie aus gesundheitlichen Gründen arbeitsunfähig. Während ihrer Abwesenheit wurde der Klägerin mitgeteilt, dass sie ab dem 1. Dezember 2008 neu in der Direktion G. \_\_\_\_\_ zu arbeiten habe. Am 1. Dezember 2008 nahm die Klägerin die Arbeit am neuen Arbeitsplatz wieder auf. Mit Zuschrift vom 1. Dezember 2008 ersuchte die Vertreterin der Klägerin um Begründung der "Versetzung" (Urk. 2/7). Nach der Beantwortung dieses Schreibens durch die Beklagte am 5. Dezember 2008 hielt die Vertreterin der Klägerin mit einer weiteren Zuschrift vom 15. Dezember 2008 fest, dass sie die "Versetzung" – solange kein Grund hierfür genannt werde – als unzulässig erachte (Urk. 2/11). Mit Schreiben vom 18. Dezember 2008 wurde die Klägerin fristlos entlassen (Urk. 2/12), worauf diese am 19. Dezember 2008 umgehend festhielt, dass kein Grund für eine fristlose Entlassung gegeben sei und dass sie ihre Tätigkeit weiterhin anbiete (Urk. 2/13).

2. a) Mit Eingabe vom 20. Januar 2009 reichte die Klägerin beim Arbeitsgericht Zürich eine Klage ein, mit der sie die fristlose Entlassung als ungerechtfertigt rügte. Sie verlangte mit einer Teilklage eine Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR im Betrage von vier Monatslöhnen und behielt sich vor, die Lohnfortzahlung gemäss Art. 337c Abs. 1 OR noch geltend zu machen (Urk. 1). Die Hauptverhandlung vor Vorinstanz wurde am 8. April 2009 durchgeführt (Prot. I S. 4 ff.). Mit Urteil vom selben Tag wurde die Klage gutgeheissen und die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 21'600.– zuzüglich Zins zu 5% seit 20. Januar 2009 zu bezahlen. Dieses Urteil wurde den Parteien vorerst unbegründet zugestellt (Urk. 13), worauf die Beklagte mit Eingabe vom 30. April 2009 fristgerecht um Begründung des Entscheides ersuchte (Urk. 15). Das begründete Urteil wurde der Beklagten am 8. Juli 2009 zugestellt (Urk. 18 und 19/1).

b) Mit Eingabe vom 20. Juli 2009 erhob die Beklagte rechtzeitig Berufung (Urk. 19/1 und 22). In der Folge wurde das Urteil der ersten Instanz mit Be-

schluss der Kammer vom 2. Februar 2010 aufgehoben und das Verfahren im Hinblick auf die Bemessung der Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen (Urk. 32 = Urk. 34).

c) Die Vorinstanz erliess am 14. August 2010 - nachdem Vergleichsbemühungen des Gerichts ohne Erfolg geblieben waren - einen direkten Beweisabnahmebeschluss (Urk. 37). Die Beweisabnahmen erfolgten am 9. November 2010 und am 20. Dezember 2010 (vgl. Urk. 57 S. 4). Nachdem auch aussergerichtliche Vergleichsgespräche gescheitert waren, fällte das Arbeitsgericht Zürich am 21. Juni 2011 seinen neuen Entscheid, mit welchem die Beklagte wiederum verpflichtet wurde, der Klägerin Fr. 21'600.- zuzüglich Zins zu 5% seit 20. Januar 2009 zu bezahlen (Urk. 57 S. 39, Disp. Ziff. 1).

3. Mit Eingabe vom 25. August 2011 erhob die Beklagte erneut rechtzeitig Berufung (Urk. 55/2 und Urk. 57), worauf der Klägerin mit Verfügung vom 9. September 2011 Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt wurde (Urk. 58). Die Berufungsantwort datiert vom 3. Oktober 2011 (Urk. 59). Sie wurde am 7. Oktober 2011 der Beklagten zugestellt (Urk. 60).

### **Erwägungen:**

#### I.

1. a) Währenddem das im Jahre 2010 wieder vor erster Instanz hängige Verfahren von der Vorinstanz noch nach den bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH sowie von Art. 343 aOR durchzuführen war (Art. 404 Abs. 1 ZPO), richtet sich das Berufungsverfahren gegen den Entscheid vom 21. Juni 2011 nach den am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Dementsprechend ist das Verfahren vor der Berufungsinstanz nach den Regeln der Art. 308 ff. ZPO durchzuführen. Dabei kann - wie von der Beklagten angeführt (Urk. 56 S. 2) - eine

unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes gerügt werden (Art. 310 ZPO). Bei der entsprechenden Prüfung ist indes u.a. zu klären, ob im erstinstanzlichen Verfahren die Regeln der damals noch anzuwendenden, bisher gültigen ZPO/ZH und des GVG/ZH befolgt wurden.

b) Gemäss § 104a Abs. 1 GVG/ZH war die Vorinstanz an die Rechtsauffassung der rückweisenden Instanz gebunden. Dies galt auch für den Hinweis im Rückweisungsentscheid, wonach bei der Prüfung der angeführten beiden ergänzungsbedürftigen Punkten nur die im erstinstanzlichen Verfahren rechtzeitig angebotenen Beweismittel abzunehmen seien (Urk. 32 S. 19 lit. c am Ende). Da sich das erstinstanzliche Verfahren aufgrund des Streitwertes von Fr. 21'600.– nach den Vorschriften über das einfache und rasche Verfahren zu richten hatte (§ 53 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO/ZH), bedeutete dies, dass die Vorinstanz berechtigt war, einen direkten Beweisabnahmebeschluss zu erlassen (§ 141 ZPO/ZH). Die Parteien waren gehalten, ihre Beweismittel zu allenfalls strittigen Sachverhaltspunkten bereits im Hauptverfahren vorzubringen (§ 137 ZPO/ZH).

2. Nach der bisherigen Bestimmung von § 104a GVG/ZH war auch die rückweisende Instanz bei erneuter Prüfung, d.h. bei der Beurteilung einer zweiten Berufung an die Rechtsauffassung gebunden, welche sie dem Rückweisungsentscheid zu Grunde gelegt hatte. Ob diese Bestimmung auch hier noch anzuwenden ist, wo der Rückweisungsentscheid noch unter der Geltung des GVG/ZH erging, im neuerlichen Berufungsverfahren jedoch die neue Schweizerische Zivilprozessordnung zur Anwendung kommt, kann offen gelassen werden. Auch unter dem Regime der Schweizerischen Zivilprozessordnung ist die Berufungsinstanz nämlich bei erneuter Befassung an ihre zuvor geäusserte Rechtsauffassung gebunden. Währenddem A. Brunner ohne weitere Begründung hiezuh festhält, dies ergebe sich aus dem Prinzip der Teilrechtskraft (KUKO-Brunner, N 8 zu Art. 318 ZPO), erläutern Reetz/Hilber in ausführlicher und überzeugender Weise, dass auch unter dem neuen Recht die Berufungsinstanz an ihre im ersten Berufungsverfahren geäusserte Rechtsauffassung gebunden sei. Dabei gehen sie davon aus, dass dem Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes eine zentrale Bedeu-

tung zukomme, da es dem verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgebot und dem Prinzip von Treu und Glauben entspreche, welches die Beständigkeit von Entscheiden, die in einem Rechtsmittelverfahren ergangen sind, erfordert. Es seien zudem keine schützenswerten Interessen ersichtlich, die eine zweimalige Prüfung durch die selbe Instanz vorsehen würden (Reetz/Hilber in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 46 zu Art. 318 ZPO). Die Bindung an den eigenen Entscheid entspricht zudem auch der Praxis für das bundesgerichtliche Verfahren, wenn dieses ein zweites Mal angerufen wird (vgl. BGE 135 III 334).

3. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachenvorbringen nur noch zulässig, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Bei keiner der neuen Tatsachenvorbringen macht die Beklagte geltend, dass diese Voraussetzungen erfüllt wären. Nun gilt zwar für die vorliegende arbeitsrechtliche Streitigkeit der soziale Untersuchungsgrundsatz (Art. 243 Abs. 1 i.V. mit Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO). Dieser bezweckt jedoch nicht, das Versäumte in der zweiten Instanz nachholen und so gleichsam den Instanzenweg verkürzen zu können. Eine analoge (sinngemässe) Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren (so Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 14 und N 22 zu Art. 317 ZPO, mit Verweis auf die Botschaft) ist abzulehnen, nachdem der im bundesrätlichen Entwurf enthaltene Verweis auf das erstinstanzliche Novenrecht (Art. 314 Abs. 1 EZPO) in den parlamentarischen Beratungen durch eine eigenständige Regelung ersetzt wurde (Art. 317 ZPO; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 3 zu Art. 317 ZPO), die für Verfahren mit Untersuchungsmaxime keine Ausnahme vorsieht. Diese Gesetz gewordene Fassung des Novenrechts im Berufungsverfahren enthält eine von den Bestimmungen des erstinstanzlichen Verfahrens abweichende Regelung, was einer sinngemässen Anwendung von Art. 229 Abs. 1 bis 3 ZPO entgegensteht (vgl. Art. 219 ZPO). Auch die "Natur" des vorliegenden Verfahrens (vgl. Botschaft, S. 7338) bzw. die soziale Untersuchungsmaxime gebieten kein uneingeschränktes Novenrecht in zweiter Instanz (BGE 107 II 233 Erw. 3, 118 II 50 Erw. 2a; ZR 100 Nr. 14; ZR 101 Nr. 39; ZR 97 Nr. 96). Die neuen Tatsachen-

vorbringen der Beklagten in ihrer Berufungsschrift sind daher nicht weiter zu prüfen.

## II.

1. a) Aus der Bindung an den eigenen Entscheid ergibt sich im vorliegenden zweiten Berufungsverfahren, dass - wie von der Klägerin ausgeführt (Urk. 59 S. 4) - davon auszugehen ist, dass die fristlose Entlassung der Klägerin als nicht gerechtfertigt erscheint. Es ist vorweg nochmals auf die entsprechenden Erwägungen gemäss Beschluss der Kammer vom 2. Februar 2010 zu verweisen, mit welchen diese Frage umfassend und unter Würdigung des gesamten wesentlichen Sachverhaltes geprüft wurde (Urk. 34 S. 5-18):

"2. a) Zur Begründung der fristlosen Entlassung hielt die Beklagte mit Schreiben vom 18. Dezember 2008 vorweg fest, dass die Ereignisse rund um ihren Ehemann der Klägerin schwer zu schaffen gemacht hätten, und dass sie deshalb selber den Wunsch begründet habe, nicht mehr im bisherigen Team arbeiten zu müssen. Die Beklagte habe sich bemüht, eine konstruktive Lösung zu finden, doch habe die Klägerin das in sie gesetzte Vertrauen enttäuscht und in schwerwiegender Weise missbraucht. Obwohl die Beklagte der Klägerin in der gleichen Direktion, in der gleichen Funktion und am gleichen Arbeitsort zu gleichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eine Stelle zur Verfügung gestellt habe, habe sich die Klägerin in Widerspruch zu ihrem ursprünglichen Verhalten geweigert, die Stelle anzutreten und sich der entsprechenden Weisung über längere Zeit beharrlich widersetzt und dabei nicht davor zurückgeschreckt, das Unternehmen in schwerwiegender Weise zu diffamieren, was unter anderem in der Unterstellung einer "Sippenhaftung" durch ihre Rechtsvertreterin gegipfelt habe. Die Klägerin habe zudem ihre Stellung als Mitarbeiterin Personelles dazu missbraucht, zu eigenem Vorteil auf besonders schützenswerte Personendaten einer ehemaligen Mitarbeiterin Zugriff zu nehmen und diese unbefugterweise an Dritte bzw. ihre Rechtsvertreterin weiterzuleiten. Gestützt auf Art. 35 des Datenschutzgesetzes habe sie einen Straftatbestand zulasten der Beklagten gesetzt und die vertragliche Pflicht, über die ihr zugänglichen Personendaten absolute Verschwiegenheit zu bewahren und diese zu keinem anderen Zweck als der Erfüllung ihrer arbeitsvertraglichen Pflicht zu gebrauchen, in vorsätzlicher und unentschuld-

barer Weise verletzt. Schliesslich habe die Klägerin die Beklagte durch tatsachen- und wahrheitswidrige Behauptungen in Misskredit gebracht, um daraus persönlichen Vorteil zu ziehen und in fraudulöser Weise den Anschein einer Rechtsverletzung zu schaffen. Damit habe die Klägerin je für sich allein und in ihrer Gesamtheit betrachtet Umstände gesetzt, die das Vertrauensverhältnis irreversibel zerstört und eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar gemacht hätten (act. 2/12). Anlässlich der Hauptverhandlung warf die Beklagte der Klägerin zusammengefasst Missachtung von Arbeitsleistungs- und Verhaltenspflichten, Missachtung und Negierung von arbeitsgesetzlichen Pflichten, Missachtung datenschutzrechtlicher Pflichten und die Begehung einer Straftat zulasten der Arbeitgeberin vor, wobei sie ergänzend darauf hinwies, dass die Klägerin nicht einmal davon zurückgeschreckt habe, die Einhaltung der arbeitsgesetzlichen Pflichten zum Mutterschutz am Arbeitsplatz in Frage zu stellen (Urk. 11 S. 8 ff., vgl. zudem ergänzend die vorinstanzliche Zusammenfassung der Vorbringen der Beklagten in Urk. 21 S. 5 ff., 9 und 10).

b) Die Vorinstanz erachtete die von der Beklagten vorgebrachten Vorwürfe der Missachtung von Arbeitsleistungs- und Verhaltenspflichten sowie den Vorwurf der Diffamierung nicht als Gründe, die eine fristlose Entlassung rechtfertigen könnten. Eine "besonders schwere Verfehlung" sei nicht zu erkennen. Ebenso erachtete sie das Vorbringen der Beklagten bezüglich des Vorwurfes der Missachtung und Negierung von arbeitsgesetzlichen Pflichten aufgrund des Verhaltens der Klägerin nicht als derart schwerwiegende Pflichtverletzungen, dass eine fristlose Entlassung gerechtfertigt wäre. Schliesslich verneinte sie aufgrund der Behauptungen bzw. fehlenden Bestreitungen durch die Beklagte die Verletzung datenschutzrechtlicher Vorschriften durch die Klägerin, weshalb auch unter diesem Titel und damit insgesamt kein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung gegeben sei (Urk. 21 S. 7-11).

c) Mit der Berufungsbegründung rügt die Beklagte vorab, die Vorinstanz habe zur Beurteilung der Frage der Rechtmässigkeit der fristlosen Entlassung keine einlässliche Würdigung der gesamten Sach- und Interessenlage vorgenommen. Sie habe nur die einzeln angeführten Kündigungsgründe isoliert reflektiert und kein Beweisverfahren zu kontroversen Sachverhaltsdarstellungen vorgenommen, sondern die klägerischen Behauptungen als bewiesen unterstellt. So sei die Vorinstanz ohne sich mit den Vorbringen der Beklagten auseinanderzusetzen zu Unrecht von einer einseitigen Versetzung der Klägerin im Oktober 2008 ausgegangen. Die Klägerin sei effektiv weder versetzt noch zu-

rückgestuft worden, sondern sie sollte aus Rücksicht auf die bestehende Schwangerschaft und wegen ihrer Tätigkeit in dem für die ... zuständigen Personalbereich, welcher auch für F.\_\_\_\_\_, in dem der Ehemann der Klägerin bis zu dessen fristlosen Entlassung gearbeitet hatte, zuständig war, vorübergehend anderweitig eingesetzt werden. Die Klägerin hätte aber weiterhin im Bereich "Personelles" arbeiten sollen, dies innerhalb der gleichen Direktion, am gleichen Ort und zu den gleichen Bedingungen, was dem Wunsch der Klägerin entsprochen habe. Diese Variante sei dann wegen der gesundheitlichen Beschwerden der Klägerin nicht in Frage gekommen. Es sei dann aber ein vorübergehender Einsatz in der gleichen Direktion und zu gleichen Bedingungen gefunden worden. Die Klägerin habe sich in treuwidriger Weise gegen ihren neuen Einsatz gestemmt bis hin zur beharrlichen Infragestellung arbeitsvertraglicher und reglementarischer Regelungen und des generellen Weisungsrechts der Arbeitgeberin. Dass die Klägerin die ihr zugewiesene Arbeit nur unter Protest und unter Ankündigung rechtlicher Schritte angetreten habe, bedeute, dass sie die Arbeiten als unzumutbar betrachtet habe. Damit habe sie aber wichtige Vertragspflichten verletzt, was als ausreichender Grund für eine fristlose Entlassung genüge. Die Klägerin habe mit ihrem Verhalten das Vertrauen der Beklagten nachhaltig zerstört, man habe nicht mehr sicher sein können, ob sie nicht jederzeit plötzlich ihre Arbeit verweigern würde. Im Hinblick auf die Gesamtwürdigung der Sachverhaltsumstände und Interessenlagen sei ein Beweisverfahren unumgänglich. Dabei verweist die Beklagte vor allem auf die behauptete unzulässige Verwendung von Zeugnisinformationen, mit welchem Vorgehen die Klägerin eine Datenschutzverletzung begangen habe. Die Datenschutzverletzung sei für sich allein genommen bereits genügender Grund für eine fristlose Entlassung (Urk. 27).

Die Klägerin macht dagegen geltend, dass kein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung gegeben sei, wenn sie eine Versetzung als unzulässig erachtet habe, sie habe eine solche auch nie gewünscht. Von einem treuwidrigen Verhalten könne nicht gesprochen werden. Da auch keine Verletzung von Datenschutzbestimmungen vorliege, fehle es an Vorwürfen, die eine fristlose Entlassung rechtfertigen könnten. Die Klägerin habe sich keine schweren Pflichtverletzungen zu Schulden kommen lassen (Urk. 30).

3. a) Nach Art. 337 Abs. 1 OR kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Arbeitgeber nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR). Ob solche

Umstände vorliegen, entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR). Nach der Rechtsprechung zu Art. 337 OR ist eine fristlose Entlassung nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Bloss subjektiv empfundene Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses genügt nicht für die Rechtfertigung einer fristlosen Entlassung (Rapp, Die fristlose Kündigung des Arbeitsvertrages, in BJM 1978, S. 171 f.). Sind Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein oder in Verbindung mit anderen Vorfällen einen wichtigen Grund darstellen (BGE 130 III 28 E. 4.1; 130 III 213 E. 3.1; 129 III 380 E. 2.1.). Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab (BGE 127 III 153 E. 1a, 116 II 145 E. 6a). Da eine fristlose Entlassung nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt ist, darf ihre Zulässigkeit nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden. Die fristlose Kündigung stellt eine "ultima ratio" dar, sie ist unzulässig, wenn eine mildere Massnahme (z.B. Verwarnung, vorübergehende Freistellung oder ordentliche Kündigung) zur Verfügung steht, um die eingetretene Störung des Arbeitsverhältnisses in zumutbarer Weise zu beheben (Emmel, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, N 10 zu Art. 337 OR).

b) aa) Im Hinblick auf ihre neue Tätigkeit als Personalsachbearbeiterin E. \_\_\_\_\_ ab 1. Februar 2008 (Urk. 2/3) unterzeichnete die Klägerin am 10. Januar 2008 eine Datenschutzerklärung, wonach sie zur Kenntnis nahm, dass die ihr zugänglichen Personendaten ausschliesslich zur Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten bearbeitet und ohne ausdrückliche Erlaubnis der Arbeitgeberin als Inhaberin der Datensammlung auch weder vollständig noch in Teilen an Dritte weitergeben werden dürften. Die Klägerin wurde dabei weiter auf Art. 35 des Datenschutzgesetzes hingewiesen, wonach auf Antrag mit Haft oder Busse bestraft wird, wer vorsätzlich geheime und besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile unbefugt bekannt gebe, von denen er bei der Ausübung seines Berufes Kenntnis erhalten habe und auch darauf aufmerk-

sam gemacht, dass die Missachtung des Datenschutzes bis zu einer fristlosen Entlassung führen könne (Urk. 12/1).

bb) Mit der Klageantwort vor Vorinstanz warf die Beklagte der Klägerin vor, sie habe Personendaten aus dem Personalinformationssystem entnommen und diese Daten unzulässigerweise an ihre Rechtsvertreterin weitergeleitet. Sie nahm damit Bezug auf die Stellungnahme der Vertreterin der Klägerin an die Beklagte vom 15. Dezember 2008 (Urk. 2/11) und das damit eingereichte Arbeitszeugnis von H.\_\_\_\_\_, die per 31. März 2008 aus den Diensten der Beklagten ausgetreten war (Urk. 11 S. 12 unter Hinweis auf Urk. 12/22 = Urk. 10/1). Sie machte dabei geltend, es sei nicht nachgewiesen, dass H.\_\_\_\_\_ mit der Weiterleitung des Zeugnisses einverstanden gewesen sei. Zudem handle es sich nicht um eine Kopie des Zeugnisses, sondern um einen Ausdruck der Word-Datei, die im Personalinformationssystem hinterlegt sei, weshalb ein allfälliges Einverständnis von H.\_\_\_\_\_ unbeachtlich sei (Urk. 11 S. 12). Auf Vorhalt einer E-Mail vom 7. April 2009, mit welcher H.\_\_\_\_\_ bestätigte, dass sie damit einverstanden gewesen sei, dass eine Kopie ihres Arbeitszeugnisses angefertigt und verwendet werde, erklärte der Vertreter der Beklagten, dass er nicht formell bestreiten müsse, ob H.\_\_\_\_\_ ihr Einverständnis gegeben habe, da diese gar nicht befugt gewesen sei, über die Weitergabe von Personaldaten zu befinden (Prot. I S. 9 f.). Weiter hielt er aber auch fest, dass es sich um ein nachträglich konstruiertes Einverständnis handle (Prot. I S. 10).

Die Klägerin hielt mit der Replik indes fest, dass ihr diese Kopie des Arbeitszeugnisses von H.\_\_\_\_\_ überlassen worden sei, es sei nicht von ihr ausgedruckt worden. Das Arbeitszeugnis sei nicht unterzeichnet, da H.\_\_\_\_\_ – wie dies bei guten Mitarbeitern üblich sei – den Entwurf selber habe schreiben dürfen. H.\_\_\_\_\_ habe dieses Zeugnis als Entwurf geschrieben und der Klägerin übergeben, damit diese es – für was auch immer – brauchen könne. Zunächst habe sie es für ihren Aufgabenbereich benötigt. Es habe ein Pflichtenheft dargestellt. Danach habe sie es für ihre Weiterbildung verwendet und schliesslich, um gegenüber der Beklagten zu belegen, welches ihr Aufgabenbereich war. Es sei eine Tatsache, dass die Klägerin das Zeugnis nicht aus dem System ausgedruckt habe, sondern es sei ihr von H.\_\_\_\_\_ in Papierform übergeben worden. Zum Beweis hierfür berief sie sich einerseits auf das eingereichte Zeugnis Urk. 10/1 und andererseits auf die Befragung von H.\_\_\_\_\_ als Zeugin (Prot. I S. 11 und S. 17).

Im Rahmen der Duplik hielt die Beklagte an ihren Vorbringen fest. Dabei wurde der Vertreter der Beklagten – nachdem er erwähnte, es erübrige sich, auf die Vorbringen der Klägerin zum Arbeitszeugnis einzugehen – auf die detaillierte Darstellung der Klägerin aufmerksam gemacht und darauf hingewiesen, dass er diese nicht unsubstantiiert bestreiten könne (Prot. I S. 18 f.). Hierauf hielt er fest, es sei klar zum Ausdruck gebracht worden, wie sich die Klägerin das Arbeitszeugnis beschafft habe. Dies (wohl die Vorbringen der Klägerin) sei nicht neu und könne nicht substantiiert bestritten werden. Sodann hielt der Vertreter der Beklagten ausdrücklich fest, dass zu den gemachten Ausführungen keine Stellung genommen werde. Alles sachlich und rechtlich Relevante sei vorgebracht worden (Prot. I S. 19).

cc) Die Vorinstanz hat in ihrer Beurteilung den angeführten Ablauf der Verhandlung vom 8. April 2009 zutreffend wiedergegeben (Urk. 21 S. 10 f.). Sie hat sodann darauf hingewiesen, dass gegenüber einer detaillierten Behauptung eine allgemeine Bestreitung nicht genüge. Die Klägerin habe mit der Klageantwort dargelegt, wie sie zu der nicht unterzeichneten Version des Arbeitszeugnisses von H.\_\_\_\_\_ gekommen sei und wofür sie es verwendet habe. Die Beklagte habe mit ihrer eigenen Darstellung, wo pauschal behauptet wird, die Klägerin habe das Arbeitszeugnis aus dem Personalinformationssystem entnommen, die Behauptungen der Klägerin völlig ungenügend bestritten. Der grösste Teil der klägerischen Darstellung in der Replik sei völlig neu und nicht Thema der Klageantwort gewesen. Wenn unter diesen Umständen zu den neuen Ausführungen ausdrücklich nicht Stellung genommen werde, so genüge dies nicht. Unter diesen Umständen müsse als unbestritten gelten, dass H.\_\_\_\_\_ ihren Entwurf eines Arbeitszeugnisses der Klägerin übergeben habe. Entsprechend sah die Vorinstanz von einem Beweisverfahren ab und klärte auch nicht ab, ob – wie mit der Klageantwort behauptet – bloss ein nachträgliches Einverständnis von H.\_\_\_\_\_ zur Weitergabe ihres Arbeitszeugnisses vorliege (Prot. I S. 10). Sie schloss dementsprechend, dass die Klägerin keine datenschutzrechtlichen Vorschriften verletzt habe (Urk. 21 S. 11).

dd) Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass es Aufgabe des Prozessgegners ist, zu den erhobenen Tatsachenbehauptungen im einzelnen genau Stellung zu nehmen. Eine gesamthafte Bestreitung genügt nicht. Allerdings kann sich eine einzelne Bestreitung von Behauptungen der Gegenpartei erübrigen, wenn eine eigene abweichende Darstellung des behaupteten Sachverhaltes abgegeben wird (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., N 4a zu § 113 ZPO). Es

stellt keine ordnungswidrige generelle Bestreitung dar, wenn der Gegner zwar zu den einzelnen Tatsachenbehauptungen nicht Stellung nimmt, aber eine Gegendarstellung abgibt, welche die Tatsachenbehauptungen gesamthaft widerlegt bzw. mit welcher abweichende Tatsachenbehauptungen aufgestellt werden. Kann der Gegner den wirklichen Sachverhalt nicht ermitteln, so genügt es auch, wenn er sich auf eine negative Stellungnahme beschränkt (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., S. 168, insb. N 24). Zu bedenken ist weiter, dass eine Partei zwar möglichst präzise Tatsachenbehauptungen aufzustellen hat, dass sie aber dann, wenn ihr der Sachverhalt nicht näher bekannt ist, ihn wenigstens in Umrissen zu behaupten hat (Guldener, a.a.O., S. 167).

Wenn nun die Beklagte mit der Duplik auf den Vorhalt des Gerichtes, wonach die neuen Vorbringen nicht unsubstantiiert bestritten werden könnten (Prot. I S. 18) und dass diesfalls die Darstellung der Klägerin als unbestritten zu gelten habe (Prot. I S. 19), erklärt, sie habe "klar zum Ausdruck gebracht, wie sich die Klägerin das Arbeitszeugnis beschafft habe", so hat sie damit auf ihre gegenteilige Sachdarstellung in der Klageantwort verwiesen, wonach die Klägerin das Arbeitszeugnis aus dem Personalinformationssystem entnommen habe und wonach es sich nicht um eine Kopie des Zeugnisses handle, das H.\_\_\_\_\_ ausgehändigt worden sei (Prot. I S. 19 i.V. mit Urk. 11 S. 12). Auch wenn der Vertreter der Beklagten danach erwähnte, dies (die Ausführungen der Klägerin) sei nicht neu und könne nicht substantiiert bestritten werden und es werde zu den gemachten Ausführungen keine Stellung genommen, hat er mit dem abschliessenden Satz: "Alles sachlich und rechtlich Relevante wurde vorgebracht", doch nochmals auf die eigene Sachdarstellung verwiesen und diese damit der Darstellung der Klägerin gegenübergestellt. Zwar wäre es der Klarheit dienlicher gewesen, wenn der Vertreter der Beklagten sich deutlich ausgedrückt und die neue Darstellung der Klägerin ausdrücklich bestritten hätte, doch hat unter den angeführten Umständen die Sachdarstellung der Klägerin insoweit als sie geltend machte, sie habe das Arbeitszeugnis von H.\_\_\_\_\_ erhalten, trotzdem als bestritten zu gelten. Dies gilt allerdings nicht für die Darstellung der Klägerin, wonach sie das Arbeitszeugnis als Pflichtenheft für ihren Aufgabenbereich gebraucht und es danach für ihre Weiterbildung verwendet und es schliesslich gegenüber der Beklagten benutzt habe, um ihren Aufgabenbereich zu belegen. Insoweit stellte die Beklagte den Ausführungen der Klägerin keine eigene Sachdarstellung gegenüber und insoweit blieben die Tatsachenbehauptungen der Klägerin damit unbestritten. Umstritten und allenfalls in einem Beweisverfahren zu klären ist damit bloss, ob die Klägerin das Arbeits-

zeugnis selber aus dem System der Beklagten ausgedruckt hat oder ob es ihr – was von ihr zu beweisen wäre – von H.\_\_\_\_\_ als nicht unterzeichneter Entwurf übergeben wurde. Aus dem von der Klägerin eingereichten E-Mail von H.\_\_\_\_\_ (Urk. 10/2) geht nicht klar hervor, dass diese ihr eine Kopie des Entwurfs übergeben hat. Ein allfälliges (späteres) Einverständnis von H.\_\_\_\_\_, wonach die Klägerin einen Ausdruck anfertigen dürfe, würde das von der Beklagten behauptete Vorgehen – nämlich selber einen Ausdruck aus dem System anzufertigen – nicht rechtfertigen. Die Klägerin hat sich indes für ihre Behauptung – wie erwähnt – weiter auf H.\_\_\_\_\_ als Zeugin berufen (Prot. I S. 11).

ee) Entgegen der Auffassung der Beklagten (Urk. 27 S. 6 f.) hätte H.\_\_\_\_\_ den Entwurf ihres eigenen Arbeitszeugnisses ohne weiteres der Klägerin aushändigen dürfen. Diese Frage hat mit der Datensammlung der Beklagten nichts zu tun, denn der Adressat eines Arbeitszeugnisses darf selbstverständlich über die Verwendung dieser Urkunde selber bestimmen. Dies gilt auch für einen Entwurf, wenn er berechtigt ist, einen solchen zu schreiben. Dass H.\_\_\_\_\_ berechtigt war, selber einen Entwurf zu schreiben, wurde im Übrigen ebenfalls nicht bestritten. Sollte die Klägerin eine Kopie vom Entwurf von H.\_\_\_\_\_ erhalten haben oder ein Exemplar von H.\_\_\_\_\_ erhalten haben, um eine Kopie anfertigen zu können, so fehlt es an jeglichem Fehlverhalten der Klägerin. Es geht hier nicht – wie von der Beklagten geltend gemacht (Urk. 27 S. 10) – um den Schutz der Datensammlung der Beklagten, sondern um den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte der Personen, über die Daten bearbeitet werden. Es soll das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen geschützt werden (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, 6. A., N 2 zu Art. 328b OR).

ff) Ist jedoch anzunehmen, dass die Klägerin eine Kopie des Arbeitszeugnisses von H.\_\_\_\_\_ ohne deren Einwilligung oder mit deren erst nachträglich erteilten Einwilligung aus dem System der Beklagten ausgedruckt hat, so stellt sich angesichts der von der Klägerin unterzeichneten Datenschutzerklärung – wie von der Beklagten zu Recht geltend gemacht – die Frage einer Verletzung der Datenschutzbestimmungen und der von der Klägerin am 10. Januar 2008 unterzeichneten Datenschutzerklärung (Urk. 12/1). In diesem Fall ist zu prüfen, ob die Beklagte die Klägerin zu Recht fristlos entlassen hat. Dabei ist allerdings zu beachten, dass eine Verletzung der Datenschutzerklärung nicht zwingend zu einer fristlosen Entlassung berechtigt. Einerseits wurde auf dem von der Beklagten erstellten Formular bloss darauf hingewiesen, dass eine Missachtung der Datenschutzerklärung "bis zur fristlosen Entlassung führen" kann, mithin auch andere

Massnahmen denkbar sind, und andererseits ist es gemäss Art. 337 Abs. 3 OR ohnehin dem Richter vorbehalten, nach seinem Ermessen darüber zu befinden, ob ein bestimmtes Verhalten zu einer fristlosen Entlassung berechtigt. Vertragsbestimmungen können zwar einen wichtigen Grund konkretisieren bzw. festhalten, was den Parteien wichtig ist, doch hat der Richter frei zu überprüfen, ob im Einzelfall die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses gegeben sei (Streiff/von Kaenel a.a.O., N 26 zu Art. 337 OR).

Wird gemäss insoweit unbestrittenem Sachverhalt davon ausgegangen, dass die Klägerin das Arbeitszeugnis lediglich als Pflichtenheft für ihren Aufgabenbereich und im Hinblick auf ihre Weiterbildung verwendet hat, so liegt in diesen Verwendungen klarerweise kein wichtiger Grund, der eine fristlose Entlassung rechtfertigen könnte. Dies muss aber auch für die Verwendung gegenüber der Beklagten gelten, wo die Vertreterin der Klägerin mit der Einreichung des Arbeitszeugnisses für H.\_\_\_\_\_ vom 26. Februar 2008 die Aufgaben belegen wollte, die von der Klägerin übernommen worden seien. Die Weitergabe des Zeugnisses an die eigene Vertreterin im Hinblick darauf, dass diese es gegenüber der an der Datei berechtigten, nämlich der Beklagten, verwendet, um ihre Behauptungen zum Aufgabenbereich zu belegen, könnte in grosszügiger Auslegung sogar als arbeitsrechtlicher Zweck betrachtet werden. Jedenfalls kann eine derartige Verwendung unter Berücksichtigung des von der Klägerin angestrebten Zweckes der Verwendung höchstens eine Verwarnung rechtfertigen. Die Klägerin hat das Arbeitszeugnis – mit Ausnahme gegenüber ihrer Vertreterin, welche die Interessen der Klägerin wahrzunehmen hatte – nicht weiteren Drittpersonen offenbart. Die von der Beklagten (auch) in ihrem Kündigungsschreiben vom 18. Dezember 2008 (Urk. 2/12) als wesentlichen Grund für eine fristlose Entlassung festgehaltene Verwendung von schützenswerten Personendaten ehemaliger Mitarbeiter kann damit auch unter Berücksichtigung des von der Beklagten geltend gemachten Sachverhaltes nicht zu einer fristlosen Entlassung der Klägerin berechtigen. Zu prüfen sind damit die weiteren Vorbringen der Beklagten.

c) Sind Verfehlungen eines Arbeitnehmers nicht schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein, um eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen, oder sie müssen in Verbindung mit anderen Vorfällen einen wichtigen Grund darstellen. So berechtigt auch die Kombination verschiedenartiger, für sich allein zu wenig schwerwiegenden Disziplinwidrigkeiten, je nach Schwere mit oder ohne Abmahnung, zur fristlosen Entlassung, nicht aber geringfügige Unregelmässigkeiten über

mehrere Monate ohne Abmahnung (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 5 zu Art. 337 OR). In diesem Sinne führt die Beklagte – wie schon vor Vorinstanz (Urk. 11 S. 3) – an, dass die Klägerin schwere Pflichtverletzungen begangen habe, die sowohl in Würdigung der einzelnen Verfehlungen für sich genommen als auch unter Beachtung der Sachverhaltsumstände in ihrer Gesamtheit zu würdigen seien (Urk. 27 S. 11). Diese weiteren von der Beklagten vorgebrachten Gründe vermögen indes weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit, auch unter der Berücksichtigung eines allfälligen Fehlverhaltens im Zusammenhang mit der Datenschutzerklärung, eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen:

aa) Nicht nachvollziehbar sind die Ausführungen der Beklagten, wonach die fristlose Entlassung gerechtfertigt sein soll, weil die Klägerin es entgegen vertraglicher Abmachungen abgelehnt habe, vorübergehend eine ihr zumutbare andere Funktion auszuüben oder sich an einen anderen Arbeitsort versetzen zu lassen und wonach die Klägerin trotz mehreren ausdrücklichen Abmahnungen klar zum Ausdruck gebracht habe, dass sie grundsätzlich nicht bereit sei, ihren vertraglichen Verpflichtungen vorbehaltlos nachzukommen und sich vorbehalten habe, die Arbeit zu verweigern. Dies habe die Vertrauensbasis für jede weitere gedeihliche Zusammenarbeit zerstört, weil die Beklagte nicht mehr habe davon ausgehen können, dass die vertraglichen Pflichten vollumfänglich wahrgenommen würden (Urk. 27 S. 12 Abs. 1).

Folgt man der Darstellung der Beklagten in der Klageantwort, so hat es die Beklagte nach der fristlosen Entlassung ihres Ehemannes vom 15. Oktober 2008 als sinnvoll erachtet, die Klägerin, die in dem Personalbereich tätig war, der die ... betreute, zu welchem Bereich die Stelle des Ehemannes gehörte, vorübergehend in einem anderen Personalbereich – in der gleichen Funktion, in der gleichen Direktion, am gleichen Ort und zu den gleichen Bedingungen – einzusetzen. Da die Klägerin die Umstände als so belastend empfunden habe, sei ihr anboten worden, vorübergehend eine Tätigkeit in der Personalabteilung des X.\_\_\_\_\_ auszuüben. Die Klägerin habe dieses Angebot am 20. Oktober 2008 dankend angenommen. Die Klägerin habe indes am Abend des 20. Oktobers 2008 mitgeteilt, dass die momentane Situation eine zu grosse nervliche Belastung darstelle und dass dadurch die Schwangerschaft gefährdet würde, weshalb sie gestützt auf ein ärztliches Attest krankheitshalber der Arbeit fernbleiben werde (Urk. 11 S. 6 f.). In diesem Verhalten der Klägerin ist klarerweise kein Fehlverhalten zu erkennen.

Im Berufungsverfahren hält die Beklagte sodann vorerst fest, dass der vorgesehene Einsatz in der Personalabteilung des X.\_\_\_\_\_ wegen der gesundheitlichen Schwierigkeiten der Klägerin nicht in Frage gekommen sei, weshalb in der Folge ein vorübergehender Einsatz statt in der Abteilung ... in der gleichen Direktion der Beklagten, im gleichen Stockwerk an derselben Adresse und zu denselben Bedingungen und Funktionen in der Abteilung ... gefunden worden sei. Die Klägerin habe sich jedoch gegen diesen Einsatz gestemmt und habe mit ihrer Infragestellung arbeitsvertraglicher Regelungen und des generellen Weisungsrechts der Arbeitgeberin und ihrem eigenen widersprüchlichen Verhalten in treuwidriger Weise gehandelt (Urk. 27 S. 5). Dieses widersprüchliche Verhalten der Klägerin wurde bereits vor Vorinstanz geltend gemacht (Urk. 11 S. 8). Diese bestritt allerdings, dass sie mit einer Versetzung einverstanden gewesen wäre, sie habe keine Versetzung gewünscht (Prot. I S. 14, Urk. 30 S. 5). Die Stelle sei auch nicht gleichwertig gewesen, da die Klägerin nur noch Korrespondenz nach Vorlage zu erledigen hatte (Prot. I S. 14 f.).

Wesentlich ist im Zusammenhang mit der Prüfung, ob eine fristlose Entlassung gerechtfertigt war, dass die Klägerin die Arbeit nicht verweigert hat. Die Beklagte führt nirgends konkret an, dass die Klägerin ihre Arbeit tatsächlich verweigert hat. Sie hat lediglich geltend gemacht, dass sie eine Versetzung als unzulässig erachtet habe. Es muss unter Hinweis auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 21 S. 5 ff.) daher festgehalten werden, dass von einer Arbeitsverweigerung nicht die Rede sein kann. Dass die Klägerin mit dem neuen Einsatz nicht einverstanden war, ändert hieran nichts. Es ist zwar - wie die Vorinstanz erwähnt hat - verständlich, dass die Beklagte über das von ihr geschilderte Verhalten der Klägerin enttäuscht war, doch kann dies nicht Anlass für eine fristlose Entlassung geben (Urk. 21 S. 8). Es kann aus objektiver Sicht nicht angenommen werden, dass das von der Beklagten geltend gemachte Verhalten der Klägerin derart schwer wiegt, dass damit das Vertrauen so nachhaltig zerstört wurde, dass nur noch der Ausweg über eine fristlose Vertragsauflösung blieb. Die Vertreterin der Klägerin hat denn auch mit ihrer Zuschrift vom 15. Dezember 2008 die Beklagte bloss erneut ersucht, "mir nicht ... die Tragweite von Art. 321d OR zu erklären, sondern das betriebliche Bedürfnis für die Versetzung zu erläutern" und schliesslich festgehalten: "Sollten Sie nach wie vor keinen Grund nennen können, so erachte ich diese Versetzung als unzulässig und müsste mit meiner Mandantin das weitere Vorgehen absprechen" (Urk. 12/19). Das "weitere Vorgehen" war damit noch völlig offen. Eine solche Situation rechtfertigt keine

fristlose Entlassung. Es erstaunt auch, dass die Beklagte kein Verständnis dafür zeigte, dass sich die Klägerin angesichts der speziellen Umstände (nämlich fristlose Entlassung des Ehemannes, Tätigkeit in der entsprechenden Personalabteilung, Schwangerschaft) rechtlich beraten liess (Urk. 2/6, E-Mail vom 28. November 2008: "... und bedaure es sehr, dass Sie glauben, sich rechtlich beraten zu müssen ..."). Ein Arbeitnehmer darf einerseits einen anderen Einsatz in Frage stellen und andererseits, insbesondere in einer schwierigen Situation, sich rechtlich beraten lassen, ohne dass ihm dies zum Vorwurf gemacht werden kann (Urk. 21 S. 8).

bb) Soweit die Beklagte der Klägerin vorwirft, sie habe sie diffamiert, kann auf die völlig zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden, denen nichts beizufügen ist (Urk. 21 S. 8 Abs. 2). Die hauptsächlichsten Vorwürfe (u.a. "Sippenhaft": Urk. 12/18 und "Strafversetzung": Urk. 12/19) richten sich hier gegen die Stellungnahmen der Vertreterin der Klägerin. Diese können der Klägerin nicht direkt angelastet werden und sie können insbesondere nicht Anlass zu einer fristlosen Entlassung geben, und zwar weder allein noch im Zusammenhang mit dem behaupteten Verstoss gegen die Datenschutzerklärung und dem behaupteten widersprüchlichen Verhalten der Klägerin.

cc) Nicht weiter einzugehen ist auf den Vorwurf der Beklagten, wonach die Vorinstanz die Bedeutung der Mutterschaftsanalyse vollkommen verkannt habe und wonach der Arbeitgeber zur Rechenschaft gezogen werden könne, wenn er keine Analyse des Arbeitsplatzes und der Umstände vornehmen lasse und wonach die Klägerin es nicht für nötig gehalten habe, die Beklagte hier bei der Erfüllung ihrer Pflichten zu unterstützen (Urk. 27 S. 9 f.). Die Klägerin hat im erstinstanzlichen Verfahren den unsubstantiiert vorgetragene Vorwürfe, wonach sie es für unnötig gehalten habe, den gesetzlichen Vorgaben des Mutterschutzes Folge zu leisten (Urk. 11 S. 11), in der Replik detailliert entgegen gesetzt, dass sie sich bereit erklärt habe, sich einer Mutterschaftsanalyse zu unterziehen. Sie sei dann aber entlassen worden (Prot. I S. 16). Diese Ausführungen blieben in der Duplik unbestritten. Damit sind diese Vorwürfe weder im Hinblick auf die Rechtfertigung einer fristlosen Entlassung noch im Hinblick auf die beantragte Entschädigung weiter zu prüfen. Das Verhalten der Klägerin gibt in diesem Zusammenhang weder Anlass zu einer fristlosen Entlassung noch zu einer allfälligen Reduktion der strittigen Entschädigung (vgl. ergänzend die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz, Urk. 21 S. 9)."

b) An diesen Erwägungen, wonach die fristlose Entlassung nicht gerechtfertigt war, vermögen die abschliessenden Darlegungen der Beklagten in der Berufungsschrift nichts zu ändern. Entgegen der Darstellung der Beklagten (Urk. 56 S. 7 Abs. 3) liegt keine strafbare Handlung der Klägerin vor. Die Beklagte behauptet denn auch nicht, Strafanzeige erstattet zu haben. Dass bei den im vorliegenden Verfahren zu beurteilenden Umständen entgegen der wiederholten Behauptungen (Urk. 56 S. 7 Abs. 4 und 5) sodann weder von einer Arbeitsverweigerung noch von einer grundsätzlichen Weigerung, Arbeitsschutzmassnahmen zu erfüllen, auszugehen ist, wurde bereits im ersten Berufungsverfahren erörtert. Auf die ohne Bezug auf konkrete Ereignisse angeführten weiteren Vorwürfe (Urk. 56 S. 7 Abs. 6) ist nicht mehr näher einzugehen, was auch für die Behauptung der Beklagten betreffend einer "geradezu feindlichen und gehässigen Haltung" der Klägerin gilt.

2. a) Die Kammer hat mit ihrem Beschluss vom 2. Februar 2010 festgehalten, dass für die Zusprechung einer Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR bzw. für deren Bemessung das Verhalten der Klägerin zu prüfen sei (vgl. zu den Voraussetzungen zur Zusprechung einer Entschädigung Urk. 34 S. 18 Ziff. 4 lit. a) . Es sei zu prüfen, ob ihr das fragliche, nicht unterzeichnete Arbeitszeugnis von H.\_\_\_\_\_ ausgehändigt worden sei oder ob das Einverständnis zum Ausdruck erst nachträglich beigebracht worden sei. Weiter sei zu klären, ob die Klägerin sich mit Bezug auf die ihr - nach der Entlassung ihres Ehemannes - zugewiesene Arbeitstätigkeit widersprüchlich verhalten habe, nämlich dass sie sich vorerst eine weitere Tätigkeit im Personalbereich der Beklagten nicht vorstellen konnte, um dann einen anderen von der Beklagten angebotenen gleichwertigen Einsatz abzulehnen. Dabei wurde darauf hingewiesen, dass bei der Prüfung der beiden angeführten Punkte nur die im erstinstanzlichen Verfahren rechtzeitig angebotenen Beweismittel abzunehmen seien (Urk. 34 S. 19 lit. c).

b) Wie bereits oben unter Ziff. I.1.b) erwähnt, waren die Parteien gehalten, ihre Beweismittel zu allenfalls strittigen Sachverhaltspunkten bereits im Hauptverfahren vorzubringen (§ 137 ZPO/ZH). Der Beweisabnahmebeschluss der

Vorinstanz vom 14. August 2011 trug diesen Vorgaben Rechnung, indem diese - nebst einem Hinweis auf die eingereichten Urkunden - für die Frage der Aushängung / Verwendung des Arbeitszeugnisses von H.\_\_\_\_\_ deren Zeugeneinvernahme und die persönliche Befragung der Klägerin vorsah und für das behauptete widersprüchliche Verhalten der Klägerin die Einvernahme von K.\_\_\_\_\_ und die persönliche Befragung der Klägerin anordnete (Urk. 37). Währenddem die Klägerin für den Fragenkomplex "Verwendung des Arbeitszeugnisses von H.\_\_\_\_\_" sich ausdrücklich auf deren Zeugeneinvernahme berufen hatte (Prot. I S. 5 und 11), hatte die Beklagte hiezuhin - entgegen ihrer Darstellung in der Berufung, mit der im Übrigen neue Behauptungen erhoben werden, auf die nicht mehr einzugehen ist (Urk. 56 S. 5 f. Ziff. 5 und 6) - keine Zeugen angerufen (vgl. dazu Urk. S. 12-14 und insbesondere Prot. I S. 18 f.). Es ist deshalb keine Ergänzung des Beweisverfahrens vorzunehmen.

c) Soweit die Beklagte die Form der Einvernahme von H.\_\_\_\_\_ rügt und geltend macht, es liege ein Verstoss gegen Art. 171 Abs. 3 ZPO vor (Urk. 56 S. 3 ff.), ist vorweg darauf hinzuweisen, dass das Beweisverfahren nach den Bestimmungen der bisherigen ZPO/ZH und des GVG/ZH durchzuführen war. Die Vorbringen sind aber ohnehin verfehlt. Die Zeugin H.\_\_\_\_\_ wurde rechtshilfweise durch das Amtsgericht I.\_\_\_\_\_ einvernommen (Urk. 41 und Urk. 50). Wird aber eine Zeugin rechtshilfweise einvernommen, so richtet sich die Beweiserhebung nach dem Recht des ersuchten Gerichtes. Nach diesem Recht bestimmt sich, ob die zur Gültigkeit der Beweiserhebung erforderlichen Formen eingehalten wurden (vgl. u.a. H.U. Walder, Einführung in das Internationale Zivilprozessrecht der Schweiz, § 12 Rz 16). Nach der damit massgeblichen deutschen Zivilprozessordnung hat die Ladung an den Zeugen u.a. über den Gegenstand der Vernehmung zu informieren (§ 377 Abs. 2 Ziff. 2 der deutschen ZPO). Das Beweisthema ist dabei so zu umschreiben, dass sich der Zeuge vorbereiten kann, dass aber andererseits keine Suggestivwirkung erzeugt wird (H. Jäckel, Das Beweisrecht der ZPO: Ein Praxishandbuch für Richter und Rechtsanwälte, S. 94 Rz 464). Der vom Amtsgericht I.\_\_\_\_\_ der Zeugin im Hinblick auf die Einvernahme und im Einklang mit der deutschen Zivilprozessordnung zugestellte Fragenkatalog (Urk. 50 S. 3)

enthält jedoch nur offen formulierte Fragen (Urk. 41 S. 2). Es besteht daher aus dieser Sicht kein Anlass, nicht auf die Aussagen der Zeugin J. \_\_\_\_\_ abzustellen.

Soweit die Beklagte vorbringt, die Aussagen der Zeugin J. \_\_\_\_\_ seien unglaubwürdig bzw. diese Aussagen hätten "nicht zum Beweis zugelassen werden dürfen" (Urk. 56 S. 3 f.), da die Zeugin mit der Klägerin befreundet sei, so gilt es doch klar festzuhalten, dass dies allein kein Grund ist, die Aussagen einer Zeugin als unbeachtlich zu erklären. Zwar ist es eine alte Erfahrungstatsache, dass freundschaftliche Beziehungen zu einer Partei in hohem Masse geeignet sein können, die Aussagen in eine für diese günstige Richtung zu lenken. Nehmen sie tatsächlich diesen Verlauf, so kann dies als Indiz für die Unglaubwürdigkeit angesehen werden. Umgekehrt gilt jedoch auch, dass wenn der Zeuge das Gegenteil oder Abweichendes dessen aussagt, was die Partei erwartet oder selber erklärt hat, dies als besonderes Merkmal einer korrekten Aussage angesehen werden darf (R. Hauser, Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, S. 314). Dass die Ausführungen der Zeugin wiederholten Vorbringen der Klägerin nicht entsprachen, führt daher entgegen der Darstellung der Beklagten (Urk. 56 S. 5 Abs. 2) nicht zu deren Unglaubhaftigkeit. Im Gegenteil.

Die Behauptungen der Beklagten zur Aussageweise der Zeugin (Urk. 56 S. 5) finden im Übrigen in den Akten keine Stütze. Verfehlt ist zudem auch die Darstellung der Beklagten, wonach die Zeugin J. \_\_\_\_\_ ein eigenes Interesse am Verfahren habe, da sie selber eine Datenschutzverletzung begangen habe (Urk. 56 S. 5 Abs. 3). Wie bereits mit Entscheid vom 2. Februar 2010 erwähnt, bezweckt das Datenschutzgesetz nicht den Schutz der Datensammlung der Beklagten, sondern den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte der Personen, über die Daten bearbeitet werden. Es sollen nicht schützenswerte Daten - hier das Zeugnis betreffend H. \_\_\_\_\_ - gegen den Willen der betroffenen Person Dritten bekannt gegeben werden können (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. A., N 2 zu Art. 328b OR). Die Zeugin durfte - wie sie selber ausführte (Urk. 50 S. 3 oben) - über ihr eigenes Arbeitszeugnis verfügen. Im Übrigen war die Strafantragsfrist im Sinne von Art. 35 DSG i.V. mit Art. 30

und 31 StGB im Zeitpunkt der Zeugeneinvernahme längst abgelaufen und es ist nicht ersichtlich, was die Zeugin hätte befürchten müssen.

Der Vollständigkeit halber sei beigefügt, dass die Beklagte sich andererseits ohne Weiteres auf K. \_\_\_\_\_ als Zeugin berufen hat, die als Leiterin Personelles / Ausbildung der Beklagten an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung teilgenommen hat (Prot. I S. 4) und die damit kaum als gänzlich unbefangen angesehen werden kann. Doch auch hier ist die Glaubwürdigkeit der Zeugin bzw. die Glaubhaftigkeit in erster Linie aufgrund der konkreten Aussagen zu beurteilen. Dies hätte ebenso für Aussagen von C. \_\_\_\_\_ gegolten, die ergänzend als Zeugin angerufen wurde, obwohl sie als Vertreterin der Beklagten sogar an der rechtshilfweise erfolgten Zeugeneinvernahme in I. \_\_\_\_\_ teilgenommen hatte und damit doch ein recht grosses Interesse am Ausgang des Verfahrens bekundet hat (Urk. 50 S. 1).

d) Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid zum Komplex "Aushändigung des Arbeitszeugnisses von H. \_\_\_\_\_" ausführlich zum Beweisverfahren Stellung genommen. Es kann vorweg auf die entsprechenden gründlichen und überzeugenden Erwägungen verwiesen werden (Urk. 57 S. 17-27). Diese brauchen nicht wiederholt zu werden. Die Aussagen erscheinen durchaus glaubhaft, nannte die Zeugin doch auch Einzelheiten beim Ausdrucken des Zeugnisses wie: "Der Drucker stand auf dem Flur", was für den Wahrheitsgehalt ihrer Aussagen spricht. Ebenso legte sie aufgrund der Ergänzungsfragen des Vertreters der Beklagten dar, dass sie weiter in Kontakt mit der Klägerin gestanden hatte (Urk. 50 S. 3), worüber sie kaum derart offen Auskunft erteilt hätte, wenn sie bewusst zu Ungunsten der Beklagten hätte aussagen wollen. Ihre Aussagen sind daher insgesamt glaubwürdig.

Entscheidend ist somit, dass aus den glaubhaften Aussagen der Zeugin J. \_\_\_\_\_ klar hervorgeht, dass diese mit dem Ausdruck ihres Zeugnisses einverstanden war (Urk. 50 S. 2). Aus der Weiterleitung dieses Zeugnisses an die Rechtsvertreterin der Klägerin, notabene im Hinblick auf die Auseinandersetzung mit der Beklagten, kann daher in keiner Weise etwas zu Ungunsten der Klägerin abgeleitet werden.

e) Die Vorinstanz hat zur Frage des behaupteten Versetzungswunsches der Klägerin und dem angeblich widersprüchlichen Verhalten ebenfalls ausführlich Stellung genommen (Urk. 57 S. 27-36). Auch hier kann vorab auf die entsprechenden zutreffenden Erwägungen verwiesen werden. Die Beklagte setzt sich mit der detaillierten Würdigung des Beweisergebnisses (Urk. 57 S. 34-36) nicht auseinander, wonach aufgrund der grundsätzlich glaubhaften Aussagen der Zeugin K.\_\_\_\_\_ offensichtlich wurde, dass es nicht die Klägerin war, die einen Wunsch auf Versetzung geäußert hatte, sondern dass dieser Vorschlag an sie herangetragen wurde, nachdem der Ehemann der Klägerin fristlos hatte entlassen werden müssen und sich für die Beklagte die Frage stellte, ob die Klägerin noch im selben Bereich tätig sein könne. Der von der Beklagten zuerst vorgeschlagene Wechsel - dem sich die Klägerin vorerst nicht widersetzte - konnte zudem ohnehin nicht realisiert werden, da die entsprechende Stelle während der krankheitsbedingten Abwesenheit der Klägerin bereits anderweitig besetzt wurde (Urk. 53 S. 5). Zudem ist ohne Weiteres nachvollziehbar, dass die Klägerin in der fraglichen Situation ihre Stellungnahme überdacht und juristischen Beistand beigezogen hat. Eigene Versetzungswünsche äusserte die Klägerin jedenfalls nicht von sich aus, weshalb nicht von einem widersprüchlichen Verhalten ausgegangen werden kann.

f) Zusammengefasst ist somit im Hinblick auf die Bemessung der beantragten Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR davon auszugehen, dass H.\_\_\_\_\_ von allem Anfang an damit einverstanden war, dass die Klägerin den Entwurf ihres Arbeitszeugnisses ausdrückte. Die Klägerin trifft in diesem Zusammenhang keinerlei Fehlverhalten (vgl. ergänzend Urk. 57 S. 36 f.). Ebenso ist ihr kein Selbstverschulden anzurechnen aus ihrem Verhalten nach der fristlosen Entlassung ihres Ehemannes. Damit bleibt es bei der unbestrittenen Folgerung, dass die schwangere Klägerin durch die ungerechtfertigte fristlose Entlassung schwer getroffen wurde. Dementsprechend erscheint aber in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (Urk. 57 S. 37 f.) die beantragte Entschädigung in der Höhe von vier Monatslöhnen als durchaus angemessen. Eine unrichtige Rechtsanwendung liegt auch in diesem Punkt nicht vor. Im Übrigen sollte im Bereich der An-

gemessenheitskontrolle die Rechtsmittelinstanz ohnehin nur zurückhaltend eingreifen (K. Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 310 N 5). Schliesslich hat sich die Beklagte mit den Erwägungen der Vorinstanz zur Höhe der Entschädigung auch nicht weiter auseinandergesetzt. Das erstinstanzliche Urteil ist daher zu bestätigen.

### III.

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 343 OR für das erstinstanzliche Verfahren und Art. 114 lit. c ZPO für das Berufungsverfahren). Hingegen ist die Beklagte ausgangsgemäss zu verpflichten, der Klägerin ein Prozessentschädigung zu bezahlen. Die Höhe der erstinstanzlichen Entschädigung (für beide erstinstanzliche Verfahren sowie für das erste Berufungsverfahren) wurde nicht weiter in Frage gestellt. Die Entschädigung ist entsprechend zu bestätigen. Die zweitinstanzliche Entschädigung ist auf Fr. 2'000.– zuzüglich Fr. 160.– (8% Mehrwertsteuer) festzusetzen (§ 3 Abs. 1 i.V. mit § 12 Abs. 1 AnwGebVO).

### **Es wird erkannt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 21'600.– zuzüglich 5% Zins seit 20. Januar 2009 zu bezahlen.
2. Das erst- und zweitinstanzliche Verfahren ist kostenlos.
3. Das erstinstanzliche Entschädigungsdispositiv (Disp. Ziff. 3) wird bestätigt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'160.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Arbeitsgericht Zürich, 4. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 21'600.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 8. November 2011

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Dr. R. Klopfer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Kunz Bucheli

versandt am:  
mc