

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA180019-O/U

Mitwirkend: die Oberrichterinnen Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
und Dr. D. Scherrer, Oberrichter Dr. M. Kriech und
Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Blesi Keller

Beschluss und Urteil vom 15. März 2019

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom
9. Juli 2018 (AH170227-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

- „1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin ihre ausstehende Lohnforderung für den Zeitraum vom 13. Juni 2017 bis 30. September 2017 von Fr. 19'666.65 brutto sowie Zins von 5% seit 1. Oktober 2017 zu bezahlen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine Entschädigung für die fristlose Kündigung von Fr. 5'400.– sowie Zins von 5% seit 27. November 2017 zu bezahlen.
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den WhatsApp - Verkehr (Chat Verlauf) der Klägerin mit Frau C._____ und weiteren Personen herauszugeben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten.“

Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 9. Juli 2018 (Urk. 49):

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 18'442.40 netto, zuzüglich Zins von 5% seit dem 1. Oktober 2017 zu bezahlen.
Im Mehrumfang wird die Klage abgewiesen, soweit sie nicht als durch Rückzug erledigt abgeschrieben wurde.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'274.50 (inkl. 8% MwSt.) und Fr. 2'368.15 (inkl. 7,7% MwSt) zu bezahlen.

(4./5. Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

Der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 48 S. 2):

- „1. Es seien die Dispositiv-Ziff. 1 und Ziff. 3 des Urteils vom 9. Juli 2018 des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung (Geschäfts-Nr.: AH170227-L/U) vollumfänglich aufzuheben und es sei die Klage vom 28. November 2017 sowie das anlässlich der Hauptverhandlung modifizierte Rechtsbegehren der Klägerin/Berufungsbeklagten vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.-Zusatz) sowohl für das erstinstanzliche Verfahren als auch für das Berufungsverfahren zu Lasten der Klägerin/Berufungsbeklagten.“

Der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 52 S. 2):

- „1. Es sei die Berufung der Berufungsklägerin/Beklagten vom 27. August 2018 vollumfänglich abzuweisen.
2. Es sei das Urteil vom 9. Juli 2018 des Arbeitsgerichts Zürich zu bestätigen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer von 7,7 % zu Lasten der Berufungsklägerin/Beklagten.“

Erwägungen:

I.

Die Beklagte erbringt gemäss Handelsregistereintrag Personaldienstleistungen im Gesundheitswesen. Die Klägerin war ab 1. April 2016 bei der Beklagten als „Assistentin Geschäftsstelle, ... Zürich“ angestellt. Mit Schreiben vom 12. Juni 2017 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos. Im Mittelpunkt steht der Vorwurf, die Klägerin habe sich im WhatsApp-Verkehr mit C._____, einer andern Angestellten der Beklagten, über deren Geschäftsführer D._____ ehrverletzend geäußert und pornografische Bilder versandt sowie durch C._____ Zugang zu Geschäftsgeheimnissen der Beklagten erlangt. Die Vorinstanz ist der Auffassung, dass sich die Beklagte die Chat-Protokolle aus dem WhatsApp-Verkehr rechtswidrig beschafft habe und das Interesse an der Wahrheitsfindung nicht höher zu gewichten sei als die Verletzung der Geheimsphäre der Klägerin. Zuzugabe unge-

rechtfertigter fristloser Kündigung sprach die Vorinstanz der Klägerin Lohn für die Dauer bis zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu, versagte ihr aber eine Pönalentschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR.

II.

Die Klage samt Klagebewilligung ging bei der Vorinstanz am 29. November 2017 ein (Urk. 1 und 3). Der Verfahrensgang vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 49 S. 3 f.). Mit Verfügung vom 9. Juli 2018 schrieb die Vorinstanz die Klage in Bezug auf das Rechtsbegehren Ziffer 3 als durch Rückzug erledigt ab. Gleichentags fällte die Vorinstanz das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 49 S. 31). Gegen dieses Urteil hat die Beklagte mit Berufungsschrift vom 27. August 2018 fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 48). Die Berufungsantwort datiert vom 8. Oktober 2018 und wurde der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 52 und 53). Weitere Eingaben der Parteien sind nicht erfolgt.

III.

1. 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 aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, 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 Vorinstanz 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 Darstellung 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 unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist das Berufungsgericht 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. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche 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).

Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Wer sich auf neue Tatsachen beruft, hat zu substantiieren und zu beweisen, dass er die entsprechenden Noven unverzüglich nach ihrer Entdeckung vorgebracht hat und dass er sie trotz Anwendung zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 317 N 34).

2. Die Einlegung der Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die nicht angefochtenen Teile des Urteils werden demnach von Bundesrechts wegen formell rechtskräftig und vollstreckbar. Die Beklagte beantragt mit ihrer Berufung die vollumfängliche Aufhebung der Dispositivziffern 1 und 3 des Urteils vom 9. Juli 2018 und die vollumfängliche Abweisung der klägerischen Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2. In Dispositivziffer 1 Absatz 2 des Urteils wurde die Klage „[i]m Mehrumfang“ abgewiesen, soweit sie nicht als durch Rückzug erledigt abgeschrieben wurde. Es ist daher davon auszugehen, dass diese Bestimmung nicht angefochten wurde und mit Eingang der Berufungsantwort am 9. Oktober 2018 rechtskräftig geworden ist (vgl. zum Zeitpunkt Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 315 N 6 und 15). Dies ist vorzumerken.

IV.

1. a) Die Beklagte stützt ihre Vorwürfe, mit denen sie ihre fristlose Kündigung begründet, auf einen WhatsApp-Chatverlauf zwischen der Klägerin und deren Cousine C._____, welche nach Angaben der Beklagten die persönliche Assistentin ihres Geschäftsführers D._____ war und der ebenfalls fristlos gekündigt wurde. Die Beklagte legte vor Vorinstanz Chat-Protokolle ins Recht, welche angeblich aus diesem Chatverlauf stammen (Urk. 34/1, 34/7 und 34/8). In den Screenshots finden sich mit den Worten der Vorinstanz „unangebrachte, despektierliche und abschätziges sowie primitive Aussagen“, welche D._____ betreffen.

Gemäss Vorinstanz sind die Äusserungen eindeutig dazu geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer unwiderruflich zu zerstören (Urk. 49 S. 19).

In der Berufungsantwort bestreitet die Klägerin, dass ein wichtiger Grund für die fristlose Entlassung vorgelegen habe. Selbst wenn die Chatverläufe berücksichtigt werden dürften, sei unklar, ob die darin gemachten Äusserungen einen wichtigen Grund im Sinne einer fristlosen Kündigung darstellten. Vielmehr sei davon auszugehen, dass eine ordentliche Kündigung, eventuell kombiniert mit einer sofortigen Freistellung, angemessen gewesen wäre (Urk. 52 S. 3).

Die Beklagte zitierte vor Vorinstanz die Äusserungen der Klägerin über D._____ auf WhatsApp wie folgt (Urk. 32 S. 8):

- «• *Scheiss uf ihn* (gemeint ist D._____, 19.10.16)
- *.. er sel sini fressi hebe* (20.1.17)
- *"Jaaa man er ish doch efacht unfähig mit vielne lüt im büro zäme shaffe* (20.1.2017)
- *"Sheiss sozialfobiker"* (20.1.2017)
- *En soen verfluechte mongo* (20.1.17)
- *dumme siech* (20.1.17)
- *De D._____ ish en rise pisser* (20.1.2016 [recte: 2017])
- *Soen pisser* (20.1.2017)
- *Het doch en shade* (20.1.2017)
- *Mit sim sado maso ledermäntelu* (20.1.17)
- *HAHAHAHA ich wette er staht uf anuspenetration* (20.1.17)
- *Shaffs morn bi ois oder ish de rocco siffredi ume?* (gemeint ist hiermit D._____; 24.8.16)
- *De D._____ erinnered mich an ihn – also an Rocco Siffredi – hahaha* (24.8.2016; dies war der Kommentar der Beschuldigten zu einer pornographischen Foto, die sie im gleichen Atemzug ihrer Cousine C._____ sandte und auf welchem der nackte Pornostar Rocco Siffredi eine nackte Frau auf seinen Schultern trug mit der Bemerkung, dass dieser den längsten „schwanz“ habe und Herr D._____ sie an ihn erinnern würde, was sie – die Klägerin – gleichzeitig mit einem verächtlichen Lachen „hahaha“ quittierte)
- *Da gatem sicher eine ab* (20.1.2017)
- *Spinnt de* (20.1.2017)»

Die Klägerin bestritt nicht, dass die Transkription korrekt erfolgt ist (Prot. I S. 21 f.).

Nach Art. 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Nach der Rechtsprechung zu Art. 337 OR ist ei-

ne 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 tief greifend 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. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein. Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab. Über das Vorhandensein eines wichtigen Grundes zur fristlosen Entlassung entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR; vgl. zum Ganzen BGer 4A_685/2011 vom 24.05.2012, E. 4, m.H.).

Verbalinjurien gegenüber dem Arbeitgeber können Grund für eine fristlose Entlassung sein (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 337 N 5 S. 1107; ZK OR-Staehelin, Art. 337 N 22 S. 233). Bei Beleidigungen kommt es einzig darauf an, ob es dem beleidigten Arbeitgeber noch zuzumuten ist, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen (JAR 1992 S. 268). Die von der Vorinstanz vorgenommene Qualifikation der zitierten Nachrichten ist nicht zu beanstanden. Die beleidigenden und respektlosen Äusserungen der Klägerin über ihren Vorgesetzten und die für ihn benutzten Schimpfwörter (Scheisssozialphobiker, verfluchter Mongo, dummer Siech, Pisser) rechtfertigen die fristlose Entlassung ohne weiteres, kann doch dem Betroffenen nicht zugemutet werden, weiterhin mit der Klägerin zusammenzuarbeiten.

b) Die Klägerin hat vor Vorinstanz und in der Berufungsantwort bestritten, dass sie die zitierten Äusserungen geschrieben habe (Prot. I S. 21; Urk. 52 S. 3). Die Vorinstanz führte dazu aus, die Klägerin mache geltend, bei WhatsApp sei es möglich, dass man nachträglich Sachen in einen Chat einfüge. Auch könne man nachträglich die Zeiten ändern. Die eingereichten Chat-Protokolle seien – so die Vorinstanz weiter – Urkunden im Sinne von Art. 177 ZPO. Sofern eine Partei die Authentizität einer Urkunde bestreite, habe sie dies substantiiert zu tun. Sie müsse konkrete Umstände darlegen, die beim Gericht ernsthafte Zweifel an der Authentizität des Dokuments erweckten. Die Klägerin habe nicht vorgebracht, wie

genau und zu welchem Zeitpunkt irgendwelche Änderungen vorgenommen worden seien. Ebenso wenig habe sie dargelegt, was sie eine solche Manipulation vermuten lasse. Anhand der Screenshots sei ersichtlich, dass es sich zumindest bei einer der Verfasserinnen um die Klägerin handle. So finde sich in der "Kopfzeile" verschiedentlich der Vorname der Klägerin "B._____". Dass es bei der Beklagten oder im klägerischen Umfeld eine andere "B._____" gäbe oder Ähnliches sei namentlich nicht vorgebracht worden. Ebenso wenig sei ausgeführt worden, dass noch weitere Personen namens D._____ im Umfeld der Klägerin oder von C._____ bekannt seien. Gestützt auf diese Erwägungen handle es sich beim erwähnten D._____ um den Geschäftsführer der Beklagten. Es sei von der Echtheit dieser Urkunden auszugehen. Ob die Zeitangaben stimmten bzw. ob die Nachrichten während der Arbeitszeit verfasst worden seien, könne an dieser Stelle offengelassen werden (Urk. 49 S. 19 f.).

In der Berufungsantwort führt die Klägerin aus, sie könne sich nicht erinnern, auf ihrem Handy WhatsApp-Nachrichten mit dem vorgelegten Inhalt selber verfasst zu haben. Sie habe erst im Rahmen der strafrechtlichen Untersuchung Einblick in die Screenshots erhalten und sich weder an den Zeitpunkt noch an den Wortlaut erinnern und diesen als von ihr verfasst erkennen können (Urk. 52 S. 3). Eine rechtsgenügende Auseinandersetzung mit den – zutreffenden – Erwägungen der Vorinstanz stellt dies nicht dar, weshalb mit dieser davon auszugehen ist, dass die Klägerin an den aktenkundigen WhatsApp-Chats beteiligt war.

2. a) Gemäss Vorinstanz handelt es sich bei den Chat-Protokollen um rechtswidrig beschaffte Beweismittel. Es sei unbestritten, dass die Klägerin von ihrem privaten Smartphone und C._____ von einem Geschäftshandy der Beklagten aus kommuniziert hätten. Es könne offengelassen werden, ob C._____ das Handy privat genutzt habe oder dies habe tun dürfen. Unstrittig sei zudem, dass die Beklagte anfangs Juni 2017 vom besagten Chatverlauf im Rahmen einer „Kontrolle/Revision“ von firmeneigenen Smartphones, bei welcher auch das Geschäftshandy von C._____ überprüft worden sei, erfahren habe (Urk. 49 S. 20 f. und S. 26).

In den Anstellungsbedingungen der Beklagten wird die Nutzung von firmeneigenen Kommunikationsmitteln geregelt (Urk. 5/5 S. 14; Urk. 49 S. 22 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 Geschäftstelefons ist in Absprache mit der Leitung der Geschäftsstelle erlaubt, insbesondere in dringenden Situationen.

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.

19.3 Meldepflicht der Mitarbeiterin

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

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.

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.

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."

Im Bürocodex der Beklagten wird überdies festgehalten, dass für die Verwendung von privaten Mobiltelefonen die Bestimmungen von Ziff. 19.5 des Anstellungsreglements gelten (Urk. 34/5 S. 2 Ziff. 1.5).

Die Vorinstanz erwog, die Klägerin habe zwar ihre Einwilligung zu den im Reglement festgehaltenen Massnahmen gegeben, doch sei dies vorliegend nicht relevant. Der Chatverlauf sei nicht im Rahmen einer Kontrolle ihres Geschäftshandys gefunden worden. Vielmehr habe die Klägerin von ihrem privaten Mobiltelefon aus kommuniziert. Die Einwilligung zur Kontrolle des Geschäftshandys von C._____ habe die Klägerin mit der Unterzeichnung der Anstellungsbedingungen selbstredend nicht abgeben können. Gemäss diesen sei eine Kontrolle von Geschäftshandys nur im Falle eines Verdachts der Verletzung der entsprechenden Bestimmungen vorgesehen. Ein Verdacht sei nicht geltend gemacht worden. Es sei somit fraglich, ob die Beklagte nicht schon mit diesen Überprüfungen ihre eigenen Regeln verletzt habe. Entscheidend sei aber, dass nicht nur eine Kontrolle zur Behebung allfälliger Defekte stattgefunden habe, bei welcher die Applikation "WhatsApp" vom Handy C._____s einfach gelöscht worden sei. Vielmehr sei die entsprechende App geöffnet und durchsucht worden. Einzelne Chats seien durchsucht und sogar dupliziert worden (Screenshot). Dafür habe weder ein Verdachtsmoment noch eine Grundlage im Anstellungsreglement bestanden. Etwas anderes sei von der Beklagten bezeichnenderweise auch nicht geltend gemacht worden. Die Klägerin und ihre Cousine hätten nicht mit einer Kontrolle ihres privaten Chatverlaufs rechnen müssen. Eine vorgängige Information hinsichtlich dieser Durchleuchtung anlässlich der Kontrolle des Geschäftshandys zur Behebung allfälliger Defekte habe es zudem unbestrittenermassen nicht gegeben (Urk. 49 S. 24 f.).

b) Die Beklagte ist der Auffassung, dass C._____ mit der Installation einer privaten WhatsApp-Applikation auf dem Geschäftshandy nicht nur den Verdacht

erregt habe, private Nachrichten auszutauschen, sondern bereits Ziff. 19 der Anstellungsbedingungen verletzt habe, welche die Nutzung von sämtlichen Kommunikationsmitteln für private persönliche Zwecke verbiete. Diesfalls habe die Beklagte eine Kontrolle vornehmen und den privaten Chatverkehr durchforsten dürfen. Wegen der vertragswidrigen Installation der privaten WhatsApp-Applikation auf dem Geschäftshandy habe C._____ 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 anderer „Unzulänglichkeiten“. Indem sie 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. 48 S. 6 f.).

c) Die Klägerin macht in ihrer Berufungsantwort geltend, C._____ habe ein Geschäftshandy erhalten, weil sie ihr persönliches Smartphone verloren gehabt habe und aus geschäftlichen Gründen über ein Mobiltelefon habe erreichbar sein müssen. Die Beklagte habe dies in ihrer Strafrechtsbeschwerde vom 5. April 2018 selber ausgeführt. Sie habe davon ausgehen müssen, dass C._____ das erhaltene Smartphone auch privat nutzen würde, weil sie über kein persönliches mehr verfügt habe. Es liege folglich kein Verdacht vor, der eine Kontrolle rechtfertigen würde. Bei einem Verdacht hätte WhatsApp deinstalliert werden müssen, ohne einzelne Chatverläufe zu öffnen, zu durchforsten oder gar zu duplizieren. C._____ habe ihre persönliche SIM-Card benützt, habe diese vor Rückgabe des Smartphones entfernt und sich im Glauben befunden, damit auch ihre privaten Daten aus dem Telefon entfernt zu haben (Urk. 52 S. 4 f.).

Der von der Klägerin vorgetragene Grund, weshalb C._____ das Geschäftshandy für den Chat mit ihr benützt habe, und die Beweisofferte dazu (Beizug der Strafakten UE180108-O) erfolgen ohne Angabe einer Belegstelle in den vorinstanzlichen Akten. Die Klägerin legt in der Berufungsantwortsschrift nicht dar,

dass und wo (Aktenstelle) sie dies bereits vor Vorinstanz vorgetragen hat. Damit genügt ihr Vorbringen den Anforderungen an die Berufungsantwortschrift nicht bzw. ist davon auszugehen, dass es sich um unzulässige Noven handelt (vgl. vorn Erw. III/1).

d) 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, a.a.O., 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 ausführt, 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. 48 S. 7 f.; 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. 48 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 eine WhatsApp-Applikation nur für private Zwecke auf einem Handy installiert wird (Urk. 48 S. 6). Sie behauptet nicht, davon ausgegangen zu sein, dass der Chatverlauf auf dem Handy von C._____ geschäftliche Nachrichten enthalten würde. 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 Auswertungsform 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 C._____ 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 benützen, hätte es genügt, die Applikation WhatsApp auf dem Geschäftshandy von C. _____ als „arbeitsfremde“ App zu löschen (vgl. Urk. 49 S. 24).

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 Kaelnel/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 C. _____ 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 abzuhören. Eine so umfassende Inhaltskontrolle setzt voraus, dass die betroffene Person klar weiss, wann sie angeordnet werden darf, und kann nicht von vagen Voraussetzungen 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.

e) aa) Die Vorinstanz erwog, die Beklagte habe geltend gemacht, die Bearbeitung der Daten sei durch ein überwiegendes privates Interesse gerechtfertigt. Einerseits sei sie – so der Standpunkt der Beklagten – als Arbeitgeberin von

D._____ gestützt auf die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR verpflichtet gewesen, gegen die persönlichkeitsverletzenden Äusserungen und sexuellen Belästigungen durch die Klägerin vorzugehen. Andererseits liege auch der Rechtfertigungsgrund des privaten Interesses von D._____ gemäss Art. 13 Abs. 1 DSG vor. So seien seine Persönlichkeitsrechte durch die strafbaren Handlungen der Klägerin in massiver Weise verletzt worden. Er habe somit ein privates Interesse daran, dass er gegen die Klägerin entsprechend vorgehen könne. Gemäss Vorinstanz handelte es sich bei den Chats zwischen der Klägerin und C._____ eindeutig um private Unterhaltungen. Diese Konversationen seien deren Geheimsphäre zuzuordnen. Die Klägerin habe dafür ihr eigenes, persönliches Smartphone benützt. Das private Interesse der Beklagten, insbesondere dasjenige ihres Geschäftsführers, vermöge das private Interesse der Klägerin nicht zu überwiegen. Es liege kein überwiegendes privates Interesse im Sinne von Art. 13 DSG vor (Urk. 49 S. 25 f.).

bb) Die Beklagte wirft der Vorinstanz vor, gar keine Interessenabwägung vorgenommen zu haben. Für die Frage der Zulässigkeit der Verwertbarkeit der WhatsApp-Screenshots sei auf das Verhältnis zwischen der Beklagten bzw. D._____ und C._____ abzustellen. Angesichts des sehr engen Arbeitsverhältnisses zwischen D._____ und C._____, welche als seine persönliche Assistentin sein grösstes Vertrauen genossen habe und angesichts ihrer besonderen Stellung einer besonders hohen Treuepflicht unterlegen sei, habe er über C._____ weitergehende Daten bearbeiten dürfen als über eine einfache Angestellte. Dies gelte selbstredend auch für die Klägerin, die als Personalassistentin Einblick in vertrauliche Personaldaten (von temporären Mitarbeiter/-innen) gehabt habe (Urk. 48 S. 8 f.). Die Beklagte listet in der Folge eine Reihe angeblicher Interessen einerseits von sich und D._____ und andererseits von der Klägerin und C._____ auf, welche gegeneinander abzuwägen seien (Urk. 48 S. 10 f.):

Interessen der Klägerin und von C._____:

- dass ihre Geheimsphäre gewahrt bleibt
- dass ihr ehrverletzender WhatsApp-Verkehr nicht gelesen wird und sie sich einer Strafverfolgung entziehen können

- dass die von ihnen begangenen sexuellen Belästigungen nicht offenbart werden
- dass die von ihnen begangenen Mobbinghandlungen gegenüber Frau E._____ nicht offenbart werden

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 und C._____ 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 entlönnen 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 Ziffer 19 vereinbarten Rechtsnormen eingehalten und die vereinbarten Sanktionen (Ziffer 19.6) durchgesetzt werden
- dass sie aufgrund ihrer Fürsorgepflicht dafür sorgt, dass die psychische Integrität der von der Klägerin und 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 ihres Geschäftsführers im Sinne von Art. 13 Abs. 1 DSG gerechtfertigt gewesen (Urk. 48 S. 11).

cc) Art. 13 Abs. 1 DSG 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. d). 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. ausbleiben (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 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 von C._____ war. Eine Inhaltskontrolle rechtfertigte sich auch nicht wegen des behaupteten engen Arbeitsverhältnisses zwischen D._____ und C._____, da der Schutz der Geheimsphäre einer allfälligen Loyalitätsüberprüfung vorgeht, dies jedenfalls dann, wenn keinerlei Verdachtsmomente bestehen (Urk. 48 S. 9). 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, es handle sich vorliegend nicht um formell rechtswidrig, sondern um materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel. Die Beklagte bzw. deren einzelzeichnungsberechtigter 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. Auch wenn der Inhalt der streitgegenständlichen WhatsApp-Nachrichten eine Verletzung der persönlichen Integrität des Geschäftsführers der Beklagten nahelege – worauf aber nicht näher einzugehen sei –, könne dessen Rechtsgut (Persönlichkeit) nicht höher gewichtet werden. Die Argumentation der Beklagten, dass 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) oder bei ungleichem Know-how (Laie gegen anwaltlich vertretene Partei) diene. Stünden sich zwei anwaltlich vertretene Parteien gegenüber, so dürfe und solle sich das Gericht wie im ordentlichen Prozess verhalten (Urk. 49 S. 27).

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. 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 und von C. _____ vorgenommenen Persönlichkeitsverletzungen keine einfachen Bagatellen seien und als Ehrverletzungsdelikte strafrechtlich sanktioniert würden. Ferner habe die Beklagte aufgrund ihrer Fürsorgepflicht gegen die von der Klägerin und von C. _____ 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 ver-

letzt, sich mit ehrverletzenden 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. 48 S. 12 ff.).

c) aa) Die Vorinstanz ist zutreffend davon ausgegangen, dass es sich bei den Screenshots um ein materiell rechtswidriges Beweismittel handelt. 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 S. 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,

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 18. Mai 2016, 6. August 2016 und 19. Januar 2017 (Urk. 9 S. 8 und dortige Beilagen 5-7). 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 bleibt, wer unbefugt elektronische Post öffnet, doch „besteht ... dringender ge-

setzlicher 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; Guyan, 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. 25'000.–, 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 Kündigung (Schutz der Integrität von D. _____ etc.), denn es geht im vorliegenden Verfahren nicht um die Rehabilitierung D. _____s und den Schutz von E. _____ gegen angebliche Mobbingaktivitäten. Selbst wenn diese Gründe zu berücksichtigen wären, wären diese Interessen bestenfalls gleichwertig zum Interesse der Klägerin, ihre Geheimsphäre zu schützen.

dd) Kontrovers diskutiert wird in der Lehre, ob die anwendbare Verfahrensmaxime Einfluss auf die Interessenabwägung hat. Auf der einen Seite wird vertreten, das Interesse an der Wahrheitsfindung sei stärker zu gewichten, wenn die Oficialmaxime zur Anwendung komme. Am wenigsten Gewicht komme der klassischen Verhandlungsmaxime zu. Die beschränkte Untersuchungsmaxime sei höher 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 beschränkten 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 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 könne, könne die geltende Verfahrensmaxime nicht als relevanter Parameter in die Interessenabwägung einbezogen werden (Guhl, a.a.O., S. 141 Rz 341). Zumindest im Bereich der vorliegend zur Anwendung gelangenden sozialen Untersuchungsmaxime 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 Verhandlungsmaxime.

ee) Eine Beschaffungshandlung vor dem Hintergrund eines Beweisnotstands liegt dann vor, wenn es sich bei einem Beweismittel um das einzig verfügbare 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 zukommt (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 Rechtfertigungsgrunds 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 (a.a.O., S. 147 f. Rz 319).

Wie bereits dargelegt (E. IV/2), handelt es sich bei den im Recht liegenden Screenshots um rechtswidrig beschaffte Beweismittel und war bereits die Sichtung des Chatverkehrs rechtswidrig. Die Beklagte befand sich nicht in einem Beweisnotstand, als sie die Durchforstung desselben veranlasste, weil die Kenntnis-

nahme vom Inhalt des Chatverkehrs gar nicht dazu diene, 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 Geheimsphäre 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 auf Fr. 18'442.40 netto beziffert (Urk. 49 S. 28). Diese Berechnung wird im Berufungsverfahren von keiner Partei beanstandet.

b) aa) Die Beklagte hatte vor Vorinstanz geltend gemacht, die Klägerin sei ihrer Schadensminderungspflicht nicht nachgekommen. So habe sie sich erst zwei Monate und eine Woche nach der fristlosen Kündigung erstmals auf eine Stelle beworben. Die Anmeldung bei der Arbeitslosenkasse Mitte August 2017 sei ebenfalls deutlich zu spät erfolgt. Dazu erwog die Vorinstanz zusammengefasst, nachdem die fristlose Kündigung ungerechtfertigt gewesen sei, sei der Zeitpunkt der Anmeldung bei der Arbeitslosenkasse irrelevant. Dass die Arbeitslosenkasse ihrerseits Einstellungsstage 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. Die Beweislast für die Verletzung der Schadensminderungspflicht treffe primär den Arbeitgeber. Die Klägerin habe zwar eingestandenmassen mindestens während eines Monats nach der Kündigung keine Arbeitsbemühungen unternommen. Die Beklagte habe jedoch nicht einmal andeutungsweise 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. 49 S. 28 f.).

bb) Im Berufungsverfahren hält die Beklagte daran fest, dass sich die Klägerin erstmals zwei Monate und eine Woche nach der fristlosen Kündigung auf eine Stelle beworben habe. Die Klägerin hätte aber nach Art. 16 AVIG zur Schadensminderung grundsätzlich jede Arbeit unverzüglich annehmen müssen. Ferner wäre sie nach Art. 17 Abs. 1 und 2 AVIG verpflichtet gewesen, sich unverzüglich nach der fristlosen Kündigung, spätestens am ersten Tag, für den sie Arbeitslosenentschädigung beanspruche, zur Arbeitsvermittlung zu melden. 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 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 eingestellt, weil sie davon ausgegangen sei, die Klägerin sei durch eigenes Verschulden arbeitslos geworden. Daher sei es unzutreffend, wonach die Verfügung von Einzeltagen [recte: Einstelltagen] durch die Arbeitslosenkasse am Ergebnis nichts ändern würde. Aus diesem Grund stelle sich auch nicht die Frage, ob die Arbeitslosenkasse bei einer Ausrichtung von Taggeldern einen Rückerstattungsanspruch gegenüber der Beklagten hätte. 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. 48 S. 15 ff.).

cc) 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 genügt damit ihrer Rügepflicht nicht (vorn E. III/1). 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 im August 2017 beim RAV gemeldet hat (Urk. 35), 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).

Die Vorinstanz hat daher zu Recht die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 18'442.40 netto zu bezahlen. Nicht beanstandet wird die Verzinsung dieses

Betrags zu 5 % seit 1. Oktober 2017. Die Berufung ist somit abzuweisen und das angefochtene Urteil bezüglich Dispositivziffer 1 zu bestätigen, soweit es nicht in Rechtskraft erwachsen ist.

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. 18'442.40, eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– (inkl. 7,7 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen (§ 13 Abs. 1 und 2 Anw-GebV).

Es wird beschlossen:

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Klageabweisung im Fr. 18'442.40 netto zuzüglich 5 % Zins seit 1. Oktober 2017 übersteigenden Betrag am 9. Oktober 2018 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 9. Juli 2018 wird bestätigt, soweit es nicht in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Das Berufungsverfahren ist kostenlos.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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. 18'442.40.

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