

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA230021-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. M. Kriech, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. Ch. von Moos Würgler und Ersatzoberrichterin
lic. iur. N. Jeker sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Achermann

Urteil vom 11. April 2024

in Sachen

A._____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X._____,

gegen

Verein B._____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. Y._____,

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am
Arbeitsgericht Bülach vom 16. August 2023 (AH220042-C)**

Rechtsbegehren:

der Klägerin (Urk. 2):

- " 1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von brutto Fr. 10'597.– nebst 5% Zins seit dem 02. November 2021 zu bezahlen (Schadenersatz aus ungerechtfertigter fristloser Kündigung).
2. Der Beklagte sei zudem zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von netto Fr. 18'799.05 nebst 5% Zins seit dem 02. November 2021 zu bezahlen (Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Kündigung).
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten des Beklagten."

Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Arbeitsgericht

Bülach vom 16. August 2023:
(Urk. 20 S. 18 f. = Urk. 23 S. 18 f.)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 4'900.– zu bezahlen.
4. [Mitteilungssatz]
5. [Rechtsmittel: Berufung, Frist 30 Tage]

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 22 S. 2):

- " 1. Es sei das angefochtene Urteil des Arbeitsgerichts Bülach bzw. der Vorinstanz (Verfahrensnummer: AH220042-C) vollständig aufzuheben.
2. Der Beklagte sei in Gutheissung der Berufung zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von brutto CHF 10'597.00 nebst 5% Zins seit dem 02. November 2021 zu bezahlen (Schadenersatz aus ungerechtfertigter fristloser Kündigung).

3. Überdies sei der Beklagte in Gutheissung der Berufung zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von netto CHF 17'456.25 nebst 5% Zins seit dem 02. November 2021 zu bezahlen (Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Kündigung).
4. Eventualiter sei die Sache in grundsätzlicher Gutheissung der Berufung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) sowohl für das erstinstanzliche Verfahren als auch das vorliegende Berufungsverfahren zulasten des Beklagten."

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 29 S. 2):

Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Berufungsklägerin.

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Der Beklagte und Berufungsbeklagte ("Beklagter") ist ein Verein, der unter anderem die ... von Menschen in schwierigen Situationen bezweckt (Urk. 4/3). Die Klägerin und Berufungsklägerin ("Klägerin") war ab dem 1. November 2017 als Arbeitsagogin beim Beklagten angestellt (Urk. 4/4 f.). Am 1. November 2021 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos (Urk. 4/15). Die Klägerin machte am 28. April 2022 die vorliegende arbeitsrechtliche Klage bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 2; vgl. Urk. 1). Dabei machte sie Forderungen auf Schadenersatz und Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Kündigung (Art. 337c OR) gegen den Beklagten geltend, welche nun auch Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens sind.

2. Für den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 23 S. 3). Am 16. August 2023 fällte die Vorinstanz ihr Urteil. Gegen diesen Entscheid erhob die Klägerin am 23. September 2023 rechtzeitig Berufung mit den oben wiedergegebenen Anträgen (Urk. 22; Urk. 25; Urk. 26/3-6). Am 14. Dezember 2023 erstattete der Beklagte innert ange-setzter Frist (Urk. 28) die Berufungsantwort (Urk. 29). Nachdem diese der Klägerin mit Verfügung vom 4. Januar 2024 zur Kenntnisnahme zugestellt worden war

(Urk. 31), erstattete sie mit Eingabe vom 11. Januar 2024 eine Stellungnahme (Urk. 32). Diese wurde dem Beklagten am 22. Januar 2024 zur Kenntnis gebracht (Urk. 33), woraufhin dieser sich mit Eingabe vom 1. Februar 2024 erneut vernehmen liess (Urk. 34). Diese Eingabe wurde der Klägerin am 13. Februar 2024 zugestellt (Urk. 35). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-21). Das Verfahren ist spruchreif.

4. Am vorliegenden Entscheid wirkt Oberrichter Dr. M. Kriech anstelle des ferienhalber abwesenden Kammerpräsidenten, Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, mit.

II. Prozessuales

1. Die Berufung richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Entscheid im Sinne von Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, deren Streitwert Fr. 10'000.– übersteigt (Art. 308 Abs. 2 ZPO) und die nicht unter einen Ausnahmetatbestand gemäss Art. 309 ZPO fällt. Sie wurde form- und fristgerecht bei der zuständigen kantonalen Berufungsinstanz (vgl. § 48 GOG) erhoben (Art. 311 Abs. 1 ZPO; Urk. 22). Die vor Vorinstanz unterlegene und damit beschwerte Klägerin ist zur Berufungserhebung legitimiert. Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt. Auf die Berufung ist unter dem Vorbehalt hinreichender Begründung (nachstehend Erw. II.2) einzutreten.

2. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache und folglich über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_1049/2019 vom 25. August 2021, E. 3). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist, respektive an einem der genannten Fehler leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintre-

tensvoraussetzung) voraus, dass die Berufung erhebende Partei die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die sie anfecht, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden, beziehungsweise aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Von der Berufungsinstanz kann nicht erwartet werden, dass sie von sich aus in den Vorakten die Argumente zusammensucht, die zur Berufungsbegründung geeignet sein könnten (*OGer ZH NP220014 vom 16.11.2022, E. II.1 S. 5*; BGer 5A_438/2012 vom 27. August 2012, E. 2.4). Das obere kantonale Gericht hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Auf die Parteivorbringen ist insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1). Dabei ist die Rechtsmittelinstanz weder an die Argumente der Parteien noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO), weshalb sie die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese auch mit einer von der Argumentation der ersten Instanz abweichenden Begründung abweisen kann (sog. Motivsubstitution; BGE 147 III 176 E. 4.2.1 S. 179).

3. Soweit die Klägerin allgemeine Ausführungen zum Sachverhalt und zum vorinstanzlichen Urteil macht, ohne sich konkret mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen, ist auf diese nicht weiter einzugehen (Urk. 22 Rz. 7-21).

4. Im Berufungsverfahren werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, 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). Im Berufungsverfahren ist das Nachbringen von Behauptungen, welche im erstinstanzlichen Verfahren unsubstantiiert geblieben waren, ausgeschlossen (ZK ZPO-Reetz, Vorbemerkungen zu Art. 308-318 N 44). Dies gilt auch für Verfahren, welche – wie das vorliegende

arbeitsrechtliche Verfahren – der sozialen Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 Abs. 2 ZPO unterstehen (BGE 142 III 413 E. 2.2.2; BGE 138 III 625 E. 2.2).

5. Die Klägerin reicht mit ihrer Berufung neue Beilagen ein und stellt neue Behauptungen auf (Urk. 22 Rz. 33-35; Urk. 26/4-5). Dass erst der vorinstanzliche Entscheid zu diesen Noven Anlass gegeben hätte, ist zu verneinen. Anders als die Klägerin geltend macht (Urk. 22 Rz. 33), ist abzulehnen, dass das angefochtene Urteil ein eigentlicher Überraschungsentscheid war und die Klägerin schlechthin nicht hätte bedenken müssen, dass das politische und mediale Klima im Herbst 2021 entscheiderelevant hätte sein können (vgl. BSK ZPO-Spühler, Art. 317 N 9). Die Klägerin hat denn auch bereits in ihrer Klage diesbezügliche Ausführungen gemacht und Beilagen eingereicht (Urk. 2 Rz. 39). Nachbesserungen sind im Berufungsverfahren nicht zulässig. Ebenfalls abzulehnen ist die klägerische Ansicht, es handle sich bei den eingereichten Unterlagen um öffentlich zugängliche Informationen im Sinne von Art. 151 ZPO, die weder der Beweispflicht noch der Novenschranke unterlägen (Urk. 22 Rz. 33). Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid klargestellt, dass nicht jede im Internet verfügbare Information offenkundig sei. Als offenkundig könnten vielmehr nur Informationen gelten, welchen aufgrund des Umstandes, dass sie leicht zugänglich seien und aus verlässlichen Quellen stammten, ein offizieller Anstrich anhafte (BGer 5A_1048/2019 vom 30. Juni 2021, E. 3.6.6 m.H.a. BGE 138 I 1 und BGE 143 IV 380). Screenshots eines NZZ-Artikels und einer Unterzeichnerliste kommen diese Eigenschaften nicht zu, womit sie keine allgemein bekannten Tatsachen im Sinne von Art. 151 ZPO sein können. Ebenso wenig handelt es sich um gerichtsnotorische Tatsachen. Bei den neu eingereichten Beilagen (Urk. 26/4-5) und den damit zusammenhängenden Behauptungen (Urk. 22 Rz. 33-35) handelt es sich somit um unzulässige Noven, die nicht zu berücksichtigen sind.

III. Materielle Beurteilung

1. Rechtmässigkeit der Weisung

1.1. Die Vorinstanz erwog, die Klägerin sei im Oktober 2021 gemäss der damals geltenden Fassung von § 2 Abs. 1 i.V.m. § 3 V Covid-19 Gesundheitsbereich/ZH

zur Teilnahme an den vom Beklagten angeordneten repetitiven Covid-Tests verpflichtet gewesen. Diese Teilnahme habe die Klägerin trotz zweifacher Abmahnung unter Kündigungsandrohung verweigert (Urk. 23 S. 8). Im Rahmen einer vorfrageweisen Überprüfung der Rechtmässigkeit von § 2 Abs. 1 i.V.m. § 3 V Covid-19 Gesundheitsbereich/ZH ging die Vorinstanz auf das von der Klägerin initiierte Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich (AN.2022.00004, Verfügung vom 16.05.2022) sowie auf ein den Kanton Tessin betreffendes Urteil des Bundesgerichts (BGer 2C_886/2021 vom 12. Dezember 2022) ein und kam zum Schluss, dass die Weisungen des Beklagten, mit welchen er die Klägerin zur Teilnahme an repetitiven Tests anhielt, auf einer rechtmässigen Grundlage beruhten. Indem die Klägerin diese rechtmässigen Weisungen trotz zweifacher Abmahnung missachtet habe, habe sie ihre arbeitsrechtliche Weisungsbefolgungspflicht nach Art. 321d Abs. 2 OR verletzt, wobei diese Verletzung als schwerwiegend zu erachten sei (Urk. 23 S. 8-12).

1.2. Die Klägerin rügt, eine selektive Testpflicht einzig für ungeimpfte Arbeitnehmende sei grundsätzlich rechtswidrig. Das hängige Bundesgerichtsverfahren betreffend das Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich sei für den vorliegenden Fall relevant, da nach dessen Ausgang höchstwahrscheinlich klar sein werde, dass die Weisungen des Beklagten rechtswidrig gewesen seien (Urk. 22 Rz. 22-27).

1.3. Der Beklagte weist in seiner Berufungsantwort darauf hin, dass das Bundesgericht über das im Zeitpunkt der Berufungserhebung noch hängige Verfahren inzwischen entschieden und dieses mangels eines aktuellen Rechtsschutzinteresses als gegenstandlos abgeschrieben habe (Urk. 29 Rz. 2.2).

1.4. Auf die vorinstanzlichen Ausführungen zur Verpflichtung der Arbeitnehmerin, Weisungen zu befolgen, kann vollumfänglich verwiesen werden (Urk. 23 S. 7). Damit gilt, dass Weisungen des Arbeitgebers, die rechtmässig sind und einen ausreichend wichtigen Gegenstand betreffen, von der Arbeitnehmerin zu befolgen sind. Eine Missachtung von Weisungen (Art. 321d OR) stellt eine Verfehlung dar, die einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung darstellen kann (vgl. BGer 4C.357/2002 vom 4. April 2003, E. 4.1). Die Rüge der Klägerin basiert auf einer antizipierten Gutheissung ihrer Beschwerde gegen den von der Vorinstanz analy-

sierten Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts (AN.2022.00004, Verfügung vom 16.05.2022; Urk. 22 Rz. 25 f.). Auf die über die Gründe der Dauer des Bundesgerichtsverfahrens mutmassenden Ausführungen der Klägerin ist nicht mehr einzugehen, nachdem nun das Urteil vorliegt (vgl. Urk. 22 Rz. 23-27). Das Bundesgericht hat die Beschwerde mit Urteil vom 25. September 2023 – wie zuvor das Verwaltungsgericht – als gegenstandslos abgeschrieben (BGer 2C_518/2022 vom 25. September 2023). In seinem Urteil hielt das Bundesgericht zusammengefasst fest, es bestehe kein aktuelles schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung, da die V Covid-19 Gesundheitsbereich/ZH seit dem 1. April 2022 nicht mehr in Kraft sei (BGer 2C_518/2022 vom 25. September 2023, E. 1.2.3). Die Voraussetzungen für einen Verzicht auf ein aktuelles Rechtsschutzinteresse seien nicht erfüllt, da 1) bereits höchstrichterlich über die Vereinbarkeit von in kantonalen Verordnungen vorgesehenen selektiven Spucktests, welche zwischen Gesundheits- und Pflegepersonal mit Covid-19-Zertifikat und solchem ohne Zertifikat unterschieden, mit Art. 8 Abs. 1 BV entschieden worden sei (E. 1.2.4), 2) ebenfalls bereits höchstrichterlich entschieden worden sei, dass das repetitive Testen von ungeimpftem Gesundheits- und Pflegepersonal, und zwar inklusive Personal von sozialen Einrichtungen, verhältnismässig und mit Art. 10 Abs. 2 BV vereinbar sei (E. 1.2.5) sowie 3) keine Verletzung von Art. 328 OR – genauer das davon erfasste Gebot der Rechtsgleichheit – oder des Grundsatzes des Vorrangs des Bundesrechts ersichtlich sei, da die angefochtenen Verordnungsbestimmungen keine willkürliche Diskriminierung einzelner Arbeitnehmenden bezwecke oder bewirke und die angefochtenen Verordnungsbestimmungen weder gegen Sinn und Zweck des Bundeszivilrechts verstossen noch dessen Durchsetzung beeinträchtigen oder vereiteln würden (E. 1.2.6).

1.5. Die von der Klägerin vorgetragene Rüge basierte auf einem ihre Beschwerde gutheissenden Bundesgerichtsentscheid. Die Rüge scheitert, nachdem nun das Bundesgericht das Verfahren abgeschrieben hat. Den vorinstanzlichen Erwägungen sowie den Erwägungen des Bundesgerichts zur Rechtmässigkeit der V Covid-19 Gesundheitsbereich/ZH ist vollumfänglich beizupflichten. Damit bleibt es bei der Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass die Weisungen des Beklagten zur Teilnahme an repetitiven Tests auf einer rechtmässigen Grundlage beruhten und die Weigerung der Klägerin eine schwerwiegende Pflichtverletzung darstellte.

2. Weisungsverweigerung in guten Treuen

2.1. Die Vorinstanz erwog, eine fristlose Kündigung könne trotz Missachtung einer an und für sich rechtmässigen Weisung ungerechtfertigt sein, wenn eine Arbeitnehmerin in guten Treuen von der Unrechtmässigkeit der Weisung habe ausgehen dürfen (Urk. 22 S. 7). Die Klägerin habe nach Treu und Glauben nicht von der Unrechtmässigkeit der V Covid-19 Gesundheitsbereich/ZH beziehungsweise der Weisung des Beklagten ausgehen dürfen. Obwohl im Oktober 2021 noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung ergangen sei, welche die Rechtmässigkeit solcher Regelungen bestätigt habe, habe es umgekehrt auch keine Anhaltspunkte gegeben, die ernsthaft für deren Rechtswidrigkeit gesprochen hätten. Die V Covid-19 Gesundheitsbereich/ZH sei in Einklang mit den Regelungen anderer Kantone sowie diverser bundesrechtlicher Erlasse gestanden, womit schon damals auch massnahmenkritische Personen hätten erkennen müssen, dass der Immunisierungsstatus kein offensichtlich unsachliches Anknüpfungskriterium für Massnahmen zur Pandemiebekämpfung darstellten (Urk. 23 S. 13).

2.2. Die Klägerin rügt, sie habe die Weisungen des Beklagten aufgrund der rechtlichen Umstrittenheit der Covid-Zertifikatspflicht wie auch des Umstands, dass im Oktober/November 2021 noch kein einziges Gerichtsurteil zu diesbezüglichen Rechtsfragen bestanden habe, in guten Treuen verweigert (Urk. 22 Rz. 28-37).

2.3. Der Beklagte trägt dazu vor, die Klägerin könne keinen Gutgläubensschutz daraus ableiten, dass im Herbst 2021 naturgemäss noch keine einschlägigen Gerichtsurteile vorgelegen und damals unter Juristen und Juristinnen unterschiedliche Auffassungen bestanden hätten (Urk. 29 Rz. 2.2).

2.4. Wie bereits die Vorinstanz festhielt, kann bei Missachtung einer rechtmässigen Weisung eine fristlose Kündigung ungerechtfertigt sein, wenn eine Arbeitnehmerin in guten Treuen von deren Unrechtmässigkeit ausgehen durfte (BGer 4C.357/2002 vom 4. April 2003, E. 4.1; Praxiskommentar Arbeitsvertrag-Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321d N 7). Soweit die Klägerin Ausführungen zu den Voraussetzungen der missbräuchlichen Kündigung, konkret der Geltendmachung von Ansprüchen nach Treu und Glauben macht (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR; Urk. 22

Rz. 29), argumentiert sie an der Sache vorbei, da sie versucht, aus ihrer Weigerung, eine Weisung zu befolgen, einen nach Art. 336 OR zu schützenden Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis zu konstruieren, was nicht dem Sinn der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung entspricht (vgl. BGer 4C.357/2002 vom 4. April 2003, E. 4.1 Abs. 2 *in fine*). Mit der vorinstanzlichen Argumentation, wonach es im damaligen Zeitpunkt – das heisst im Oktober und Anfang November 2021 – keine Anhaltspunkte gegeben habe, welche ernsthaft für eine Rechtswidrigkeit der V Covid-19 Gesundheitsbereich/ZH gesprochen hätten, setzt sich die Klägerin nicht genügend auseinander, wenn sie Argumente zur Eingriffsintensität des Einsatzes des Covid-Zertifikats am Arbeitsplatz vorträgt (Urk. 22 Rz. 31). Auch aus dem vor Vorinstanz erfolgten Hinweis auf kritische Stimmen (Urk. 22 Rz. 32; Urk. 2 Rz. 39; Urk. 4/21 f.) kann die Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten, datieren diese doch vom Dezember 2021 und aus dem Frühjahr 2022, womit sie der Klägerin im Zeitpunkt ihrer Weigerung nicht bekannt sein konnten (Urk. 4/21 f. sowie die in Urk. 2 Rz. 39 erwähnten Deklarationen des "Juristen-Komitees" vom 24. Dezember 2021 und 10. Februar 2022¹). Soweit die Klägerin diesbezüglich im Berufungsverfahren neue Ausführungen macht, ist darauf nicht einzugehen (vorne Erw. II.4 f.). Auch nicht ersichtlich ist, was sie aus ihrem Hinweis auf ein Urteil des Verwaltungsgerichts, welches ein Arbeitszeugnis, das eine schwierige Zusammenarbeit seit der Covid-Phase thematisierte, zu beurteilen hatte, ableiten möchte (Urk. 22 Rz. 36; Urk. 26/6 [VB.2023.00244, Endurteil vom 28.08.2023]). Es ist zudem belegt und unbestritten, dass die Klägerin zwei Mal zur Befolgung der Weisung angehalten und ihr eine fristlose Kündigung angedroht worden war (Urk. 4/11 f.; Urk. 23 S. 4). Deshalb kann sie aus ihrem Hinweis auf das Protokoll der erstinstanzlichen Verhandlung, wonach sie gewillt gewesen sei, eine Lösung zu finden, und aus allen Wolken gefallen sei, als sie die Kündigung erhalten habe (Urk. 22 Rz. 36; Prot. I S. 12) nichts zu ihren Gunsten ableiten.

2.5. Zusammengefasst vermag die Klägerin den vorinstanzlichen Schluss, dass ihr weisungswidriges Verhalten nicht durch einen guten Glauben relativiert wird, nicht umzustossen.

¹ Abrufbar unter: <https://juristen-komitee.ch/declaration-2g/> und <https://juristen-komitee.ch/petition-cov19/>, zuletzt besucht am 2. April 2024.

3. Rügen zur objektiven Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses

3.1. Gebot der schonenden Rechtsausübung

3.1.1. Die Vorinstanz erwog, die Klägerin habe mit ihrer beharrlichen Weigerung, an den angeordneten Covid-Tests teilzunehmen, zum Ausdruck gebracht, dass sie nicht bereit sei, entsprechende Weisungen einzuhalten. Die von ihr vorgebrachte Erklärung, es gehe ihr dabei um die Gleichbehandlung der Mitarbeiter, überzeuge nicht, denn wäre es ihr tatsächlich um Gleichbehandlung gegangen, hätte sie an den nicht invasiven Spuck-Tests teilnehmen und sich gleichzeitig für eine Ausweitung der Tests auf Mitarbeitende mit Zertifikat einsetzen können. Es sei zudem nicht nachvollziehbar, wieso es die Klägerin eher für zumutbar halte, dass der Beklagte die V Covid-19 Gesundheitsbereich/ZH missachte (Variante niemanden testen) beziehungsweise, dass Mitarbeitende mit Zertifikat sich testen lassen, obwohl sie explizit von der Testpflicht ausgenommen seien (Variante alle testen), als dass sie selbst verordnungs- und weisungskonform an Covid-Tests teilnehme. Das Verhalten der Klägerin habe – insbesondere im Kontext der Krise, welche die Pandemie dargestellt habe – von fehlender Kooperationsbereitschaft und betrieblicher Solidarität gezeugt (Urk. 23 S. 13 f.). Weiter erwog die Vorinstanz zum Einwand der Klägerin, eine temporäre Freistellung sei nicht diskutiert worden; es sei fraglich, weshalb sie diese Option nicht selbst zur Diskussion gestellt habe, statt auf einen Vorschlag des Beklagten zu warten. In jedem Fall hätte eine temporäre Freistellung – so die Vorinstanz weiter – dazu geführt, dass der Beklagte zumindest vorübergehend auf die vertraglich geschuldete Leistung der Klägerin hätte verzichten müssen. Diesbezüglich sei das Interesse des Beklagten, seine Arbeitnehmerin uneingeschränkt für die vertraglich geschuldete Leistung einsetzen zu können, höher zu gewichten als das Interesse der Klägerin, sich rechtmässig angeordneten, nicht invasiven Spuck-Tests entziehen zu können (Urk. 23 S. 14 f.).

3.1.2. Die Klägerin rügt, der Beklagte habe in zweierlei Hinsicht das Gebot der schonenden Rechtsausübung verletzt, indem er weder eine temporäre Freistellung noch eine Testpflicht für alle zur Konfliktentschärfung umgesetzt habe, was die Vorinstanz verkannt habe (Urk. 22 Rz. 57-66).

3.1.3. Der Beklagte trägt vor, es entspreche den allgemein eigentümlichen Auffassungen der Klägerin, dass sie als Reaktion auf ihr trotz zwei Abmahnungen anhaltend renitentes und eigensinniges Verhalten eine temporäre Freistellung (bei fortgesetzter Lohnzahlung) als zumutbares und milderer Mittel erachte. Ein blosses Lippenbekenntnis sei zudem, dass die Klägerin eine temporäre Freistellung ohne Lohnzahlung akzeptiert hätte (Urk. 29 Rz. 2.5).

3.1.4. Zur Rüge, der Beklagte habe das Gebot zur schonenden Rechtsausübung verletzt, indem er weder eine temporäre Freistellung der Klägerin noch eine Testpflicht für alle umgesetzt habe, ist vorab Folgendes festzuhalten: Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung betrifft verschiedene Ausübungsarten eines Rechts. Den Grundsatz verletzt, wer von mehreren gleichwertigen Möglichkeiten, die zur Ausübung eines Rechts offenstehen, ohne sachlichen Grund diejenige wählt, welche für die andere Partei besondere Nachteile mit sich bringt. Aus dem Grundsatz lässt sich hingegen nicht ableiten, dass auf die – vorübergehende oder endgültige – Ausübung eines Rechts zu verzichten wäre oder mildere Massnahmen zu ergreifen wären (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 336 N 25 m.H. auf Kommentierungen zu Art. 2 ZGB sowie KUKO ZGB-Pfaffinger, Art. 2 N 11). Bereits daraus folgt, dass der Rüge der Klägerin nicht gefolgt werden kann. Sie verlangt nämlich vom Beklagten, dass er auf das ihm zustehende Recht zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses (vgl. hinten Erw. III.5) hätte verzichten müssen.

3.1.5. Aber auch darüber hinaus überzeugt die Argumentation der Klägerin nicht:

3.1.6. Der Beklagte hat die Klägerin zwei Mal verwarnt (im Detail hinten Erw. III.3.2.4) und wäre damit – sofern anwendbar – dem Gebot der schonenden Rechtsausübung nachgekommen (vgl. Urk. 22 Rz. 57 f.; Urk. 29 Rz. 2.4 f.). Ob die Klägerin bereit gewesen wäre, Ferien zu beziehen oder (bezahlt oder unbezahlt) freigestellt zu werden (Urk. 22 Rz. 59; Prot. I S. 11 f.), ist insofern unbeachtlich, als die Klägerin diese Behauptung erst nachträglich vorbringt, ohne zu behaupten, dies dem Beklagten im Moment ihrer fortgesetzten Weigerung tatsächlich angeboten zu haben (Urk. 22 Rz. 59-61; Prot. I S. 11 f.; Urk. 34 Rz. 2). Das erscheint auch logisch, handelt es sich dabei doch um ein unzulässiges ex-post Argument (hinten Erw. III.3.2.5).

3.1.7. Die Klägerin setzt sich nicht damit auseinander, dass die Vorinstanz korrekt festhielt, sie hätte an den – für sie aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften obligatorischen – Tests teilnehmen können und sich gleichzeitig für eine Ausweitung auf Mitarbeitende mit Zertifikat einsetzen können (Urk. 23 S. 13). Ob es einen Impfdurchbruch gab oder die Klägerin die Covid-bedingten Hygienemassnahmen einhielt, ändert daran nichts (Urk. 22 Rz. 62 f.). Dass die Forderung der Klägerin, alle oder niemanden zu testen, rechtskonform gewesen wäre und in der Rechtsprechung eine Stütze fände (Urk. 22 Rz. 64), ist nicht korrekt. Wie ein Bundesgerichtsentscheid zur Lohnfortzahlung während des Lockdowns, wo die Frage nach der Zumutbarkeit von Onlineunterricht zu klären war, analog auf den vorliegenden Fall anzuwenden wäre, bleibt unklar (Urk. 22 Rz. 64 f.). Zu einem Testen aller Mitarbeitenden – über die öffentlich-rechtlichen Vorschriften hinaus – war der Beklagte weder im Sinne einer milderer Massnahme noch einer schonenden Rechtsausübung verpflichtet. Es geht fehl, aus der Umsetzung einer öffentlich-rechtlichen (Testungs-)Vorgabe eine Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung abzuleiten, nur weil der Beklagte nicht freiwillig über die öffentlich-rechtlichen Vorgaben hinausging. Wie aufgezeigt, ist im repetitiven Testen von ungeimpftem Personal, das von der kantonalen Verordnung erfasst wird, keine Verletzung von Art. 328 OR zu erkennen (vorne Erw. III1.4), womit auch dieses Argument nicht verfängt (Urk. 22 Rz. 65).

3.1.8. Zusammengefasst zielt die Rüge der Klägerin ins Leere, da dem Gebot der schonenden Rechtsausübung nicht die von ihr behauptete Bedeutung zukommt. Darüber hinaus kann den Rügen auch inhaltlich nicht gefolgt werden.

3.2. Verwirkung und fehlende Grundlage für eine Kündigung

3.2.1. Die Vorinstanz erwog zum Einwand der Klägerin, wonach im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung am 1. November 2021 aufgrund der am 20. Oktober 2021 eingeleiteten bundesrätlichen Konsultation der Kantone absehbar gewesen sei, dass bereits zwei Tage später mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Neuregelung der Genesungszertifikate entschieden und die Testpflicht für die Klägerin entfallen würde; die rechtliche Lage habe sich während der Pandemie laufend verändert, weshalb eine bundesrätliche Konsultation einer möglichen Verordnungsanpassung keine

hinreichend verbindliche Rechtsgrundlage dargestellt habe, um das Verhalten im Rechtsverkehr danach zu richten. Zudem sei der Beklagte aus arbeitsrechtlicher Sicht zu einem zügigen Vorgehen gehalten gewesen, um sein Kündigungsrecht nicht zu verwirken (Urk. 23 S. 15 f.).

3.2.2. Die Klägerin rügt, der Beklagte habe bereits durch die zweite ausgesprochene Verwarnung sein Recht auf fristlose Kündigung verwirkt. Für den Fall, dass dem nicht gefolgt würde, habe der Beklagte zu Unrecht nicht noch zwei Tage auf den auf den 3. November 2021 angekündigten Bundesratsentscheid gewartet, aus welchem sich ergeben hätte, dass eine fristlose Kündigung jeglicher Grundlage entbehre (Urk. 22 Rz. 53 ff.).

3.2.3. Der Beklagte trägt dazu vor, der Standpunkt, er habe sein Recht auf eine fristlose Kündigung dadurch verwirkt, dass er zuvor nicht nur eine, sondern zwei Abmahnungen ausgesprochen habe, sei nicht nachvollziehbar. Mit seiner zweiten Abmahnung habe er der Klägerin eine weitere Chance für eine leichthin mögliche und zumutbare Veränderung ihres Verhaltens gewährt (Urk. 29 Rz. 2.4).

3.2.4. Es können keine abstrakten Regeln darüber aufgestellt werden, wie viele Verwarnungen vor einer fristlosen Kündigung bei Verfehlungen, die nicht schon beim ersten Mal als endgültige Zerstörung des Vertrauensverhältnisses gewertet werden können, ausgesprochen werden müssen (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 337 N 3 m.w.H.; vgl. BGE 142 III 579 E. 4.2). Die Klägerin bemängelt, dass der Beklagte zwei Abmahnung statt nur eine aussprach (Urk. 4/11 f.), und macht geltend, wenn ihr Verhalten effektiv so schlimm gewesen wäre, hätte der Beklagte angesichts des am 4. Oktober 2021 erfolgten Inkrafttretens der V Covid-19 Gesundheitsbereich/ZH die fristlose Kündigung schon früher aussprechen müssen; bereits im Zeitpunkt der zweiten Abmahnung am 26. Oktober 2021 sei das Kündigungsrecht verwirkt gewesen (Urk. 22 Rz. 54; Urk. 32 Rz. 7). Dem kann nicht gefolgt werden, denn es gibt – wie soeben aufgezeigt – keine Regeln darüber, wie viele Verwarnungen vor einer fristlosen Kündigung bei Verfehlungen, die nicht schon beim ersten Vorkommen das Vertrauensverhältnis zerstören, nötig sind. Vorliegend hat der Beklagte die Klägerin in einem ersten Schreiben vom 19. Oktober 2021 – in welchem auf diesbezügliche Gespräche vom 8. und 13. Oktober 2021

hingewiesen wurde – gebeten, sich nochmals Gedanken zu machen, und ihr Frist bis zum 25. Oktober 2021 eingeräumt, sich für das Mitmachen beim Testen zu entscheiden oder einen rechtskompatiblen Vorschlag für ein gemeinsames Weitergehen zu machen (Urk. 4/11). In einem weiteren Schreiben vom 26. Oktober 2021 hat er eine letzte Verwarnung ausgesprochen, mit der Aufforderung bis am 29. Oktober 2021 ihr Einverständnis für die Covid-Testungen zu geben, und dem Hinweis, dass ansonsten am 1. November 2021 die fristlose Kündigung ausgesprochen werde (Urk. 4/12). Damit kam der Beklagte den rechtlichen Anforderungen an eine Verwarnung nach (*OGer ZH LA120006 vom 19. November 2013, E. III.2.2, S. 9*). Das Vorgehen des Beklagten ist nicht zu beanstanden.

3.2.5. Weiter bemängelt die Klägerin, dass der Beklagte – in Kenntnis von deren Genesenenstatus als auch des am 20. Oktober 2021 auf den 3. November 2021 angekündigten Bundesratsentscheids – zwei weitere Tage hätte zuwarten können, da sich dann ergeben hätte, dass die fristlose Kündigung grundlos sei (Urk. 22 Rz. 55 und Rz. 74-79). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass der Beklagte bereits seit dem Inkrafttreten der V Covid-19 Gesundheitsbereich/ZH am 4. Oktober 2021 zuwartete, diesbezüglich mehrfach Gespräche geführt (Urk. 23 S. 14) und zwei Verwarnungen ausgesprochen hatte (Urk. 4/11 f.). Dem Beklagten vor diesem Hintergrund vorzuwerfen, er hätte noch zwei Tage bis zum Bundesratsentscheid zuwarten müssen, geht fehl. Wie bereits die Vorinstanz festhielt, handelte es sich im Oktober 2021 um eine blosser Ankündigung des Bundesrats (Urk. 4/13 f.). Von einem Arbeitgeber, der eine verbindliche kantonale Verordnung einhalten muss, kann nicht verlangt werden, dass er zuwartet, nur weil der Bundesrat eine Anpassung vornehmen könnte (Urk. 23 S. 8). Der Beklagte war als Arbeitgeber zur Durchsetzung der V Covid-19 Gesundheitsbereich/ZH und damit zu diesbezüglichen Weisungen verpflichtet (Urk. 23 S. 11 mit Verweis auf die Erläuterungen des Regierungsrats S. 7 oben²). Es wäre deshalb auch dann nicht von ihm zu erwarten gewesen, das weisungswidrige Verhalten der Klägerin zu tolerieren, wenn kurz vor der Kündigung absehbar gewesen wäre – was wie aufgezeigt zu verneinen ist –,

² Abrufbar unter: https://www.zh.ch/bin/zhweb/publish/regierungsratsbeschluss-unterlagen./2021/1068/818.13_V%20Covid-19%20Gesundheitsbereich.pdf, zuletzt besucht am 2. April 2024.

dass die Klägerin am 16. November 2021 – und damit weitere zwei Wochen nach der diesbezüglichen Ankündigung des Bundesrats (vgl. Covid-19-Verordnung Zertifikate, SR 818.102.2, Stand am 16. November 2021, Änderung betreffend Verlängerung von 180 auf 365 Tage) – wieder über ein Zertifikat verfügen würde, nachdem sie eineinhalb Monate über keines verfügt hatte. Aufgrund der häufig wechselnden Vorgaben – beispielsweise wurde die Gültigkeitsdauer am 31. Januar 2022 wieder auf 270 Tage verkürzt (Covid-19-Verordnung Zertifikate, SR 818.102.2, Stand am 31. Januar 2022) – war es legitim, dass der Beklagte auf die aktuell geltende Lage abstellte und die Einhaltung der geltenden Regelwerke einforderte. Bei der Argumentation der Klägerin zum Bundesratsentscheid vom 3. November 2021 handelt es sich um eine unzulässige ex-post Argumentation, die – entgegen der Ansicht der Klägerin (Urk. 22 Rz. 76 f.) – keinen Platz bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Kündigung hat (vgl. Urk. 29 Rz. 2.1).

3.2.6. Es ist weder von einer Verwirkung des Rechts auf fristlose Kündigung noch von einer fehlenden Grundlage für die fristlose Kündigung auszugehen. Die Rüge scheidet.

3.3. Unechte Rückwirkung

3.3.1. Die Vorinstanz erwog, die Argumentation der Klägerin, wonach ihr aus Art. 328 OR bzw. Art. 328b OR ein Anspruch auf eine übergangsregelungsähnliche Lösung zukomme und eine fristlose Kündigung per se unzulässig sei, wenn die Arbeitgeberin sich öffentlich-rechtlichen Vorgaben widersetze, die im Zeitpunkt des Arbeitsvertragsschlusses noch nicht in Kraft gestanden seien und erst während des bestehenden Arbeitsverhältnisses in ihre Persönlichkeitsrechte eingriffen, verfange nicht. Sie verkenne den Grundsatz von Art. 337 OR, wonach für die Rechtmässigkeit einer fristlosen Kündigung massgebend sei, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses im Einzelfall zuzumuten sei oder nicht. Dass die Missachtung neuer gesundheitspolitischer Vorschriften nie zur fristlosen Kündigung berechtigen könne, sei mit diesem Grundsatz unvereinbar und abzulehnen (Urk. 23 S. 16).

3.3.2. Die Klägerin rügt diese Rechtsauffassung der Vorinstanz. Es bestehe ein Anspruch auf eine übergangsregelungsähnliche Lösung, damit dem Anspruch von Mitarbeitenden betreffend Datenschutz- und Persönlichkeitsrechte nachgekommen werden könne. Insoweit konkretisiere der Anspruch auf eine Übergangsregelung die Kriterien, nach welchen das Gericht in Anwendung von Art. 337 OR einen Ermessensentscheid zu treffen habe. Mit anderen Worten stelle in Fällen unechter Rückwirkung der Anspruch auf eine angemessene Übergangsfrist eine *lex specialis* dar, die ihrerseits die Kriterien der pflichtgemässen Ermessensausübung nach Art. 377 OR konkretisiere. Daraus folge, dass bei im Zeitpunkt des Vertragsschlusses unvorhergesehenen Vorschriften – wie bei Covid-Notverordnungen – eine fristlose Kündigung ausscheide. Vielmehr sei dem Arbeitnehmer eine Übergangsfrist zu gewähren, um neu zu disponieren; durch eine Lohnfortzahlung während der ordentlichen Kündigungsfrist könnten die Folgen unvorhergesehener, in ein bestehendes Dauerschuldverhältnis hineinwirkender Pflichten rechtskonform abgemildert werden (Urk. 22 Rz. 67-73).

3.3.3. Der Beklagte trägt vor, die Klägerin verkenne, dass die ihr erteilte Weisung, an den Covid-Spucktests teilzunehmen, sich im Rahmen des Weisungsrechts des Arbeitsgebers gemäss Art. 321d OR bewege, mittels welchem er in pflichtgemässer Weise zwingende und rechtmässige behördliche Anordnungen durchgesetzt habe (Urk. 29 Rz. 2.6).

3.3.4. Der vorliegend zu prüfende Kündigungsgrund stellt die Weigerung der Klägerin dar, rechtmässig erteilte Weisungen des Beklagten zu befolgen (vgl. Urk. 29 Rz. 2.6). Ob diese Weisungen ihren Ursprung in Arbeitgebern auferlegten öffentlich-rechtlichen Pflichten – wie vorliegend – oder in deren Befugnis zur Bestimmung über die Arbeitsplatzorganisation haben, ist irrelevant. Wenn die Klägerin etwas anderes zu vertreten scheint, kann ihr nicht gefolgt werden (Urk. 32 Rz. 9). Damit geht ihre Rüge an der Sache vorbei. Es ist falsch, dass es sich um blosse Nebenpflichten handeln soll (Urk. 22 Rz. 72). Selbst wenn jedoch von einer irgendwie gearteten unmittelbaren Wirkung der mittels V Covid-19 Gesundheitsbereich/ZH öffentlich-rechtlich vorgeschriebenen Testpflicht auf die in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stehende Klägerin ausgegangen würde, wäre aufgrund der Ausnah-

mesituation, welche die Pandemie darstellte, eine unechte Rückwirkung – sofern überhaupt bejaht würde, dass diese für die Klägerin belastend wäre, was mit Blick auf die Ausführungen des Bundesgerichts zu Art. 328 OR äusserst fraglich erscheint (vgl. vorne Erw. III.1.4) – ohne Übergangsfrist zulässig gewesen. Zudem wäre weder ein Eingriff in wohlerworbene Rechte – wie die Klägerin behauptet (Urk. 22 Rz. 70; vgl. zur Definition Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 1237 ff. und N 2336) – noch eine Verletzung von berechtigtem Vertrauen auszumachen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 283 ff. zu den Voraussetzungen der unechten Rückwirkung).

3.3.5. Der Argumentation der Klägerin kann nicht gefolgt werden. Die Rüge ist abzuweisen.

3.4. Fazit

Die Klägerin dringt mit keiner ihrer Rügen durch. Es bleibt damit bei der vorinstanzlich festgestellten objektiven Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses.

4. Subjektive Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses

4.1. Die Vorinstanz erwog zur tatsächlichen Zerstörung beziehungsweise Zerrüttung der Vertrauensgrundlage, es lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Fortführung des Arbeitsverhältnisses – entgegen dem objektiven Anschein – nicht auch subjektiv unzumutbar gewesen sei. Derartiges lasse sich insbesondere nicht aus den Umständen ableiten, dass der Beklagte die Klägerin angefragt habe, ob er ihre Handynummer über das Arbeitsverhältnis hinaus an Klienten weitergeben dürfe, und das Foto der Klägerin nach der fristlosen Kündigung noch während rund eines Monats auf der Webseite des Beklagten belassen worden sei. Der Kündigungsgrund habe ausschliesslich das Innenverhältnis betroffen; der Klägerin sei nicht vorgeworfen worden, sich darüber hinaus unangemessen verhalten zu haben. Zwischen dem Kündigungsgrund und dem Folgeverhalten des Beklagten sei kein Widerspruch erkennbar. Weiter – so die Vorinstanz – bestünden keine Anhalts-

punkte, dass der geltend gemachte Kündigungsgrund nur vorgeschoben wäre und es sich eigentlich um eine Gesinnungskündigung gehandelt habe (Urk. 23 S. 17).

4.2. Die Klägerin rügt, es bestünden erhebliche Restzweifel, dass es dem Beklagten subjektiv unzumutbar gewesen sei, das Arbeitsverhältnis während der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen. Es gebe eine Vielzahl von Indizien, die gegen eine tatsächliche Vertrauenszerstörung sprächen (Urk. 22 Rz. 52).

4.3. Dazu trägt der Beklagte vor, aus der Anfrage betreffend die Weitergabe der Handynummer der Klägerin und dem einstweiligen Belassen der Klägerin auf der Website des Beklagten könne diese nichts ableiten. Daraus auf ein weiterhin bestehendes subjektives Vertrauensverhältnis zu schliessen, sei konstruiert (Urk. 29 Rz. 2.3).

4.4. Die Klägerin macht geltend, sie sei eine gute Mitarbeiterin gewesen und das Arbeitsverhältnis sei bis im Oktober 2021 unbelastet gewesen. Dies habe die Vorinstanz bei ihrem Entscheid nicht berücksichtigt. Aufgrund der unbelasteten Basis brauche es mehr, um eine vollständige Vertrauenszerstörung zu bewirken (Urk. 22 Rz. 40 f.). Dem kann nicht gefolgt werden. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass der Beklagte zur Durchsetzung der V Covid-19 Gesundheitsbereich/ZH und damit zu den fraglichen Weisungen verpflichtet war (Urk. 23 S. 11; vorne Erw. III.3.2.5). Aufgrund dieser öffentlich-rechtlichen Verpflichtung konnte eine diesbezügliche Weigerung der Klägerin sehr wohl zu einem Vertrauensverlust führen, obwohl das Arbeitsverhältnis bis dahin positiv verlaufen war.

4.5. Weiter lässt sich, wie bereits die Vorinstanz festhielt, aus der E-Mail des Beklagten an die Klägerin vom 12. November 2021 nicht ableiten, dass der geltend gemachte Kündigungsgrund des weisungswidrigen Verhaltens nur vorgeschoben gewesen wäre und es sich eigentlich um eine Gesinnungskündigung gehandelt habe. In dieser E-Mail schrieb C._____, nachdem die Klägerin ihn darauf aufmerksam gemacht hatte, dass sie *"laut dem Bundesrat [...] am 16. November 2021 ein Zertifikat [erhalte] da er jetzt in einer neuen Laune das Zertifikat für Genesene auf 12 Monate verlängert"*, dass *"[d]er Entscheid vom Bundesrat in [ihrem] Fall die fundamentale[n] Meinungsverschiedenheiten, die zwischen [der Klägerin] und [dem*

Arbeitgeber] besteht, nur auf einen späteren Zeitpunkt verlagern würde. [Er] möchte kurz- und mittelfristig, ein tragfähiges Team zusammenstellen, das[...] in den wesentlichen Punkten gleicher Meinung ist, respektive bereit ist, die vorhandenen Vorgaben einzuhalten" (Urk. 4/16). Damit verwies der Beklagte auf den sachlich begründeten Kündigungsgrund der Weisungsverweigerung (vgl. Urk. 23 S. 17). Nicht gefolgt werden kann der Klägerin, wenn sie argumentiert, diese E-Mail zeige, dass es kein schwerwiegendes Fehlverhalten der Klägerin gegeben habe, sondern diese auf eine unzulässige Diskriminierung aufgrund ihrer Weltanschauung schließen lasse (Urk. 22 Rz. 42 f.). Dass der Beklagte ein "tragfähiges Team" zusammenstellen wollte, das die Vorgaben einhalte, zeigt – entgegen der Klägerin – nicht, dass es keine objektiven Gründe für eine fristlose Kündigung gab (Urk. 22 Rz. 43). Die "rechtsrelevante Verfehlung" besteht wie aufgezeigt in der als schwere Pflichtverletzung zu qualifizierenden Weisungsverweigerung der Klägerin; es bedarf keiner zusätzlichen "Leistungsprobleme" (vgl. Urk. 22 Rz. 43). Nicht zu folgen ist der Ansicht der Klägerin, der Beklagte habe mit seiner Aussage, dass Probleme auf einen späteren Zeitpunkt verlagert worden wären, anerkannt, dass ihm zumutbar gewesen wäre, die Klägerin zumindest bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen (Urk. 22 Rz. 43 f.; Urk. 32 Rz. 6). Dass die Weisungsverweigerung vorliegend Ausfluss der massnahmekritischen Ansicht der Klägerin war und der Beklagte diesbezüglich weitere Reibungspunkte antizipierte, macht die Kündigung nicht zu einer Gesinnungskündigung, sondern war die Begründung für die Ablehnung einer "Wiederaufnahme" beziehungsweise einer Eingehung eines neuen Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin. Aus der nicht erfolgten "Wiedererwägung" der fristlosen Kündigung kann die Klägerin nichts ableiten (vgl. Urk. 22 Rz. 46). Dass es "anerkanntermassen" im Betrieb des Beklagten Mitarbeitende gegeben haben soll, die eine Zweckentfremdung der Spucktests für DNA-Proben befürchteten – woraus die Klägerin wiederum eine Gesinnungskündigung ableiten will (Urk. 22 Rz. 46) –, ergibt sich nicht aus der von ihr referenzierten Stelle des erstinstanzlichen Protokolls (Urk. 22 Rz. 46). Dort führte der Beklagte im Rahmen seiner Duplik lediglich aus, man habe der Klägerin beispielsweise angeboten, dass man ihr ihre Spuckprobe nach Durchführung des Tests überlasse, damit sie diese selber entsorgen und somit sicher sein könne, dass sie nicht zweckwidrig

verwendet oder missbraucht werde, z.B. für DNA-Tests; auf diese Möglichkeiten sei die Klägerin nicht eingegangen (Prot. I S. 6). Es gibt keine Hinweise, dass an der Klägerin ein "Exempel" an einer kritischen Mitarbeiterin statuiert werden sollte (vgl. Urk. 22 Rz. 46).

4.6. Zum Vorbringen, die Anfrage des Beklagten für die Weitergabe der Handynummer beweise, dass keine subjektive Unzumutbarkeit vorgelegen habe, ist Folgendes festzuhalten: Mit der Begründung der Vorinstanz, wonach der Kündigungsgrund ausschliesslich das Innenverhältnis betroffen habe, womit kein Widerspruch zwischen der Kündigung und dem Folgeverhalten erkennbar sei (Urk. 23 S. 17), setzt sich die Klägerin nicht auseinander, wenn sie einerseits ausführt, dass der Beklagte eine ... Einrichtung sei, die mit ...-kranken und Personen, die eine stationäre Massnahme (Art. 59 f. StGB) verbüsst, arbeite und dadurch besonders schützenswerte Personendaten im Sinne des DSG bearbeite, sowie andererseits, dass unerklärlich sei, wie einer Person, zu welcher das Vertrauensverhältnis zerstört sei, weiterhin Kontakt zu Bewohnenden der Einrichtung und Umgang mit besonders schützenswerten Personendaten erlaubt werden könne (Urk. 22 Rz. 47). Damit kommt die Klägerin den Anforderungen einer substantiierten Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid nicht nach (vorne Erw. II.2). Es ging zudem nicht darum, der Klägerin die Nummer der Bewohnenden zu geben, sondern den Bewohnenden – auf Wunsch – jene der Klägerin (Urk. 4/16). Eine Bearbeitung von Personendaten ist nicht auszumachen.

4.7. Zur Tatsache, dass das Foto der Klägerin noch während rund eines Monats auf der Webseite des Beklagten belassen wurde, wies die Vorinstanz darauf hin, dass der Kündigungsgrund einzig das Innenverhältnis betroffen habe (Urk. 23 S. 17). Dem ist zu folgen. Weshalb nicht zwischen einem Innen- und einem Aussenverhältnis unterschieden werden könnte, bleibt unklar (vgl. Urk. 22 Rz. 49). Es gibt – anders als die Klägerin argumentiert – keine "natürliche Vermutung" dafür, dass ein Arbeitgeber, der eine Person fristlos entlässt, im Aussenverhältnis nicht mehr mit dieser in Verbindung gebracht werden will (Urk. 22 Rz. 48). Zudem ist angezeigt, dem Beklagten eine gewisse Zeitdauer ab Beendigung des Arbeitsverhältnisses zuzugestehen (vgl. Urk. 29 Rz. 2.3), um seinen Internetauftritt anzupas-

sen. Eine (relevante) Verletzung des Rechts am eigenen Bild oder ein diesbezüglicher Genugtuungsanspruch ist in der vorliegenden Konstellation nicht erkennbar (Urk. 22 Rz. 49 f.).

4.8. Die Klägerin kann auch aus dem von ihr zitierten Entscheid des Verwaltungsgerichts St. Gallen nichts zu ihren Gunsten ableiten (Urk. 22 Rz. 78 f.; Urk. 32 Rz. 9): In diesem Entscheid wurde die sofortige Entlassung eines dem Volksschulgesetz unterstehenden Lehrers als unverhältnismässig qualifiziert, da als mildere Massnahme eine Kündigung auf Semesterende verbunden mit der Androhung einer sofortigen Auflösung bei einer Missachtung der Maskentragepflicht oder des Verbots des Händeschüttelns in Frage gekommen wäre (Entscheid Verwaltungsgericht SG, B 2022/12 vom 19.05.2022, Regeste). Abgesehen davon, dass diese Erwägungen aus einem das öffentliche Personalrecht betreffenden Entscheid nicht auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse übertragen werden können, ist darauf hinzuweisen, dass der Lehrer nach Feststellungen des Verwaltungsgerichts – entgegen seiner mündlichen Ankündigung – eben doch keine Hände mehr geschüttelt und eine geplante Veranstaltung nicht durchgeführt hatte, womit ihm eben keine Verfehlungen vorgeworfen werden konnten (Entscheid Verwaltungsgericht SG, B 2022/12 vom 19.05.2022, Regeste). Von einem solchen Verhalten kann bei der Klägerin nicht gesprochen werden. Sie hat die Verweigerung nicht nur mündlich angekündigt, sondern diese auch umgesetzt.

4.9. Eine Verletzung der Beweislast oder eine falsche Würdigung des von der Klägerin geführten Gegenbeweises ist nicht auszumachen (vgl. Urk. 22 Rz. 51). Die Rüge scheidet und es bleibt beim erstinstanzlichen Fazit der subjektiven Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses.

5. Ergebnis

Die Klägerin dringt mit keiner Rüge durch. Die Vorinstanz hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Berufung ist insofern abzuweisen und das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Arbeitsgericht Bülach vom 16. August 2023 zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis mit einem Streitwert unter Fr. 30'000.– werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 114 lit. c ZPO). Die Kostenlosigkeit gilt – von vorliegend nicht anwendbaren Ausnahmen abgesehen (vgl. Art. 115 Abs. 1 ZPO) – auch für das kantonale Rechtsmittelverfahren (BGer 4A_332/2015 vom 10. Februar 2016, E. 6.2). Für das Berufungsverfahren sind damit keine Gerichtskosten zu erheben.
2. Die Kostenfreiheit gemäss Art. 114 ZPO bezieht sich nur auf die Gerichtskosten. Die Zusprechung von Parteientschädigungen erfolgt nach den allgemeinen Regeln (Art. 105 ff. ZPO; BK ZPO-Sterchi, Art. 113-114 N 5).
3. Ausgangsgemäss wird die Klägerin für beide Verfahren gegenüber dem obsiegenden Beklagten entschädigungspflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die von der Vorinstanz festgesetzte Parteientschädigung von Fr. 4'900.– wurde nicht kritisiert (vgl. Urk. 22 Rz. 86) und ist zu bestätigen. Für das Berufungsverfahren rechtfertigt sich unter Berücksichtigung des Streitwerts von Fr. 28'053.–, die Klägerin zur Leistung einer Parteientschädigung an den Beklagten in der Höhe von Fr. 3'200.–, mangels diesbezüglichen Antrags exklusiv Mehrwertsteuer (vgl. Urk. 29 S. 2; OGer ZH PD140002 vom 25.03.2014, E. 4.2, S. 5), zu verpflichten (vgl. § 4 Abs. 1, § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Arbeitsgericht Bülach vom 16. August 2023 wird bestätigt.
2. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'200.– 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. 28'053.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 11. April 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Kriech

MLaw N. Achermann

versandt am:
ip