

ZVE.2021.58
(VZ.2019.18)
Art. 10

Entscheid vom 1. März 2022

Besetzung Oberrichter Marbet, Präsident
 Oberrichter Six
 Ersatzrichter Schneuwly
 Gerichtsschreiber Sulser

Klägerin **A.**_____,
 [...]
 vertreten durch MLaw Lukas Müller, Rechtsanwalt,
 Bahnhofplatz 1, Postfach, 5400 Baden

Beklagte **B.**_____,
 [...]
 vertreten durch Dr. iur. Jean-Daniel Schmid, Rechtsanwalt,
 Hardturmstrasse 11, 8005 Zürich

Gegenstand Forderung aus Arbeitsvertrag

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

1.1.

Klägerin und Beklagte standen in einem Arbeitsverhältnis. Die Beklagte hat am 18. Dezember 2017 die ordentliche Kündigung per 30. Juni 2018 ausgesprochen.

1.2.

Mit Klage vom 4. März 2019 beantragte die Klägerin, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr einen Betrag von netto Fr. 30'000.00 nebst 5 % Zins seit 26. Juli 2018 zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

1.3.

Mit Klageantwort vom 22. Mai 2019 beantragte die Beklagte die Abweisung der Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.

1.4.

Mit Replik vom 29. August 2019 bzw. Duplik vom 16. Oktober 2019 hielten die Parteien an ihren jeweiligen Rechtsbegehren fest.

1.5.

Am 8. Februar 2021 fand die Hauptverhandlung mit Befragung der Zeugen C. und D. sowie der Parteien statt.

1.6.

Ebenfalls am 8. Februar 2021 wies das Bezirksgericht Baden, Arbeitsgericht, die Klage ab ohne Kosten zu erheben oder Parteientschädigungen zuzusprechen. Der vollständig begründete Entscheid wurde den Parteien am 6. Oktober 2021 zugestellt.

2.

2.1.

Mit Berufung vom 5. November 2021 beantragte die Klägerin, Dispositivziffer 1 des Entscheids vom 8. Februar 2021 des Bezirksgerichts Baden, Arbeitsgericht, Verfahren VZ.2019.18, sei aufzuheben und es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von Fr. 30'000.00 nebst 5 % Zins seit 26. Juli 2018 zu bezahlen; eventualiter sei die Angelegenheit zur Festsetzung einer Entschädigung im Sinne von Art. 336a Abs. 1 OR an die Vorinstanz zurückzuweisen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

2.2.

Mit Berufungsantwort vom 8. Dezember 2021 beantragte die Beklagte, die Berufung sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin abzuweisen.

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.

Der angefochtene Entscheid ist ein im vereinfachten Verfahren ergangener erstinstanzlicher Endentscheid in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, wobei die zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren einen Streitwert von Fr. 30'000.00 aufweisen. Der angefochtene Entscheid ist daher mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Art. 308 abs. 2 ZPO). Auf die Berufung ist einzutreten.

2.

2.1.

Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung zu begründen. Zu begründen bedeutet, aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. In seinen Ausführungen hat sich der Berufungskläger mit der Begründung im erstinstanzlichen Entscheid im Einzelnen und sachbezogen auseinanderzusetzen (vgl. REETZ/THEILER, in: Kommentar zur Schweizerischen ZPO, 3. Aufl. 2016, N. 36 zu Art. 311 ZPO). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zeichnet sich das zweitinstanzliche Verfahren dadurch aus, dass bereits eine richterliche Beurteilung des Streits vorliegt. Wer den erstinstanzlichen Entscheid mit Berufung anfechtet, hat deshalb anhand der erstinstanzlich festgestellten Tatsachen oder der daraus gezogenen rechtlichen Schlüsse aufzuzeigen, inwiefern sich die Überlegungen der ersten Instanz nicht aufrecht erhalten lassen. Die Berufungsinstanz ist nicht gehalten, den erstinstanzlichen Entscheid losgelöst von konkreten Anhaltspunkten in der Berufungsbegründung von sich aus in jede Richtung hin auf mögliche Mängel zu untersuchen, die eine Gutheissung des Rechtsmittels ermöglichen könnten. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln beschränkt sie sich vielmehr darauf, die Beanstandungen zu beurteilen, welche die Parteien in ihren schriftlichen Begründungen gegen das erstinstanzliche Urteil erheben (BGE 147 III 176 E. 4.2.1; BGE 142 III 413 E. 2.2.4).

2.2.

Nach Art. 317 Abs. 1 ZPO sind neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren ohne Verzug vorzubringen und können nur berücksichtigt werden, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Es ist unzulässig, durch ein «neues Beweismittel» eine Tatsache ins Verfahren einzubringen, die bei Anwendung zumutbarer Sorgfalt schon vor der ersten Instanz hätte vorgebracht werden können (vgl. REETZ/HILBER, Kommentar ZPO., a.a.O., N. 39 zu Art. 317

ZPO). Echte Noven, die im Rechtsmittelverfahren insbesondere dadurch charakterisiert sind, dass sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind und so in erster Instanz begriffsgemäss nicht geltend gemacht werden konnten, können innerhalb der Rechtsmittelfrist ohne Beachtung eines Zeitrahmens vorgebracht werden, nach Ablauf der Rechtsmittelfrist sind sie «ohne Verzug» vorzubringen (vgl. BGE 143 III 42 E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 5A_568/2012 vom 24. Januar 2013 E. 4).

3.

3.1.

3.1.1.

Im Berufungsverfahren ist strittig, ob die Vorinstanz die Missbräuchlichkeit der von der Beklagten gegenüber der Klägerin am 18. Dezember 2017 ausgesprochenen, ordentlichen Kündigung per 30. Juni 2018 (vgl. Klagebeilage 14) zu Recht verneinte und gegebenenfalls, zu welchen Entschädigungsfolgen dies führen würde.

3.1.2.

Es kann auf folgenden unbestrittenen bzw. von der Vorinstanz festgestellten und im Berufungsverfahren nicht mehr angefochtenen Sachverhalt verwiesen werden:

Die Klägerin war seit 1985 mit Unterbrüchen bei der Beklagten angestellt. Im Jahr 2014 war sie grösstenteils nicht mehr für die Beklagte (angefochtener Entscheid E. 3.1; act. 4 und 25), sondern seit dem 21. Oktober 2014 zunächst in einem Pensum von 30 %, dann in einem von 20 % für die F. AG tätig (act. 5). Mit bis zum 30. Juni 2015 befristetem Arbeitsvertrag vom 28. November 2014 wurde die Klägerin von der Beklagten per 3. Dezember 2014 mit einem Pensum von 70 % wieder angestellt (Klageantwortbeilage 1). Ihre Nebenerwerbstätigkeit wurde ihr von der Beklagten mit Schreiben vom 17. Februar 2015 befristet bis zum 30. Juni 2015 bewilligt (Klagebeilage 5).

Mit Arbeitsvertrag vom 1. Juni 2015 wurde die Klägerin von der Beklagten neu unbefristet und fortan in einem 80 %-Pensum angestellt (Klagebeilage 2). Am 18. August 2017 wurde ihre Nebenerwerbstätigkeit für die F. AG in einem Gespräch mit C. und E. vom HR Service Center der Beklagten thematisiert und ihr die Eröffnung einer internen Untersuchung bekannt gegeben (angefochtener Entscheid E. 5.1 und 5.3). Mit E-Mail vom 20. August 2017 teilte die Klägerin danach der Beklagten ihre Absicht mit, ihre Nebenerwerbstätigkeit für die F. AG aufzugeben. Mit Schreiben vom 23. August 2017 kündigte die Klägerin ihre Nebenerwerbstätigkeit bei der F. AG per Ende September 2017 (Klagebeilage 12), worüber sie die Beklagte mit E-Mail vom 25. August 2017 unterrichtete. Mit E-Mail vom 28. August 2017 bedankte sich die Beklagte für die Informationen und bestätigte der Kläge-

rin, dass diesbezüglich eine interne Untersuchung am Laufen sei. Gleichzeitig widersprach sie der von der Klägerin in ihren E-Mails vom 20. und 25. August 2017 geäusserten Hoffnung, wonach die Angelegenheit durch ihre Kündigung bei der F. AG nun erledigt sei (Klagebeilage 8).

Am 10. Oktober 2017 wurde das Pensum der Klägerin bei der Beklagten per 1. Oktober 2017 einvernehmlich auf 100 % erhöht (Klagebeilage 11). Am 10. November 2017 wurde die Klägerin im Rahmen der internen Untersuchung von D. (damals stellvertretende Integrity Beauftragte der Beklagten, die mit der internen Untersuchung beauftragt war) zu ihrer Nebenerwerbstätigkeit befragt (act. 30 f. und 62; Klageantwortbeilage 5).

Am 18. Dezember 2017 kündigte die Beklagte den Arbeitsvertrag mit der Klägerin wegen der unbewilligten Nebenerwerbstätigkeit ordentlich per 30. Juni 2018 (Klagebeilage 14 und 16). Während der Kündigungsfrist protestierte die Klägerin mehrfach dagegen und reichte am 30. Juli 2018 ein Schlichtungsbegehren ein (angefochtener Entscheid E. 1.2).

3.2.

Gemäss Art. 335 Abs. 1 OR kann ein unbefristetes Arbeitsverhältnis von jeder Vertragspartei unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist gekündigt werden. Damit gilt das Prinzip der Kündigungsfreiheit. Es bedarf grundsätzlich keiner besonderen Gründe, um kündigen zu können (BGE 136 III 513 E. 2.3 mit Hinweisen). Die Kündigungsfreiheit findet aber ihre Grenzen im Missbrauchsverbot (Urteil des Bundesgerichts 4A_293/2019 vom 22. Oktober 2019 E. 3.2). Missbräuchlich ist eine Kündigung nur, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, die in Art. 336 OR umschrieben werden, wobei die Aufzählung nicht abschliessend ist (BGE 136 III 513 E. 2.3; BGE 132 III 115 E. 2.1). Sie konkretisiert vielmehr das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot und gestaltet dieses mit für den Arbeitsvertrag geeigneten Rechtsfolgen aus. Es sind deshalb – neben den in Art. 336 OR aufgeführten – weitere Tatbestände ohne Weiteres denkbar und vom Bundesgericht auch schon mehrfach anerkannt worden (BGE 132 III 115 E. 2.1; BGE 131 III 535 E. 4.2; BGE 125 III 70 E. 2a). Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt indessen voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar ist (BGE 132 III 115 E. 2.1; BGE 131 III 535 E. 4.2; BGE 123 III 246 E. 3b).

Der Missbrauch einer Kündigung kann sich nicht nur aus den Kündigungsmotiven, sondern auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Selbst wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot der schonenden Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht (BGE 132 III 115 E. 2.2; BGE 131 III 535 E. 4.2; BGE 125 III 70 E. 2b; BGE 118 II 157 E. 4b/bb; Urteile des

Bundesgerichts 4A_44/2021 vom 2. Juni 2021 E. 4.1.2; 4A_69/2010 vom 6. April 2010 E. 4; 4A_325/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 2.2). Nicht jedes bloss unanständige, einem geordneten Geschäftsbetrieb unwürdige Verhalten ist allerdings als missbräuchlich zu qualifizieren (BGE 132 III 115 E. 2.3; BGE 131 III 535 E. 4.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_44/2021 vom 2. Juni 2021 E. 4.1.2). Namentlich ist die Zusicherung an einen Mitarbeiter, er werde nicht entlassen, woraufhin eine Woche später dennoch die Kündigung erfolgt, nicht korrekt, aber für sich allein nicht missbräuchlich, zumal die erwähnte Zusicherung den Kläger nicht zu irgendwelchen Dispositionen veranlasst hat, die durch die nachfolgende Kündigung hinfällig geworden wären (BGE 131 III 535 E. 4.2; Urteile des Bundesgerichts 4A_69/2010 vom 6. April 2010 E. 4; 4C.234/2001 vom 10. Dezember 2001 E. 3b; ähnlich Urteil des Bundesgerichts 4A_190/2011 vom 6. Juni 2011 E. 2.3). Als missbräuchlich wurde jedoch eine Kündigung erachtet, bei der es die Arbeitgeberin im Wissen um die Kündigung zuliess, dass der Arbeitnehmer einschneidende, persönliche Vorkehrungen traf (Übersiedlung von den USA in die Schweiz), um seinen Arbeitspflichten nachzukommen (Urteil des Bundesgerichts 4A_69/2010 vom 6. April 2010 E. 4).

3.3.

3.3.1.

Zum Kündigungsmotiv erwog die Vorinstanz, dieses habe in der fehlenden Bewilligung der Klägerin zur Ausübung der Nebentätigkeit für die F. AG gelegen, obschon eine solche Bewilligung gemäss Arbeitsvertrag verlangt gewesen wäre (angefochtener Entscheid E. 4.1). Tatsächlich sei der Klägerin mit Schreiben vom 19. Februar 2015 die Bewilligung für die Nebentätigkeit erteilt worden, indessen nur befristet bis zum 30. Juni 2015 (Klagebeilage 5). Danach habe die Klägerin bei der Beklagten zwar mit E-Mails vom 8. Mai 2015 und 28. November 2015 um eine weitere Erneuerung der Bewilligung der Nebentätigkeit bis zum 28. Februar 2016 ersucht (Klageantwortbeilage 3). Eine solche sei ihr aber nicht mehr erteilt worden, auch nicht stillschweigend, sicherlich nicht für den Zeitraum ab März 2016. Im Zeitraum zwischen 2016 und der Kündigung der Klägerin bei der F. AG liege daher eine Vertragsverletzung durch die Klägerin vor, weshalb das Kündigungsmotiv nicht missbräuchlich sein könne (angefochtener Entscheid E. 4.3).

3.3.2.

Hiergegen bringt die Klägerin einzig vor, es sei falsch, dass die Beklagte nach Ablauf der Bewilligungsdauer nichts von ihrer Beschäftigung für die F. AG gewusst habe und daher auch keine stillschweigende Genehmigung vorgelegen haben könne. Denn C. von der Beklagten habe anlässlich der Hauptverhandlung ausgesagt, vermutet zu haben, dass sie noch für die F. AG gearbeitet habe. Da C. von ihrer Nebenbeschäftigung gewusst habe, sei von einer konkludenten Einwilligung auszugehen. Andernfalls hätte die

Beklagte die Klägerin aktiv dazu auffordern müssen, die Nebenbeschäftigung für die F. AG zu beenden (Berufung Rz. 14).

3.3.3.

Dieser Einwand überzeugt nicht. Die Vorinstanz stellte in tatsächlicher Hinsicht fest, dass C. der Klägerin in einem Gespräch vom 29. November 2015 mitgeteilt hat, sie müsse ihre Nebenerwerbstätigkeit aufgeben (angefochtener Entscheid E. 4.3; act. 131), was die Klägerin im Berufungsverfahren nicht beanstandet. Nachdem der Klägerin ihre Nebenerwerbstätigkeit somit ausdrücklich untersagt war, kann sie sich nicht mit der Begründung auf eine stillschweigende Genehmigung berufen, dass ihre beiden entsprechenden, vorgängigen Bewilligungsanfragen vom 8. Mai 2015 (Replikbeilage 25) und vom 18. November 2015 (Klageantwortbeilage 3) unbeantwortet geblieben seien. Selbst wenn für die Zeit davor von einer stillschweigenden Genehmigung ausgegangen würde, wäre diese mit dem von C. ausgesprochenen Verbot auf jeden Fall aufgehoben worden. Zudem musste der Klägerin aufgrund von Ziff. 1.5 der Allgemeinen Bedingungen zum Arbeitsvertrag (Klageantwortbeilage 2) sowie der letzten schriftlichen aber zeitlich bis zum 30. Juni 2015 begrenzten Bewilligung vom 17. Februar 2015 (Klagebeilage 5) klar gewesen sein, dass Bewilligungen für Nebenerwerbstätigkeiten schriftlich vom HR Service Center der Beklagten auszustellen waren. Selbst wenn somit die klägerischen Anfragen vom 8. Mai 2015 (Replikbeilage 25) und vom 18. November 2015 (Klageantwortbeilage 3) unbeantwortet geblieben wären, hätte die Klägerin nicht einfach von einer stillschweigenden Genehmigung ausgehen dürfen, sondern selber aktiv nachhaken müssen. Letztlich übersieht die Klägerin auch, dass sie in ihrer letzten Bewilligungsanfrage vom 18. November 2015 (Klageantwortbeilage 3) lediglich um eine Bewilligung bis Ende Februar 2016 angefragt hatte (Anfragen für einen späteren Zeitraum wurden nicht behauptet), weshalb spätestens ab dem 1. März 2016 – wenn bis dahin von einer stillschweigenden Genehmigung seitens der Beklagten auszugehen wäre – von einem bewilligungslosen und damit, wie die Vorinstanz korrekt feststellte, vertragswidrigen Zustand auszugehen wäre. Soweit die Klägerin nur pauschal vorbringt, die Vorinstanz habe sich nicht damit auseinandergesetzt, dass es sich um eine vorbestehende und damit der Beklagten bekannte Nebenerwerbstätigkeit gehandelt habe (Berufung Rz. 13), genügt sie den Begründungsanforderungen einer Berufung nicht (vgl. vorne E. 2.1). Gestützt auf das zuvor Ausgeführte ist nicht erkennbar, was die Klägerin aus diesem Umstand ableiten will.

Andere Gründe, weshalb das Kündigungsmotiv missbräuchlich sein soll, bringt die Klägerin in ihrer Berufung nicht vor. Die Vorinstanz kam daher zu Recht zum Ergebnis, dass kein missbräuchliches Kündigungsmotiv vorliegt (angefochtener Entscheid E. 4.3 i.f.).

3.4.

3.4.1.

Zur Art und Weise, wie die Kündigung ausgesprochen wurde, erwog die Vorinstanz, es sei erstellt, dass die Klägerin im Gespräch vom 18. August 2017 von der Beklagten wegen der fehlenden Bewilligung ihrer Nebenerwerbstätigkeit für die F. AG über die Aufnahme einer internen Untersuchung in Kenntnis gesetzt worden sei. Kurz danach habe die Klägerin ihre entsprechende Nebenerwerbstätigkeit gekündigt. Nicht erstellt sei jedoch, dass die Beklagte daraufhin den Abschluss der internen Untersuchung kommuniziert hätte oder die Pensumserhöhung der Klägerin vom Oktober 2017 (von 80 % auf 100 %) im Gegenzug zur Kündigung der Klägerin bei der F. AG erfolgt wäre. Vielmehr lasse sich der E-Mail von E. an die Klägerin vom 28. August 2017 entnehmen, dass die interne Untersuchung noch nicht abgeschlossen gewesen sei (Klagebeilage 8). Die Pensumserhöhung vom Oktober 2017 könne ebenfalls nicht als positiver Abschluss der internen Untersuchung gewertet werden. Durch die Kündigung vom 18. Dezember 2017 könne die Klägerin daher nicht völlig überrascht worden sein. Es möge zutreffen, dass das Kündigungsverhalten der Beklagten unschön und allenfalls dem ordentlichen Geschäftsbetrieb unwürdig anmute. Missbrauch vermöge dies aber noch nicht zu begründen. Auch ein krasses Missverhältnis in der Interessenlage der Parteien sei nicht anzunehmen (angefochtener Entscheid E. 5.3).

3.4.2.

Dem hält die Klägerin in ihrer Berufung entgegen, dass namentlich durch eine Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung die Art und Weise einer Kündigung missbräuchlich sein könne. Darunter sei ein treuwidriges Vortäuschen des Willens zur Vertragsfortsetzung mit anschließender überraschender Kündigung sowie das Treiben eines falschen oder versteckten Spiels wider Treu und Glauben zu subsumieren (Berufung Rz. 16). Eine klare Verletzung der arbeitgeberischen Pflicht, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, könne im Zusammenhang mit einer Kündigung als missbräuchlich erachtet werden (Berufung Rz. 17).

Richtig sei, dass die Klägerin bis zum August 2017 bei der F. AG eine Nebenerwerbstätigkeit ausgeübt und gestützt darauf die Beklagte eine interne Untersuchung eingeleitet und dabei Massnahmen bis zur Entlassung in Erwägung gezogen habe. Richtig sei auch, dass diese Nebenerwerbstätigkeit Thema der Besprechung vom 18. August 2017 gewesen sei (Berufung Rz. 19). Die Klägerin habe die Beklagte an diesem Gespräch so verstanden, dass die Angelegenheit durch die Beendigung der Nebenerwerbstätigkeit erledigt sei (Berufung Rz. 20). Kurz nach der Besprechung vom 18. August 2017 habe sie der Beklagten ihre Absicht mitgeteilt, besagte Nebenerwerbstätigkeit aufzugeben (Berufung Rz. 19). Einige Tage später habe die Beklagte jedoch gemeint, dass die Sache nicht erledigt sei und

untersucht werde (gemeint ist wohl die E-Mail vom 28. August 2017 [Klagebeilage 8]; vgl. auch Berufung Rz. 10). In diesem Zeitpunkt – gemeint somit wohl der 28. August 2017 – habe die Beklagte indessen gewusst, dass die Klägerin bereits eine Disposition getätigt habe und künftig nur noch über das Einkommen aus ihrer Tätigkeit bei der Beklagten verfügen werde. Anlässlich des PSA Mid-Year Review Gesprächs vom 7. September 2017 (Klageantwortbeilage 6) habe die Beklagte der Klägerin mitgeteilt, dass die Sache mit der Nebenbeschäftigung problematisch für eine Pensumserhöhung sei. Am 10. Oktober 2017 sei der Klägerin dann dennoch eine Pensumserhöhung angeboten und so auch vereinbart worden, wobei diese von C. unterzeichnet worden sei und worüber auch die HR-Abteilung der Beklagten informiert gewesen sei (Berufung Rz. 9 und 20). Aufgrund dieses Verhaltens habe die Klägerin aus gutem Grund davon ausgehen dürfen, dass die interne Untersuchung entweder abgeschlossen gewesen sei oder sie als langjährige Mitarbeiterin als Konsequenz jedenfalls nicht mit einer Kündigung habe rechnen müssen. Die nur einen Monat später und ohne Vorwarnung ausgesprochene Kündigung vom 18. Dezember 2017 sei krass treuwidrig und illoyal. Das beklagte Vorgehen könne nicht anders denn als irreführend bezeichnet werden. C. habe im Zeitpunkt der Pensumserhöhung gewusst, dass die interne Untersuchung noch am Laufen gewesen sei, die Klägerin darüber aber nicht in Kenntnis gesetzt und sie damit im guten Glauben gelassen, dass die Angelegenheit nun erledigt sei bzw. dass sie künftig weiter bei der Beklagten arbeiten könne (Berufung Rz. 21).

3.4.3.

Der Klägerin ist insoweit zuzustimmen, dass nicht nur das Kündigungsmotiv, sondern auch die Art und Weise einer Kündigung missbräuchlich i.S.v. Art. 336 OR sein kann (vgl. vorne E. 3.2). Weiter scheint die Klägerin die rechtsmissbräuchliche Art und Weise der Kündigung einerseits daraus abzuleiten, dass sie ihre Nebenerwerbstätigkeit bei der F. AG noch vor der Kündigung durch die Beklagte aufgelöst hatte und andererseits aus dem Umstand, dass mit ihr kurz vor der Kündigung vom 18. Dezember 2017 noch eine Pensumserhöhung vereinbart worden war.

3.4.3.1.

Mit Bezug auf die Kündigung der Nebenerwerbstätigkeit bei der F. AG bleibt darauf hinzuweisen, dass die Klägerin spätestens ab dem 1. März 2016 über keine Bewilligung zur Ausübung einer Nebenerwerbstätigkeit mehr verfügte, obwohl ihr die Bewilligungspflicht bekannt war (vgl. vorne E. 3.3.3). Spätestens seit diesem Datum verletzte sie somit ihren Arbeitsvertrag fortlaufend. Am 18. August 2017 wurde die Nebenerwerbstätigkeit in einem Gespräch mit der Beklagten thematisiert. Die Klägerin wusste demnach spätestens seit dem 18. August 2017, dass ihre unbewilligte Nebenerwerbstätigkeit nicht akzeptiert wurde. Kurz darauf teilte sie der Beklagten mit, dass sie ihre Nebenerwerbstätigkeit bei der F. AG beenden

werde (Klagebeilage 9), was sie mit Kündigung vom 23. August 2017 auch tat (Klagebeilage 12). Dass damit die Angelegenheit auch für die Beklagte erledigt gewesen sein soll, stellt eine blosser Behauptung der Klägerin dar, welche die Beklagte bereits im vorinstanzlichen Verfahren bestritten hatte (act. 41) und die auch beweislos blieb. Vielmehr sagte die Klägerin anlässlich ihrer Befragung selber aus, ihr sei nicht gesagt worden, welche Auswirkungen eine Kündigung bei der F. AG hätte (act. 140). Demnach kündigte die Klägerin ihre Nebenerwerbstätigkeit bei der F. AG aus freien Stücken als Reaktion auf die Eröffnung, dass sie damit ihren Arbeitsvertrag verletzte und die Beklagte damit nicht einverstanden war.

Anders als im Urteil des Bundesgerichts 4A_69/2010 vom 6. April 2010 wäre die Beklagte auch nicht verpflichtet gewesen, die Klägerin von einer Kündigung bei der F. AG abzuhalten, da diese mit ihrer Nebenerwerbstätigkeit den Arbeitsvertrag verletzte und weil die Klägerin nicht behauptet, dass die Beklagte im Zeitpunkt der Kündigung der Nebenerwerbstätigkeit bereits beschlossen hatte, ihr aufgrund ihrer Vertragsverletzung zu kündigen. Vielmehr machte die Beklagte sowohl am 18. August 2017 als auch am 28. August 2017 darauf aufmerksam, dass diesbezüglich eine interne Untersuchung laufe.

Soweit sich die Klägerin in ihrer Berufung ferner zum Kausalzusammenhang zwischen ihrer Kündigung bei der F. AG und der Pensumserhöhung bei der Beklagten äussert (Berufung Rz. 9), so ist deren Relevanz für das vorliegende Verfahren nicht ersichtlich. Zweifellos wäre die Pensumserhöhung bei der Beklagten wegen des ansonsten auf 120 % ausgeweiteten Arbeitspensums der Klägerin wohl unterblieben, wenn die Klägerin ihre Nebenerwerbstätigkeit bei der F. AG zuvor nicht gekündigt gehabt hätte. Dass aber die Beklagte die Pensumserhöhung als Gegenleistung für die Kündigung versprochen haben soll, wurde von der Klägerin nicht substantiiert vorgebracht und erst recht nicht nachgewiesen. Nichts anderes wollte die Vorinstanz ausdrücken, als sie erwog, es sei nicht erkennbar, dass «die Pensumserhöhung vom Oktober 2017 *im Gegenzug* [d.h. als Gegenleistung] zur Kündigung der Klägerin bei F. AG erfolgt wäre.»

3.4.3.2.

Was die Pensumsänderung anbelangt, so ist zwar der Hinweis der Klägerin korrekt, wonach die Beklagte im Zeitpunkt der Pensumserhöhung (10. Oktober 2017) wusste, dass die Klägerin ihre Nebenerwerbstätigkeit bei der F. AG gekündigt gehabt hatte. Inwiefern dieser Umstand es der Beklagten aber verwehren sollte, der Klägerin aufgrund der bis anhin fortgesetzten Vertragsverletzung ordentlich zu kündigen, ist nicht ersichtlich, zumal die Klägerin mit der Kündigung bei der F. AG nur ihre Vertragsverletzung beendet hat. Der weiteren Argumentation der Klägerin, wonach die Beklagte mit der Pensumserhöhung ohne Weiteres bis zum Abschluss der Untersuchung hätte zuwarten können und C. der Klägerin anlässlich des PDA Mid-

Year 2017 Review Gesprächs hätte mitteilen können, dass die interne Untersuchung noch im Gange sei (Berufung Rz. 11), ist entgegen zu halten, dass sich damit für die Klägerin nichts geändert hätte. Sie kündigte ihre Anstellung für die F. AG (23. August 2017) bereits vor dem PDA Mid-Year 2017 Review Gespräch (7. September 2017; Duplikbeilage 6), der Pensumserhöhung (10. Oktober 2017) und der Kündigung durch die Beklagte (18. Dezember 2017) aus freien Stücken. Die Pensumserhöhung vom 10. Oktober 2017 stand daher in keinem Kausalzusammenhang zur Kündigung bei der F. AG vom 23. August 2017.

Unbestritten ist, dass die Parteien am 10. Oktober 2017 eine Pensumserhöhung von 80 % auf 100 % vereinbart haben. Dass mit C. dieselbe Person für die Genehmigung der Pensumserhöhung zuständig war, die auch von der problematischen Nebenerwerbstätigkeit der Klägerin und dem Umstand, dass diesbezüglich eine interne Untersuchung am Laufen war, Kenntnis hatte, erscheint zwar merkwürdig. Die Pensumserhöhung kann aber genauso gut für den Fall erfolgt sein, dass die interne Untersuchung ohne Kündigung enden würde. Es erscheint zwar in der Tat unlogisch, einer Mitarbeiterin eine Pensumserhöhung anzubieten, wenn man das Arbeitsverhältnis mit dieser eigentlich auflösen will (so die Klägerin in Berufung Rz. 10). Indessen behauptete die Klägerin nie, und ist auch nicht ersichtlich, dass die Kündigung im Zeitpunkt der Pensumserhöhung (10. Oktober 2017) für die Beklagte bereits beschlossene Sache gewesen wäre. Soweit die Klägerin behauptet, es hätte der Beklagten in diesem Zeitpunkt klar gewesen sein müssen, dass eine Kündigung aus ihrer Sicht wahrscheinlich gewesen sei (Berufung Rz. 8), so handelt es sich um ein unzulässiges Novum, da sie nicht dartut und nicht ersichtlich ist, weshalb sie diese Behauptung trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorbringen konnte (vgl. vorne E. 2.2). Insofern kann sich die Klägerin auch nicht auf jene Lehrmeinung stützen, die ein treuwidriges Vortäuschen eines Vertragsfortsetzungswillens mit anschliessend überraschender Kündigung für missbräuchlich erachtet (vgl. Berufung Rz. 16). Denn einen Vertragsfortsetzungswillen kann nur vortäuschen, wer einen solchen nicht hat. Dies trifft wie gesagt im Zeitpunkt der Pensumserhöhung auf die Beklagte nicht zu. Nicht nachvollziehbar ist sodann, weshalb die Klägerin gestützt auf die Pensumserhöhung vom Abschluss der internen Untersuchung hätte ausgehen dürfen, zumal die Beklagte ihr zuvor explizit bestätigt hatte, dass die interne Untersuchung noch andauere (Klagebeilage 8). Zudem wurde die Klägerin am 10. November 2017 von der für die interne Untersuchung zuständigen Arbeitnehmerin der Beklagten befragt (act. 30 f.; Klageantwortbeilage 5). Daraus musste die Klägerin schliessen, dass die Angelegenheit noch nicht beendet war, womit sie auch mit einer allfälligen Konsequenz, mitunter auch einer Kündigung, zu rechnen hatte. Entgegen ihren Ausführungen (Berufung Rz. 10 und 21) erwog die Vorinstanz daher zu Recht, dass die Klägerin von der Kündigung vom 18. Dezember 2017 nicht völlig überrascht sein konnte. Demnach kann die Pensumserhöhung von 80 %

auf 100 % nicht als eine die Missbräuchlichkeit der Kündigung begründende vertrauensverweckende Handlung der Beklagten angesehen werden.

Selbst wenn jedoch der Ansicht der Klägerin gefolgt würde und die Pensumserhöhung vom 10. Oktober 2017 als vertrauensverweckende Handlung der Beklagten aufgefasst würde, so behauptet die Klägerin nicht, gestützt darauf für sie nun nachteilig gewordene Dispositionen vorgenommen zu haben – die Kündigung der Klägerin bei der F. AG war bereits am 23. August 2017 erfolgt (Klagebeilage 12). Wie im Urteil des Bundesgerichts 4C.234/2001 vom 10. Dezember 2001 (vgl. vorne E. 3.2) ist die vorliegende Konstellation nicht als missbräuchlich einzustufen: Wenn selbst die explizite Mitteilung an einen Arbeitnehmer, ihm werde nicht gekündigt, mit einer Kündigung nur eine Woche später, nicht missbräuchlich ist, dann kann auch die vorliegende Konstellation ohne explizite Zusicherung einer Weiterbeschäftigung für die Klägerin sondern mit der Erhöhung ihres Pensums und anschliessender Kündigung über einen Monat später, die mit der fortgesetzt begangenen Vertragsverletzung begründet war, nicht missbräuchlich sein. Es liegt auf Seiten der Beklagten auch kein falsches Spiel oder irreführendes Verhalten vor. Vielmehr legte sie der Klägerin mehrfach dar (u.a. am Gespräch vom 18. August 2017, mit E-Mail vom 28. August 2017 [Klagebeilage 8] und am Treffen vom 10. November 2017 [act. 30 f.; Klageantwortbeilage 5]), dass eine interne Untersuchung am Laufen gewesen sei, womit ein Abschluss mit oder ohne Konsequenzen, mitunter auch eine Kündigung, vorbehalten blieb. Insoweit die Klägerin ausführt, sie hätte von der Beklagten vor Unterzeichnung der Pensumserhöhung eine entsprechende Information über den Stand der internen Untersuchung erwartet (Berufung Rz. 21), so erscheint dies zwar verständlich. Indessen liegt darin bloss ein unschönes, allenfalls sogar ungebührliches, aber kein missbräuchliches Verhalten. Diese Vorabinformation hätte für sie auch nichts geändert, da sie ihre Anstellung bei der F. AG zu diesem Zeitpunkt längstens gekündigt gehabt hatte. Es hätte ihr denn auch ohne Weiteres offen gestanden, sich vor der Unterzeichnung der Pensumserhöhung selber nach dem aktuellen Stand der internen Untersuchung zu erkundigen, so wie sie dies bereits früher mit E-Mails vom 20. und 25. August 2017 (Klagebeilage 9 f.) getan hatte.

Wie der Fall zu beurteilen wäre, wenn die Klägerin ihre Nebenerwerbstätigkeit erst nach einer von der Beklagten zugesicherten Pensumserhöhung gekündigt hätte, ist vorliegend nicht zu entscheiden. Selbst in diesem Fall wäre jedoch zu berücksichtigen, dass die Klägerin nicht einfach eine nachteilige Disposition getroffen hätte, sondern mit ihrer Kündigung vielmehr bloss einen von ihr bisher geschaffenen und fortgesetzten vertragswidrigen Zustand (bewilligungslose Nebenerwerbstätigkeit) beendet hätte.

Im Übrigen trifft es entgegen den Ausführungen der Klägerin auch nicht zu, dass ihr ohne Vorwarnung gekündigt wurde (Berufung Rz. 21). Denn sie

musste aus der ihr mitgeteilten Eröffnung der internen Untersuchung als Reaktion auf ihre über ein Jahr lang fortgesetzte Vertragswidrigkeit und deren ebenfalls wiederholt kommunizierten Fortsetzung auch nach ihrer Anzeige, die vertragswidrige, unbewilligte Nebenerwerbstätigkeit mittlerweile aufgegeben zu haben (Klagebeilage 9 f.; u.a. anlässlich des Gesprächs vom 18. August 2017, mit E-Mail vom 28. August 2017 [Klagebeilage 8] und am Treffen vom 10. November 2017 [act. 30 f.; Klageantwortbeilage 5]), mit entsprechenden Konsequenzen rechnen und war entsprechend vorgewarnt.

Soweit sich die Klägerin schliesslich auf eine Verletzung der Treue- bzw. Fürsorgepflicht bzw. ein illoyales Verhalten der Beklagten wegen der Langjährigkeit ihrer Arbeitstätigkeit für die Beklagte beruft (Berufung Rz. 11, 13 und 21), schützt dieser Umstand nicht vor einer Kündigung wegen einer Verletzung des Arbeitsvertrags. Im Übrigen wurde die Klägerin vor der Kündigung mehrfach angehört (Gespräch vom 18. August 2017 und vom 10. November 2017), sodass die Beklagte ihrer Fürsorgepflicht im Kündigungsprozess durchaus nachgekommen ist (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_44/2021 vom 2. Juni 2021 E. 4.3.2).

3.5.

Da die Kündigung vom 18. Dezember 2017 nach dem Gesagten nicht als missbräuchlich zu qualifizieren ist, ist die Berufung abzuweisen.

4.

In Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis werden bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.00 keine Gerichts- und Parteikosten gesprochen (Art. 114 lit. c ZPO, Art. 116 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 25 Abs. 1 EG ZPO). Dies gilt auch im kantonalen Rechtsmittelverfahren (Urteil des Bundesgerichts 4A_685/2011 vom 24. Mai 2012 E. 6.1).

Das Obergericht erkennt:

1.

Die Berufung wird abgewiesen.

2.

Es werden weder Gerichtskosten erhoben noch Parteientschädigungen zugesprochen.

Zustellung an:
[...]

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Der **Streitwert** des kantonalen Verfahrens beträgt **Fr. 30'000.00**.

Aarau, 1. März 2022

Obergericht des Kantons Aargau

Zivilgericht, 2. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Marbet

Sulser