

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LA220001-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, die Oberrichterinnen lic. iur. C. von Moos Würigler und lic. iur. B. Schärer sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. H. Lampel

## **Beschluss und Urteil vom 27. Dezember 2022**

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

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

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y.\_\_\_\_\_

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung,  
im ordentlichen Verfahren vom 22. November 2021 (AN210016-L)**

### **Rechtsbegehren:**

(Urk. 1 S. 2)

" 1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 39'850.00 netto, zuzüglich Zins von 5% p.a. seit dem 01.12.2020, zu bezahlen.

2. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass es sich um eine Teilklage handelt und dass weitere Forderungen ausdrücklich vorbehalten bleiben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 7.7% MWST, und zuzüglich CHF 560.00 Schlichtungskosten, zu Lasten des Beklagten."

**Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 22. November 2021:**

(Urk. 32 S. 31 f.)

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 1'170.– netto zu bezahlen, nebst Zins zu 5% seit 1. Dezember 2020.
2. Im übrigen Umfang wird die Klage abgewiesen.
3. Die Entscheidegebühr wird auf Fr. 4'738.– festgesetzt.

Die Gerichtskosten werden der Klägerin zu 97% und dem Beklagten zu 3% auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss bezogen. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Gerichtskostenvorschuss im Umfang von Fr. 142.15 zu ersetzen.

4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 5'719.– zu bezahlen.
5. [Mitteilungen]
6. [Rechtsmittel]

### **Berufungsanträge:**

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 31 S. 2 = Urk. 35 S. 2):

- "1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung (Geschäfts-Nr. AN210016-L/U) vom 22. November 2021 sei, mit Ausnahme von Dispositiv-Ziffer 1, aufzuheben und es sei
  - a) der Beklagte und Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Klägerin und Berufungsklägerin zusätzliche CHF 37'600.00 netto, zuzüglich Zins von 5% p.a. seit dem 01.12.2020, zu bezahlen;
  - b) davon Vormerk zu nehmen, dass es sich um eine Teilklage handelt und dass weitere Forderungen ausdrücklich vorbehalten bleiben.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer, zu Lasten des Beklagten und Berufungsbeklagten."

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 39 S. 2):

"Die Berufung der Klägerin sei vollumfänglich abzuweisen, und das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 22. November 2021 sei zu bestätigen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7,7% MWST) zulasten der Klägerin."

### **Erwägungen:**

#### **I.**

1.1 Der Beklagte und Berufungsbeklagte (Beklagter; Arbeitgeber) ist eine Branchenorganisation von privaten schweizerischen Medienunternehmen. Er setzt sich gemäss § 3 seiner Statuten für die Wahrung der gemeinsamen ideellen, politischen, wirtschaftlichen und rechtssetzenden Interessen der privaten Medienunternehmen gegenüber Öffentlichkeit, politischen Institutionen, Behörden, Wirtschaft, Verbänden und Organisationen in der Schweiz und im Ausland ein (Urk. 1 Rz 5; Urk. 5/5-5/7; Urk. 11 Rz 12). Die Klägerin und Berufungsklägerin (Klägerin; Arbeitnehmerin) war ab 1. Juni 2015 als ... [Funktion] und Mitglied der Geschäftsleitung für den Beklagten tätig. Vertragliche Grundlage der Tätigkeit der Klägerin bildete der von den Parteien unter dem 22. April/6. Mai 2015 abgeschlossene Ar-

beitsvertrag. Dieser sah ab August 2015 ein Arbeitspensum von 80% bei einer jährlichen Brutto-Entschädigung von Fr. 140'000.00 vor. Ferner vereinbarten die Parteien darin u.a., dass die Klägerin für jede Art von nebenberuflicher Erwerbstätigkeit die vorgängige schriftliche Zustimmung des Arbeitgebers einholen müsse (Urk. 1 Rz 6-8; Urk. 5/9; Urk 11 Rz 28). Integrierender Bestandteil des Arbeitsvertrages war zudem ein Mitarbeiterreglement, welches sich in Ziffer 9 zur Zulässigkeit von Nebenbeschäftigungen von Vollzeitangestellten und teilzeitbeschäftigten Mitarbeitenden äussert (vgl. Urk. 1 Rz 8; Urk. 5/10; Urk. 11 Rz 28; Urk. 20 Rz 75). Später verständigten sich die Parteien auf eine Reduktion des Arbeitspensums der Klägerin auf 60% ab Frühjahr 2016. Ihre jährliche Brutto-Entschädigung reduzierte sich entsprechende auf Fr. 105'000.00 (Urk. 1 Rz 11-13; Urk. 11 Rz 30-33; Urk. 20 Rz 14); im Übrigen blieb der Arbeitsvertrag unverändert.

1.2 Ende September 2017 wurde die Klägerin als Verwaltungsrätin der C.\_\_\_\_\_ AG gewählt, ohne dass sie über eine schriftliche Zustimmung des Beklagten für diese Nebentätigkeit verfügte. Die Klägerin hatte die Mandatsübernahme zwar vorgängig gegenüber dem Beklagten thematisiert, dieser hatte sich jedoch nach einer Diskussion im Präsidium mündlich gegen die Übernahme des Mandates ausgesprochen (Urk. 1 Rz 15-32, 45; Urk. 5/15-18, 5/20 f.; Urk. 11 Rz 16, 19, 44-46; Urk. 20 Rz 15-23). Die Klägerin sprach ihre Wahl in den Verwaltungsrat der C.\_\_\_\_\_ AG gegenüber dem Beklagten nicht an (Urk. 1 Rz 34; Urk. 11 Rz 20 f.; Urk. 20 Rz 28). Kenntnis davon hatte Vizepräsident D.\_\_\_\_\_, der sie zuvor über seine von der Mehrheitsmeinung im Präsidium des Beklagten abweichende Auffassung unterrichtet hatte (Urk. 1 Rz 27; Urk. 5/22; Urk. 5/32; Urk. 11 Rz 47-58, 62).

1.3 Mit Schreiben vom 29. Oktober 2019 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis per 31. Januar 2020 (Urk. 5/36). Als Kündigungsgrund nannte der Beklagte mit Schreiben vom 8. November 2019 die Verheimlichung der Annahme des VR-Mandats bei der C.\_\_\_\_\_ AG, die beim Präsidium zu einem erheblichen Vertrauensverlust geführt habe (Urk. 1 Rz 46; Urk. 5/39; 11 Rz 75). Das Arbeitsverhältnis wurde schliesslich infolge Schwangerschaft und Krankheit bis 30. Novem-

ber 2020 verlängert (Urk. 1 Rz. 52; Urk. 5/43; ), wobei die Klägerin am 24. Februar 2020 mit Wirkung ab 1. März 2020 freigestellt worden war (Urk. 5/45).

2.1 Mit Eingabe vom 12. März 2021 erhob die Klägerin unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes Zürich, Kreise ... und ..., vom 19. November 2020 beim Arbeitsgericht Zürich (Vorinstanz) Klage mit dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren (Urk. 1; Urk. 3). Die Forderungssumme gemäss ihrem Rechtsbegehren Ziffer 1 setzt sich zusammen aus einer Entschädigung für missbräuchliche Kündigung (Fr. 37'600.-; Urk. 1 Rz 94) und einer Ersatzforderung für den ihr mit ihrer Freistellung entzogenen Parkplatz in der Zürcher Innenstadt und die ihr während der Freistellung nicht mehr vergüteten Kosten für ihr Mobiltelefonabonnement (Fr. 2'250.-; Urk. 1 Rz 95). Die Missbräuchlichkeit der Kündigung begründete sie damit, dass es sich dabei offensichtlich um nichts anderes als um einen Racheakt bzw. eine unzulässige Bestrafung für die Nichtbefolgung einer (rechtswidrigen) Präsidiumsempfehlung bzw. für die Ausübung einer ihr erlaubten Nebentätigkeit ohne die ihr unbegründet vorenthaltene Zustimmung des Beklagten handle. Zudem habe der Beklagte mit seinem Vorgehen und seiner völlig unverhältnismässigen Reaktion auf die vermeintlich nachträgliche Entdeckung der Nebentätigkeit der Klägerin gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung verstossen und mit gesuchten Begründungen für seine Kündigung ein falsches und verdecktes Spiel getrieben. Schliesslich liege auch ein krasses Missverhältnis der Interessen vor, habe doch der Beklagte der Klägerin aus völlig nichtigem Anlass - nur um ihr aufzuzeigen, dass niemand sich ihrem Präsidium ungestraft widersetze - mutwillig ihrer finanzieller Existenzgrundlage beraubt und ihr zu allem Überfluss auch noch mit einem unnötigen, rechtswidrigen und hinterhältigen Satz in dem ihr für die Stellensuche ausgestellten Arbeitszeugnis, welchen der Beklagte erst über ein Jahr nach der Kündigung endlich entfernt habe, auch noch nachhaltig die Suche nach einer neuen Anstellung erschwert. Komme hinzu, dass die Wurzel allen Übels in offensichtlich diskriminierenden Ansichten und Denkmustern des Beklagten liege, die Gewährung von Mutterschaftsurlaub sei nur eine "Grosszügigkeit" und die Klägerin solle sich nach ihren Mutterschaftsurlauben auf ihre Tätigkeit für den Beklagten konzentrieren und auf Nebentätigkeiten in ihrer freien Zeit verzichten (Urk. 1 Rz 75 f.).

2.2 Nach durchgeführtem Verfahren (zum Verfahrensgang vgl. Urk. 32 E. I.; Prot. I S. 3 ff.) verpflichtete die Vorinstanz den Beklagten mit Urteil vom 22. November 2021 der Klägerin die geltend gemachten Kosten für das private Mobiltelefonabonnement während der neunmonatigen Freistellungszeit von März 2020 bis November 2020 in der Höhe von Fr. 1'170.– netto zuzüglich Zins zu bezahlen, wies die Klage im Übrigen aber ab (Urk. 32).

3. Gegen das vorinstanzliche Urteil liess die Klägerin mit den eingangs erwähnten Anträgen Berufung erheben (Urk. 31). Mit Verfügung vom 17. Januar 2022 wurde ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 4'500.– angesetzt (Urk. 36), der in der Folge geleistet wurde (Urk. 37). Seine Berufungsantwort erstattete der Beklagte unter dem 25. März 2022 innert der mit Verfügung vom 21. Februar 2022 angesetzten Frist (Urk. 38; Urk. 39). Mit Eingaben vom 11. April 2022 respektive 28. April 2022 machten die Parteien von ihrem Replikrecht Gebrauch (Urk. 40; Urk. 41). Die letzte Eingabe des Beklagten wurde der Klägerin am 10. Mai 2022 zur Kenntnis zugestellt (Urk. 44). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-30). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## II.

1. Die Klägerin ist durch das Urteil der Vorinstanz beschwert. Es handelt sich um eine berufungsfähige Streitigkeit (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1 ZPO; Urk. 31) und der verlangte Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (Urk. 36 f.). Auf die Berufung ist unter dem Vorbehalt hinreichender Begründung (vgl. Art. 310 ZPO; BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 141 III 569 E. 2.3.3) einzutreten.

2. Die Berufung richtet sich gegen die Dispositiv-Ziffern 2 bis 4 des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 31 S. 2), wobei die Klägerin die Klageabweisung gemäss Dispositiv-Ziffer 2 teilweise akzeptiert (Parkplatz, Fr. 1'080.–; Urk. 31 Rz 33 f.). Nicht angefochten und folglich in Rechtskraft erwachsen (Art. 315 Abs. 1 ZPO) ist das angefochtene Urteil hinsichtlich Dispositiv-Ziffer 1 sowie teilweise hinsichtlich Dispositiv-Ziffer 2 (insoweit die Klage im CHF 37'600.00 netto zuzüglich Zins zu 5%

p.a. seit dem 01.12.2020 übersteigenden Umfang abgewiesen wurde), wovon vorab Vormerk zu nehmen ist. Gegenstand der Berufung ist inhaltlich noch der von der Klägerin aus der geltend gemachten Missbräuchlichkeit der Kündigung abgeleitete Anspruch auf eine Pönalentschädigung (Urk. 31 Rz 34).

3. Am vorliegenden Entscheid wirken infolge Neukonstituierung der Kammer am 1. Juli 2022 neu Oberrichter lic. iur. A. Huizinga als Vorsitzender und Oberrichterin lic. iur. B. Schärer mit.

### III.

1. Die Vorinstanz kam nach Darstellung der Parteistandpunkte (Urk. 32 E. III.1.) im Rahmen der Anspruchsprüfung (Urk. 32 E. III.2.) zum Schluss, dass die formellen Voraussetzungen für die Geltendmachung einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung erfüllt seien (Urk. 32 E. III. 2.1.), eine missbräuchliche Kündigung aber zu verneinen sei (Urk. 32 E. III.2.3.9). Nach Ausführungen zur Rechtslage (Urk. 32 E. III.2.2.) erwog sie, dass die Klägerin gemäss Arbeitsvertrag für jede Art von nebenberuflicher Erwerbstätigkeit die vorgängige schriftliche Zustimmung des Beklagten habe einholen müssen und gemäss dem Mitarbeiterreglement teilzeitbeschäftigte Mitarbeitende eine Tätigkeit ausserhalb dem Beklagten gewidmeten Zeit grundsätzlich erlaubt, jede Nebenbeschäftigung, die den Interessen des Beklagten zuwiderlaufe, aber ausgeschlossen gewesen sei. Diese Regelung sei im Grundsatz nicht zu beanstanden. Im konkreten Fall gelte es die beidseitigen Interessen abzuwägen. Der Beklagte habe zumindest plausibilisiert, dass es berechtigte Einwände gegen die Tätigkeit der Klägerin als Verwaltungsrätin der C.\_\_\_\_\_ AG gegeben habe; es sei offensichtlich kein schikanöser Entscheid gewesen. Dass das potentiell diskriminierende Motiv der erst kürzlich erfolgten Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub für die Nichterteilung der Zustimmung zur Nebentätigkeit ausschlaggebend gewesen sein solle, vermöge nicht zu überzeugen, zumal die Klägerin selber sich nach Kräften bemüht habe, die latenten Interessenkonflikte zu widerlegen, denen sie offensichtlich die entscheidende Bedeutung zugemessen habe. Auch die von der Klägerin geltend gemachte Interessenlage sei indes verständlich; für sie, die auch nur in einem

Teilzeitpensum für den Beklagten tätig gewesen sei, habe dieses Mandat eine grosse Chance dargestellt. Eine differenzierte Abwägung der gegenseitigen Interessenlage müsse jedoch nicht vorgenommen werden, da für die Kündigung entscheidend gewesen sei, wie die Klägerin nach diesem nicht offensichtlich unbilligen Mehrheitsentscheid des Präsidiums vorgegangen sei (Urk. 32 E. III.2.3.1). Die Klägerin habe sich zweimal mit grossem Einsatz erfolglos für die Zustimmung zur Ausübung dieses Nebenerwerbs eingesetzt und sich in der Folge trotzdem für die Annahme des Mandats entschieden, ohne dies offen zu legen (Urk. 32 E. III.2.3.2.). Selbst wenn man mit der Klägerin zum Schluss kommen sollte, ihre Interessen seien angesichts der Anstellung in einem 60%-Pensum, der grossen Chance, die das Mandat geboten haben, und der reinen Inkassofunktion der C.\_\_\_\_\_ AG zu wenig berücksichtigt worden und auch wenn die Rolle des Vizepräsidenten des Verbandes, D.\_\_\_\_\_, sehr kritisch zu bewerten sei, sei eine heimliche, nicht offen gelegte Mandatsannahme kein gangbarer Weg gewesen. Massgebende Bedeutung komme dabei der Funktion und Stellung der Klägerin beim Beklagten zu. Die Kündigung, die sich auf die nicht offen gelegte Annahme des Verwaltungsratsmandats unbesehen zweier abschlägiger Präsidiumsentscheide beziehe, sei nicht missbräuchlich. Ob der Kündigungsentscheid unumgänglich, richtig oder vernünftig gewesen sei bzw. ob man nicht genauso gut anders hätte entscheiden können, sei bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit nicht entscheidend (Urk. 32 E. III.2.3.3.-2.3.6.). Das von der Klägerin angeprangerte Verhalten der Beklagten nach Aussprache der Kündigung sei nicht geeignet, die Missbräuchlichkeit der Kündigung zu begründen (Urk. 32 III.2.3.7.).

2.1 Die Klägerin trägt dagegen kurz gefasst vor, dass sie vorab unrichtige Rechtsanwendung geltend mache. Bereits auf der Basis des erstellten Sachverhalts hätte bei richtiger Rechtsanwendung die Missbräuchlichkeit der Kündigung des Beklagten bejaht werden müssen. Das Motiv des Beklagten für diese Kündigung sei offenkundig einzig gewesen, dass sie rechtmässig eine Nebentätigkeit ausgeübt habe, für welche ihr der Beklagte unrechtmässig seine Zustimmung vorenthalten habe. Die Behauptung einer vermeintlichen "Verheimlichung" dieser Nebentätigkeit und eines entstandenen "Vertrauensverlusts" sei konstruiert und haltlos und werde bloss vorgeschoben, um dieses missbräuchliche Motiv zu ka-

schieren. Sie habe die Nebentätigkeit gar nicht verheimlichen können (Art. 936 OR).

Einen relevanten Vertrauensverlust habe es nicht gegeben. Aber sogar wenn, müsste dem Beklagten die Berufung auf einen solchen verwehrt bleiben, weil er diesen angesichts der rechtswidrig verweigerten Zustimmung zu ihrer Nebentätigkeit selbst zu vertreten hätte. Andernfalls könnte letztlich jeder Arbeitgeber die Rechte seiner Arbeitnehmer ignorieren bzw. ihnen rechtswidrige Vorschriften machen und ihnen, wenn sie diese nicht befolgten bzw. ihre Rechte wahrnahmen - entgegen dem Schutzzweck von Art. 2 Abs. 2 ZGB / Art. 336 ff. OR - ungestraft kündigen, indem er einfach "verlorenes Vertrauen" vorschiebe. Zudem rügt die Klägerin, dass die Vorinstanz nicht berücksichtigt habe, dass sie, unter Verweis auf eine Urkunde, glaubhaft gemacht habe, dass ein Hauptmotiv des Beklagten für die damalige Vorenthaltung seiner Zustimmung zu dieser Nebentätigkeit ein diskriminierendes gewesen sei: nämlich der Umstand, dass die Klägerin, als sie um diese Zustimmung ersucht habe, eben erst aus dem Mutterschaftsurlaub zurückgekehrt sei. Dies habe zur Folge, dass sich ohnehin die Beweislast umkehre und dass nicht die Klägerin den Missbrauch des Kündigungsrechts durch den Beklagten, sondern vielmehr der Beklagte einen sachlichen, überwiegenden Grund für die damalige Vorenthaltung der Zustimmung und seine spätere Kündigung nachzuweisen habe (Urk. 31 Rz 7 f., 28, 53, 62 f.).

2.2 Der Beklagte hält die klägerischen Rügen dagegen zusammengefasst für unbegründet. Der Entscheid der Vorinstanz sei ausführlich, sorgfältig und schlüssig begründet. Die tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz seien nicht zu beanstanden. Die Forderungen der Klägerin seien nicht ausgewiesen und abzuweisen (Urk. 39 Rz 8 f., 27). Es treffe nicht zu, dass die Klägerin die Nebenbeschäftigung rechtmässig ausgeübt und der Beklagte der Klägerin die dafür nachgesuchte Zustimmung unrechtmässig verweigert habe. Das Kündigungsmotiv der Verheimlichung der Nebentätigkeit und des Vertrauensverlusts seien nicht konstruiert und bloss vorgeschoben gewesen. Die Voraussetzungen für eine vertrauensvolle Zusammenarbeit seien aufgrund des Verhaltens der Klägerin nachhaltig beschädigt worden, indem sie die Annahme des VR-Mandats trotz zweimaliger Ablehnung dieser Nebentätigkeit durch den Beklagten verheimlicht habe und

uneinsichtig geblieben sei. Dieser Sachverhalt sei dem Entscheid zu Recht zugrunde gelegt worden (Urk. 39 Rz 24, vgl. auch Rz 17-20). Die Vorinstanz sei entgegen der Klägerin auch auf ihr Argument eines diskriminierenden Motivs eingegangen, habe es aber zu Recht als nicht überzeugend beurteilt und folglich eine Beweislastumkehr mangels Glaubhaftigkeit der Diskriminierung nicht angenommen (Urk. 39 Rz 16, 25). Die Verweigerung der Zustimmung zum VR-Mandat bei der C.\_\_\_\_\_ AG habe mit dem Mutterschaftsurlaub der Klägerin nichts zu tun (Urk. 39 Rz 28, 29).

3. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz hat sich - abgesehen von offensichtlichen Mängeln - grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift selber in rechtsgenügender Weise erhoben werden (BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_111/2016 vom 6.9.2016, E. 5.3; BGer 4A\_258/2015 vom 21.10.2015, E.2.4.3; BGer 4A\_290/2014 vom 1.9.2014, E. 3.1 und 5; BGer 4A\_651/2012 vom 7.2.2013, E. 4.2; vgl. auch zum diesbezüglich analogen bundesgerichtlichen Verfahren BGer 4A\_498/2021 vom 21.12.2021, E. 2.1.; BGer 5A\_563/2021 vom 18.10.2021, E. 2.3.). Die Berufung erhebende Partei muss sich mit den einschlägigen Erwägungen im angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und darf sich nicht darauf beschränken, ihre vor Vorinstanz vorgetragene Auffassung vor Rechtsmittelinstanz schlicht zu wiederholen, auf frühere Vorbringen bzw. Prozesshandlungen zu verweisen oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise zu kritisieren (BGer 5A\_580/2021 vom 21.4.2022, E. 3.3; BGer 4A\_651/2012 vom 7.2.2013, E. 4.2; vgl. auch BGE 144 III 394 E. 4.1.4. und 4.2). Sie muss die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnen, die sie anfecht, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzen und mittels genügend präzisier Verweisungen auf die Akten aufzeigen, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_247/2013 vom 15.10.2013, E. 3.2; BGer 5A\_751/2014 vom 28.5.2015, E. 2.1). In diesem Rahmen ist nachfolgend auf die Vorbringen des Klägerin (Urk. 31; vgl. auch Urk. 41) und des Beklagten (Urk. 39;

vgl. auch Urk. 43) insoweit einzugehen, als sie für die Entscheidungsfindung relevant sind. Die Überprüfung erfolgt dabei in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht mit unbeschränkter Kognition (BGE 144 III 394 E. 4.1.4).

4.1 Die Klägerin nimmt keinen Bezug auf den angefochtenen Entscheid und zeigt folglich auch nicht auf, inwiefern sie diesen als fehlerhaft erachtet, soweit sie in ihrer Berufungsbegründung den Sachverhalt unter dem Titel "Executive Summary"/"Grundsachverhalt" (Urk. 31 Rz 10-25) aus ihrer Sicht summarisch darstellt. Gleiches gilt für den nicht spezifizierten umfassenden Verweis auf ihre Sachverhaltsdarstellung, die rechtliche Begründung und ihre Beweisofferten in der Klageschrift und in ihren Parteivorträgen an der Hauptverhandlung vom 27. September 2021 (Urk. 31 Rz 30). Auf diese Vorbringen, die eine sachbezogene Auseinandersetzung mit den Erwägungen des angefochtenen Urteils vermissen lassen, ist daher von vornherein nicht weiter einzugehen.

4.2 Die Klägerin verweist in ihrer Berufungsbegründung sodann auch auf ihre Ausführungen in ihrem "ersten Parteivortrag" (PV 1; Urk. 31 Rz 9, 35 f., 40 [FN 7], 43 [FN 9], 53, 61 f.) und in ihrem "zweiten Parteivortrag" (PV 2; Urk. 31 Rz 9, 58 [FN 10]) an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 27. September 2021. Der Beklagte hält das hinsichtlich allfälliger Noven für einen unzulässigen Versuch der Klägerin, mit der Berufung ihre ungenügenden Behauptungen vor der Vorinstanz zu korrigieren und zu ergänzen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung falle die Novenschranke bereits vor den ersten Parteivorträgen. Noven, welche die Klägerin während ihres Parteivortrages vorgebracht habe, seien folglich nicht zu berücksichtigen (Urk. 39 Rz 11, 37). Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Rügen der Klägerin (vgl. E. III.3. vorstehend) ist dazu folgendes auszuführen: Nach der Rechtsprechung kann sich im ordentlichen Verfahren jede Partei ein erstes Mal im Rahmen des ersten Schriftenwechsels und ein zweites Mal entweder im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels (Art. 225 ZPO), an einer Instruktionverhandlung (Art. 226 ZPO) oder zu Beginn der Hauptverhandlung vor den ersten Parteivorträgen unbeschränkt äussern (Art. 229 Abs. 2 ZPO; BGE 147 III 475; BGE 144 III 519 E. 5.2.1; BGE 144 III 67 E. 2.1). Danach fällt die Novenschranke und die Parteien haben nur noch unter den eingeschränkten Voraussetzungen

von Art. 229 Abs. 1 ZPO das Recht, neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen. Dabei liegt es grundsätzlich an der Partei, die das Novenrecht beansprucht, darzutun, dass dessen Voraussetzungen gegeben sind. Das gilt insbesondere auch für Entgegnungen auf neue Tatsachen oder Beweismittel, die von der beklagten Partei (erst) in der Duplik vorgetragen wurden (BGE 146 III 55 E. 2.5.2). Der Vorladung zur Hauptverhandlung konnten die Parteien, die bis dahin lediglich je eine Rechtsschrift erstattet hatten, entnehmen, dass die "Hauptverhandlung (Replik/Duplik) und Vergleichsverhandlung vor Kollegialgericht" angesetzt war (Urk. 15, Blatt 4). Die ersten Parteivorträge nach Art. 228 ZPO fanden keine Erwähnung. Gegenstand der Hauptverhandlung waren folglich einzig die durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung eingeführten Parteivorträge vor Beginn der Hauptverhandlung, in deren Rahmen Parteien (nach einem ersten Schriftenwechsel) unbeschränkt Noven vorbringen können. Daran ändert das unter dem Titel "Wichtige Hinweise" Aufgeführte, das der eigentlichen Vorladung nur ungenügend angepasst ist, ebenso wenig etwas wie der Umstand, dass die Hauptverhandlung später vor der Urteilsfällung nicht mit den ersten Parteivorträgen nach Art. 228 ZPO (auf die die Parteien verzichten können, vgl. Art. 233 ZPO) fortgesetzt wurde. Der Aktenschluss trat mit Abschluss der vom Beklagten anlässlich der Hauptverhandlung erstatteten Duplik (Prot. I S. 6-9) ein, was die Vorsitzende auch ausdrücklich feststellte (Prot. I S. 9). Soweit die Klägerin in ihrer Berufungsbegründung auf ihre Ausführungen in ihrer vorinstanzlichen Replik ("PV 1"; Urk. 31 Rz 9) verweist, ist das unter novenrechtlichen Gesichtspunkten folglich unproblematisch. Das gilt namentlich für die vom Beklagten kritisierten Verweise in Rz 40 (auf "PV 1" Rz 55-64) und Rz 53 ("PV 1" Rz 55-64) der Berufungsbegründung. Die Stellungnahme der Klägerin zu den Noven (Prot. I S. 9-12) in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung erfolgte hingegen, nachdem die Novenschranke gefallen war. Soweit sie darauf verweist (Urk. 31 Rz 58 [FN 10]) sind die Beschränkungen des Novenrechts daher massgeblich. Allfällige Noven wären insoweit daher nur beachtlich, wenn die Klägerin dartun würde, inwiefern die Voraussetzungen für die Zulässigkeit ihrer Vorbringen in ihrem zweiten Parteivortrag anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung unter novenrechtlichen Gesichtspunkten gegeben war (vgl. zum notwendigen Nachweis der Kausalität BGE 146 III 55 E. 2.5.2). Ent-

sprechende Ausführungen fehlen jedoch in ihren erst- und zweitinstanzlichen Vorträgen.

5.1 Sachliche Kündigungsbeschränkungen bestehen nur in Fällen von Rechtsmissbrauch. Abgesehen davon herrscht Kündigungsfreiheit, d.h. es bedarf grundsätzlich keiner besonderen Gründe für die Rechtmässigkeit einer Kündigung (BGE 125 III 70 E. 2.a); ein Arbeitsverhältnis kann aus beliebigem bzw. auch ohne einleuchtenden Grund einseitig beendet werden (BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 335 OR N 14). Missbräuchlich ist eine Kündigung gemäss gesetzlicher Konkretisierung in Art. 336 OR u.a. dann, wenn sie ausgesprochen wird, weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt. Vorbehalten bleiben allerdings aus dem Arbeitsvertrag erwachsende gesetzliche oder vertragliche Pflichten (Art. 336 Abs. 1 lit. b OR; vgl. BGer 4A\_408/2011 vom 15.11.2011, E. 5.4.1), was zu betonen ist, weil sich die Klägerin wiederholt (wenn auch unter anderem Titel) auf ihre verfassungsmässigen Rechte beruft (vgl. Urk. 31 Rz 35, 38, 62 [FN 13, 14]). Namentlich ist es den Parteien eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages unbenommen, die in Art. 321a OR dispositiv geregelte Treuepflicht des Arbeitnehmers zu dessen Lasten zu verschärfen, soweit sie sich dabei im Rahmen der privatrechtlichen Vertragsfreiheit und insbesondere von Art. 27 Abs. 2 ZGB bewegen (vgl. auch nachfolgend E. III.7.2.1). Das von der Klägerin unter Hinweis auf einen Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich betonte Prinzip der Verhältnismässigkeit spielt dabei eine deutlich geringere bzw. andere Rolle als im öffentlich-rechtlichen Personalrecht (vgl. BSK ZGB I-Lehmann/Honsell, Art. 2 N 21 f.). Weiter gilt eine Kündigung gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. d OR als missbräuchlich, wenn sie erfolgte, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht (sog. Rache Kündigung). Die Vorinstanz hat sich dazu in rechtlicher Hinsicht zutreffend geäussert (Urk. 32 E. III. 2.2.2.). Über die konkretisierenden Missbrauchstatbestände in Art. 336 OR hinaus, kann eine Kündigung im Einzelfall sodann unter dem Aspekt von Art. 2 ZGB als missbräuchlich bewertet werden. So kann eine Kündigung beispielsweise missbräuchlich sein, wenn sie wegen eines Umstandes ausgesprochen wird, den der Arbeitgeber als Folge einer eigenen Pflichtverletzung ganz oder teilweise zu verantworten hat (BGE 125 III 70). Entsprechend dem aus Art. 2 ZGB fliessenden

Gebot der schonenden Rechtsausübung kann sich der Missbrauch auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt (BGE 136 III 513 E. 2.3; BGE 125 III 70 E. 2b). Die geltend gemachten Gründe müssen jedoch 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).

5.2 Der gekündigte Arbeitnehmer trägt die Behauptungs- und Beweislast für den Missbrauchstatbestand und den Kausalzusammenhang zwischen dem Missbrauchstatbestand und der Kündigung (Art. 8 ZGB). Der Nachweis des Missbrauchstatbestandes ist mit dem Regelbeweismass des vollen Beweises, derjenige des Kausalzusammenhanges (Kündigungsmotiv) mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erbringen. Es genügt der Nachweis von Indizien, die die Kündigung aus missbräuchlichen Motiven in hohem Grad wahrscheinlich werden lassen, insbesondere wenn ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Grund und Kündigung besteht oder diese aus dem Verhalten des Arbeitgebers hervorgeht (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 336 N 31; BGer 4C.262/2003 vom 4.11.2003, E. 3.2; vgl. auch BGE 140 III 610 E. 4.1; BGE 130 II 482 E. 3.2). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine missbräuchliche Kündigung namentlich zu vermuten, wenn der Arbeitnehmer aufgrund schlüssiger Indizien darlegen kann, dass das vom Arbeitgeber angegebene Kündigungsmotiv nicht der Realität entspricht (BGE 130 III 699 E. 4.1 mit Verweisen).

6.1 Die Vorinstanz ging davon aus, dass das Verhalten der Klägerin nach dem für sie negativen Mehrheitsentscheid des Präsidiums hinsichtlich der von ihr angestrebten Nebentätigkeit für die C. \_\_\_\_\_ AG für die Kündigung ausschlaggebend gewesen war (Urk. 32 E. III.2.3.1.4. und 2.3.5.). Die Klägerin nimmt die entsprechenden Passagen des angefochtenen Entscheides zwar auf (Urk. 31 Rz 50), nimmt sie aber lediglich zum Anlass, den damit begründeten Verzicht auf eine "differenzierte Interessenabwägung" zu kritisieren und zu betonen, dass ihr Verhalten absolut rechtmässig, verständlich und schutzwürdig gewesen sei, weil sie nur so die ihr zustehende Nebentätigkeit habe ausüben können, ohne die Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses zu riskieren (Urk. 31 Rz 39-52, vgl. auch Rz 35 f.). Das erscheint insofern konsequent als sie bezogen auf die Kündigung

an sich einzig eine unrichtige Rechtsanwendung geltend macht (Urk. 31 Rz 7) und unter dem Titel "Prüfthema" vorträgt, dass die Vorinstanz dem Beklagten eine Berufung auf den von ihm geltend gemachten Kündigungsgrund selbst dann hätte verweigern müssen, wenn dieser das Vertrauensverhältnis subjektiv als gestört empfunden hätte (Urk. 31 Rz 28). Dass sie dabei von einem "angeblichen" Vertrauensverlust spricht, ändert an der eigentlichen Stossrichtung ihrer Argumentation, die sich auch in ihren weiteren Ausführungen widerspiegelt und darin mündet, dass die Vorinstanz sich mit ihren rechtlichen Argumenten nicht auseinandergesetzt habe (Urk. 31 Rz 62), nichts. Soweit sie in diesem Rahmen auch festhält, dass der Beklagte die Kündigung, mit einem gar nicht überprüfbaren und allemal nicht nachgewiesenen Vertrauensverlust begründet habe (Urk. 31 Rz 55), es keinen relevanten Vertrauensverlust des Beklagten gegeben habe, sonst hätte er sie nicht noch mehr als ein halbes Jahr wie bislang ohne jeglichen Entzug von verantwortlichen Aufgaben oder Kompetenzen weiterarbeiten lassen (Urk. 31 Rz 58) bzw. dass es offensichtlich sei, dass der einzig wahre Grund für ihre Kündigung die Annahme der Nebentätigkeit und der Vertrauensverlust bloss vorgeschoben gewesen sei (Urk. 31 Rz 61), tut sie dies ohne Bezugnahme auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid einzig mit einem (weit gefassten) Verweis auf ihre Ausführungen vor Vorinstanz (vgl. Urk. 31 Rz 61 mit Verweis auf Urk. 1 Rz 61 ff. und Urk. 20 Rz 13 ff. und insbesondere Rz 32-41). Sollte sie damit zusätzlich die Rüge erheben wollen, die Vorinstanz habe den Sachverhalt nicht richtig festgestellt, wäre auf diese nicht einzutreten. Denn die Berufung erhebende Partei muss sich mit den einschlägigen Erwägungen im angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und darf sich nicht darauf beschränken, ihre vor Vorinstanz vorgetragene Auffassung vor Rechtsmittelinstanz schlicht zu wiederholen, auf frühere Vorbringen bzw. Prozesshandlungen zu verweisen oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise zu kritisieren (BGer 5A\_580/2021 vom 21.4.2022, E. 3.3; BGer 4A\_651/2012 vom 7.2.2013, E. 4.2; vgl. auch BGE 144 III 394 E. 4.1.4. und 4.2). Am Ergebnis würde sich aber auch nichts ändern, wenn man von einer rechtsgenügenden Sachverhaltsrüge ausgehen würde:

6.2 Unbestritten ist, dass die Klägerin den Beklagten im August/September 2017 zweimal erfolglos um die Zustimmung zur Ausübung eines Mandates als Verwal-

tungsrätin der C.\_\_\_\_\_ AG ersucht hatte und das Thema danach dem Beklagten gegenüber nicht mehr anschnitt. Angesichts des vertraglich vereinbarten Vorbehalts einer schriftlichen Zustimmung für jede Art von nebenberuflicher Erwerbstätigkeit (Art. 7 des Arbeitsvertrages) konnte dieser - wie von ihm geltend gemacht (Urk. 39 Rz 18 und 26 mit Verweisen auf Urk. 11 Rz 20) - unter den gegebenen Umständen davon ausgehen, dass die Situation geklärt war und die Klägerin ihren Wunsch aufgegeben hatte. Eine Pflicht bzw. Obliegenheit, sich aktiv um Informationen zu bemühen (vgl. Urk. 31 Rz 61 mit Verweis auf Urk. 1 Rz 74), traf den Beklagten aufgrund der vertraglichen Regelung, die eine aktive Kommunikation der Klägerin implizierte (vgl. auch die Klägerin selbst in Urk. 1 Rz 64), gerade nicht. Folgt man ihrer Argumentation im Berufungsverfahren (vgl. Urk. 31 Rz 35, 51 f., 62 Spiegelstrich 5), war es letztlich auch ihr Ziel, den Beklagten mit ihrem Verhalten (solange als möglich) im Glauben zu lassen, sie respektiere seine ablehnende Haltung. Tatsächlich liess sie sich Ende September 2017 ungeachtet der fehlenden (schriftlichen) Zustimmung des Beklagten zur Verwaltungsrätin der C.\_\_\_\_\_ AG wählen und kommunizierte das dem Beklagten gegenüber nicht (Urk. 32 E. II.3. f.; vgl. auch Urk. 31 Rz 14-19, 21). Kenntnis von ihrem Schritt hatte einzig der Vizepräsident des Beklagten, D.\_\_\_\_\_, der den von ihm nicht mitgetragenen Präsidiumsentscheid insofern unterlaufen hatte, als er der Klägerin gegenüber seine persönliche Sympathie für ihr Vorhaben ausdrückt hatte. Dass es sich bei der Kommunikation zwischen ihr und D.\_\_\_\_\_ nicht um eine offizielle handelte und sie sich dessen bewusst war, zeigt der von der Vorinstanz zitierte Inhalt ihres E-Mails vom 2. Oktober 2017 (Urk. 32 E. II.5.; vgl. auch Urk. 32 E. III.2.3.4. und Urk. 31 Rz 20). Der Handelsregistereintrag ersetzte eine aktive Kommunikation gegenüber dem Beklagten entgegen der Klägerin (Urk. 31 Rz 21, 56 f.) sodann nicht; die Fiktion allgemeiner Kenntnis gemäss Art. 936b Abs. 1 OR gilt im Verhältnis zwischen Handelsgesellschaft und Publikum und ändert an vertraglichen Informationspflichten im Übrigen auch nichts. Dass der Beklagte sich in seinen Erwartungen an die Klägerin enttäuscht sah, als er knapp zwei Jahre später realisierte, dass sie das Verwaltungsratsmandat entgegen dem erweckten Eindruck dennoch angenommen hatte, ist ohne Weiteres nachvollziehbar. Die enttäuschten Erwartungen bezogen sich dabei nicht auf eine Nebensächlichkeit

(anders offenbar die Klägerin, vgl. Urk. 20 Rz 41), gehörte die Klägerin als ... [Funktion] und Mitglied der Geschäftsleitung doch zum Kader des Beklagten, weshalb u.a. auch die Kenntnis ihrer Nebentätigkeiten für diesen als Tendenzbetrieb (vgl. Urk. 32 E. 2.3.1.1) von besonderer Bedeutung war (vgl. Urk. 39 Rz 26 mit Verweis auf Urk. 11 Rz 7). Das Verhalten der Klägerin war damit objektiv geeignet, das Vertrauen in sie als Kadermitarbeiterin massgeblich zu beeinträchtigen. Ohne die Annahme des Verwaltungsratsmandats durch die Klägerin lässt sich die Kündigung zwar nicht denken. Wenn die Klägerin diese allein darauf zurückführen will (Urk. 1 Rz 62, 75), lässt sie jedoch ausser Betracht, dass die Kündigung erst nach zwei Jahren unbestritten friktionsloser Tätigkeit als Verwaltungsrätin für die C. \_\_\_\_\_ AG (Urk. 1 Rz 71; Urk. 11 Rz 95) und damit in einem Moment erfolgte, in der die Annahme des Mandates an sich in den Hintergrund getreten war, sie mit ihrem Verhalten in der Zwischenzeit aber wie erwogen die Frage nach ihrer Zutrauenswürdigkeit provoziert hatte. Dass der Beklagte die Klägerin in der Folge nicht sofort freistellte, sondern sie noch bis Ende Februar 2020 (ohne für die Klägerin wahrnehmbaren Entzug von Aufgaben) weiterarbeiten liess (Urk. 20 Rz 38 f.), bedeutet sodann nicht ohne Weiteres, dass er in der Zusammenarbeit mit ihr nicht vorsichtiger wurde (vgl. Urk. 11 Rz 82 f.; Prot. I S. 8). Die Klägerin legte vor Vorinstanz auch replicando nicht substantiiert dar, dass in ihrer Gegenwart bzw. mit ihr in diesem Zeitraum verbandspolitisch heikle Themen besprochen wurden (vgl. Urk. 20 Rz 107 f.); allfällige neue Bestreitungen/Behauptungen in ihrer Stellungnahme zu den Noven (Prot. I S. 9 ff.) wären unbeachtlich (vgl. hiervor E. III.4.2). Ein weitergehender Vertrauensverlust, der eine Weiterbeschäftigung unzumutbar machte (Urk. 20 Rz 38, 40), war - wie die Vorinstanz richtig betonte - für eine ordentliche Kündigung nicht nötig (vgl. Urk. 32 E. 2.3.5.). Schlüssige Indizien, die nahelegen würden, dass die Arbeitsbeziehung entgegen der Behauptung des Beklagten durch den Vertrauensbruch tatsächlich gar nicht belastet war bzw. der daraus resultierende Vertrauensverlust nicht der Grund für die Kündigung war (vgl. BGE 130 III 699 E. 4.1 mit Verweisen), ergeben sich aus ihren mittels Verweis zitierten erstinstanzlichen Darlegungen (Urk. 1 Rz 61-76; Urk. 20 Rz 13 ff., 32-41) folglich nicht. Schliesslich ist es auch nicht zulässig, das Schreiben des Beklagten vom 5. September 2019 (Urk. 5/31) auf seinen

Titel zu reduzieren und so den im 3. Absatz erwähnten Vertrauensverlust zu ignorieren, wie die Klägerin das (im Berufungsverfahren neu) tut (Urk. 31 Rz 7 [FN 1]).

7.1 Die Klägerin bringt vor, die Vorinstanz hätte dem Beklagten die Berufung auf den Vertrauensverlust als Kündigungsgrund (jedenfalls) verweigern müssen, weil er diesen Zustand wegen seines eigenen rechtswidrigen Verhaltens selber zu vertreten habe. Er habe ihr die Zustimmung zur Annahme des Verwaltungsratsmandats verweigert, obwohl sie bei objektiver Betrachtung Anspruch darauf gehabt habe, was die Vorinstanz, die auf eine eigentliche Interessenabwägung verzichtet und sich mit ihren rechtlichen Argumenten nicht auseinandergesetzt habe, verkannt habe. Um die ihr zustehende Nebentätigkeit ausüben zu können und diese wohl einmalige Chance nicht ungenutzt an sich vorbeiziehen lassen zu müssen, ohne gleichzeitig die Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses zu provozieren, habe sie nicht anders handeln können, als sie es getan habe. Ihr Verhalten sei absolut rechtmässig, verständlich und schutzwürdig gewesen. Unrechtmässig und unverhältnismässig sei einzig die Verweigerung der zweimal erbetenen Zustimmung des Beklagten gewesen (Urk. 31 Rz 7, 18, 28, 35-37, 39-53, 56 f., 59-62 Spiegelstriche 1 f. und 6 f.). Die Vorinstanz habe auch nicht erkennen wollen, dass für den Beklagten nicht nur ein (bestrittener) latenter Interessenkonflikt, sondern auch der Umstand, dass sie vor ihrem Ersuchen um Zustimmung zur Annahme ihrer Nebentätigkeit innerhalb kurzer Zeit zwei Mal im Mutterschaftsurlaub gewesen sei, ein entscheidender Grund für die Verweigerung der Zustimmung gewesen sei. Sie habe zwecks Erbringung des vollen Beweises, dass ihr die Zustimmung entscheidend auch wegen ihren zwei Mutterschaftsurlauben innerhalb kurzer Zeit vorenthalten worden sei, taugliche Beweismittel angeboten, nämlich zusätzlich zu der von E. \_\_\_\_\_ zwei Jahre später erstellten Aktennotiz auch ihre Parteibefragung bzw. Beweisaussage und eine Zeugenbefragung. Dieses Beweismittel habe die Vorinstanz nicht abnehmen wollen. Dies sei eine weitere Rechtsverletzung (Nichtanwendung der Beweislastumkehr infolge bereits erfolgter, dafür ausreichender Glaubhaftmachung), eventualiter eine Verletzung des Rechts der Klägerin auf Zulassung zum Beweis bzw. eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung und somit jedenfalls eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung (Urk. 31 Rz 29, 40, 62 Spiegelstrich 6).

7.2.1 Die Klägerin argumentiert auf der Grundlage von Art. 7 des Arbeitsvertrages, der einen Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Beklagten für jede Art von nebenberuflicher Erwerbstätigkeit ihrerseits statuiert (vgl. Urk. 5/9). Sie hält dafür, dass Zustimmungsvorbehalte grundsätzlich zulässig seien. Zweck solcher Klauseln sei, dass sich der Arbeitgeber gegen Schädigungen durch Nebentätigkeiten absichere. Werde ein Arbeitgeber durch Nebentätigkeiten jedoch nicht beeinträchtigt, dürfe er die Zustimmung nicht verweigern. Eine sachlich nicht begründete Verweigerung der Zustimmung sei ein willkürlicher und einschneidender Eingriff in die verfassungsmässig geschützte freie Lebensgestaltung und in die Grundrechte und ein Verstoss gegen die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers sowie die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmerin und damit widerrechtlich (Urk. 31 Rz 38, 62 Spiegelstriche 1 und 7). Ein Arbeitgeber dürfe die Zustimmung zur Nebentätigkeit nur verweigern, wenn er dafür sachliche Gründe und die Interessen der Arbeitnehmerin überwiegende Interessen gelten machen könne (Urk. 31 Rz 18). Die Klägerin klammert dabei die Art. 9.3 und 9.4 des gemäss überstimmender Darstellung der Parteien geltenden Mitarbeiterreglements kommentarlos aus, die - wie die Vorinstanz (richtig) festhielt - teilzeitbeschäftigten Mitarbeitenden eine Tätigkeit ausserhalb der dem Beklagten gewidmeten Zeit grundsätzlich erlauben, aber explizit jede Nebenbeschäftigung ausschliessen, die den Interessen des Beklagten zuwiderlaufen (Urk. 32 E. III. 2.3.1.1.; Urk. 5/10, vgl. auch Urk. 11 Rz 28, Urk. 20 Rz 75 und Urk. 39 Rz 8 (1), 12, 30, 35). Zwischen den Parteien galt folglich nicht nur ein die gesetzliche Treuepflicht gemäss Art. 321a OR ergänzender Zustimmungsvorbehalt, sondern eine Regelung, die die arbeitsrechtliche Treuepflicht inhaltlich konkretisierte und klarstellte, dass die Klägerin auch als Teilzeitmitarbeitende ausserhalb der Arbeitszeit auf jede (Erwerbs-)Tätigkeit zu verzichten hatte, die den Interessen des Beklagten widersprach. Sie beschränkte die Klägerin über die gesetzliche Regelung hinaus für die Dauer des Arbeitsverhältnisses in ihrer Freiheit, sich persönlich und wirtschaftlich zu entfalten, hob diese Freiheit aber nicht auf oder beschränkte sie in einem Mass, dass die Grundlagen ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährdet gewesen wären (vgl. BGE 143 III 480 E. 5.4): Das Arbeitsverhältnis war jederzeit mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten auf ein Monatsende kündbar und die Klägerin erzielte selbst nach einer ver-

traglich vereinbarten Reduktion ihres Arbeitspensums ab Frühjahr 2016 einen existenzsichernden Jahreslohn von CHF 105'000.00 brutto (vgl. auch Urk. 31 Rz 21). Zudem konnte sie auch bezahlten Nebenbeschäftigungen nachgehen, soweit diese den Interessen des Beklagten nicht widersprachen (und tat das mit Zustimmung des Beklagten auch, vgl. Urk. 1 Rz 9, Urk. 11 Rz 8 und Urk. 32 E. II.2.). Die Beschränkung sprengte damit weder in ihrer Dauer noch in ihrer Intensität den durch Art. 27 Abs. 2 ZGB definierten Rahmen. Eingriffe in die freie Entfaltung der Persönlichkeit, die mit der Erfüllung eines bestimmten Arbeitsvertrages (erkennbar) verbunden sind und weder gegen das Gesetz noch die guten Sitten verstossen, sind im Übrigen auch unter dem Aspekt von Art. 328 OR hinzunehmen (vgl. dazu BK-Rehbinder/Stöckli, Bd VI/2/2/1, Art. 328 N. 5). Der Beklagte war folglich vertraglich berechtigt, der Klägerin eine Nebenbeschäftigung zu untersagen (bzw. ihr die Zustimmung dafür zu verweigern), sofern eine solche seinen Interessen zuwiderlief, und zwar auch dann, wenn er damit das berufliche Fortkommen der Klägerin behinderte. Bei der Ausübung seiner vertraglichen Rechte war er an das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) gebunden, das namentlich eine unnütze bzw. schikanöse Rechtsausübung oder eine Rechtsausübung, bei der zwischen den Interessen des Berechtigten und denjenigen des Verpflichteten ein krasses Missverhältnis besteht, verbietet (BGE 143 III 279 E. 3.1). Ein ihr Interesse überwiegendes Interesse des Beklagten war entgegen der Klägerin keine Voraussetzung für die Zustimmungsverweigerung. Das gilt selbst dann, wenn man an das Handeln des Beklagten unter arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten den strengeren Massstab anlegt, der die Grenzen der Treuepflicht gemäss Art. 321a OR definiert (überwiegendes, berechtigtes Eigeninteresse des Arbeitnehmers; vgl. Urk. 32 E. III.2.2.5. f.). Anzumerken ist zudem, dass selbst ohne spezielle vertragliche Regelung bei Tendenzbetrieben Arbeitgeberinteressen dem Interesse eines Arbeitnehmers an freier Entfaltung seiner Persönlichkeit regelmässig vorgehen, soweit tendenzrelevante Themen berührt sind (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Art. 321a N 5).

7.2.2 Die Vorinstanz ging davon aus, dass der Beklagte im Rahmen seiner Klageantwort zumindest plausibilisiert habe, dass es berechtigte Einwände gegen die

Tätigkeit der Klägerin als Verwaltungsrätin gegeben habe. Die Klägerin macht im Berufungsverfahren geltend, dass sie das bestritten und im vorinstanzlichen Verfahren in ihrer Replik ("PV 1" Rz 55-64) auch ausführlich widerlegt habe (Urk. 31 Rz 36, 40 FN 7), setzt sich mit den Ausführungen der Vorinstanz zur Interessenlage des Beklagten aber nicht auseinander. Sie kommt damit ihrer Rügeobliegen insoweit nicht nach, weshalb ohne weiteres davon auszugehen ist, dass der Beklagte, jedenfalls im Zeitpunkt, als die Klägerin um die Zustimmung zur Übernahme des Verwaltungsratsmandats ersuchte, ein Interesse daran hatte, eine möglichst grosse Distanz zu der von ihm als F. \_\_\_\_\_-nahe beurteilten C. \_\_\_\_\_ AG zu halten (Urk. 32 E. III.2.3.1.2.). Auch unter der Annahme einer genügenden Rüge wäre der Vorinstanz allerdings beizupflichten: Der Beklagte ist ein medienpolitischer Interessenverband, der sich für die Freiheit und Unabhängigkeit der privaten Medien gegenüber Politik und Wirtschaft einsetzt. Er ist damit ein Tendenzbetrieb (Urk. 32 E. III.2.3.1.1.). Das stellt auch die Klägerin nicht in Frage. Die von der C. \_\_\_\_\_ AG eingezogenen Radio- und Fernsehgebühren dienen bekanntermassen grösstenteils der Finanzierung der Radio- und Fernsehprogramme der F. \_\_\_\_\_, die so umgekehrt auch die Existenz der C. \_\_\_\_\_ AG rechtfertigt. Die C. \_\_\_\_\_ AG ist in diesem Sinn Teil des öffentlich finanzierten Medienangebots, dessen Gegenpol die im Beklagten organisierten Verleger bilden. Das öffentlich finanzierte Medienangebot ist sodann regelmässig Gegenstand von politischen Debatten, die Leistungsauftrag der F. \_\_\_\_\_ (in Abgrenzung zum privat finanzierten Medienangebot), Höhe der Gebühren und den Gebührensplitt gleichermassen berühren, ohne dass vorab gesagt werden könnte, inwiefern die Interessen der im Beklagten organisierten privaten Medienunternehmer jeweils betroffen sind. Dass der Beklagte in dieser Gemengelage eine grösstmögliche Distanz auch zur C. \_\_\_\_\_ AG halten wollte bzw. will, um in seiner Interessenvertretung gegen innen und aussen jederzeit frei und glaubwürdig zu sein, leuchtet ohne weiteres ein (vgl. Urk. 39 Rz 30, 40, 52; Urk. 11 Rz 12-14, 44 ). Daran ändert nichts, dass er die Gebührenfinanzierung der F. \_\_\_\_\_ als Fernseh- und Radioveranstalterin in einer Medienmitteilung vom 25. Januar 2018 nicht grundsätzlich in Frage stellte (Urk. 20 Rz 60; Urk. 21/58). Eine solche Stellungnahme ist das Ergebnis einer internen Willensbildung in einer konkreten Situation, die beim Beklagten als Inte-

ressenvertreter die angesprochene Distanz und die Gewissheit voraussetzt, dass der Inhalt interner Diskussionen auch in den eigenen Reihen bleibt (vgl. dazu auch Prot. I S. 6 f.). Die diesbezüglichen Risiken einer Tätigkeit für beide Seiten legte die Klägerin selber offen, indem sie in ihrem Schreiben vom 6. September 2017 an G.\_\_\_\_\_ wie von der Vorinstanz zitiert hervorhob, sie hätte mit diesem Mandat Einsicht in das Inkasso der Gebühren, sodass es dem Beklagten zeitnah bekannt würde, wenn dieser Auftrag nicht gesetzeskonform ausgeführt würde (Urk. 5/18; Urk. 32 E. III.2.3.1.2.). Zusammengefasst durfte der Beklagte die Einsitznahme der zu seinem Kader gehörenden Klägerin in den Verwaltungsrat der C.\_\_\_\_\_ AG als seinen Interessen widersprechend beurteilen. Dass die Klägerin ihrerseits achtenswerte Gründe für die Übernahme des Mandates hatte, das für sie eine grosse (berufliche) Chance darstellte, anerkannte die Vorinstanz (Urk. 32 E. III. 2.3.1.3.; vgl. auch Urk. 31 Rz 45) und wird auch vom Beklagten nicht in Frage gestellt (Urk. 39 Rz 41). Ihre Interessen überwogen das verbandspolitische Interesse des Beklagten aber nicht, zumal der hochqualifizierten Klägerin (auch wenn sie am Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten festhalten wollte) die Möglichkeit offenstand, mittels nicht tendenzrelevanter Nebenbeschäftigungen ein Zusatzeinkommen zu generieren bzw. ihre Karriere voranzutreiben.

7.2.3 Zu ihrer weiteren Behauptung, der Beklagte habe ihr die Zustimmung entscheidend auch wegen ihren zwei Mutterschaftsurlauben innerhalb kurzer Zeit vorenthalten, erwog die Vorinstanz, es vermöge nicht zu überzeugen, dass ein solches, potentiell diskriminierendes Motiv für die Nichterteilung der Zustimmung zur Nebentätigkeit ausschlaggebend gewesen sein solle. So habe sich die Klägerin in ihrem Schreiben an G.\_\_\_\_\_ vom 6. September 2017 nach dem Gespräch mit E.\_\_\_\_\_ am 5. September 2017 nach Kräften bemüht, die latenten Interessenkonflikte zu widerlegen. Sie habe diesem Motiv offensichtlich die entscheidende Bedeutung zugemessen. Bereits in der E-Mail vom 23. August 2017 habe sie eingeräumt, sie könne selbstverständlich verstehen, wenn es Einwände gebe (Urk. 32 E. III.2.3.1.5.). Die Vorinstanz verneinte mithin gestützt auf das dokumentierte und unbestrittene eigene Verhalten der Klägerin, dass ihre Mutterschaftsurlaube ein relevantes Motiv für die Verweigerung der Zustimmung zur Übernahme des Verwaltungsratsmandats waren und musste daher auch keine Beweisverfah-

ren zu der vom Beklagten bestrittenen Behauptung (Urk. 11 Rz 41) durchführen. In der von E. \_\_\_\_\_ erstellten Aktennotiz, auf die die Klägerin Bezug nimmt (Urk. 31 Rz 48) ist nur festgehalten "auf den B. \_\_\_\_\_ konzentrieren". Die Verbindung zu ihren Mutterschaftsurlauben stellt die Klägerin frei her. Eine die Beweislast umkehrende Diskriminierung (Urk. 31 Rz 8, 48) macht sie damit nicht glaubhaft. Wie die Vorinstanz richtig erwog, ergibt sich aus ihrem eigenen Verhalten im Gegenteil, dass die Verweigerung der Zustimmung zur Übernahme des Verwaltungsratsmandates durch den Beklagten keinen (relevanten) Zusammenhang mit ihren Mutterschaftsurlauben hatte. Soweit die Klägerin im Berufungsverfahren vorträgt, sie habe sich in den von der Vorinstanz herangezogenen Schriftstücken aus taktischen Gründen nur zum vom Beklagten geltend gemachten Interessenkonflikt geäußert (Urk. 31 Rz 62 Spiegelstrich 6) [FN 15: "Schliesslich wollte die Klägerin damals ein Entgegenkommen"], ist ihr entgegenzuhalten, dass sie auch in ihrer an den Beklagten gerichteten Stellungnahme vom 28. August 2019, in dem sie nach Bekanntwerden der Annahme des Mandats ihr Verhalten zumindest im Ansatz bereits konfrontativ rechtfertigte, das später geltend gemachte diskriminierende Motiv nicht erwähnte (Urk. 5/28; vgl. Urk. 1 Rz 36 und Urk. 11 Rz 22, 61). Dieses findet auch im Schreiben des Rechtsvertreters der Klägerin vom 19. September 2019 an die Beklagte, das nur wenige Tage nach dem behaupteten Mittagessen mit H. \_\_\_\_\_ (Urk. 1 Rz 20) verfasst worden war, keine Erwähnung, obwohl die von der Klägerin ins Feld geführten taktischen Gründe offensichtlich nicht mehr bestanden, nachdem sie darin in Aussicht stellen liess, sich gegebenenfalls mit allen rechtlichen Mitteln gegen die widerrechtliche Behandlung durch den Beklagten zur Wehr zu setzen (Urk. 5/35; Urk. 32 E. II.7.). Es bleibt damit bei der Feststellung der Vorinstanz. Die Durchführung eines Beweisverfahrens erübrigt sich.

7.3 Ausgehend davon, dass die Zustimmungsverweigerung durch den Beklagten rechtmässig war, bleibt für die klägerische Auffassung, wonach sich die Missbräuchlichkeit der Kündigung auf ein im Ergebnis unrechtmässiges Verhalten des Beklagten zurückführen lässt, von vornherein kein Raum. Unter den gegebenen Umständen wäre die Missbräuchlichkeit der Kündigung aber mit der Vorinstanz (Urk. 32 E. III.2.3.5.-2.3.8) auch dann zu verneinen, wenn man davon ausginge,

dass der Beklagte den Plänen der Klägerin aufgrund ihres überwiegenden Interesses nicht hätte im Weg stehen dürfen. Diesfalls würde es dabei bleiben, dass die Position des Beklagten jedenfalls vertretbar und daher weder schikanös noch unbillig war. Als Tendenzbetrieb war für ihn zudem jedenfalls die Kenntnis der Nebentätigkeiten namentlich seiner Kadermitglieder von Bedeutung (vorstehend E. III.6.2). Für die Klägerin als ... [Funktion] und Mitglied der Geschäftsleitung war es unter diesen Umständen kein gangbarer Weg, das Mandat heimlich anzunehmen. In ihrer Position traf sie von vornherein eine erhöhte Treuepflicht (BGE 127 III 86 E. 2.c). Sie hatte zudem einem Zustimmungsvorbehalt vertraglich zugestimmt. Dieser implizierte, dass der Beklagte Anspruch darauf hatte, von ihr über ihre Nebentätigkeiten aktiv ins Bild gesetzt zu werden. Selbst für teilzeitbeschäftigte Mitarbeitende ohne spezielle vertragliche Vereinbarung sah Art. 9.3 des Mitarbeiterreglements im Übrigen eine Mitteilungspflicht auf Verlangen des Beklagten vor (Urk. 5/10; vgl. Urk. 1 Rz 8). Das von der Klägerin ins Feld geführte Notwehrrecht auf Lüge (Urk. 31 Rz 62 Spiegelstrich 5) setzt eine unzulässige Frage voraus, bestand vorliegend bezogen auf Nebenbeschäftigungen also nicht. Dass der Beklagte auf Offenheit seitens der Klägerin mit der (immer denkbaren) Kündigung des Arbeitsverhältnisses reagiert hätte, kann als theoretische Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden, ändert daran aber nichts. Abgesehen davon, bestand theoretisch auch die Möglichkeit, dass der Beklagte der Klägerin im Gegenzug für einen Verzicht auf die Mandatsübernahme finanziell entgegengekommen wäre oder sich durch Massnahmen gegen potentielle Risiken abgesichert hätte. Rückschlüsse wie sie die Klägerin aus der später erfolgten Kündigung zieht (Urk. 31 Rz 52), verbieten sich jedenfalls, da dieser ein Vertrauensbruch zugrunde lag, zu dem es im Alternativszenario gerade nicht gekommen wäre. Wie sich die Geschehnisse entwickelt hätten, wenn die Klägerin gegenüber dem Beklagten offen aufgetreten wäre, bleibt letztlich Spekulation.

9. Schlussfolgernd ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht ohne Durchführung eines Beweisverfahrens zum Schluss kam, dass die vom Beklagten am 29. Oktober 2019 ausgesprochene Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin nicht als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR zu qualifizieren ist.

Der vorinstanzliche Entscheid ist folglich zu bestätigen und die Klage auch im Übrigen abzuweisen.

#### IV.

1. Die von der Vorinstanz festgesetzte Entscheidgebühr und Prozessentschädigung wurden in ihrer Höhe nicht beanstandet und sind zu übernehmen. Ein Grund, die Kostenverteilung zugunsten der Klägerin anzupassen, besteht angesichts des Ausgangs des Verfahrens nicht. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffern 3 und 4) ist zu bestätigen.

2. Für das zweitinstanzliche Verfahren wird die unterliegende Klägerin vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt Fr. 37'600.00 (vgl. Art. 91 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 4'500.– festzusetzen und mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Die zweitinstanzliche Parteientschädigung bemisst sich nach § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 AnwGebV. Sie ist einschliesslich Mehrwertsteuer auf Fr. 4'200.– festzusetzen.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 22. November 2022 in Rechtskraft erwachsen ist hinsichtlich Dispositiv-Ziffer 1 und hinsichtlich Dispositiv-Ziffer 2, insoweit die Klage im Fr. 37'600.00 netto zuzüglich Zins zu 5% p.a. seit dem 01.12.2020 übersteigenden Umfang abgewiesen wurde.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Die Klage wird (auch) im Übrigen abgewiesen.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffern 3 und 4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'500.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'200.– zu bezahlen.
6. 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.

7. 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. 37'600.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.  
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG

Zürich, 27. Dezember 2022

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Huizinga

lic. iur. H. Lampel

versandt am:  
Im