

# **SG\_KANTONSGERICHT BO.2024.11-K3 vom 27. Dezember 2024**

Sg Kantonsgericht, 2024-12-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_BO.2024.11-K3](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_BO.2024.11-K3)

FR: SG\_KANTONSGERICHT BO.2024.11-K3 du 27 décembre 2024

IT: SG\_KANTONSGERICHT BO.2024.11-K3 del 27 dicembre 2024

## **Regeste**

Art. 336 Abs. 1 lit. b OR: Eine Kündigung ist u.a. dann grundsätzlich missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird, weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt. Die entlassene Partei muss das Vorliegen des missbräuchlichen Kündigungsgrundes sowie die natürliche Kausalität dieses Grundes für die Kündigung beweisen. Da es sich beim Motiv für die Kündigung um eine innere Tatsache handelt, ist dieser Beweis nur schwer zu erbringen, so dass «hohe» oder «überwiegende Wahrscheinlichkeit» genügt (E. III. 3a). Art. 16 Abs. 2 BV: Der grundrechtliche Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit umfasst auch unhaltbare oder offensichtlich falsche, provozierende oder schockierende Äusserungen: In einer Demokratie darf die Mehrheit die Minderheit nicht zum Schweigen bringen (E. III. 3b). Eine WhatsApp-Story, in der u.a. das Corona-Zertifikat mit dem Gesundheitspass aus der Nazi-Zeit (samt Hakenkreuz) verglichen wird, mag zwar geschmacklos und unangemessen sein, überschreitet den zulässigen Rahmen von Art. 16 Abs. 2 BV aber nicht (E. III. 4). Liegen mehrere Kündigungsgründe vor und befinden sich darunter missbräuchliche als auch zulässige, ist darauf abzustellen, ob der missbräuchliche Grund das ausschlaggebende Motiv für die Kündigung war (E. III. 5d). (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, BO.2024.11-K3).

## **Erwägungen**

### **E. 31**

Mai 2024 mitgeteilt wurde (B/17). II. 1. Die von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen für das Berufungsverfahren sind erfüllt (Art. 59 f., Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 sowie Art. 311 Abs. 1 ZPO). Auf die Berufung ist einzutreten. Zuständig ist die III. Zivilkammer des Kantonsgerichts (Art. 16 Abs. 1 EG-ZPO i.V.m. Art. 14 Abs. 1 lit. d GO). 2. Mit der Berufung nach Art. 308 ff. ZPO können die unrichtige Rechtsanwendung und/oder die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Den Berufungskläger trifft dabei eine Begründungspflicht (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Er hat sich daher sachbezogen mit dem Entscheid der Vorinstanz auseinanderzusetzen und unter Bezugnahme auf die erstinstanzlichen Erwägungen im Einzelnen darzulegen, warum dieser in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A\_651/2012 E. 4.2; REETZ/THEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, BO.2024.11-K3 6/23

ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 311 N 36). Ungeachtet der Begründungspflicht gilt allerdings der Grundsatz, dass das Recht von Amtes wegen anzuwenden ist, auch im Rechtsmittelverfahren, weshalb die Berufungsinstanz in rechtlicher Hinsicht nicht auf die Prüfung geltend gemachter Rechtsverletzungen beschränkt ist (Art. 57 ZPO; ZPO-Rechtsmittel-KUNZ, 2013, Art. 311 N 94; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches

Zivilprozess- recht, 2. Aufl., N 4.52 und 12.41; SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, N 893; vgl. auch REETZ/THEILER, ZPO Komm., Art. 311 N 36, S. 2442 unten). 3.a) Im Berufungsverfahren werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch be- rücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO), woran auch der im vorliegenden Verfahren geltende Untersuchungsgrundsatz nichts ändert (vgl. BGE 138 III 625 E. 2.2). Die zumutbare Sorgfalt setzt dabei voraus, dass jede Partei im erstinstanzlichen Verfahren den Sachverhalt sorgfältig und umfassend darlegt und alle Elemente vorbringt, die zum Beweis der erheblichen Tatsachen geeignet sind (BGer 5A\_695/2012 E. 4.2.1; BGer 5A\_739/2012 E. 9.2.2). Die Partei, welche vor der Berufungsinstanz das Novenrecht beanspruchen will, hat im Übrigen substantiiert darzu- legen und zu beweisen, dass die genannten Voraussetzungen (kumulativ) erfüllt sind (REETZ/HILBER, ZPO Komm., Art. 317 N 34; BGer 5A\_739/2012 E. 9.2.2). Nicht unter das Novenrecht fallen schliesslich neue Vorbringen rechtlicher Art. Solche sind (im Rahmen des ordentlichen Ganges des [Berufungs-]Verfahrens) jederzeit und voraussetzungslos zulässig. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (für das Berufungsverfahren vgl. REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 317 N 31 und 33). Schliesslich sind auch Zuge- ständnisse oder Einschränkungen der Begehren unabhängig der Novenbeschränkung zuzulassen (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, a.a.O., N 11.109; SEILER, a.a.O., N 1278 ff.; REETZ/HILBER, ZPO Komm., Art. 317 N 26; REUT, Noven nach der Schweizerischen Zivil- prozessordnung, 2017, N 94). b) Die Zulässigkeit allfälliger neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel im Berufungsverfahren wird – soweit für den Entscheid relevant – im entsprechenden Sach- zusammenhang geprüft. 4.a) Gemäss dem aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliessenden sogenannten Replikrecht hat eine Partei Anspruch darauf, von jeder dem Gericht eingereichten Stel- lungnahme der Gegenseite Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äussern, und zwar unabhängig davon, ob die Stellungnahme neue Tatsachen oder Argumente enthält und BO.2024.11-K3 7/23

ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermag. Dieses Replikrecht führt dazu, dass ein Berufungskläger nach Erstattung der Berufungsantwort zu den darin gemachten Ausführungen selbst dann Stellung beziehen darf, wenn das Gericht keinen zweiten Schriftenwechsel oder eine Verhandlung angeordnet hat. Allerdings wird eine solche Stel- lungnahme inhaltlich nur soweit berücksichtigt, als sie Ausführungen enthält, die nicht schon früher hätten vorgebracht werden können und müssen. Dabei hat sich der Beru- fungskläger unverzüglich zu äussern und, weil es nicht Aufgabe des Gerichts ist, danach zu forschen, darzutun, inwiefern der Gehörsanspruch die weitere Eingabe rechtfertigt. Die Replik darf im Übrigen nicht dazu verwendet werden, die Berufung zu ergänzen oder zu verbessern (BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGE 142 III 48 E. 4.1.1; BGE 139 I 189 E. 3.2; BGE 137 I 195 E. 2.3.1; BGer 4A\_213/2015 E. 2.1.2; BGer 4A\_278/2014 E. 2.2; BGer 4A\_510/2011 E. 1; vgl. auch REETZ/HILBER, ZPO Komm., Art. 316 N 8 und 45 sowie Art. 317 N 12 und 25; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, a.a.O., N 4.63). b) Soweit für den Entscheid relevant, wird die Zulässigkeit der jeweiligen Stellung- nahmen im Sinne des unbedingten Replikrechts im entsprechenden Sachzusammenhang geprüft. III. 1. Nicht mit der Berufung angefochten wurde die Abweisung des vor Vorinstanz noch geltend gemachten Anteils des 13. Monatslohnes für die Jahre 2021 und 2022. Damit hat es diesbezüglich sein Bewenden. Der (für einen allfälligen Weiterzug an das Bundesge- richt massgebende) Streitwert beträgt somit noch Fr. 14'699.75. 2. In der Sache dreht sich der

Streit um die Frage, ob die Kündigung der Beklagten missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. b OR erfolgte, weil sie wegen der Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts ausgesprochen wurde (Meinungsäusserungsfreiheit, Art. 16 Abs. 2 BV). Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, aus der Tatsache, dass die Beklagte sechs Tage bzw. vier Arbeitstage nach der Veröffentlichung der WhatsApp-Story die Kündigung ausgesprochen habe, ergebe sich klar, dass seine durch die Meinungsäusserungsfreiheit geschützte Meinungsäusserung Grund für die Entlassung sei. Die Beklagte ist der Auffassung, die Meinungsäusserung des Klägers bezüglich des Gesundheitspasses falle ohnehin nicht unter Art. 16 Abs. 2 BV. Dies weil er bewusst die Führung des Bundesrates mit derjenigen Hitlers vergleiche, was nicht mehr von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sei. Zudem habe der Kläger während seiner Anstel- BO.2024.11-K3 8/23

lungsdauer eine Vielzahl von Verfehlungen begangen und dafür zwei Verwarnungen erhalten und sei somit die WhatsApp-Story nicht der (alleinige) Grund für die Entlassung.

3.a) Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Vertragspartei unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist gekündigt werden (Art. 335 Abs. 1 OR). Für die Rechtmässigkeit einer Kündigung bedarf es grundsätzlich keiner besonderen Gründe, da das schweizerische Arbeitsrecht vom Prinzip der Kündigungsfreiheit ausgeht (STREIF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Art. 335 OR N 2 S. 891; BGE 131 III 535 E. 4.1; BGE 127 III 86 E. 2a; BGE 125 III 70 E. 2a). Die Kündigungsfreiheit findet jedoch ihre Grenzen im Missbrauchsverbot. Missbräuchlich ist eine Kündigung nur, wenn sie aus bestimmten, unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, welche in Art. 336 OR umschrieben werden, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist (BGE 125 III 70 E. 2a; BGE 132 III 115 E. 2.1). Nach Art. 336 Abs. 1 lit. b OR ist eine Kündigung missbräuchlich, die ausgesprochen wird, weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt, es sei denn, die Rechtsausübung verletze eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb. Die entlassene Partei muss das Vorliegen eines missbräuchlichen Kündigungsgrundes sowie die natürliche Kausalität dieses Grundes für die Kündigung behaupten und beweisen (Handkommentar SHK-FACINCANI/BAZZELL, 2021, Art. 336 OR N 65). Denn durch die Formulierung «weil» wird deutlich, dass zwischen der Rechtsausübung und der Kündigung ein Kausalzusammenhang bestehen muss (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, 7. Aufl., Art. 336 N 31; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336 N 16 S. 1017; BK-REHBINDER/STÖCKLI, 2. Aufl., Art. 336 OR N 24). Abzustellen ist auf den wahren Kündigungsgrund, dessen Bestimmung eine Tatfrage ist. Der Gekündigte, der die Beweislast für die Missbräuchlichkeit trägt, muss demnach – wie dargelegt – auch beweisen, dass ihm tatsächlich aus dem missbräuchlichen Grund gekündigt worden ist, also ein Kausalzusammenhang zwischen dem verpönten Grund und der Kündigung gegeben ist. Da es sich beim Motiv für eine Kündigung um eine innere Tatsache handelt, ist dieser Beweis nur schwer zu erbringen, so dass die Rechtsprechung «hohe Wahrscheinlichkeit» genügen lässt (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336 N 31 m.w.H.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336 N 16 m.w.H.; KUKO OR-SCHWAIBOLD, 2014, Art. 336 N 33 m.w.H.). Der herabgesetzte Beweisgrad der «hohen Wahrscheinlichkeit» (nach der bundesgerichtlichen Terminologie wird dafür teilweise der Begriff der «überwiegenden Wahrscheinlichkeit» verwendet) ist erreicht, wenn kein ernst zu nehmender Raum für eine von der behaupteten abweichende Sachverhaltsversion verbleibt. Ein anderer als der behauptete Hergang ist zwar denkbar, fällt aber bei vernünftig realistischer Betrachtung nicht massgeblich in Betracht. Die Zwei-

fel dürfen gewichtiger sein als bei Anwendung des Regelbeweismasses, sind aber weiter-  
BO.2024.11-K3 9/23

hin auf ein stark untergeordnetes Gewicht verwiesen. Die numerische Wahrscheinlichkeit muss mindestens 75% erreichen (BK-WALTER, 2012, Art. 8 ZGB N 138 m.w.H.; KUKO ZGB-MARRO, 2018, Art. 8 N 7 ff m.w.H.; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, 7. Aufl., Art. 8 N 18; vgl. auch BGE 125 III 277 E. 3c). Die hohe Wahrscheinlichkeit kann auch aus Indizien erschlossen werden, insbesondere aus einem engen zeitlichen Zusammenhang zwischen Grund und Kündigung oder aus genügenden Anhaltspunkten, dass der angegebene Kündigungsgrund nur vorgeschoben ist. In diesem Fall entsteht eine tatsächliche Vermutung (und keine Beweislastumkehr), dass die Kündigung missbräuchlich ausgesprochen wurde (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336 N 31 m.w.H.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336 N 16 m.w.H.). Der Arbeitgeber kann seinerseits nicht untätig bleiben; ihm obliegt es, Beweise zur Stützung seiner eigenen Darstellung in Bezug auf das Kündigungsmotiv vorzulegen (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336 N 31 m.w.H.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336 N 16 m.w.H.; Handkommentar SHK-FACINCANI/BAZZELL, Art. 336 OR N 66; BGE 130 III 699 E. 4.1). Unabhängig von der schriftlichen Begründung können – wie bei der ausserordentlichen Kündigung – andere Kündigungsgründe nachgeschoben werden (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336 N 34). Allerdings hielt das Bundesgericht im Zusammenhang mit einer fristlosen Kündigung fest, dass nur Umstände als Kündigungsgründe nachgeschoben werden können, die sich vor der fristlosen Kündigung abgespielt haben und die im Zeitpunkt der fristlosen Entlassung weder bekannt waren, noch bekannt sein konnten. Diesfalls ist zu fragen, ob dieser Umstand derart ist, dass er – wenn der Kündigende ihn gekannt hätte – zu einem Vertrauensbruch hätte führen können. Nur insofern ist das Nachschieben von Kündigungsgründen sowohl bei der fristlosen Kündigung als auch bei der ordentlichen Kündigung zulässig (BGE 142 III 579 E. 4.3; BGE 127 III 310 E. 4a; BGer 4A\_2016 E. 4.3). b) Nach Art. 16 Abs. 2 BV hat jede Person das Recht, ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten. Die Garantie der freien Meinungsäusserung verleiht jedem Einzelnen das Recht, der Öffentlichkeit oder Privatpersonen Meinungen und Informationen ohne Behinderung durch Behörden mitzuteilen und sich dabei aller erlaubten und zweckmässigen Mittel zu bedienen (SG Kommentar BV-RECHSTEINER/ERRASS, 2023, Art. 16 N 19). Lehre und Praxis gehen in der Auslegung von Art. 16 BV von einem weiten Begriff der Meinung aus. Er umfasst die «Gesamtheit der Mitteilungen menschlichen Denkens» unabhängig davon, ob diese rational fassbar oder emotional geprägt sind, ob sie dem Beweis zugänglich sind (Tatsachenbehauptungen) oder subjektive Standpunkte (eigene oder fremde Meinungen, Werturteile, persönliche Überzeugungen oder Empfindungen) wiedergeben. Auf den Inhalt oder die Wertigkeit der Äusserung  
BO.2024.11-K3 10/23

kommt es nicht an. Der grundrechtliche Schutz umfasst auch unhaltbare oder offensichtlich falsche Mitteilungen, «provozierende oder schockierende Äusserungen» oder unaufrichtige Behauptungen (BSK BV-HERTIG, 2015, Art. 16 N 9). Kein legitimes Eingriffsinteresse ist die Abschirmung von Mehrheitsmeinungen gegenüber unliebsamen oder schockierenden Standpunkten: In einer Demokratie darf die Mehrheit die Minderheit nicht zum Schweigen bringen (BSK BV-HERTIG, Art. 16 N 37; SG Kommentar BV-RECHSTEINER/ERRASS, Art. 16 N 40). Wegen der Bedeutung der Meinungs- und

Informationsfreiheit für den demokratischen und gesellschaftlichen Meinungsbildungsprozess sind insbesondere inhaltsbezogene Beschränkungen im Bereich des politischen Diskurses nur unter sehr restriktiven Umständen zulässig. Die gilt insbesondere auch, wenn ein für die Gesellschaft wichtiges Thema betroffen ist, wie z.B. die öffentliche Gesundheit. Insbesondere Mitglieder der Regierung, Politiker und andere Machttäger haben ein grösseres Mass an Kritik zu tolerieren. Hingegen sind laut Bundesgericht die Grenzen der zulässigen Kritik überschritten, wenn ein Politiker mittels einer Fotomontage mit Adolf Hitler verglichen wird (Pra 101 [2012] Nr. 53; BSK BV-HERTIG, Art. 16 N 42; SG Kommentar BV-RECHSTEINER/ERRASS, Art. 16 N 42). 4.a) Die Vorinstanz hielt bezüglich der Frage, ob die Äusserung im Gesundheitspass-WhatsApp-Status noch von der Meinungsäusserungsfreiheit geschützt wird, Folgendes fest: Aus der Mitteilung ergebe sich, dass der Kläger mit der Coronapolitik des Bundesrates und insbesondere mit der Impfung, nicht einverstanden gewesen sei und die damit verbundenen Einschränkungen mit dem Gesundheitspass und damit mit der Zeit des Nationalsozialismus verglichen habe. Das Vorbringen der Beklagten, dass die Meinungsäusserungsfreiheit dort ende, wo Schutzgüter verletzt würden, wie beispielsweise bei der Leugnung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit wie den Holocaust sowie bei der Verbreitung von Hass gegen Personen oder Personengruppen, sei vorliegend nicht einschlägig und die Interpretation der Äusserungen des Klägers durch die Beklagte gehe zu weit. Zwar handle es sich bei der Äusserung des Klägers um eine Minderheitsmeinung, diese falle aber noch in den Schutzbereich von Art. 16 BV (vi-Entscheid, S. 12 unten f.). b) Während der Kläger diese Einschätzung der Vorinstanz teilt, vertritt die Beklagte auch im Berufungsverfahren die Auffassung, der Kläger habe die Coronapolitik des Bundesrates mit den Verbrechen der NS-Zeit gleichgesetzt und seine Äusserung mit dem nationalsozialistischen Gesundheitspass verbildlicht. Damit vergleiche er bewusst die Führung des Bundesrates mit derjenigen Hitlers, dem grössten Verbrecher des zwanzigsten Jahrhunderts, was nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht mehr von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sei. Die vorinstanzliche Ansicht, dass die Äusserung in BO.2024.11-K3 11/23

der WhatsApp-Story als schützenswerte Minderheitsmeinung gelte, sei somit falsch (Berufungsantwort, N 10a mit Hinweis auf Klageantwort, N 25a). Indessen vergleicht der Kläger den Bundesrat nicht mit Hitler und seinen Verbrechen, sondern den Gesundheitspass der NS-Zeit mit dem Corona-Zertifikat, was nicht dasselbe ist. Zwar mag auch dieser Vergleich geschmacklos, schockierend und unangemessen erscheinen, er überschreitet den zulässigen Rahmen von Art. 16 Abs. 2 BV allerdings nicht (vgl. E. 3b hiavor). Auch ergibt sich aus den Äusserungen des Klägers weder eine Leugnung des Holocausts (SG Kommentar BV-RECHSTEINER/ERRASS, Art. 16 N 44 m.w.H.), noch stellt sie eine Rassendiskriminierung dar (Kommentar BV-RECHSTEINER/ERRASS, Art. 16 N 43 m.w.H.). Auch eine Sympathie für nationalsozialistisches Gedankengut kann daraus nicht abgeleitet werden (BGer 8C\_740/2017). Schliesslich ist die Verwendung eines Hakenkreuzes an sich in der Schweiz (noch) nicht strafbar (vgl. SDA-Meldung Bundesversammlung vom 17. April 2024 betreffend Hakenkreuzverbot). Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass die beiden durch Screenshots belegten WhatsApp-Nachrichten im Status von der Meinungsäusserungsfreiheit geschützt sind (vgl. aber E. 7 hiernach). 5. Damit ist zu prüfen, ob der Kläger mit hoher Wahrscheinlichkeit nachweisen kann, dass ihm wegen der WhatsApp-Story gekündigt wurde. a) Der Kläger macht unter dem Titel «1. Äusserungen des Berufungsklägers in der

WhatsApp-Story» zunächst geltend, die Vorinstanz habe festgestellt, dass er durch die Veröffentlichung der WhatsApp-Story mit dem Gesundheitspass zu erkennen gegeben habe, dass er mit der Coronapolitik des Bundesrates, insbesondere mit der Impfung, nicht einverstanden sei (Berufung, N 21 1. Satz, unter Hinweis auf vi-Entscheid E. 13.3. S. 12 f.). Indessen bezieht sich diese Feststellung der Vorinstanz – worauf die Beklagte zu Recht hinweist (Berufungsantwort, N 10) – auf die Frage, ob die Äusserung in der WhatsApp-Story unter dem Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit steht. Wie dargelegt, hat dies die Vorinstanz – in Übereinstimmung mit der Auffassung des Klägers – zu Recht bejaht (vgl. E. 4b hiervor). Überdies trifft die von der Vorinstanz gemachte Aussage offensichtlich zu und es ist nicht ersichtlich, was der Kläger daraus ableiten will. b/aa) Der Kläger macht unter dem gleichen Titel weiter geltend, die Vorinstanz habe daraus (d.h. aus der WhatsApp-Story) geschlossen, dass er signalisiert habe, er werde die Corona-Massnahmen nicht einhalten. Dies gehe zwar nicht explizit aus dem vorinstanzlichen Entscheid hervor, lasse sich jedoch daraus schliessen, dass die Vorinstanz der Auffassung sei, die Beklagte habe in ihrem Kündigungsschreiben unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass die Einhaltung der Corona-Massnahmen für sie wichtig sei BO.2024.11-K3 12/23

und daher nachvollziehbar sei, dass die WhatsApp-Story im Kündigungsschreiben prominent erwähnt worden sei (Berufung, N 21 2. Satz). Diese Sachverhaltsfeststellung sei falsch. Mit der WhatsApp-Story habe er, der Kläger, lediglich die Meinung geäussert, dass er die Wiederholung der Geschichte bereits vorhergesagt habe, aber fälschlicherweise als Verschwörungstheoretiker bezeichnet worden sei. Als Nachweis habe er den Gesundheitspass aus der nationalsozialistischen Zeit präsentiert. Die Annahme, er habe durch diese Meinungsäusserung gezeigt, dass er sich nicht an die Corona-Massnahmen halten würde, sei unzutreffend und gehe weder aus dem Wortlaut der Meinungsäusserung noch aus den Akten hervor (Berufung, N 22). bb) Es trifft nicht zu, dass die Vorinstanz allein gestützt auf die WhatsApp-Story geschlossen hat, der Kläger habe signalisiert, er wolle die Corona-Massnahmen nicht einhalten. Die Vorinstanz hat vielmehr aus der WhatsApp-Story und den im Kündigungsschreiben aufgeführten Verfehlungen resp. Verweisen geschlossen, dass die Einhaltung der Corona-Massnahmen für die Beklagte sehr wichtig sei. Dies sei insofern naheliegend und verständlich, da sie in der Tourismusbranche tätig sei und es ihr während der Corona-Pandemie nur dank strikter Umsetzung der Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus, insbesondere der Maskentragpflicht, möglich gewesen sei, den Bahnbetrieb aufrecht zu erhalten. Demzufolge sei es nachvollziehbar, dass die Missachtung der Maskentragpflicht und vor allem auch die WhatsApp-Story im Kündigungsschreiben prominent zum Ausdruck gekommen sei (vi-Entscheid, S. 14; vgl. auch Berufungsantwort, N 10 b). Die Beanstandung des Klägers, die Vorinstanz habe den Sachverhalt falsch festgelegt, ist damit unzutreffend (zur umfassenden Beweiswürdigung bezüglich Kausalität vgl. E. d hiernach). c) Der Kläger bringt sodann unter dem Titel «2. Öffentlicher Charakter der WhatsApp-Story» weiter vor, die Vorinstanz habe zu Unrecht festgestellt, die WhatsApp-Story des Klägers sei «öffentlich» gewesen (Berufung, N 24 ff.). Dazu ist festzuhalten, dass die Beklagte zu Recht geltend macht, der Kläger habe seine Vorbringen in der Berufung einfach aus dem vorinstanzlichen Verfahren übernommen (vgl. Replik, N 84 ff.) und sich überhaupt nicht mit der Argumentation der Vorinstanz auseinandergesetzt (Berufungsantwort, N 12). Insofern sind die Ausführungen des Klägers nicht zu hören (vgl. E. II. 2 hiervor), zumal die Erwägungen der Vorinstanz durchaus nachvollziehbar und zutreffend sind. Sie führte

nämlich aus, der Kläger habe die Story, welche 24 Stunden einsehbar gewesen sei, über WhatsApp hochgeladen. Diese Statusmeldungen könnten von Personen empfangen werden, wenn beide in den Kontakten des jeweils anderen gespeichert seien. Der private Rahmen könne definiert werden als begrenzter Kreis an Beteiligten BO.2024.11-K3 13/23

ten, die durch eine persönliche Beziehung oder ein besonderes Vertrauen miteinander verbunden seien. Es sei auf die jeweiligen Umstände, d.h. die Qualität der persönlichen Beziehung und das Vertrauensverhältnis abzustellen (mit Hinweis auf WILDHABER/HÄNSENBERGER, in: Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizer Juristentag 2015 in St. Gallen, S. 408). Dass alle gespeicherten Kontakte auf einer persönlichen Beziehung oder einem besonderen Vertrauen beruhen, sei nicht realistisch. Dies zeige sich insbesondere auch darin, dass die WhatsApp-Story des Klägers auch von seinem Vorgesetzten gelesen worden sei (vi-Entscheid, S. 13). Anzuführen bleibt hier nur, dass WILDHABER/HÄNSENBERGER davon ausgehen, dass grundsätzlich nur ein Posting, welches für weniger als sechs Personen (oder bildlich gesprochen eine Handvoll Menschen) zugänglich ist, als «privat» zu gelten habe (S. 408). Der Kläger benützt denn auch selbst immer wieder den Ausdruck «Veröffentlichung» der WhatsApp-Story (vgl. etwa Berufung, N 13 und 39). Letztlich spielt es – wie der Kläger selbst feststellt (Berufung, N 29) – allerdings keine Rolle, ob die Statusmeldungen als «privat» oder «öffentlich» zu bewerten sind, denn die Meinungsäusserungsfreiheit schützt private und öffentliche Meinungsäusserungen (vgl. E. 3b hiervor). Die Vorinstanz hat denn auch keine Schlüsse aus der Bewertung als «öffentlich» gezogen. d) Der Kläger macht unter dem Titel «3. Äusserung der Berufungsbeklagten im Kündigungsschreiben» nochmals geltend, die Vorinstanz habe festgehalten, dass die Beklagte im Kündigungsschreiben unmissverständlich zum Ausdruck gebracht habe, die Einhaltung der Corona-Massnahmen sei für sie sehr wichtig. Demzufolge sei gemäss Vorinstanz nachvollziehbar, dass die Missachtung der Maskentrapflicht und vor allem auch die WhatsApp-Story im Kündigungsschreiben prominent zum Ausdruck gekommen seien. Diese Feststellung sei falsch. Die Beklagte habe im Kündigungsschreiben deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie als Betrieb, der kantonale Finanzhilfen erhalte, seine Meinung in Verbindung mit dem Nationalsozialismus weder dulden noch tolerieren könne und das Arbeitsverhältnis daher gekündigt habe (Berufung, N 30 ff.). Weiter bringt der Kläger unter dem Titel «4. Kündigungsgrund» vor, die Verwarnungen betreffend die Missachtung der Maskentrapflicht, die Befahrung einer gesperrten Piste und seine Umgangsformen seien nur vorgeschoben worden, zumal sie im Zeitpunkt der Kündigung (teils mehr) als sechs Monate zurückgelegen hätten und seit diesen Verfehlungen keine weiteren Verfehlungen stattgefunden hätten (Berufung, N 38): Am Tag der Veröffentlichung und wenige Tage später bei der Kündigung habe die Beklagte ihm, dem Kläger, mitgeteilt, dass ein Betrieb, der kantonale Finanzhilfen erhalte, eine Meinungsäusserung in Verbindung mit dem Nationalsozialismus und letztlich mit einer bewussten Herabsetzung der eidgenössischen und behördlichen (recte: kantonalen) Behörden weder dulden noch tolerieren könne BO.2024.11-K3 14/23

ne. Schon vor diesem Hintergrund werde offensichtlich, dass die einzige Ursache für die Kündigung seine Meinungsäusserung in Verbindung mit dem Nationalsozialismus gewesen sei und damit der Kausalzusammenhang gegeben sei. Die «vorerwähnten wiederholten Verfehlungen» im Kündigungsschreiben habe die Beklagte nur vorgeschoben (Berufung, N 40 ff.). aa) Die Vorinstanz kam in ihrem Entscheid zum Schluss, der Kläger habe

den Beweis der hohen Wahrscheinlichkeit, dass die Äusserung in WhatsApp alleiniger bzw. haupt-sächlicher Grund für die Kündigung gebildet habe, nicht erbracht. Damit gelinge dem Klä- ger der Beweis nicht, dass die Kündigung aufgrund seiner Meinungsäusserung in seiner WhatsApp-Story ausgesprochen wurde und die Missbräuchlichkeit der Kündigung sei deshalb zu verneinen. Zur Begründung führte die Vorinstanz aus, der enge zeitliche Zusammenhang zwischen der WhatsApp-Story und der Kündigung und auch die explizite Nennung im Kündigungsschreiben indizierten zwar, dass diese Äusserungen die Kündigung ausgelöst haben könnten. Indessen bestreite die Beklagte den Kausalzusammenhang und sehe den Grund der Kündigung darin, dass der Kläger während des Arbeitsverhältnisses eine Vielzahl mehr oder weniger schwerer Verfehlungen begangen habe. Die Beklagte habe zunächst versucht, durch mündliche und schriftliche Verweise und Abmahnungen den Kläger zur Einhaltung seiner Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zu bewegen. Gemäss Kündigungsschreiben sei der Kläger zweimal verwarnet worden, einmal wegen Missachtung der Maskentragpflicht. Danach habe sich das Kündigungsschreiben mit der publizierten WhatsApp-Story befasst und am Schluss des Schreibens habe sie dem Beklagten (recte: Kläger) nochmals die Weisung erteilt, inskünftig in keiner Form gegen die Anordnungen von Bund und Kantonen zu verstossen. Wie bereits dargelegt (E. 5b) führte die Vorinstanz aus, die Beklagte bringe mit dem Kündigungsschreiben unmissverständlich zum Ausdruck, dass die Einhaltung der Corona-Massnahmen für sie sehr wichtig sei. Dies sei insofern auch naheliegend und verständlich, da sie in der Tourismusbranche tätig sei und es ihr während der Corona-Pandemie nur dank der strikten Umsetzung der Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus, insbesondere der Maskentragpflicht, möglich gewesen sei, den Bahnbetrieb aufrecht zu erhalten. Demnach sei es nachvollziehbar, dass die Missachtung der Maskentragpflicht und vor allem auch die WhatsApp-Story im Kündigungsschreiben prominent zum Ausdruck gekommen seien (vi-Entscheid, S. 14). Im Kündigungsschreiben sei die Rede von zwei Verwarnungen, wobei unbestritten sei, dass eine Verwarnung aufgrund der Missachtung des Tragens einer Atemschutzmaske erfolgt sei. Bei der zweiten Verwarnung sei aufgrund der Besprechungsnotiz vom 19. März 2021 davon auszugehen, dass im Rahmen dieses Gesprächs eine Verwarnung betreffend Pflicht zur Einhaltung von Vorschriften erfolgt sei (Pisten, Einsätze mit RL ab-BO.2024.11-K3 15/23

sprechen, Umgangsformen). Der Kläger habe selbst ausgeführt, dass er aufgrund eines Konflikts mit F.\_\_\_\_ verwarnet worden sei (vi-Entscheid, S. 14 unten f.). Folglich seien die von der Beklagten vorgebrachten Verfehlungen des Klägers, welche zur Verwarnung geführt hätten, insbesondere die Missachtung der Maskentragpflicht, die Befahrung der gesperrten Piste und die Umgangsformen des Klägers, nicht nachgeschoben (vi-Entscheid, S. 15). Im Rahmen der Hauptverhandlung sei sodann erkennbar geworden, dass der Klä- ger immer wieder seinen eigenen habe Kopf durchsetzen wollen und nach seinem Willen gehandelt habe, egal, ob er damit seine Pflichten verletzte oder nicht. Auch dass er den Sinn der Maskentragpflicht nicht habe einsehen wollen, sei aufgrund seiner Äusserungen unschwer zu erkennen gewesen (mit Hinweis auf Verhandlungsprotokoll, S. 6). Zusammenfassend belegten die Verwarnungen und auch die Besprechungsnotiz, dass das Verhältnis zwischen den Parteien belastet gewesen sei und ein Indiz dafür bildeten, dass die WhatsApp-Story nicht alleiniger Grund für die Kündigung gewesen sein könne. Die Realisierung der absichtlichen Pflichtverletzung des Klägers habe, wie der Beklagte ausgeführt habe, das Fass zum Überlaufen gebracht. Es erscheine nachvollziehbar, dass das problembehaftete Verhalten des Klägers das Arbeitsverhältnis überschattet habe. Der Kläger

habe damit den Beweis nicht erbracht, dass die Äusserung in WhatsApp den alleinigen bzw. hauptsächlichen Grund für die Kündigung gebildet habe. Damit gelinge dem Kläger der Beweis nicht, dass die Kündigung aufgrund seiner Meinungsäusserung in seiner WhatsApp-Story ausgesprochen worden sei und die Missbräuchlichkeit der Kündigung sei deshalb zu verneinen (vi-Entscheid, S. 16). bb) Die Beklagte ihrerseits vertritt im Wesentlichen die Auffassung, dass der Kläger zweimal verwarnet worden sei, einmal wegen Verletzung der Maskentragpflicht und einmal, weil er gegen das Verbot der Befahrung einer gesperrten Piste verstossen habe. Der Kläger beschränke sich in der Berufung abermals einzig auf die zeitliche Nähe zwischen der Veröffentlichung der WhatsApp-Story und der Kündigung sowie deren Erwähnung im Kündigungsschreiben. Die Behauptung des Klägers, dass einzig seine Meinungsäusserung zur Kündigung geführt habe und sämtliche Begründungen bloss vorgeschoben seien, sei offensichtlich falsch. Sie, die Beklagte, habe bereits im Kündigungsschreiben auf die zwei Verwarnungen verwiesen, welche aufgrund von schwerwiegenden Verstössen gegen die Sicherheitsvorschriften hätten ausgesprochen werden müssen. Bereits aufgrund dieser Verfehlungen hätten Sicherheitsbedenken gegenüber dem Kläger bestanden. Schliesslich habe die Erkenntnis, dass der Kläger bewusst Pflichten verletze, zur Kündigung geführt. Diese Erkenntnis sei mit der Erwähnung der WhatsApp-Story sowie mit der ausdrücklichen Weisung im Kündigungsschreiben, sich für die verbleibende An-BO.2024.11-K3 16/23

stellungsdauer strikt an die Vorschriften zu halten, verdeutlicht worden (zum Ganzen: Berufungsantwort, N 14 ff.). cc) Richtig ist, dass die detaillierten Ausführungen der Beklagten im Kündigungsschreiben (kläg.act. 6) bezüglich Vergleich des Covid-Zertifikats mit dem Gesundheitspass aus der NS-Zeit recht viel Raum einnehmen und die Beklagte darin auch deutlich macht, dass sie dieses Verhalten als Betrieb, welcher kantonale Finanzhilfen erhalte, nicht dulden könne (vgl. auch kläg.act. 12). Der enge zeitliche Zusammenhang zwischen WhatsApp-Story und Kündigung und deren explizite Nennung im Kündigungsschreiben indizieren sodann, dass die Äusserungen in der WhatsApp-Story die Kündigung ausgelöst haben. Mithin kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass die von der Meinungsäusserungsfreiheit geschützte WhatsApp-Story wohl ein Motiv für die Entlassung war. Indessen ergibt sich aus dem Kündigungsschreiben auch klar, dass der Kläger vorher schon zwei Mal verwarnet worden war, wobei eine der Verwarnungen wegen Missachtung der behördlichen und arbeitsvertraglichen Weisung zum Tragen einer Atemschutzmaske zum Schutz gegen die Übertragung von Covid erfolgte. Die mehrfache Verletzung der Maskenpflicht im Januar und Februar 2021 ergibt sich im Übrigen auch aus der Besprechungsnotiz vom 19. März 2021 (kläg.act. 13: «Jan.-Konfrontation Maskenpflicht – Rauchen Pfeife», «Feb. 2-3 Rückmeldungen, Kontrolle durch Verantw. betreffend nicht Einhaltung Maskenpflicht»). Der Kläger hat die Verletzung der Maskenpflicht denn auch nicht in Abrede gestellt (Berufung, N 37). Die zweite Verwarnung erfolgte, weil der Kläger eine gesperrte Piste befuhr und zudem seine Umgangsformen beanstandet wurden, was der Kläger in der Berufung auch ausdrücklich anerkennt (Berufung, N 37 mit Hinweis auf kläg.act. 13). Aus der Besprechungsnotiz vom 19. März 2021 ergibt sich ebenfalls, dass der Kläger eine gesperrte Piste befuhr und deswegen, aber auch wegen seiner Umgangsformen verwarnet wurde («März ...Piste gesperrt – Risiko für Dich selber»; «Rechte und Pflichten – Akzeptanz, Befehle akzeptieren», «Art und Weise – unter Kontrolle halten», «Tonart» und «mündliche Verwarnung – Pflicht Einhaltung der Vorschriften (Pisten, Einsätze mit RL absprechen, Umgangsformen»; zum Ganzen vgl. auch Verhandlungsprotokoll, S. 5 ff.). Beide Verwarnungen wurden somit insbesondere

aufgrund von Verstössen gegen Sicherheitsvorschriften ausgesprochen und es ist nachvollziehbar, dass die Beklagte deshalb bereits Sicherheitsbedenken gegenüber dem Kläger hatte. Mit der Publikation der WhatsApp-Story signalisierte der Kläger sodann, dass er Corona-Massnahmen wie Maskenpflicht oder Covid-Zertifikate grundsätzlich in Frage stellt (was von der Meinungsäusserungsfreiheit geschützt ist). Die Kombination von «grundsätzlicher Ablehnung der Corona-Massnahmen» und den «früheren Verfehlungen und Verwarnungen» bewirkte nun aber, dass die Beklagte realisierte, dass der Kläger bewusst Sicherheitsvorschriften BO.2024.11-K3 17/23

verletzt hatte. Dafür, dass die (nachgewiesenen) Verfehlungen von der Beklagten nur vorgeschoben wurden, liegen sodann keine Anhaltspunkte vor. Solches ist auch nicht zu vermuten, weil die Verfehlungen durchaus geeignet waren, das grundsätzliche Vertrauen der Beklagten in den Kläger zu beschädigen. Die Erwähnung der Verfehlungen und Verwarnungen im Kündigungsschreiben und die klare Weisung, inskünftig in keiner Form gegen Anordnungen von Bund und Kantonen betreffend das Covid-19 Virus zu verstossen, andernfalls mit einer fristlosen Kündigung zu rechnen sei, bestätigen dies zudem. Sie zeigen auch, dass die Einhaltung der Corona-Massnahmen für die Beklagte sehr wichtig war. Zutreffend ist auch die Auffassung der Vorinstanz, dass im Rahmen der Hauptverhandlung erkennbar wurde, dass der Kläger immer wieder seinen eigenen Kopf durchsetzen wollte und nach seinem Willen handelte (Verhandlungsprotokoll, S. S. 5 ff.; vi-Entscheid, S. 16 oben). Dass die im Besprechungsprotokoll gerügten Verfehlungen rund sechs Monate vor der Kündigung stattfanden (Berufung, N 38) ändert daran nichts: Einerseits ist ein halbes Jahr eine absehbare Zeit, andererseits wurde Ende Juni 2021 die Maskenpflicht in Aussenbereichen von öffentlich zugänglichen Einrichtungen, Freizeitbetrieben und Restaurantterrassen aufgehoben ([www.admin.ch/gov/de/start/-dokumentation/medienmitteilungen/msg-id-84127.html](http://www.admin.ch/gov/de/start/-dokumentation/medienmitteilungen/msg-id-84127.html); Medienmitteilung Bundesamt für Gesundheit vom 23. Juni 2021). Nicht zu hören ist in diesem Zusammenhang auch die Behauptung des Klägers, er habe sich im Zeitraum zwischen der Verwarnung vom 19. März 2021 und der Kündigung nichts mehr zu Schulden kommen lassen und sich somit einwandfrei verhalten (Berufung, N 37). Da es sich hierbei um ein Novum handelt, ist darauf nicht weiter einzugehen (vgl. E. II. 3 hiervor; vgl. auch Berufungsantwort, N 15). Zusammenfassend ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass das Verhältnis zwischen den Parteien anfangs September 2021 bereits stark belastet war und dies ein Indiz dafür bildet, dass die WhatsApp-Story nicht alleiniger Grund für die Kündigung war. Es erscheint insbesondere nachvollziehbar, dass das problembehaftete Verhalten des Klägers das Arbeitsverhältnis überschattet hatte. In diesem Sinne ist die veröffentlichte WhatsApp-Story nicht allein kausal für die Kündigung. Damit kann als weiteres Zwischenergebnis festgehalten werden, dass neben der Ausübung des Rechts auf Meinungsäusserungsfreiheit das Fehlverhalten des Klägers Grund für die Kündigung war. Stellt sich weiter die Frage, wie vorzugehen ist, wenn – wie hier – mehrere Kündigungsgründe vorliegen und sich darunter sowohl missbräuchliche als auch zulässige befinden. In solchen Fällen kommt es darauf an, ob der missbräuchliche Grund das ausschlaggebende Motiv für die Kündigung war (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336 N 34; BGE 125 III 285). Bei Vorliegen eines missbräuchlichen und eines weiteren Kündigungsgrundes muss der Arbeitgeber beweisen, dass die Kündigung auch ausgesprochen worden wäre, wenn der als missbräuchlich zu bewertende Grund nicht existiert hätte (BGER 4A\_19/2015 E. 4.6 m.w.H.; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336 N 34). Nach

STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH ist eine Kündigung in solchen Fällen immer dann missbräuchlich, wenn der verpönte Grund unmittelbar Anlass zur Kündigung war, also das «Fass gewissermassen zum Überlaufen brachte», oder wenn der verpönte Grund mindestens derart wesentlich war, dass ohne sein Vorliegen eine Kündigung nicht ausgesprochen worden wäre (Art. 336 N 20). Hier hatte die Whatsapp-Story und die darauf Bezug nehmende Kündigung zwei Aspekte: Einerseits die Missbräuchlichkeit der Kündigung wegen Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts. Andererseits aber auch die Erkenntnis der Beklagten, dass der Kläger die Covid-Massnahmen grundsätzlich in Frage stellte und sie dadurch realisierte, dass die früheren Verfehlungen bewusst erfolgt waren, der Kläger ein Sicherheitsrisiko darstellte und die Befürchtung bestand, dass er sich auch in Zukunft nicht an die Corona-Massnahmen halten werde. Es ist damit davon auszugehen, dass die Kündigung auch dann ausgesprochen worden wäre, wenn die Beklagte realisiert hätte, dass die Veröffentlichung der WhatsApp-Story grundsätzlich von der Meinungsäusserungsfreiheit geschützt war. Hinzu kommt, dass der Ansatz, es sei darauf abzustellen, ob der verpönte Grund unmittelbar der Anlass war, der zur Kündigung führte, im vorliegenden Fall zu modifizieren ist: Liegen – neben einem missbräuchlichen und einem zulässigen Grund – frühere Verfehlungen vor, ist danach zu fragen, ob ohne die früheren Verfehlungen eine Kündigung wegen des durch die Meinungsäusserungsfreiheit geschützten Aspekts der WhatsApp-Story erfolgt wäre. Dies ist hier klar zu verneinen, da die Beklagte den Kläger bisher – trotz mehrfachen Verstössen – jeweils nur verwarnt und keine Kündigung ausgesprochen hatte. In diesem Sinn war der durch die Meinungsäusserungsfreiheit geschützte Aspekt der WhatsApp-Story nicht kausal für die Kündigung. Das Obergericht des Kantons Zürich hielt sodann in einem Entscheid vom 13. Juli 2016 zutreffend fest, dass bei einer vorbestehenden, eingeschränkten Zufriedenheit mit dem Arbeitnehmer, oft ein aktuell einschlägiges Ereignis oder Verhalten das «Fass zum Überlaufen bringe» (vgl. dazu OGer ZH LA160014-O/U vom 13. Juli 2016 E. 7; vgl. auch BGer 4A\_521/2016 E. 3.1). Insofern hat die Positionierung des Klägers in der WhatsApp-Story als grundsätzlicher Corona-Massnahmen-Kritiker zusammen mit den früheren Verfehlungen «das Fass zum Überlaufen gebracht». Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Kläger damit jedenfalls nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit nachgewiesen hat, dass die durch die Meinungsäusserungsfreiheit geschützte Äusserung im WhatsApp-Status den entscheidenden Grund für die Kündigung bildete. Es verbleibt vielmehr ein ernst zu nehmender Raum für die von der Beklagten vertretene abweichende Sachverhaltsversion. Somit gelingt dem Kläger der Beweis, dass BO.2024.11-K3 19/23

die Kündigung aufgrund seiner durch die Meinungsäusserungsfreiheit geschützte Äusserung in seiner WhatsApp-Story ausgesprochen wurde, nicht, und die Missbräuchlichkeit der Kündigung ist deshalb zu verneinen. Damit ist aber auch schon gesagt, dass der Vorwurf des Klägers, die Vorinstanz habe ihr Ermessen unrichtig ausgeübt (Berufung, N 50 ff.), nicht zutreffend ist. Die Berufung ist damit abzuweisen. 6. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass der Kläger zu Recht vorbringt, die Verwarnung vom 1. Dezember 2021 dürfe als Kündigungsgrund nicht nachgeschoben und berücksichtigt werden, weil das zugrundeliegende Fehlverhalten erst nach der Kündigung stattgefunden habe (Berufung, N 44 ff.). Allerdings steht auch ohne die Berücksichtigung der Verwarnung vom 1. Dezember 2021 – welcher ein Fehlverhalten des Klägers vom 22. Oktober 2021 zugrunde liegt – fest, dass die Kündigung nicht missbräuchlich erfolgte (vgl. E. 5 hiervor). 7. Die Berufung ist schliesslich aus einem weiteren Grund abzuweisen: a) Die Beklagte bringt vor, der Kläger habe in der Klageschrift und auch später nur zwei Teile seiner

WhatsApp-Story-Abfolge mit einem Screenshot belegt. Der Inhalt eines Teils hingegen sei unbelegt und bestritten. Eine dreiteilige, zusammenhängende WhatsApp-Story müsse gesamthaft betrachtet werden. Eine isolierte Betrachtung von zwei Teilen könne das Gesamtbild verfälschen und sei zum Vornherein nicht ausreichend für die weitere Grundrechts- und Tatbestandsprüfung. Da der Kläger es trotz Bestreitung und Beweislast nach Art. 8 ZGB unterlassen habe, den dritten Teil substantiiert zu be- haupten und zu belegen, sei von der Vorinstanz zu Unrecht bejaht worden, dass seine Äusserung in der dreiteiligen WhatsApp-Story von der Meinungsäusserungsfreiheit ge- deckt sei (Berufungsantwort, N 9a und 10a; so schon Duplik N 59 und vi-act. 25, lit. B N 1 und D). Oder Anders ausgedrückt: Mangels substantiiertes Behauptung und Belegen kön- ne überhaupt nicht beurteilt werden, ob die Meinungsäusserung des Klägers in den Schutzbereich der Meinungsäusserungsfreiheit falle oder nicht. Der unbelegte Teil der Story könnte beispielsweise mit Verleugnung des Holocaust (Art. 261bis Abs. 4 StGB) oder einer unverhältnismässigen Ehrverletzung nicht vom Schutzbereich der Meinungsäusse- rungsfreiheit erfasst sein. Denkbar sei auch, dass die Äusserungen der belegten Teile durch den Inhalt des unbelegten Story-Teils in ein ganz anderes Licht gerückt würden. Wenn er sich auf die zusammenhängende dreiteilige Äusserung berufe, von welcher aber nur zwei Teile belegt worden seien, habe der Kläger diesen Beweis nicht erbracht (Duplik, N 59 f.; vi-act. 25, lit. B.1; Berufungsantwort, N 10a). BO.2024.11-K3 20/23

b) Der Kläger seinerseits vertritt – wie die Vorinstanz (vi-Entscheid, S. 12 E. 13.2) – im Berufungsverfahren die Auffassung, dass lediglich der Teil der WhatsApp-Story mit dem NS-Gesundheitspass entscheidend sei, da nur dieser von der Beklagten nicht habe toleriert werden können und letztlich im Kündigungsschreiben Erwähnung gefunden habe (B/12, N 13). c) Der Kläger hatte allerdings bereits in der Klageschrift selbst auf seine dreiteilige Story verwiesen und festgehalten, dass mehrere zusammenhängende Status-Mitteilungen als sog. «WhatsApp-Story» bezeichnet würden (Klage, N 13). Auch im zweiten Parteivortrag an der Gerichtsverhandlung betonte der Kläger nochmals, dass er eine dreiteilige WhatsApp-Story publiziert habe (Verhandlungsprotokoll, S. 8). Er ging damit selbst auch davon aus, dass der Grund für die Entlassung die gesamte WhatsApp-Story war. Hinzu kommt, dass sich der Kläger im erstinstanzlichen Verfahren nicht zu dieser Problematik äusserte (nämlich zur Frage, dass ein Teil der WhatsApp-Story nicht belegt sei und des- halb auch nicht geprüft werden könne, ob die dreiteilige WhatsApp-Story tatsächlich in den sachlichen Schutzbereich der Meinungsäusserungsfreiheit falle). Insbesondere äus- serte er sich im ersten und zweiten Parteivortrag nicht zu diesen Tatsachenvorbringen der Beklagten in der Duplik (N 59 f.) und auch nicht in der Berufung. Erst in der Stellungnah- me vom 16. Mai 2024 stellt er sich auf den Standpunkt, entscheidend sei nur der Teil der WhatsApp-Story mit dem Gesundheitspass (B/12, N 13). Das ist aber verspätet (vgl. E. II. 3 hiervor). Damit ist davon auszugehen, dass ein Teil der WhatsApp-Story durch den Kläger nicht belegt ist (vgl. auch vi-act. 25 lit. D). Zwar hat die Beklagte in der Kündigung tatsächlich hauptsächlich Bezug auf die Nachricht mit dem NS-Gesundheitspass genom- men. Es ist aber durchaus denkbar, dass die fehlende Nachricht die gesamte WhatsApp- Story in einem anderen Lichte hätte erscheinen lassen können. Nachdem der fehlende Teil der WhatsApp-Story der Beklagten im Kündigungszeitpunkt zwar nicht bekannt, aber bereits vorhanden war, kann die Beklagte diese Begründung nach der bundesgerichtli- chen Rechtsprechung ohne Weiteres nachschieben (vgl. E. 3a hiervor). Damit ist davon auszugehen, dass mangels Belegen nicht beurteilt werden kann, ob die Meinungsäusse- rung des Klägers überhaupt in den Schutzbereich der Meinungsäusserungsfreiheit fällt. Die

Berufung ist somit auch aus diesem Grund abzuweisen. IV. 1. Bei diesem Verfahrensausgang bleibt die Regelung der Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens unverändert (Art. 318 Abs. 1 und 3 ZPO e contrario). BO.2024.11-K3 21/23

2. Auch für das Berufungsverfahren sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 114 lit. c ZPO). Der Kläger hat die Berufungsbeklage indessen für deren Parteikosten im Berufungsverfahren zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 und 111 Abs. 2 ZPO). Bei einem Streitwert von noch Fr. 14'699.75 erscheint eine Entschädigung von insgesamt Fr. 1'690.00 als angemessen (mittleres Honorar nach Art. 14 Abs. 1 lit. b HonO: Fr. 4'057.95; davon 40% nach Art. 26 Abs. 1 lit. a HonO: Fr. 1'623.20; zuzüglich 4% pauschal für Barauslagen nach Art. 28bis HonO, aber ohne Mehrwertsteuer, da die Beklagte mehrwertsteuerpflichtig und damit zum Vorsteuerabzug berechtigt ist [BGer 4A\_465/2016 E. 3]; gerundet). BO.2024.11-K3 22/23

Entscheid 1. Die Berufung wird abgewiesen. 2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. 3. A. \_\_ hat die B. \_\_AG für deren Parteikosten im Berufungsverfahren mit Fr. 1'690.00 zu entschädigen. BO.2024.11-K3 23/23

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.