

ZH_OBERGERICHT LA100034 vom 30. September 2011

ZH Obergericht, 2011-09-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA100034

FR: ZH_OBERGERICHT LA100034 du 30 septembre 2011

IT: ZH_OBERGERICHT LA100034 del 30 settembre 2011

Erwägungen

E. 1

Die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) ist ausgebildete Textilfachfrau und Marketingplanerin (Urk. 1 S. 3). Die Beklagte und Berufungs- beklagte (fortan Beklagte) betreibt das bekannte Kaufhaus "B._____". Am 1. April 2009 schlossen die Parteien einen unbefristeten Anstellungsvertrag, wonach die Klägerin per 1. Juli 2009 als Kadermitarbeiterin in der Funktion als Einkäuferin ...

- 6 - eintrat. Vereinbart wurde ein Arbeitspensum von 90 % bei einem Bruttomonatssa- lär von Fr. 7'470.-. Nach Ablauf der dreimonatigen Probezeit galt eine dreimona- tige Kündigungsfrist (Urk. 3/2). In der Woche vom 19. bis 23. April 2010 informier- te die Klägerin die Beklagte, sie sei schwanger und die Niederkunft sei auf Okto- ber 2010 terminiert (Urk. 1 S. 3; Urk. 10 S. 3; Prot. I S. 14). Am 9. Juni 2010 wur- de der Klägerin anlässlich eines Gesprächs mit ihrem direkten Vorgesetzten, E._____, und F._____, Personalchef der Beklagten, mitgeteilt, die wirtschaftliche Situation der ...-Abteilung lasse keinen längeren Arbeitsausfall zu. Es werde da- her ab 1. August 2010 eine neue Mitarbeiterin die Funktion der Klägerin über- nehmen und sie werde ab diesem Zeitpunkt bis zum Geburtstermin bei vollem Lohn von der Arbeit freigestellt. Nach Ablauf des Mutterschaftsschutzes werde die Beklagte den Anstellungsvertrag unter Einhaltung der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist von drei Monaten kündigen (Urk. 1 S. 4 f.; Urk. 3/5 S. 2; Urk. 3/6 S. 2; Urk. 10 S. 3, Urk. 3/4). In der Folge wurde die Klägerin bereits am 19. Juli 2010 - und bis heute (vgl. Urk. 40/1 S. 7 und sogleich) - freigestellt (Urk. 4; Urk. 10 S. 4; Urk. 11/2; Urk. 12 S. 4). Im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheides vom 30. November 2010 war das Arbeitsverhältnis noch ungekündigt. Mit Schreiben vom 22. Februar 2011 kündigte die Beklagte den Anstellungs- vertrag mit der Klägerin schliesslich tatsächlich unter Einhaltung der dreimonati- gen Kündigungsfrist auf Ende Mai 2011 und stellte die Klägerin bis zum Firmen- austritt (weiterhin) bei vollem Lohn von der Arbeit frei (Urk. 40/2). Dagegen erhob die Klägerin mit Zuschrift vom 22. März 2011 Einsprache und verlangte die Auf- hebung der Kündigung und Weiterführung des Arbeitsverhältnisses gestützt auf Art. 10 GIG (Urk. 40/3). Mit Urteil vom 23. Juni 2011 hob das Arbeitsgericht Zürich die Kündigung auf und stellte die Klägerin ab 1. Juni 2011 bei der Beklagten wie- der ein. Gemäss Beschluss vom gleichen Tag wurde die Klägerin sodann gestützt auf Art. 10 Abs. 3 GIG für die Verfahrensdauer provisorisch ab 1. Juni 2011 bei der Beklagten wieder eingestellt (Urk. 40/1 S. 11 f.). Mit Schreiben vom 4. Juli 2011 bekräftigte die Beklagte zwar, mit der Aufhebung der Kündigung dauere das Arbeitsverhältnis bis auf weiteres unverändert fort, hielt aber fest, die Klägerin bleibe unter Lohnfortzahlung freigestellt (Urk. 40/6).

E. 2

Vorsorgliche Massnahmen

E. 2.1

Wie das Berufungsverfahren, untersteht auch das Massnahmeverfahren der bisherigen kantonalen Prozessordnung (Art. 404 f. ZPO). Die §§ 205 ff.

- 9 - ZPO/ZH sind analog anzuwenden (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 66 zu § 110 ZPO/ZH). Vorausgesetzt wird eine günstige Hauptsachenprognose sowie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil. Obwohl vorliegend auch in der Hauptsache entschieden wird, hat die Klägerin zufolge Weiterzugsmöglichkeit des Endentscheidenden an das Bundesgericht das Interesse am Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht verloren.

E. 2.2

Die Klägerin macht geltend, nachdem aufgrund des Urteils des Arbeitsgerichts vom 23. Juni 2011 klar sei, dass ihr Arbeitsverhältnis andauere und sie weiterhin regulär bei der Beklagten angestellt sei, andererseits die Beklagte aber keine Anstalten mache, ihr die bisherige Arbeit anzubieten, sondern sie weiterhin freigestellt habe und dieser Zustand noch lange andauern könne, werde im Sinne einer vorsorglichen Massnahme um Verpflichtung der Beklagten zur tatsächlichen Anstellung der Klägerin (Beschäftigung mit der bisherigen Arbeit) ersucht. Die Klägerin erleide einen beruflichen Nachteil, wenn sie während der gesamten Dauer des Prozesses keiner regulären Arbeit nachgehen könne. Ersatzmöglichkeiten könne sie infolge ihrer Anstellung nicht beliebig annehmen und es könne sich bei allfälligen, in diesem Rahmen verfügbaren Anstellungen nur um Tätigkeiten von geringer Attraktivität handeln, falls sie überhaupt angestellt würde. Auch sie sei auf berufliche Erfahrung angewiesen. Im Weiteren verschlechterten sich ohne tatsächliche Beschäftigung ihre Beförderungschancen und es gehe ihr darüber hinaus möglicherweise der Bonus verloren. Eine lange Freistellungszeit müsse überdies im Arbeitszeugnis erwähnt werden, was mit weiteren erheblichen Nachteilen für sie auf dem Arbeitsmarkt verbunden sei. Daher sei, nachdem sie nun unfreiwillig seit Juli 2010 nicht mehr gearbeitet habe und davon lediglich acht Wochen auf das gesetzliche Arbeitsverbot, die übrige Freistellungszeit aber auf die Freistellung durch die Berufungsbeklagte zurückzuführen sei, eine weitere Freistellung angesichts der drohenden Nachteile nicht mehr zu verantworten. Die auf unbestimmte Zeit und grundlos (bzw. einzig wegen ihrer Mutterschaft) ausgesprochene Freistellung müsse als klarer Verstoss gegen Art. 3 GIG und Art. 328 OR gewertet werden (Urk. 38 S. 3 ff.).

- 10 -

E. 2.3

Demgegenüber lässt die Beklagte vorbringen, das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich sei noch nicht rechtskräftig, weshalb sich die Klägerin derzeit im gekündigten Arbeitsverhältnis befinde. Die Freistellung werde primär nach wie vor mit dem Anspruch der Beklagten nach Sicherheit und Kontinuität begründet. Die Freistellung sei aber längst auch mit der Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien und dem schlechten Arbeitsklima begründet. Die nun neu geltend gemachten Tatsachen stünden seit dem 27. Juni 2011 fest und hätten seither geltend gemacht werden können. Überhaupt sei nicht einzusehen, warum nun, rund fünf Monate nach Einreichung der Berufung ans

Obergericht, bei un- veränderter Sach- und Rechtslage plötzlich vorsorgliche Massnahmen angesetzt werden sollten. Die Klägerin erleide keinen beruflichen Nachteil, jedenfalls nicht mehr, als in den bisherigen dreizehn Monaten der Freistellung. Nicht nur erleide die Klägerin durch eine Fortdauer der Freistellung keinen nicht leicht wieder gut zumachenden Nachteil, sondern auch die Erfolgsaussichten des Hauptprozesses würden angesichts des Obsiegens der Beklagten vor Arbeitsgericht bestritten (Urk. 43 S. 3 ff.).

E. 2.4

a) Nachdem – wie unten darzutun sein wird (Erw. 3) – das Hauptbe- gehen auf Beseitigung der (diskriminierenden) Freistellung und Weiterbeschäfti- gung der Klägerin durch die Beklagte entgegen der Vorinstanz aufgrund seither veränderter Umstände gutzuheissen ist, ist die Voraussetzung der günstigen Hauptsachenprognose, an welche, wenn es wie vorliegend um eine Leistungs- massnahme, d. h. um einen einstweiligen Vollzug des Klageziels, geht, höhere Anforderungen zu stellen sind, erfüllt. b) Im Rahmen der provisorischen Wiedereinstellung gestützt auf Art. 10 Abs. 3 GIG bejaht die Lehre teilweise einen tatsächlichen Beschäftigungsan- spruch basierend auf Art. 328 OR, wobei es dem Arbeitnehmer im Rahmen des Direktionsrechts unbenommen bleibt, der wieder eingestellten Person einen gleichwertigen Arbeitsplatz zuzuweisen. Insofern bezieht sich der Beschäfti- gungsanspruch nicht zwingend auf die vor der Kündigung ausgeübte Tätigkeit (Riemer-Kafka/Ueberschlag in: Kaufmann/Steiger-Sackmann [Hrsg.], Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. A., Basel 2009, N 53 zu Art. 10 GIG mit weiteren

- 11 - Hinweisen; Frage offen gelassen von Aubert in: Aubert/Lempfen [Hrsg.], *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, Genève 2011, N 43 zu Art. 10 LEg; für eine generelle, lediglich durch überwiegende Gegeninteressen des Arbeitgebers be- schränkte Beschäftigungspflicht: BK-Rehbinder/Stöckli, N 13 zu Art. 328 OR). Das Direktions- bzw. Weisungsrecht findet indes seine Grenze am vertraglich verein- barten Tätigkeitsbereich (BK-Rehbinder/Stöckli, N 33 zu Art. 321d OR), der vor- liegend für die Klägerin – einer ausgebildeten Textilfachfrau und Marketingplane- rin – mit "Kadermitarbeiterin" und "Einkäuferin ..." umschrieben wurde (Urk. 3/2). Der Arbeitgeber ist insbesondere nicht befugt, den Arbeitnehmer auf eine weniger qualifizierte Arbeitsstelle zu versetzen (SemJud 115 [1993] S. 370 mit weiteren Hinweisen). Was in den "Arbeitsvertraglichen Bestimmungen" inklusive Zusatz für Kadermitarbeiter (vgl. Urk. 3/2 "Übrigen Bestimmungen") zwischen den Parteien vereinbart wurde, ist nicht aktenkundig. Die – wie noch zu zeigen sein wird (Erw. 3.4) – zulässige Freistellung während der Schwangerschaft ist auf Gründe zu- rückzuführen, die in der Person der Klägerin liegen, so dass diese auch eine ge- wisse Rücksicht gegenüber der Beklagten walten lassen muss. Die Klägerin ver- sah zudem eine "Einpersonenfunktion". Vorliegend erschiene für die Klägerin die Übernahme einer vergleichbaren Kaderposition im Textilbereich zu den bisheri- gen Bedingungen (gleicher Lohn, gleiche Verantwortung) daher noch als zumut- bar und damit gleichwertig. Demgegenüber vertritt insbesondere Blesi (vgl. *Die Freistellung des Arbeitnehmers*, Ein Handbuch für die Praxis, 2. A., Zürich 2010, S. 69 f., N 191 ff. mit weiteren Hinweisen) die Auffassung, wonach aus Art. 10 Abs. 3 GIG kein absolu- ter Beschäftigungsanspruch abgeleitet werden könne und die Freistellung eines Arbeitnehmers, der vom Massnahmerichter erfolgreich eine provisorische Wie- dereinstellung verlangt habe, daher grundsätzlich zulässig sei. Weil vor diesem Hintergrund - und nicht zuletzt aufgrund des diesbezüglich nicht klaren Geset- zeswortlauts - nicht

davon ausgegangen werden kann, dass die Klägerin einen (automatischen) gesetzlichen Anspruch auf tatsächliche Weiterbeschäftigung bei provisorischer Wiedereinstellung hat, ist in der Folge zu prüfen, ob ihr durch die fortdauernde Freistellung ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil ent- steht. Ein solcher Nachteil könnte entweder in der (weiteren) Beeinträchtigung der

- 12 - Rechtsstellung der Klägerin während der Prozessdauer liegen oder in der Gefahr der Verunmöglichung der späteren Realerfüllung. Bei Gutheissung des Hauptbegehrens auf Weiterbeschäftigung könnte die Klägerin bei der Beklagten nach Prozessende ohne weiteres wieder eintreten. Es geht hier nicht um eine Arbeit, bei welcher die Klägerin inzwischen den fachlichen Anschluss verlieren könnte. Nachdem die Stelle der Klägerin bereits seit August 2010 anderweitig besetzt wurde, kann sich auch die tatsächliche Situation im Laufe des Prozesses nicht weiter zum Nachteil der Klägerin verändern. Die Klägerin hat zwar auch weiterhin den vollen Lohn, ohne dafür arbeiten zu müssen. Sie gehört auch nicht zu einer der spezifischen Berufsgruppen, bei welchen die Beschäftigung auch dem Erhalt der Berufsfähigkeit dient. Zudem könnte sie die Zeit nutzen, um sich beruflich neu zu orientieren oder sich allenfalls weiterzubilden. Ein allfälliger Imageschaden bzw. eine Rufschädigung, welcher der Klägerin durch die Freistellung erwachsen sein könnte, verschlimmert sich grundsätzlich nicht durch deren Fortdauern. Allerdings - und das ist entscheidend - dauert die Freistellung nun (ohne das achtwöchige gesetzlich Arbeitsverbot während der Mutterschaft) ein Jahr. Wie erwähnt, genießt die Klägerin sodann einen zeitlichen Kündigungsschutz während der Dauer des Gerichtsverfahrens (betreffend Anfechtung der Kündigung gestützt auf Art. 10 GIG, sog. Rache Kündigung) samt Rechtsmittelverfahren sowie sechs Monate darüber hinaus (Art. 10 Abs. 2 GIG). Selbst wenn das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 23. Juni 2011 betreffend Aufhebung der Kündigung und Wiedereinstellung der Klägerin von der Beklagten nicht angefochten würde, wäre die Klägerin noch weitere neun Monate (sechs Monate gemäss Art. 10 Abs. 2 GIG und drei Monate ordentliche Kündigungsfrist bei der Beklagten, vgl. Urk. 40/2) vor einer Kündigung geschützt. Sollte das Urteil angefochten werden, bliebe die provisorische Wiedereinstellung während der (ungewissen) Verfahrensdauer mit hoher Wahrscheinlichkeit bestehen (Art. 315 Abs. 4 lit. b und Abs. 5 ZPO). So oder anders muss mittlerweile von einer sehr langen Dauer der Freistellung (im Vergleich dazu: Kündigungsfristen von Kadermitarbeitern betragen meistens nicht mehr als ein halbes Jahr) ausgegangen werden, welche die rechtliche Stellung der Klägerin beeinträchtigt, wenn sie der Arbeit bei der Beklagten weiterhin und auf unbestimmte Dauer fern bleiben muss.

- 13 - Es ist ihr denn auch beizupflichten, dass sie wegen ihrer Anstellung nicht beliebig Ersatztätigkeiten annehmen könnte und es sich dabei bloss um Tätigkeiten von geringer Attraktivität handeln würde (Urk. 38 S. 3). Im Übrigen hat die Klägerin einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung gerade bei der Beklagten und braucht nicht auf eine anderweitige Ersatzstelle auszuweichen. Solches widerspräche gerade dem Sinn dieses Anspruchs. Bei einem Beschäftigungsunterbruch von einem Jahr und mehr erleidet auch die Klägerin in ihrer Funktion als Einkäuferin ... auf Stufe (unteres) Kader (vgl. Urk. 11/8) einen beruflichen Nachteil und büsst Kontakte mit Lieferanten ein. Ihr gehen dadurch berufliche Erfahrung und Praxis verloren. Nachdem ihr Arbeitsverhältnis mit der Beklagten am 1. Juli 2009 begann (Urk. 11/8), wird sie mehr als die Hälfte davon freigestellt gewesen sein, weshalb dies wohl - um ein falsches Bild zu vermeiden - im Arbeitszeugnis zu vermerken

wäre (Urk. 38 S. 3; Urk. 43 S. 4; Streiff/Von Kaenel, a.a.O., N 3 zu Art. 330a, S. 469). Auch ihre Beförderungschancen werden verschlechtert, weil sie sich nunmehr längere Zeit nicht unter Beweis stellen konnte und weiterhin nicht kann. Dass derzeit offenbar keine konkreten Beförderungen anstehen sollen (Urk. 43 S. 4), ändert daran nichts. Dass die lange Fortdauer der Freistellung durch die Fortdauer des Arbeitsverhältnisses bedingt ist, wobei letztere aber aus den Bemühungen der Klägerin selbst resultiert (Urk. 43 S. 4), darf der Klägerin selbstredend nicht entgegengehalten werden, hat sie doch das Recht, sich gegen eine Rache Kündigung im Sinne von Art. 10 GIG zur Wehr zu setzen; ebenso gegen eine diskriminierende Freistellung. Eine weitere Freistellung bringt, wie aufgezeigt, sehr wohl Nachteile für die Klägerin. Ihr wirtschaftliches Fortkommen auf dem Arbeitsmarkt wird durch die nun über ein Jahr und weiter andauernde Freistellung gefährdet, was bei einer kürzeren Freistellungsdauer, wie sie noch vor Vorinstanz zur Diskussion stand, noch nicht der Fall war (vgl. auch Urk. 16 S. 5). Die tatsächlich lange und auch künftig unbestimmte Dauer der Freistellung ist vorliegend ausschlaggebend, um heute einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil der Klägerin zu bejahen. Im Übrigen bejaht jedenfalls ein Teil der Lehre einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch bei Kadermitgliedern mit langer Kündigungsfrist, mit der Begrün-

- 14 - dung, dass ein langer Beschäftigungsunterbruch das wirtschaftliche Fortkommen gefährden kann (vgl. Streiff/Von Kaenel, a.a.O., N 17 zu Art. 319 OR). c) Resümiert ist das klägerische Massnahmebegehren auf vorsorgliche Beseitigung der Freistellung und tatsächliche Weiterbeschäftigung während der Dauer des Prozesses daher gut zu heissen und die Beklagte vorsorglich zu verpflichten, die Klägerin als Einkäuferin ... oder in einer vergleichbaren Kaderposition im Textilbereich zu den bisherigen Bedingungen (gleicher Lohn, gleiche Verantwortung) weiter zu beschäftigen. Damit seitens der Beklagten die für eine tatsächliche Beschäftigung notwendigen Vorbereitungen getroffen werden können, ist der Beklagten eine Umstellungsfrist von 14 Tagen einzuräumen. Dass die Klägerin bei der Beklagten unerwünscht sei (Urk. 43 S. 9) und sowohl der ehemalige direkte Vorgesetzte der Klägerin und Vizedirektor E. _____ als auch der Vizedirektor F. _____ "angesichts der fehlenden Vertrauensbasis" eine "Zusammenarbeit mit Frau A. _____" gemäss Erklärung vom 10. August 2011 (Urk. 45/2) ausschliessen, vermag am vorliegenden Entscheid nichts zu ändern. Ob die Beklagte das Ansinnen der Klägerin für eine "realitätsferne Zwängerei" bzw. einen "Prinzipienstreit" hält (Urk. 32 S. 8), tut nichts zur Sache. Zwar ist eine Realexekution gegen den Willen der Arbeitgeberschaft in der Tat kaum durchführbar (vgl. Riemer-Kafka/Ueberschlag, a.a.O., N 16 zu Art. 5 GIG, N 51 zu Art. 10 GIG). Solches darf dem vorliegend zu bejahenden Anspruch auf (vorsorgliche) tatsächliche Weiterbeschäftigung indessen selbstredend nicht entgegengehalten werden, ansonsten es dem Arbeitsgeber leicht möglich wäre, den Weiterbeschäftigungsanspruch nach Belieben auszuhebeln. d) In der Hauptsache beantragt die Klägerin als Vollstreckungsmittel die Androhung einer Ungehorsamsstrafe (Urk. 27 S. 2, Urk. 10 S. 1). Demgegenüber will sie vorsorglich die Weiterbeschäftigung mit Androhung von Ordnungsbussen bis zu Fr. 1'000.- für jeden Tag der Nichterfüllung durchgesetzt haben, ohne dies explizit zu beantragen (Urk. 38 S. 9). Das erkennende Gericht kann bereits Vollstreckungsanordnungen treffen (§ 304 Abs. 1 ZPO/ZH), was vorliegend zweckmässig erscheint, um unnötige Weiterungen zu ersparen. Es ist dem Antrag der Klägerin in der Hauptsache zu folgen und den Organen der Beklagten für den Fall

- 15 - der Nicht-Weiterbeschäftigung die Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB anzu- drohen. e) Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Massnah- meverfahrens sind dem Endentscheid vorzubehalten.

E. 3

Beseitigung der Freistellung (Hauptsache)

E. 3.1

Die Vorinstanz setzte sich eingehend mit der Frage nach einem allge- meinen Beschäftigungsanspruch im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht ausei- nander (Urk. 21 S. 8 ff.). Es kann auf die entsprechenden Erörterungen verwiesen werden (§ 161 GVG/ZH). Ohne die oben wiedergegebene Lehrmeinung von Reh- binder/Stöckli zu unterschlagen, gelangte sie zum Schluss, dass die herrschende Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich nicht von einem allgemeinen Beschäfti- gungsanspruch ausgehen. Insbesondere ist eine vorübergehende Freistellung im Laufe der Kündigungsfrist immer zulässig. Eine Beschäftigungspflicht besteht ein- zig bei besonderen Berufsgruppen, bei welchen die Beschäftigung auch dem Er- halt der Berufsfähigkeit dient (z.B. Künstler, Berufssportler, Chirurgen, Piloten), teilweise aber auch für Kadermitglieder mit langer Kündigungsfrist, weil hier eine Nichtbeschäftigung zur Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Fortkommens füh- ren kann.

E. 3.2

Ob eine Persönlichkeitsverletzung zufolge Nichtbeschäftigung vorliegt, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Erforderlich ist je- denfalls eine Beeinträchtigung von gewisser Intensität, wie sie sich etwa aus der langen Dauer der Nichtbeschäftigung (BSK OR I-Portmann, N 22 zu Art. 328 OR) oder aus kränkenden Umständen ihrer Anordnung ergeben kann. Persönlich- keitsverletzend ist eine Freistellung insbesondere, wenn sie ohne jeden sachli- chen Grund oder sogar in schikanöser Absicht erfolgt. Das Recht auf Beschäfti- gung findet seine Grenze jedoch in den überwiegenden Interessen des Arbeitge- bers wie etwa Auftragsmangel, Absatzstockung, Betriebsunterbrechungen, Unfä- higkeit des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung oder Störung des Arbeitsfriedens (Urk. 21 S. 10 f. mit Hinweisen). Liegt eine (diskriminierende) Persönlichkeitsver- letzung vor, kann der Kläger dem Gericht beantragen, eine bestehende Verlet-

- 16 - zung zu beseitigen (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB, Art. 5 Abs. 1 lit. b GIG). Das be- deutet nichts anderes, als dass eine gegenwärtige und noch bestehende Verlet- zung durch den Richter aus der Welt geschafft wird (BSK ZGB I-Meile, N 4 zu Art. 28a ZGB; Riemer-Kafka/Ueberschlag, a.a.O., N 14 zu Art. 5 GIG). Der Beseiti- gungsanspruch wird vom Gleichstellungsgesetz nur für den Fall der (diskriminie- renden) Kündigung des Arbeitsvertrags ausgeschlossen (Art. 5 Abs. 2 GIG), nicht aber für den hier zu beurteilenden Fall einer Freistellung.

E. 3.3

Die erste Instanz erwog mit Bezug auf die Situation der Klägerin, das Verhalten der Arbeitgeberin wirke auf den ersten Blick zwar stossend, indem man sich einer Arbeitnehmerin entledigt habe, indem man sie freigestellt habe, nur weil diese schwanger geworden sei. Allerdings sei nicht ersichtlich, dass die Klägerin durch die Freistellung in irgend einer Weise benachteiligt worden wäre. Sie erhal- te trotz fehlender Arbeitspflicht

den vollen Lohn. Die Freistellung sei weder an schikanöse Auflagen oder gegen Treu und Glauben verstossende Bedingungen geknüpft, noch liege ein vertragliches Freistellungsverbot vor. Zudem handle es sich um eine relativ kurze Freistellungsdauer von rund drei Monaten (19. Juli 2010 bis zur geplanten Niederkunft Ende Oktober 2010). Sodann sei die Klägerin als ...-Einkäuferin nicht zu den Berufsgruppen mit einem grundsätzlichen Beschäftigungsanspruch zu zählen, auch wenn sie als "Kadermitarbeiterin" angestellt worden sei. Es dürfe als ausgeschlossen gelten, dass die Klägerin durch die Freistellungsdauer von rund drei Monaten ihre Reputation und ihre beruflichen Fähigkeiten verliere oder ihr wirtschaftliches Fortkommen beeinträchtigt werde, zumal sie zufolge des gesetzlichen Mutterschaftsurlaubes von mindestens acht Wochen für eine ähnlich lange Zeit an der Arbeitsleistung verhindert sein werde. Allerdings sei gerade bei der Klägerin als Kadermitarbeiterin und insbesondere als Mitarbeiterin mit zeitweiligem Kunden- und ständigem Lieferantenkontakt die Beeinträchtigung des Ansehens durch die Freistellung nicht zu unterschätzen. Auch in diesem Fall müssten jedoch die Interessen der Beklagten als Arbeitgeberin mitberücksichtigt werden. Entscheidend sei vorliegend, dass der schwangeren Klägerin von Gesetzes wegen die Möglichkeit zukomme, auf blosser Anzeige hin von der Arbeit fern zu bleiben oder die Arbeit zu verlassen (Art. 35a Abs. 2 ArG). Die Beklagte habe daher bereits in der Schwangerschaftszeit vor dem Mutterschaftsurlaub ständig

- 17 - mit Ausfällen oder Arbeitsunterbrüchen der Klägerin rechnen müssen und sei in ihrer Möglichkeit, der Klägerin auch nur vorübergehend anstrengende Mehrarbeit abzuverlangen, eingeschränkt gewesen. Sie habe daher ein berechtigtes Interesse daran, für diese Zeit ersatzweise eine voll einsatzfähige Arbeitskraft einzusetzen. In einem Zeitraum, in welchem es der Arbeitnehmerin von Gesetzes wegen jederzeit erlaubt sei, der Arbeit fern zu bleiben, müsse dem Arbeitgeber die Möglichkeit offen stehen, seinerseits auf die Arbeit zu verzichten, um dem Risiko, dass die Arbeitnehmerin eben für ihn völlig unvorbereitet und zu Recht die Arbeit niederlege, zu entgehen. Insgesamt ergebe sich somit, dass die Klägerin für sich keinen Beschäftigungsanspruch beanspruchen könne, weshalb die Freistellung - zumindest unter diesem Gesichtspunkt - nicht unzulässig erfolge (Urk. 21 S. 11 f.). Weiter erwog die Vorinstanz, eine Freistellung dürfe nicht geschlechterdiskriminierend sein. Bei der Anknüpfung an die Schwangerschaft (oder Mutterschaft) handle es sich um eine direkte Diskriminierung. Der Schutz der Schwangerschaft und die Anknüpfung daran zu Gunsten der Schwangeren sei aber selbstverständlich erlaubt, ja geboten. Vorliegend sei keine Benachteiligung der Klägerin durch die Freistellung zu erkennen. Die Klägerin komme weiterhin in den Genuss sämtlicher ihr aus dem Arbeitsverhältnis zustehenden Rechte, ohne ihre Arbeitsleistung erbringen zu müssen. Durch die Freistellung könne sie sich frei von den Belastungen des beruflichen Alltags auf ihre Mutterschaft vorbereiten, wodurch auch den gesetzlichen Vorschriften gemäss Art. 35 und Art. 35a ArG Genüge getan sei. Schliesslich dürfe sie auch derzeit noch davon ausgehen, nach Ablauf des Mutterschaftsschutzes ihre Arbeit wieder aufzunehmen, zumal eine Kündigung noch nicht erfolgt sei. Die Freistellung sei daher als nicht diskriminierend zu betrachten (Urk. 21 S. 13 f.). Zusammenfassend hielt die Vorinstanz schliesslich fest, die Freistellung der Klägerin verstosse weder gegen Vertrag noch Gesetz und sei damit rechtmässig. Die Begehren der Klägerin um Verbot bzw. Beseitigung der Freistellung und Verpflichtung der Beklagten, sie weiter zu beschäftigen, seien somit abzuweisen. Selbstredend sei damit auch das Eventualbegehren um Feststellung der Diskriminierung abzuweisen (Urk. 21 S. 14).

E. 3.4

Der Vorinstanz ist zwar vollumfänglich beizupflichten, soweit es um die auf rund drei Monate beschränkte Freistellungszeit zufolge Schwangerschaft

- 18 - geht. Einerseits erlitt die Klägerin dadurch noch keinen Nachteil, andererseits lagen sachliche Gründe seitens der Arbeitgeberin für die Anordnung der Freistellung vor, insbesondere der gesetzliche Anspruch der schwangeren Klägerin, jederzeit der Arbeit fern zu bleiben, was sich mit ihrer Position als ...-Einkäuferin schwer vertrug. Dass die Klägerin offenbar während der ganzen Schwangerschaft zu 100 % arbeitsfähig gewesen sei (vgl. Urk. 40/7), ist dabei - als retrospektive Betrachtung - nicht von Belang. Die Freistellung war entsprechend auch nicht geschlechtsdiskriminierend, weil ein sachlicher Grund für deren Anordnung bestand und sie zudem auch zum Schutz der schwangeren Klägerin selbst erfolgte. Nunmehr haben sich die tatsächlichen Verhältnisse seit dem vorinstanzlichen Entscheid vom 30. November 2010 indessen massgeblich verändert, was im Rechtsmittelverfahren gestützt auf § 115 Ziff. 2 bis 4 ZPO/ZH (Ziff. 4 in Verbindung mit Art. 12 Abs. 2 aGlG und Art. 343 Abs. 4 aOR) zu berücksichtigen ist. Wie eingangs bereits erwähnt, wurde der Klägerin mit Schreiben vom 22. Februar 2011 per Ende Mai 2011 gekündigt, wobei das Arbeitsgericht Zürich diese Kündigung nunmehr mit Urteil vom 23. Juni 2011 wegen Verstosses gegen Art. 10 GlG (Rachekündigung) aufhob und zudem die provisorische Wiedereinstellung der Klägerin während des Verfahrens anordnete, wobei die Klägerin alsdann von der Beklagten auf's Neue freigestellt wurde (Urk. 38 S. 2; Urk. 40/1). Die Freistellung begründet die Beklagte nach wie vor mit ihrem Bedürfnis nach Sicherheit und Kontinuität in der ...-Abteilung sowie neu auch mit der Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien und dem schlechten Arbeitsklima (Urk. 32 S. 6, 17; Urk. 43 S. 7). Die Klägerin ist nunmehr seit dem 19. Juli 2010 freigestellt. Abzüglich des gesetzlichen achtwöchigen Arbeitsverbots für Mütter mithin über ein Jahr. Dies ist, wie bereits erwähnt, zweifelsohne eine lange Freistellungsdauer. Zudem ist davon auszugehen, dass die weitere Freistellung – nach der Niederkunft und dem zwingenden Arbeitsverbot für Mütter – deshalb erfolgte, weil die Klägerin nunmehr mehrfache Mutter geworden ist und die Beklagte mit entsprechenden Absenzen (z.B. Krankheiten der Kinder etc.) rechnete (vgl. Urk. 32 S. 11 Ziff. 35: "Für die Zeit nach dem Arbeitsverbot bestand auch diesbezüglich Unsicherheit bezüglich

- 19 - des Einsatzes der Berufungsklägerin [mit nunmehr 3 Kindern!]"). Dass die Schwangerschaft und anschliessende (nunmehr mehrfache) Mutterschaft der massgebliche Grund für die Freistellung (und hernach die Kündigung) war, erhellt bereits aus dem Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 9. Juni 2010, worin der Klägerin nebst Bekanntgabe der Freistellung (ursprünglich) per 1. August 2010 und Übernahme ihrer Funktion durch ihre Nachfolgerin per diesem Datum auch bereits die Kündigung nach Ablauf des Mutterschaftsschutzes in Aussicht gestellt wurde (Urk. 3/4). Wenn die Beklagte sagt, die Freistellung sei nicht infolge der Schwangerschaft/Mutterschaft erfolgt (z.B. Urk. 32 S. 18), sondern die (zum Teil sicheren, zum Teil wahrscheinlichen) Abwesenheiten seien der Grund, die Ursache der Abwesenheit sei irrelevant, es könnte neben Mutterschaft auch Militär, Zivildienst oder Unfall sein (Urk. 32 S. 10), ist sie damit nicht zu hören. Die Beklagte beabsichtigte, die gut qualifizierte Klägerin (vgl. Urk. 11/8) wegen den zu erwartenden Abwesenheiten, welche mit Schwangerschaft und Mutterschaft naturgemäss verbunden sein können, los zu werden. Ein begründeter Anlass ist weder für die Kündigung noch für die Freistellung während der Mutterschaft ersichtlich. Weil die Klägerin seit Juli

2010 nicht mehr arbeitete, kann sich sodann auch die neu geltend gemachte angebliche Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses einzig auf die gegen die Beklagte geführten arbeitsrechtlichen Prozesse und das Vorgehen der klägerischen Rechtsvertreterin beziehen (vgl. auch Urk. 32 S. 6 Ziff. 17, S. 19 Ziff. 63). Von einem schlechten Arbeitsklima kann nicht die Rede sein. Ein solcher nachgeschobener, angeblicher Freistellungsgrund kann selbstredend nicht gehört werden. Zudem war es (ursprünglich) die Beklagte selber, welche dieses Vertrauensverhältnis durch ihre Reaktion auf die Schwangerschaft der Klägerin zerstört hat. Entsprechend zu Recht bezeichnete denn auch das Arbeitsgericht diesen Einwand als unbehelflich und erachtete die Kündigung als aus unbegründetem Anlass erfolgt (vgl. Urk. 40/1 S. 7 unten, 9). Die wiederum erst im Berufungsverfahren aufgestellte (von der Klägerin bestrittene) Behauptung, die Klägerin habe die Vizedirektoren E._____ und F._____ anlässlich ihrer Sitzung im Juni 2010 als "Waschlappen" bezeichnet (Urk. 43 S. 7, Urk. 46 S. 2), ist trotz sozialer Untersuchungsmaxime verspätet und damit nicht zu hören (ZR 100 Nr. 14), zumal sie sich auch mit der beigebrachten Erklärung der beiden Vizedirektoren

- 20 - vom 10. August 2011 (Urk. 45/2) nicht sofort belegen lässt, da die schriftliche Auskunft die Zeugenaussage nicht zu ersetzen vermag. Im Übrigen wäre die – in der Hitze des Gefechts gefallene – einmalige Bezeichnung "Waschlappen" auch nicht geeignet gewesen, das Vertrauensverhältnis nachhaltig bzw. endgültig zu zerstören, nachdem anerkanntermassen die Vizedirektoren E._____ und F._____ der Klägerin anlässlich dieser Sitzung eröffneten, die Nachfolgerin werde die Stelle per 1. August 2010 übernehmen und ihr werde nach Ablauf des Mutterschafts schutzes gekündigt (Urk. 1 S. 5, Urk. 10 S. 5, Urk. 12 S. 4, Prot. I S. 6, Urk. 3/4). Selbstverständlich stellt auch der Umstand, dass die Stelle der Klägerin bereits per August 2010 durch eine andere Mitarbeiterin neu besetzt wurde, keinen begründeten Anlass für die weitere Freistellung auch während der Mutterschaft dar (vgl. auch Urk. 40/1 S. 7, 9). Die Freistellung war einzig betreffend die mit erhöhten Unsicherheiten behaftete Zeit der Schwangerschaft gerechtfertigt. Die Anknüpfung an die Mutterschaft verkörpert eine direkte Diskriminierung der Geschlechter (Freivogel in: Kaufmann/Steiger-Sackmann [Hrsg.], a.a.O., N 17 zu Art. 3 GlG). Dass die Freistellung zum Schutze und daher zugunsten der Klägerin als Mutter (mit Hinweis auf deren Doppelbelastung Familie/Beruf) erfolgt sein soll (vgl. Urk. 3/6 S. 2; Urk. 32 S. 4), ist, selbst wenn dies so wäre, nicht beachtlich. Es ist Sache der Klägerin, wie sie sich mit ihrem Ehemann/Partner hinsichtlich Kinderbetreuung/Haushalt und Beruf organisieren kann und will. Es kann ihr hier nicht einfach die herkömmliche Rollenverteilung (mit Zuverdienst) unterstellt werden. Auch dies wäre diskriminierend. Ausserdem versah die Klägerin bereits mit einem (oder teilweise zwei) Kindern (vgl. dazu: Urk. 1 S. 3; Urk. 27 S. 4, 17; Urk. 32 S. 3) ein doch hohes 90 %-Pensum (Urk. 3/2), was offenbar zu keinen Beanstandungen Anlass gab. Das Gegenteil ist der Fall (vgl. Urk. 11/8 [Zwischenzeugnis vom 4. Juni 2010]). Es kann deshalb auch offen bleiben, wie belastend und zeitintensiv die Tätigkeit bei der Beklagten war und heute ist (Urk. 27 S. 5; Urk. 32 S. 4, 11, 15). Offenbar hat allerdings die Nachfolgerin der Klägerin Unterstützung durch eine Assistentin bekommen (Urk. 32 S. 11). Im Übrigen wird das am 11. Oktober 2010 geborene Kind (Urk. 38 S. 4) nunmehr bald jährlig sein, weshalb von einer erhöhten Belastung durch ein Neugeborenes (Urk. 32 S. 3) nicht

- 21 - mehr die Rede sein kann. Sodann hinkt der Vergleich mit einem Kleinbetrieb (Urk. 32 S. 10) mit Blick auf die Firmengrösse der Beklagten. Wenn die Beklagte geltend macht, das

Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 23. Juni 2011 sei noch nicht rechtskräftig, weshalb das Arbeitsverhältnis gekündigt sei, übersieht sie, dass die Klägerin gemäss Beschluss des Arbeitsgerichts vom gleichen Tag ab 1. Juni 2011 vorsorglich wiedereingestellt wurde (Urk. 40/1 S. 11). Eine Berufung gegen diese vorsorgliche Wiedereinstellung hätte keine aufschiebende Wirkung (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO). Somit ist im Rahmen des vorliegenden Entscheides davon auszugehen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten fort dauert. Die Klägerin geniesst insbesondere, wie bereits erwähnt, einen Kündigungsschutz während der Dauer des Gerichtsverfahrens (einschliesslich Rechtsmittelverfahren) sowie sechs Monate darüber hinaus (Art. 10 Abs. 2 GlG).

E. 3.5

Resümiert muss die weiterhin andauernde Freistellung der Klägerin als diskriminierend im Sinne von Art. 3 GlG qualifiziert werden, weil sie aufgrund der nunmehr mehrfachen Mutterschaft der Klägerin (und den damit möglicherweise einhergehenden Absenzen und der fraglichen Doppelbelastung insbesondere mit Blick auf das Neugeborene/Kleinkind, vgl. Urk. 32 S. 3 f.) erfolgt und sich die Beklagte auf das aus ihrer Sicht mittlerweile "arg ramponierte Verhältnis" (Urk. 32 S. 19) nicht berufen kann. Gestützt auf Art. 5 Abs. 1 lit. b GlG hat die Klägerin daher einen Anspruch auf Beseitigung dieser Diskriminierung in Form der sachlich nicht gerechtfertigten Freistellung, mithin auf tatsächliche Weiterbeschäftigung am bisherigen oder einem gleichwertigen Arbeitsplatz (Erw. 2.4.a). Die Freistellung ist daher auch in der Hauptsache zu beseitigen und die Beklagte – unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle – nach Ablauf einer Umstellungsfrist von 14 Tagen zur Weiterbeschäftigung der Klägerin als Einkäuferin ... oder in einer vergleichbaren Kaderposition im Textilbereich zu den bisherigen Bedingungen (gleicher Lohn, gleiche Verantwortung) zu verpflichten.

E. 4

Genugtuung

- 22 - Die Klägerin begehrt eine Genugtuung von Fr. 5'000.– (Urk. 10 S. 1 f.; Urk. 27 S. 2). Da Diskriminierungen eine Verletzung der Persönlichkeit darstellen, kann gemäss Art. 5 Abs. 5 GlG im Sinne von Art. 49 OR als zusätzlicher Anspruch auch eine Genugtuung verlangt werden. Es geht um den Ausgleich der erlittenen immateriellen Unbill. Vorausgesetzt ist zunächst eine Verletzung der Persönlichkeit. Die Schwere der Verletzung muss eine Genugtuung rechtfertigen. In diesem Sinn muss eine Persönlichkeitsverletzung objektiv als schwer bewertet und von der betroffenen Person als seelischer Schmerz empfunden - mithin subjektiv als schwer qualifiziert - werden können. Art. 49 OR hat allerdings subsidiären Charakter. Eine Genugtuung kann nur geschuldet sein, sofern die Verletzung nicht anders, zum Beispiel durch Wiedereinstellung wiedergutmacht worden ist (Riemer-Kafka/Ueberschlag, a.a.O., N 72 ff. zu Art. 5 GlG). Die erste Instanz lehnte einen Genugtuungsanspruch der Klägerin ab. Einerseits weil sie (für die damals im Raum stehende Zeit während der Schwangerschaft) von einer rechtmässigen Freistellung ausging. Andererseits aber auch, weil die Klägerin auch durch die Art und Weise der Freistellung in ihrer Persönlichkeit nicht schwer verletzt worden sei. So sei die Freistellung nicht an schikanoöse Auflagen gebunden gewesen. Auch die Vorverlegung der Freistellung um zwei Wochen vermöge eine schwere Persönlichkeitsverletzung der Klägerin nicht zu begründen. Hinweise, dass die Beklagte Gerüchte verbreitet hätte, wonach die plötzliche Freistellung auf eine Pflichtverletzung der

Klägerin hin angeordnet worden sei, seien nicht ersichtlich. Zusammenfassend sei festzustellen, dass das gesellschaftliche, wirtschaftliche und berufliche Ansehen der Klägerin durch das Verhalten der Beklagten nicht in einem deren Persönlichkeit schwer verletzenden Ausmass beeinträchtigt worden sei (Urk. 21 S. 15 ff.). Zwar ist die Freistellung, wie erwähnt, betreffend die Zeit nach Ablauf des gesetzlichen Mutterschaftsschutzes als diskriminierend und damit persönlichkeitsverletzend zu qualifizieren. Allerdings erfolgte sie nicht in schikanöser Art und Weise und war auch nicht an derartige Bedingungen geknüpft. Zudem war die Freistellung zu Beginn, mithin für die Dauer der Schwangerschaft bis zur Nieder-

- 23 - kunft, wie gesehen, sachlich gerechtfertigt. Die Klägerin erhielt während der gesamten Freistellungsdauer auch stets den vollen Lohn. Das Vorgehen der Beklagten war für die Klägerin wohl kränkend. Dass die Beklagte Gerüchte kursieren liess, wonach die Klägerin sich etwas zu Schulden habe kommen lassen, ist - mit der Vorinstanz - aber nicht ersichtlich. So wurden die Mitarbeiter per E-Mail vom 17. Juli 2010 und/bzw. über das Anschlagbrett am 19. Juli 2010 darüber informiert, dass sich die Klägerin im Schwangerschaftsurlaub befinde und daher von G._____ ersetzt werde (Urk. 11/3, 4). Wenngleich dies darauf hin deutet, dass die Klägerin ihre Stelle endgültig nicht mehr antreten werde, was im Zusammenhang mit dem Schwangerschaftsurlaub Fragen aufwerfen könnte, kann daraus keine grobe, einen Genugtuungsanspruch begründende Verletzung der privaten oder beruflichen Ehre der Klägerin durch die Beklagte abgeleitet werden (Urk. 21 S. 16). Schliesslich wurde ein angebliches Mobbing nicht substantiiert (Urk. 27 S. 25) und ist bestritten (Urk. 32 S. 22). Selbst wenn - wovon allerdings kaum auszugehen ist - der Eindruck entstanden sein sollte, die Klägerin benutze ihre Schwangerschaft, um der Arbeit fernzubleiben (Urk. 27 S. 24), vermöchte auch solches keine schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung der Klägerin darzustellen. Wie sodann bereits die Vorinstanz richtig gesehen hat, würde die bestrittene angebliche Verbreitung des Gerüchts, die Klägerin habe sich mit H._____ zerstritten, nicht genügen, um die für eine Genugtuung erforderliche Schwere zu erreichen (Urk. 21 S. 16). Von einer objektiv schweren Verletzung der Persönlichkeit kann vorliegend mithin noch nicht die Rede sein, insbesondere auch nicht mit Blick auf die nunmehr lange Dauer der Freistellung. Zudem wird die heute (insbesondere auch vorsorglich) anzuordnende tatsächliche Weiterbeschäftigung der Klägerin die erlittene Verletzung wieder gut machen. Im Falle der tatsächlichen Weiterbeschäftigung verzichtet die Klägerin im Übrigen denn auch auf eine Richtigstellung in Form von Aushang und Schreiben (Urk. 27 S. 26). Zusammengefasst ist das Genugtuungsbegehren der Klägerin daher mangels schwerwiegender Diskriminierung durch die Freistellung auch zweitinstanzlich abzuweisen.

- 24 -

E. 5

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff.

- 27 - (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 nicht vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten Art. 44 ff. BGG. Zürich, 30. September 2011

_____ OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH I.
Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. M. Reuss Valentini versandt am: mc

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