

ZH_OBERGERICHT LA180004 vom 8. März 2019

ZH Obergericht, 2019-03-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA180004

FR: ZH_OBERGERICHT LA180004 du 8 mars 2019

IT: ZH_OBERGERICHT LA180004 del 8 marzo 2019

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt

E. 1.1

Kündigungsgründe

E. 1.1.1

Die Vorinstanz hielt fest, dass für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte der Zeitpunkt der Kündigung nicht relevant sei. Die für die mögliche Kündigung am 18. Dezember 2013 interessierenden Gründe seien ebenso ursächlich für das Schreiben vom 7. Februar 2014. Die Klägerin sei vom 19. Dezember 2013 bis zum 3. Februar 2014 unbestrittenermassen arbeitsunfähig gewesen und nicht zur Arbeit erschienen. Andere weitere Gründe für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses, als die am 18. Dezember 2013 bereits vorhandenen, hätten sich nicht ergeben können (Urk. 65 S. 46 Ziff. 3.2).

E. 1.1.2

Die Vorinstanz befasste sich in der Folge mit den von der Beklagten ausgeführten und gegenüber der Klägerin kommunizierten Gründe für die Auflösung

- 22 - des Arbeitsverhältnisses: (1) Mitteilung vom 18. Oktober 2013 wider besseres Wissen, dass die Klägerin im Zug von Frankfurt nach Zürich sei, stattdessen aber in Ibiza weilte, (2) Einreichung des Zugtickets für die Rückfahrt zur Rückerstattung als Spesen trotz unterbliebener Nutzung und (3) Eintrag eines nur halben Ferientages am 18. Oktober 2013 (Urk. 65 S. 46 ff. Ziff. 3.3 ff.). Sie kommt zusammenfassend zum Schluss, dass in keinem der drei genannten Gründe eine Pflichtverletzung oder Treuwidrigkeit seitens der Klägerin vorliege (Urk. 65 S. 46-52 Ziff. 3.3.-3.6.).

E. 1.1.3

Mit den Ausführungen der Vorinstanz zu den der Klägerin gegenüber kommunizierten Gründen für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses setzt sich die Beklagte in ihrer Berufung nicht auseinander, sondern sie wiederholt im Wesentlichen ihre bereits vor Vorinstanz getätigten Behauptungen. Damit genügt sie den gesetzlichen Begründungsanforderungen nicht, weshalb die diesbezüglichen Vorbringen nicht zu überprüfen sind (vgl. dazu vorstehend unter II, Ziff. 2).

E. 1.1.4

Die Vorinstanz stellte zutreffend fest, dass weitere Gründe für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegenüber der Klägerin am 18. Dezember 2013 nicht genannt wurden und befasst sich mit den von der Beklagten nachgeschobenen Gründen (Urk. 65 S. 52 f. Rz

3.7).

E. 1.2

Nachgeschobene Kündigungsgründe

E. 1.2.1

Absenzenmeldungen

E. 1.2.1.1

Die Beklagte führte vor Vorinstanz aus, sie habe verschiedentlich Zweifel an den Angaben der Klägerin betreffend Arbeitsort und -tätigkeit gehabt. Deshalb habe sie die Klägerin dazu aufgefordert, ihre Absenzenmeldungen zu überprüfen, was zu einer Reduktion des Ferienguthabens der Klägerin um acht Ferientage geführt habe. Die Klägerin habe der Beklagten mehrere von ihr bereits bezogene Ferientage nicht gemeldet (Urk. 15 S. 28 Rz. 94). Die Klägerin bestritt dies und führte dazu aus, dass es bei der Beklagten üblich gewesen sei, dass sich die geplanten Absenzen aufgrund der aktuellen Geschäftstätigkeit verändert hätten. Regelmässig seien die Mitarbeiter aufgefordert worden, ihre Absenzen zu über-

- 23 - prüfen und den konkreten Verhältnissen anzupassen ("update"). Ein Nachweis dafür sei der E-Mail Austausch mit H._____ (Chief Operating Officer, Zürich) vom 19. März 2012 (Urk. 29/37), worin H._____ die Klägerin bitte, ihren "vacation schedule" anzupassen. H._____ schreibe der Klägerin zudem, dass sie den "vacation schedule" jederzeit anpassen könne: "This is what I am using for now - you can update anytime" (Urk. 26 Rz. 89).

E. 1.2.1.2

Die Vorinstanz stellte zutreffend fest, dass trotz der Aufforderung der Klägerin zur Substantiierung die Beklagte nicht dargetan habe, inwiefern die Klägerin die Rapporte über die Arbeits-, Frei- und Ferientage unzutreffend geführt habe. Die von der Beklagten eingereichte "Absence Control Card 2013" in Urk. 18/20/1 und Urk. 18/20/2 sei nicht selbsterklärend. Ausführungen zur Tätigkeit und zum Aufenthalt der Klägerin an einzelnen Tagen fehlten. Die Vorinstanz kam zum richtigen Schluss, dass der Vorwurf unsubstantiiert sei, weshalb Beweiserhebungen unter diesen Umständen nicht durchführbar seien (Urk. 65 S. 53).

E. 1.2.1.3

Zu diesen Ausführungen der Vorinstanz macht die Beklagte berufsweise geltend, sie habe in der Klageantwort (Urk. 15 S. 29 Rz 94) mit Verweis auf Urk. 18/20/1 und Urk. 18/20/2 substantiiert ausgeführt, dass sie die Klägerin aufgefordert habe, ihre Absenzen zu überprüfen, was zu einer Reduktion des Ferienguthabens um 8 Tage (von 8.5 auf 0.5 Tage) geführt habe. Die Klägerin habe dies nicht bestritten. Es sei nicht nachvollziehbar, wie die Vorinstanz zum Schluss kommen könne, die Klägerin habe Ferien nicht gemeldet, sei "unsubstantiiert" und "Beweiserhebungen seien unter diesen Umständen nicht durchführbar" (Urk. 64 S. 21 Rz 51).

E. 1.2.1.4

Wie die Vorinstanz richtig ausführte, hätte die Beklagte im Zusammenhang mit ihrer Behauptung betreffend Nichtmeldung der von der Klägerin bezogenen Ferientage klar darlegen müssen, welche Tage die Klägerin falsch eingetragen hat. Trotz entsprechender Aufforderung zur Substantiierung hat die Beklagte dazu auch in der Duplik (Urk. 34 Rz 66)

keine weiteren Ausführungen gemacht. Die vorinstanzlichen Feststellungen erweisen sich damit als zutreffend. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass gemäss beiden Parteien eine Anpassung der

- 24 - bezogenen Ferientage durch die Klägerin stattfand, womit der Feriensaldo bereinigt wurde. Der entsprechende Vorwurf der Beklagten ist unbegründet.

E. 1.2.2

Schwierige Gestaltung des Arbeitsverhältnisses

E. 1.2.2.1

Als weiteren nachgeschobenen Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses machte die Beklagte geltend, das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin habe sich nicht einfach gestaltet. Es habe sich schon relativ rasch gezeigt, dass die Klägerin eine Tendenz gehabt habe, sich selbst zu überschätzen und sie sei stets auf ihren persönlichen - insbesondere finanziellen - Vorteil bedacht gewesen. Sie habe Mühe bekundet, gegenüber ihren Vorgesetzten den richtigen Ton zu finden und sei ihren Kollegen mit Herablassung begegnet. Ihre Arbeitsleistung sei keinesfalls so gut gewesen, wie sie es darzustellen versuche, und ihr Arbeitseinsatz habe teilweise deutlich unter demjenigen ihrer Teamkollegen gelegen (Urk. 15 Rz. 76, bestritten Urk. 26 Rz. 68 und Rz. 71).

E. 1.2.2.2

Die Vorinstanz hielt zu diesen Vorbringen der Beklagten fest, dass die Gepflogenheiten in der Bankbranche und damit die zuweilen starke Fokussierung aller Beteiligten auf finanzielle Vorteile notorisch und den Parteien des vorliegenden Verfahrens hinlänglich bekannt seien. Ein plausibler Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses, so die Vorinstanz, lasse sich aus den Vorbringen der Beklagten nicht ableiten. Die Behauptungen seien zudem allgemein gehalten und daher nicht rechtsgenügend substantiiert. Beweiserhebungen seien daher nicht durchführbar (Urk. 65 S. 53).

E. 1.2.3

Die Vorinstanz kam zusammenfassend zum Schluss, dass keiner von der Beklagten am 18. Dezember 2013 der Klägerin mitgeteilten Gründe ernsthaft und in objektiver Art und Weise Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses habe geben können. Dasselbe gelte auch für die von der Beklagten nachgeschobenen Kündigungsgründe (Urk. 65 S. 53. Ziff. 3.8). Diese Feststellungen der Vorinstanz sind nicht zu beanstanden.

- 25 -

E. 1.3

Diskriminierende Auflösung des Arbeitsverhältnisses

E. 1.3.1

Die Vorinstanz hielt fest, dass sich die Klägerin darauf berufe, sie habe als einzige weibliche Mitarbeiterin im Team entlassen werden sollen. Sie sei im August 2014 durch einen männlichen Mitarbeiter bzw. durch G._____ ersetzt worden. C._____ habe einen männlichen Arbeitnehmer anstellen wollen, der direkt in London tätig sei und weniger verdiene (Urk. 1 Rz. 49 und Rz. 99). Die Beklagte habe den Umstand, dass die Klägerin durch G._____ ersetzt worden sei, nicht bestritten (Urk. 15 Rz. 189 f.). Auch habe die Beklagte, entgegen ihren allgemein gehaltenen Ausführungen in Urk. 15 Rz. 190 nicht

bestritten, dass das für die Beurteilung des Kündigungsmotivs des Vorgesetzten C._____ relevante "Londoner Team" mit Ausnahme der Klägerin einzig aus Männern bestanden habe. Konkret seien dies I._____, J._____, K._____, L._____, M._____, N._____, O._____, P._____, Q._____ und R._____ gewesen. Das "Zürcher Team" um D._____ brauche entgegen den Ausführungen der Beklagten nicht zusätzlich berücksichtigt zu werden. Angesichts dessen, dass der Klägerin anlässlich der Besprechung vom 18. Dezember 2013 eine "Verletzung der Treuepflicht" bzw. "illoyales Verhalten" gegenüber C._____ und F._____ vorgeworfen worden seien, sei das Motiv dieser Beteiligten zentral (Urk. 65 S. 54 Ziff. 3.9). Der Ersatz der Klägerin durch einen männlichen Mitarbeiter in einem in der Folge rein männlichen Team genüge zur Glaubhaftmachung einer im Sinne von Art. 3 GIG diskriminierenden Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Hinzu komme, dass sich vorliegend trotz - oder eben gerade wegen - des Prinzips der Kündigungsfreiheit aufgrund der anlässlich der Besprechung vom 18. Dezember 2013 kommunizierten Gründe für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses die Annahme, es liege ein verstecktes, missbräuchliches Kündigungsmotiv vor, geradezu aufdränge, was ein weiteres Indiz für die Missbräuchlichkeit der Kündigung darstelle (Urk. 65 S. 54 Ziff. 3.9 Absatz 2).

E. 1.3.2

Die Beklagte macht in der Berufung dazu geltend, dass die Begründung der Vorinstanz zur angeblichen Diskriminierungsabsicht der Beklagten - in einem sich im Übrigen über 87 Seiten (!) erstreckenden Entscheid - völlig unzureichend und

- 26 - in ihrem zweiten Teil nachgerade unverständlich sei. Insbesondere sei nicht klar, was mit der Phrase "trotz - oder eben gerade wegen - des Prinzips der Kündigungsfreiheit" gemeint sei; ebenso wenig werde dargelegt, inwiefern sich auch die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung aufgrund einer sich angeblich aufdrängenden Annahme eines "versteckten" und nicht weiter definierten - Kündigungsmotivs "geradezu aufdrängen" solle (Urk. 64 S. 12 f. Rz 28). Der Begründungspflicht nach Art. 239 ZPO genügten diese Ausführungen in keiner Weise: Die zwar langen, aber in den wesentlichen Punkten durchaus vagen Ausführungen der Vorinstanz erschwerten die sachgerechte Anfechtung des Urteils über Gebühr (Urk. 64 S. 13 Rz. 29).

E. 1.3.3

Die Vorinstanz führte zur beweisrechtlichen Lage bei einer geschlechterdiskriminierenden Kündigung (Urk. 65 S. 44 Ziff. 2.3) aus, dass im Fall der Glaubhaftmachung einer diskriminierenden Kündigung eine Umkehr der Beweislast eintrete. Sei der diskriminierende Kündigungsgrund glaubhaft gemacht, wechsele die Beweislast in Anwendung von Art. 6 GIG zum Arbeitgeber. Bei Diskriminierungsfällen, auf die Art. 6 GIG anwendbar sei, müssten bei der Beweisabnahme zwei Stufen unterschieden werden. Auf der ersten Stufe habe die Ansprecherin den Hauptbeweis für eine geschlechterbezogene Diskriminierung zu erbringen, allerdings mit dem reduzierten Beweismass des Glaubhaftmachens. Auf der zweiten Stufe trete gemäss Art. 6 GIG die Umkehr der Beweislast ein. Der Arbeitgeber habe den Beweis des Gegenteils zu erbringen, wobei ein Vollbeweis gefordert werde. Gelingen dieser nicht, sei die Klage gutzuheissen.

E. 1.3.4

Der Begriff des Glaubhaftmachens, so die Vorinstanz, weise dabei zwei Aspekte auf; einen prozessualen und einen materiellrechtlichen. Dem Gericht sei einerseits die anspruchsbegründende Tatsache mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit darzulegen,

andererseits müsse das Gericht prüfen, ob das geforderte Beweismass erreicht sei und sich aus diesen Tatsachen die Rechtsfolge ergäben. Nach der bundesgerichtlichen Definition heisse Glaubhaftmachen, dass "der Richter nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptungen überzeugt zu werden brauche, sondern es genüge, ihm auf Grund objektiver Anhaltspunkte (...) den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit für das Vorhanden-

- 27 - sein der in Frage kommenden Tatsachen zu vermitteln, ohne dass er dabei den Vorbehalt preisgeben müsse, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten können" (Urk. 65 S. 45 Ziff. 2.4).

E. 1.3.5

Entgegen der Beklagten sind die Ausführungen der Vorinstanz verständlich und nachvollziehbar. Sie meint damit, dass es der Beklagten aufgrund der Kündigungsfreiheit unbenommen gewesen wäre, der Klägerin zu kündigen, ohne die kommunizierten Gründe - nämlich die behaupteten Pflichtverletzungen - zu nennen. Nachdem die angeblich erfolgten Pflichtverletzungen nicht als solche zu qualifizieren sind, liegt ein Indiz für ein missbräuchliches Kündigungsmotiv vor.

E. 1.3.6

Die Beklagte hätte daher, so die Vorinstanz weiter, darzulegen gehabt, dass für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin sachliche und nachvollziehbare Gründe vorgelegen hätten. Nach den Erwägungen zu den Kündigungsgründen sei ein sachlicher und triftiger Grund für eine Kündigung nicht ersichtlich. Der Vollbeweis der Beklagten scheitere von vornherein (Urk. 65 S. 55 Ziff. 3.11). Aus dem Verhalten der Mitarbeiter der Beklagten ergebe sich zudem, dass aktiv und ohne objektive Ansatzpunkte nach einem Fehlverhalten bzw. nach Kündigungsgründen in Sachen Klägerin gesucht worden sei. Die Beklagte habe auch eingeräumt, mittels Überprüfung der Fernmeldeverbindungen vorgegangen zu sein. Randdaten von Telefonaten dürften nur dann erfasst und ausgewertet werden, wenn dies im Sinne von Art. 328b OR zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sei und die Voraussetzungen des Datenschutzgesetzes erfüllt seien. Dies sei nur der Fall, wenn Weisungen über den privaten Telefonverkehr existierten, deren Einhaltung zu kontrollieren seien oder wenn Gebühren privater Gespräche auf die verschiedenen Arbeitnehmer zu verlegen seien. Dies habe die Beklagte nicht dargetan. Zweifel an den Angaben der Klägerin punkto Aufenthaltsort hätten sachlogisch erst nach Erstellung der Datensammlung über ihre Telefonate und Aufenthaltsorte entstehen können; die gegenteiligen Behauptungen der Beklagten betreffend früherer Zweifel an den Angaben der Klägerin seien unsubstantiiert.

- 28 - Die Erstellung eines Kommunikationsprofils und die Erhebung des Aufenthaltsorts der Klägerin sei im vorliegenden Fall mangels Anhaltspunkten für ein Fehlverhalten unverhältnismässig und damit auch unzulässig gewesen. Die Verantwortlichkeit für das Vorgehen und die Diskriminierung im Sinne von Art. 3 GIG treffe daher sämtliche Beteiligte bzw. C._____, F._____, D._____ und E._____ gleichermaßen (Urk. 65 S. 55 Ziff. 3.11).

E. 1.3.7

Die Beklagte bestreitet in ihrer Berufung, "mittels Überprüfung von Fernmeldeverbindungen vorgegangen", "Randdaten (...) erfasst und ausgewertet", ein

"Kommunikationsprofil" erstellt und "Erhebungen des Aufenthaltsortes" getätigt zu haben. Weder die Klägerin noch die Beklagte habe etwas Derartiges je behauptet, und die Beklagte könne sich nicht erklären, wie die Vorinstanz auf diese Idee komme (Urk. 64 S. 21 Rz. 54).

E. 1.3.8

Entgegen der Behauptung der Beklagten, führte die Vorinstanz lediglich aus (Urk. 65 S. 56 Rz 3.11), dass die Beklagte eingeräumt habe, mittels Überprüfung der Fernmeldeverbindungen vorgegangen zu sein und verwies dazu auf die entsprechenden Ausführungen der Beklagten in der Duplik und Widerklagereplik, wo das Folgende festgehalten wird: "Die Klägerin kann bis zum heutigen Tag nicht nachvollziehbar erklären, weshalb sie sowohl ihren direkten Vorgesetzten C._____ wie auch F._____ getäuscht hat betreffend ihren Verbleib am Vormittag des 18. Oktober 2013 und ihre falsch Aussage im Nachgang nicht richtig stellt, wozu sie vom 18. Oktober 2013 bis zum 13. Dezember 2013 ausreichend Zeit gehabt hätte. Stattdessen verlangte die Klägerin von der Beklagten die Rückerstattung nicht angefallener Spesen und rapportierte die von ihr bezogenen Ferien falsch. Erst als die Klägerin am 13. Dezember 2013 mit ihren Telefonabrechnungen konfrontiert wurde, gab sie die Wahrheit zu. Aus dem Umstand, dass die Beklagte das Fehlverhalten der Klägerin nicht sofort entdeckte, kann die Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten" (Urk. 34 S. 14 f. Rz. 17). Diese Ausführungen der Beklagten zeigen in aller Deutlichkeit, dass sie die Fernmeldeverbindungen der Klägerin überprüft hat. Die Feststellungen der Vorinstanz erweisen sich somit als richtig und sind nicht zu beanstanden.

- 29 - 2. Unrichtige Anwendung von Art. 6 GIG / Keine Beweislastumkehr

E. 1.4

Auf den Freitag, 13. Dezember 2013, war das Mitarbeitergespräch der Klägerin mit ihren beiden Vorgesetzten C._____ und D._____ geplant. Die beiden Vorgesetzten erschienen jedoch nicht zum Gespräch. Stattdessen wurde der Klägerin von E._____ (Verantwortliche HR der Beklagten) und F._____ (Chef Markets Team Schweiz bei der Beklagten) vorgeworfen, sie habe das Vertrauensverhältnis zur Beklagten verletzt. Konkret wurde der Klägerin im Wesentlichen vorgeworfen, sie habe ein Zugticket im Wert von EUR 99.80 als Spesen verrechnet, obwohl sie es für die Rückfahrt von Frankfurt nicht verwendet habe. Anstatt wie geplant den Zug für die Rückreise ihrer Geschäftsreise von Frankfurt in die Schweiz genommen zu haben, sei sie am Freitag, 18. Oktober 2013, an ihrem zweiten offiziellen Wohnsitz auf Ibiza gewesen. Dies habe die Klägerin in Telefonkontakten gegenüber ihrem Vorgesetzten C._____ und gegenüber F._____ verschwiegen. Dieser Vorfall hatte die Beendigung der Tätigkeit der Klägerin für die Beklagte zur Folge (Urk. 65 S. 6). Umstritten sind der Zeitpunkt, die näheren Umstände der Kündigung und die daraus resultierenden Ansprüche.

E. 2

Berufungsverfahren

E. 2.1

Unter Hinweis auf den Wortlaut von Art. 6 GIG führt die Beklagte in ihrer Berufung aus, die Anforderungen an die Glaubhaftmachung in der Rechtsprechung des Bundesgerichts würden gemeinhin dahingehend umschrieben, dass für das Vorhandensein einer Tatsache "gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet,

dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten" bzw. das Gericht gestützt auf objektive Elemente den Eindruck habe, dass sich die behauptete Tatsache so ereigne, ohne völlig ausschliessen zu können, dass sie sich auch anders hätte ereignen können (Urk. 64 S. 23 Rz. 60). Die Klägerin habe in ihren Eingaben weder die Benachteiligung bzw. Ungleichbehandlung ausgeführt, noch dass diese auf ihr Geschlecht zurückgehe; vielmehr habe sie sich richtigerweise darauf beschränkt festzuhalten, dass ihre Stelle durch einen Mann neu besetzt worden sei. Eine Diskriminierung aufgrund ihres Geschlechts habe sie nicht behauptet. Die klägerischen Ausführungen erfüllten die Anforderungen an eine Glaubhaftmachung der Diskriminierung nicht ansatzweise (Urk. 64 S. 24 Rz. 62). Die Voraussetzungen für eine Beweislastumkehr nach Art. 6 GIG seien vorliegend nicht erfüllt gewesen. Die Vorinstanz habe Art. 6 GIG unrichtig angewendet und dabei die einschlägigen Beweisregeln verletzt. Es wäre an der Klägerin gewesen, den Vollbeweis für die von ihr behauptete missbräuchliche Kündigung zu erbringen (Urk. 64 S. 24 Rz. 63).

E. 2.2

Art. 6 GIG hält das Folgende fest: "Bezüglich der Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung wird eine Diskriminierung vermutet, wenn dies von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird."

E. 2.2.1

Die Klägerin führte aus, dass ihr Aufgabenbereich, auch nach mehrmaligem Nachfragen, nie schriftlich vereinbart worden sei (Urk. 1 S. 6 Rz 10). Dem Team in der Schweiz sei stets unklar gewesen, was genau ihr Aufgabenbereich gewesen sei. Das Schweizer Team um D._____ habe von ihr verlangt, zusätzlich zu den mit C._____ vereinbarten Aufgaben, Arbeiten zu erledigen, welche nicht zu

- 30 - ihrem vereinbarten Aufgabenbereich, sondern in den Aufgabenbereich seines Teams auf der "Aktien Cash" Seite gehört hätten (Urk. 1 S. 9 Rz 17). Dies habe zu einer Doppelbelastung und der Unklarheit des Aufgabenbereichs der Klägerin im Schweizer Team geführt. Zudem habe dies die klare Bereichsverantwortlichkeit der Klägerin erschwert, da das Schweizer Team oft elektronischen Aktienhandel mit IT-Aufgaben verwechselt habe. Die Klägerin habe dies klären wollen und habe eine Stellenbeschreibung verlangt, welche sie trotz mehrmaliger Nachfrage nie bekommen habe (Urk. 1 S. 9 Rz 18). Die Behauptungen der Klägerin werden durch die eingereichten E-Mail-Ausdrucke (Urk. 6/7-11) untermauert.

E. 2.2.2

Bei der Jahresendbeurteilung für das Jahr 2010 sei der Klägerin die interne Note 2, also die zweitbeste Note erteilt worden (Urk. 1 S. 10 Rz 20). Durch diese Note sei die Klägerin berechtigt gewesen, Leadershipseminare zu besuchen. Sie habe sich auf den Vorschlag des Head of Global Electronic Trading, S._____, an ein Seminar angemeldet, sei dann aber überraschenderweise abgelehnt worden. Sie habe sich erkundigt und erfahren, dass zu dem Seminar eine Note 2 in der Beurteilung vorzuweisen gewesen wäre, die sie ihres Erachtens gehabt habe. Es habe sich aber herausgestellt, dass C._____, ohne sie und D._____ zu informieren, ihre Bewertung bei der Eingabe ins System auf die Note 3 herabgestuft habe (Urk. 1 S. 10 Rz 21). Die Klägerin habe dies umgehend der Schweizer Personalabteilung und ihrem lokalen Schweizer Manager, D._____, gemeldet. Alle Bemühungen der

Klägerin, diese Ungerechtigkeit wieder in Ordnung zu bringen, hätten keine Früchte getragen, obwohl es intern für alle klar gewesen sei, dass die Hin- unterstufung nicht rechters gewesen sei. Auf ihre Nachfrage habe C._____ er- klärt, dass er die Beurteilung verändert habe, um einem anderen Mitarbeiter ohne Bonusgarantie eine höhere Note zu geben und dementsprechend einen höheren Bonus auszahlen zu können. Die Bemühungen der Klägerin zur Richtigstellung seien von ihren Vorgesetzten, insbesondere C._____, einfach ignoriert worden, und die Personalabteilung habe keine Hilfestellung geboten. C._____ habe seine Pflicht, die Mitarbeiterbeurteilung der Klägerin ins System der Beklagten einzutra- gen, für die ganze weitere Dauer des Arbeitsverhältnisses unterlassen (Urk. 1 S. 11 Rz 22). Die Klägerin reichte zu diesen Ausführungen den entsprechenden E-Mail-Austausch (Urk. 6/16-19) zu den Akten. Der Ausdruck des Performance - 31 - Systems der Beklagten vom 30. Oktober 2013 (Urk. 6/20) zeigt, dass keine schriftliche Zielvereinbarung mit der Klägerin eingetragen ist.

E. 2.2.3

Des weiteren habe C._____ den Kompetenzbereich der Klägerin sukzessi- ve von ursprünglich 13 Ländern (Sales Continental Europe) auf vier Länder ge- kürzt. Zudem habe er im November 2013 weitere institutionelle Kundenkonten aus diesen vier Ländern an einen anderen Mitarbeiter übertragen, ohne die Klä- gerin darüber zu informieren (Urk. 1 S. 11 Rz 23). Die von der Klägerin einge- reichten Unterlagen (Urk. 6/21-23) stützen ihre Darstellung.

E. 2.2.4

Spätestens per Anfang 2014 hätte die Klägerin endlich auf die nächst höhe- re Hierarchiestufe "Director" befördert werden sollen. Die Beförderung sei ihr bei der Einstellung im Jahre 2010 von T._____ und C._____ versprochen worden. Als sie im Jahr 2012 das Konkurrenzangebot von U._____ erhalten habe, sei ihr die Beförderung wieder versprochen worden. Auf ihre nachfolgenden Anfragen be- treffend Beförderung habe C._____ einfach nicht mehr reagiert. D._____ und C._____ hätten ihr dann später mitgeteilt, dass eine Beförderung erst nach einer Tätigkeit von 3 Jahren möglich sei. Ende 2013 sei die Klägerin über drei Jahre bei der Beklagten gewesen und hätte per Anfang 2014 den Anspruch gehabt, beför- dert zu werden. Ihre Vorgesetzten hätten dies gewusst. Männliche Schweizer An- gestellte im Rang "Vice President" seien nach jeweils drei vollen Jahren befördert worden (Urk. 1 S. 12 Rz 27). Der eingereichte E-Mail-Austausch (Urk. 6/27-28) untermauert die Behauptung der Klägerin. Aus der Urkunde 6/30 geht hervor, dass ein Kollege der Klägerin vom April 2005 bis Dezember 2007 im Rang eines "VP/Sales Trading" war, bevor er zum "Director" befördert wurde.

E. 2.2.5

Die Situation habe sich gegen Ende 2013 weiter zugespitzt: Am 18. Okto- ber 2013 habe C._____ die Klägerin am Telefon erpresst, ihr den Bonus für das laufende Jahr 2013 zu kürzen, falls sie nicht umgehend nach London umziehe (Urk. 1 S. 13 Rz 28, Urk. 6/31).

E. 2.3

Mit diesen Ausführungen hat die Klägerin ihre konkreten Benachteiligun- gen und Ungleichbehandlungen deutlich geltend und glaubhaft gemacht. Gleich- zeitig hat sie darauf hingewiesen, dass sie die letzte weibliche Angestellte im

- 32 - Team gewesen sei; alle anderen Frauen seien entlassen worden oder hätten wegen Mobbing gekündigt (Urk. 1 S. 20 Rz 49).

E. 2.4

Eine Diskriminierung ist damit im Sinne von Art. 6 GlG glaubhaft gemacht. Die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz erweisen sich als zutreffend (Urk. 65 S. 44 Ziff. 2.3). 3. Unrichtige Anwendung von Art. 336 OR sowie Art. 3 GlG

E. 3

Aktenschluss

E. 3.1

Die Beklagte macht in ihrer Berufung weiter geltend, dass im Anwendungsbereich von Art. 336 OR grundsätzlich die allgemeinen Beweisregeln geltend würden: Der Arbeitnehmer, der aus einer angeblich missbräuchlichen Kündigung Rechte ableite, habe zu beweisen, dass der verpönte Grund vorgelegen und dieser kausal zur Kündigung geführt habe. Dass diese Voraussetzung vorliegend nicht erfüllt sei - und auch die Beweislastumkehr nach Art. 6 GlG vorliegend nicht zur Anwendung komme, habe die Beklagte dargelegt. Soweit die Vorinstanz in kryptischer Weise darauf hinweise, dass "trotz - oder eben gerade wegen - des Prinzips der Kündigungsfreiheit" sich die "Annahme, es liege eine verstecktes, missbräuchliches Kündigungsmotiv vor, geradezu aufdrängt", sei festzuhalten, dass selbst eine unwahre, unvollständige oder fehlende Begründung der Kündigung keine Vermutung begründete, die Kündigung sei aus einem anderen Grund missbräuchlich. Mangels gesetzlicher Vermutung für die Missbräuchlichkeit, könne sich der Gekündigte nicht mit der Behauptung begnügen, der vom Kündigenden angegebenen Kündigungsgrund sei unwahr, ohne seinerseits den tatsächlichen und missbräuchlichen Kündigungsgrund zu benennen; auch in solchen Fällen habe es bei dieser Behauptungs- und Beweislast sein Bewenden. Fehle es - wie vorliegend - an einem missbräuchlichen (geschlechterdiskriminierenden) Kündigung, werde die Kündigung mithin nicht wegen allfälliger (unbegründeter) Zweifel der Vorinstanz am tatsächlichen Kündigungsgrund missbräuchlich (Urk. 64 S. 25 f. Rz 69).

E. 3.2

Wie bereits ausgeführt (vgl. vorstehend Ziff. 2), hat die Klägerin deutliche Ausführungen zur missbräuchlichen Kündigung gemacht. Die Vorinstanz kommt

- 33 - zum zutreffenden Schluss, dass der Vorwurf der diskriminierenden Kündigung im Sinne von Art. 3 GlG erstellt sei. Gleichzeitig stelle die diskriminierende Kündigung einen Anwendungsfall der missbräuchlichen Kündigung gemäss Art. 336 OR dar. Die dafür geschuldete Entschädigung sei gemäss Art. 5 Abs. 4 GlG bzw. Art. 336 a Abs. 2 OR vom Richter unter Würdigung aller Umstände festzusetzen. Diese Darlegungen der Vorinstanz sind nicht zu beanstanden. 4. Zur Entschädigung

E. 3.2.1

Im vorliegenden Fall ist der Aktenschluss für die Beklagte mit ihrer Widerklagereplik vom 4. November 2016 (Urk. 34) und für die Klägerin mit der Erstattung der Widerklageduplik vom 2. März 2017 (Urk. 39) eingetreten. Bis zu diesen Vorträgen hatten die Parteien Gelegenheit, gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO bzw. Art. 222 Abs. 2 ZPO ihre Tatsachenbehauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen sowie gemäss Art. 221 Abs.

1 lit. e ZPO bzw. Art. 222 Abs. 2 ZPO ih- re Beweismittel abschliessend zu bezeichnen und gleichzeitig diese Beweismittel einzelnen behaupteten Tatsachen zuzuordnen. Auf dieser Grundlage wird das Gericht prüfen müssen, ob rechtserhebliche, streitige Tatsachen vorliegen (Art. 150 ZPO), für die form- und fristgerecht taugliche Beweismittel angeboten worden sind (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Kommt das Gericht zum Schluss, dass ein Beweisverfahren angezeigt ist, dann wird die entsprechende Beweisverfügung gemäss Art. 154 ZPO zu erlassen sein.

E. 4

Verletzung der Dispositionsmaxime und des rechtlichen Gehörs

E. 4.1

Zur Entschädigung gemäss Art. 5 Abs. 4 GIG bzw. Art. 336a Abs. 2 OR führte die Vorinstanz aus, dass angesichts des nicht unerheblichen Verschuldens der Beklagten und der besonderen Verwerflichkeit einer Kündigung, welche einen Ausschluss sämtlicher weiblicher Mitarbeiter aus dem Verantwortungsbereich eines Vorgesetzten bezwecke, eine Entschädigung von vier Monatslöhnen ohne Weiteres angemessen sei (Urk. 65 S. 56 Ziff. 3.13).

E. 4.1.1

Die Beklagte macht berufungsweise geltend, dass gemäss Eventualantrag der anwaltlich vertretenen Klägerin über eine allfällige Missbräuchlichkeit der Kündigung nur entschieden werden sollte, falls das Gericht zum Schluss komme, dass der Klägerin am 18. Dezember 2003 [recte: 2013] gekündigt worden sei. Die Vorinstanz habe diese Frage ausdrücklich offen gelassen. Die Voraussetzung für ein Eintreten auf das klägerische Eventualbegehren sei damit nicht erfüllt. Die vorinstanzliche Um-Interpretation des klägerischen Eventualbegehrens verletzte ebenso wie das Eintreten auf das Eventual-Rechtsbegehren Ziff. 9 der Klägerin die Dispositionsmaxime, wonach das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen dürfe, als sie verlange (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Bereits aus diesem Grund werde Dispositiv-Ziffer 9 [recte: Dispositiv-Ziffer 6] des angefochtenen Entscheides aufzuheben sein (Urk. 64 S. 10 Rz. 19-21).

E. 4.1.2

Der Grundsatz der Dispositionsmaxime ist in Art. 58 Abs. 1 ZPO verankert. Demnach darf das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat. Ob ein Gericht mehr oder anderes zugesprochen hat, als eine Prozesspartei verlangt hat, misst sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in erster Linie an den gestellten Rechtsbegehren. Auf deren Begründung wird nur zurückgegriffen, wenn das Begehren unklar ist und einer Auslegung bedarf (Seiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO-Komm., Art. 58 N 9). Das Gericht ist an das Rechtsbegehren des Klägers gebunden, nicht jedoch an dessen rechtliche Begründung (ZR 94 N 16 E. V/1). Das Rechtsbegehren hat klaren Wortlauts zu sein und muss so bestimmt formuliert sein, dass das in materielle Rechtskraft erwachsene Dispositiv die Antwort auf das Rechtsbegehren bilden kann. Die Dispositionsmaxime verbietet dem urteilenden Gericht allerdings nicht, den eigentlichen Sinn des Rechtsbegehrens durch Auslegung zu ermitteln und dessen Zulässigkeit danach und nicht nach dem unzutreffenden Wortlaut zu beurteilen (BGer 5A_621/2012 E. 4.3.; vgl. auch BGE 140 III 159, 166 E. 4.4). Das Gericht ist jedoch nicht nur an das Rechtsbegehren, sondern auch an den zugrunde liegenden Lebenssachverhalt gebunden, da dieser, zusammen mit dem

Rechtsbegehren, den sog. Streitgegenstand bildet. Das Gericht kann somit seinen Entscheid nicht auf einen anderen,

- 16 - nicht dem klägerischen Rechtsbegehren zugrunde liegenden Lebenssachverhalt stützen (Seiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO-Komm., Art. 58 N 10).

E. 4.1.3

Die Vorinstanz führte zu Ziffer 9 des klägerischen Rechtsbegehrens aus, dass dieses dergestalt aufzufassen sei, dass der Eventualantrag sich auf den Fall beziehe, dass entgegen den klägerischen Ausführungen nicht von einer Kündigung mit Schreiben vom 10. Oktober 2014 per Ende Dezember 2014 - und einer entsprechenden Lohnzahlungspflicht der Beklagten - ausgegangen werde (Urk. 1 Rz. 53 ff.). Ziffer 9 des klägerischen Rechtsbegehrens sei mithin zu beurteilen, obwohl die Frage nach der Kündigung vom 18. Dezember 2013 offen bleiben könne (Urk. 65 S. 45 f. Ziff. 3.1).

E. 4.1.4

Diese Erwägungen sind nicht zu beanstanden, denn die Vorinstanz hat den eigentlichen Sinn des klägerischen Rechtsbegehrens in Ziffer 9 ermittelt, der darin liegt, dass eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung zuzusprechen sei, wenn das Gericht davon ausgehen sollte, dass das Arbeitsverhältnis nicht wie von der Klägerin behauptet per 31. Dezember 2014 beendet wurde, sondern von einem früheren Beendigungszeitpunkt ausgegangen würde. Weil die Vorinstanz von einem anderen als von der Klägerin behaupteten Kündigungszeitpunkt ausging, hatte sie auf den Eventualantrag der Klägerin einzutreten und diesen zu behandeln. Die entsprechende Rüge der Beklagten erweist sich damit als unzutreffend.

- 17 -

E. 4.2

Die Beklagte hält dazu fest, dass selbst wenn vorliegend von einer geschlechterdiskriminierenden Kündigung auszugehen wäre, was nicht der Fall sei, die von der Vorinstanz festgesetzte Pönale von vier Monatslöhnen (weit) überschritten erscheine. Eine Begründung der Höhe dieser Pönale finde sich im Urteil nicht, was eine detaillierte Diskussion deren Angemessenheit verunmögliche; festzuhalten sei aber immerhin, dass derart hohe Pönalen in der Rechtsprechung für Fälle vorbehalten seien, in denen ein krasses, oftmals strafrechtlich relevantes Missverhalten seitens des Arbeitgebers vorliege, so z.B. in Fällen sexueller Belästigung. Der vorliegende Fall sei mit derartigen (Missbrauchs-)Fällen nicht ansatzweise vergleichbar (Urk. 64 S. 26 f. Rz. 72).

E. 4.2.1

Die Beklagte macht in ihrer Berufung weiter geltend, dass das Gericht den Parteien das rechtliche Gehör zu gewähren habe, wenn es seinen Entscheid mit einem Rechtsgrund zu begründen beabsichtige, auf den sich die beteiligten Parteien nicht berufen hätten und mit dessen Erheblichkeit sie vernünftigerweise nicht hätten rechnen müssen (ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts, jüngst bestätigt in BGer 1C_169/2017 E. 2.2). Dies habe die Vorinstanz vorliegend nicht getan: Vielmehr habe sie ihren Entscheid auf (angebliche) Tatsachen gestützt, die von keiner Partei behauptet worden seien, und sich anschliessend auf einen Rechtsgrund (Diskriminierung) berufen, der von der Klägerin gar nicht angerufen worden sei und mit dessen Erheblichkeit die Beklagte vernünftigerweise nicht habe rechnen müssen. Unter diesen Umständen hätte die Vorinstanz die Parteien - z.B.

im Rahmen einer Referentenaudienz - darüber orientieren müssen, dass sie diesen Rechtsgrund als möglicherweise einschlägig erachte und ihnen die Gelegenheit einräumen müssen, sich dazu zu äussern. Indem sie dies nicht getan habe, sondern die Beklagte erst im Urteil mit ihrer Begründung einer angeblichen Missbräuchlichkeit der Kündigung konfrontiert habe, habe sie den verfassungsmässigen Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt (Urk. 64 S. 22 f. Rz. 57 f.).

E. 4.2.2

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht kein Anspruch der Parteien, zur rechtlichen Würdigung der in den Prozess eingeführten Tatsachen noch besonders angehört zu werden. Eine Ausnahme besteht namentlich dann, wenn ein Gericht seinen Entscheid mit einem Rechtsgrund zu begründen beabsichtigt, auf den sich die beteiligten Parteien nicht berufen haben und mit dessen Erheblichkeit sie vernünftigerweise nicht rechnen mussten (vgl. den von der Beklagten zitierte Entscheid BGer 1C_169/2017 E. 2.2. mit Hinweis auf BGE 130 III 35 E. 5 S. 39; BGE 126 I 19 E. 2c/aa S. 22).

E. 4.2.3

Die Klägerin hat in ihrer Klagebegründung (Urk. 1) ausgeführt, dass die Beklagte irgendeinen Vorwand für eine Trennung gesucht habe, um den wahren Grund zu vertuschen, wie Neid in Bezug auf die hohe Bonuszahlung, Neid auf die

- 18 - bevorstehende Beförderung (inkl. Lohnerhöhung) und eine längere Abwesenheit der Klägerin wegen einer Schulteroperation. Offensichtlich habe die Beklagte die Spesenausgaben und die Telefongespräche der Klägerin untersuchen lassen, um eine Unregelmässigkeit zu finden, welche ihr als Aufhänger für eine Entlassung gedient habe. Die Stelle der Klägerin sei nicht etwa aus wirtschaftlichen Gründen gestrichen worden. C._____ habe bereits im Frühjahr 2014 deutschsprachige Kandidaten für ihre Stelle in der Schweiz, sowie eine weitere Stelle im Team London interviewt. Die Klägerin sei die letzte weibliche Angestellte im Team gewesen. Alle anderen Frauen seien entlassen worden oder hätten wegen Mobbing ge- kündigt. Im August 2014 sei dann ein männlicher Mitarbeiter, Herr G._____, als "Director" angestellt worden (Urk. 1 S. 20 Rz. 49). Zum Eventualantrag in Ziffer 9 des Rechtsbegehrens, Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung, liess die Klägerin ausführen, sie sei von ihren Vorgesetzten systematisch gemobbt und am Schluss auch erpresst worden, nach London umzuziehen, andernfalls ihr Bonus gekürzt würde. Die Klägerin habe sich seit ihrer Tätigkeit für die Beklagte darum bemüht, ihre berechtigten Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis durchzusetzen. Ihre Bemühungen seien immer erfolglos verlaufen. Das sei einerseits der Fall gewesen beim Thema der Stellenbeschreibung, die sie nie erhalten habe. Zweites bei der Bewertung ihrer Leistungen, wo sie ohne Mitteilung ihres Vorgesetzten in der Jahresbewertung hinuntergestuft worden sei und danach von der Beklagten nichts unternommen worden sei. Zudem sei ihr die seit Anfang des Arbeitsverhältnisses versprochene Beförderung nie zugesprochen worden (Urk. 1 S. 30 f. Rz. 96). Offenbar habe die Beklagte oder C._____ geplant, sich von der Klägerin zu trennen, unmittelbar bevor ihr der beträchtliche Bonus für das Jahr 2013 in der Höhe von geschätzten CHF 370'000.- hätte ausbezahlt und die ihr zustehende Beförderung hätte bekannt gegeben werden sollen (Urk. 1 S. 31 Rz. 97). Ferner habe die Beklagte gewusst, dass die Klägerin im März 2014 wegen der Schulteroperation aus gesundheitlichen Gründen länger von der Arbeit fern bleiben werde (Urk. 1 S. 31 Rz. 98). Alle diese Gründe hätten die Beklagte dazu bewegt, sich von der Klägerin trennen zu wollen. Mit einer

Trennung habe sich die Beklagte bzw. das

- 19 - Team, in welchem die Klägerin gearbeitet habe und das von C._____ geführt worden sei, den Bonusanteil der Klägerin selber auszahlen können. Zudem habe C._____ bzw. die Beklagte ihr die seit Beginn des Arbeitsverhältnisses versprochene und per Anfang 2014 definitiv fällige Beförderung nicht aussprechen müssen. C._____ habe damit verhindern können, dass sie auf die gleiche Hierarchiestufe gekommen wäre wie er. Ferner sei es C._____ nach einer Trennung von der Klägerin freigestanden, einen männlichen Arbeitnehmer einzustellen, welcher direkt bei ihm in London sei und weniger verdiene. Dazu komme, dass auch D._____ von der Trennung profitiert habe, denn dadurch habe er eine neue Stelle gehabt, welche er nach seinem Gutdünken besetzen könne. Mit der geplanten Trennung habe die Beklagte also alle berechtigten Forderungen der Klägerin aus dem Arbeitsvertrag mit einem Schlag auf einfache Weise erledigen wollen (Urk. 1 S. 31 Rz. 99). Um die wirklichen Gründe zu verschleiern, habe die Beklagte den Vorfall konstruiert, die Klägerin hätte Spesenbetrug begangen und die Trennung eingeleitet (Urk. 1 S. 31 Rz. 100). Mit der Klage reichte die Klägerin diverse Beilagen ein (Urk. 6/4-83). Urk. 6/83 ist ein Schreiben der Rechtsvertreterin der Klägerin an die Beklagte vom 20. Februar 2014. Darin führte sie aus, dass gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses missbräuchlich sei, wenn eine Partei sie ausspreche, wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zustehe, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb. Frau B._____ (Klägerin) sei die einzige Frau im Electronic Trading Team in London gewesen, sowie die letzte weibliche Angestellte im Equity Sales Trading Team in Zürich und Frankfurt. Alle anderen Frauen seien bereits entlassen worden oder hätten wegen unzumutbarer Arbeitsumstände selber gekündigt. Es gebe mehrere Männer, welche mehrere mündliche und schriftliche Verwarnungen wegen klaren Vertrauensmissbrauchs erhalten hätten und denen nicht gekündigt worden sei. Offenbar könnten sich die Männer im Gegensatz zu Frauen alles erlauben. A._____ plane ihre Mandantin zu entlassen, weil sie eine Frau sei und diskriminiere sie daher wegen ihres Geschlechts. Ihr solle gekündigt werden, obwohl sie eine sehr gute und nachweisbar erfolgreiche Mitarbeiterin sei. Einem

- 20 - Mann wäre wegen solcher Vorwürfe keine Kündigung nahegelegt worden (Urk. 6/83 S. 8).

E. 4.2.4

Aufgrund der aufgeführten Passagen in der Klagebegründung und der erwähnten Beilage musste der Beklagten somit nach Erhalt der Klagebegründung bekannt sein, was die Klägerin ihr vorwirft bzw. gestützt auf welchen Sachverhalt die Klägerin die Kündigung als missbräuchlich erachtet. Die rechtliche Würdigung der Vorinstanz kam keineswegs überraschend und die Beklagte hätte mit deren Erheblichkeit vernünftigerweise rechnen müssen. Es liegt keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV vor.

E. 4.3

Analog zu Art. 336a Abs. 2 OR beträgt die Entschädigung wegen diskriminierender Entlassung maximal sechs Monatslöhne. Art. 5 GIG spricht vom "tatsächlichen Lohn" (Abs. 2) beziehungsweise von Monatslöhnen (Abs. 4) als Berechnungsgrundlage, ohne diese näher zu definieren. Abzustellen ist auf den Bruttolohn inklusive sämtlichen nach

Arbeitsvertrag geschuldeten Entschädigungen mit Lohncharakter, wie beispielsweise Provisionen, Lohnzulagen, 13. Monatslohn (pro rate temporis), allfällige Anteile am Geschäftsergebnis und weitere Gratifikationen, Naturallohn, welchen es in einen Barlohn umzurechnen gilt und soweit sie regelmässig angefallen sind, auch Überstunden- und Überzeitentschädigungen (Gabriela Riemer-Kafka/Jakob Ueberschlag, Rz 43 zu Art. 5 GIG, in Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009).

Für die konkrete Bemessung der Entschädigung innerhalb der vom Gesetz aufgestellten Höchstgrenze von sechs Monatslöhnen lassen sich weder aus dem Gleichstellungsgesetz noch aus dem Obligationenrecht Grundsätze entnehmen. In Analogie zur Rechtsprechung zu Art. 336a OR spielen neben der Schwere der Verfehlung und der damit verbundenen Persönlichkeitsverletzung, der sozialen und wirtschaftlichen Lage der Parteien, der Art und Weise, wie die Entlassung vorgenommen und kommuniziert wurde, insbesondere auch die Länge und Dauer der früheren arbeitsvertraglichen Beziehung, das Alter, die Ausbildung und dementsprechend die Chancen auf dem Arbeitsmarkt eine wichtige Rolle. Das Gericht hat seinem Ermessensentscheid alle wesentlichen Umstände - aber auch nur diese - zugrunde zu legen (Gabriele Riemer-Kafka/Jakob Ueberschlag, Rz 44 zu Art. 5 GIG, a.a.O.). Im Verhältnis zur Sanktionsregelung für eine missbräuchliche Kündigung (Art. 336 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 336a OR) geht die Regelung des Gleichstellungsgesetzes als lex specialis vor. Eine Kumulation beider Entschädigungen ist ausgeschlossen (Gabriele Riemer-Kafka/Jakob Ueberschlag, Rz 47 zu Art. 5 GIG, a.a.O.). Ansprüche, welche durch eine diskriminierende Kündigung vereitelt werden - wie beispielsweise der Anspruch auf eine Abgangsentschädigung im Sinne von Art. 339b OR, eine Dienstaltersprämie, eine Gratifikation usw.-, sind neben der Entschädigung zu gewähren und damit kumulierbar. Rechtsgrundlage für derartige Ansprüche bildet im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis Art. 156 OR (Gabriele Riemer-Kafka/Jakob Ueberschlag, Rz 49 zu Art. 5 GIG, a.a.O.).

E. 4.4

Entgegen der Behauptung der Beklagten hat die Vorinstanz die festgesetzte Höhe der zugesprochenen Entschädigung zwar kurz, aber dennoch, begründet. Aufgrund der Umstände der Kündigung mit der Konstruktion des vermeintlich fehlbaren Verhaltens der Klägerin am 18. Oktober 2013 und des behaupteten daraus resultierenden Vertrauensverlustes der Beklagten, ist die Festsetzung der Entschädigung auf vier Monatslöhne nicht zu beanstanden. Ergänzend ist darauf

- 35 - hinzuweisen, dass das behauptete fehlbare Verhalten der Klägerin von der Beklagten nie abgemahnt worden ist und die damit begründete Kündigung die Klägerin sozusagen aus heiterem Himmel traf, was ebenfalls zu berücksichtigen ist.

E. 5

Bonusanspruch

E. 5.1

Die Vorinstanz führte aus, es sei allgemein anerkannt, dass die Verweigerung einer Gratifikation an einzelne Mitarbeiter unzulässig sei, wenn das Gros der Belegschaft eine Gratifikation erhalten und keine ernsthaften Pflichtverletzungen des betreffenden Arbeitnehmers vorliegen. Dies ergebe sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, aber

auch aus dem aus Art. 328 OR abgeleiteten Gleich- behandlungsgrundsatz. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sei aller- dings nicht bloss eine Ungleichbehandlung, sondern ein Verstoss gegen das indi- viduelle Diskriminierungsverbot erforderlich, worin "eine den Arbeitnehmer verlet- zende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck komme" (Urk. 65 S. 68 Ziff. 2.5 Abs. 2). Nach dem Gesagten habe die Klägerin im speziellen Fall für das Jahr 2013 einen direkt aus Art. 328 bzw. aus Art. 3 GIG abzuleitenden An- spruch auf Gratifikation bzw. Bonifikation. Aufgrund der geschlechterdiskriminie- renden Auflösung des Arbeitsverhältnisses, welche für den Wegfall der Bonifikati- on als kausal betrachtet werden müsse, sei nach den Wertungen des GIG per se eine die Klägerin verletzende Geringschätzung ihrer Persönlichkeit anzunehmen. Dass die relevanten Vertragsbestimmungen eine Bonifikation bei gekündigten Ar- beitsverhältnis ausschliessen würden, sei für die Beurteilung des gesetzlichen Anspruchs auf Beseitigung der Ungleichbehandlung bzw. der Diskriminierung nicht relevant. Dasselbe gelte für die im Grundsatz wirksam angebrachten Freiwil- ligkeitsvorbehalte (Urk. 65 S. 68 f. Ziff. 2.5).

E. 5.2

Die Beklagte macht dazu in ihrer Berufung geltend, dass - soweit die Vor- instanz einen Bonusanspruch der Klägerin dennoch bejahe, sie sich auf die von der Klägerin nicht behauptete "geschlechterdiskriminierende Auflösung des Ar- beitsverhältnisses" stütze, die "für den Wegfall der Bonifikation als kausal betrach- tet werden" müsse. Diese Argumentation trage nicht. Die Auflösung des Arbeits- verhältnisses sei vorliegend weder geschlechterdiskriminierend noch missbräuch- lich, sondern zulässig gewesen; bei zutreffender Beurteilung des Sachverhaltes

- 36 - bzw. der Kündigungsgründe sei der Wegfall des Bonus mithin nicht zu beanstan- den und Dispositiv-Ziffer 6 entsprechend aufzuheben (Urk. 64 S. 28 Rz. 74). Wei- ter habe die Beklagte substantiiert dargetan, dass [sich] die Klägerin aufgrund ih- res Disziplinarverstosses von Vornherein nicht (mehr) für eine Bonuszahlung 2013 qualifiziert habe. Die Ausrichtung eines Bonus wäre mithin nach den ein- schlägigen Regelwerken der Beklagten unabhängig von der Kündigung hinfällig gewesen. Dass vorliegend keine vertragliche Verpflichtung zur Ausrichtung eines Bonus bestanden habe, habe die Vorinstanz bestätigt; unter diesen Umständen sei die - im Einklang mit den Empfehlungen der FINMA stehenden und insofern auch von den Regulatoren geforderten - internen Regeln der Beklagten, welche vorsehen würden, dass Disziplinarverstösse auch Einflüsse auf die Ausrichtung von Boni hätten, ohne Weiteres zulässig (Urk. 64 S. 28 f. Rz. 75).

E. 5.3

Wie die Vorinstanz zutreffend feststellte, sind die von der Beklagten für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin kommunizierten Gründe, (1) Mitteilung vom 18. Oktober 2013 wider besseres Wissen, dass die Klägerin im Zug von Frankfurt nach Zürich sei, stattdessen aber in Ibiza weilte, (2) Einrei- chung des Zugtickets für die Rückfahrt zur Rückerstattung als Spesen trotz unter- bliebener Nutzung und (3) Eintrag eines nur halben Ferientags als Ferientag für den 18. Oktober 2013, nicht als Pflichtverletzungen zu qualifizieren (Urk. 65 S. 46- 52 Ziff. 3.2-3.6). Damit können sie auch nicht als Disziplinarverstösse gelten, weshalb die diesbezüglichen Einwendungen der Beklagten nicht verfangen.

E. 5.4

Zur Höhe des Bonus behauptet die Beklagte, dass es an der Klägerin gewesen wäre, darzulegen, weshalb sie Anspruch auf den von ihr geforderten Bonus im Umfang von CHF 88'525.50 habe. Die Beklagte habe substantiiert dargelegt, dass ein solcher Betrag auch bei tadellosen Leistungen nie im Raum gestanden wäre und hierfür Beweise offeriert. Die Vorinstanz habe sich nicht dazu geäußert, auf welcher Grundlage sie zum Schluss gekommen sei, der von der Klägerin geforderte Betrag sei "trotz der rechtlich unzutreffenden Herleitung nicht (...) unangemessen". Nicht nachvollziehbar sei sodann, weshalb die Vorinstanz der Auffassung sei, die Beklagte hätte "die Vergütung der weiteren Mitglieder des Teams der Klägerin offen (...) legen" müssen: Die für einen angeblichen Bonus-

- 37 - anspruch beweisbelastete Klägerin habe die Edition dieser Information nicht verlangt, und die Vorinstanz habe die Abnahme der von der Beklagten angebotenen Zeugen/Parteibefragungen abgelehnt. Allgemein sei darauf hinzuweisen, dass auch die Teamkollegen der Klägerin gewisse Persönlichkeitsrechte und ein Interesse daran hätten, dass ihre Lohndaten nicht gegenüber (früheren) Arbeitskollegen offengelegt würden (Urk. 64 S. 29 Rz. 76).

E. 5.5

Die Klägerin hat zu ihrer Bonusforderung in der Klagebegründung ausgeführt, dass im Arbeitsvertrag, Swiss Employee Handbook, Seite 14 unter "Bonus/Stock Options Plan", vereinbart worden sei, dass Officers berechtigt seien an der Teilnahme jährlicher Bonus- und Aktienoptionsplänen. Die Teilnahme an diesen Plänen sei abhängig vom Geschäft und der individuellen persönlichen Performance eines Arbeitnehmers. Die Bezahlung eines Bonus sei ein wesentlicher Lohn- und Vertragsbestandteil gewesen. Ohne Bonusvereinbarung hätte die Klägerin den Arbeitsvertrag nicht unterzeichnet und auch nicht die Lohnhöhung. Der Ziellohn sei klar zwischen CHF 430'000.- und CHF 450'000.- vereinbart gewesen und sei geschuldet (Urk. 1 S. 32 Ziff. 2). Der Bonus sei der Klägerin zwei Mal (2010 und 2012) in der Höhe bereits im Voraus garantiert worden. Jedes Jahr ihrer Anstellung (2010, 2011 und 2012) seien ihr der Bonus gestützt auf die Geschäftszahlen der A._____ Group, auf jene des European Electronic Execution Sales Trading Teams und der persönlichen Performance ausbezahlt worden. Die Höhe der ausbezahlten Boni hätten von CHF 250'000.- für das Jahr 2010, CHF 63'147.- für das Jahr 2011 und CHF 187'980.- für 2012 variiert. Durchschnittlich habe die Klägerin demnach einen Bonus von jährlich CHF 167'042.33 ausbezahlt bekommen (Urk. 1 S. 25 f. Rz 79). Im November 2013 habe T._____ (Vorgesetzter der Klägerin aus London) den Arbeitnehmern im Equity Grossmeeting in London angekündigt, dass der Bonus für das laufende Jahr zwanzig Prozent höher sein werde als im Vorjahr. Gestützt darauf habe die Klägerin CHF 225'576.- erwartet, denn im Vorjahr habe sie CHF 187'980.- ausbezahlt erhalten (Urk. 1 S. 28 Rz 84). Für die Höhe des Bonus 2013 sei zudem die persönliche Leistungssteigerung der Klägerin in ihrem Aufgabenbereich zu berücksichtigen gewesen. Unter Beachtung ihrer sehr guten Leistungen habe sie eine Bonuszahlung in der Höhe von ca. CHF 370'000.- erwartet (Urk. 1 S. 28 Rz 85).

- 38 - Der Bonus sei ein wesentlicher Bestandteil ihres vereinbarten Lohnes gewesen. Die Performance des Geschäfts der Beklagten sei gut gewesen und die persönliche Performance der Klägerin sehr gut. Für das Jahr 2013 habe die Klägerin grundsätzlich einen Fixlohnanspruch von brutto CHF 249'359.50 (12x CHF 20'779.96) gehabt. Ihr seien 2013 Aktien im Gesamtwert von CHF 29'195.- ausbezahlt worden. Zusammengezählt hätte sie so

ein Einkommen von CHF 278'554.50 gehabt. Die Klägerin verlange die Differenz dieses Einkommens, welche auch Gegenstand der Klage sei, bis zum fünffachen Medianlohn für das Jahr 2014 von CHF 367'080.- als ihren Bonus für 2013, dies seien CHF 88'525.50 (Urk. 1 S. 28 Rz 86).

E. 5.6

Entgegen den Behauptungen der Beklagten hat die Klägerin damit dargelegt, weshalb sie Anspruch auf einen Bonus im Umfang von CHF 88'525.50 hat.

E. 5.7

Die Vorinstanz führte zur Höhe des eingeklagten Bonus für das Jahr 2013 aus, dass angesichts der Zahlungen an die Klägerin für die Vorjahre 2010 (Fr. 250'000.-), 2011 (Fr. 63'147.-) und 2012 (Fr. 187'980.- effektiv) sich der eingeklagte Betrag von Fr. 88'525.50 brutto nicht als unangemessen erweise. Die Beklagte wäre angesichts der Vorbringen der Klägerin gehalten gewesen, die Vergütung der weiteren Mitglieder des Teams der Klägerin offen zu legen. Die Bestreitung insofern, die im Geschäftsjahr 2013 ausgerichteten Boni seien im Vergleich zu den Vorjahresboni aufgrund der schlechten Geschäftszahlen 2013 deutlich geringer ausgefallen, sei unsubstantiiert. Beweiserhebungen seien daher nicht durchführbar. Über die Vorgänge am Equity-Grossmeeting im November 2013 brauche nicht Beweis geführt zu werden; über den eingeklagten Betrag hinausgehende Forderungen seien nicht Prozessthema. Die Verkaufszahlen der Klägerin bzw. der Betrag der erzielten elektronischen Kommissionseinnahmen seien unbestritten. Es sei damit nicht von einem schlechten Geschäftsgang auszugehen; die diesbezüglichen Ausführungen der Beklagten seien ebenfalls unsubstantiiert (Urk. 65 S. 69 Ziff. 2.6).

E. 5.8

Mit den Ausführungen der Vorinstanz - insbesondere dass die Klägerin im speziellen Fall für das Jahr 2013 einen direkt aus Art. 328 bzw. aus Art. 3 GIG abzuleitenden Anspruch auf Gratifikation bzw. Bonifikation habe und dass aufgrund

- 39 - der geschlechterdiskriminierenden Auflösung des Arbeitsverhältnisses, welche für den Wegfall der Bonifikation als kausal betrachtet werden müsse, nach den Wertungen des GIG per se eine die Klägerin verletzende Geringschätzung ihrer Persönlichkeit anzunehmen sei hat sich die Beklagte nicht auseinandergesetzt.

E. 5.9

Aufgrund dieser Feststellung hat die Vorinstanz den Anspruch der Klägerin auf einen Bonus bejaht, was zutreffend ist. Bei der Höhe hat sie sich auf die nachvollziehbaren Ausführungen der Klägerin gestützt, was ebenfalls nicht zu beanstanden ist.

E. 5.10

Es bleibt damit bei dem von der Vorinstanz zugesprochenen Bonus für das Jahr 2013 in der Höhe von Fr. 88'525.50 brutto zuzüglich Zins von 5% seit dem 1. August 2014. Unter Berücksichtigung der Sozialabzüge gemäss Urk. 6/65 von total 5.65% [5.15% AHV/IV/EO; 0,5% Solidaritätsbeitrag ALV] ergibt sich ein Nettobetrag von Fr. 83'523.80 auf dem Quellensteuern abzuliefern sein werden.

E. 6

Zusammenfassung Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ergibt sich auch im Berufungsverfahren, dass von einer diskriminierenden Kündigung im Sinne von Art. 3 GIG

auszugehen ist. Die von der Vorinstanz zugesprochene Entschädigung in der Höhe von Fr. 79'199.50 ist nicht zu beanstanden. Ebenfalls hat die Klägerin einen Anspruch auf den von ihr beantragten Bonus für das Jahr 2013 in der Höhe von Fr. 88'525.50. Davon abzuziehen ist der unbestritten geblieben Betrag für die zu viel bezahlten Quellensteuern von Fr. 65'295.55. Die Berufung der Beklagten ist damit abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Ausgangsgemäss ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen. 2. Die Entscheidungsgebühr für das Berufungsverfahren ist bei einem Streitwert von Fr. 228'018.85 auf Fr. 14'000.- festzusetzen (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 12 GebV OG),

- 40 - der Beklagten aufzuerlegen und mit dem geleisteten Prozesskostenvorschuss zu verrechnen. Die von der Beklagten der Klägerin zu leistende Parteientschädigung ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 2 AnwGebV auf Fr. 17'000.- (inkl. 7.7% MWSt.) zu beziffern. Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass der Beschluss sowie die Dispositiv-Ziffern 1, 3, 4 und 5 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 6. Dezember 2017, in Rechtskraft erwachsen sind. 2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird, und das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 6. Dezember 2017 wird bestätigt, soweit es nicht bereits in Rechtskraft erwachsen ist. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 14'000.- festgesetzt. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet. 3. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 17'000.- zu bezahlen. 4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

- 41 - 5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 228'018.85. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 8. März 2019 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. L. Hunziker Schnider MLaw K. Peterhans versandt am: am

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