

# ZH\_OBERGERICHT LA210022 vom 23. Mai 2023

ZH Obergericht, 2023-05-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LA210022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA210022)

FR: ZH\_OBERGERICHT LA210022 du 23 mai 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT LA210022 del 23 maggio 2023

## Erwägungen

### E. 1

Am 13. Juli 2020 (Datum Poststempel) reichte der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend: Kläger) bei der Vorinstanz die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich, Kreise ... und ..., vom 6. März 2020 sowie die vom 13. Juli 2020 datierende Klageschrift ein (Urk. 1 und 3). Der weitere Verfahrensverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 32 S. 4 f. = Urk. 38 S. 4 f.). Das das erstinstanzliche Verfahren abschliessende Urteil der Vorinstanz datiert vom 26. März 2021 (Urk. 38).

#### E. 1.1

Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3

- 23 - ZPO). Zudem ist über die Prozesskosten des Berufungsverfahrens zu entscheiden.

#### E. 1.2

Die Höhe der von der Vorinstanz festgesetzten Entscheidgebühr von Fr. 7'950.– (Urk. 38 S. 23, Dispositivziffer 3) wurde angesichts des vorinstanzlichen Streitwerts von Fr. 80'000.– von den Parteien zu Recht nicht bemängelt, weshalb sie zu bestätigen ist. Hingegen ist Dispositivziffer 3 Abs. 2 des erstinstanzlichen Urteils angesichts des Ausgangs des Verfahrens aufzuheben. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten sind ausgangsgemäss zu 1/16 dem Kläger und zu 15/16 der Beklagten aufzuerlegen und mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Die Beklagte ist zu verpflichten, ihm diesen im Umfang von 15/16, d.h. von Fr. 7'453.–, zu ersetzen. Ferner ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger die Kosten des Schlichtungsverfahrens in Höhe von Fr. 1'040.– im Umfang von Fr. 539.– zu ersetzen, nachdem die Erwägungen der Vorinstanz zur Höhe der vorliegend ersatzfähigen Kosten des Schlichtungsverfahrens (Urk. 38 S. 20) von den Parteien zu Recht nicht beanstandet wurden.

#### E. 1.3

Der Kläger ist durch das Urteil der Vorinstanz beschwert. Es handelt sich um eine berufungsfähige Streitigkeit (Art. 308 Abs. 2 ZPO) und die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Auf die Berufung ist unter dem Vorbehalt hinreichender Begründung (vgl. Art. 310 ZPO; BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 141 III 569 E. 2.3.3) einzutreten.

### E. 2

Mit Eingabe vom 5. Juli 2021 (Datum Poststempel; eingegangen am 7. Juli 2021) erhob der Kläger fristgerecht Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil und stellte die eingangs aufgeführten Anträge (Urk. 37). Mit Verfügung vom 12. Juli 2021 wurde ihm Frist zur

Leistung eines Gerichtskostenvorschusses in der Höhe von Fr. 7'150.– angesetzt (Urk. 42). Nachdem der Kläger mit Eingabe vom 19. August 2021 eine Fristerstreckung verlangt hatte und ihm die Frist letztmals bis 6. September 2021 erstreckt worden war (Urk. 43), ging der Betrag mit Valutatum 7. September 2021 ein (Urk. 44). Mit Verfügung vom 4. Januar 2022 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 45). Die fristgerecht erstattete Berufungsantwort datiert vom 7. Februar 2022 (Urk. 46). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

### **E. 2.1**

Die Beklagte macht unter Verweis auf Art. 308 Abs. 2 ZPO geltend, der Streitwert vor Obergericht richte sich nach den vor der Vorinstanz zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren und betrage somit Fr. 80'000.–, nicht Fr. 70'000.–, wie vom Kläger geltend gemacht (Urk. 46 S. 3 Rz. 5). Sie bezieht damit auch die Fr. 10'000.– ein, welche der Kläger als Streitwert für das erstinstanzlich gestellte und inzwischen rechtskräftig erledigte Begehren auf Zeugnisänderung angegeben hatte (Urk. 1 S. 5 Rz. 4).

### **E. 2.2**

Für die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren ist mit Bezug auf den Streitwert auf das abzustellen, was noch im Streit liegt (§ 12 Abs. 2 GebV OG; § 13 Abs. 1 AnwGebV). Das sind vorliegend Fr. 70'000.–.

### **E. 2.3**

Im Berufungsverfahren ist die Höhe der Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 7'150.– festzusetzen.

### **E. 2.4**

Die Kosten des Berufungsverfahrens sind aufgrund des Verfahrensausgangs vollumfänglich der Beklagten aufzuerlegen. Sie sind aus dem vom Kläger

- 24 - bezogenen Vorschuss zu beziehen. Die Beklagte ist zu verpflichten, ihm diesen im Umfang von Fr. 7'150.– zu ersetzen. 3. Ferner ist die Beklagte ausgangsgemäss zu verpflichten, dem Kläger für die beiden Verfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen, die für das erstinstanzliche Verfahren auf 7/8 zu reduzieren ist, und Dispositivziffer 4 des erstinstanzlichen Urteils dementsprechend aufzuheben. Nachdem die Parteien die von der Vorinstanz festgesetzte Berechnung der Parteientschädigung dem Grundsatz nach zu Recht nicht kritisiert haben, ist deren Höhe für das erstinstanzliche Verfahren auf Fr. 8'487.50 zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer, mithin auf Fr. 9'141.–, festzulegen (vgl. Urk. 38 S. 20), jene für das zweitinstanzliche Verfahren in Anwendung von § 4 Abs. 1, § 11 Abs. 1 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 5'000.– zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer, mithin auf Fr. 5'385.–. Insgesamt ist die Parteientschädigung für beide Verfahren, welche die Beklagte dem Kläger zu leisten hat, somit auf Fr. 14'526.– festsetzen. Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositivziffer 1 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 26. März 2021 in Rechtskraft erwachsen ist. 2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. In Gutheissung der Berufung werden die Dispositiv-Ziffern 2, 3 Abs. 2 und 4 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 26. März 2021 aufgehoben. 2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 70'000.– (nicht sozialversicherungspflichtig) nebst Zins zu 5% seit tt.mm.2019 zu bezahlen.

- 25 - 3. Die im Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 26. März 2021 festgesetzte erstinstanzliche Entscheidegebühr von Fr. 7'950.– (Dispositivziffer 3 Abs. 1) wird bestätigt. 4. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden zu 1/16 dem Kläger und zu 15/16 der Beklagten auferlegt und mit dem im erstinstanzlichen Verfahren geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 7'453.– zu ersetzen. Ferner wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 539.– für die Kosten des Schlichtungsverfahrens zu bezahlen. 5. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 7'150.– festgesetzt. 6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den geleisteten Vorschuss von Fr. 7'150.– zu ersetzen. 7. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für beide Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 14'526.– zu bezahlen. 8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage eines Doppels von Urk. 46, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

### **E. 3**

Das Verfahren ist spruchreif. II. Prozessuales

#### **E. 3.1**

Nach zutreffender Darlegung der formellen Voraussetzungen für die Geltendmachung einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung, auf die verwiesen werden kann (Urk. 38 S. 6), stellte die Vorinstanz fest, dass der Kläger mit seinem Schreiben vom 25. Februar 2019 während der laufenden Kündigungsfrist im Sinne von Art. 336b Abs. 1 OR Einsprache gegen die Kündigung erhoben habe (Urk. 38 S. 7 mit Verweis auf Urk. 5/23). Zudem habe er das Schlichtungsgesuch am 27. Januar 2020 beim zuständigen Friedensrichteramt eingereicht und damit die 180-tägige Klagefrist seit dem Ende des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 336b Abs. 2 OR eingehalten (Urk. 38 S. 7). Die formellen Voraussetzun-

- 10 - gen für die Geltendmachung einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung seien daher erfüllt (Urk. 38 S. 7).

#### **E. 3.2**

Diese Erwägungen stellen die Parteien im Berufungsverfahren zu Recht nicht in Frage, weshalb es damit sein Bewenden hat.

### **E. 4**

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-36). Auf die Parteivorbringen ist nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist. III. Materielles  
1. Gemäss der vom Kläger zwar als unvollständig gerügten (Urk. 37 S. 4 ff.), abgesehen davon aber unbestritten gebliebenen Sachverhaltserstellung durch die Vorinstanz trat er bei der Beklagten am tt.mm.2010 im Rang eines Directors mit einem Pensum von 100% ein. Er arbeitete zunächst als Leiter des Sektors "C.\_\_\_\_\_" der Division "D.\_\_\_\_\_". Nach unterschiedlichen Führungsfunktionen innerhalb der Beklagten trat er im mm. 2017 die Stelle als "COO & Head of ..." an, die er bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses bekleidete. Sein monatlicher Bruttolohn betrug zuletzt Fr. 20'000.–. Am 29. August 2018 meldete eine Mitarbeiterin der Ombudsfrau für Verhalten und Ethik bei der Beklagten sexuelle Belästi-

gungen durch den Kläger. Die Beklagte befragte in der Folge diese Mitarbeiterin sowie weitere Mitarbeitende im Umfeld des Klägers und untersuchte die elektronische Kommunikation (E-Mails und Lync-Nachrichten) zwischen dem Kläger und der angeblich belästigten Mitarbeiterin sowie einer anderen Mitarbeiterin, letzteres hinsichtlich Äusserungen des Klägers über die angeblich belästigte Mitarbeiterin. Die Beklagte führte sodann am 20. September 2018 eine Befragung des Klägers durch. Im Anschluss daran wurde ihm das Protokoll zur Durchsicht zugestellt. Der Kläger nahm diverse Änderungen am Protokoll vor. Nach der Befragung des Klägers kam die Beklagte zum Schluss, dass dessen Aussagen wenig glaubwürdig gewesen seien und im Widerspruch zu Aussagen anderer Befragten gestanden

- 9 - hätten. Insgesamt befand die Beklagte, dass die von der anzeigenden Mitarbeiterin und von den übrigen Mitarbeitenden beschriebenen, unangemessenen Verhaltensweisen mit grosser Wahrscheinlichkeit stattgefunden hätten. Im Untersuchungsbericht wurde deshalb die Einleitung eines Disziplinarverfahrens gegen den Kläger empfohlen. Die Beklagte eröffnete gestützt auf den Untersuchungsbericht ein Disziplinarverfahren gegen den Kläger. Das für das Disziplinarverfahren zuständige "E.\_\_\_\_\_ [Disziplinarstelle]" traf sich am 16. Oktober 2018 und beschloss die ordentliche Kündigung des Klägers. Am 23. Oktober 2018 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger auf den tt.mm.2019. Aufgrund von Krankheit und Unfall verlängerte sich das Arbeitsverhältnis bis zum tt.mm.2019 (Urk. 38 S. 5 f.). 2. Der Kläger forderte vor Vorinstanz von der Beklagten nebst einer nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens bildenden Zeugnisänderung eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung in der Höhe von Fr. 70'000.– zuzüglich Zins (Rechtsbegehren Ziffer 2). Die Missbräuchlichkeit ergebe sich aus der Art und Weise der Kündigung, zumal die Beklagte ihre Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR verletzt sowie gegen das Gebot von Treu und Glauben verstossen habe (Urk. 38 S. 7 f. mit Verweis insb. auf Urk. 1 Rz. 29 f., Urk. 24 Rz. 74 und 77 ff. sowie Prot. Vi S. 29). Die Beklagte bestritt das Vorliegen einer missbräuchlichen Kündigung (Urk. 38 S. 8 f.). Mit dem angefochtenen Urteil verneinte die Vorinstanz das Vorliegen einer missbräuchlichen Kündigung und wies die Entschädigungsforderung ab (Urk. 38 S. 9 ff. und S. 23 Dispositivziffer 2).

#### **E. 4.1**

Im Rahmen ihrer Erwägungen wies die Vorinstanz darauf hin, dass vorliegend nicht zu prüfen sei, ob der Kläger eine oder mehrere Mitarbeiterinnen der Beklagten sexuell belästigt habe oder nicht, sondern ob die Beklagte die diesbezüglichen Vorwürfe genügend untersucht habe, und kam zum Schluss, dass diese die Untersuchung der gegen den Kläger erhobenen Vorwürfe der sexuellen Belästigung im Wesentlichen gemäss den internen Richtlinien und Merkblättern durchgeführt habe. Dass die Befragung des Klägers ohne Anwesenheit einer Vertretungsperson durchgeführt worden sei, sei nicht als Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben einzustufen. Die Untersuchung sei von einem unabhängigen Team geführt worden, das den Kläger und die betroffenen Personen befragt und die Ergebnisse in einem Untersuchungsbericht festgehalten sowie der Disziplinarkammer präsentiert habe. Der Untersuchungsbericht zeige, dass die Beklagte den erhobenen Vorwürfen der sexuellen Belästigung nachgegangen sei und diese sorgfältig auf ihren Wahrheitsgehalt untersucht habe. Es seien sowohl belastende als auch entlastende Aussagen von Mitarbeitenden berücksichtigt und gewürdigt worden. Die Beklagte sei zum Schluss gekommen, dass die beschriebenen unangemessenen Verhaltensweisen des

Klägers mit grosser Wahrscheinlichkeit stattgefunden hätten. Ein Komplott habe sie ausschliessen können, da mehrere Personen den Kläger belastet hätten und es sich nicht um einen isolierten Vorfall, sondern um wiederholte Verhaltensweisen gehandelt habe. Dass die Beklagte die entsprechenden Vorwürfe hinreichend abgeklärt habe, ergebe sich bereits aus dem in geschwärtzter Form eingereichten Untersuchungsbericht (Urk. 19/7a). Insgesamt habe die Beklagte damit die Anforderungen an eine genügende Untersuchung erfüllt, zumal letztere nicht an strafprozessrechtlichen Garantien zu messen sei. Der Grundsatz der Wahrung der Anonymität der betroffenen Mitarbeitenden sei mit einer genügenden Untersuchung vereinbar. Zudem erweise sich im vorliegenden Fall die Verletzung der internen Vorschrift, wonach eine Vertrauensper-

- 11 - son beim Gespräch zugegen sein dürfe, nicht als derart schwerwiegend, dass die ganze Untersuchung als ungenügend zu erachten wäre. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei Missbräuchlichkeit der Kündigung nur zu bejahen, wenn diese leichtfertig und ohne vernünftige Begründung ausgesprochen worden sei. Diese Voraussetzungen seien in casu nicht erfüllt. Vielmehr sei das Vorliegen eines begründeten Verdachts, der die Weiterbeschäftigung des Klägers als unzumutbar habe erscheinen lassen, in Anbetracht des Untersuchungsergebnisses zu bejahen. Dies gelte umso mehr, da es sich beim Kläger um einen Arbeitnehmer in leitender Stellung gehandelt habe, an den besonders hohe Anforderungen betreffend Integrität hätten gestellt werden dürfen. Für die Beklagte habe ein sachlicher Grund zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger vorgelegen (Urk. 38 S. 10 und S. 14 f.).

#### **E. 4.2**

Der Kläger rügt in der Berufungsschrift (Urk. 37 S. 4 ff.) sowohl die unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 310 lit. b ZPO) als auch die unrichtige Rechtsanwendung (Art. 310 lit. a ZPO).

#### **E. 5**

dargelegten Anforderungen genüge. Ob die Untersuchung im Einklang mit ihren internen Reglementen u. dgl. stand, ist von Bedeutung, soweit Verstösse gegen diese zu Ungunsten des Klägers erfolgten; soweit die Untersuchung im Einklang mit diesen internen Reglementen u. dgl. stand, lässt dies demgegenüber nicht automatisch darauf schliessen, dass die unter E. III./6.2.3.-5. dargelegten Vorgaben eingehalten wurden. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, ist ferner im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen, ob der Kläger eine oder mehrere Mitarbeiterinnen der Beklagten sexuell belästigt hat oder nicht (vgl. dazu Urk. 38 S. 10), denn dies ist, weil eine Verdachtskündigung grundsätzlich zulässig ist, nicht entscheidend.

- 15 - 7.2. Vorliegend war das Recht des Klägers, sich bei der Anhörung von einer Person seiner Wahl begleiten zu lassen, unbestrittenermassen im "Merkblatt sexuelle Belästigung" festgehalten (Urk. 19/3 S. 1 unten rechts; dazu vorne unter E. III./6.2.5.). Der Kläger macht geltend, die Vorinstanz habe zwar zutreffend festgestellt, dass er (im Vorfeld seiner Anhörung vom 20. September 2018) nicht auf dieses Recht hingewiesen worden sei. Unrichtig sei jedoch die Rechtsanwendung, bei der die Vorinstanz zum Schluss gekommen sei, dass die Nichteinhaltung der internen Richtlinie der Beklagten keinen Verstoß gegen Treu und Glauben bzw. keine Verletzung der Fürsorgepflicht durch Letztere darstelle (Urk. 37 S. 16 Rz. 41). 7.3. Im erstinstanzlichen Verfahren hatte der Kläger moniert, nicht über seine Verfahrensrechte aufgeklärt worden zu sein, insbesondere

nicht über die Möglichkeit, sich von einer Vertrauensperson seiner Wahl begleiten zu lassen (Urk. 24 S. 6 Rz. 28, S. 7 Rz. 31, S. 15 Rz. 65 und S. 25 Rz. 114; Prot. Vi S. 33). Zwar hatte er, wie die Beklagte in ihrer Berufungsantwort zutreffend argumentiert (Urk. 46 S. 9 Rz. 23), nicht behauptet, dass er vom fraglichen Merkblatt keine Kenntnis gehabt habe – dies stellte er lediglich hinsichtlich des weiteren Merkblatts "Prävention von sexueller Belästigung am Arbeitsplatz" in Abrede (Urk. 24 S. 5 Rz. 25). Gemäss seiner unbestritten gebliebenen Darstellung wurde er aber von der Anhörung vom 20. September 2018 überrumpelt – unbestrittenermassen erhielt er in deren Vorfeld lediglich eine Outlook-Einladung für ein "Gespräch" und wurden ihm Inhalt und Zweck desselben nicht mitgeteilt (Urk. 38 S. 6 Rz. 17 mit Verweis auf Urk. 1 S. 10 Rz. 21; vgl. auch Urk. 24 S. 2 Rz. 8, S. 5 f. Rz. 27 f., S. 15 Rz. 65 und S. 24 f. Rz. 114; vgl. dazu die Stellungnahme der Beklagten in Prot. Vi S. 19). Der Kläger hatte somit unabhängig davon, ob er vom "Merkblatt sexuelle Belästigung" Kenntnis hatte oder nicht, nicht die Möglichkeit, sein Recht auf Begleitung durch eine Vertrauensperson wahrzunehmen, musste er doch nicht davon ausgehen, dass es beim "Gespräch", zu dem er eingeladen worden war, um eine Anhörung im Sinne des Merkblatts ging, und ging er auch offensichtlich tatsächlich nicht davon aus. Demzufolge liegt ein Verstoss der Beklagten gegen das Recht des Klägers vor, sich anlässlich der Anhörung von einer Person seiner Wahl begleiten zu lassen.

- 16 - 7.4. Da dem Kläger, wie dargelegt, Inhalt und Zweck des "Gesprächs" vom 20. September 2018 nicht bekannt waren, hatte er ferner nicht die Gelegenheit, sich im Vorfeld gezielt darauf vorzubereiten, insbesondere nach allfälligen entlastenden Tatsachen zu forschen – zu denken ist beispielsweise an die Benennung von Personen, die entlastende Aussagen hätten machen können (vgl. Prot. Vi S. 31), oder Abwesenheiten, die die gegen ihn erhobenen Vorwürfe entkräftet hätten. Die Gelegenheit, sich wirksam zu verteidigen, erhielt der Kläger aber seiner insoweit unbestrittenen Darstellung zufolge auch nicht während des "Gesprächs": Da die gegen ihn erhobenen Vorwürfe mit der Begründung des Schutzes der anderen involvierten Personen nicht dahingehend konkretisiert worden waren, dass ihm mitgeteilt worden wäre, wann er wen, wo, bei welcher Gelegenheit und in welcher Art und Weise sexuell belästigt habe (Urk. 37 S. 6 f. Rz. 18 mit Verweis auf Urk. 1 S. 10 f. Rz. 22), konnte der Kläger, der die Vorwürfe allesamt von sich wies, diese lediglich allgemein bestreiten und waren eine detailliertere Stellungnahme sowie die allfällige Nennung von entlastenden Tatsachen nahezu verunmöglicht (vgl. Urk. 24 S. 25 Rz. 114). Daran ändert auch nichts, dass der Kläger im Nachhinein die Gelegenheit zur Sichtung resp. Korrektur des Sitzungsprotokolls und zu einer separaten schriftlichen Stellungnahme erhielt, denn auch dafür erhielt er keine konkreteren Angaben zu den ihm vorgeworfenen Verhaltensweisen (Urk. 1 S. 10 f. Rz. 22; Urk. 24 S. 20 Rz. 81). Dies gilt, wenn auch in vermindertem Masse, ebenso für den von der Beklagten angeführten Apéro im November 2017, wurden dem Kläger doch in diesem Zusammenhang lediglich der Anlass sowie der Vorwurf von "nicht mit den C&E-Standards vereinbaren Berührungen und Annäherungen mit Mitarbeiterinnen" mitgeteilt, nicht jedoch, wer betroffen gewesen sei und um was für Berührungen es sich genau gehandelt habe (Urk. 24 S. 7 Rz. 32; Urk. 5/12 S. 6) – der Kläger machte geltend, nicht zu wissen, um welchen Apéro es sich gehandelt habe (Urk. 24 S. 7 Rz. 32; Prot. Vi S. 13).

7.5. Ein Verdacht sexueller Belästigungen kann, wenn die zur Last gelegten Verhaltensweisen bestritten werden, nur erhärtet werden, wenn ermittelt wird, gegenüber wem wo wann was genau gemacht respektive gesagt wurde. Dabei kann für die Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger sozialer Interaktion – entgegen der Ansicht der Beklagten (Urk. 17 S. 67 Rz. 67) – im konkreten Fall eine

- 17 - Rolle spielen, in welchem Verhältnis die betroffenen Personen zueinander standen oder in welchem Zusammenhang Äusserungen resp. Handlungen stattfanden. Dies gesteht die Beklagte implizit auch selber ein, wenn sie die Unerwünschtheit bestimmter Handlungen oder Bemerkungen als Kriterium für eine sexuelle Belästigung herausstreicht (Urk. 17 S. 5 Rz. 10). Zudem kommt es vor, dass Handlungen, die ohne sexuelle Motivation vorgenommen werden und auch objektiv betrachtet keine sexuelle Konnotation haben, vom Gegenüber dennoch im Sinne sexueller Handlungen interpretiert werden. Dies kann beispielsweise bei einer einfachen Begrüssungs- oder Verabschiedungsumarmung der Fall sein oder auch bei einer Begrüssung mit Wangenküssen, wie sie der Kläger ansprach (Urk. 24 S. 8 Rz. 33; Prot. Vi S. 10). 7.6. Hinsichtlich der Frage, inwieweit der des Fehlverhaltens beschuldigte Arbeitnehmer mit dem ihm vorgeworfenen Sachverhalt zu konfrontieren ist, verhält es sich durchaus ähnlich wie in einem Strafverfahren. In einem solchen ist, um ein faires Verfahren zu garantieren, ein präziser Vorhalt notwendig: Der einer Straftat Beschuldigte muss wissen, was ihm genau vorgeworfen wird, um sich sinnvoll verteidigen zu können. Im Strafrecht ergibt sich aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs, dass einer gerichtlichen Entscheidung nur Tatsachen und weitere Umstände wie Beweismittel zugrunde gelegt werden dürfen, die den Beteiligten eröffnet wurden und zu denen sie sich äussern konnten. Auch wenn es zu weit gehen würde, strafrechtliche Grundsätze unbesehen auf die interne Untersuchung bei einem Arbeitgeber zu übertragen, muss der die Vorwürfe bestreitende beschuldigte Arbeitnehmer im internen Untersuchungsverfahren die Möglichkeit erhalten, sich wirksam gegen die gegen ihn erhobenen Vorwürfe zur Wehr setzen zu können. Dies wäre vorliegend, wie sich aus E. III./7.5. ergibt, angesichts der konkreten Vorwürfe nur möglich gewesen, wenn ihm die involvierten Personen, der Ort, der Zeitpunkt sowie die genauen Umstände resp. die genaue Art und Weise der einzelnen ihm zur Last gelegten Verhaltensweisen bekanntgegeben worden wären. Insbesondere die Identität der drei Personen, die angaben, Opfer von sexuellen Belästigungen durch den Kläger geworden zu sein, ist vorliegend von so grosser Bedeutung, dass ohne deren Kenntnis eine sinnvolle Verteidigung kaum möglich war. In weniger grossem Ausmass gilt dies aber auch für die Identität

- 18 - der übrigen sechs neben dem Kläger einvernommenen Personen, insbesondere, soweit sie ihn ebenfalls belasteten. 7.7. Hinzu kommt, dass die Möglichkeit eines Komplotts gegen den Kläger, wie es dieser im erstinstanzlichen Verfahren ansprach (Urk. 24 S. 19 Rz. 77), entgegen den Erwägungen der Vorinstanz nicht ohne Weiteres ausgeschlossen werden kann. Offenbar stammten die von der Beklagten angehört Personen alle aus dem gleichen Arbeitsumfeld wie der Kläger (Urk. 17 S. 8 Rz. 18 f.). Es ist namentlich nicht von vornherein ausgeschlossen, dass ihre Aussagen vorweg abgesprochen wurden. Daran ändert entgegen der Ansicht der Vorinstanz (Urk. 38 S. 14) nichts, dass abgesehen vom Kläger insgesamt neun Personen angehört wurden, zumal mindestens drei von ihnen nicht über sexuelle Belästigungen berichteten (Urk. 17 S. 10 Rz. 23 a.E.), und dass es sich nicht um Vorwürfe zu einem isolierten Vorfall, sondern um solche zu wiederholten Verhaltensweisen handelte. Auch dass der Entscheid, dem Kläger ordentlich zu kündigen, auf anonymer Basis erfolgte (so die Beklagte: Urk. 17 S. 19 Rz. 63 f.), schliesst ein Komplott der ihn belastenden Personen gegen ihn nicht aus. Dasselbe gilt mutatis mutandis für die vom Kläger im erstinstanzlichen Verfahren ebenfalls angesprochene Möglichkeit einer "Retourkutsche" (Urk. 24 S. 21 f. Rz. 93 und S. 25 Rz. 115; Prot. Vi S. 11 und S. 13). Für die Aufdeckung eines allfälligen Komplotts oder einer allfälligen "Retourkutsche" hätte der Kläger aber ebenfalls die ihm in der internen Untersu-

chung verweigerten Informationen benötigt. 7.8. Die Beklagte machte vor Vorinstanz geltend, die fraglichen Informationen dem Kläger "zum Schutz der Anonymität der belästigten Mitarbeiterinnen" in Übereinstimmung mit dem Merkblatt zur sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz nicht bekanntgegeben zu haben (Urk. 17 S. 8 Rz. 21).

Vorliegend behauptete die von der Beklagten als "belästigte Mitarbeiterin 1" bezeichnete Anzeigerin, selber vom Kläger belästigt worden zu sein (Urk. 17 S. 8 Rz. 17 f.). Anlässlich der Einvernahmen weiterer Personen machten zwei weitere Mitarbeiterinnen (von der Beklagten als "belästigte Mitarbeiterin 2" und "belästigte Mitarbeiterin 3" bezeichnet) der Beklagten geltend, selber vom Kläger belästigt worden zu sein (Urk. 17 S. 9 f. Rz. 23). Insgesamt drei der nebst dem Kläger ein-

- 19 - vernommenen neun Personen behaupteten somit, Opfer sexueller Belästigungen durch den Kläger geworden zu sein. Ob es generell mit Bezug auf mutmassliche Opfer von sexuellen Belästigungen Situationen gibt, in denen ihr Interesse an der Geheimhaltung ihrer Identität höher zu gewichten ist als das Interesse der belästigten Person, zu erfahren, wen sie belästigt haben soll, kann vorliegend offenbleiben. Die Beklagte behauptete nämlich nicht, im massgeblichen Zeitraum der Anhörung des Klägers, mithin im Zeitraum um den 20. September 2018, die gemäss dem unter III./6.2.4. Dargelegten erforderliche sorgfältige Interessenabwägung vorgenommen zu haben. Vielmehr berief sie sich generell auf ihre Zusicherungen betreffend Anonymität resp. Vertraulichkeit gegenüber ihren Mitarbeitenden (Urk. 17 S. 8 ff. Rz. 17 ff.; Prot. Vi S. 17 f. und S. 27). Die Beklagte hatte ihren Mitarbeitenden in der Global Policy ... für den Fall einer Beschwerde im Sinne dieser Policy zugesichert, dass Informationen über gemeldete Fälle von Diskriminierung, sexueller Belästigung oder Mobbing/Bossing soweit als möglich vertraulich behandelt würden. Um in befriedigender Weise auf eine Beschwerde eingehen zu können, werde sie jedoch grundsätzlich die Person, gegen die sich die Beschwerde richte, davon in Kenntnis setzen müssen (Urk. 1 S. 12 f. Rz. 26 mit Verweis auf Urk. 5/16 S. 5 Ziff. 5). In ihrem "Code of Conduct" hatte die Beklagte bei Meldungen von Verstössen gegen diesen ebenfalls Vertraulichkeit resp. Anonymität zugesichert (Urk. 17 S. 5 Rz. 9 mit Verweis auf Urk. 19/1). Im "Merkblatt sexuelle Belästigung" hatte sie erklärt, auf jeden Fall sei die Vertraulichkeit zu wahren (Urk. 17 S. 7 Rz. 13 mit Verweis auf Urk. 19/3 S. 2). Damit lässt sich ein überwiegendes Interesse der drei möglichen Opfer an der Geheimhaltung ihrer Identität aber nicht dartun. Dasselbe gilt für die übrigen neben dem Kläger einvernommenen Mitarbeitenden. 7.9. Doch auch wenn aufgrund der Parteibehauptungen eine Interessenabwägung vorgenommen wird, für die wie dargelegt (E. III./7.8.) auf den Zeitraum um den 20. September 2018 abzustellen ist, gelangt man zu keinem anderen Ergebnis. Für den Kläger stand in jenem Zeitraum nicht nur seine Stelle bei der Beklagten auf dem Spiel; es versteht sich von selbst, dass die (ehrenrührigen) Anschuldigungen und daraus allenfalls resultierende Konsequenzen seitens der Beklagten bis hin zur möglichen fristlosen Entlassung (vgl. Urk. 17 S. 5 f. Rz. 10 mit

- 20 - Verweis auf Urk. 19/2 Ziff. 8) auch massive negative Auswirkungen auf sein weiteres berufliches Fortkommen, sein Privatleben, seine Gesundheit und seine finanzielle Situation haben konnten. Auf Seiten der drei möglichen Opfer sowie der weiteren neben dem Kläger einvernommenen Personen waren damals bei einer Bekanntgabe ihrer Identität einerseits Repressalien am Arbeitsplatz denkbar. Daneben konnte auch die von der Beklagten angesprochene Möglichkeit der Erhebung einer Strafanzeige durch den Kläger (vgl. Prot. Vi S. 28 f.) nicht ausgeschlossen werden. Die potentiellen Nachteile auf Seiten

des Klägers müssen aber als ungleich gravierender eingestuft werden als diejenigen auf Seiten der neben ihm einvernommenen Personen, zumal die Beklagte es bis zu einem gewissen Grad in der Hand gehabt hätte, letztere im Bedarfsfall am Arbeitsplatz zu schützen. Zudem wären allfällige Strafanzeigen ins Leere gelaufen, wenn sich die Aussagen dieser Mitarbeitenden in der internen Untersuchung nicht als falsch erwiesen hätten und hätte der Kläger auch ohne die Identität dieser Personen zu kennen Strafanzeige (gegen Unbekannt) erheben können. Unter diesen Umständen hätten es die neben dem Kläger einvernommenen Personen hinzunehmen gehabt, dass ihre Identität und ihre konkreten Vorwürfe dem Kläger bekanntgegeben werden. Es ist denn auch nicht so, dass die Beklagte die Möglichkeit zur Bekanntgabe dieser Informationen nicht gehabt hätte (vgl. dazu die Beklagte in Prot. VI S. 17). Sie gewichtete aber die Wahrung der ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern zugesicherten Vertraulichkeit höher als die Interessen des Klägers, sich sinnvoll verteidigen zu können. Verspricht die Beklagte ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern Anonymität resp. Vertraulichkeit, kann dies indes nicht zulasten der "Verteidigungsrechte" des Klägers gehen (vgl. zur gleichen Problematik im Zivilprozessrecht OGer ZH, RA150002 vom 27. Oktober 2015, E. III./8.3.). 7.10. Doch selbst wenn man davon ausginge, dass die Beklagte die Identität aller nebst dem Kläger einvernommenen Personen geheim halten durfte, ist nicht nachvollziehbar, aus welchem Grund dem Kläger nicht der Ort, der Zeitpunkt sowie die genauen Umstände und die genaue Art und Weise der einzelnen ihm zur Last gelegten Verhaltensweisen bekanntgegeben werden konnten. Zwar können auch durch solche Angaben allenfalls Rückschlüsse auf die Person des Anzeigers resp. der Anzeigerin gezogen werden (vgl. Othmar Strasser, Zur Rechtsstellung

- 21 - des vom Whistleblower beschuldigten Arbeitnehmers, in: Adrian von Kaenel [Herausgeber]: Whistleblowing: Multidisziplinäre Aspekte, Bern 2012, S. 64 f.; vgl. ferner Imbach Haumüller, Whistleblowing - Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle, in: GesKR 2013, S. 82 f.). Dies muss aber im Sinne einer fairen Aufarbeitung jedenfalls in aller Regel hingenommen werden. 7.11. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Kläger keine Möglichkeit hatte, sich auf die interne Anhörung vorzubereiten und sich von einer Vertrauensperson begleiten zu lassen. Ferner wurden ihm die Identität der involvierten Personen, namentlich diejenige der drei Mitarbeiterinnen, welche behauptet hatten, selber Opfer sexueller Belästigungen durch ihn geworden zu sein, der Ort, der Zeitpunkt und die genauen Umstände resp. die genaue Art und Weise der einzelnen ihm zur Last gelegten Verhaltensweisen nicht bekanntgegeben, was zur Folge hatte, dass die dem Kläger in der internen Untersuchung vorgehaltenen Vorwürfe derart unspezifisch blieben, dass eine sinnvolle Verteidigung nicht möglich war. Insbesondere wurde dem Kläger aufgrund der mangelhaften Spezifizierung der Vorwürfe die Möglichkeit genommen, allfällige entlastende Tatsachen vorzubringen. Mit alledem versties die Beklagte nicht nur gegen ihre eigenen Richtlinien, sondern auch gegen ihre Fürsorgepflicht, da dem Kläger das sich daraus ergebende rechtliche Gehör nicht gewährt wurde. Demzufolge genügte die interne Abklärung den unter E. III./6.2.3.-5. dargelegten Anforderungen nicht. Vielmehr liegt ein so gravierender Verstoss gegen die Arbeitgeberpflichten vor, dass dieser von der Schwere her mit den in Art. 336 OR genannten Gründen vergleichbar und die Kündigung als missbräuchlich im Sinne dieser Bestimmung zu qualifizieren ist. 8.1. Eine missbräuchliche Kündigung löst die Rechtsfolgen nach Art. 336a OR aus. Danach hat diejenige Partei, welche das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten. Diese wird vom Gericht unter Würdigung aller Umstände

festgelegt, darf aber, nachdem vorliegend kein Anwendungsfall von Art. 336a Abs. 3 OR gegeben ist, den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspricht (Art. 336a Abs. 1 und 2 OR).

- 22 - 8.2. Für die Höhe der Entschädigung ist der Bruttolohn massgebend (Streiff/von Kaenel/ Rudolph, a.a.O., Art. 336a N 3). Der Kläger beantragt die Zusprechung einer Entschädigung in Höhe von Fr. 70'000.–, was 3,5 Brutto-Monatslöhnen entspricht; die Beklagte für den Fall der Bejahung einer missbräuchlichen Kündigung die Zusprechung einer solchen in Höhe eines halben Monatslohns (Urk. 17 S. 23 Rz. 88). Die vom Kläger geltend gemachte Höhe ist angesichts der dargelegten konkreten Umstände der Entlassung, bei denen der Kläger massiv benachteiligt wurde, angesichts des Vorwurfs, mit dem der Kläger konfrontiert war und möglicherweise weiterhin sein wird und der geeignet ist, seinen Ruf erheblich und nachhaltig zu schädigen, sowie angesichts der Dauer der Anstellung von fast neun Jahren, in denen der Kläger unbestrittenermassen ohne Fehl und Tadel gearbeitet hatte (Urk. 24 S. 26 Rz. 119; Prot. VI S. 23 ff.), gerechtfertigt. 8.3. Der Kläger beantragt zudem die Zusprechung von Verzugszins in Höhe von 5% seit tt.mm.2019. Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses werden alle Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis fällig (Art. 339 Abs. 1 OR). Das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten endete gemäss übereinstimmenden Parteiangaben am tt.mm.2019 (Urk. 1 S. 14 Rz. 29; Urk. 17 S. 4 Rz. 4). Die verlangte Verzugszinshöhe entspricht Art. 104 Abs. 1 OR. Demzufolge sind die geforderte Zinshöhe sowie der Zinsenlauf ausgewiesen. 8.4. Die Beklagte ist daher zu verpflichten, dem Kläger Fr. 70'000.– nebst Zins zu 5% seit tt.mm.2019 zu bezahlen. Ferner ist festzuhalten, dass dieser Betrag nicht sozialversicherungspflichtig ist.

## **E. 9**

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.

- 26 - Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 70'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 23. Mai 2023 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Der Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: lic. iur. A. Huizinga Dr. M. Nietlispach versandt am: jo

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