

ZH_OBERGERICHT LA210031 vom 16. Dezember 2022

ZH Obergericht, 2022-12-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA210031

FR: ZH_OBERGERICHT LA210031 du 16 décembre 2022

IT: ZH_OBERGERICHT LA210031 del 16 dicembre 2022

Erwägungen

E. 1

Mit Arbeitsvertrag vom 17. November 2015 wurde die Klägerin von der C. _____ GmbH per 1. März 2016 als "Leiter Marketing" angestellt (Urk. 5/5). Der monatliche Bruttolohn wurde auf CHF 12'000.– festgesetzt; ein 13. Monatslohn wurde ausgeschlossen. Die regelmässige wöchentliche Arbeitszeit betrug 40 Stunden, wobei die regelmässige tägliche Arbeitszeit "in der Regel von 9.00 Uhr bis 17.00 Uhr" dauerte. Zudem vereinbarten die Parteien folgende variable Vergütung: "Solange noch keine Mitarbeiteraktien oder Optionen für alle Arbeitnehmer vorgesehen sind die einem Mindestwert für den Arbeitnehmer von 50,000 CHF per annum gleichgestellt sind, entspricht der Planbonus 50,000 CHF. Dieser wird auf Basis von jährlicher Zielerreichung ausgezahlt, denen sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer zustimmen. Ein Zielerreichungsfaktor von >100% ist möglich und nach oben bei 100'000 CHF limitiert. Die Bonuszahlung erfolgt bis zum 31. Januar des Folgejahres. Im Moment gel-

- 8 - ten für 2016 folgendes Ziel: 7'500 registrierte Kunden. Kunden welche über persönliche Beziehungen anderer Mitarbeiter akquiriert wurden sind ausgeschlossen."

E. 1.1

Die Kostenlosigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens (Dispositiv-Ziffer 3) ist zu bestätigen.

E. 1.2

Die Vorinstanz ging von einem Streitwert von CHF 114'783.90 aus und sprach der Beklagten eine auf 88% reduzierte Parteientschädigung zu. Dazu führte sie aus, die Klägerin obsiege betreffend Rechtsbegehren Ziffern 4 und 5 vollumfänglich (rund CHF 6'100.– des Streitwerts); betreffend Arbeitszeugnis obsiege die Klägerin zu rund einem Zehntel (rund CHF 800.– des diesbezüglichen Streitwerts von CHF 8'083.35) und unterliege zu neun Zehnteln. Hinsichtlich der übrigen Rechtsbegehren sei von einem vollumfänglichen Obsiegen der Beklagten auszugehen. Insgesamt obsiege die Beklagte zu 94% und die Klägerin zu 6% (rund CHF 7'000.– von rund CHF 115'000.–).

E. 1.3

Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Klägerin obsiegt aufgrund des Berufungsentscheids lediglich mit Bezug

- 50 - auf Rechtsbegehren Ziffer 5 (BVG-Beiträge) und – zu rund einem Zehntel – mit Rechtsbegehren Ziffer 6 (Arbeitszeugnis). Gesamthaft obsiegt die Klägerin nunmehr zu lediglich (gerundet) 1.5% (CHF 1'550.– von rund CHF 115'000.–). Demzufolge ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten eine auf 97% reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Die Festlegung der vollen Parteientschädigung auf CHF 15'000.– blieb

unangefochten. Demzufolge ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 14'550.– zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer zu bezahlen.

E. 1.4

Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 144 III 394 E. 4.1.4 mit Hinweis auf BGE 142 III 413 E. 2.2.4 und weitere Entscheide). Allerdings kann die Berufungsinstanz die Berufung auch aus andern als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den Entscheid mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (sog. Motivsubstitution; BGer 2C_124/2013 vom 25. November 2013, E. 2.2.2; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 318 N 21; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 1507; für das Verfahren vor Bundesgericht: BGE 144 III 462 E. 3.2.3).

E. 1.5

Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Wer sich auf (unechte) Noven beruft, hat deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 143 III 42 E. 4.1 S. 43; BGer 5A_86/2016 vom 5. September 2016, E. 2.1, je m.w.Hinw.). Neue rechtliche Argumente (Vorbringen zum Recht) stellen keine Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO dar und können in der Berufung uneingeschränkt vorgetragen werden (BGer 4A_519/2011 vom 28. November 2011, E. 2.1; 5A_351/2015 vom 1. Dezember 2015, E. 4.3). Sie dürfen sich allerdings nicht auf unzulässige neue Tatsachen stützen.

E. 2

Zu Beginn des Jahres 2017 wurde der Geschäftsbetrieb auf die Beklagte übertragen (damals noch: D._____ AG). Die Klägerin unterzeichnete am 29. März 2017 einen weiteren, nahezu identischen Arbeitsvertrag mit Arbeitsbeginn am 29. März 2017. Funktion, Arbeitszeit, Fixlohn und Planbonus samt Zielvereinbarung für das Jahr 2016 wurden unverändert übernommen. Für die Beklagte unterzeichnete wiederum CEO E._____ (Urk. 5/23).

E. 2.1

Der Streitwert des zweitinstanzlichen Verfahrens beträgt CHF 86'574.– (CHF 81'246.75 [Hauptberufung] zuzüglich CHF 5'327.25 [Anschlussberufung]). Im Berufungsverfahren ist keine Streitigkeit nach dem Gleichstellungsgesetz betroffen (Art. 114 lit. a ZPO) und der Streitwert beträgt mehr als CHF 30'000.– (Art. 114 lit. c ZPO), weshalb Gerichtskosten zu erheben sind. Zur Begründung kann auf die Verfügung vom 6. Oktober 2021 verwiesen werden (Urk. 52). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist auf CHF 8'200.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG).

E. 2.2

Die Klägerin unterliegt bezüglich Haupt- und Anschlussberufung nahezu vollständig. Die teilweise Gutheissung der Berufung mit Bezug auf die Verzugszinsforderung ist vernachlässigbar. Damit wird die Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren

vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin ist demzufolge zu verpflichten, der Beklagten eine Parteient- schädigung von CHF 6'000.– zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer zu bezahlen (§ 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 AnwGebV). Die Gerichtskosten sind mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen (CHF 8'000.– [Klägerin] bzw. CHF 1'100.– [Beklagte]) zu verrechnen. Die Klägerin ist zu verpflichten, der Beklagten den geleisteten Vorschuss im Umfang von CHF 200.– zu ersetzen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

- 51 - Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 23. Juli 2021 insoweit am 2. Dezember 2021 in Rechtskraft erwachsen ist, als – die Klage hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer 2 (Entschädigung wegen Diskriminierung am Arbeitsplatz) abgewiesen wurde; – die Klage hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer 5 (Schadenersatz wegen Nichtleistung von BVG-Beiträgen) im Umfange von CHF 749.70 netto zuzüglich 5% Zins ab 5. September 2019 gutgeheissen wurde; – die Klage hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer 6 (Änderung des Arbeitszeugnisses) teilweise gutgeheissen und im Mehrumfang abgewiesen wurde. 2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin zusätzlich 5% Zins auf CHF 749.70 von 1. April 2019 bis 4. September 2019 zu bezahlen. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 23. Juli 2021, wird hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffern 1 und 3 bestätigt. 2. In Gutheissung der Anschlussberufung wird die Klage hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer 4 (Lohn für Überstunden) abgewiesen. 3. Für das erstinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben. 4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 8'200.– festgesetzt.

- 52 - 5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten den Vorschuss im Umfange von CHF 200.– zu ersetzen.

E. 2.3

Wie bereits die Vorinstanz festgehalten hat, stellt die diskriminierende Kündigung im Sinne von Art. 3 GIG einen Spezialfall der missbräuchlichen Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR und die diskriminierende Rache- kündigung nach Art. 10 GIG einen Sonderfall von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR dar (Urk. 49 S. 16). Im Falle einer diskriminierenden Kündigung aufgrund des Geschlechts be- trägt die Entschädigung analog zu Art. 336a Abs. 2 OR maximal sechs Monats- löhne (Art. 5 Abs. 2 und 4 GIG). Auch im Falle einer Rache- kündigung kann (bei Verzicht auf Weiterführung des Arbeitsverhältnisses) eine Entschädigung nach Art. 336a OR in der Maximalhöhe von sechs Monatslöhnen geltend gemacht wer- den (Art. 10 Abs. 4 GIG). Die Vorinstanz verneinte eine diskriminierende Kündi- gung nach Art. 3 GIG und hielt fest, die Klägerin mache sinngemäss geltend, dass eine Rache- kündigung im Sinne von Art. 10 GIG vorliege, da sie ausführe, ihr sei gekündigt worden, weil sie sich über eine herrschende Diskriminierung am Ar- beitsplatz beschwert habe (Urk. 49 S. 20 f.). In der Folge verneinte sie auch eine diskriminierende Rache- kündigung gemäss Art. 10 GIG (Urk. 49 S. 24). Dies blieb unangefochten. 2.4.1 In der Klageschrift vom 26. März 2020 führte die Klägerin zum Streitwert und zur Verfahrensart aus, mit der Klage würden sowohl Ansprüche gestützt auf das Gleichstellungsgesetz (Rechtsbegehren 1 und 2) als auch übrige arbeits- rechtliche

Forderungen (Rechtsbegehren 3 bis 6) geltend gemacht. Ansprüche gestützt auf das Gleichstellungsgesetz (Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO) würden ohne Rücksicht auf den Streitwert im vereinfachten Verfahren geführt; vermögensrechtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis gemäss Art. 243 Abs. 1 ZPO würden bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.– ebenfalls im vereinfachten Verfahren

- 19 - geführt (Urk. 1 Rz 6 f.). Gestützt auf das Gleichstellungsgesetz mache die Klägerin folgende Ansprüche geltend (Urk. 1 Rz 9): - Rechtsbegehren 1: Zahlung von CHF 67'733.80 netto, zzgl. 5% Zins ab 1. April 2019 (als Entschädigung nach Art. 5 Abs. 2 und 4 GlG) - Rechtsbegehren 2: Zahlung von CHF 19'506 netto, zzgl. 5% Zins ab 6. Dezember 2019 (als Entschädigung nach Art. 5 Abs. 3 und 4 GlG) Zudem mache die Klägerin die folgenden vermögensrechtlichen Ansprüche geltend (Urk. 1 Rz 10): - Rechtsbegehren 3: Zahlung von CHF 13'383.80 netto (CHF 14'960 brutto), zzgl. 5% Zins ab 1. April 2019 (Bonusanspruch) als Teilklage - Rechtsbegehren 4: Zahlung von CHF 5'327.25 netto (CHF 6'200 brutto), zzgl. 5% Zins ab 1. April 2019 (Entschädigung von Mehrarbeit) als Teilklage - Rechtsbegehren 5: Zahlung von CHF 749.70 netto, zzgl. 5% Zins ab 1. April 2019 (BVG-Beiträge) - Rechtsbegehren 6: Abänderung des Arbeitszeugnisses Schliesslich fasste die Klägerin zusammen, sie mache mit den Rechtsbegehren 1 und 2 Ansprüche aus dem Gleichstellungsgesetz geltend, welche ohne Rücksicht auf den Streitwert im vereinfachten Verfahren beurteilt würden (Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO). Die Ansprüche der Rechtsbegehren 3 bis 6 lägen sowohl einzeln wie auch kumuliert unter dem Betrag von CHF 30'000.–, weshalb diese Forderungen gemäss Art. 243 Abs. 1 ZPO ebenfalls im vereinfachten Verfahren zu beurteilen seien. Vorliegend seien daher sämtliche Ansprüche der Klägerin im vereinfachten Verfahren zu behandeln (Urk. 1 Rz 15). 2.4.2 Aus "rechtlicher Sicht" begründete die Klägerin die eingeklagte "Entschädigung wegen missbräuchlicher/diskriminierender Kündigung" unter Berufung auf das Gleichstellungsgesetz (Urk. 1 Rz 188), wobei sie die diskriminierende Kündigung als Spezialfall der missbräuchlichen Kündigung bezeichnete (Urk. 1 Rz 189). Dabei vertrat sie den Standpunkt, dass es sich bei der ihr gegenüber ausgesprochenen Kündigung um eine missbräuchliche, diskriminierende Kündigung handle. Die Kündigung sei insbesondere nach einer Konfliktsituation am Ar-

- 20 - beitsplatz erfolgt, die vor allem auf eine Diskriminierung am Arbeitsplatz zurückzuführen sei. In der Folge legte die Klägerin dar, inwiefern sie gegenüber ihren männlichen Kollegen benachteiligt und systematisch degradiert worden sei, wogegen sie sich offen und entschieden gewehrt habe, wobei sie auch sexuell belästigt worden sei. Die Beklagte habe keinerlei Massnahmen zur Entschärfung des Konflikts getroffen, sondern ihr stattdessen unmittelbar nach Krankschreibung gekündigt, was "vor diesem Hintergrund" klar missbräuchlich und diskriminierend sei (Urk. 1 Rz 191). Die Klägerin nahm sodann für die von ihr geltend gemachten Ansprüche die Beweislastleichterung von Art. 6 GlG in Anspruch, "[d]avon ausgehend, dass es sich vorliegend um eine missbräuchliche, diskriminierende Kündigung im Sinne von Art. 3 Abs. 2 GlG handelt" (Urk. 1 Rz 192). Weiter trug die Klägerin vor, dass sich die missbräuchliche, diskriminierende Kündigung auch aus der Art und Weise ergeben könne, wie die kündigende Partei ihr Kündigungsrecht ausübe (Urk. 1 Rz 193). Dazu führte sie aus, sie sei als Frau in einem männlich dominierten Arbeitsumfeld nicht ernst genommen und systematisch degradiert worden. Nachdem sie sich mehrfach (erfolglos) über die geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung bei der Arbeitsaufteilung und der Entlohnung beschwert habe, habe die Beklagte das

Arbeitsverhältnis aus heiterem Himmel gekündigt, wobei sich das diskriminierende Verhalten nicht nur im Kündigungsgrund, sondern auch bei der Art und Weise, wie das Arbeitsverhältnis seitens der Beklagten aufgelöst worden sei, gezeigt habe (Urk. 1 Rz 194 f.). Sodann machte die Klägerin geltend, die Beklagte habe ihre Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR verletzt, indem sie die diskriminierende Behandlung der Klägerin geduldet bzw. sich aktiv daran beteiligt und es zudem unterlassen habe, Massnahmen gegen die Diskriminierung von Frauen und Männern und die sexuelle Belästigung von Frauen in der eigenen Unternehmung zu ergreifen. Insgesamt würden die Umstände, unter welchen ihr gekündigt worden sei, somit ebenfalls eine missbräuchliche, diskriminierende Kündigung im Sinne von Art. 336 OR und Art. 3 GIG darstellen (Urk. 1 Rz 197). Zur Höhe der geforderten Entschädigung führte die Klägerin schliesslich aus, diese dürfe gemäss Art. 5 Abs. 4 GIG den Betrag nicht übersteigen, der dem

- 21 - Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspreche. Angesichts der gravierenden Verfehlungen der Beklagten ihr gegenüber stünden ihr vier Monatslöhne als "Entschädigung Art. 5 Abs. 4 GIG" zu (Urk. 1 Rz 198 f.).

E. 2.5

In der Replik stellte sich die Klägerin auf den Standpunkt, der mehrfach missbräuchliche und diskriminierende Kündigungsgrund sei bereits im Detail dargelegt worden (Urk. 23 Rz 237 mit Verweis auf Urk. 1 Rz 188 ff.). Sie habe in der Klageschrift umfassend dargelegt, inwiefern es sich vorliegend um eine missbräuchliche und diskriminierende Kündigung handle (Urk. 23 Rz 248 mit Verweis auf Urk. 1 Rz 188 ff.).

E. 2.6

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich einerseits, dass die Klägerin klar zwischen Ansprüchen aus dem Gleichstellungsgesetz und anderen vermögensrechtlichen (arbeitsrechtlichen) Ansprüchen nach OR zu unterscheiden wusste, und andererseits, dass sie die mit Rechtsbegehren Ziffer 1 geforderte Entschädigung ausschliesslich auf das Gleichstellungsgesetz und damit auf einen Diskriminierungstatbestand abstützte. Dabei wurde in der Klagebegründung die Kündigung als geschlechtsbezogene Diskriminierung bzw. als Folge davon beschrieben, dass sich die Klägerin gegen verschiedene geschlechterspezifische Ungleichbehandlungen beschwerte, was die Vorinstanz dazu veranlasste, das Vorliegen einer Rache Kündigung im Sinne von Art. 10 GIG zu prüfen, nachdem sie eine diskriminierende Kündigung nach Art. 3 GIG verneint hatte (Urk. 49 S. 20 f.). Dass sich die Klägerin auf eine Rache Kündigung aufgrund von Beschwerden aus anderen Gründen (nicht vergütete Mehrarbeit, Verweigerung des vereinbarten Bonus) beruft, die zwar missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR ist, aber nicht in den Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes fällt, war aufgrund des von der Klägerin vorgetragenen Klagefundaments nicht erkennbar.

E. 2.7

Die Klägerin bringt mit der Berufung vor, im vorliegenden Fall komme hinzu, dass die von ihr im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemachten Ansprüche miteinander korrespondierten: So hätten "bspw. nicht zuletzt die wiederholten Versuche der Klägerin, eine Zielvereinbarung festzulegen" zur missbräuchlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses geführt. Ebenfalls in die Missbräuchlichkeit der Kündigung fliesse ein, dass die Klägerin sehr viel für die Beklagte gearbeitet

- 22 - und dadurch Mehrarbeit in einem Ausmass generiert habe, dass es sich negativ auf ihre Gesundheit ausgewirkt habe. Sie habe nach Lösungsmöglichkeiten für die erdrückende Arbeitslast gesucht und habe der Beklagten Lösungsmöglichkeiten vorgeschlagen. Anstatt nach Lösungen zu suchen, habe sich die Beklagte aber dazu entschieden, das Arbeitsverhältnis mit der sich aus guten Treuen wehrenden Klägerin zu beenden. Nur schon daraus werde ersichtlich, wie schwierig es sei, einzelne Ansprüche der Klägerin aus dem Arbeitsverhältnis separat zu behandeln und es für sie zu einem enormen Mehraufwand führen würde, die entsprechenden Sachverhaltsumstände in einem zweiten Prozess darzulegen und zu beweisen (Urk. 48 Rz 14).

E. 2.8

Mit diesen Ausführungen zeigt die Klägerin indes nicht auf, dass sie sich bereits vor Vorinstanz darauf berief, der Grund der Kündigung liege nicht nur darin, dass sie sich gegen eine geschlechtsspezifische Diskriminierung gewehrt habe, sondern sei auch darin zu erblicken, dass sie auf der Festlegung einer Zielvereinbarung bestanden oder sich über zu viel Arbeit beschwert und damit andere Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht habe. Dies gilt auch, soweit die Klägerin auf nachfolgende Stellen ihrer Berufungsschrift (Rz 27 f., Rz 40, Rz 56) weiterverweist. In diesen wird entweder kein Bezug auf den vorinstanzlichen Sachvortrag genommen (Urk. 48 Rz 27 f., wo im Übrigen wieder von einer systematischen Degradierung und Ungleichbehandlung der Klägerin als Frau in einem männlich dominierten Arbeitsumfeld bei der Arbeitszuteilung und Entlohnung die Rede ist). Oder aber die Klägerin legt trotz mehrfachen Verweisen auf längere (z.T. seitenlange) Passagen der Klageschrift und Replik (Urk. 1 Rz 50 f., 80 ff., 113, 120, 142 und 194; Urk. 23 Rz 27 ff. und 272) nicht dar, wo sie vor Vorinstanz behauptete, dass sie sich nicht bloss wegen der fehlenden Zielvereinbarung und dem Bonusanspruch an die Beklagte wandte, sondern die Beklagte die Kündigung auch effektiv wegen dieser Beschwerden aussprach (Urk. 48 Rz 40 und Rz 56). Im Gegensatz zu Art. 10 GIG ist der Kausalzusammenhang bei der allgemeinen Rache Kündigung zwischen der Beanstandung und der Kündigung nämlich nicht zu vermuten, sondern er muss vom Arbeitnehmer dargelegt und bewiesen werden (ZK-Staehelin, Art. 336 OR N 25). Soweit die Klägerin eine Missbräuchlichkeit in der Art und Weise der Auflösung des Arbeitsverhältnisses

- 23 - erblickt (Urk. 48 Rz 28), ist ihr auch entgegenzuhalten, dass es den Substantiierungsanforderungen nicht genügt, sich auf Druckausübungen (Angebot einer Zusammenarbeit auf Auftragsbasis und einer Aufhebungsvereinbarung, Einsatz eines Vertrauensarztes) und eine Negativbeeinflussung der Krankentaggeldversicherung zu berufen (Urk. 48 Rz 27 f.).

E. 2.9

Hat sich die Klägerin nicht auf andere, vom Gleichstellungsgesetz nicht erfasste missbräuchliche Kündigungsgründe berufen, musste sich die Vorinstanz auch nicht der Frage annehmen, ob die Kündigung der Klägerin missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR war. Die Berufung ist insoweit abzuweisen und das angefochtene Urteil ist betreffend Rechtsbegehren Ziffer 1 zu bestätigen. Dabei kann offen gelassen werden, ob die Auffassung der Vorinstanz, dass ein Anspruch auf Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung im ordentlichen Verfahren zu behandeln wäre und im vereinfachten Verfahren nicht behandelt werden könnte, zutrifft.

E. 3

Am 22. Januar 2018 stimmte die Klägerin dem von der Beklagten erlassenen Share Option Plan (fortan SOP) und dem Business Plan Incentivation Scheme (fortan BPIS) unterschriftlich zu (Urk. 11/2, Urk. 11/3). Am 9. Februar 2018 wurde der Klägerin, die das entsprechende Schreiben gegenzeichnete, eine BPIS-Tranche in der Höhe von CHF 45'000.– zugeteilt (Urk. 11/4). Gleichentags akzeptierte die Klägerin das Angebot der Beklagten, unter dem SOP 1'666 Optionen, deren innerer Wert per 30. März 2017 mit CHF 16'000.– angegeben wurde, für den Preis von CHF 0.01 zu erwerben (Urk. 11/5).

E. 3.1

Die Klägerin hält berufsungsweise an ihren Bonusansprüchen für die Jahre 2016 bis 2019 fest. Sie hält dafür, die Vorinstanz führe richtig aus, dass das für 2016 vereinbarte Ziel von 7'500 registrierten Kunden aufgrund eines Strategiewechsels kurz nach ihrem Stellenantritt unerreichbar geworden sei. Die Zielvereinbarung aus dem Jahre 2016 sei auch in den im März 2017 abgeschlossenen Arbeitsvertrag übernommen worden. Wie die Vorinstanz richtig festhalte, seien sich die Parteien einig gewesen, dass die Zielvereinbarung von 7'500 registrierten Kunden keinen Sinn ergeben habe. Sie habe das Thema der fehlenden Zielvereinbarung und ihren Bonusanspruch im Verlauf ihrer Tätigkeit bei der Beklagten immer wieder aufgebracht, während sie von der Beklagten wiederholt mit Versprechungen hingehalten worden sei. Beim vereinbarten Bonus handle sich um einen variablen Lohnbestandteil; die Beklagte interpretiere den Ausdruck "Planbonus" falsch und willkürlich. Für das Kalenderjahr 2016 habe die Beklagte – so die Klägerin weiter – aufgrund eines Strategiewechsels ein objektiv unerreichbares Ziel vorgegeben. Die Vorinstanz stelle sich in ihrem Urteil zu Unrecht auf den Standpunkt, dass die Unerreichbarkeit für das Kalenderjahr 2016 und die Folgejahre nicht mit der Verletzung der Obliegenheit zur Festsetzung eines Zieles gleichzusetzen sei. Würden unerreichbare Ziele festgesetzt, widerspreche dies Treu und Glauben und sei nach der Rechtsprechung das Ziel in Anwendung von Art. 156 OR als erreicht zu fingieren. Auch aus einer Entscheidung des Arbeitsgerichts Zürich sei abzuleiten, dass der volle Bonus geschuldet werde, weil die Beklagte ihrer Obliegenheit zur rechtzeitigen Zielfestsetzung nicht nachgekommen sei, zumal die Festsetzung unerreichbarer Ziele so zu behandeln sei, als wären gar keine Ziele festgesetzt worden. Die Minimalbegründung der Vorinstanz, dass der Arbeitgeber seine Obliegenheit verletze, wenn er es versäume, überhaupt eine Zielvereinbarung abzuschliessen, sei falsch; die Obliegenheit zur Festsetzung einer Zielvereinbarung sei auch verletzt, wenn der Arbeitgeber unerreichbare Ziele festlege, oder wenn er es unterlasse, ein nur rudimentär geregeltes Leistungsziel hinreichend zu konkretisieren. Auch verliere sich die Vorinstanz in willkürlichen Mutmassungen darüber, dass ein "Planbonus" mit einer Unsicherheit verbunden sei, und lasse dabei den klaren Wortlaut der Zielvereinbarung, die sich an einem klaren objektiven Ziel orientiere (7'500 Neukunden), ausser Acht. Ob sie die geforderten 7'500 registrierten Kunden hätte anwerben können, wenn die Beklagte keinen Strategiewechsel vollzogen hätte, sei für die vorliegend zu beurteilende Ausgangslage irrelevant, zumal die Zielvereinbarung in diesem Falle vermutlich nicht – wie vorliegend relevant – objektiv unerreichbar gewesen wäre. Aus diesen Gründen sei ein Anspruch auf den arbeitsvertraglich vereinbarten Bonus von CHF 50'000.– brutto bzw. CHF 41'486.40 netto für das Jahr 2016 zu bejahen (Urk. 48 Rz 35 bis Rz 54). Die Klägerin beanstandet weiter, die Vorinstanz nehme für die Kalenderjahre 2017 bis 2019 fälschlicherweise an, dass der individuell-arbeitsvertraglich vereinbarte Bonusanspruch (Planbonus) durch die von der Beklagten ausgegebenen

Entschädigungsprogramme (SOP und BPIS) ersetzt worden sei. Sie habe entgegen der Vorinstanz wiederholt ausgeführt und auch belegt, dass es dem übereinstimmenden Willen der Parteien entsprochen habe, dass der Planbonus gemäss Arbeitsvertrag kumulativ zu allfälligen Leistungen aus dem SOP und dem BPIS vereinbart worden sei. Auch in Anwendung des Vertrauensprinzips könne nicht geschlossen werden, dass sie als Arbeitnehmerin stillschweigend auf die arbeitsrechtlich vereinbarte Bonusklausel verzichtet habe. Die bestrittene Ablösung der

- 25 - Bonusklausel durch die Teilnahme an SOP und BPIS hätte für sie eine Verschlechterung bewirkt, da sie dadurch einen vertraglich zugesicherten, jährlich und bar auszurichtenden Lohnbestandteil durch blosse einmalige, im Ermessen der Beklagten stehende und von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängige Anwartschaften eingetauscht hätte. Falsch seien die pauschalen Ausführungen der Vorinstanz, wonach es bei Start-ups üblich sei, Mitarbeiter durch eine Beteiligung am Unternehmen und nicht mit Cash-Boni zusätzlich zu entlohnen, zumal die Parteien vorliegend etwas anderes vereinbart hätten. Weder den tatsächlichen Erklärungen und Handlungen der Klägerin noch den Erklärungen der Beklagten lasse sich der Wille bzw. die Absicht entnehmen, die Bonusklausel durch SOP und BPIS zu ersetzen. Die Vorinstanz übersehe auch, dass gemäss Wortlaut der Bonusklausel deren Ablösung davon abhängt, dass alle Arbeitnehmer Mitarbeiteraktien oder Optionen erhalten würden, was unter dem SOP und BPIS nicht der Fall sei. Schliesslich gehe die Vorinstanz fälschlicherweise davon aus, dass die der Klägerin zugeteilten SOP- und BPIS-Beteiligungen nicht wertlos seien. Die der Klägerin zugeteilten Tranchen hätten keinen Wert, weil weder ein Ausübungsereignis gemäss SOP noch ein Liquiditäts- oder Teilliquiditätsereignis gemäss BPIS stattgefunden habe, weshalb sie bisher auch keine Auszahlungen bzw. Zahlungen erhalten habe. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz wäre es Sache der Beklagten gewesen, die von ihr behauptete Anpassung des Arbeitsvertrags durch Ausgabe von SOP und BPIS zu beweisen. Wie die Vorinstanz richtig festgestellt habe, sei die Bonusklausel auch durch den zweiten Arbeitsvertrag vom 29. März 2017 zu einem Vertragsbestandteil geworden, wobei sich die Parteien lediglich einig gewesen seien, dass die Zielvereinbarung keinen Sinn ergebe. In der Folge sei die Beklagte trotz entsprechender Aufforderung ihrer Obliegenheit zur Zielfestsetzung nicht nachgekommen, weshalb die Zielerreichung durch die Klägerin für die Kalenderjahre 2017, 2018 und bis Ende März 2019 als erreicht zu fingieren sei. Folglich schulde ihr die Beklagte für die genannte Zeitspanne einen Bonus von CHF 112'499.55 brutto bzw. CHF 93'344.40 netto. Ebenso müsse die Zielerreichung fingiert und derselbe Bonus bezahlt werden, wenn die Zielvereinbarung 2016 Bestandteil des Arbeitsvertrags vom 29. März

- 26 - 2017 geworden sein sollte, weil erstellt wäre, dass dieses Ziel objektiv unerreichbar gewesen sei (Urk. 48 Rz 55 bis Rz 79). 3.2.1 Für das Jahr 2016 vereinbarten die Parteien im Arbeitsvertrag vom 17. November 2015 das Ziel von 7'500 registrierten Kunden (Urk. 5/5). Die Klägerin hält dafür, dass das Ziel aufgrund eines Strategiewechsels der Beklagten (Geschäftskundenprojekt statt Endkundenprojekt) kurz nach ihrem Stellenantritt (1. März 2016) unerreichbar geworden sei, ohne dass die Zielvereinbarung "angepasst" worden sei (Urk. 48 Rz 37 und Rz 53 lit. d, Urk. 1 Rz 50). Auch die Beklagte ist der Auffassung, es habe sich ohne Weiteres allen ihren Mitarbeitern erschlossen, dass die Bonusklausel so keine Geltung mehr beanspruchen können, weil sich im Jahre 2016 gezeigt habe, dass wider Erwarten das B2C-Produkt (Unternehmung an Kunde) nicht lanciert werden können, weshalb der unternehmerische Fokus auf das B2B-Produkt (Unternehmen an

Unternehmen) gelegt worden sei (Urk. 55 Rz 77, Rz 87, Urk. 8 Rz 17). Dementsprechend ging auch die Vorinstanz unangefochten von einer tatsächlichen Unerreichbarkeit der Zielvereinbarung aus, wobei sie darauf hinwies, die Klägerin habe selber ausgeführt, dass die Zielvereinbarung ursprünglich nicht unrealistisch erschienen sei (Urk. 49 S. 39 mit Verweis auf Urk. 1 Rz 50). 3.2.2 Die Klägerin beruft sich auf einen Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Tessin vom 23. September 2019, publiziert in JAR 2020, S. 596 ff., und leitet daraus ab, Ziele (für eine unechte Gratifikation und umso mehr für einen variablen Lohnbestandteil) dürften zwar hoch angesetzt werden, müssten aber erreichbar sein und dem Arbeitnehmer zum Voraus mitgeteilt werden; unterbleibe letzteres, widerspreche dies Treu und Glauben und das Ziel sei in Anwendung von Art. 156 OR zu fingieren (Urk. 48 Rz 50). Sie beruft sich weiter auf einen Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich vom 24. November 2009, publiziert in JAR 2010, S. 677, und bringt vor, die Obliegenheit zur Zielfestsetzung sei gemäss jenem Entscheid nicht nur verletzt, wenn diese ganz ausbleibe, sondern auch dann, wenn die Arbeitgeberin es unterlasse, diese hinreichend zu konkretisieren, was auch von der Lehre anerkannt werde (Urk. 48 Rz 53 lit. b und c, mit Verweis auf Cramer, Der Bonus im Arbeitsvertrag, Bern 2007, S. 53).

- 27 - Die von der Klägerin zitierten Entscheide und die Lehrmeinung von Cramer sind nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar. Das im Arbeitsvertrag vom 17. November 2015 festgesetzte und der Klägerin bekannte Ziel war hinreichend konkretisiert (Urk. 48 Rz 53 lit. d: "klaren, objektiven Ziel") und wurde erst im Nachhinein unerreichbar. Die vorliegenden Verhältnisse können nicht mit dem vom Arbeitsgericht Zürich beurteilten Sachverhalt gleichgesetzt werden, wie bereits die Vorinstanz festgehalten hat (Urk. 49 S. 39). Entgegen der Auffassung der Klägerin ist es auch nicht so, dass sich die Beklagte vorliegend mit der Festsetzung von unerreichbaren Zielen einer vertraglich vereinbarten Zielfestsetzung entledigen wollte (Urk. 48 Rz 53 lit. a). Die Klägerin hat nicht behauptet, das ursprünglich vereinbarte Ziel von 7'500 Neukunden sei von allem Anfang an nicht erreichbar gewesen. Sie hält in der Berufung im Übrigen dafür, es sei irrelevant, ob sie die geforderten 7'500 Kunden hätte anwerben können, wenn die Beklagte keinen Strategiewechsel vollzogen hätte (Urk. 48 Rz 53 lit. d). 3.2.3 Die Klägerin macht auch nicht geltend, die Beklagte habe gegen Treu und Glauben verhindert, dass sie das für das Jahr 2016 formulierte Ziel von 7'500 registrierten Kunden habe erreichen können (vgl. Art. 156 OR). Sie legt auch nicht dar, wie eine angepasste Zielvereinbarung ihrer Ansicht nach hätte aussehen müssen. Sie macht zwar geltend, sie habe sich wegen dem Strategiewechsel um den Abschluss einer neuen Zielvereinbarung mit einem tatsächlich erreichbaren Ziel für den in beiden Arbeitsverträgen vorgesehenen Planbonus bemüht (Urk. 23 Rz 272, Rz 109; Urk. 1 Rz 50). Dies geschah jedoch erst im März 2017 vor dem Abschluss des zweiten Arbeitsvertrags und damit in einem Zeitpunkt, in dem die für den Bonus 2016 relevante Periode bereits verflossen war (Urk. 5/21). 3.2.4 In der Lehre werden zur Vorgehensweise bei nachträglicher Unmöglichkeit des Eintritts einer Bonusbedingung folgende Ansichten vertreten: Für Cramer ist nach dem Verschulden zu fragen, wenn der Eintritt der Bedingung erst nach Abschluss der entsprechenden Vereinbarung unmöglich wird. Sei die Arbeitgeberin verantwortlich, etwa weil sie eine Maschine nicht repariere, so sei der Arbeitnehmer so zu stellen, als wäre der Bedingungseintritt nach wie vor möglich. Sei der Arbeitnehmer für die Unmöglichkeit verantwortlich, so sei

- 28 - wiederum zu fragen, ob ihm dies angesichts der arbeitsrechtlichen Risikoverteilung anzulasten sei. Trage keine der Parteien die Verantwortung für die Unmöglichkeit, etwa

weil die Bedingung aufgrund höherer Gewalt nicht mehr erreicht werden könne, so hätte der Arbeitnehmer entsprechend der Regelung in Art. 119 Abs. 1 OR grundsätzlich keine Möglichkeit, einen Bonus zu erhalten. Diese Rechtsfolge sei für das Arbeitsrecht abzulehnen, da die Arbeitgeberin das allgemeine Betriebsrisiko trage. Wiederum sei zu fragen, ob ohne das die Möglichkeit des Bedingungseintritts vereitelnde Ereignis die Bedingung möglicherweise eingetreten wäre. Dies gelte indes nicht für Erfolgsboni, wo die Arbeitgeberin das Betriebsrisiko zulässigerweise teilweise auf den Arbeitnehmer abwälze. Bei Leistungsboni dürfte ohne entsprechende Vereinbarung eine solche Risikoüberwälzung nicht beabsichtigt sein (Cramer, Der Bonus im Arbeitsvertrag, Bern 2007, Rz 440 ff.). Hirsiger weist im Zusammenhang mit Leistungsstörungen bei Zielvereinbarungen bzw. nachträglich veränderten Vertragsumständen auf Art. 119 OR hin, wonach eine Forderung als erloschen gilt, soweit durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist. Er bezeichnet es allerdings als fraglich, ob eine Ausdehnung dieses Tatbestandes auf Fälle blosser, nach Vertragsschluss durch veränderte Umstände bewirkte Unzumutbarkeit der Leistung erfolgen soll, und stellt fest, die überwiegende Lehre stelle sich gegen die Anwendung von Unmöglichkeitregeln auf solche Fälle. Dieser überwiegenden Lehrmeinung sei zu folgen. Die gesetzlichen Unmöglichkeitregeln seien nicht anwendbar, da es an einer im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Zielerreichungspflicht fehle. Die Berufung auf ein Leistungsstörungsrecht setze voraus, dass eine synallagmatische Leistung nicht (mehr) erbracht werden könne. Dies sei aber bei der Unmöglichkeit der Zielvereinbarung nicht mehr gegeben, da dem Arbeitnehmer die Erbringung der Arbeitsleistung weiterhin möglich sei. Denn die vom Arbeitnehmer geschuldete synallagmatische Leistung sei allein die Arbeitsleistung und nicht ein Erreichen eines bestimmten Erfolgs. In den meisten Fällen, in denen unvorhergesehene Umstände eintreten würden, sei aber sowohl die Leistung der Arbeit als auch das Bemühen um die Zielerreichung noch möglich, wenn auch nicht sinnvoll. Nur in Ausnahmefällen werde eine Unmöglich-

- 29 - keit vorliegen, so etwa bei einem Ziel im Zusammenhang mit einem Kunden, der gestorben sei, oder der Absatz eines Produktes, dessen Herstellung eingestellt worden sei. In solchen Fällen sei eine Unmöglichkeit der Leistungspflicht denkbar (Hirsiger, Die Zielvereinbarung im Arbeitsverhältnis, Bern 2011, Rz 784 f., mit weiteren Hinweisen).

3.2.5 Der von der Beklagten im Jahre 2016 vollzogene Strategiewechsel kann nicht der Klägerin angelastet werden, auch wenn es sich bei der Beklagten um ein Start-up-Unternehmen gehandelt haben mag. Der Strategiewechsel ist der Risikosphäre der Beklagten zuzurechnen. Dennoch ist bei nachträglicher Unmöglichkeit des Bedingungseintritts entgegen der Auffassung der Klägerin nicht einfach zu fingieren, die Klägerin hätte das ursprünglich vereinbarte Ziel erreicht. Vielmehr ist die Klägerin als Arbeitnehmerin so zu stellen, als wäre der Bedingungseintritt nach wie vor möglich, bzw. es ist danach zu fragen, ob ohne das die Möglichkeit des Bedingungseintritts vereitelnde Ereignis die Bedingung möglicherweise eingetreten wäre.

3.2.6 Die Klägerin ist der Auffassung, beim vereinbarten Bonus handle es sich um einen Lohnbestandteil, da keinerlei Spielraum für ein Ermessen der Beklagten bestanden habe (Urk. 48 Rz 43 ff.). Die Vorinstanz hat die Frage letztlich offengelassen, ob der Bonus als variabler Lohnbestandteil oder als Gratifikation zu qualifizieren ist (Urk. 49 S. 38). Jedenfalls stellt sich auch im vorliegenden Fall die Frage, wie der Lohnausfall (hypothetischer Verdienst) der Klägerin berechnet werden soll, wenn die mit (variablem) Lohn bezahlte Arbeit infolge Annahmeverzugs der Arbeitgeberin, die das sog. Betriebsrisiko trägt, nicht geleistet

werden kann. In Lehre und Rechtsprechung werden verschiedene Methoden diskutiert (vgl. Senti, Lohnfortzahlung und Lohnersatzzahlung bei variablen Löhnen, AJP 24 [2015] S. 695 ff., S. 703 ff.; derselbe, in: FHB Arbeitsrecht, Variabler Lohn und Mitarbeiterbeteiligungen: Rechtsfolgen, N 4.63, 4.85 ff.). Vorliegend kann das Referenzperiodenprinzip (mangels in der Vergangenheit liegender Durchschnittswerte) zu keinem Resultat führen. Es bliebe daher einzig die Möglichkeit, in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR eine Schätzung vorzunehmen (BGer 4C.173/2004 vom 7. September 2004, E. 4.2; Senti, a.a.O., S. 703 f., ders.,

- 30 - a.a.O., N 4.103). Allerdings setzt eine Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR voraus, dass der Kläger glaubhaft macht, dass die Voraussetzungen für eine Anwendung dieser Bestimmung gegeben sind. Dazu hat der Geschädigte soweit möglich und zumutbar sämtliche Tatsachen darzulegen und zu beweisen, welche für die Existenz eines Schadens sprechen und eine Schadensschätzung ermöglichen oder erleichtern. Selbst wenn mit Bezug auf die Existenz eines Schadens ein strikter Beweis nicht möglich oder unzumutbar ist, muss sich die Existenz eines Schadens mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen und muss die Grössenordnung des Schadens hinreichend fassbar werden (BSK OR I-Kessler, Art. 42 N 10b, mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

3.2.7 Die Klägerin zeigt mit ihrer Berufung nicht auf, wo sie vor Vorinstanz Behauptungen zum hypothetischen Geschehensablauf aufstellte. Vielmehr hält sie ausdrücklich dafür, es sei für die vorliegend zu beurteilende Ausgangslage irrelevant, ob sie die geforderten 7'500 Kunden hätte anwerben können, wenn die Beklagte keinen Strategiewechsel vollzogen hätte, zumal die Zielvereinbarung in diesem Falle vermutlich nicht – wie vorliegend – objektiv unerreichbar gewesen wäre (Urk. 48 Rz 53 lit. d). Nicht ausreichend ist, wenn die Klägerin vor Vorinstanz ausführte, die Zielvereinbarung habe unter dem Arbeitsvertrag mit der C._____ GmbH vor dem Hintergrund, dass sie ein Kundenprodukt an Kunden hätte vermarkten sollen, grundsätzlich Sinn gemacht (Urk. 1 Rz 50). Die Vorinstanz stellte fest, es sei im vorliegenden Fall (Start-up-Unternehmen, nicht kundenerprobtes Produkt) völlig unklar, ob die Klägerin die geforderten 7'500 Kunden tatsächlich hätte anwerben können, auch wenn es nicht zu dem von ihr erwähnten Strategiewechsel gekommen wäre (Urk. 49 S. 39 f.; vgl. auch Urk. 55 Rz 86). Diese tatsächliche Feststellung wurde im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt. Damit fehlen die für eine Schätzung resp. eine Prognose notwendigen Grundlagen und es bleibt dabei, dass die Beklagte für das Jahr 2016 keinen Bonus zu leisten hat. Die Berufung ist insoweit abzuweisen.

3.3.1 In den Arbeitsvertrag vom 29. März 2017 nahmen die Parteien wörtlich die bereits im Arbeitsvertrag vom 17. November 2015 enthaltene Bonusklausel mit dem für 2016 geltenden Ziel von 7'500 registrierten Kunden auf (Urk. 5/23 Ziff.

- 31 - 8). Im Berufungsverfahren blieb unangefochten, dass die Parteien sich darin einig waren, dass diese Zielvereinbarung von allem Anfang keinen Sinn ergab (Urk. 49 S. 41, Urk. 48 Rz 38 und Rz 78, Urk. 55 Rz 78). Es geht folglich nicht um eine unterbliebene, sondern um eine ursprünglich unmögliche Zielvereinbarung, was bei den Parteien von allem Anfang an bewusst war. Die Klägerin führte vor Vorinstanz aus, die Tatsache, dass die vormalige Bonusvereinbarung keinen Sinn ergeben habe, habe ihr der CEO der Beklagten, E._____, im Kontext der Unterzeichnung der neuen Arbeitsverträge bestätigt (Urk. 1 Rz 50). Die Beklagte wies darauf hin, dass der Klägerin aufgrund dieses Umstands habe bewusst sein müssen, dass die im Arbeitsvertrag vom 29. März 2017 enthaltene Bonusklausel keine Geltung habe beanspruchen können und demzufolge gar nicht

vereinbart worden sei (Urk. 8 Rz 23, Rz 98). Die Parteien ziehen aus der bereits bei Vertragsabschluss bestehenden Unmöglichkeit der Erfüllung der Zielvereinbarung jedoch verschiedene Schlüsse. Die Klägerin vertritt den Standpunkt, die Zielerreichung müsse mangels nachträglicher Vereinbarung bzw. Festsetzung von erreichbaren Zielen fingiert werden und SOP und BPIS seien zum arbeitsvertraglichen Bonusanspruch hinzugetreten (Urk. 48 Rz 78 ff.). Die Beklagte hält dafür, die Bonusklausel sei gar nicht Vertragsbestandteil geworden, weil sich die Parteien darüber nicht geeinigt hätten (Urk. 8 Rz 23, Rz 98 und Rz 283; Urk. 55 Rz 78 und Rz 153). Die Vorinstanz gelangte zum Ergebnis, der "Aspekt", dass die Zielvereinbarung keinen Sinn ergeben habe, sei ohne Belang (Urk. 49 S. 41). SOP und BPIS seien an die Stelle des Planbonus gemäss Arbeitsvertrag vom 29. März 2017 getreten (Urk. 49 S. 44).

3.3.2 Dass die Bonusklausel mangels Konsenses (so die Beklagte in Urk. 8 Rz 283) nicht vereinbart worden wäre, kann nicht angenommen werden. Immerhin haben die Parteien im Vorfeld über die Bonusregelung gesprochen (Urk. 5/21) und die Klausel (wenn auch im Bewusstsein der Sinnlosigkeit) schliesslich im schriftlichen Vertrag belassen. Allerdings kann ein Vertrag keinen unmöglichen Inhalt haben (Art. 20 OR). Anfängliche Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Leistung bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv unmöglich erbracht werden kann (BK-Kramer, Art. 20 OR N 250). Bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit des Eintritts einer Bonusbedingung ist die entsprechende Vereinbarung ungültig

- 32 - und nicht Vertragsinhalt geworden. Die unmögliche Bedingung ist durch eine mögliche zu ersetzen, wobei die faktische wirtschaftliche Unmöglichkeit bei theoretischer Erreichbarkeit mit unverhältnismässigem Aufwand der Unmöglichkeit gleichgesetzt wird. Von einer faktischen wirtschaftlichen Unmöglichkeit ist etwa auszugehen bei Gewinnzielen, die zwar theoretisch wie letztlich jeder Gewinn erreichbar sind, praktisch aber nicht eintreten können (Cramer, a.a.O., Rz 438). Vorliegend stand bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses fest, dass mangels eines marktfähigen Produkts im Jahr 2017 keine 7'500 Neukunden gewonnen werden können. Die vereinbarte Bonusklausel ist somit infolge anfänglicher Unmöglichkeit nicht Vertragsbestandteil geworden. Es kann somit entgegen der Meinung der Klägerin auch keine Zielerreichung fingiert werden, mit der Folge, dass Boni für die Kalenderjahre 2017, 2018 und bis Ende März 2019, total CHF 112'500.– brutto bzw. CHF 93'344.40 netto, ohne weiteres geschuldet wären (vgl. Urk. 48 Rz 78 f.). Von einer noch zu vereinbarenden "Ersatzlösung" gingen im Prinzip auch die Parteien aus. Die Klägerin teilte E._____ am 29. März 2017 un- mittelbar vor Vertragsunterzeichnung mit, sie würde gerne noch einmal absprechen, was sie für einen Bonus erreichen müsse, den sie z.B. für Optionen eintauschen könne, oder einen Mix, nur erreichbar müsste es sein. Darauf antwortete ihr E._____, er habe "auf die Schnelle" jetzt auch keine Lösung, verspreche ihr aber, dass sie das im April aktiv besprechen würden, was die Klägerin akzeptierte (Urk. 5/21). Damit ist auch gesagt, dass aufgrund der unmöglichen Zielvereinbarung nicht der ganze Arbeitsvertrag als nicht zustande gekommen betrachtet werden kann, sondern lediglich die Bonusabrede als nicht vorhanden gilt resp. zu ersetzen ist (vgl. Gauch/Schlupe/ Emmenegger, OR AT II, 11. Aufl., Zürich 2020, N 3989; BSK OR I-Widmer/Costantini/Ehret, Art. 157 N 2 f., beide mit Hinweis auf den analog anzuwendenden Art. 482 Abs. 3 ZGB), wie dies im Übrigen auch Ziffer 20 Abs. 3 des Arbeitsvertrags vorsah (Urk. 5/23). Es hätte der Klägerin auch nicht geholfen, wenn sie sich darauf berufen hätte, gemäss Ziffer 20 Abs. 3 sei eine ungültige Bestimmung so zu ersetzen, dass sie dem erstrebten Zweck des Vertrags am ehesten entspricht (was sich mit der Rechtslage bei richterlicher Vertragsergänzung deckt: BSK OR

I-Widmer/Costantini/Ehrat, Art. 19/20 N 65; Gauch/Schluep/Schmid, OR AT I, 11. Aufl., Zürich 2020, N 1260, je mit Verwei-

- 33 - sen). Denn gemäss Bonusklausel (Ziffer 8 Abs. 6) sollte der Planbonus nur so lange gelten, bis ein Beteiligungsprogramm mit Mitarbeiteraktien oder Optionen mit gleichem Mindestwert auf die Beine gestellt war, was in der Folge mit Bezug auf die Klägerin auch geschah. 3.3.3 Die Klägerin hat im Prozess nicht aufgezeigt, durch welche mögliche Bonusregelung der anfänglich unmögliche und unbeachtliche Planbonus ersetzt wurde bzw. zu ersetzen ist. Stattdessen hielt sie daran fest, SOP und BPIS hätten den arbeitsvertraglichen Bonusanspruch nicht ersetzt resp. die Bonusklausel würde kumulativ neben SOP und BPIS bestehen (Urk. 48 Rz 55). Dem kann – wie vorstehend ausgeführt wurde – nicht beigeplant werden. Die Klägerin hat sich zwar an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung auf ein undatiertes Memorandum "Compensation scheme overview" berufen, wonach ihre Kompensation in Zukunft aus einem Bruttogehalt (Fix Salary), einer Beteiligung (Capital Participation), einem Incentiveprogramm (Business Plan Incentive Scheme [BPIS]) und einem Planbonus ("Cash Bonus") hätte bestehen sollen (Urk. 42 Rz 45, Urk. 44/1). Bereits die Vorinstanz hat indes festgehalten, dass dieses Schriftstück ein blosser Entwurf ("Draft") geblieben ist (Urk. 49 S. 43). 3.3.4 Schriftlich zugestimmt hat die Klägerin hingegen am 22. Januar 2018 dem SOP und dem BPIS (Urk. 11/2 und Urk. 11/3). Die Vorinstanz erwog dazu, der SOP regle die freiwillige Mitarbeiterbeteiligung durch Zuteilung von Optionen. Teilnehmer an diesem Plan seien Mitarbeiter der Beklagten, die vom Verwaltungsrat individuell ernannt worden seien. Die Zuteilung von Optionen basiere auf der Leistung jedes Teilnehmers während eines Jahres, die Beklagte könne jedoch in ihrem Ermessen über die Zuteilung von Optionen und Bedingungen zur Gewährung entscheiden. Der BPIS regle die variable monetäre Beteiligung am zukünftigen Geschäftserfolg der Beklagten. Es liege dabei im alleinigen Ermessen der Beklagten zu entscheiden, welche Mitarbeiter aufgrund ihrer aussergewöhnlichen Fähigkeiten und/oder Schlüsselpositionen in der Gesellschaft in Frage kämen. Jede BPIS-Tranche werde individuell auf jährlicher Basis (2018-2022) jeweils im Januar unter der Voraussetzung übertragen, dass sich der Teilnehmer in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis befinde. Ausbezahlt würden die BPIS-

- 34 - Tranchen im Falle eines Liquiditäts- oder Teilliquiditätsereignisses. In der Folge sei der Klägerin am 9. Februar 2018 für das Geschäftsjahr 2017 eine BPIS-Tranche in der Höhe von CHF 45'000.– zugeteilt worden. Ebenfalls sei ihr am 9. Februar 2018 die Möglichkeit gegeben worden, 1'666 Optionen zu einem Ausübungspreis von je CHF 0.01 bei einem Marktwert von insgesamt CHF 16'000.– zu erwerben, die sie sodann auch wahrgenommen habe (Urk. 49 S. 41 f., mit Verweis auf Urk. 11/2-5 und Urk. 18/15-18). 3.3.5 Zutreffend ist, dass SOP und BPIS anders ausgestaltet sind als der Planbonus und Vergütungen gemäss SOP und BPIS auch vom Ermessen der Beklagten abhängen. Nachdem eine Leistungsvereinbarung mit Neukunden aber nicht mehr in Frage kam, ist nicht ersichtlich, inwiefern die beiden Programme nicht als Ersatz des bereits im Jahre 2016 sinnlos gewordenen Planbonus betrachtet werden können. Deren Einführung stiess bei der Klägerin auch nicht auf Ablehnung. Einerseits brachte die Klägerin als Alternative bereits in ihrer E-Mail vom 29. März 2017 (12:45 Uhr) einen Bonus ins Spiel, den sie z.B. gegen Optionen tauschen könne oder einen Mix darstelle, auch wenn ihr dabei wohl noch eine Zielvereinbarung vorschwebte (Urk. 5/21 S. 2: "Nur erreichbar müsste es sein."). Andererseits schlug sie in ihrer E-Mail vom 6. Juli 2018 F._____ (Verwaltungsrat der

Beklagten) sogar vor, die Bonus- und Aktienoptionszusagen rückwirkend ab 2016 (mit dem bisherigen Potential "e.g. BPIS = 100k") anzuwenden (Urk. 5/22 S. 2, Urk. 22/22 S. 2; Urk. 49 S. 42 f.). Da die "individuelle Bonusklausel" im Arbeitsvertrag vom 29. März 2017 ungültig ist, hilft es der Klägerin nicht, dass im SOP und BPIS kein Hinweis darauf erfolgte, dass diese beiden Programme den Planbonus ersetzen würden (vgl. Urk. 48 Rz 56). Aus dem gleichen Grund kann auch den Argumenten der Klägerin, sie hätte einer Verschlechterung ihres Arbeitsvertrags nicht zugestimmt (Urk. 48 Rz 57 und Rz 59) und ein Wegfall der Bonusklausel setze gemäss ihrem Wortlaut voraus, dass allen Arbeitnehmern der Beklagten Mitarbeiteraktien oder Optionen gewährt würden (Urk. 48 Rz 62 f.), keine Bedeutung zukommen. Nach Treu und Glauben konnte die Klägerin bei Vertragsabschluss aufgrund der (ungültigen) Bonusklausel auch nicht erwarten, im Sinne einer Ersatzlösung für eine Übergangsphase (bis allen Arbeitnehmern Aktien oder Optionen gewährt werden) in den Genuss sowohl des Cash-Bonus

- 35 - als auch von Beteiligungen zu gelangen. Weiter geht auch der Vorwurf der falschen Verteilung der Beweislast hinsichtlich einer Anpassung des Arbeitsvertrags durch Ausgabe von SOP und BPIS ins Leere (Urk. 48 Rz 77). Zu Recht hat die Vorinstanz auch darauf aufmerksam gemacht, es sei völlig unklar geblieben, ob die Klägerin die geforderten 7'500 Kunden hätte anwerben können und damit einen Anspruch auf den Planbonus gehabt hätte (Urk. 49 S. 39 f.). 3.3.6 Schliesslich erweist sich auch das Argument, die Mitarbeiteraktien oder Optionen müssten den in der Bonusklausel genannten Mindestbetrag von CHF 50'000.- aufweisen, was nicht der Fall sei, da die der Klägerin unter dem SOP und BPIS zugeteilten Tranchen wertlos seien (Urk. 48 Rz 62, Rz 64), als nicht stichhaltig. Entgegen der Meinung der Klägerin können die ersatzweise eingeführten Mitarbeiterbeteiligungsprogramme nicht als Nonvaleur bezeichnet werden. In der Berufung legt die Klägerin ausführlich dar, weshalb die ihr zugeteilten SOP- und BPIS-Beteiligungen als wertlos betrachtet werden müssten (Urk. 48 Rz 64-75). Soweit ihre Ausführungen über das vor Vorinstanz Vorgetragene hinausgehen, sind sie unbeachtlich (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Vor Vorinstanz brachte die Klägerin vor, sowohl die BPIS-Tranche als auch die unter dem SOP gewährten Optionen hätten einem sog. Vesting unterstanden. Da die Kündigung während bzw. vor Ablauf der Vesting-Periode (Aufschubfrist für den Eigentumserwerb) erfolgt sei, seien die Mitarbeiterbeteiligungen entschädigungslos verfallen (Urk. 42 Rz 41 f.). Sie habe "bis zum heutigen Tag" nie eine Zahlung aus der ihr zugeteilten BPIS-Tranche bzw. aus den ihr zugeteilten Share Options erhalten. Sie habe auch keine Möglichkeit mehr, auf die Optionen zuzugreifen oder diese gar zu liquidieren, da sie keinen Zugriff auf das entsprechende Portal habe und ein Verkauf nur mit Zustimmung der Beklagten möglich wäre. Die BPIS-Tranchen hätten sich zudem erst bei einem Börsengang der Beklagten materialisiert (Urk. 23 Rz 30). Bereits die Vorinstanz hat erwogen, die Ansprüche der Klägerin auf die SOP- und BPIS-Beteiligungen seien von der Beklagten anerkannt worden (Urk. 49 S. 43 mit Verweis auf Prot. I S. 11, S. 20 und S. 23). Dies stellt die Klägerin mit ihrer Berufung und mit ihren Ausführungen zum Vesting nicht in Frage (Urk. 48 Rz

- 36 - 64, Rz 72 ff.) und wurde seitens der Beklagten in der Berufungsantwort bestätigt (Urk. 55 Rz 142), weshalb sich die Frage des Verfalls bzw. der Verwirkung nicht mehr stellt. Die Frage des Zugriffs auf das entsprechende Portal bzw. "Online-Konto" (Prot. I S. 20) wurde in der Berufung nicht mehr thematisiert, könnte für die Frage der Anspruchsberechtigung aber auch keine entscheidende Rolle spielen. Dass die

BPIS-Tranche von CHF 45'000.–, die der Klägerin für 2017 zugeteilt wurde, erst im Falle eines Liquiditäts- bzw. Teilliquiditätsereignisses (IPO [Börsengang], Merger, Sale, Kapitalerhöhung; Urk. 48 Rz 66) ausbezahlt wird und die erworbenen 1'666 Optionen mit einem inneren Wert per 30.1.2017 von CHF 16'000.– (Urk. 11/5) erst bei einem Börsengang oder einem ähnlichen Ereignis ausgeübt werden können (Urk. 48 Rz 64), was der Klägerin klar kommuniziert wurde (Urk. 11/2, 11/3), machen den vereinbarten Options- und Beteiligungsplan nicht zu einer untauglichen Ersatzlösung. Beteiligungsprogramme (insbesondere in Form von Aktien- oder Optionsplänen) sind sowohl in grösseren als auch in im Aufbau befindlichen Unternehmen ("Start-ups") wie der Beklagten verbreitet (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, Art. 322 OR N 22; Wyler/Heinzer, Droit du travail, 4e ed., Berne 2019, S. 1240). Dabei kommen eine Vielzahl verschiedener Restriktionen zur Anwendung (vgl. Wyler/Heinzer, a.a.O., S. 1247). Wiederum ist darauf hinzuweisen, dass die Einführung einer "bonus/share option"-Lösung von der Klägerin im damals schnell wachsenden Unternehmen (Urk. 48 Rz 60) selber als mögliche Lösung taxiert wurde (Urk. 5/22 S. 2), die Klägerin den beiden Programmen am 22. Januar 2018 zustimmte und der Planbonus bis zur Einführung von Mitarbeiteraktien oder Optionen als Übergangslösung konzipiert war. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, wie die Optionen oder BPIS-Tranchen steuerlich behandelt werden. Der Vorinstanz ist daher beizupflichten, dass die Klägerin das Angebot, an den beiden Programmen teilzunehmen, nicht dahingehend verstehen durfte, sie werde auch noch Anspruch auf einen noch zu definierenden Cash-Bonus haben. 3.3.7 Damit ist die Vorinstanz zu Recht zum Ergebnis gelangt, die Klägerin verfüge gestützt auf den geltend gemachten "Planbonus" für die Jahre 2017 bis 2019 über keinen Bonusanspruch. Die Berufung ist auch insoweit abzuweisen und das angefochtene Urteil (Rechtsbegehren Ziffer 3 betreffend) zu bestätigen.

- 37 -

E. 4

Mit Schreiben vom 25. Oktober 2018 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis auf den nächstmöglichen Termin (Urk. 5/88). Am 27. November 2018 kündigte die Beklagte rein vorsorglich erneut auf Ende Februar 2019 für den Fall, dass ein Gericht die Kündigung vom 25. Oktober 2018 als nicht gültig erachten sollte (Urk. 5/89). Mit Schreiben vom 23. Januar 2019 erhob die Klägerin Einsprache wegen missbräuchlicher Kündigung des Arbeitsverhältnisses (Urk. 5/94).

E. 4.1

Mit ihrer Anschlussberufung macht die Beklagte geltend, die Vorinstanz hätte richtigerweise zum Schluss kommen müssen, dass die Klägerin die behauptete Mehrarbeit nicht rechtsgenügend behauptet und substantiiert und erst recht nicht bewiesen habe (Urk. 55 Rz 163). Die Klage hätte daher auch in diesem Punkt abgewiesen werden müssen (Urk. 55 Rz 245). Die Parteien hätten ein flexibles Arbeitszeitmodell vereinbart (Urk. 55 Rz 178). Aus dem blossen Umstand, dass die Klägerin nebst den Tätigkeiten im allerengsten Sinne ihres Arbeitsvertrags gewisse Unterstützungsleistungen in anderen Bereichen erbracht habe, könne nicht einfach auf die Leistung von – nota bene exakt 71.6 – Überstunden geschlossen werden (Urk. 55 Rz 165). Die Beklagte ist der Auffassung, die Vorinstanz habe sich mit verschiedenen Vorbringen (Tatsachen und Beweismittel) nicht auseinandergesetzt, die zeigen würden, dass die Klägerin keine Mehrarbeit habe leisten

müssen: – Die Vorinstanz habe die flexible Gestaltung der Arbeitszeit, welche sie der Klägerin ermöglicht habe, nicht gewürdigt, womit es der Klägerin freigestanden sei, zusätzlich geleistete Stunden zu kompensieren (Urk. 55 Rz 178 ff.). – Es sei nicht plausibel, dass die Klägerin täglich 1.5 Überstunden geleistet haben soll, gemäss Auswertung der Beklagten aber ausserhalb der üblichen Bürozeiten praktisch keine E-Mails (an ihren Vorgesetzten und allgemein) verschickt habe (Urk. 55 Rz 183 ff.). – Die Klägerin habe in einer Gesprächsnotiz (Urk. 5/16) den von ihr angestrebten Posten eines COO als mit einem 80%-Pensum vereinbar betrachtet (Urk. 55 Rz 188 ff.). – Die Klägerin habe einen Hund anschaffen wollen und dessen Betreuung offenbar mit ihren Arbeitszeiten als vereinbar angesehen (Urk. 55 Rz 193 ff.). Die Beklagte wirft der Vorinstanz weiter vor, aus ihrem Pauschalverweis auf die Vorbringen der Klägerin betreffend Mehrarbeit werde nicht klar, auf welche Beweisofferten sie abgestellt habe, da sie lediglich zwei Urkunden erwähne (Urk. 5/11, Urk. 5/34). Damit genüge sie ihrer Begründungspflicht nicht, da die Beweiskraft und/oder Eignung aller von der Klägerin angeführten Belege bestritten wor-

- 38 - den sei (Urk. 55 Rz 199 ff.). Weiter treffe es nicht zu, dass der Einwand, die Klägerin habe viel Arbeitszeit für private Zwecke aufgewendet, unsubstantiiert geblieben sei. Vielmehr habe sie (die Beklagte) rechtsgenügend behauptet und belegt, dass die Klägerin während der Arbeitszeit immer wieder länger auch privat gechattet habe und für die I. _____ GmbH aktiv gewesen sei (Urk. 55 Rz 220 ff.). Weiter habe die Vorinstanz das Arbeitszeugnis (Urk. 5/11) und die Bordkarten (Urk. 5/34) falsch gewürdigt. Urk. 5/34 belege nur Reisezeiten an acht einzelnen Tagen in einem mehrjährigen Arbeitsverhältnis, an denen die Klägerin ausserhalb der gewöhnlichen Bürozeiten gereist sei, wobei die Reisebelege die effektive Leistung von Überstunden an diesen Tagen gerade nicht belegen würden. Im Übrigen wäre es Sache der Klägerin gewesen, an Reisetagen aufgelaufene Zeitsaldi innert sinnvoller Frist wieder abzubauen. Die Klägerin habe nicht geltend gemacht, dass ein solcher Abbau während der auf die erste Reise folgenden, mehr als zwei Jahre dauernden Anstellung nicht möglich gewesen wäre. Entsprechend wären aufgelaufene Zeitsaldi verfallen, wenn sie denn angefallen wären. Und sogar wenn an den Reisetagen Mehrarbeit angefallen wäre, könnte daraus weder der von der Klägerin behauptete massive Anfall von Mehrarbeit noch die laut Schätzung der Vorinstanz teilklageweise geltend gemachten 71.6 Überstunden abgeleitet werden. Dem Arbeitszeugnis (Urk. 5/11) lasse sich weder ein Hinweis auf Überstunden noch eine Übertragung von weiteren Aufgaben entnehmen. Es lasse sich damit lediglich belegen, dass die Klägerin die Beklagte in den genannten Bereichen, insbesondere Bürogestaltung und -betrieb sowie Rekrutierung und Personalwesen, unterstützt habe. Daraus lasse sich indes kein Rückschluss auf das effektiv zu absolvierende Pensum ziehen. Effektiv habe das Pensum der Klägerin mit der Zeit nicht mehr mit marketingspezifischen Aufgaben ausgelastet werden können, da sich die Beklagte auf ihre damals bereits angeworbene einzige Grosskundin, die J. _____, konzentriert habe. Im Zuge der Reorganisation sei die Marketing-Stelle der Klägerin garsatzlos gestrichen worden. Indem die Vorinstanz dies ignoriert und aus einer blossen Unterstützungsfunktion eine Mehrarbeit der Klägerin abgeleitet habe, habe sie das Arbeitszeugnis, das keinerlei Aufgaben zu den effektiven Zeitanforderungen der einzelnen Aufgaben enthalte, unzutreffend gewürdigt. Eine tägliche Mehrarbeit von 1.5 Stunden während 30 Mo-

- 39 - naten lasse sich damit ebenso wenig belegen wie 71.6 Überstunden. Die Voraussetzung für die Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR, dass aufgrund der vorgebrachten

Umstände die Leistung von Mehrstunden nicht bloss möglich, sondern annähernd sicher erscheine, sei nicht erfüllt. Die Vorgehensweise der Vorinstanz führe zu einer Umkehr der Beweislast (Urk. 55 Rz 232 ff.).

E. 4.2

Die Klägerin hält dem zusammengefasst entgegen, dass die Arbeitnehmerin nicht jede einzelne Stunde konkret nachweisen müsse und eine Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR zulässig sei, wenn – wie im vorliegenden Fall dargelegt worden sei – feststehe, dass sie regelmässig weit über die ordentliche Arbeitszeit hinaus gearbeitet habe und die genaue Zahl der Überstunden nicht mehr beweisbar sei (Urk. 60 Rz 10 und Rz 12). Die Ausführungen der Beklagten zur Gleitzeit seien redundant, da ein solches Modell resp. ein flexibles Arbeitszeitmodell mit freier Kompensationsverantwortung nicht implementiert worden sei (Urk. 60 Rz 16 bis Rz 19, Rz 21). Auch habe sie dargelegt, dass eine Kompensation anhand der Zusatzaufgaben gar nicht möglich gewesen sei (Urk. 60 Rz 23). Im Übrigen befreie auch ein flexibles Arbeitszeitmodell nicht von der Pflicht zur Führung einer Arbeitszeiterfassung oder zur Bezahlung von Überstunden gemäss Art. 321c OR (Urk. 60 Rz 20). Die Beklagte habe weder für das Einverständnis des Arbeitnehmers gemäss Art. 321c Abs. 2 OR noch für eine tatsächliche Kompensation Beweismittel offeriert (Urk. 60 Rz 25). Die Auswertung der (unvollständigen) E-Mail-Versandzeiten seien nicht geeignet, das Ausmass der geleisteten Überstunden zu beweisen bzw. in Frage zu stellen, und könnten eine Arbeitszeiterfassung, welche die Beklagte pflichtwidrig nicht geführt habe, nicht ersetzen (Urk. 60 Rz 26 ff.). Die von ihr selbst ins Spiel gebrachte Pensumsreduktion auf 80% habe der überfälligen Lohnhöhung gedient und wäre ohne die mehrfach vorgebrachte Forderung nach einer Assistenz und einer Delegation von Zusatzaufgaben auf weitere Teammitglieder gar nicht ausführbar gewesen (Urk. 60 Rz 29 ff.). Da es nie zur Anschaffung eines Hundes gekommen sei und der alleinige Wunsch, einen Hund anzuschaffen, kein Indiz gegen Überstunden schaffe, sei die Vorinstanz zu Recht auch nicht weiter auf dieses Argument der Beklagten eingegangen (Urk. 60 Rz 32). Abseits ihrer Funktion im Marketing sei sie mit unzähligen Aufgaben betraut gewesen (Urk. 60 Rz 35). Sie habe vor Vorinstanz die notwendige Basis dafür

- 40 - geschaffen, dass diese die Überstunden nach pflichtgemäßem Ermessen habe schätzen können. Sie habe alle Umstände, welche die Abschätzung der Anzahl geleisteter Überstunden erlauben würden, soweit möglich und zumutbar behauptet und bewiesen (Urk. 60 Rz 37 f.). Soweit nicht bereits aufgrund der Zuteilung von Zusatzaufgaben von einer Anordnung von Mehrarbeit auszugehen sei, sei diese spätestens durch das fehlende Einschreiten der Beklagten genehmigt worden (Urk. 60 Rz 40). Sie habe auch die getätigten Geschäftsreisen im Detail erläutert und die vorgelegten Belege zeigten eindeutig, dass ein Arbeitstag deutlich länger als acht Stunden gedauert habe, womit die Leistung von Überstunden nachgewiesen worden sei (Urk. 60 Rz 42). Sie habe mehrfach und vergeblich darauf aufmerksam gemacht, dass ihre Arbeitsbelastung übermässig gewesen sei, wodurch ihre Gesundheit massiv gelitten habe, was auch die ärztlichen Berichte bekräftigen würden (Urk. 60 Rz 48). Sie sei chronisch überlastet gewesen, weshalb sie auf das Wochenende habe ausweichen müssen, was die Beklagte gewusst und akzeptiert habe (Urk. 60 Rz 49). Die Beklagte könne nicht belegen, dass sie während der Arbeitszeit für die I._____ GmbH, die nicht operativ tätig geworden sei, gearbeitet und intensiv mit privatem Chatten über persönliche Themen beschäftigt gewesen sei; ihre Mehrarbeit werde dadurch nicht in geringster Weise in Frage gestellt (Urk. 60 Rz 52 ff.).

Die Kritik der Beklagten an den Reisebelegen (Urk. 5/34) sei verfehlt. Letztere belegten Reisezeiten überwiegend ausserhalb der Bürozeiten und dokumentierten erklärermassen nur die Reisetätigkeit im Kalenderjahr 2016, wobei weitere Reisen separat dargelegt worden seien. Zudem habe die Reisetätigkeit nur einen Teil ihrer Tätigkeit für die Beklagte dargestellt. Vor allem aber verkenne die Beklagte ihre Behauptungslast, wenn sie sich auf den Standpunkt stelle, die Reisebelege seien noch kein direkter Beweis für Überstunden, weil ein späterer Arbeitsbeginn oder ein früheres Arbeitsende denkbar sei. Erstens habe es sich die Beklagte selbst zuzuschreiben, dass infolge der unterlassenen Zeiterfassung eine indizienbasierte Beweislasteilerleichterung greife. Zweitens habe sie nachgewiesen, dass allein schon ihre Reisetätigkeit zu signifikanten Einsätzen ausserhalb der Bürozeiten geführt habe, weshalb es Sache der Beklagten gewesen wäre zu belegen, dass eine angebliche Kompensation stattgefunden habe. Dieser Beweis misslinge mit dem blossen Hinweis, eine

- 41 - Kompensation sei trotz chronischer Überlastung möglich gewesen. Im Übrigen habe die Beklagte den Ermessensentscheid resp. die Berechnungsweise der Vorinstanz gar nicht substantiiert kritisiert (Urk. 60 Rz 56 ff.). Das Arbeitszeugnis (Urk. 5/11), worin festgehalten worden sei, dass sie bloss unterstützend ("supporting") und nicht führend ("leading") weitere Aufgaben wahrgenommen habe, sei von der Beklagten selbst verfasst und – wie die Änderungsbegehren in der Klageschrift zeigten – von ihr sehr wohl beanstandet worden (Urk. 60 Rz 61). Die im Kündigungsschreiben behauptete Reorganisation infolge schwindenden Bedarfs erweise sich als vorgeschoben, zumal die Beklagte ihr keine Weiterbeschäftigung mit reiner Marketingfunktion angeboten hätte, wenn der Bedarf dafür nicht vorhanden gewesen wäre (Urk. 60 Rz 62). Jüngst habe auch die Cour de justice von Genf bestätigt, dass das kantonale Arbeitsgericht mangels vorliegender Zeiterfassung zu Recht eine Schätzung vorgenommen habe, weil die Überstunden der Arbeitnehmerin angesichts der vielen zu erledigenden Aufgaben sehr wahrscheinlich erschienen seien (Urk. 60 Rz 63).

E. 4.3

Die Vorinstanz hat sich zu den Voraussetzungen der Überstundenentschädigung und zur Beweislast geäussert (Urk. 49 S. 46 f.). Sie hat auch die Möglichkeit des Gerichts erwähnt, den Umfang der Überstunden in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen, falls die genaue Anzahl der Überstunden nicht mehr beweisbar ist resp. keine Arbeitszeiterfassung erfolgte (Urk. 49 S. 49). Darauf kann verwiesen werden. Zu präzisieren ist, dass von einer Beweisvereitelung durch den Arbeitgeber (mit der Folge einer Beweislastumkehr) noch nicht gesprochen werden kann, wenn der Arbeitgeber die in Art. 73 ArGV 1 vorgeschriebene Arbeitszeiterfassung unterlässt (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321c N 10 S. 226). Das Fehlen jeglicher Arbeitszeitkontrollen kann aber zu Beweiserleichterungen führen, was insbesondere bedeutet, dass der Arbeitnehmer den erforderlichen Nachweis mittels Zeugenbeweis leisten kann (Wylter/Heinzer, a.a.O., S. 143 f.; BGer 4A_390/2018 vom 27. März 2019, E. 3; 4A_611/2012 vom 19. Februar 2013, E. 2.2; 4A_543/2011 vom 17. Oktober 2011, E. 3.1.3).

- 42 -

E. 4.4

Die Beklagte hat den Vorwurf, keine Arbeitszeiterfassung geführt zu haben, nicht bestritten. Sie ist aber der Meinung, die Vorinstanz habe ihr flexibles Arbeitszeitmodell mit

Kompensationsmöglichkeiten nicht gewürdigt (Urk. 55 Rz 178). Zutreffend ist, dass die Klägerin in ihrer E-Mail vom 29. März 2017 [17:02 Uhr] selbst davon sprach, dass die Arbeitszeiten bis jetzt immer variabel gewesen seien (Urk. 5/21; Urk. 62 Rz 7, Urk. 8 Rz 117). Allerdings reicht dies für einen Verzicht auf eine Arbeitszeiterfassung nicht aus (Art. 73a Abs. 1 ArGV 1). Dies wiederum ändert nichts daran, dass der Beweis für den Nachweis der behaupteten Überstunden nach wie vor der Klägerin obliegt, auch wenn die Unterlassung einer Dokumentation in die Beweiswürdigung einfließen kann (vgl. auch Rudolph, Die Neuregelung der Arbeitszeiterfassungspflicht, AJP 25 [2016] S. 145 ff., S. 160). Im Übrigen stellt sich die Klägerin mit der Vorinstanz auf den Standpunkt, eine Schätzung der Überstunden sei zulässig, wenn feststehe, dass der Arbeitnehmer regelmässig weit über die übliche Arbeitszeit gearbeitet habe (Urk. 60 Rz 12; vgl. bereits Urk. 1 Rz 220).

E. 4.5

Die Vorinstanz hat zunächst auf das Arbeitszeugnis vom 7. Mai 2019 (Urk. 5/11) abgestellt und erwogen, es stehe ausser Frage, dass die darin aufgeführten, in den Arbeitsverträgen vom 17. November 2015 und 29. März 2017 nicht genannten Aufgaben (wie z.B. Bürogestaltung und -betrieb ["Office Design & Operations"] sowie Rekrutierung und Personalwesen ["Recruiting & HR"]) nicht innerhalb der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit von 40 Stunden hätten bewältigt werden können (Urk. 49 S. 48 f.). Während sich die Beklagte im Zusammenhang mit den im Arbeitszeugnis aufgelisteten Zusatzaufgaben auf das Wort "supporting" berief (Urk. 55 Rz 239), will die Klägerin eine Rolle übernommen haben, die mit "leading" zu umschreiben ist (Urk. 60 Rz 61). Wie es sich damit verhält, kann offen gelassen werden. Wie die Beklagte zu Recht geltend macht, lassen sich dem Arbeitszeugnis keinerlei Angaben dazu entnehmen, welchen Zeitaufwand die zusätzlichen Aufgaben verursachten (Urk. 55 Rz 242). So wird nicht ersichtlich, welche zusätzlichen Tätigkeiten über welchen Zeitraum in den Bereichen Bürogestaltung und -betrieb sowie Rekrutierung und Personalwesen anfielen. Der Schluss der Vorinstanz beruht auf der Annahme, dass die von der Klägerin vertretene Kernaufgabe des "Marketing" 40 Stunden pro Woche in Anspruch nahm

- 43 - und die Klägerin damit voll ausgelastet war. Genau dies stellte die Beklagte aber in Frage und machte geltend, im Jahre 2017 habe sie gezeigt, dass nicht genügend marketingspezifische Aufgaben angefallen seien, um das Arbeitspensum der Klägerin auszufüllen, und auch im Jahre 2018 habe das Arbeitspensum nicht mit marketingspezifischen Aufgaben ausgelastet werden können (Urk. 8 Rz 32, Rz 34; Urk. 55 Rz 239). Wie es sich mit der Auslastung der Klägerin verhielt, braucht an dieser Stelle nicht vertieft zu werden. Dem Arbeitszeugnis lassen sich dazu jedenfalls keine Angaben entnehmen. Gestützt auf dieses Dokument lässt sich weder folgern, die Klägerin habe mehr als 40 Stunden pro Woche gearbeitet, noch eine Schätzung über das Ausmass von geleisteten Überstunden vornehmen.

E. 4.6

Die Vorinstanz hat weiter ausgeführt, bei Geschäftsreisen gelte die Reisezeit insoweit als Arbeitszeit, als sie die normale Wegzeit an den Arbeitsplatz übersteige, was bei Flugreisen fraglos der Fall sei. Sie hat in der Folge auf die im Zusammenhang mit Geschäftsreisen der Klägerin eingereichten Bordkarten (Urk. 5/34) abgestellt und erwogen, es liege auf der Hand, dass Flugzeiten um 07:40 Uhr (21.3.2016), 18:40 Uhr bzw. 20:10 Uhr (22.3.2016), 07:20 Uhr (13.4.2016), 08:00 Uhr (15.4.2016), 07:40 Uhr (25.4.2016 und 2.8.2016), 08:20

Uhr (29.4.2016) sowie 17:00 Uhr (5.7.2016) zu einer Reisezeit ausserhalb der normalen Bürozeiten führen würden. Allerdings fehlen im Urteil der Vorinstanz jegliche Feststellungen darüber, wie viele Überstunden aufgrund der erwähnten absolvierten Geschäftsreisen mit ausserhalb der normalen Bürozeiten liegenden Flugzeiten (Urk. 49 S. 49) ungefähr anfielen. Aufgrund der Geschäftsreisen kann weder auf regelmässig geleistete Überstunden noch darauf geschlossen werden, dass die Klägerin die von ihr widerklageweise geltend gemachten 71.6 Überstunden während ihrer 30-monatigen Arbeitstätigkeit für die Beklagte (d.h. durchschnittlich 2.5 Überstunden pro Monat) geleistet hat. Daran ändert auch nichts, dass die Klägerin in der Berufung anführt, die Reisezeiten von Sonntag, 28. August 2016, und von Montag, 17. Oktober 2016 (Boarding um 08:40 Uhr), seien ungenannt geblieben (Urk. 60 Rz 57), zumal – wie bereits erwähnt – die Klägerin selber von variablen Arbeitszeiten ausging (Urk. 5/21 [E-Mail vom 29. März 2016, 17:02 Uhr]).

- 44 -

E. 4.7

Dass bzw. wie viele Überstunden aufgrund von Geschäftsreisen geleistet wurden, behauptete selbst die Klägerin nicht konkret (Urk. 1 Rz 58). Vor Vorinstanz führte die Klägerin aus, im Jahre 2016 und 2017 sei es zu mindestens acht zweitägigen Geschäftsreisen gekommen (21.-22.3.2016, 13.4.-15.4.2016, 25.4.-29.4.2016, 5.7.-8.7.2016, 2.8.-4.8.2016, 28.8.-31.8.2016, 17.10.-19.10.2016 und 24.7.-30.7.2017), im Juli 2017 habe sie ein ganztätiges Seminar in London geplant und umgesetzt, im Oktober 2017 sei sie auch für die Leitung einer Messe an der K._____ (Reise zur Messe, Standaufbau, Präsenz am Messetag inkl. Vorbereitung von 7 bis 18 Uhr, Standabbau mit Übernachtung in Lausanne, Rückfahrt am Samstag nach Zürich) verantwortlich gewesen und am 14. Dezember 2017 habe sie für ein Meeting um 5 Uhr morgens einen Zug nach Genf genommen (Urk. 1 Rz 58 ff.).

E. 4.8

Ihre Überstundenforderung begründete die Klägerin denn auch weder mit irgendwelchen Geschäftsreisen noch mit regelmässiger "Samstags- und Sonntagsarbeit" (Urk. 1 Rz 55). Vielmehr legt die Klägerin ihrer Berechnung einen "typischen Arbeitstag" im Büro zugrunde, nachdem sie festhielt, es sei vorliegend erstellt, dass sie weit über die übliche Arbeitszeit hinaus gearbeitet habe (Urk. 1 Rz 221, Rz 223). So führte sie aus, sie gehe im Sinne einer konservativen Schätzung davon aus, dass sie an einem typischen Arbeitstag grundsätzlich von 8.30 Uhr bis 18.30 Uhr im Büro anwesend gewesen sei und dort gearbeitet habe. In 80 bis 90 Prozent der Mittagspausen habe sie mit Arbeitskollegen in der benachbarten L._____ "Take away" geholt und dann am Arbeitsplatz vor dem Computer zu Mittag gegessen. Um etwas in der L._____ zu holen, seien 15 Minuten benötigt worden, womit die tägliche Arbeitszeit typischerweise ungefähr 9.75 Stunden und damit 1.75 Stunden mehr als vereinbart betragen habe. In den Übrigen 10 bis 20 Prozent der Mittagspausen habe sie ausserhalb des Büros meist mit anderen Arbeitskollegen gegessen und dafür ungefähr 45 Minuten bis eine Stunde aufgewendet. Dementsprechend habe die tägliche Arbeitszeit an solchen Tagen ungefähr 9 Stunden und damit immer noch eine Stunde mehr als vertraglich vorgesehen betragen. Im Übrigen habe sie aufgrund der vielen unregelmässigen Arbeitsbedürfnisse (bspw. durch Recruiting-Anlässe, Leitung von Büroumzügen, Kampagne während der Fussball-WM, Befragung von Tradern etc.)

oftmals deutlich

- 45 - mehr als an einem "gewöhnlichen Arbeitstag" von 8.30 Uhr bis 18.30 Uhr gearbeitet. Damit könne ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass sie im Schnitt mindestens 1.5 Stunden mehr gearbeitet habe, als sie gemäss Arbeitsvertrag verpflichtet gewesen wäre. Unter Berücksichtigung der Dauer des Arbeitsverhältnisses, der Wochenenden, Ferien und Feiertage ergebe dies, dass sie mindestens 853.5 Stunden mehr gearbeitet habe, als sie gemäss Arbeitsvertrag verpflichtet gewesen wäre (569 Arbeitstage à 1.5 Stunden Mehrarbeit). Bei einem Stundenansatz von CHF 93.25 brutto führe dies zu einem Entschädigungsanspruch (inkl. Zuschlag von 25%) von CHF 116.55 brutto pro Stunde Mehrarbeit, d.h. gesamthaft CHF 99'475.50 brutto bzw. CHF 91'112.30 netto (Urk. 1 Rz 223 ff.). Zum Nachweis der Arbeitszeiten an einem typischen Arbeitstag offerierte die Klägerin zwei Zeugen (Urk. 1 Rz 223). Die Beklagte bestritt die angeblich geleisteten Mehrstunden und die Berechnung der Klägerin (Urk. 8 Rz 55, Rz 285, Rz 290, Rz 293 f.). Auch sei die behauptete Mehrarbeit ihr weder je zugetragen noch mit ihr abgesprochen worden und sie habe diese auch nicht angeordnet, visiert oder bewilligt (Urk. 8 Rz 293 f.).

E. 4.9

Zum Nachweis der typischen Arbeitszeit, auf der die ganze Schätzung bzw. Berechnung beruht, berief sich die Klägerin auf zwei Zeugen (Urk. 1 Rz 223), die von der Vorinstanz nicht einvernommen wurden. Dies beanstandet die Klägerin indes nicht und eine Wiederholung des Beweisantrags im Berufungsverfahren, das ein eigenständiges Verfahren ist, unterblieb (vgl. E. III/1.3). Demzufolge hängt die Schätzung der Klägerin lediglich von ihren unbewiesenen Angaben, die bestritten wurden, ab. Eine einigermaßen zuverlässige Schätzung von Überstunden ist damit nicht möglich. Es wurde bereits ausgeführt, dass allein aus der (im Arbeitszeugnis erwähnten) Unterstützung bei der Erledigung weiterer Aufgaben (Urk. 1 Rz 54) nicht auf Überstunden geschlossen werden kann (E. III/4.5). In der Klageschrift hatte sich die Klägerin zum Nachweis "von 50 und mehr Wochenstunden" (Urk. 1 Rz 55) resp. zum "[z]eitlichen Umfang der Arbeit" auch noch darauf berufen, vier Skype-Nachrichten resp. -Unterhaltungen, die zwischen dem 31. Mai und 20. Juni 2018 stattgefunden hätten, würden ihre exzessiven Arbeitsstunden genau belegen. Zudem habe ihr der CEO der Beklagten, F._____, an einem Sonntagmorgen um 6:35 Uhr geschrieben und sogleich eine Antwort erwar-

- 46 - tet (Urk. 1 Rz 55 mit Verweis auf Urk. 5/28-32). Abgesehen davon, dass die Skype-Nachrichten ausserhalb der für die Schätzung herangezogenen Bürozeit (8.30 bis 18.30 Uhr; Urk. 1 Rz 223, Rz 225) liegen, vermögen einzelne sehr frühe oder sehr späte Unterhaltungen für sich allein keine (regelmässigen) Überstunden zu belegen, zumal die Klägerin ihre Arbeitszeit – wie sie selber einräumte – variabel gestalten konnte.

E. 4.10

Schliesslich brachte die Klägerin vor, mangels Arbeitszeiterfassung gestalte sich der Beweis ihrer Arbeitszeit grundsätzlich schwierig. Sie könnte ihre Arbeitszeit insbesondere mittels Kommunikationsnachweisen, Login-Daten und externen Einsätzen nachweisen. Allerdings könnten die Nachweise durch sie nicht mehr erbracht werden, weil sie zum heutigen Zeitpunkt nur noch Zugang zu einem von mehreren internen Kommunikationskanälen habe, nämlich zu ihrem eigenen Skype-Chat, der lediglich bis April 2017 zurückgehe (Urk. 5/28-32). Neben Skype würden aber unzählige weitere interne Kommunikationswege existieren, so bspw. mehrere auf C._____, B._____ oder

D._____ lautende E- Mailadressen, mehr als zehn Gruppenchats auf Skype sowie Skype-Einzelchats. Schliesslich seien Online-Systeme wie Slack, Jira, Confluence und Zeplin zum Nachrichtenaustausch während der Arbeit genutzt worden. Diese Kommunikati- onsmittel würden eindeutige Rückschlüsse auf ihre Arbeitszeiten zulassen. Nebst den bereits erwähnten Skype-Nachrichten (Urk. 5/28-32) verlangte die Klägerin die Edition von "Login-Daten des von der Beklagten der Klägerin zur Verfügung gestellten Computers für den Zeitraum März 2016 bis und mit August 2019" und (für den gleichen Zeitraum) von "Accounts der auf C._____, B._____ oder D._____ lautenden E-Mailadressen der Klägerin sowie Accounts der Klägerin der Online-Systeme Slack, Jira, Confluence und Zeplin" (Urk. 1 Rz 56). Allerdings geht die Klägerin davon aus, die Voraussetzungen einer richterlichen Schätzung seien bereits ohne die genannten Editionen erfüllt (Urk. 1 Rz 221). Zudem wurden die entsprechenden Editionsanträge im Berufungsverfahren nicht erneuert, wes- halb nicht weiter darauf eingegangen werden muss.

E. 4.11

Die Klägerin berief sich auf weitere Tätigkeiten, die ausserhalb ihrer normalen Arbeitszeiten resp. ausserhalb der üblichen Bürozeiten angefallen sei-

- 47 - en, oft über 18 Uhr hinausgegangen, sich bis in den Abend hineingezogen oder am Samstag stattgefunden hätten, wie abendliche Geschäftsessen, wöchentliche Geschäftskonferenzen [Juni bis November 2017], Ausflüge [im Mai 2017] oder das Einholen von Feedbacks (Urk. 1 Rz 63 ff.). Da die Schätzung der Klägerin auf einem typischen Arbeitsalltag mit üblichen Bürozeiten beruht, kann sie bereits aus diesem Grund nichts daraus zu ihren Gunsten ableiten. Die Angaben der Klägerin wären auch nicht hinreichend substantiiert, um sie einer Schätzung zu Grunde zu legen. Die in diesem Zusammenhang eingereichten Fotos von einem Teamevent mit einer Partnerbank vom 12. Mai 2017 (Urk. 5/38) und die Berufung auf das Ar- beitszeugnis, worin erwähnt wird, dass die Klägerin verschiedene Veranstaltun- gen organisiert habe (Urk. 5/11), ändern daran nichts. Dass die Vorinstanz in die- sem Zusammenhang weitere Beweismittel (die Edition von Konferenzprotokollen, die Parteibefragung, das Zeugnis von M._____) hätte abnehmen müssen, wird von der Klägerin im Übrigen nicht geltend gemacht.

E. 4.12

Schliesslich berief sich die Klägerin zum Nachweis des zeitlich enor- men Aufwandes, den sie gehabt habe, um sämtliche ihr zugewiesenen Aufgaben erfüllen zu können, auf einen ärztlichen Bericht von Dr. med. N._____ vom 28. November 2018, worin diese festgehalten habe: "Im Sommer 2017 meinte ich das erste Mal aus ihren Erzählungen herauszuhören, dass Frau A._____ die Arbeitsbelas- tung, die damals schon viele Stunden ihrer Freizeit in Anspruch nahm, doch allmählich über den Kopf wachse und sie bereits Urlaubstage genommen hätte, um Leistungsein- bussen z.B. durch einen grippalen Infekt, für die Firma unschädlich auszugleichen" (Urk. 1 Rz 67, Urk. 5/27). Allerdings beruht diese vage Aussage allein auf (weit zurück- liegenden) Schilderungen der Klägerin. Sie ist zu unbestimmt, um Überstunden hinreichend abschätzen zu können und wurde zu einem Zeitpunkt abgefasst, als die Kündigung des Arbeitsverhältnisses bereits ausgesprochen (Urk. 5/28) und eine Auseinandersetzung absehbar war (Urk. 5/89). Der Arztbericht vermag zeitli- che Mehrarbeit nicht rechtsgenügend zu belegen.

E. 4.13

Selbst wenn der Klägerin Beweiserleichterungen zugestanden würden, vermag sie die Grundlagen, die für die Existenz von (regelmässig geleisteten) Überstunden sprechen und deren Umfang hinreichend fassbar machen lassen,

- 48 - nicht rechtsgenügend darzutun. Die von ihr vorgenommene Schätzung resp. Berechnung (die auf einer täglichen Mehrarbeit an einem typischen Arbeitstag beruht) und ihre weiteren Vorbringen erlauben eine solche Schätzung nicht. Damit misslingt der Klägerin der Nachweis, dass sie 853.5 Überstunden resp. die teil- klageweise geltend gemachten 71.6 Überstunden tatsächlich geleistet hat. Folglich ist Rechtsbegehren Ziffer 4 in Gutheissung der Anschlussberufung abzuweisen. Die Rüge der Klägerin betreffend Verzugszins (Urk. 48 Rz 82 f.) ist insoweit gegenstandslos.

E. 5

Mit Klageschrift vom 26. März 2020 und unter Einreichung der Klagebewilligung der Paritätischen Schlichtungsbehörde des Kantons Zürich für Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz vom 6. Dezember 2019 machte die Klägerin die Klage mit obgenanntem Rechtsbegehren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1, Urk. 3). Nach Erstattung der Klageantwort vom 2. Juni 2020 (Urk. 8) replizierten und duplizierten die Parteien mit Eingaben vom 21. August und 27. Oktober 2020 (Urk. 23, Urk. 32). Am 12. Mai 2021 fand die Hauptverhandlung statt (Prot. I S. 8

- 9 - ff.). Am 23. Juli 2021 fällte die Vorinstanz das eingangs im Dispositiv aufgeführte Urteil (Urk. 45 = Urk. 49).

E. 5.1

Die Vorinstanz hat der Klägerin die BVG-Arbeitgeberbeiträge für Februar und März 2019 von je CHF 374.85 als Schadenersatz zuzüglich 5% Zins ab 5. September 2019 zugesprochen. Im Mehrbetrag (Verzugszins vor dem 5. September 2019) hat sie die Klage (Rechtsbegehren Ziffer 5) abgewiesen (Urk. 49 S. 53). Zum Zinsenlauf erwog sie, das Arbeitsverhältnis habe am 31. März 2019 geendet, wobei zwischen den Parteien kein Verfalltag verabredet worden sei. Daher sei eine Mahnung (Art. 102 OR) erforderlich gewesen, um die Beklagte bezüglich des Anspruchs auf Überstundenentschädigung und Schadenersatz (BVG- Beiträge) in Verzug zu setzen. Aus den Akten gehe keine Mahnung hervor. Somit sei die Zustellung des Schlichtungsgesuchs an die Beklagte als Mahnung zu qualifizieren. Es sei davon auszugehen, dass dieses der Beklagten am 5. September 2019 zugestellt worden sei (Urk. 49 S. 53 mit Verweis auf Urk. 49 S. 50 f.).

E. 5.2

Die Klägerin rügt, die Vorinstanz übersehe, dass sie die Beklagte mit ihrem Schreiben vom 11. März 2019 (Urk. 5/109) abgemahnt und in Verzug gesetzt habe. Sie habe dieses Schreiben im vorinstanzlichen Verfahren eingereicht und die Vorinstanz in der Klageschrift (Urk. 1 Rz 215, Rz 227 und Rz 234) darauf hingewiesen. Somit sei der Klägerin ein Verzugszins von 5% vom 1. April bis zum 4. September 2019 auf gesamthaft CHF 6'076.95 (bestehend aus CHF 5'327.25 netto [Überstunden] und CHF 749.70 [BVG-Schadenersatz]) und damit eine Verzugszinsforderung von CHF 129.85 zuzusprechen (Urk. 48 Rz 83). Die Beklagte bringt lediglich vor, der Klägerin stehe keine Forderung für Überstunden zu, entsprechend sei auch nichts zu verzinsen (Urk. 55 Rz 160). Zutreffend ist, dass die Klägerin gegenüber der Beklagten mit Schreiben vom 11. März 2019 (nebst ei-

- 49 - nem Anspruch aus Mehrarbeit von CHF 115'675.–) eine Schadenersatzforderung von CHF 749.70 für die hälftigen Pensionskassenbeiträge geltend machte, die spätestens im Beendigungszeitpunkt zu überweisen sei, widrigenfalls Verzugszinsen von 5% fällig würden (Urk. 5/109 S. 18).

E. 5.3

Unangefochten blieb, dass das Arbeitsverhältnis auf den 31. März 2019 beendet wurde (Urk. 49 S. 12). Eine Mahnung ist vor Eintritt der Fälligkeit möglich (BK-Weber, Art. 102 OR N 106, mit weiteren Hinweisen). Eine solche erfolgte mit Schreiben vom 11. März 2019 (Urk. 5/109). Die Berufung ist insoweit begründet.

E. 6

Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 15'670.35 zu bezahlen.

E. 7

Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 6'462.– zu bezahlen.

E. 8

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 86'574.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

- 53 - Zürich, 16. Dezember 2022 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Der Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. A. Huizinga MLaw C. Rüedi versandt am: Im

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