

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA210022-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichterin Dr. S. Janssen und Oberrichterin lic. iur. B. Schärer
sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Nietlispach

Beschluss und Urteil vom 23. Mai 2023

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 3. Abteilung,
im ordentlichen Verfahren vom 26. März 2021 (AN200045-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2 ff.)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger auf ihrem Geschäftspapier ein geändertes, rechtsgültig unterzeichnetes Arbeitszeugnis mit folgendem Wortlaut aus- und zuzustellen:
„... [Text Arbeitszeugnis]
“
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 70'000.00 (nicht sozialversicherungspflichtig), nebst Zins zu 5% ab tt.mm.2019, zu bezahlen;
3. Der Kläger behält sich ein Nachklagerecht ausdrücklich vor;
alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu lasten der Beklagten."

Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 26. März 2021

(Urk. 32 S. 21 ff. = Urk. 38 S. 21 ff.):

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger auf ihrem Geschäftspapier ein rechtsgültig unterzeichnetes Arbeitszeugnis mit folgendem Wortlaut sowie eine Übersetzung davon in englischer Sprache aus- und zuzustellen:

"... [Text Arbeitszeugnis]

"

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 7'950.– festgesetzt.

Die Gerichtskosten werden dem Kläger zu 15/16 und der Beklagten zu 1/16 auferlegt und aus dem vom Kläger geleisteten Vorschuss bezogen.

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den Prozesskostenvorschuss im Umfang von Fr. 497.– zu ersetzen sowie Fr. 36.– für die Kosten des Schlichtungsverfahrens zu bezahlen.

4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 9'141.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

5. [Schriftliche Mitteilung]

6. [Rechtsmittel: Berufung; Frist: 30 Tage]

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 37 S. 2):

- "1. Die Beklagte und Berufungsbeklagte [...] sei in Abänderung von Ziffer 2 des Urteilsdispositivs des Arbeitsgerichts Zürich vom 26. März 2021, Geschäftsnummer AN200045-L/UB, zu verpflichten, dem Kläger und Berufungskläger [...] CHF 70'000.00 (nicht sozialversicherungspflichtig), nebst Zins zu 5% ab tt.mm.2019, zu bezahlen;
2. Es seien Ziffer 3 und Ziffer 4 des Urteilsdispositivs des Arbeitsgerichts Zürich vom 26. März 2021, Geschäftsnummer AN200045-L/UB, vollständig aufzuheben und die Entscheidgebühr, die Kos-

tenverteilung und die Parteientschädigung ausgangsgemäss nach dem Obsiegen respektive Unterliegen der Parteien neu festzusetzen;

3. Eventualiter sei die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts und Neuurteilung der in den Ziffern 2 und 3 des Urteilsdispositivs des Arbeitsgerichts Zürich vom 26. März 2021, Geschäftsnummer AN200045-L/UB geregelten Fragen an die Vorinstanz zurückzuweisen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu lasten der Beklagten und Berufungsbeklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 46 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsklägers (zuzüglich 7,7% MWST)."

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

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).
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 Valutadatum 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.
3. Das Verfahren ist spruchreif.

II. Prozessuales

- 1.1. Die Frist zur Leistung des Vorschusses wurde dem Kläger mit Verfügung vom 12. Juli 2021 angesetzt und in der Folge auf dessen Gesuch vom 19. August 2021 hin letztmals bis zum 6. September 2021 erstreckt (Urk. 42 f.). Die Leistung des Vorschusses erfolgte mit Valuta 7. September 2021 und somit verspätet (Urk. 44).

1.2. Das Gericht setzt eine Frist zur Leistung des Kostenvorschusses gemäss Art. 98 ZPO (Art. 101 Abs. 1 ZPO). Wird der Vorschuss auch innert einer Nachfrist nicht geleistet, so tritt das Gericht auf die Klage oder das Gesuch nicht ein (Art. 101 Abs. 3 ZPO). Dies gilt ebenso im Rechtsmittelverfahren. Da somit bei Nichtleistung des Kostenvorschusses innert der angesetzten Frist ohnehin eine Nachfrist anzusetzen ist, schadet es einer Partei nicht, wenn sie den Kostenvorschuss erst nach Ablauf der erstmaligen Frist, jedoch vor Ansetzung der Nachfrist leistet. Die verspätete Leistung des Kostenvorschusses steht dem Eintreten auf die Berufung des Klägers demzufolge nicht entgegen.

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.

2.1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Berufung des Klägers richtet sich gegen die Dispositivziffern 2, 3 und 4 des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 37 S. 2). Die Dispositivziffer 1 des vorinstanzlichen Urteils ist daher in Rechtskraft erwachsen, wovon Vormerk zu nehmen ist.

2.2. Der Kläger beantragt zwar (u.a.), es sei Dispositivziffer 4 des erstinstanzlichen Urteils ganz aufzuheben, stellt aber keinen konkreten Antrag zur Abänderung der Höhe der in deren Absatz 1 festgelegten Entscheidgebühr und macht dazu auch keinerlei Ausführungen (Urk. 37 S. 2 und S. 19). Es ist daher davon auszugehen, dass die Höhe der Entscheidgebühr nicht bemängelt wird. Einer Vormerknahme von der Rechtskraft von Dispositivziffer 3 Abs. 1 des erstinstanzlichen Urteils steht aber Art. 318 Abs. 3 ZPO entgegen.

3.1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis über die Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, ein-

schliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_164/2019 vom 20. Mai 2020, E. 5.2.3; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Dies setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, sich mit diesen argumentativ auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2). Das vorinstanzliche Verfahren wird nicht einfach fortgeführt oder gar wiederholt, sondern der Entscheid des Erstgerichts aufgrund von erhobenen Beanstandungen überprüft. Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz – zumindest, solange ein Mangel nicht geradezu offensichtlich ist – nicht zu überprüfen (BGE 144 III 394 E. 4.1.4). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). Dessen ungeachtet ist die Berufungsinstanz bei der Rechtsanwendung weder an die Argumente der Parteien noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden (sog. Motivsubstitution; BGE 144 III 394 E. 4.1.4 m.H.; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 21; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, N 1507). Die dargelegten Anforderungen an die Berufungsbegründung gelten sinngemäss auch für die Berufungsantwort (BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2).

3.2. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel – resp. über den insoweit zu engen Wortlaut hinaus neue Tatsachenbehauptungen, neue Bestreitungen von Tatsachenbehauptungen, neue Einreden (rechtlicher Art) und

neue Beweismittel (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 31) – nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch zulässig resp. zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Jede Partei, welche neue Tatsachen geltend macht oder neue Beweismittel benennt, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht, soweit dies nicht offensichtlich ist.

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 Belästigungen 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

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).

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-

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

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

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 Vertrauensperson 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 geschwätzter 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-

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.).

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).

5. Im Zusammenhang mit der von ihm in der Berufungsschrift gerügten unrichtigen Feststellung des Sachverhalts hält der Kläger dafür, verschiedene von ihm geltend gemachte Sachverhaltselemente hätten im Urteil der Vorinstanz keinen Eingang gefunden (Urk. 37 S. 4 ff. Rz. 10 ff.). Er rügt damit eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs. Ob diese Rüge berechtigt ist, kann, wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, offenbleiben.

6.1.1. Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Vertragspartei unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist gekündigt werden (Art. 335 Abs. 1 OR). Damit gilt das Prinzip der Kündigungsfreiheit. Es bedarf grundsätzlich keiner besonderen Gründe, um zu kündigen – wegen des Grundsatzes der Kündigungsfreiheit kann jede Partei das unbefristete Arbeitsverhältnis auch ohne einen wichtigen Grund aufheben (BGer 4A_157/2022 vom 05.08.2022, E. 3.1. m.w.H.).

6.1.2. Ihre Grenzen findet die Kündigungsfreiheit im Missbrauchsverbot. Als missbräuchlich gilt eine Kündigung, wenn sie aus den in Art. 336 OR umschriebe-

nen Gründen ausgesprochen wird. In Lehre und Rechtsprechung besteht Einigkeit darüber, dass die Aufzählung in Art. 336 OR nicht abschliessend ist, und das Bundesgericht hat schon mehrfach nicht in Art. 336 OR genannte Kündigungsgründe als missbräuchlich qualifiziert (BGE 136 III 513 E. 2.3; BGE 132 III 115 E. 2.1; BGE 131 III 535 E. 4.2; BGer 4A_694/2015 vom 04.05.2016, E. 2.2; BGer 8C_594/2010 vom 25.08.2011, E. 5.1; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage 2012, Art. 336 N 3, Geiser, AJP 2016, S. 1381; CHK OR-Emmel, Art. 336 N 1; Donauer/Donauer, Die Verdachtskündigung nach schweizerischem Arbeitsrecht, in: Jusletter 24. September 2018, S. 4). Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt indessen, wie die Vorinstanz zutreffend darlegte (Urk. 38 S. 9), voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die vergleichbar ist mit der Schwere der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgezählten Gründe (BGer 4A_157/2022 vom 05.08.2022, E. 3.1. m.w.H.).

6.2.1. Vorliegend handelte es sich um eine Verdachtskündigung. Die Beklagte *vermutete* das zur Diskussion stehende Fehlverhalten von Seiten des Klägers, wenn auch gemäss ihren Aussagen stark ("mit grösster Wahrscheinlichkeit": Urk. 17 S. 21 Rz. 76; "mit grosser Wahrscheinlichkeit": Urk. 17 S. 23 Rz. 86; vgl. Urk. 19/7 Rz. 12 und 14 sowie Urk. 19/8); sicher war sie sich nicht (vgl. insb. Prot. Vi S. 17, S. 21 und S. 29). Dass sie sich in der Kündigungsbegründung und zunächst auch gegenüber der Arbeitslosenkasse anders äusserte (Urk. 1 S. 13 Rz. 27 und S. 15 Rz. 31 mit Verweis auf Urk. 5/20 und Urk. 5/24), ändert daran nichts.

6.2.2. Aufgrund des Grundsatzes der Kündigungsfreiheit ist eine Verdachtskündigung prinzipiell zulässig und steht sie insoweit im freien Belieben der Parteien (Donauer/Donauer, a.a.O., S. 7 m.w.H.). Auch wenn die Verdachtskündigung nicht in Art. 336 OR genannt wird, kann sie indes, wie sich aus E. III./6.1.2. ergibt, missbräuchlich sein. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn der Arbeitgeber durch die Verdachtskündigung seine Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR verletzt, was anhand der konkreten Umstände zu beurteilen ist (Donauer/Donauer, a.a.O., S. 7 f. m.w.H.).

6.2.3. Nach der Ansicht des Bundesgerichts ist eine ordentliche Kündigung auf blossen Verdacht hin nicht alleine deshalb missbräuchlich, weil die Anschuldigung gegen den Arbeitnehmer letztlich unbegründet ist oder nicht bestätigt werden kann. Die Missbräuchlichkeit setzt darüber hinaus voraus, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer leichtfertig und ohne vernünftige Begründung beschuldigt hat (BGer 4A_694/2015 vom 04.05.2016, E. 2.3.). Bezüglich der Untersuchungen, die der Arbeitgeber durchführen muss, wenn er einen Arbeitnehmer nach einer gegen diesen eingegangenen Anschuldigung zu entlassen beabsichtigt, verweist das Bundesgericht auf die Lehre. Danach solle der Arbeitgeber bei schwerwiegenden Vorwürfen eine umfassende Untersuchung durchführen oder durchführen lassen, die für den angezeigten Arbeitnehmer Garantien umfasse, die denjenigen einer strafrechtlichen Untersuchung gleichwertig seien, wie die Möglichkeit, seine Verteidigung vorzubereiten, einen Beistand mitzunehmen und Beweismittel und Beweise vorzubringen. Der Arbeitgeber müsse alle Anstrengungen unternehmen, um die angeprangerten Tatsachen zu überprüfen. Es sei kaum umstritten, dass der Arbeitnehmer im Lichte von Art. 328 Abs. 1 OR seine Position fair verteidigen können, wenn seine Ehre gefährdet sei. Die zu ergreifenden Massnahmen würden von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängen (BGer 4A_694/2015 vom 4. Mai 2016, E. 2.4. m.w.H.).

6.2.4. Was die Anforderung angeht, der Arbeitnehmer müsse seine Position fair verteidigen können, leiten Lehre und Rechtsprechung aus Art. 328 Abs. 1 OR ab, dass diesem das rechtliche Gehör gewährt werden muss (BGer 4A_419/2015 vom 19.02.2016, E. 2.2.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 328b N 8 S. 590; Rudolph, Interne Untersuchungen: Spannungsfelder aus arbeitsrechtlicher Sicht, in: SJZ 114 (2018) Nr. 16/17 S. 390). Davon umfasst ist das Recht, am Anfang der Befragung über den Gegenstand der Untersuchung und mindestens die Grundzüge der Vorwürfe informiert zu werden und die Möglichkeit eingeräumt zu erhalten, entlastende Beweismittel zu bezeichnen. Eine verdeckte Untersuchung in dem Sinne, dass der Arbeitnehmer in ein vermeintlich informelles oder gar privates Gespräch verwickelt wird, um ihn so zu Aussagen zu verleiten, die er im Rahmen einer offen deklarierten Befragung möglicherweise nicht tätigen würde, ist nicht zulässig. Dem Arbeitnehmer sind im Laufe der Untersuchung die ihn be-

lastenden Beweismittel vorzulegen und es ist ihm die Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen. Dazu gehört mindestens im Grundsatz auch die Bekanntgabe der ihn belastenden Personen und ihrer konkreten Aussagen. Anonymisierungen bzw. Schwärzungen solcher Aussageprotokolle sind zwar nach Art. 9 Abs. 4 DSGVO ausnahmsweise zulässig. Sie bedingen aber eine sorgfältige Interessenabwägung und sind auf das Notwendige zu beschränken. Dabei ist vom Grundsatz auszugehen, dass derjenige, der eine andere Person beschuldigt, die Verantwortung für seine Information zu übernehmen und auch Kritik des Betroffenen hinzunehmen hat (Rudolph, a.a.O., S. 390 f.).

6.2.5. Die Frage, ob der Arbeitnehmer Anspruch darauf hat, sich bei einer im Rahmen der Untersuchung erfolgenden Befragung durch eine Vertrauensperson begleiten zu lassen, wird vom Bundesgericht bei schwerwiegenden Vorwürfen wohl bejaht (dazu vorne unter E. III./6.2.3.), steht aber jedenfalls dann ausser Frage, wenn in einer vertraglichen Richtlinie ein entsprechendes Recht vorgesehen ist (Rudolph, a.a.O., S. 391).

7.1. Wenngleich die Beklagte nach wie vor davon ausgeht, dass die von der Anzeigerin und weiteren Personen gegen den Kläger erhobenen Vorwürfe mit grösser resp. grosser Wahrscheinlichkeit wahr sind (dazu vorne unter E. III./6.2.1.), steht fest, dass sie durch die von der Beklagten durchgeführte Untersuchung nicht erstellt werden konnten. Zu prüfen ist daher, ob die Untersuchung, welche die Beklagte im Vorfeld der Entlassung des Klägers durchführte, den unter E. III./6.2.3.-5. dargelegten Anforderungen genügte. 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.

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.

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

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 Wangenküsschen, 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 Identi-

tät 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 angehörten 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 Untersuchung 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-

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

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

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).

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.

9. Somit ist die Berufung insoweit gutzuheissen, Dispositivziffer 2 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 26. März 2021 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 70'000.– (nicht sozialversicherungspflichtig) nebst Zins zu 5% seit tt.mm.2019 zu bezahlen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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

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

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.

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).

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.–.

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.

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

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.

3. Die im Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 26. März 2021 festgesetzte erstinstanzliche Entscheidgebühr 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 Entscheidgebühr 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.

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 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