

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr. LA100034-O/U

## I. Zivilkammer

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

### Beschlüsse vom 30. September 2011

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_**,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG**,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung (GIG)**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 30. November 2010 (AN100566)**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei festzustellen, dass die Kündigung der Klägerin durch die Beklagte nichtig sei.
2. Die Freistellung der Klägerin sei infolge Verstosses gegen das Diskriminierungsverbot zu verbieten beziehungsweise zu beseitigen und die Beklagte sei zur Weiterbeschäftigung der Klägerin an ihrer jetzigen Stelle und mit ihrer jetzigen Arbeit zu verpflichten.
3. Als vorsorgliche Massnahme sei superprovisorisch, eventualiter im üblichen Verfahren, anzuordnen, dass die Klägerin weiterhin an ihrer jetzigen Arbeitsstelle und mit ihrer jetzigen Arbeit weiterbeschäftigt wird.  
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin."

**Anlässlich der Hauptverhandlung vom 7. September 2010**

**modifiziertes Rechtsbegehren:**

(act. 10 S. 1 f.)

- " 1. Die Freistellung der Klägerin sei infolge Verstosses gegen das Diskriminierungsverbot zu beseitigen und die Beklagte sei unter Androhung der Ungehorsamsbestrafung ihrer Organe im Unterlassungsfall zur Weiterbeschäftigung der Klägerin in ihrer bisherigen Funktion und mit ihrer bisherigen Arbeit zu verpflichten.
2. Eventualiter sei festzustellen, dass die Freistellung der Beklagten aufgrund ihrer Schwangerschaft erfolgte und damit diskriminierend im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GIG ist.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin eine Genugtuung von CHF 5'000 oder nach Ermessen des Gerichts zu bezahlen. Die Beklagte sei zudem zu verpflichten, die Mitarbeitenden der Beklagten der Abteilungen von Frau C.\_\_\_\_\_, Herrn D.\_\_\_\_\_ und Herrn E.\_\_\_\_\_ und die Verkäuferinnen der Abteilung ... sowie alle Lieferanten und Partner der Beklagten, mit welchen die Klägerin zu tun hatte und wie sie in Beilage 14 aufgeführt sind, gemäss Wortlaut der beiliegenden Entwürfe (Beilagen 10 und 11 für den Fall der Weiterbeschäftigung; Beilagen 12-13 eventualiter für den Fall der Ablehnung des Rechtsbegehrens 1) zu informieren.
4. Der Beklagten sei unter Androhung der Ungehorsamsstrafe ihrer Organe im Unterlassungsfall zu verbieten, die im Schreiben vom 9. Juni 2010 angedrohte diskriminierende Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist auszusprechen.

5. Die Beklagte sei unter Androhung der Ungehorsamsstrafe ihrer Organe im Unterlassungsfall zu verpflichten, umgehend die Freischaltung des Mobiltelefons der Klägerin mit der Nummer ... zu veranlassen und die Telefonkosten der Klägerin zu übernehmen, soweit diese den Betrag von CHF 400 nicht übersteigen.
6. Sollte am heutigen Tag kein Urteil ergehen, sei als vorsorgliche Massnahme anzuordnen, dass die Klägerin umgehend in ihrer bisherigen Funktion und mit ihrer bisherigen Arbeit weiterbeschäftigt wird. Die Beklagte sei unter dem Titel vorsorgliche Massnahme zudem zu verpflichten, umgehend und unter Androhung der Ungehorsamsstrafe ihrer Organe im Unterlassungsfall die Freischaltung der mobilen Telefonnummer der Klägerin (...) zu veranlassen.

unter Entschädigungs- und allfälligen Kostenfolgen zulasten der Beklagten."

**Beschluss und Urteil der 2. Abteilung des Arbeitsgerichts Zürich**  
**vom 30. November 2010:**

**Das Gericht beschliesst:**

1. Das Verfahren betreffend Freischaltung der Mobiltelefonnummer sowie Übernahme der Telefonkosten der Klägerin (Rechtsbegehren Ziffer 5) wird als gegenstandslos geworden erledigt abgeschlossen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Über die Entschädigungsfolgen wird im nachfolgenden Urteil befunden.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Urteil.
5. Dieser Entscheid ist rechtskräftig. Eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen von der Zustellung oder -- wenn der Beschwerdeführer nachweist, dass er ohne Verschulden vom Nichtigkeitsgrund erst innert 30 Tagen vor der Beschwerdeerhebung Kenntnis erhalten hat -- innert 30 Tagen von der späteren Entdeckung an schriftlich, im Doppel und unter Beilage dieses Entscheides beim Obergericht des Kantons Zürich, III. Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, eingereicht werden.

Die Beschwerdeschrift muss die genaue Bezeichnung des angefochtenen Entscheides, die Angabe, inwieweit er angefochten wird und welche Abänderungen beantragt werden, sowie die Begründung der Anträge unter Nachweis der gesetzlichen Nichtigkeitsgründe (§ 281 ZPO) enthalten.

6. Die Fristen stehen während der Gerichtsferien nicht still (§ 140 Abs. 3 GVG).

**und erkennt sodann:**

1. Die übrige Klage wird abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'600.– zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Empfangsschein.
5. Dieser Entscheid ist rechtskräftig. Eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung oder der späteren Entdeckung eines Mangels an schriftlich, im Doppel und unter Beilage des Entscheides beim Obergericht des Kantons Zürich, III. Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, eingereicht werden. Die Beschwerdeschrift muss die genaue Bezeichnung des angefochtenen Entscheides, die Angabe, inwieweit er angefochten wird und welche Abänderungen beantragt werden, sowie die Begründung der Anträge unter Nachweis der gesetzlichen Nichtigkeitsgründe (§ 281 ZPO) enthalten.
6. Die Fristen stehen während der Gerichtsferien nicht still (§ 140 Abs. 3 GVG).

**Berufungsanträge:**

Der Klägerin und Appellantin (Urk. 27 S. 2):

- "1. Die Freistellung der Klägerin sei infolge Verstosses gegen das Diskriminierungsverbot zu beseitigen und die Beklagte sei unter Androhung der Unge-

horsamsbestrafung ihrer Organe im Unterlassungsfall zur Weiterbeschäftigung der Klägerin in ihrer bisherigen Funktion und mit ihrer bisherigen Arbeit zu verpflichten.

2. Eventualiter sei festzustellen, dass die Freistellung der Beklagten aufgrund ihrer Schwangerschaft und Mutterschaft erfolgte und damit diskriminierend im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GIG ist.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin eine Genugtuung von Fr. 5'000.– oder nach Ermessen des Gerichts zu bezahlen.
4. Die Beklagte sei im Falle der Ablehnung des Rechtsbegehrens 1 zu verpflichten, die Mitarbeitenden der Beklagten der Abteilungen von Frau C.\_\_\_\_\_, Herrn D.\_\_\_\_\_ und Herrn E.\_\_\_\_\_ sowie die Verkäuferinnen der Abteilung ... und alle Lieferanten und Partner der Beklagten, mit welchen die Klägerin zu tun hatte und wie sie in act. 11/14 aufgeführt sind, gemäss Wortlaut der beiliegenden Entwürfe (Beilagen 3-4) zu informieren.

unter Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuer, und allfälligen Kostenfolgen zulasten der Beklagten."

Der Beklagten und Appellatin (Urk. 32 S. 2):

- "1. Die Rechtsbegehren der Klägerin, soweit gegen sie Berufung erhoben wurde, und die Berufung seien abzuweisen und das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 30. November 2010 zu bestätigen.
2. Die Berufungsanträge der Klägerin seien vollumfänglich abzuweisen.

unter Entschädigungs- und, gegebenenfalls, Kostenfolgen zulasten der Klägerin."

**Erwägungen:**

**I.**

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

eintrat. Vereinbart wurde ein Arbeitspensum von 90 % bei einem Bruttomonatssalar von Fr. 7'470.-. Nach Ablauf der dreimonatigen Probezeit galt eine dreimonatige Kündigungsfrist (Urk. 3/2). In der Woche vom 19. bis 23. April 2010 informierte die Klägerin die Beklagte, sie sei schwanger und die Niederkunft sei auf Oktober 2010 terminiert (Urk. 1 S. 3; Urk. 10 S. 3; Prot. I S. 14). Am 9. Juni 2010 wurde der Klägerin anlässlich eines Gesprächs mit ihrem direkten Vorgesetzten, E.\_\_\_\_\_, und F.\_\_\_\_\_, Personalchef der Beklagten, mitgeteilt, die wirtschaftliche Situation der ...-Abteilung lasse keinen längeren Arbeitsausfall zu. Es werde daher ab 1. August 2010 eine neue Mitarbeiterin die Funktion der Klägerin übernehmen und sie werde ab diesem Zeitpunkt bis zum Geburtstermin bei vollem Lohn von der Arbeit freigestellt. Nach Ablauf des Mutterschaftsschutzes werde die Beklagte den Anstellungsvertrag unter Einhaltung der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist von drei Monaten kündigen (Urk. 1 S. 4 f.; Urk. 3/5 S. 2; Urk. 3/6 S. 2; Urk. 10 S. 3, Urk. 3/4). In der Folge wurde die Klägerin bereits am 19. Juli 2010 - und bis heute (vgl. Urk. 40/1 S. 7 und sogleich) - freigestellt (Urk. 4; Urk. 10 S. 4; Urk. 11/2; Urk. 12 S. 4). Im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheides vom 30. November 2010 war das Arbeitsverhältnis noch ungekündigt.

Mit Schreiben vom 22. Februar 2011 kündigte die Beklagte den Anstellungsvertrag mit der Klägerin schliesslich tatsächlich unter Einhaltung der dreimonatigen Kündigungsfrist auf Ende Mai 2011 und stellte die Klägerin bis zum Firmenaustritt (weiterhin) bei vollem Lohn von der Arbeit frei (Urk. 40/2). Dagegen erhob die Klägerin mit Zuschrift vom 22. März 2011 Einsprache und verlangte die Aufhebung der Kündigung und Weiterführung des Arbeitsverhältnisses gestützt auf Art. 10 GIG (Urk. 40/3). Mit Urteil vom 23. Juni 2011 hob das Arbeitsgericht Zürich die Kündigung auf und stellte die Klägerin ab 1. Juni 2011 bei der Beklagten wieder ein. Gemäss Beschluss vom gleichen Tag wurde die Klägerin sodann gestützt auf Art. 10 Abs. 3 GIG für die Verfahrensdauer provisorisch ab 1. Juni 2011 bei der Beklagten wieder eingestellt (Urk. 40/1 S. 11 f.). Mit Schreiben vom 4. Juli 2011 bekräftigte die Beklagte zwar, mit der Aufhebung der Kündigung dauere das Arbeitsverhältnis bis auf weiteres unverändert fort, hielt aber fest, die Klägerin bleibe unter Lohnfortzahlung freigestellt (Urk. 40/6).

2. a) Mit Eingabe vom 13. Juli 2010 machte die Klägerin das vorliegende Verfahren mit dem eingangs erwähnten Rechtsbegehren und dem Begehren auf Anordnung superprovisorischer Massnahmen beim Arbeitsgericht Zürich anhängig (Urk. 1). Das Begehren um superprovisorische Anordnung der Weiterbeschäftigung der Klägerin wurde mit Präsidialverfügung vom 16. Juli 2010 abgewiesen (Urk. 6). Am 7. September 2010 wurde die Hauptverhandlung durchgeführt (Prot. I S. 5 ff.). Gemäss Beschluss vom 12. Oktober 2010 wies die Vorinstanz unter anderem das klägerische Begehren um Erlass einer vorsorglichen Massnahme, Anordnung ihrer Weiterbeschäftigung an ihrer jetzigen Stelle bei der Beklagten und mit ihrer jetzigen Arbeit, ab (Ur. 16). Mit Urteil vom 30. November 2010 wurde die Klage abgewiesen (Urk. 21).

b) Dagegen erhob die Klägerin rechtzeitig (Urk. 19/1) - trotz falscher Rechtsmittelbelehrung (Urk. 21 S. 21) - mit Zuschrift vom 13. Dezember 2010 Berufung (Urk. 22; vgl. auch Urk. 23 zum erforderlichen Streitwert). Innert erstreckter Frist (Urk. 25, 26) stellte die Klägerin sodann mit Rechtsschrift vom 10. Februar 2011 fristwährend ihre Berufungsanträge und erstattete die Berufungsbegründung (Urk. 27). Nach gewährter Fristerstreckung (Urk. 30, 31) beantwortete die Beklagte mit Eingabe vom 7. März 2011 rechtzeitig die Berufung (Urk. 32). Gemäss Zuschrift vom 25. März 2011 äusserte sich die Klägerin sodann fristgerecht (Urk. 35) zu den neuen Vorbringen und Unterlagen in der Berufungsantwort (Urk. 36). Diese Eingabe wurde der Gegenseite zur Kenntnis gebracht (Urk. 37). Mit Zuschrift vom 18. Juli 2011 erstattete die Klägerin eine Noveneingabe und ersuchte gleichzeitig um Erlass vorsorglicher Massnahmen folgenden Inhalts (Urk. 38 S. 2):

"Die Berufungsbeklagte (sei) zu verpflichten, die Berufungsklägerin im Sinne einer vorsorglichen Massnahme per 1. September 2011 wieder mit der bisherigen Arbeit zu beschäftigen."

Die Beklagte liess innert gewährter Fristerstreckung (Urk. 41, 42) fristwährend mit Eingabe vom 12. August 2011 die Abweisung dieses Massnahmebegehrens beantragen (Urk. 43). Das Doppel dieser Eingabe wurde der Gegenseite zugestellt (Urk. 43). Mit Zuschrift vom 18. August 2011 äusserte sich die Klägerin von sich aus erneut (Urk. 46), wobei diese Eingabe wiederum der Gegenseite zur

Kenntnis gebracht wurde (Urk. 47). Auch diese verfasste mit Zuschrift vom 22. August 2011 eine kurze Stellungnahme (Urk. 48), welche der Klägerin zugestellt wurde (Urk. 49).

## II.

### 1. Prozessuales

Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt indes für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Damit sind für das Verfahren vor Obergericht weiterhin die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH anzuwenden, zumal das angefochtene Urteil am 30. November 2010 erging und am 2. Dezember 2010 versandt wurde (Art. 405 Abs. 1 ZPO; Urk. 21; vgl. auch Urk. 41 S. 2).

Die Klage ist überwiegend – nämlich mit Bezug auf die Freistellung bzw. tatsächliche Weiterbeschäftigung – persönlichkeitsrechtlicher und damit nicht vermögensrechtlicher Natur, zumal die Klägerin auch während der Freistellung den vollen Lohn erhält. Damit ist die Berufung zulässig (§ 259 Abs. 1 ZPO/ZH).

Nach § 53 Abs. 2 Ziffer 3 ZPO/ZH unterstehen Arbeitsstreitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– sowie Streitigkeiten nach Gleichstellungsgesetz dem einfachen und raschen Verfahren (Art. 343 Abs. 2 aOR). Über die Rechtsbehelfen der Klägerin ist daher im einfachen und raschen Verfahren zu entscheiden. Dementsprechend ist das Berufungsverfahren nach den Bestimmungen über den Rekurs durchzuführen (§ 259 Abs. 2 ZPO/ZH) und es erfolgt die Erledigung durch Beschluss.

### 2. Vorsorgliche Massnahmen

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

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

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

2.3. Demgegenüber lässt die Beklagte vorbringen, das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich sei noch nicht rechtskräftig, weshalb sich die Klägerin derzeit im gekündigten Arbeitsverhältnis befinde. Die Freistellung werde primär nach wie vor mit dem Anspruch der Beklagten nach Sicherheit und Kontinuität begründet. Die Freistellung sei aber längst auch mit der Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien und dem schlechten Arbeitsklima begründet. Die nun neu geltend gemachten Tatsachen stünden seit dem 27. Juni 2011 fest und hätten seither geltend gemacht werden können. Überhaupt sei nicht einzusehen, warum nun, rund fünf Monate nach Einreichung der Berufung ans Obergericht, bei unveränderter Sach- und Rechtslage plötzlich vorsorgliche Massnahmen angesetzt werden sollten. Die Klägerin erleide keinen beruflichen Nachteil, jedenfalls nicht mehr, als in den bisherigen dreizehn Monaten der Freistellung. Nicht nur erleide die Klägerin durch eine Fortdauer der Freistellung keinen nicht leicht wieder gut zumachenden Nachteil, sondern auch die Erfolgsaussichten des Hauptprozesses würden angesichts des Obsiegens der Beklagten vor Arbeitsgericht bestritten (Urk. 43 S. 3 ff.).

2.4. a) Nachdem – wie unten darzutun sein wird (Erw. 3) – das Hauptbegehren auf Beseitigung der (diskriminierenden) Freistellung und Weiterbeschäftigung der Klägerin durch die Beklagte entgegen der Vorinstanz aufgrund seither veränderter Umstände gutzuheissen ist, ist die Voraussetzung der günstigen Hauptsachenprognose, an welche, wenn es wie vorliegend um eine Leistungsmassnahme, d. h. um einen einstweiligen Vollzug des Klageziels, geht, höhere Anforderungen zu stellen sind, erfüllt.

b) Im Rahmen der provisorischen Wiedereinstellung gestützt auf Art. 10 Abs. 3 GIG bejaht die Lehre teilweise einen tatsächlichen Beschäftigungsanspruch basierend auf Art. 328 OR, wobei es dem Arbeitnehmer im Rahmen des Direktionsrechts unbenommen bleibt, der wieder eingestellten Person einen gleichwertigen Arbeitsplatz zuzuweisen. Insofern bezieht sich der Beschäftigungsanspruch nicht zwingend auf die vor der Kündigung ausgeübte Tätigkeit (Riemer-Kafka/Ueberschlag in: Kaufmann/Steiger-Sackmann [Hrsg.], Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. A., Basel 2009, N 53 zu Art. 10 GIG mit weiteren

Hinweisen; Frage offen gelassen von Aubert in: Aubert/Lempen [Hrsg.], *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, Genève 2011, N 43 zu Art. 10 LEg; für eine generelle, lediglich durch überwiegende Gegeninteressen des Arbeitgebers beschränkte Beschäftigungspflicht: BK-Rehbinder/Stöckli, N 13 zu Art. 328 OR). Das Direktions- bzw. Weisungsrecht findet indes seine Grenze am vertraglich vereinbarten Tätigkeitsbereich (BK-Rehbinder/Stöckli, N 33 zu Art. 321d OR), der vorliegend für die Klägerin – einer ausgebildeten Textilfachfrau und Marketingplanerin – mit "Kadermitarbeiterin" und "Einkäuferin ..." umschrieben wurde (Urk. 3/2). Der Arbeitgeber ist insbesondere nicht befugt, den Arbeitnehmer auf eine weniger qualifizierte Arbeitsstelle zu versetzen (SemJud 115 [1993] S. 370 mit weiteren Hinweisen). Was in den "Arbeitsvertraglichen Bestimmungen" inklusive Zusatz für Kadermitarbeiter (vgl. Urk. 3/2 "Übrigen Bestimmungen") zwischen den Parteien vereinbart wurde, ist nicht aktenkundig. Die – wie noch zu zeigen sein wird (Erw. 3.4) – zulässige Freistellung während der Schwangerschaft ist auf Gründe zurückzuführen, die in der Person der Klägerin liegen, so dass diese auch eine gewisse Rücksicht gegenüber der Beklagten walten lassen muss. Die Klägerin versah zudem eine "Einpersonenfunktion". Vorliegend erschiene für die Klägerin die Übernahme einer vergleichbaren Kaderposition im Textilbereich zu den bisherigen Bedingungen (gleicher Lohn, gleiche Verantwortung) daher noch als zumutbar und damit gleichwertig.

Demgegenüber vertritt insbesondere Blesi (vgl. *Die Freistellung des Arbeitnehmers*, Ein Handbuch für die Praxis, 2. A., Zürich 2010, S. 69 f., N 191 ff. mit weiteren Hinweisen) die Auffassung, wonach aus Art. 10 Abs. 3 GIG kein absoluter Beschäftigungsanspruch abgeleitet werden könne und die Freistellung eines Arbeitnehmers, der vom Massnahmerichter erfolgreich eine provisorische Wiedereinstellung verlangt habe, daher grundsätzlich zulässig sei. Weil vor diesem Hintergrund - und nicht zuletzt aufgrund des diesbezüglich nicht klaren Gesetzeswortlauts - nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Klägerin einen (automatischen) gesetzlichen Anspruch auf tatsächliche Weiterbeschäftigung bei provisorischer Wiedereinstellung hat, ist in der Folge zu prüfen, ob ihr durch die fortdauernde Freistellung ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil entsteht. Ein solcher Nachteil könnte entweder in der (weiteren) Beeinträchtigung der

Rechtsstellung der Klägerin während der Prozessdauer liegen oder in der Gefahr der Verunmöglichung der späteren Realerfüllung.

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

Es ist ihr denn auch beizupflichten, dass sie wegen ihrer Anstellung nicht beliebig Ersatztätigkeiten annehmen könnte und es sich dabei bloss um Tätigkeiten von geringer Attraktivität handeln würde (Urk. 38 S. 3). Im Übrigen hat die Klägerin einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung gerade bei der Beklagten und braucht nicht auf eine anderweitige Ersatzstelle auszuweichen. Solches widerspräche gerade dem Sinn dieses Anspruchs. Bei einem Beschäftigungsunterbruch von einem Jahr und mehr erleidet auch die Klägerin in ihrer Funktion als Einkäuferin ... auf Stufe (unteres) Kader (vgl. Urk. 11/8) einen beruflichen Nachteil und büsst Kontakte mit Lieferanten ein. Ihr gehen dadurch berufliche Erfahrung und Praxis verloren. Nachdem ihr Arbeitsverhältnis mit der Beklagten am 1. Juli 2009 begann (Urk. 11/8), wird sie mehr als die Hälfte davon freigestellt gewesen sein, weshalb dies wohl - um ein falsches Bild zu vermeiden - im Arbeitszeugnis zu vermerken wäre (Urk. 38 S. 3; Urk. 43 S. 4; Streiff/Von Kaenel, a.a.O., N 3 zu Art. 330a, S. 469). Auch ihre Beförderungschancen werden verschlechtert, weil sie sich nunmehr längere Zeit nicht unter Beweis stellen konnte und weiterhin nicht kann. Dass derzeit offenbar keine konkreten Beförderungen anstehen sollen (Urk. 43 S. 4), ändert daran nichts.

Dass die lange Fortdauer der Freistellung durch die Fortdauer des Arbeitsverhältnisses bedingt ist, wobei letztere aber aus den Bemühungen der Klägerin selbst resultiere (Urk. 43 S. 4), darf der Klägerin selbstredend nicht entgegen gehalten werden, hat sie doch das Recht, sich gegen eine Rache Kündigung im Sinne von Art. 10 GIG zur Wehr zu setzen; ebenso gegen eine diskriminierende Freistellung. Eine weitere Freistellung bringt, wie aufgezeigt, sehr wohl Nachteile für die Klägerin. Ihr wirtschaftliches Fortkommen auf dem Arbeitsmarkt wird durch die nun über ein Jahr und weiter andauernde Freistellung gefährdet, was bei einer kürzeren Freistellungsdauer, wie sie noch vor Vorinstanz zur Diskussion stand, noch nicht der Fall war (vgl. auch Urk. 16 S. 5). Die tatsächlich lange und auch künftig unbestimmte Dauer der Freistellung ist vorliegend ausschlaggebend, um heute einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil der Klägerin zu bejahen. Im Übrigen bejaht jedenfalls ein Teil der Lehre einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch bei Kadermitgliedern mit langer Kündigungsfrist, mit der Begrün-

dung, dass ein langer Beschäftigungsunterbruch das wirtschaftliche Fortkommen gefährden kann (vgl. Streiff/Von Kaenel, a.a.O., N 17 zu Art. 319 OR).

c) Resümiert ist das klägerische Massnahmebegehren auf vorsorgliche Beseitigung der Freistellung und tatsächliche Weiterbeschäftigung während der Dauer des Prozesses daher gut zu heissen und die Beklagte vorsorglich zu verpflichten, die Klägerin als Einkäuferin ... oder in einer vergleichbaren Kaderposition im Textilbereich zu den bisherigen Bedingungen (gleicher Lohn, gleiche Verantwortung) weiter zu beschäftigen. Damit seitens der Beklagten die für eine tatsächliche Beschäftigung notwendigen Vorbereitungen getroffen werden können, ist der Beklagten eine Umstellungsfrist von 14 Tagen einzuräumen. Dass die Klägerin bei der Beklagten unerwünscht sei (Urk. 43 S. 9) und sowohl der ehemalige direkte Vorgesetzte der Klägerin und Vizedirektor E.\_\_\_\_\_ als auch der Vizedirektor F.\_\_\_\_\_ "angesichts der fehlenden Vertrauensbasis" eine "Zusammenarbeit mit Frau A.\_\_\_\_\_" gemäss Erklärung vom 10. August 2011 (Urk. 45/2) ausschliessen, vermag am vorliegenden Entscheid nichts zu ändern. Ob die Beklagte das Ansinnen der Klägerin für eine "realitätsferne Zwängerei" bzw. einen "Prinzipienstreit" hält (Urk. 32 S. 8), tut nichts zur Sache. Zwar ist eine Realexekution gegen den Willen der Arbeitgeberschaft in der Tat kaum durchführbar (vgl. Riemer-Kafka/Ueberschlag, a.a.O., N 16 zu Art. 5 GIG, N 51 zu Art. 10 GIG). Solches darf dem vorliegend zu bejahenden Anspruch auf (vorsorgliche) tatsächliche Weiterbeschäftigung indessen selbstredend nicht entgegen gehalten werden, ansonsten es dem Arbeitsgeber leicht möglich wäre, den Weiterbeschäftigungsanspruch nach Belieben auszuhebeln.

d) In der Hauptsache beantragt die Klägerin als Vollstreckungsmittel die Androhung einer Ungehorsamsstrafe (Urk. 27 S. 2, Urk. 10 S. 1). Demgegenüber will sie vorsorglich die Weiterbeschäftigung mit Androhung von Ordnungsbussen bis zu Fr. 1'000.– für jeden Tag der Nichterfüllung durchgesetzt haben, ohne dies explizit zu beantragen (Urk. 38 S. 9). Das erkennende Gericht kann bereits Vollstreckungsanordnungen treffen (§ 304 Abs. 1 ZPO/ZH), was vorliegend zweckmässig erscheint, um unnötige Weiterungen zu ersparen. Es ist dem Antrag der Klägerin in der Hauptsache zu folgen und den Organen der Beklagten für den Fall

der Nicht-Weiterbeschäftigung die Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB anzudrohen.

e) Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Massnahmeverfahrens sind dem Endentscheid vorzubehalten.

### 3. Beseitigung der Freistellung (Hauptsache)

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

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

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

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

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

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

geht. Einerseits erlitt die Klägerin dadurch noch keinen Nachteil, andererseits lagen sachliche Gründe seitens der Arbeitgeberin für die Anordnung der Freistellung vor, insbesondere der gesetzliche Anspruch der schwangeren Klägerin, jederzeit der Arbeit fern zu bleiben, was sich mit ihrer Position als ...-Einkäuferin schwer vertrug. Dass die Klägerin offenbar während der ganzen Schwangerschaft zu 100 % arbeitsfähig gewesen sei (vgl. Urk. 40/7), ist dabei - als retrospektive Betrachtung - nicht von Belang. Die Freistellung war entsprechend auch nicht geschlechtsdiskriminierend, weil ein sachlicher Grund für deren Anordnung bestand und sie zudem auch zum Schutz der schwangeren Klägerin selbst erfolgte.

Nunmehr haben sich die tatsächlichen Verhältnisse seit dem vorinstanzlichen Entscheid vom 30. November 2010 indessen massgeblich verändert, was im Rechtsmittelverfahren gestützt auf § 115 Ziff. 2 bis 4 ZPO/ZH (Ziff. 4 in Verbindung mit Art. 12 Abs. 2 aGIG und Art. 343 Abs. 4 aOR) zu berücksichtigen ist. Wie eingangs bereits erwähnt, wurde der Klägerin mit Schreiben vom 22. Februar 2011 per Ende Mai 2011 gekündigt, wobei das Arbeitsgericht Zürich diese Kündigung nunmehr mit Urteil vom 23. Juni 2011 wegen Verstosses gegen Art. 10 GIG (Rachekündigung) aufhob und zudem die provisorische Wiedereinstellung der Klägerin während des Verfahrens anordnete, wobei die Klägerin alsdann von der Beklagten auf's Neue freigestellt wurde (Urk. 38 S. 2; Urk. 40/1). Die Freistellung begründet die Beklagte nach wie vor mit ihrem Bedürfnis nach Sicherheit und Kontinuität in der ...-Abteilung sowie neu auch mit der Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien und dem schlechten Arbeitsklima (Urk. 32 S. 6, 17; Urk. 43 S. 7).

Die Klägerin ist nunmehr seit dem 19. Juli 2010 freigestellt. Abzüglich des gesetzlichen achtwöchigen Arbeitsverbots für Mütter mithin über ein Jahr. Dies ist, wie bereits erwähnt, zweifelsohne eine lange Freistellungsdauer. Zudem ist davon auszugehen, dass die weitere Freistellung – nach der Niederkunft und dem zwingenden Arbeitsverbot für Mütter – deshalb erfolgte, weil die Klägerin nunmehr mehrfache Mutter geworden ist und die Beklagte mit entsprechenden Absenzen (z.B. Krankheiten der Kinder etc.) rechnete (vgl. Urk. 32 S. 11 Ziff. 35: "Für die Zeit nach dem Arbeitsverbot bestand auch diesbezüglich Unsicherheit bezüglich

des Einsatzes der Berufungsklägerin [mit nunmehr 3 Kindern!]). Dass die Schwangerschaft und anschliessende (nunmehr mehrfache) Mutterschaft der massgebliche Grund für die Freistellung (und hernach die Kündigung) war, erhellt bereits aus dem Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 9. Juni 2010, worin der Klägerin nebst Bekanntgabe der Freistellung (ursprünglich) per 1. August 2010 und Übernahme ihrer Funktion durch ihre Nachfolgerin per diesem Datum auch bereits die Kündigung nach Ablauf des Mutterschaftsschutzes in Aussicht gestellt wurde (Urk. 3/4). Wenn die Beklagte sagt, die Freistellung sei nicht infolge der Schwangerschaft/Mutterschaft erfolgt (z.B. Urk. 32 S. 18), sondern die (zum Teil sicheren, zum Teil wahrscheinlichen) Abwesenheiten seien der Grund, die Ursache der Abwesenheit sei irrelevant, es könnte neben Mutterschaft auch Militär, Zivildienst oder Unfall sein (Urk. 32 S. 10), ist sie damit nicht zu hören. Die Beklagte beabsichtigte, die gut qualifizierte Klägerin (vgl. Urk. 11/8) wegen den zu erwartenden Abwesenheiten, welche mit Schwangerschaft und Mutterschaft naturgemäss verbunden sein können, los zu werden. Ein begründeter Anlass ist weder für die Kündigung noch für die Freistellung während der Mutterschaft ersichtlich. Weil die Klägerin seit Juli 2010 nicht mehr arbeitete, kann sich sodann auch die neu geltend gemachte angebliche Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses einzig auf die gegen die Beklagte geführten arbeitsrechtlichen Prozesse und das Vorgehen der klägerischen Rechtsvertreterin beziehen (vgl. auch Urk. 32 S. 6 Ziff. 17, S. 19 Ziff. 63). Von einem schlechten Arbeitsklima kann nicht die Rede sein. Ein solcher nachgeschobener, angeblicher Freistellungsgrund kann selbstredend nicht gehört werden. Zudem war es (ursprünglich) die Beklagte selber, welche dieses Vertrauensverhältnis durch ihre Reaktion auf die Schwangerschaft der Klägerin zerstört hat. Entsprechend zu Recht bezeichnete denn auch das Arbeitsgericht diesen Einwand als unbehelflich und erachtete die Kündigung als aus unbegründetem Anlass erfolgt (vgl. Urk. 40/1 S. 7 unten, 9). Die wiederum erst im Berufungsverfahren aufgestellte (von der Klägerin bestrittene) Behauptung, die Klägerin habe die Vizedirektoren E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ anlässlich ihrer Sitzung im Juni 2010 als "Waschlappen" bezeichnet (Urk. 43 S. 7, Urk. 46 S. 2), ist trotz sozialer Untersuchungsmaxime verspätet und damit nicht zu hören (ZR 100 Nr. 14), zumal sie sich auch mit der beigebrachten Erklärung der beiden Vizedirektoren

vom 10. August 2011 (Urk. 45/2) nicht sofort belegen lässt, da die schriftliche Auskunft die Zeugenaussage nicht zu ersetzen vermag. Im Übrigen wäre die – in der Hitze des Gefechts gefallene – einmalige Bezeichnung "Waschlappen" auch nicht geeignet gewesen, das Vertrauensverhältnis nachhaltig bzw. endgültig zu zerstören, nachdem anerkanntermassen die Vizedirektoren E. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_ der Klägerin anlässlich dieser Sitzung eröffneten, die Nachfolgerin werde die Stelle per 1. August 2010 übernehmen und ihr werde nach Ablauf des Mutterschafts-schutzes gekündigt (Urk. 1 S. 5, Urk. 10 S. 5, Urk. 12 S. 4, Prot. I S. 6, Urk. 3/4). Selbstverständlich stellt auch der Umstand, dass die Stelle der Klägerin bereits per August 2010 durch eine andere Mitarbeiterin neu besetzt wurde, keinen begründeten Anlass für die weitere Freistellung auch während der Mutterschaft dar (vgl. auch Urk. 40/1 S. 7, 9). Die Freistellung war einzig betreffend die mit erhöhten Unsicherheiten behaftete Zeit der Schwangerschaft gerechtfertigt.

Die Anknüpfung an die Mutterschaft verkörpert eine direkte Diskriminierung der Geschlechter (Freivogel in: Kaufmann/Steiger-Sackmann [Hrsg.], a.a.O., N 17 zu Art. 3 GIG). Dass die Freistellung zum Schutze und daher zugunsten der Klägerin als Mutter (mit Hinweis auf deren Doppelbelastung Familie/Beruf) erfolgt sein soll (vgl. Urk. 3/6 S. 2; Urk. 32 S. 4), ist, selbst wenn dies so wäre, nicht beachtlich. Es ist Sache der Klägerin, wie sie sich mit ihrem Ehemann/Partner hinsichtlich Kinderbetreuung/Haushalt und Beruf organisieren kann und will. Es kann ihr hier nicht einfach die herkömmliche Rollenverteilung (mit Zuverdienst) unterstellt werden. Auch dies wäre diskriminierend. Ausserdem versah die Klägerin bereits mit einem (oder teilweise zwei) Kindern (vgl. dazu: Urk. 1 S. 3; Urk. 27 S. 4, 17; Urk. 32 S. 3) ein doch hohes 90 %-Pensum (Urk. 3/2), was offenbar zu keinen Beanstandungen Anlass gab. Das Gegenteil ist der Fall (vgl. Urk. 11/8 [Zwischenzeugnis vom 4. Juni 2010]). Es kann deshalb auch offen bleiben, wie belastend und zeitintensiv die Tätigkeit bei der Beklagten war und heute ist (Urk. 27 S. 5; Urk. 32 S. 4, 11, 15). Offenbar hat allerdings die Nachfolgerin der Klägerin Unterstützung durch eine Assistentin bekommen (Urk. 32 S. 11). Im Übrigen wird das am tt. Oktober 2010 geborene Kind (Urk. 38 S. 4) nunmehr bald jährlig sein, weshalb von einer erhöhten Belastung durch ein Neugeborenes (Urk. 32 S. 3) nicht

mehr die Rede sein kann. Sodann hinkt der Vergleich mit einem Kleinbetrieb (Urk. 32 S. 10) mit Blick auf die Firmengrösse der Beklagten.

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

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

#### 4. Genugtuung

Die Klägerin begehrt eine Genugtuung von Fr. 5'000.– (Urk. 10 S. 1 f.; Urk. 27 S. 2).

Da Diskriminierungen eine Verletzung der Persönlichkeit darstellen, kann gemäss Art. 5 Abs. 5 GIG im Sinne von Art. 49 OR als zusätzlicher Anspruch auch eine Genugtuung verlangt werden. Es geht um den Ausgleich der erlittenen immateriellen Unbill. Vorausgesetzt ist zunächst eine Verletzung der Persönlichkeit. Die Schwere der Verletzung muss eine Genugtuung rechtfertigen. In diesem Sinn muss eine Persönlichkeitsverletzung objektiv als schwer bewertet und von der betroffenen Person als seelischer Schmerz empfunden - mithin subjektiv als schwer qualifiziert - werden können. Art. 49 OR hat allerdings subsidiären Charakter. Eine Genugtuung kann nur geschuldet sein, sofern die Verletzung nicht anders, zum Beispiel durch Wiedereinstellung wiedergutmacht worden ist (Riemer-Kafka/Ueberschlag, a.a.O., N 72 ff. zu Art. 5 GIG).

Die erste Instanz lehnte einen Genugtuungsanspruch der Klägerin ab. Einerseits weil sie (für die damals im Raum stehende Zeit während der Schwangerschaft) von einer rechtmässigen Freistellung ausging. Andererseits aber auch, weil die Klägerin auch durch die Art und Weise der Freistellung in ihrer Persönlichkeit nicht schwer verletzt worden sei. So sei die Freistellung nicht an schikanöse Auflagen gebunden gewesen. Auch die Vorverlegung der Freistellung um zwei Wochen vermöge eine schwere Persönlichkeitsverletzung der Klägerin nicht zu begründen. Hinweise, dass die Beklagte Gerüchte verbreitet hätte, wonach die plötzliche Freistellung auf eine Pflichtverletzung der Klägerin hin angeordnet worden sei, seien nicht ersichtlich. Zusammenfassend sei festzustellen, dass das gesellschaftliche, wirtschaftliche und berufliche Ansehen der Klägerin durch das Verhalten der Beklagten nicht in einem deren Persönlichkeit schwer verletzenden Ausmass beeinträchtigt worden sei (Urk. 21 S. 15 ff.).

Zwar ist die Freistellung, wie erwähnt, betreffend die Zeit nach Ablauf des gesetzlichen Mutterschaftsschutzes als diskriminierend und damit persönlichkeitsverletzend zu qualifizieren. Allerdings erfolgte sie nicht in schikanöser Art und Weise und war auch nicht an derartige Bedingungen geknüpft. Zudem war die Freistellung zu Beginn, mithin für die Dauer der Schwangerschaft bis zur Nieder-

kunft, wie gesehen, sachlich gerechtfertigt. Die Klägerin erhielt während der gesamten Freistellungsdauer auch stets den vollen Lohn. Das Vorgehen der Beklagten war für die Klägerin wohl kränkend. Dass die Beklagte Gerüchte kursieren liess, wonach die Klägerin sich etwas zu Schulden habe kommen lassen, ist - mit der Vorinstanz - aber nicht ersichtlich. So wurden die Mitarbeiter per E-Mail vom 17. Juli 2010 und/bzw. über das Anschlagbrett am 19. Juli 2010 darüber informiert, dass sich die Klägerin im Schwangerschaftsurlaub befinde und daher von G.\_\_\_\_\_ ersetzt werde (Urk. 11/3, 4). Wenngleich dies darauf hin deutet, dass die Klägerin ihre Stelle endgültig nicht mehr antreten werde, was im Zusammenhang mit dem Schwangerschaftsurlaub Fragen aufwerfen könnte, kann daraus keine grobe, einen Genugtuungsanspruch begründende Verletzung der privaten oder beruflichen Ehre der Klägerin durch die Beklagte abgeleitet werden (Urk. 21 S. 16). Schliesslich wurde ein angebliches Mobbing nicht substantiiert (Urk. 27 S. 25) und ist bestritten (Urk. 32 S. 22). Selbst wenn - wovon allerdings kaum auszugehen ist - der Eindruck entstanden sein sollte, die Klägerin benutze ihre Schwangerschaft, um der Arbeit fernzubleiben (Urk. 27 S. 24), vermöchte auch solches keine schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung der Klägerin darzustellen. Wie sodann bereits die Vorinstanz richtig gesehen hat, würde die bestrittene angebliche Verbreitung des Gerüchts, die Klägerin habe sich mit H.\_\_\_\_\_ zerstritten, nicht genügen, um die für eine Genugtuung erforderliche Schwere zu erreichen (Urk. 21 S. 16).

Von einer objektiv schweren Verletzung der Persönlichkeit kann vorliegend mithin noch nicht die Rede sein, insbesondere auch nicht mit Blick auf die nunmehr lange Dauer der Freistellung. Zudem wird die heute (insbesondere auch vorsorglich) anzuordnende tatsächliche Weiterbeschäftigung der Klägerin die erlittene Verletzung wieder gut machen. Im Falle der tatsächlichen Weiterbeschäftigung verzichtet die Klägerin im Übrigen denn auch auf eine Richtigstellung in Form von Aushang und Schreiben (Urk. 27 S. 26).

Zusammengefasst ist das Genugtuungsbegehren der Klägerin daher mangels schwerwiegender Diskriminierung durch die Freistellung auch zweitinstanzlich abzuweisen.

5. Zuzolge Gutheissung des Berufungsbegehrens Ziffer 1 (Beseitigung der Freistellung) erweisen sich die beiden Eventualbegehren (Ziffern 2 [Feststellung, dass die Freistellung diskriminierend sei] und 4 [Information der Mitarbeitenden, Lieferanten und Partner der Beklagten, die mit der Klägerin zu tun hatten]) als gegenstandslos.

### III.

1. Auszugehen ist mit Bezug auf die Weiterbeschäftigung von einer nicht vermögensrechtlichen Streitigkeit (weil die Klägerin auch während der Freistellung den vollen Lohn erhält) und mit Bezug auf die Genugtuung von einem Streitwert von Fr. 5'000.– (Genugtuung; vgl. Urk. 21 S. 20; Prot. I S. 11 und 12 unten). Erst- und zweitinstanzliches Verfahren sind jedenfalls kostenlos (Art. 343 aOR; Art. 12 Abs. 2 aGIG).

2. Nunmehr obsiegt die Klägerin zu etwa drei Vierteln (Aufwand für die Beseitigung der Freistellung vorsorglich und in der Hauptsache). Die Beklagte ist daher - in entsprechender Aufhebung von Dispositivziffer 3 des angefochtenen Urteils - zu verpflichten, ihr für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren je eine auf die Hälfte reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen. Die Klägerin hat in der Berufungserklärung zwar mit Blick auf das zulässige Rechtsmittel die Qualifikation des Rechtsstreits als rein vermögensrechtlich und die Streitwertberechnung der Vorinstanz gerügt (Urk. 22). Die Höhe der von der Vorinstanz auf 92% reduzierten Prozessentschädigung von Fr. 1'600.– wurde aber von keiner Partei beanstandet, so dass die hälftige Prozessentschädigung für das vorinstanzliche Verfahren auf Fr. 869.55 (100%: Fr. 1'739.15) festzusetzen ist. Für das Berufungsverfahren (einschliesslich Massnahmeverfahren) ist die volle Prozessentschädigung auf Fr. 4'500.– festzusetzen (§ 4 Abs. 5 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 4 sowie § 6 AnwGebV vom 21. Juni 2006).

Betreffend die vorinstanzliche Prozessentschädigung ist mangels Antrags (vgl. Urk. 1 S. 2; Urk. 10 S. 2; Prot. I S. 2 f.) kein Mehrwertsteuerzuschlag geschuldet (ZR 104 Nr. 76). Im Rechtsmittelverfahren wurde demgegenüber ein

entsprechender Antrag gestellt (Urk. 27 S. 2), weshalb ein Mehrwertsteuerzuschlag von 8 % geschuldet ist.

**Es wird beschlossen:**

1. Die Beklagte wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die weitere Dauer des Prozesses verpflichtet, die Klägerin nach Ablauf einer Frist von 14 Tagen ab Zustellung dieses Beschlusses als Einkäuferin ... oder in einer vergleichbaren Kaderposition im Textilbereich zu den bisherigen Bedingungen (gleicher Lohn, gleiche Verantwortung) weiter zu beschäftigen, unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe gemäss Art. 292 StGB mit Busse im Unterlassungsfalle.

Artikel 292 StGB lautet wie folgt: "Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft."

2. Die Regelung des Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Massnahmeverfahren wird dem Endentscheid vorbehalten.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Beschluss.
4. 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten Art. 44 ff. BGG.

**Es wird weiter beschlossen:**

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung der Klägerin wird die Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils der 2. Abteilung des Arbeitsgerichts Zürich vom 30. November 2010 aufgehoben. Die Freistellung der Klägerin wird beseitigt und die Beklagte verpflichtet, die Klägerin nach Ablauf einer Frist von 14 Tagen ab Zustellung dieses Beschlusses als Einkäuferin ... oder in einer vergleichbaren Kaderposition im Textilbereich zu den bisherigen Bedingungen (gleicher Lohn, gleiche Verantwortung) weiter zu beschäftigen, unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe gemäss Art. 292 StGB mit Busse im Unterlassungsfalle.

Artikel 292 StGB lautet wie folgt: "Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft."

Im Übrigen wird die Klage (Genugtuungsbegehren) abgewiesen.

2. Erst- und zweitinstanzliches Verfahren sind kostenlos.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 869.55 und für das zweitinstanzliche Verfahren eine solche von Fr. 2'430.– zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die 2. Abteilung des Arbeitsgerichts Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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

(subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 30. September 2011

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:

mc