

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA200040-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. M. Kriech, Vorsitzender, Oberrichter
lic. iur. A. Huizinga und Ersatzoberrichter Dr. M. Nietlispach
sowie Gerichtsschreiber MLaw H. Schinz

Urteil vom 22. Februar 2021

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____ und / oder
Rechtsanwalt MLaw Y2. _____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am
Arbeitsgericht Winterthur vom 3. Juli 2020 (AH190011-K)**

Erwägungen:

1. Ausgangslage

1.1 Die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Klägerin) war vom 1. April 2009 bis zum 30. September 2018 bei der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Beklagte) angestellt, zuletzt in einem Pensum von 60 %. Nach dem Mutterschaftsurlaub wurde der Klägerin mit Schreiben vom 19. März 2018 gekündigt, wogegen sie Einsprache erhob (Urk. 26 S. 2 f.). Nach erfolglos durchlaufenem Schlichtungsverfahren (Urk. 3) gelangte die Klägerin mit ihrer Klage vom 29. Mai 2019 an die Vorinstanz und stellte darin die folgenden Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2):

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 20'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 1. Oktober 2018 zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, die Klägerin angemessen ausserrechtlich zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer zu entschädigen."

1.2 Hinsichtlich des weiteren Prozessverlaufs vor erster Instanz sei auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid vom 3. Juli 2020 verwiesen (Urk. 26 S. 2), dessen Dispositiv wie folgt lautet (Urk. 26 S. 20):

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 5'200.– (inkl. MwSt) zu bezahlen, zahlbar an den Rechtsvertreter der Beklagten.
4. (Mitteilung.)
5. (Rechtsmittel.)

1.3 Mit Berufungsschrift vom 16. November 2020 gelangte die Klägerin innert Frist (vgl. Urk. 24) an die hiesige Kammer und stellte nachfolgende Berufungsanträge (Urk. 25 S. 2):

- "1. Das Urteil des Präsidenten des Arbeitsgerichtes Winterthur vom 3. Juli/16. Oktober 2020 (AH190011) sei aufzuheben, und die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 20'000.00 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. Oktober 2018 zu bezahlen.
2. Eventualiter ist [recte: sei] das Urteil des Präsidenten des Arbeitsgerichtes Winterthur vom 3. Juli/16. Oktober 2020 (AH190011) [sei] aufzuheben und die Angelegenheit zur Festlegung der Höhe der Entschädigung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, die Klägerin angemessen ausserrechtlich für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer zu entschädigen."

1.4 Auf weitere Prozesshandlungen kann verzichtet werden, da sich die Berufung nach Beizug der vorinstanzlichen Akten (Urk. 1-24) sogleich als offensichtlich unbegründet erweist (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. Prozessuales

Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). Bei der Rechtsanwendung ist sie weder an die in den Parteieingaben geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden (vgl. BGer 2C_124/2013 vom 25. November 2013, E. 2.2.2; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al., ZPO-Komm., Art. 318 N 21; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, § 17 N 1507). Abgesehen von offensichtlichen Mängeln ist die Beurteilung indes auch im Anwendungsbeereich der Untersuchungsmaxime auf die formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 mit weiteren Hinweisen). In der schriftlichen Berufungsbegründung ist daher hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Dies setzt eine argumentative Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen voraus (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1).

3. Missbräuchlichkeit der Kündigung

3.1 Die Klägerin hält den aufgrund von Art. 6 GIG der Beklagten obliegenden Gegenbeweis der fehlenden Missbräuchlichkeit der Kündigung für nicht erbracht. Die Beweiswürdigung der Vorinstanz ist ihrer Ansicht nach in diesem Zusammenhang mangelhaft, da namentlich bei der Zeugin C._____ Vorbehalte hinsichtlich der Glaubhaftigkeit berücksichtigt, die Aussagen der übrigen Zeugen dagegen bedenkenlos als glaubhaft erachtet worden seien. Das Bedürfnis nach vermehrter Homeoffice-Tätigkeit der Klägerin sowie ihr langer Arbeitsweg seien nie als Kündigungsgründe vorgebracht worden. Ihr sei einzig aufgrund ihrer Abwesenheit während des Mutterschaftsurlaubs gekündigt worden, was gestützt auf die E-Mail von D._____ vom 3. Oktober 2017 sowie aufgrund der Zeugenaussagen erstellt sei bzw. nicht habe widerlegt werden können (Urk. 25 S. 4 ff.).

3.2 Vorab sei auf die nicht beanstandeten und zutreffenden theoretischen Ausführungen der Vorinstanz zum Diskriminierungsverbot nach Art. 3 GIG und zu den Rechtsfolgen einer Verletzung sowie zur Beweislast und zum Beweismass verwiesen (Urk. 26 S. 8 ff.). Bei der durch Art. 3 Abs. 1 GIG verbotenen diskriminierenden Kündigung aufgrund des Geschlechts handelt es sich letztlich um einen Anwendungsfall von Art. 336 OR (Nordmann, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, 1998, S. 70), weshalb die entsprechende Lehre und Rechtsprechung unter Berücksichtigung der Besonderheiten des GIG zur Anwendung gelangen kann. Mit der Vorinstanz ist ohne weiteres davon auszugehen, dass es der Klägerin gelungen ist, den diskriminierenden Charakter der Kündigung glaubhaft zu machen, weshalb es gemäss Art. 6 GIG an der Beklagten liegt, den entsprechenden Gegenbeweis zu erbringen (Urk. 26 S. 10 f.).

3.3 Dass die Kündigung vor dem Hintergrund von Sparmassnahmen erfolgte, ist anerkannt (Urk. 26 S. 13). Eine Diskriminierung kann folglich einzig bei der Umsetzung dieser Sparvorgaben erfolgt sein. Die Beklagte hat demnach zu beweisen, dass diese Umsetzung gestützt auf objektive nicht diskriminierende Gründe realisiert wurde. Dies beinhaltet den Nachweis, dass der Klägerin auch unbesehen ihres Mutterschaftsurlaubs gekündigt worden wäre bzw. dass der Mutter-

schaftsurlaub nicht ausschlaggebendes Argument (*conditio sine qua non*) für die Auflösung ihres Arbeitsverhältnisses war (BGer 4A_59/2019 vom 12. Mai 2020, E. 3; BGer 4A_430/2010 vom 15. November 2010, E. 2.1.3; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 2012, Art. 336 N 20; BSK OR I-Portmann, Art. 336 N 34; Kamber, Die Änderungskündigung im Arbeitsvertragsrecht, 2014, S. 248 f. N 627). Zur Begründung können dabei nicht nur die anlässlich der Kündigung thematisierten Gründe angerufen werden, sondern Kündigungsgründe können auch noch später, allenfalls erst im gerichtlichen Verfahren, nachgeschoben werden. Die nachträgliche Nennung oder Ergänzung belegt dabei für sich genommen noch keine Missbräuchlichkeit (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336 N 16; BGer 4A_169/2013 vom 18. Juni 2013, E. 4.3.2; OGer ZH LA140034 vom 16. März 2015, E. C/1), wenngleich dies Auswirkungen auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen zeitigen kann (AGer und OGer ZH in Entscheide des AGer ZH 2002 Nr. 14; Gutmans, Das Nachschieben von Kündigungsgründen im Arbeitsrecht, in: ArbR 1997 S. 47 ff., S. 65 f.).

3.4 Entscheidend ist vorliegend mithin nicht, ob sich die Schwangerschaft bzw. der nachfolgende Mutterschaftsurlaub als Kündigungsgrund erhärten lässt (vgl. Urk. 26 S. 18), sondern ob die Kündigung auch ohne diesen Umstand ausgesprochen worden wäre. Dies sieht die Vorinstanz aufgrund der von der Beklagten vorgetragene objektiven Gründe als erwiesen an (Urk. 26 S. 19). Dass diese Gründe nicht bereits anlässlich der Kündigung genannt worden sein sollen (vgl. Urk. 25 S. 6), schadet der Beklagten grundsätzlich nicht (vgl. E. 3.3). Indem die Klägerin vermehrtes Homeoffice oder einen weiten Arbeitsweg bei Angestellten einer grossen Versicherungsgesellschaft für unproblematisch hält (Urk. 25 S. 6), vergisst sie den Hintergrund der Kündigung, nämlich die beschlossenen Sparmassnahmen. Die angeführten Kriterien dienten in diesem Sinne nicht der Begründung der Kündigung, sondern sie wurden zur Wahl des aufzulösenden Arbeitsverhältnisses herangezogen. Die Kündigung erfolgte anerkanntermassen einzig aus wirtschaftlichen Gründen.

3.5 Die Klägerin setzt sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen, wonach die Sparmassnahmen einzig durch Abbau ihrer Stelle oder jener ihrer Jobsharing-Partnerin hätten realisiert werden können (Urk. 26 S. 14), nicht auseinander. Sie führt einzig losgelöst davon aus, auch eine Kündigung zur Verhinderung von kleineren Teilzeitpensen sei indirekt missbräuchlich, da auch in der Versicherungsbranche überwiegend Frauen davon betroffen seien (Urk. 25 S. 7). Zu den unvoreilhaftigen Auswirkungen solcher kleiner Arbeitspensen im konkreten Fall (vgl. Urk. 26 S. 13 und Urk. 10 S. 3 f.) finden sich keine Ausführungen, wobei diese darüber hinaus auch nicht bestritten werden. Mithin galt es unbestrittenermassen, die fraglichen Sparmassnahmen entweder zulasten der Klägerin oder von C._____ umzusetzen. Hierbei wurde nebst dem Umstand, dass bei der Klägerin ein Mutterschaftsurlaub anstand – nach Ansicht der Beklagten spielte dies nur eine untergeordnete bzw. keine Rolle (vgl. Urk. 10 S. 12) –, ihr Umzug nach Bern und ihr Wunsch nach vermehrter Homeoffice-Tätigkeit in Betracht gezogen. Das Potential einer langfristigen Zusammenarbeit wurde bei der Klägerin wegen ihres Wohnsitzes und da ihrem Wunsch betreffend Homeoffice nicht hätte entsprochen werden können, als geringer eingeschätzt als bei C._____ (Urk. 10 S. 4 f. und S. 12 f.). Ihr wurde deshalb gekündigt und das Arbeitsverhältnis mit C._____ wurde fortgesetzt. Diesem objektiven Argument setzt die Klägerin nichts entgegen. Es ist unter diesen Umständen als erwiesen zu erachten, dass die Sparmassnahmen ungeachtet des Mutterschaftsurlaubs durch Abbau der Arbeitsstelle der Klägerin umgesetzt wurden bzw. dass dies auch so entschieden worden wäre, wenn die Klägerin nicht schwanger gewesen wäre. Die Schwangerschaft war daher nicht eine *conditio sine qua non* für die Kündigung. Die Berufung ist demzufolge abzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Aufgrund der in Art. 114 lit. a ZPO statuierten Kostenlosigkeit des Entscheidungsverfahrens ist vorliegend keine Entscheidgebühr zu erheben. Auch Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, der Klägerin zufolge ihres Unterliegens, der Beklagten mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3 und Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine anderslautende Regelung drängt sich auch im Lichte der zitierten Recht-

sprechung zu den nachgeschobenen Kündigungsgründen (E. 3.3) nicht auf, zumal sich aus der E-Mail der Klägerin vom 27. Oktober 2017 an E._____ ergibt, dass ihr gegenüber in Zusammenhang mit der Kündigung der Wohnsitz und der Wunsch nach vermehrter Homeoffice-Tätigkeit bereits vor Einleitung des vorliegenden Verfahrens als Gründe angeführt wurden (Urk. 11/3 S. 4).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Arbeitsgericht Winterthur vom 3. Juli 2020 wird bestätigt.
2. Es werden keine Kosten erhoben und es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, an die Beklagte unter Beilage des Doppels der Berufungsschrift (Urk. 25), je gegen Empfangsschein.

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

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 20'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 22. Februar 2021

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Kriech

MLaw H. Schinz

versandt am:
lee