

**Einschreiben**

Schweizerisches Bundesgericht  
Avenue du Tribunal- Fédéral 29  
1000 Lausanne 14

13. November 2009

**Beschwerdeantwort**

von

**Informatika AG**, 8953 Dietikon/ZH  
handelnd durch ihre Organe  
vertreten durch Team 1

**Beschwerdegegnerin**

gegen

**Susanne M.**  
vertreten durch A. B.

**Beschwerdeführerin**

betreffend

**Zivilrechtliche Beschwerde gegen das Urteil  
des Obergerichts Zürich vom 15. September 2009**

Team 1

## Inhaltsverzeichnis

|        |   |    |
|--------|---|----|
| I.     | RECHTSBEGEHREN .....  | 1  |
| II.    | Formelles .....   | 1  |
| III.   | BEGRÜNDUNG .....  | 1  |
| 1.     | Sachverhalt .....   | 1  |
| 2.     | Von der Beschwerdeführerin angefochtene Punkte .....                            | 2  |
| 3.     | Keine Fürsorgepflichtsverletzung des Arbeitgebers nach Art. 328 OR.....         | 2  |
| 3.1.   | Mobbing .....   | 3  |
| 3.1.1. | Schutz der Arbeitnehmerin vor Mobbing.....                                      | 3  |
| 3.1.2. | Handlungen der Beschwerdegegnerin.....  | 4  |
| 3.1.3. | Fazit: Keine Fürsorgepflichtsverletzung in Bezug auf Mobbing .....              | 5  |
| 3.2.   | Sexuelle Belästigung .....  | 6  |
| 3.2.1. | Schutz der Arbeitnehmerin vor sexueller Belästigung.....                        | 6  |
| 3.2.2. | Handlungen des Arbeitgebers .....   | 6  |
| 3.2.3. | Fazit: Keine Fürsorgepflichtsverletzung im Bezug auf sexuelle Belästigung ..... | 7  |
| 4.     | Keine missbräuchliche Kündigung gemäss Art. 336 OR.....                         | 8  |
| 4.1.   | Motive der Kündigung .....  | 8  |
| 4.1.1. | Kündigung im Falle von Mobbing .....  | 8  |
| 4.1.2. | Kündigung im Falle von sexueller Belästigung .....                              | 9  |
| 4.1.3. | Kündigung im Falle einer Fürsorgepflichtverletzung .....                        | 10 |
| 4.2.   | Fazit: Keine missbräuchliche Kündigung .....                                    | 11 |
| 5.     | Keine Pflicht zur Zahlung von CHF 55'000 zuzüglich Zins .....                   | 12 |
| 5.1.   | Keine Kumulation der Entschädigungen.....                                       | 12 |
| 5.2.   | Kein Anspruch wegen Fürsorgepflichtsverletzung .....                            | 12 |
| 5.2.1. | Anspruchsgrundlage .....  | 12 |
| 5.2.2. | Schadenersatz .....   | 13 |
| 5.2.3. | Genugtuung .....  | 14 |
| 5.3.   | Keinen Anspruch wegen missbräuchlicher Kündigung .....                          | 14 |
| 5.3.1. | Voraussetzung des Anspruchs wegen missbräuchlicher Kündigung .....              | 14 |
| 5.3.2. | Entschädigung nach Art. 336a OR .....   | 15 |
| 5.3.3. | Schadenersatz .....   | 16 |
| 5.3.4. | Genugtuung .....  | 16 |
| 5.3.5. | Entgangene Chance .....   | 16 |
| 6.     | Schlussbemerkungen .....  | 18 |

## **I. RECHTSBEGEHREN**

Die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen.

-unter Kosten- und Entschädigungsfolgen-

## **II. Formelles**

Die Vernehmlassung wird mit heutiger Postaufgabe frist- und formgerecht innert der vom Bundesgericht angesetzten Frist nach Art. 102 Abs. 1 BGG eingereicht.

In formeller Hinsicht wird der Beschwerde in Zivilsachen nicht widersprochen.

## **III. BEGRÜNDUNG**

### **1. Sachverhalt**

Die Beschwerdeführerin arbeitete seit März 2001 als EDV-Sachbearbeiterin bei der Beschwerdegegnerin, der Informatika AG in Dietikon/ZH. Sie informierte den Personalverantwortlichen Paul Müller anlässlich eines Gesprächs Mitte Juni 2008 betreffend ihrer beruflichen Zukunft über Anfeindungen und Vorfälle sexueller Belästigung bei der Arbeit.

Daraufhin schaltete sich sogleich die Geschäftsleitung ein. Gerd Peters, Mitglied der Geschäftsleitung, sicherte der Angestellten Unterstützung zu und erklärte ihr, dass die Informatika AG aufgrund ihrer gegenüber Beat Z. ebenfalls vorhandenen Fürsorgepflicht auf ihre Mithilfe angewiesen sei. Im Falle einer Strafanzeige seitens der Beschwerdeführerin hätte die Beschwerdegegnerin Beat Z. fristlos entlassen. Da Susanne M. der Empfehlung zur Strafanzeige nicht nachgekommen war, wurde das Gespräch mit beiden betroffenen Parteien gesucht, um zu versuchen den genauen Sachverhalt zu eruieren. Bereits Mitte Juli bot die Arbeitgeberin beiden Parteien eine Aussprache mit der Geschäftsleitung am runden Tisch an. Obwohl Susanne M. ihre Anwesenheit verweigerte, verlangte sie danach die Kündigung von Beat Z. Zudem erklärte sie, dass sie der Arbeit fern bleiben wolle, solange die Kündigung nicht ausgesprochen würde. Wiederholt wurde sie darauf aufmerksam gemacht, dass für die Rechtfertigung der Kündigung vor allem eine Strafanzeige ihrerseits sehr hilfreich wäre. Zu keiner Zeit aber drohte ihr die Geschäftsleitung mit der Kündigung, für den Fall, dass sie dieser Bitte nicht nachkommen würde.

Susanne M. unterliess die Einreichung der Strafanzeige und bezog stattdessen ihre Ferien. In der Zwischenzeit stellte auch Beat Z. die Forderung, Susanne M. zu entlassen. Insbesondere die fehlende Kompromissbereitschaft beider Parteien führte zu einer erheblichen Beeinträchtigung des

Betriebsklimas, sodass sich die Arbeitgeberin ausserstande sah, die beiden Arbeitsverträge fortzuführen. Die Informatika AG entliess Susanne M. am 16. September 2008 mit einer ordentlichen Kündigungsfrist per Ende Dezember 2008.

In der Folge verlangte die Beschwerdeführerin unter anderem eine Entschädigung und Genugtuung in der Höhe von insgesamt CHF 55'000 zuzüglich Zinsen.

Sowohl das Bezirksgericht als auch das Obergericht sprachen ihr einen Teilbetrag zu; die Vorinstanz sprach ihr CHF 36'000 netto zu.

## **2. Von der Beschwerdeführerin angefochtene Punkte**

In der Beschwerdeschrift macht die Beschwerdeführerin geltend, dass

- a) das Urteil des Obergerichts des Kt. Zürich vom 15. September 2009 in Bezug auf Ziffer 1, 3 und 4 aufzuheben sei,
- b) die Beschwerdegegnerin zur Zahlung von CHF 55'000 zuzüglich Zinsen zu verpflichten sei
- c) und dass die Beschwerdegegnerin zu verpflichten sei, der Beschwerdeführerin für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren volle Parteikostenersatz zu leisten.

Die Beschwerdegegnerin wird nachfolgend darlegen,

- a) dass keine Verletzung der Fürsorgepflicht der Beschwerdegegnerin vorliegt,
- b) dass keine missbräuchliche Kündigung vorliegt sowie,
- c) dass keine Kumulation der Ansprüche aus Art. 328 und 336 OR möglich ist.

## **3. Keine Fürsorgepflichtverletzung des Arbeitgebers nach Art. 328 OR**

Aufgrund der Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR hat der Arbeitgeber dafür zu sorgen, dass seine Arbeitnehmer nicht sexuell belästigt werden und dass den Opfern von sexueller Belästigung keine weiteren Nachteile entstehen. Der Arbeitgeber muss somit gegen Arbeitnehmer vorgehen, welche die sexuelle Integrität von Mitarbeitern durch Wort und Tat verletzen. Bei Belästigung durch Mitarbeiter hat der Arbeitgeber unverzüglich zu reagieren. Der Arbeitgeber hat zudem seine Mitarbeiter vor Mobbing zu schützen und bei einem solchen Vorkommnis einzugreifen.<sup>1</sup> Wie die Beschwerdegegnerin zeigen wird, liegen weder Mobbing noch sexuelle Belästigung vor.

---

<sup>1</sup> VISCHER FRANK, Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2005, S. 175; BGE 125 III 70 (73) E. 2a.

### 3.1. Mobbing

#### 3.1.1. Schutz der Arbeitnehmerin vor Mobbing

Art. 328 OR verpflichtet den Arbeitgeber aufgrund seiner Fürsorgepflicht dazu, seine Angestellten vor Mobbing zu schützen.<sup>2</sup> Mobbing ist kein Tatbestand, sondern ein scharf umrissener Begriff. Das Bundesgericht definiert Mobbing als ein systematisches, feindliches, über einen längeren Zeitraum anhaltendes Verhalten, mit dem eine Person an ihrem Arbeitsplatz isoliert, ausgegrenzt oder gar von ihrem Arbeitsplatz entfernt werden soll.<sup>3</sup>

LEYMANN definiert Mobbing folgendermassen: „Der Begriff Mobbing beschreibt negative kommunikative Handlungen, die gegen eine Person gerichtet sind, welche von einer oder mehreren Personen ausgehen, und die sehr oft und über einen längeren Zeitraum hinaus wiederholt vorkommen und damit die Beziehung zwischen Täter und Opfer kennzeichnen.“<sup>4</sup>

Zudem führt LEYMANN aus, dass Mobbing nur dann gegeben ist, wenn Mobbing-Handlungen mindestens einmal pro Woche stattfinden und mindestens ein halbes Jahr lang andauern.<sup>5</sup> Bei Mobbing handelt es sich um einen Prozess.<sup>6</sup> Diese Definition von LEYMANN wird nach dem Institut für Neues Lernen in Wallisellen noch heute oft zur Diagnose oder bei Gerichtsprozessen beigezogen. Offizielle Partner des Instituts sind unter anderem die Gesundheitsförderung Schweiz oder die Suva, was das Gewicht dieser Definition bezeugt.<sup>7</sup> Auch viele andere Autoren stützen sich auf LEYMANN.<sup>8</sup>

Selbst das Bundesgericht zitiert indirekt durch zwei Lehrmeinungen im BGE 125 III 70 (71) E. 2 seine Definition von Mobbing. In der ersten in dieser Entscheidung zitierten Lehrmeinung wird die Definition von „Mobbing“ von WAEBER<sup>9</sup> als Basis genommen. Dieser wiederum bezieht sich während seines Kapitels „Définition du mobbing“ klar auf LEYMANN. Die zweite vom

---

<sup>2</sup> BGE 125 III 70 (71) E. 2; RÉMY WYLER, *Droit de travail*, 2. Auflage, Bern 2005, S. 302.

<sup>3</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 22. April 2004 (2A.312/2004) E. 6.2; Urteil des Bundesgerichts vom 20. Juni 2003 (2P.207/2002) E. 4.2.

<sup>4</sup> LEYMANN HEINZ, *Mobbing: Psychoterror am Arbeitsplatz und wie man sich dagegen wehren kann*, Reinbek b. Hamburg 1998, S. 21.

<sup>5</sup> LEYMANN (Fn. 4), S. 22.

<sup>6</sup> QUINTON DOMINIQUE, *Le concept du Mobbing: cas cliniques*, in: *Harcèlement au travail/ études réunies par AUBERT GABRIEL/ GUINCHARD JEAN-MARC/ PICCOT MARCEL*, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 66.

<sup>7</sup> <http://www.mobbing-info.ch/html/mobbing.html>, besucht am: 1. Oktober 2009, 15:40 Uhr.

<sup>8</sup> z.B. QUINTON (Fn. 6), S. 66; DERRER BALLADORE RUTH, *Mobbing: Was der im Rahmen seiner Fürsorgepflicht wissen muss*, in: *Schweizer Arbeitgeber* 13/2008, S. 28.

<sup>9</sup> WAEBER JEAN- BERNARD, *Le mobbing ou harcèlement psychologique au travail, quelles solutions?*, in: *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)* 7/1998, S. 782.

Bundesgericht erwähnte Lehrmeinung ist jene von REHBINDER/ KRAUSZ,<sup>10</sup> die ebenfalls auf LEYMANN'S Definition von Mobbing, die eine Dauer von mindestens einem halben Jahr vorsieht, basiert.

Das Vorhandensein von Mobbing ist in der Regel schwer zu beweisen. Aus diesem Grunde muss auf Mobbing aufgrund eines Bündels von Indizien geschlossen werden können. Nicht ausser Acht lassen darf man die Möglichkeit, dass Mobbing bloss erdacht sein kann.<sup>11</sup>

### **3.1.2. Handlungen der Beschwerdegegnerin**

Die Beschwerdegegnerin, die Informatika AG, hat in regelmässigen Abständen die Mitarbeiter über das Thema informiert und sie für das Thema sensibilisiert. Sie hat eindeutig klar gestellt, dass Mobbing in ihrer Firma nicht geduldet wird und alle Mitarbeiter persönlich darüber informiert, dass sie sich bei einem solchen Vorfall jederzeit an den Personalverantwortlichen wenden können.

Die Geschäftsleitung hat zudem die leitenden Stellen, insbesondere den Personalverantwortlichen instruiert, dass bei einem Vorkommnis dieser Art sofort durchgreifende Sanktionen ergriffen werden müssen. Ist die Mobbing-Situation nicht offensichtlich, muss der Arbeitgeber, um seiner Fürsorgepflicht überhaupt nachkommen zu können, vom Opfer über das erfolgte Mobbing informiert werden.<sup>12</sup>

In casu lag keine offensichtliche Mobbing-Situation vor. Bis zum von der Informatika AG initiierten Gespräch, und nicht wie von der Beschwerdeführerin zu Unrecht behauptet von ihr ausgehenden Gespräch, eineinhalb Monate nach den angeblichen Vorkommnissen, hatte die Informatika AG keinerlei Kenntnis über eine mögliche Mobbing-Situation. Anlässlich dieses Gesprächs mit dem Personalverantwortlichen Paul Müller behauptete die Beschwerdeführerin erstmals, sie sei ein Mobbing-Opfer. Bis zu diesem Zeitpunkt ging die Beschwerdegegnerin zu Recht davon aus, dass die Beschwerdeführerin an einem Burnout-Syndrom litt. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin wurde sie nicht als Burnout-Opfer „abgestempelt“, sondern es wurde ihr konkrete Hilfe angeboten, welche sie annahm. Während den eineinhalb Monaten vor dem Gespräch hatte sich die Beschwerdeführerin nicht gegen diese Hilfestellung gewehrt. Die Beschwerdeführerin unternahm zu keiner Zeit einen Versuch die Geschäftsführung oder den Personalverantwortlichen über die angebliche Mobbing-Situation zu informieren. Die Beschwerdegegnerin ging davon aus, dass die Beschwerdeführerin überarbeitet war und mit dem Stress nicht mehr umgehen konnte. Sie tätigte viele Überstunden und sogar Patron Knöpfli

---

<sup>10</sup> REHBINDER MANFRED/ KRAUSZ ALEXANDER, Psychoterror am Arbeitsplatz, in: Mitteilungen des Instituts für schweizerisches Arbeitsrecht (ArbR) 1996, S. 19.

<sup>11</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 31. Mai 2005 (4C.109/2005) E. 4.

<sup>12</sup> Arbeitsgericht Zürich, 4. Juli 2006, Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts (JAR), PORTMANN WOLFGANG/ STÖCKLI JEAN-FRITZ/ DUNAND JEAN-PHILIPPE [Hrsg.] 2007, S. 582.

erkannte die Probleme der Beschwerdeführerin. Er verschob aus Rücksicht gegenüber Susanne M. die Entscheidung betreffend seiner Nachfolge und gab ihr somit Zeit sich zu erholen und mit der Situation klarzukommen. Zu keiner Zeit übte die Beschwerdegegnerin Druck auf die Beschwerdeführerin aus.

Es gab keinerlei Hinweise, dass ihr Zusammenbruch auf Mobbing statt auf Arbeitsüberlastung zurückzuführen war. Nachdem Susanne M. zusammengebrochen war, unterstützte die Informatika AG ihre Angestellte und ermöglichte ihr eine Behandlung aufgrund des Burnout-Syndroms. Auch zu diesem Zeitpunkt zeigte sich die Informatika AG sehr rücksichtsvoll und gab ihr die Möglichkeit sich zu Hause zu erholen und ihr Arbeitspensum zu reduzieren. Die Höhe des Arbeitspensums war zu jeder Zeit von Susanne M. frei wählbar. Trotz dieser Vorfälle glaubte die Geschäftsführung weiterhin an die Fähigkeiten von Susanne M. und sie entschied sich dazu, die Entscheidung betreffend der Neubesetzung in der Geschäftsleitung um fast ein Jahr zu vertagen, um die weitere Entwicklung abzuwarten und den Stress auf die Beschwerdeführerin zu vermindern. Mit dieser Handlungsweise wollte die Beschwerdegegnerin Susanne M. die Möglichkeit geben, sich vollständig zu erholen. Sie wollte in Bezug auf diese wichtige Entscheidung nicht voreilig handeln. Während der Zeitspanne von beinahe einem Jahr hatte Susanne M. zu keiner Zeit Mobbing- Vorfälle erwähnt, somit war es der Beschwerdegegnerin nicht möglich, eventuelle Mobbing- Vorkommnisse zu erkennen und ihnen entgegenzuwirken.

Auch dem Vorwurf der Verletzung der Ehrschutzpflicht muss widersprochen werden. Es gab keinerlei Anzeichen, dass die Beschwerdeführerin nicht an einem Burnout litt. Die Reaktion der Beschwerdeführerin liess zu keiner Zeit erkennen, dass sie mit der Einschätzung, dass sie an einem Burnout leide, nicht einverstanden sei. Dies äussert sich vor allem dadurch, dass sie die angebotene Unterstützung gerne annahm und sie nutzte, insbesondere durch das in Anspruch nehmen einer regelmässigen Betreuung durch eine Psychotherapeutin.

### **3.1.3. Fazit: Keine Fürsorgepflichtsverletzung in Bezug auf Mobbing**

Aufgrund der soeben dargelegten präventiven Handlungen der Informatika AG ist erwiesen, dass die Beschwerdegegnerin alles unternommen hat, um Mobbing in ihrer Firma vorzubeugen und es kann ihr somit keine Fürsorgepflichtsverletzung in Bezug auf Mobbing zur Last gelegt werden. Unabhängig davon, ist Susanne M. kein Mobbing-Opfer, denn die angeblichen Mobbing-Handlungen dauerten, wenn überhaupt, nicht annähernd ein halbes Jahr und die wöchentliche Regelmässigkeit ist umstritten. Die umstrittene Phase dauerte nach Susanne M. von Dezember 2007 bis März 2008. Zudem beschränken sich die zweifelhaften Vorfälle auf Bemerkungen von Beat Z., dessen Häufigkeit nur sporadisch gewesen sein dürfte. Als direkte Konkurrenten für die Neubesetzung in der dreiköpfigen Geschäftsleitung ist klar, dass sich die zwei Kandidaten nicht mit übermässiger Sympathie begegneten.

## 3.2. Sexuelle Belästigung

### 3.2.1. Schutz der Arbeitnehmerin vor sexueller Belästigung

Aufgrund der Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR, aber auch aufgrund von Art. 3 GIG hat der Arbeitgeber zudem dafür zu sorgen, dass die Angestellten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz geschützt werden.<sup>13</sup> Gemäss Art. 4 GIG gilt als diskriminierend: jedes belästigende Verhalten sexueller Natur oder ein anderes Verhalten aufgrund des Geschlechts, das die Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz beeinträchtigt. Darunter fallen insbesondere Drohungen oder das Ausüben von Druck zur Erlangung eines Entgegenkommens sexueller Art.<sup>14</sup> Darüber hinaus hat der Arbeitgeber nach Bekanntwerden eines Vorfalls zu handeln und dem Opfer Schutz zu bieten.

Allerdings muss für die Geltendmachung der Ansprüche aus einer eventuellen Fürsorgepflichtsverletzung die Beschwerdeführerin die sexuelle Belästigung beweisen, wobei eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit genügt.<sup>15</sup> Dies gelingt der Beschwerdeführerin in diesem Fall nicht, wie die Informatika AG darlegen wird.

### 3.2.2. Handlungen des Arbeitgebers

Wie die Beschwerdeführerin richtig bemerkte, kann sich der Arbeitgeber von der Verantwortung befreien, wenn er beweist, dass er alle ihm zumutbaren und geeigneten Präventivmassnahmen getroffen hat.

In casu hatte Susanne M. jederzeit die Möglichkeit das Gespräch mit dem Personalverantwortlichen Paul Müller zu suchen. Der Arbeitgeber hat, wie auch in Bezug auf Mobbing, einerseits das Kader beauftragt, gegen Fälle von sexueller Belästigung konsequent vorzugehen und andererseits die Mitarbeiter darüber informiert, dass sie solche Handlungen zu unterlassen haben. Zudem hat die Informatika AG instruiert, dass man sich bei einem solchen Vorfall jederzeit an die Geschäftsleitung wenden könne. Der Betroffene sollte das Gespräch suchen, damit ihm geholfen werden kann.

All diese Präventivmassnahmen wurden kommuniziert, somit kann der Beschwerdegegnerin eine

---

<sup>13</sup> STREIFF ULLIN/ VON KAENEL ADRIAN, Der Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, N 5 S. 236.

<sup>14</sup> BGE 126 III 395 (397), E. 7b/bb; PORTMANN WOLFGANG, Kommentar zu Art. 328 OR, in: HONSELL HEINRICH/ VOGT NEDIM PETER/ WIEGAND WOLFGANG [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Basler Kommentar, BSK), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel/Genf/München 2007, N 40.

<sup>15</sup> Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 30. April 1992, Zürcherische Rechtsprechung (ZR) 1993, S. 18.



Verletzung der Fürsorgepflicht nicht vorgeworfen werden.<sup>16</sup> Der Personalverantwortliche und die Geschäftsleitung haben sofort gehandelt, was beweist, dass Gegenmassnahmen rasch getroffen wurden.

Aufgrund der soeben geschilderten Massnahmen ist erwiesen, dass die Informatika AG geeignete Präventivmassnahmen in die Wege geleitet hat und alles ihr zumutbare unternommen hat.

Im konkreten Fall stehen die Behauptungen von Susanne M. jenen von Beat Z. gegenüber. Der Beschwerdegegnerin war es aufgrund mangelnder Indizien nicht möglich zu erfassen, was konkret vorgefallen war. Auch wenn die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt, dass die Beschwerdegegnerin ihr gegenüber eine Fürsorgepflicht hat, so darf sie nicht ausser Acht lassen, dass dieselbe Fürsorgepflicht der Beschwerdegegnerin auch gegenüber von Beat Z. besteht.

### **3.2.3. Fazit: Keine Fürsorgepflichtsverletzung im Bezug auf sexuelle Belästigung**

Da der Arbeitgeber im konkreten Fall die erforderlichen Massnahmen zu Verhinderung von sexueller Belästigung getroffen hat, ist er nicht schadenersatzpflichtig. Eine sexuelle Belästigung wurde entgegen der Behauptung von Susanne M. nicht bewiesen.

Auch wenn in einem Fall von sexueller Belästigung eine fristlose Entlassung des Täters grundsätzlich nicht missbräuchlich ist,<sup>17</sup> kann der Arbeitgeber diese Sanktion nicht nur aufgrund der Behauptung von einem Arbeitnehmer aussprechen.

In Anbetracht der Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin auch gegenüber Beat Z. eine Fürsorgepflicht hatte, hat die Geschäftsleitung sofort versucht den genauen Sachverhalt zu eruieren. Sie suchte das Gespräch mit beiden Parteien und bot insbesondere eine Aussprache am runden Tisch an. Die Beschwerdeführerin hat ihrerseits nichts unternommen, um ihre Behauptung zu beweisen oder zumindest zu versuchen diese mit Indizien zu belegen. Auch die besagten Mitarbeiter, welche beim Mittagessen mit Susanne M. und Beat Z. zugegen waren, äusserten sich nicht über anzügliche Sprüche. Zudem vertrat Beat Z. die Gegenmeinung, dass die Zudringlichkeit von Susanne M. ausging und nicht von ihm initiiert wurde.

Somit war es für die Arbeitgeberin schwierig die richtigen Schlüsse zu ziehen. Aufgrund dieser komplexen Situation, in der die Informatika AG versuchte, nicht voreilig zu entscheiden und beiden Parteien gerecht zu werden, kann man kaum beanstanden, dass sie der Forderung von Susanne M., den angeblich schuldigen Beat Z. fristlos zu entlassen, nicht nachgekommen ist. Dieser drastische Schritt kann nur wohlüberlegt ausgeführt werden.

---

<sup>16</sup> Berufungskammer des Arbeitsgerichts Genf, 20. Oktober 2005 (C/21343/2003-5) E. 3; Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998, ZR 1999 (2000) S. 293-294 E. 5a.

<sup>17</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 10. Februar 2004 (2P.19/2004) E. 2.

## 4. Keine missbräuchliche Kündigung gemäss Art. 336 OR

Der Artikel 336 OR regelt den Kündigungsschutz des Einzelarbeitsvertrags, wobei in diesem Artikel von missbräuchlicher Kündigung die Rede ist. Im vorliegenden Fall lag aber eine missbräuchliche Kündigung vor, weshalb dieser Artikel nicht anwendbar ist. Wie schon im Kapitel 3 dargelegt, ist weder Mobbing noch ein Fall von sexueller Belästigung nachvollziehbar.

### 4.1. Motive der Kündigung

#### 4.1.1. Kündigung im Falle von Mobbing

Artikel 336 OR enthält eine ganze Liste von Kündigungsgründen, die zur Annahme einer missbräuchlichen Kündigung führen. Zu Recht wendet die Beschwerdeführerin ein, dass es sich um eine nicht abschliessende Aufzählung von Kündigungsgründen für eine missbräuchliche Kündigung handelt.<sup>18</sup> Die Gegenpartei spricht von Mobbing, obwohl dies hier gar nicht zutrifft. Zutreffend dürfte die nicht relevante Tatsache sein, dass nach Rechtsprechung Mobbing zu den missbräuchlichen Kündigungsgründen zählt, die nicht explizit in Art. 336 OR erwähnt sind.<sup>19</sup>

Der Schutz der Arbeitnehmerin vor Mobbing kann sogar die fristlose Kündigung des fehlbaren Mitarbeiters bedingen.<sup>20</sup> Allerdings darf der Arbeitnehmer bei Fällen ohne einseitiges Verschulden den Streit unter Mitarbeitern nicht dadurch beenden, dass er einen von ihnen entlässt, ohne zuvor andere Entschärfungsmassnahmen getroffen zu haben.<sup>21</sup> Ansonsten nimmt das Bundesgericht eine missbräuchliche Kündigung an. Die Entlassung des Mobbing-Opfers ist allerdings nicht missbräuchlich, wenn der Arbeitgeber, abgesehen von der Entlassung des Mobbing-Täters, alle geeigneten und zumutbaren Massnahmen gegen das Mobbing unternommen hat.<sup>22</sup> Der Arbeitgeber hat die freie Wahl zwischen der Entlassung des Mobbing-Täters und des Mobbing-Opfers, wenn der Konflikt nicht mehr anders lösbar ist.<sup>23</sup>

Die Informatika AG hat versucht den Konflikt zu lösen, nachdem Susanne M. ihre Vorwürfe

---

<sup>18</sup> BGE 125 III 70 (72) E. 2a, 123 III 246 (251) E. 3b, 121 III 60 (61) E. 3b; Basler Kommentar N 21 ff. zu Art. 336 OR.

<sup>19</sup> BGE 125 III 70 (72) E. 2a; PORTMANN WOLFGANG, Kommentar zu Art. 336 OR, in: HONSELL HEINRICH/ VOGT NEDIM PETER/ WIEGAND WOLFGANG [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Basler Kommentar, BSK), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel/Genf/München 2007, N 24; anderer Meinung REHBINDER/ KRAUSZ, (Fn. 10), S. 43.

<sup>20</sup> BGE 127 III 351 (355 f.) E. 4b/cc.

<sup>21</sup> BSK zu Art. 328 OR, (Fn. 14) N 8.

<sup>22</sup> BGE 125 III 70 (72) E. 2a.

<sup>23</sup> Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 23. Januar 2002, JAR, PORTMANN WOLFGANG/ STÖCKLI JEAN-FRITZ [Hrsg.] 2003, S. 245.

geäussert hat. Sie bot insbesondere eine Aussprache am runden Tisch an und suchte auch mit beiden Mitarbeitern einzeln das Gespräch. Trotz den Bemühungen der Beschwerdegegnerin verhärteten sich die Fronten immer mehr. Eine Lösung des Konflikts war, unter anderem aufgrund des unkooperativen Verhaltens von Susanne M., nicht möglich. Die Beschwerdegegnerin hatte deshalb das Recht sowohl Beat Z., als auch Susanne M. zu entlassen, da zwischen den beiden ein unheilbarer Konflikt ausgebrochen war. Der Arbeitgeber hat in solchen Situationen Schwierigkeiten zu durchschauen, welche Rolle die jeweilige Konfliktpartei inne hat. Da es der Informatika AG mangels Beweisen nicht möglich war, den Konfliktparteien die Rolle des Mobbing-Täters und des Mobbing-Opfers klar zuzuordnen, stand es ihr frei einer oder beiden Parteien zu kündigen.

Festzuhalten bleibt allerdings, dass in unserem Fall die Kündigung ordentlich abgelaufen ist, da die Frist von drei Monaten eingehalten worden ist. Die Kündigung war vollkommen rechtmässig und hat gegen keinerlei Regelungen verstossen.

#### **4.1.2. Kündigung im Falle von sexueller Belästigung**

Der von der Beschwerdeführerin beschriebene angebliche Vorfall im Lift ist umstritten. Niemand weiss, was genau passiert ist. Susanne M. behauptet jenes, Beat Z. bestreitet alles und Beweise oder wenigstens ein paar Indizien lassen sich keine finden. Zudem ist es höchst merkwürdig, dass sich Susanne M. so vehement gegen eine Strafanzeige wehrt, obwohl die Informatika AG sie wiederholt auf die Wichtigkeit jener aufmerksam machte und ihr bei diesem Schritt zur Seite gestanden hätte. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin wurde aber nie das Ergreifen von Massnahmen von der Einreichung einer Strafanzeige abhängig gemacht oder der Beschwerdeführerin gar mit der Kündigung gedroht, für den Fall, dass sie die Strafanzeige nicht einreichen würde. Die einzige Massnahme, welche die Informatika AG nicht ohne gesicherte Beweise, oder zumindest Indizien ergreifen wollte, war die fristlose Kündigung von Beat Z. Wieso Susanne M. keine Strafanzeige machte, ist unklar. Die Informatika AG toleriert ein solches Verhalten in ihrer Firma auf keinen Fall und hätte bei gesicherter Beweislage Beat Z. fristlos entlassen, da die Beschwerdegegnerin einen solchen Vorfall nicht verharmlosen wollen würde. Nichts desto trotz ist auch zu beachten, dass den Behauptungen von Beat Z. ebenfalls Gehör geschenkt werden muss. Aufgrund der Überzeugung der Beschwerdegegnerin, dass sie eine Verantwortung gegenüber allen Arbeitnehmern hat, ist sie aus diesem Grund nicht bereit, Mitarbeiter nur auf der Grundlage eines Verdachts zu entlassen, wie es von Susanne M. gefordert wurde. Es war der Beschwerdegegnerin, entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin, nicht zumutbar Beat Z. ohne genügende Indizien, allein aufgrund der Behauptung von Susanne M., zu entlassen. Wer einmal mit dem Verdacht der sexuellen Belästigung behaftet ist, kann sich nur schwerlich wieder davon lösen. Die Arbeitgeberin konnte ohne gesicherte Beweise nicht das Risiko einer Persönlichkeitsverletzung

ihres Arbeitnehmers Beat Z. in Kauf nehmen.

Die Sensibilität der Informatika AG zeigt sich darin, dass sie nach Bekanntwerden des Verdachts sofort aktiv wurde und beispielsweise das Gespräch mit beiden Mitarbeitern suchte. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin ging die Information nicht ihr aus. Die angeblichen Vorkommnisse kamen nur aufgrund des von der Beschwerdeführerin initiierten Gesprächs betreffend der beruflichen Zukunft von Susanne M. zu Tage. Nach diesem Gespräch leitete die Beschwerdegegnerin sofort Massnahmen ein. Vor allem das Gespräch am runden Tisch, welches mit grosser Wahrscheinlichkeit zur Aufklärung des Sachverhalts beigetragen hätte, zeigt das Bemühen der Beschwerdegegnerin. Durch das unkooperative Verhalten der Beschwerdeführerin, beispielsweise das Nichterscheinen am Gespräch, war es aber nicht möglich zu eruieren, was genau vorgefallen war. Aufgrund der anschliessenden Verschlechterung des Arbeitsklimas, welches auf das Verhalten sowohl von Beat Z. als auch der Beschwerdeführerin zurückzuführen war, konnte die Beschwerdegegnerin schlussendlich nur noch beiden die ordentliche Kündigung aussprechen. Es liegt aufgrund des soeben Dargelegten keine missbräuchliche Kündigung vor.

#### **4.1.3. Kündigung im Falle einer Fürsorgepflichtverletzung**

Ein weiterer, nicht explizit in Artikel 336 OR genannter Grund für eine missbräuchliche Kündigung, stellt die Verletzung der Fürsorgepflicht seitens des Arbeitgebers dar. Auch dieser Einwand ist unberechtigt. Der Arbeitgeber verletzt nur dann eine Fürsorgepflicht, wenn er keine Massnahmen zur Entschärfung des Konflikts ergriffen hat.<sup>24</sup> In casu war die Beschwerdegegnerin klar um das Wohlergehen der Arbeitnehmer bemüht und hat verschiedene konkrete Massnahmen getroffen. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, die Kündigung sei lediglich deshalb ausgesprochen worden, um den Konflikt zu beenden, ist haltlos. Erst als alle Vermittlungsversuche gescheitert waren und es nicht mehr anders möglich war, das Betriebsklima wieder zu normalisieren, wurde die ultima ratio ergriffen und beiden Mitarbeitern die ordentliche Kündigung ausgesprochen.

Als Susanne M. Ende April 2008 zusammengebrochen war, weil sie sich mit vielen Überstunden überlastete, wurde ihr als Burnout-Opfer sofort geholfen. Sie konnte sich zu Hause erholen und kehrte erst anfangs Mai langsam wieder in das Berufsleben zurück, indem sie vorerst nur 30 % arbeitete. Zusätzlich genoss Susanne M. die regelmässige Betreuung einer Psychotherapeutin.

Als Susanne M. Mitte Juni 2008 erstmals mit dem Personalverantwortlichen Paul Müller über ihre Probleme sprach, schaltete dieser sofort die Geschäftsleitung ein. Sofort wurden konkrete Massnahmen ergriffen, wie zum Beispiel das persönliche Gespräch mit der Betroffenen und der Zusicherung der Unterstützung bei einer Anzeige gegen Beat Z. Diesem folgte die Beschwerdeführerin nicht und sie liess sich wieder 100 % krank schreiben. Gerd Peters,

<sup>24</sup> BSK zu Art. 336 OR, (Fn. 19) N 26.

Geschäftsleitungsmitglied, suchte unmittelbar nach Bekanntwerden der Anschuldigungen mit dem beschuldigten Beat Z. ein persönliches Gespräch. Beat Z. stritt aber sämtliche ab. Daraufhin beschloss die Geschäftsleitung ein Gespräch am runden Tisch mit beiden Parteien zu führen. Dieses Gespräch sollte beiden Parteien eine Plattform bieten, um sich auszusprechen und dazu dienen, Lösungen für mögliche Entlastungsmöglichkeiten zu suchen. Unangenehme Gefühle sollten zur Sprache kommen, ohne dadurch andere Personen zu verletzen.

Leider nahm die Beschwerdeführerin diese Gelegenheit nicht wahr und verweigerte ihre Teilnahme mit Hinweis auf ihren Gesundheitszustand. Nach Arzteugnis war sie aber zu diesem Zeitpunkt immerhin 50 % arbeitsfähig, was ihr Fernbleiben noch seltsamer erscheinen lässt. Da es in diesem Gespräch vor allem darum gegangen wäre, ihre Position zu erklären und somit zu stärken, wäre eine Kompromissbereitschaft angebracht gewesen. Stattdessen beharrte sie auf ihrer Position, dass Beat Z. sofort zu entlassen sei und sie verschloss sich dem Gespräch gänzlich. Die Beschwerdegegnerin durfte nicht ohne weiteres dem Verlangen von Susanne M., Beat Z. sei zu entlassen, nachgeben. Sie muss sich vielmehr vertragsgetreu seinen Arbeitnehmer stellen. Damit sie Beat Z., wie von der Beschwerdeführerin gefordert, fristlos hätte entlassen können, wären gesicherte Beweise notwendig gewesen. Ohne solche Beweise, hatte die Beschwerdeführerin keine andere Wahl, als den Vertrag mit Beat Z. zu erfüllen.

Hätte Susanne M. anstelle einer ordentlichen Kündigung die fristlose Entlassung von Beat Z. gefordert, hätte sie den Arbeitgeber zu Vertragsbruch genötigt. In diesem Falle wäre die fordernde Susanne M. der Informatika AG schadenersatzpflichtig, nach Art. 41 Abs. 1 OR, geworden.<sup>25</sup>

Seitens der Geschäftsleitung wurde somit Diverses für Susanne M. als Burnout-Opfer getan. Von Susanne M. ihrerseits hätte man aber zumindest teilweise ein Entgegenkommen erwarten dürfen oder wenigstens gewünscht, sie hätte die Aussprache am runden Tisch mit Beat Z. genutzt. Insofern kann der Beschwerdegegnerin keine Verletzung der Fürsorgepflicht zur Last gelegt werden und auch dieses Argument zur Begründung einer missbräuchlichen Kündigung erweist sich als nicht gerechtfertigt.

## **4.2. Fazit: Keine missbräuchliche Kündigung**

Der Arbeitgeber hat das Recht den Mitarbeiter, der eine Störung des Betriebsklimas verursacht, zu entlassen, wenn er alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat und seine Fürsorgepflicht nicht verletzt hat.

Susanne M. trägt die Beweislast für die eventuelle Missbräuchlichkeit. Sie konnte weder Beweise erbringen, noch die von der Rechtsprechung als genügend erachtete hohe Wahrscheinlichkeit mit

---

<sup>25</sup> REHBINDER/ KRAUSZ (Fn. 10), S. 42 f.

Indizien belegen.<sup>26</sup> Es gab keine Zeugen welche die Behauptungen der Beschwerdeführerin hätten bestärken können. Insbesondere die beiden Kollegen, Myriam T. und Jonas B., welche beim angeblichen Vorfall im Restaurant anwesend waren, hätten die Aussage bestätigen können müssen. In unserem Fall die Behauptung von Susannes gegen jene von Beats Z. Hinzu kommt die Tatsache, dass Susanne M. sich weigerte Strafanzeige zu erstatten und der Aussprache am runden Tisch fernblieb.

Wie soeben dargelegt, kann der Beschwerdegegnerin keine Fürsorgepflichtsverletzung zur Last gelegt werden und da sie zudem alle ihr zumutbaren Massnahmen getroffen hat, um den Konflikt zu lösen, ist die an Susanne M. ausgesprochene Kündigung nicht missbräuchlich.

## **5. Keine Pflicht zur Zahlung von CHF 55'000 zuzüglich Zins**

Wie bereits in der Beschwerde vom 15. Oktober 2008 gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. September 2008 durch die Informatika AG dargetan, trifft die Arbeitgeberin kein Verschulden und Susanne M. hat somit auch keinen Anspruch auf Entschädigung.

### **5.1. Keine Kumulation der Entschädigungen**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, ihr stehe eine Entschädigung zu, welche die von Art. 336a Abs. 2 OR vorgesehenen sechs Monatslöhne übersteigt, da ihrer Meinung nach die Verletzung der Fürsorgepflicht von Art. 328 OR sehr schwerwiegend ist. Sie verlangt deshalb die Kumulation der Ansprüche aus Art. 336a und 328 OR.

Wie soeben dargelegt, kann der Beschwerdegegnerin keine schwerwiegende Verletzung der ihr obliegenden Pflichten zur Last gelegt werden. Somit ist unter keinen Umständen eine sechs Monatslöhne übersteigende Entschädigung geschuldet. Die geltend gemachten Ansprüche sind demnach nicht kumulierbar.

### **5.2. Kein Anspruch wegen Fürsorgepflichtsverletzung**

#### **5.2.1. Anspruchsgrundlage**

Gemäss Art. 3 und 5 GIG, kann ein Arbeitgeber, der nicht beweisen kann, dass er alle Massnahmen getroffen hat, um sexuelle Belästigung zu verhindern oder zu beenden, zur Zahlung einer Entschädigung angehalten werden. Wie soeben in Kapitel 3 dargelegt, liegt keine Verletzung der Fürsorgepflicht vor, und alle Ansprüche auf Entschädigung entfallen.

---

<sup>26</sup> BGE 125 III 277 (285) E. 3c.

### 5.2.2. Schadenersatz

Anspruch auf Schadenersatz hat diejenige Person, welche eine unfreiwillige Vermögenseinbusse aufgrund eines kausalen Ereignisses erleidet, das einem Dritten zugeschrieben werden kann.<sup>27</sup> Der Verursacher des Schadens hat die Pflicht der Geschädigten den Schaden zu ersetzen. Die Höhe der Entschädigung kann allerdings herabgesetzt werden, wenn die konkreten Umstände es rechtfertigen.<sup>28</sup> Susanne M. hatte eine vorbestehende einfache konstitutionelle Schwäche psychischer Art.<sup>29</sup> Sie litt am Burnout-Syndrom, wegen dessen sie auch während längerer Zeit der Arbeit fern blieb. Diese psychische Schwäche kann oft die Folgen eines später eintretenden Ereignisses verstärken. Es gilt zu unterscheiden zwischen Schwächen, die unabhängig von einer Drittwirkung einen Einfluss auf das Opfer haben und solchen, die durch einen Unfall ausgelöst werden. Tritt der Schaden auch ohne einen Unfall ein, so besteht keine Haftpflicht des Verursachers des schädigenden Ereignisses, da kein Kausalzusammenhang besteht.<sup>30</sup> Das bedeutet konkret, dass die Beschwerdegegnerin nur für den Teil des Schadens verantwortlich ist, der auf ihre Handlung zurückzuführen ist.<sup>31</sup> Da in diesem Fall, wie soeben dargelegt, die Arbeitgeberin alles in ihrer Macht stehende getan hat, um sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz zu verhindern und sie auch sofort versuchte die Vorfälle nach Bekanntwerden zu rekonstruieren, was insbesondere aufgrund des unkooperativen Verhaltens der Beschwerdeführerin nicht gelang, besteht keine Pflicht zur Zahlung einer Entschädigung.

Bei der Festsetzung des Schadenersatzes aufgrund von Art. 328 OR muss auf das Verschulden des Verursachers Rücksicht genommen werden. Zudem kann ein Selbstverschulden des Opfers eine Herabsetzung der Entschädigungssumme bedingen.<sup>32</sup>

Da im konkreten Fall die Beschwerdegegnerin nicht untätig war und sie Massnahmen ergriffen hat um die Vorfälle zu vermeiden, die, was von Seiten der Informatika AG auch sehr bedauert wird, nicht absolut gefruchtet haben, liegt, wenn überhaupt, nur ein geringes Verschulden seitens der Beschwerdegegnerin vor. Insbesondere ihre Bemühungen, nachdem ihr die Vorfälle bekannt waren, können als ausreichend taxiert werden. Das Einzige was ihr eventuell zur Last gelegt werden kann ist somit nur ein leichtes Verschulden betreffend den vorsorglichen Massnahmen. Zudem muss auch das Selbstverschulden der Beschwerdeführerin in Betracht gezogen werden. Sie hätte sofort, nachdem erste Annäherungsversuche und unangebrachte Bemerkungen fielen, den

---

<sup>27</sup> BGE 132 III 359 (366) E. 4; 129 III 331 (332) E. 2.1.

<sup>28</sup> BGE 119 II 157 (161) E. 2b.

<sup>29</sup> BRULHART VINCENT, L'influence de la prédisposition constitutionnelle sur l'obligation de réparation du responsable, in: WERRO FRANZ [Hrsg.] La fixation de l'indemnité, Bern 2004 (S. 89-107), S. 92.

<sup>30</sup> BGE 96 II 392 (395 ff.) E. 2.

<sup>31</sup> BRULHART (Fn. 29), S. 101.

<sup>32</sup> WERRO FRANZ, La responsabilité civile, Bern 2005, S. 296.

Personalverantwortlichen kontaktieren müssen. Sie hätte damit nicht Wochen warten dürfen. Zudem hätte sie sich gleich wehren müssen, wenn sie der Meinung war, gemobbt zu werden, statt ein Burnout-Opfer zu sein. Der Arbeitgeber hatte keinerlei Hinweise, dass eine Mobbing-Situation vorliegt. Wer sich gemobbt fühlt, muss möglichst frühzeitig aktiv werden, da ansonsten der Arbeitgeber keine konkrete Massnahmen treffen kann. Mit ihrer Mithilfe hätte zumindest die Wahrscheinlichkeit des angeblichen Vorkommnisses im Lift eingedämmt werden können.

### **5.2.3. Genugtuung**

Genugtuungsansprüche setzen eine gewisse Schwere der seelischen Unbill und besondere Umstände voraus.<sup>33</sup> Zudem ist eine restriktive Zusprechung angebracht, da bereits durch den Schadenersatz einen Teil der seelischen Unbill ersetzt werden soll.<sup>34</sup> Massgeblich für die Berechnung ist die Schwere der Verletzung der Persönlichkeit gemäss Art. 49 Abs. 1 OR.<sup>35</sup> Zudem ist sie nur geschuldet, wenn die Schwere der Verletzung nicht anders wieder gut gemacht worden ist. Vorausgesetzt ist zudem, dass die Verletzung aufgrund der widerrechtlichen Handlung des Verursachers entstand, und dass ein Kausalzusammenhang zwischen der Handlung und der Verletzung vorliegt.<sup>36</sup> Bei der Festsetzung der Genugtuung ist das Verschulden des Schädigers zu berücksichtigen. Zudem muss das Ausmass der seelischen Unbill der Beschwerdeführerin betrachtet werden. Der Hauptbestandteil der Verletzung ihrer Persönlichkeit sind auf die Handlungen von Beat Z. zurückzuführen. Da im vorliegenden Fall keine Fürsorgepflichtverletzung des Arbeitgebers vorliegt und somit das Kriterium des Verschuldens entfällt, ist unabhängig von der Schwere der seelischen Unbill der Beschwerdeführerin keine Pflicht zur Entrichtung einer Genugtuung seitens der Beschwerdegegnerin gegeben.

## **5.3. Keinen Anspruch wegen missbräuchlicher Kündigung**

### **5.3.1. Voraussetzung des Anspruchs wegen missbräuchlicher Kündigung**

Da, wie soeben dargestellt, die Kündigung nicht missbräuchlich war, weil kein Verfehlen seitens der Beschwerdegegnerin vorliegt, entfallen alle Entschädigungsansprüche.

Wer eine Entschädigung nach Art. 336a OR geltend machen will, muss nach Art. 336b OR eine gültige Einsprache erheben. Dies setzt Schriftlichkeit, Einhaltung der Frist, sowie dessen

---

<sup>33</sup> BGE 125 III 70 (74 f.) E. 3a.

<sup>34</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 2. September 2007 (4C.116/2004) E. 3.

<sup>35</sup> BGE 113 IV 93 (97) E. 3a; 125 III 269 (273) E. 2a.

<sup>36</sup> SCHNYDER ANTON K., Kommentar zu Art. 49 OR, in: HONSELL HEINRICH/ VOGT NEDIM PETER/ WIEGAND WOLFGANG [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Basler Kommentar, BSK), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel/Genf/München 2007, N 15.



Ausstellung an den Kündigenden voraus. Die Klage bei der Schlichtungsstelle ist entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin keine gültige Einsprache, da sie nicht direkt dem Kündigenden zugestellt worden war.

Wie das Bundesgericht festgehalten hat, kann das kantonale Prozessrecht vorsehen, dass auch die Einleitung des Sühneverfahrens als Klageerhebung anzusehen ist.<sup>37</sup> An keiner Stelle sieht das Bundesgericht diese Annahme für den Fall vor, dass die Einsprache, welche sich an den Arbeitgeber richten soll, durch eine Einsprache bei der Schlichtungsstelle ersetzt werden kann. Somit ist im konkreten Fall die benötigte Einsprache, um Ansprüche gelten zu machen, von der Beschwerdeführerin nicht formgerecht eingereicht worden und ihre Ansprüche sind somit nach Art. 336 b OR verwirkt. Den Schlussfolgerungen des Obergerichts kann somit nicht gefolgt werden.

Statt der Forderung auf Wiedereinstellung hätte die Beschwerdeführerin eher zum Ausdruck bringen müssen, dass sie mit der Kündigung nicht einverstanden ist. Mit der erfolgreichen Einsprache gegen eine missbräuchliche Kündigung, kann nur die Bezahlung einer Busse erreicht werden. Die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses gegen den Willen des Arbeitgebers hingegen ist ausgeschlossen.<sup>38</sup>

### **5.3.2. Entschädigung nach Art. 336a OR**

Der Zweck der Entschädigung ist trotz ihrer Bezeichnung nicht Schadenersatz. Sie hat eine strafrechtliche Funktion und richtet sich daher nach dem Verfehlen des Arbeitgebers und dem Mitverschulden der Arbeitnehmerin. Zudem sind auch die Art und Weise der Kündigung und die Umstände, die zur Kündigung geführt haben, mit einzubeziehen.<sup>39</sup> Die Entschädigung dient sowohl der Bestrafung als auch der Wiedergutmachung.<sup>40</sup>

Der Beschwerdegegnerin stand es frei welcher Konfliktpartei sie künden wollte. Dies insbesondere aufgrund der Tatsache, dass es der Informatika AG gestattet werden muss, sich auf ihre berechtigten Interessen der Begrenzung betriebswirtschaftlicher Schäden zu berufen. In diesem Fall ist es der Beschwerdeführerin verwehrt eine Entschädigung zu fordern.<sup>41</sup>

In casu kann die Beschwerdeführerin keine Ansprüche aus Art. 336a OR ableiten, denn ihre Ansprüche sind, wie bereits dargestellt, unabhängig von deren Begründetheit, verwirkt.

---

<sup>37</sup> BGE 132 III 406 (409) E. 2.1.

<sup>38</sup> ZWICK BRUNO, *Ausgewählte Vertragsverhältnisse, Gesellschaftsrecht, (Schriftenreihe Tatbestand Recht; Band 2)* 5. Auflage, Feldmeilen 2007, S. 102.

<sup>39</sup> BGE 119 II 157 (161) E. 2b.

<sup>40</sup> BGE 123 III 391 (394) E. 3c.

<sup>41</sup> Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 23. Januar 2002, JAR, 2003, S. 246.

### 5.3.3. Schadenersatz

Gemäss Art. 336a Abs. 2 OR bleiben Schadenersatzansprüche aus einem anderen Rechtstitel, zum Beispiel Art. 41 OR, vorbehalten. Es ist allerdings vorausgesetzt, dass der Anspruch aus einem anderen Grund als der Missbräuchlichkeit der Kündigung erfolgt.<sup>42</sup>

Der einzige andere Grund der in casu denkbar wäre, ist eine Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, was hier nicht zutrifft. Somit entfällt das geforderte Kriterium des Verschuldens. Vergleiche dazu die Ausführungen unter Kapitel 3.1.3 betreffend der Verletzung der Fürsorgepflicht.

### 5.3.4. Genugtuung

Im Hinblick auf die Wiedergutmachungsfunktion der Entschädigung sind grundsätzlich Genugtuungsansprüche ausgeschlossen. Liegen den beiden Ansprüchen nicht dieselben Tatsachen zugrunde, ist theoretisch denkbar, dass zusätzlich zur Entschädigung nach Art. 336a OR noch eine Genugtuung nach Art. 49 OR zugesprochen wird. In der Praxis bedeutet dies, wie das Bundesgericht ausgeführt hat, dass Art. 336a OR kaum noch Raum lässt für eine kumulative Anwendung von Art. 49 OR.<sup>43</sup> Ansprüche aus Art. 49 OR können nur in Ausnahmefällen geltend gemacht werden.

### 5.3.5. Entgangene Chance

Die entgangene Chance entspricht dem Verlust eines eventuellen zukünftigen Vorteils. Bei der Beurteilung der Kausalität gibt es zwei Varianten. Entweder es besteht eine Kausalität zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Schaden oder es besteht keine.<sup>44</sup> Damit ein Kausalzusammenhang besteht, muss sowohl die natürliche als auch die adäquate Kausalität gegeben sein. Die natürliche Kausalität besagt, dass ein Ereignis die *conditio sine qua non* für den Schaden darstellen muss.<sup>45</sup> Die adäquate Kausalität fordert zusätzlich, dass das Ereignis nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der normalen Lebenserfahrung geeignet ist, das betreffende Ergebnis herbeizuführen.<sup>46</sup> Nur wenn die natürliche und die adäquate Kausalität bejaht werden kann, besteht eine Schadenersatzpflicht des Verursachers des schädigenden Ereignisses. Der Richter hat nach Art. 43 OR die Möglichkeit bei der Festsetzung der Entschädigung auf die

---

<sup>42</sup> BGE 123 III 391 (394) E. 3c.

<sup>43</sup> JAR 1998, S. 200 f.; JAR 2005, S. 285.

<sup>44</sup> HIRSCH ALAIN, *Perte de chance et causalité*, in: CHAPPUIS CHRISTINE et WINIGER BENEDICT [Hrsg.], *Les causes de dommage*, Genf/Zürich/Basel 2007 (S. 279-289), S. 281 f.

<sup>45</sup> BGE 128 III 174 (177) E. 2b; 122 IV 17 (23) E. 2c/aa.

<sup>46</sup> BGE 96 II 392 (396) E. 2; 89 II 239 (250) E. 7.

Umstände des Verschuldens Rücksicht zu nehmen und den Verursacher zu einer eventuell ermässigten Entschädigung zu verurteilen, die unter dem effektiven Schaden liegt.<sup>47</sup> Er hat, im Zweifelsfall, die Möglichkeit einen Kausalzusammenhang zu bejahen und anschliessend den Schadenersatz herabzusetzen und somit eine angemessene Lösung zu finden.<sup>48</sup>

Die von der Beschwerdegegnerin vorgebrachte Theorie der entgangenen Chance ist in der schweizerischen Rechtsprechung nicht anerkannt. Sie mag in der Lehre vertreten sein, doch eine Änderung der Rechtsprechung ohne gewichtigen Grund widerspräche der Rechtssicherheit als Verfassungsgrundsatz.

Das Bundesgericht hat erst kürzlich in einem Entscheid bestätigt, dass das Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg nicht willkürlich gehandelt hatte, als es darauf verzichtet hat, die Möglichkeit des Verlustes einer Chance zu prüfen, da die Theorie der entgangenen Chance problematisch ist.<sup>49</sup>

Die Beschwerdeführerin behauptet, dass sie mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit zum neuen Mitglied der Geschäftsleitung gewählt worden wäre. Diese Behauptung ist aus der Luft gegriffen. Susanne M. und Beat Z. hatten ursprünglich beide dieselbe Chance genauso wie weitere mögliche Kandidaten. Aufgrund der Tatsache, dass Susanne M. mit der Arbeit in der letzten Zeit sehr wahrscheinlich überfordert war, und ihre Schwierigkeiten nicht meistern konnte, was schlussendlich vielleicht auch die Ursache für ihr Burnout-Syndrom war, sanken ihre Chancen auf die Beförderung deutlich. Dem Einwand der Beschwerdeführerin, der Patron Knöpfli hätte sie als Favoritin gehandelt, ist keine erhöhte Chance abzuleiten. Dies mag seine persönliche Meinung sein, doch entscheidet er nicht allein. Er hält nur eine Stimme in einem dreiköpfigen Team. Zudem hat er ihr im gleichen Gespräch klar dargetan, dass er mehr von Susanne M. erwarte, wenn sie wirklich Mitglied der Geschäftsleitung werden wolle und er teilte ihr weiter mit, dass er von ihrer Belastbarkeit nicht überzeugt sei. Herr Knöpfli bemerkte noch, er wolle bis Ende 2008 bleiben, um sich seiner Entscheidung für den „Nachfolger“ wirklich sicher zu sein. Somit ist, selbst im Falle einer Anerkennung der Möglichkeit der Zusprechung einer Entschädigung aufgrund des Verlusts einer Chance, kein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Zusprechung einer Entschädigung gegeben, da keine genügend hohe Wahrscheinlichkeit auf eine Beförderung vorlag.

---

<sup>47</sup> Art. 43/44 OR.

<sup>48</sup> BGE 123 III 110 (115) E. 3c.

<sup>49</sup> BGE 133 III 462 (472) E. 4.4.3.

## 6. Schlussbemerkungen

Die Ausführungen zeigen deutlich, dass die Beschwerdegegnerin ihre Fürsorgepflichten in keiner Weise verletzt hat. Sie hat die nötigen Präventivmassnahmen ergriffen und nach Bekanntwerden der Vorwürfe sofort gehandelt.

Die ausgesprochen Kündigung war, wie soeben dargelegt, nicht missbräuchlich.

Gestützt auf die vorangehenden Ausführungen ist das eingangs gestellte Rechtsbegehren hinreichend begründet und es wird höflich um Abweisung der Beschwerdeschrift ersucht.

\*\*\*\*\*

Namens der Beschwerdegegnerin  
Team 1