



**4A\_368/2023**

**Urteil vom 19. Januar 2024**

**I. zivilrechtliche Abteilung**

**Besetzung**

Bundesrichterin Jametti, Präsidentin,  
Bundesrichterinnen Hohl, Kiss,  
Bundesrichter Rüedi,  
Bundesrichterin May Canellas,  
Gerichtsschreiber Matt.

**Verfahrensbeteiligte**

Bank A. \_\_\_\_\_ AG,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. René Hirsiger, Beschwerdeführerin,

*gegen*

B. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwältin Martina Wagner Eichin, Beschwerdegegner.

**Gegenstand**

Forderung aus Arbeitsvertrag,

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 23. Mai 2023 (LA210022-O/U).

**Sachverhalt:**

**A.**

B. \_\_\_\_\_ (Arbeitnehmer, Beschwerdegegner) trat am 1. November 2010 bei der Bank A. \_\_\_\_\_ AG (Arbeitgeberin, Beschwerdeführerin) mit einem Pensum von 100 % im Rang eines Directors ein. In der Folge bekleidete er diverse weitere Führungspositionen. Sein monatlicher Bruttolohn betrug zuletzt Fr. 20'000.--.

Am 29. August 2018 meldete eine Mitarbeiterin der betriebsinternen Ombudsfrau für Verhalten und Ethik sexuelle Belästigungen durch den Arbeitnehmer. Die Arbeitgeberin leitete eine interne Untersuchung in die Wege. Am 23. Oktober 2018 kündigte sie den Arbeitsvertrag ordentlich auf den 31. Januar 2019. Wegen Krankheit und Unfall verlängerte sich das Arbeitsverhältnis bis zum 31. August 2019.

**B.**

Nach erfolglosem Schlichtungsversuch klagte der Arbeitnehmer am 13. Juli 2020 beim Arbeitsgericht Zürich gegen die Arbeitgeberin. Er verlangte eine Zeugnisänderung (Klagebegehren 1) und eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung (Klagebegehren 2).

Mit Urteil vom 26. März 2021 verpflichtete das Arbeitsgericht die Arbeitgeberin, auf ihrem Geschäftspapier ein rechtsgültig unterzeichnetes Arbeitszeugnis mit einem bestimmten Wortlaut auszustellen und dem Arbeitnehmer zusammen mit einer englischen Übersetzung zuzustellen (Dispositiv-Ziffer 1). Im Übrigen wies es die Klage ab (Dispositiv-Ziffer 2).

**C.**

Dagegen ging der Arbeitnehmer beim Obergericht des Kantons Zürich in Berufung. Dieses merkte mit Beschluss vom 23. Mai 2023 vor, dass Dispositiv-Ziffer 1 des arbeitsgerichtlichen Urteils in Rechtskraft erwachsen war. Gleichzeitig hob es in Gutheissung der Berufung Dispositiv-Ziffer 2 des arbeitsgerichtlichen Urteils auf und verpflichtete die Arbeitgeberin in Gutheissung des Klagebegehrens 2 zur Zahlung einer nicht sozialversicherungspflichtigen Entschädigung von Fr. 70'000.-- nebst Zins zu 5 % seit 1. September 2019.

#### **D.**

Die Arbeitgeberin beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen, das obergerichtliche Urteil sei teilweise aufzuheben und es sei das Klagebegehren 2 unter Kosten- und Entschädigungsfolgen abzuweisen. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an das Obergericht zurückzuweisen. Der Arbeitnehmer trägt auf Abweisung der Beschwerde an, während das Obergericht auf eine Vernehmlassung verzichtete.

#### **Erwägungen:**

##### **1.**

Die Beschwerde betrifft eine Zivilrechtsstreitigkeit (Art. 72 Abs. 1 BGG) und richtet sich gegen einen Endentscheid (Art. 90 BGG) eines oberen kantonalen Gerichts, das als Rechtsmittelinstanz entschieden hat (Art. 75 BGG). Der Streitwert erreicht den nach Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG in arbeitsrechtlichen Fällen geltenden Mindestbetrag von Fr. 15'000.--. Die Beschwerdeführerin unterlag mit ihrem Antrag (Art. 76 BGG), und die Beschwerde wurde innert der Beschwerdefrist eingereicht (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 BGG). Demnach ist auf die Beschwerde in Zivilsachen unter Vorbehalt einer hinreichenden Begründung einzutreten (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG).

##### **2.**

**2.1.** Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, ansonsten darauf nicht eingetreten wird (**BGE 140 III 115 E. 2; 134 II 244 E. 2.1**). In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Unerlässlich ist dabei, dass auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingegangen und im Einzelnen aufgezeigt wird, worin eine vom Bundesgericht überprüfbare Rechtsverletzung liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerde an das Bundesgericht nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (**BGE 140 III 115 E. 2, 86 E. 2**).

**2.2.** Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (**BGE 140 III 16 E. 1.3.1** mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich im Sinne von Art. 9 BV ist (**BGE 145 IV 154 E. 1.1; 143 IV 241 E. 2.3.1; 140 III 115 E. 2**). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG). Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (**BGE 140 III 264 E. 2.3** mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (**BGE 140 III 16 E. 1.3** mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (**BGE 140 III 86 E. 2**). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (**BGE 140 III 16 E. 1.3.1**).

**2.3.** Soweit die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Beweismittelwürdigung rügt, ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht in diese nur eingreift, wenn sie willkürlich ist. Willkür liegt nach der Rechtsprechung nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern bloss, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (**BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1; je mit Hinweisen**). Die Beweismittelwürdigung ist mithin nicht schon dann willkürlich, wenn sie nicht mit der Darstellung der Beschwerdeführerin übereinstimmt, sondern bloss, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist (**BGE 141 III 564 E. 4.1; 134 II 356 E. 4.2.1**). Dies ist dann der Fall, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (**BGE 140 III 264 E. 2.3; 137 III 226 E. 4.2; 136 III 552 E. 4.2**). Das Bundesgericht hebt einen Entscheid zudem nur auf, wenn er nicht bloss in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich ist (**BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.12; 167 E. 2.1**).

je mit Hinweisen). Inwiefern die Beweiswürdigung willkürlich sein soll, ist in der Beschwerde klar und detailliert aufzuzeigen (**BGE 134 II 244** E. 2.2). Namentlich genügt es nicht, einzelne Beweise anzuführen, die anders als im angefochtenen Entscheid gewichtet werden sollen, und dem Bundesgericht in appellatorischer Kritik die eigene Auffassung zu unterbreiten, als ob diesem freie Sachverhaltsprüfung zukäme (vgl. **BGE 140 III 264** E. 2.3; **116 Ia 85** E. 2b).

### 3.

Neben einer Zeugnisänderung, die nicht mehr Gegenstand des Verfahrens bildet, forderte der Beschwerdegegner von der Beschwerdeführerin eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung. Die Missbräuchlichkeit begründete er mit der Art und Weise der Kündigung. Die Erstinstanz verneinte eine missbräuchliche Kündigung und wies die Entschädigungsforderung ab. Demgegenüber sprach die Vorinstanz dem Beschwerdegegner wegen missbräuchlicher Kündigung Fr. 70'000.-- nebst Zins zu 5 % seit 1. September 2019 zu. Dagegen wehrt sich die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht. Sie rügt eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung sowie eine Verletzung von Art. 328, Art. 336 und Art. 336a OR.

**3.1.** Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Vertragspartei unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist gekündigt werden (Art. 335 Abs. 1 OR). Damit gilt das Prinzip der Kündigungsfreiheit. Es bedarf grundsätzlich keiner besonderen Gründe, um zu kündigen (vgl. **BGE 136 III 513** E. 2.3 mit Hinweisen). Ihre Grenzen findet die Kündigungsfreiheit im Missbrauchsverbot. Missbräuchlich ist eine Kündigung nur, wenn sie aus bestimmten, in Art. 336 OR umschriebenen unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, wobei die Aufzählung nicht abschliessend ist (**BGE 136 III 513** E. 2.3; **134 III 108** E. 7.1; **132 III 115** E. 2.1). Weitere Tatbestände sind denkbar und vom Bundesgericht schon mehrfach anerkannt worden (**BGE 132 III 115** E. 2.1; Urteil 4A\_44/2021 vom 2. Juni 2021 E. 4.1.1; je mit Hinweisen). Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt indessen voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die vergleichbar ist mit der Schwere der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgezählten Gründe (**BGE 136 III 513** E. 2.3 S. 515; **132 III 115** E. 2.1; **131 III 535** E. 4.2; Urteile 4A\_157/2022 vom 5. August 2022 E. 3.1; 4A\_44/2021 vom 2. Juni 2021 E. 4.1.1).

Grundsätzlich knüpft der sachliche Kündigungsschutz am Motiv der Kündigung an. Die Missbräuchlichkeit kann sich aber auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Auch wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht (**BGE 131 III 535** E. 4.2; **125 III 70** E. 2b mit Hinweisen). Ein krass vertragswidriges Verhalten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld einer Kündigung, kann diese als missbräuchlich erscheinen lassen (**BGE 132 III 115** E. 2.2). Demgegenüber genügt ein bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten des Arbeitgebers nicht, um die Kündigung als missbräuchlich erscheinen zu lassen. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsordnung, bloss unanständiges Verhalten zu sanktionieren (**BGE 132 III 115** E. 2.3; **131 III 535** E. 4.2 S. 539; Urteile 4A\_157/2022 vom 5. August 2022 E. 3.2; 4A\_44/2021 vom 2. Juni 2021 E. 4.1.2 mit Hinweisen).

**3.2.** Die Erstinstanz erwog, es sei unerheblich, ob die Vorwürfe der sexuellen Belästigung zutreffen. Es gehe nur darum, ob die Beschwerdeführerin die Vorwürfe genügend untersucht habe. Die interne Untersuchung sei im Wesentlichen getreu den Richtlinien und Merkblättern der Beschwerdeführerin erfolgt. Ein unabhängiges Team habe den Beschwerdegegner und weitere Personen befragt, die Ergebnisse in einem Untersuchungsbericht festgehalten und der internen Disziplinarstelle präsentiert. Nur schon der Untersuchungsbericht zeige, dass die Beschwerdeführerin die Vorwürfe sorgfältig untersucht habe. Es seien sowohl belastende als auch entlastende Aussagen berücksichtigt und gewürdigt worden. Die Beschwerdeführerin sei zum Schluss gekommen, dass die Vorwürfe mit grosser Wahrscheinlichkeit zuträfen. Ein Komplott habe sie ausschliessen können, da mehrere Personen den Beschwerdegegner belastet hätten und es sich nicht um einen einzigen, sondern um mehrere Vorfälle gehandelt habe. Die Wahrung der Anonymität der betroffenen Mitarbeitenden sei mit einer genügenden Untersuchung vereinbar. Zudem erweise sich im vorliegenden Fall die Verletzung der internen Vorschrift, wonach eine Vertrauensperson beim Gespräch zugegen sein dürfe, nicht als derart schwerwiegend, dass die ganze Untersuchung als ungenügend zu erachten wäre. Die Beschwerdeführerin sei zu Recht von einem begründeten Verdacht ausgegangen, der die Weiterbeschäftigung des Beschwerdegegners als unzumutbar habe erscheinen lassen.

**3.3.** Die Vorinstanz verwies auf das "Merkblatt sexuelle Belästigung", wonach der Beschwerdegegner das Recht auf Begleitung durch eine Vertrauensperson gehabt hätte. Allerdings sei er vor seiner Anhörung vom 20. September 2018 nicht auf dieses Recht hingewiesen worden. Vielmehr sei er gemäss seiner Darstellung überrumpelt worden. Es sei unbestritten, dass er nur eine Einladung zu einem Gespräch erhalten habe, ohne auf dessen Inhalt oder Zweck hingewiesen worden zu sein. Der Beschwerdegegner habe keine Möglichkeit gehabt, eine Vertrauensperson mitzunehmen, und zwar unabhängig davon, ob er vom "Merkblatt sexuelle Belästigung" gewusst habe oder nicht. Denn er habe nicht davon ausgehen müssen, dass das Gespräch eine Anhörung im Sinne dieses Merkblatts sei. Daraus schloss die Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe das Recht des Beschwerdegegners auf Begleitung durch eine Vertrauensperson verletzt.

Weiter hielt die Vorinstanz fest, der Beschwerdegegner habe keine Gelegenheit erhalten, sich auf das Gespräch vorzubereiten und nach entlastenden Tatsachen zu forschen. Zu denken sei beispielsweise an

Abwesenheiten, welche die Vorwürfe entkräftet hätten, oder Personen, die zu seinen Gunsten hätten aussagen können. Der Beschwerdegegner habe sich gemäss seiner insoweit unbestrittenen Darstellung auch während des Gesprächs nicht wirksam verteidigen können. Die gegen ihn erhobenen Vorwürfe seien nicht konkretisiert worden, um die anderen befragten Personen zu schützen. So habe er nicht erfahren, wann er wen, wo und wie sexuell belästigt habe. Dadurch sei es ihm nahezu verunmöglicht worden, detailliert Stellung zu nehmen und entlastende Tatsachen vorzubringen. Daran ändere nichts, dass er im Nachgang Gelegenheit gehabt habe, das Protokoll des Gesprächs zu korrigieren und eine separate schriftliche Stellungnahme abzugeben. Denn auch dafür habe er keine konkreteren Angaben zu den Vorwürfen erhalten. Dies gelte auch für den Firmenanlass im November 2017. Auch hier seien dem Beschwerdegegner nur der Anlass und der Vorwurf von nicht mit dem Verhaltenskodex zu vereinbarenden Berührungen und Annäherungen mit Mitarbeiterinnen mitgeteilt worden. Demgegenüber habe er nicht erfahren, wer betroffen gewesen sei und um welche Berührungen es sich genau gehandelt habe. Allerdings sei für ein faires Verfahren ein präziser Vorhalt notwendig. Wer einer Straftat beschuldigt sei, müsse wissen, was ihm genau vorgeworfen werde, um sich sinnvoll verteidigen zu können. Im Strafrecht ergebe sich aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs, dass einer gerichtlichen Entscheidung nur Tatsachen zugrunde gelegt werden dürfen, die den Beteiligten eröffnet worden seien und zu denen sie sich hätten äussern können. Der Beschwerdegegner hätte sich gemäss Vorinstanz nur wirksam wehren können, wenn ihm die Einzelheiten der Vorwürfe und die Identität zumindest der betroffenen Personen bekannt gegeben worden wären.

#### 4.

**4.1.** Die Vorinstanz erwog, es verhalte sich vorliegend "durchaus ähnlich wie in einem Strafverfahren". Sie stütze sich dafür auf das Urteil 4A\_694/2015 vom 4. Mai 2016, wo das Bundesgericht eine Reihe von Lehrmeinungen erwähnte (vgl. E. 2.4 mit Hinweisen). Nach dem dort zitierten Schrifttum hat der Arbeitgeber bei schweren Vorwürfen eine vollständige Untersuchung durchzuführen, in welcher dem beschuldigten Arbeitnehmer gleichwertige Garantien zu gewähren sind wie in einer Strafuntersuchung, namentlich die Möglichkeit, seine Verteidigung vorzubereiten, sich anwaltlich vertreten zu lassen und Beweisanträge zu stellen ("une enquête complète comportant, pour le travailleur dénoncé, des garanties équivalentes à celles d'une instruction pénale, telles les possibilités de préparer sa défense, se faire assister d'un conseil et faire administrer des preuves"). Aus den zitierten Lehrstellen folgt weiter, dass der Arbeitgeber sich bemühen muss, die Vorwürfe zu überprüfen. Es sei kaum bestreitbar, dass der Arbeitnehmer sich im Licht von Art. 328 Abs. 1 OR wirksam verteidigen können müsse, wenn seine Ehre auf dem Spiel stehe. Darüber hinaus könnten die erforderlichen Bemühungen des Arbeitgebers nicht abstrakt und absolut umschrieben werden. Im Gegenteil hingen sie von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab ("que l'employeur doit s'efforcer de vérifier les faits dénoncés. Il n'est non plus guère discutable qu'au regard de l'art. 328 al. 1 CO, le travailleur doit pouvoir équitablement défendre sa position lorsque son honneur est compromis. Pour le surplus, les démarches à accomplir par l'employeur ne sauraient être envisagées de manière abstraite et absolue; elles dépendent au contraire des circonstances concrètes de chaque cas").

Die Beschwerdeführerin macht zu Recht geltend, dass die Vorinstanz das Urteil 4A\_694/2015 vom 4. Mai 2016 zu weit interpretiert. Das Bundesgericht gab dort Lehrmeinungen wieder, welche die Durchführung einer vollständigen Untersuchung ("une enquête complète") propagieren und vergleichbare Verfahrensgarantien wie in einem Strafverfahren ("des garanties équivalentes à celles d'une instruction pénale") fordern. Allerdings betraf der damalige Sachverhalt keine interne Untersuchung im eigentlichen Sinn. Hätte das Bundesgericht die Forderungen der Lehre nicht bloss zitieren, sondern sich ihnen auch anschliessen wollen, dann hätte es dies in der Form eines unnötigen obiter dictum getan und überdies einen Widerspruch geschaffen zum Grundsatz, dass strafprozessuale Grundsätze nur im Verhältnis zu staatlichen Behörden gelten (vgl. etwa **BGE 131 IV 36** E. 3.3.1 zum Verbot des Selbstbelastungszwangs gemäss Art. 113 Abs. 1 und Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO).

Die strafprozessualen Garantien haben keine direkte Wirkung auf interne Untersuchungen eines Arbeitgebers. Auch die Grundrechte im Allgemeinen haben, abgesehen von wenigen, hier nicht interessierenden Ausnahmen, keine direkte Drittwirkung unter Privatpersonen. Daran ändert nichts, dass die Behörden gemäss Art. 35 Abs. 3 BV dafür sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden, und dass Art. 328 OR gelegentlich als "Einfallstor für eine indirekte Drittwirkung der Grundrechte" angesehen wird (vgl. etwa ROGER RUDOLPH, Interne Untersuchungen: Spannungsfelder aus arbeitsrechtlicher Sicht, in: SJZ 114/2018 S. 385 ff., S. 388 f.).

Eine Übernahme strafprozessualer Regeln in das Privatrecht verbietet sich nur schon deshalb, weil die fraglichen Rechtsverhältnisse grundverschieden sind: So begründen die Parteien eines Arbeitsvertrags freiwillig ein personenbezogenes Dauerschuldverhältnis. Anders verhält es sich im Strafverfahren, wo die beschuldigte Person unabhängig von ihrem Willen der staatlichen Strafgewalt unterworfen wird. Zudem stehen gänzlich andere Rechtsfolgen auf dem Spiel: Im Strafverfahren kann der Staat autoritativ Bussen (Art. 106 StGB), Geldstrafen (Art. 34 StGB) sowie Freiheitsstrafen (Art. 40 StGB) aussprechen. Ferner sind Massnahmen bis hin zur lebenslänglichen Verwahrung möglich (Art. 64 Abs. 1bis StGB). In keinem anderen Rechtsgebiet sind einschneidendere Eingriffe in die Grundrechte der Rechtsunterworfenen denkbar. Geht es demgegenüber wie hier um den arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz, dann droht dem Arbeitnehmer im schlimmsten Fall eine ordentliche Kündigung unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist.

**4.2.** Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe das Arbeitsverhältnis nicht fristlos, sondern ordentlich aufgelöst. Sie beruft sich auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach eine ordentliche Kündigung

nicht strengeren Anforderungen unterworfen sein darf als eine fristlose Kündigung. Nun kann aber bei einer fristlosen Kündigung bereits der blosse Verdacht einer schweren Verfehlung einen wichtigen Grund darstellen ("Verdachtskündigung"). Zudem ist eine ordentliche Kündigung nicht einmal missbräuchlich, wenn sich der Verdacht als unbegründet erweist. Missbräuchlichkeit liegt nur vor, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer leichtfertig und ohne vernünftigen Grund beschuldigt (vgl. namentlich das von der Vorinstanz zitierte Urteil 4A\_694/2015 vom 4. Mai 2016 E. 2.3: "l'abus suppose en effet, de surcroît, que l'employeur ait accusé le travailleur avec légèreté, sans justification raisonnable").

Wie die Beschwerdeführerin zutreffend vorträgt, ist der Arbeitnehmer auch bei einer ordentlichen Kündigung nicht der Willkür des Arbeitgebers ausgeliefert. So kann eine Kündigung aufgrund von Anschuldigungen durch andere Mitarbeitende dann missbräuchlich sein, wenn die Arbeitgeberin vor der Kündigung keine genügenden Abklärungen getätigt hat oder wenn die Abklärungen den Verdacht nicht erhärten. Damit wird der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und den berechtigten Interessen des Arbeitnehmers hinreichend Rechnung getragen.

**4.3.** Nach den unbestrittenen vorinstanzlichen Feststellungen wandte sich am 29. August 2018 eine Mitarbeiterin der Beschwerdeführerin an deren Ombudsfrau für Verhalten und Ethik und meldete sexuelle Belästigungen durch den Beschwerdegegner. In der Folge wurden nebst dieser Mitarbeiterin weitere Personen im Umfeld des Beschwerdegegners befragt. Zudem wurde ein Teil der elektronischen Kommunikation des Beschwerdegegners untersucht, und zwar hinsichtlich Äusserungen des Beschwerdegegners über die angeblich belästigte Mitarbeiterin. Sodann wurde der Beschwerdegegner am 20. September 2018 angehört. Danach wurde ihm das Protokoll zur Durchsicht zugestellt. Der Beschwerdegegner nahm daran diverse Änderungen vor. Nach der Anhörung des Beschwerdegegners kam die Beschwerdeführerin zum Schluss, dass dessen Aussagen wenig glaubhaft seien und im Widerspruch zu den Aussagen der anderen befragten Personen stünden. Insgesamt befand die Beschwerdeführerin, dass die von der anzeigenden Mitarbeiterin und von den übrigen Mitarbeitenden beschriebenen, unangemessenen Verhaltensweisen mit grosser Wahrscheinlichkeit stattgefunden hätten. Im Untersuchungsbericht wurde deshalb die Einleitung eines Disziplinarverfahrens gegen den Beschwerdegegner empfohlen. Die zuständige Disziplinarstelle tagte am 16. Oktober 2018 und beschloss die ordentliche Kündigung des Beschwerdegegners, worauf die Beschwerdeführerin das Arbeitsverhältnis am 23. Oktober 2018 auf den 31. Januar 2019 kündigte.

#### **4.4.**

**4.4.1.** Die Vorinstanz warf der Beschwerdeführerin vor, dass sie dem Beschwerdegegner nicht vorgängig mitgeteilt habe, worum es beim Gespräch vom 20. September 2018 gehe.

Die Beschwerdeführerin wendet zu Recht ein, dass die Vorinstanz mit dieser Forderung weiter geht als das Strafprozessrecht. Gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO ist die beschuldigte Person erst zu Beginn der ersten Einvernahme darauf hinzuweisen, dass gegen sie ein Vorverfahren eingeleitet worden ist und welche Straftaten Gegenstand des Verfahrens bilden. Nach Art. 143 Abs. 6 StPO macht die einzuvernehmende Person ihre Aussagen aufgrund ihrer Erinnerung. Sie darf nur mit Zustimmung der Verfahrensleitung schriftliche Unterlagen verwenden; diese werden nach Abschluss der Einvernahme zu den Akten genommen. Diese Bestimmung will sicherstellen, dass die einvernommene Person ihre Aussage im Zwiegespräch mit der einvernehmenden Person entwickelt und nicht etwa eine vorbereitete schriftliche Erklärung referiert. Deshalb bedarf der Rückgriff auf Unterlagen der Zustimmung der Verfahrensleitung (GÜNHILD GODENZI, in: Donatsch/Lieber/ Summers/Wohlers [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Auflage, Zürich 2020, N. 37 zu Art. 143 StPO).

Es ist nicht zu beanstanden, dass der Beschwerdegegner erst zu Beginn des Gesprächs über dessen Zweck und Inhalt erfuhr. Die Vorinstanz warf der Beschwerdeführerin zu Unrecht vor, der Beschwerdegegner habe keine Gelegenheit gehabt, sich auf das Gespräch vorzubereiten und nach entlastenden Tatsachen zu forschen. Es kommt hinzu, dass der Beschwerdegegner das Protokoll des Gesprächs korrigieren und eine separate schriftliche Stellungnahme dazu abgeben konnte. Darüber hinaus macht die Beschwerdeführerin geltend, der Beschwerdegegner habe nie vorgetragen, seine Aussagen zu den Vorwürfen wären anders ausgefallen, wenn er vorab darüber informiert worden wäre. Darauf braucht aber nicht weiter eingegangen zu werden, weil die Vorinstanz die Anforderungen an die interne Untersuchung ohnehin überspannte, indem sie verlangte, die Beschwerdeführerin hätte dem Beschwerdegegner vorgängig mitteilen müssen, worum es beim Gespräch vom 20. September 2018 geht.

**4.4.2.** Die Vorinstanz machte der Beschwerdeführerin weiter zum Vorwurf, dass der Beschwerdegegner sich beim Gespräch vom 20. September 2018 nicht von einer Vertrauensperson habe begleiten lassen können. Gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. c StPO ist die beschuldigte Person erst zu Beginn der ersten Einvernahme darauf hinzuweisen, dass sie berechtigt ist, eine Verteidigung zu bestellen oder gegebenenfalls eine amtliche Verteidigung zu beantragen. Nur schon vor diesem Hintergrund begründet das Fehlen einer Vertrauensperson beim Gespräch vom 20. September 2018 keinen derart gravierenden Mangel, dass von einer missbräuchlichen Kündigung gesprochen werden müsste. Wie bereits dargelegt, sind die StPO und die strafprozessualen Grundsätze hier ohnehin nicht anwendbar. Am Gesagten ändert nichts, dass das interne "Merkblatt sexuelle Belästigung" dem Beschwerdegegner das Recht gewährt, sich von einer Vertrauensperson vertreten zu lassen. Dies gilt umso mehr, als der Beschwerdegegner nicht behauptet, ein weiteres Gespräch unter Anwesenheit einer Vertrauensperson verlangt zu haben.

**4.4.3.** Die Vorinstanz wirft der Beschwerdeführerin weiter vor, den Beschwerdegegner nicht hinreichend über die Vorwürfe aufgeklärt zu haben.

In diesem Zusammenhang lehnt sich die Vorinstanz inhaltlich an das strafprozessuale Anklageprinzip an, ohne es beim Namen zu nennen. Gemäss Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO bezeichnet die Anklageschrift möglichst kurz, aber genau die der beschuldigten Person vorgeworfenen Taten mit Beschreibung von Ort, Datum, Zeit, Art und Folgen der Tatausführung. Nach dem aus Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV sowie aus Art. 6 Ziff. 1 und 3 lit. a und b EMRK abgeleiteten und nunmehr in Art. 9 Abs. 1 und Art. 325 StPO festgeschriebenen Anklagegrundsatz bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion). Zugleich bezweckt das Anklageprinzip den Schutz der Verteidigungsrechte der angeschuldigten Person und garantiert den Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion; **BGE 144 I 234 E. 5.6.1; 143 IV 63 E. 2.2; 141 IV 132 E. 3.4.1**; je mit Hinweisen).

Die Vorinstanz verlangt von der Beschwerdeführerin, sie hätte dem Beschwerdegegner genau mitteilen müssen, wann er wen, wo und wie sexuell belästigt habe. Es ist selbstverständlich, dass eine beschuldigte Person in einem Strafverfahren Anspruch auf diese Informationen hat. Doch wie bereits erwähnt wurde, ist die interne Untersuchung eines privaten Arbeitgebers nicht vergleichbar mit einer staatlichen Strafuntersuchung.

Im Übrigen besteht ein Zielkonflikt zwischen dem legitimen Selbstverteidigungsrecht des beschuldigten Arbeitnehmers und dem Schutz der meldenden Personen. Im Schrifttum ist unbestritten, dass deren Identität vertraulich zu behandeln ist. Diskutiert wird bloss, ob die Meldung auf anonymer Basis erstattet werden kann oder ob die Personalien zumindest der Meldestelle bekannt sein müssen. Dass die Personalien nicht an die beschuldigte Person weitergeleitet werden dürfen, steht in der Lehre, soweit ersichtlich, ausser Frage. Zu welchen gravierenden Folgen die Bekanntgabe des Namens der meldenden Person führen kann, zeigt gemäss Lehre das Urteil 4A\_2/2008 vom 8. Juli 2008, welches sich mit der rechtsmissbräuchlichen Kündigung einer meldenden Person durch die beschuldigte Person befasst (vgl. OTHMAR STRASSER, Zur Rechtsstellung des vom Whistleblower beschuldigten Arbeitnehmers, in: Adrian von Kaenel [Hrsg.]: Whistleblowing - Multidisziplinäre Aspekte, Bern 2012, S. 64 f.; DIANA IMBACH HAUMÜLLER, Whistleblowing - Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle, in: GesKR 2013, S. 71 ff., S. 82 f.).

Unabhängig davon stellt die Beschwerdeführerin in Abrede, dass die Vorwürfe völlig im Vagen geblieben seien. Sie legt mit präzisiertem Aktenhinweis auf die Beilage 5 zur Klageantwort dar, dass dem Beschwerdegegner der Vorwurf eröffnet wurde, er habe bei einem Firmenanlass im November 2017 Mitarbeiterinnen in ungebührlicher Weise berührt. Weiter wurde er gefragt, ob er Mitarbeiterinnen im Büro umarmt, ob er Mitarbeiterinnen am Oberschenkel oder am Rock berührt habe, ob er sich zu den privaten und sexuellen Beziehungen von Mitarbeiterinnen geäussert habe, ob er gegenüber Mitarbeiterinnen gesagt habe, dass er gerne körperliche Nähe mit ihnen hätte oder ob er gesagt habe, dass er es lieber hätte, wenn Frauen High Heels und kurze Röcke tragen. Damit trägt die Beschwerdeführerin überzeugend vor, dass die Vorwürfe hinreichend präzise waren, wenn man sie an den Anforderungen an eine interne Untersuchung misst.

Wenn die Vorinstanz in diesem Zusammenhang festhält, ein allfälliges Komplott gegen den Beschwerdegegner habe nicht ausgeschlossen werden können, dann verkennt sie das Wesen der internen Untersuchung. Freilich gibt es im Strafrecht keine "Verdachtsverurteilungen". Stellt sich heraus, dass der Vorwurf unbegründet ist, kommt es zu einem Freispruch (vgl. dazu Art. 10 Abs. 3 StPO). Demgegenüber sind im Arbeitsrecht Verdachtskündigungen zulässig und nicht einmal dann missbräuchlich, wenn sich der Verdacht später als unbegründet erweist. Daraus erhellt, dass der Arbeitgeber nicht beweisen muss, dass die Vorwürfe zutreffen.

**4.5.** Nach dem Gesagten tätigte die Beschwerdeführerin vor der ordentlichen Kündigung umfangreiche Abklärungen durch ein eigens dafür vorgesehenes Team. Dabei kam sie zum Schluss, dass sich der Verdacht gegen den Beschwerdegegner erhärtet hatte. Es kann nicht gesagt werden, dass die Beschwerdeführerin die ordentliche Kündigung leichtfertig oder ohne vernünftige Gründe ausgesprochen hätte.

Die Vorinstanz scheint aus den Augen zu verlieren, dass auch im Arbeitsrecht das Prinzip der Kündigungsfreiheit gilt. Es bedarf grundsätzlich keiner besonderen Gründe, um zu kündigen. Ihre Grenzen findet die Kündigungsfreiheit nur im Missbrauchsverbot. Die Vorinstanz beurteilte die interne Untersuchung der Beschwerdeführerin mit einem überzogenen Massstab, der über die strafprozessualen Anforderungen hinausging. Sie verlangte von der Beschwerdeführerin teilweise mehr als von einer Strafverfolgungsbehörde gefordert werden dürfte.

Indem die Vorinstanz die ordentliche Kündigung als missbräuchlich qualifizierte, verletzte sie Bundesrecht. Sie hätte dem Beschwerdegegner daher keine Entschädigung zusprechen dürfen. Damit erübrigen sich Ausführungen zur Höhe dieser Entschädigung, welche die Beschwerdeführerin als übersetzt rügt.

## **5.**

Die Beschwerde ist gutzuheissen. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Klage des Beschwerdegegners ist insoweit abzuweisen, als er eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung verlangt (Klagebegehren 2).

Ausgangsgemäss trägt der Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren die Kosten (Art. 66 Abs. 1 BGG) und hat er die Beschwerdeführerin zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Für die Neufestsetzung der Kosten und Entschädigungen im kantonalen Verfahren ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 67 und Art. 68 Abs. 5 BGG).

## **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Mai 2023 wird aufgehoben. Die Klage wird insoweit abgewiesen, als der Beschwerdegegner eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung verlangt (Klagebegehren 2).

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.-- werden dem Beschwerdegegner auferlegt.

**3.**

Der Beschwerdegegner hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 5'000.-- zu entschädigen.

**4.**

Für die Neufestsetzung der Kosten und Entschädigungen im kantonalen Verfahren wird die Sache an das Obergericht zurückgewiesen.

**5.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 19. Januar 2024

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jametti

Der Gerichtsschreiber: Matt