

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 634 50 53
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 18 152

Bern, 2. Juli 2018

Besetzung

Oberrichter Hurni (Referent), Oberrichterin Grütter und Oberrichter D. Bähler
Gerichtsschreiberin Miescher

Verfahrensbeteiligte

Insel Gruppe AG, Freiburgstrasse 18, 3010 Bern
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Beklagte/Berufungsklägerin

gegen

C. _____
vertreten durch Fürsprecher D. _____
Klägerin/Berufungsbeklagte

Gegenstand

Gleichstellungsgesetz

Berufung gegen den Teilentscheid des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 7. November 2017 (CIV 15 2226)



Regeste:

Rachekündigung (Art. 10 GIG)

- Die Anwendbarkeit von Art. 10 GIG setzt einen Kausalzusammenhang zwischen der beanstandeten Diskriminierung und der Kündigung voraus, welcher im Unterschied zu Art. 336 Abs. 1 lit. d OR zu vermuten ist, sofern die Kündigung auf eine innerbetriebliche Beschwerde folgt sowie sechs Monate über den Abschluss der in Gang gesetzten Verfahren hinaus (E. 9).
- Die aufgrund der sachlichen und zeitlichen Voraussetzungen vermutete Rachekündigung kann allein mit dem Nachweis eines begründeten Anlasses für die Kündigung widerlegt werden (E. 9).
- Das Obergericht hat in casu in Übereinstimmung mit der Vorinstanz das Vorliegen einer Rachekündigung bejaht (E. 10 – 12).

Erwägungen:

I.

1.

- 1.1 Die Berufungsbeklagte trat am 01.07.2003 als Ärztin in den Dienst des Inselspitals Bern ein (pag. 29, 231, Klagebeilage [KB] 36).
- 1.2 Am 01.10.2008 trat Prof. Dr. med. E._____ seine Stelle als Direktor der Universitätsklinik für Anästhesiologie und Schmerztherapie (nachfolgend: KAS) an (pag. 19, 223, Einvernahme [EV] E._____, Protokoll 05.04.2016, S. 3 Z. 12, pag. 751).
- 1.3 Ab Juli/August 2010 bis Dezember 2011 absolvierte die Berufungsbeklagte einen Forschungsaufenthalt in Stanford (pag. 37, 1347, pag. 1641 Rz. 14, KB 78).
- 1.4 Am 18.01.2012 schloss sie mit dem Departement Intensivmedizin, Notfallmedizin und Anästhesiologie einen neuen Arbeitsvertrag ab. Dies war verbunden mit einer Funktionsänderung, neuerlohneinstufung und unbefristeter Anstellung. Rückwirkend ab 01.01.2012 war die Berufungsbeklagte mit einem Beschäftigungsgrad von 100% als Oberärztin I in der Universitätsklinik für Anästhesiologie und Schmerztherapie tätig (pag. 29, 231, KB 35, Duplikbeilage 3).

- 1.5 Ab dem 31.03.2013 bis am 15.05.2013 war die Berufungsbeklagte ärztlich krankgeschrieben (KB 93, 94). Ab dem 15.05.2013 bis 31.10.2013 war sie weiterhin zu 100% krankgeschrieben, allerdings vorbehaltlich „Akademische Lehre und Forschung in reduziertem Umfang“ (KB 95-100). Ab dem 01.11.2013 bis zur Geburt ihres Kindes (21.11.2013) war sie ohne den erwähnten Vorbehalt zu 100% krankgeschrieben (KB 101).
- 1.6 Mit E-Mail vom 19.08.2013 teilte die Berufungsbeklagte Prof. E. _____ u.a. mit, dass sie nach dem Mutterschaftsurlaub mit einem Beschäftigungsgrad von 80% arbeiten möchte (KB 105a/b, CB 72).
- 1.7 Am 21.11.2013 wurde die Berufungsbeklagte Mutter (KB 62, Duplikbeilage 4).
- 1.8 Am 18.12.2013 reichte die Berufungsbeklagte das Formular „Geburtsurlaub“ mit dem gewünschtem Beschäftigungsgrad von 80% nach Wiederaufnahme der Arbeit am 11.08.2014 ein (KB 62).
- 1.9 Mit Schreiben vom 20.01.2014 orientierte Fürsprecher D. _____ im Auftrag der Berufungsbeklagten Prof. E. _____ über die Absichten der Berufungsbeklagten (nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs unbezahlter Urlaub bis 10.08.2014, Beschäftigungsgrad 80% sowie Forschungstätigkeit / Habilitation / akademische Lehre) und ersuchte ihn, hierzu Stellung zu nehmen (KB 61).
- 1.10 Mit Schreiben vom 23.01.2014 teilte die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten mit, dass die Klinikleitung die Berufungsbeklagte nach Ablauf des Geburtsurlaubs am 13.03.2014 wieder zum Dienst erwarte und dem Wunsch der Berufungsbeklagten, nach Ablauf des Geburtsurlaubs 29 Ferientage am Stück und einen darauf folgenden unbezahlten Urlaub bis zum 10.08.2014 zu beziehen, nicht entsprechen könne. Ebenfalls nicht entsprechen könne die Klinikleitung dem Wunsch der Berufungsbeklagten auf eine Beschäftigungsreduktion von 100% auf 80% (KB 56, 106).
- 1.11 Mit Schreiben vom 03.02.2014 liess Fürsprecher D. _____ der Berufungsklägerin die Stellungnahme der Berufungsbeklagten vom 30.01.2014 zukommen. Darin äusserte sich die Berufungsbeklagte u.a. zum Geburtsurlaub und dem unbezahlten Urlaub bis 10.08.2014, der Beschränkung der Arbeitszeit sowie dem Beschäftigungsgrad (KB 107).
- 2.
- 2.1 Am 07.02.2014 reichte die Berufungsbeklagte beim Rektorat der Universität Bern eine aufsichtsrechtliche Beschwerde gegen Prof. Dr. E. _____, Klinikdirektor der KAS, wegen Diskriminierung des weiblichen Geschlechts und der Verhinderung ihrer akademischen Karriere ein (KB 38, AB 1).
- 2.2 Mit Schreiben vom 03.03.2014 teilte die Berufungsklägerin (Fürsprecher A. _____, Leiter Rechtsdienst) der Berufungsbeklagten in Beantwortung des Schreibens der Berufungsbeklagten vom 30.01.2014/03.02.2014 mit, dass Prof. E. _____ entgegenkommender Weise bereit sei, dem Anliegen der Berufungsbeklagten betr. unbezahlten Urlaubs bis 10.08.2014 nachzukom-

- men. Aktuell seien allerdings noch keine Aussagen bezüglich des Beschäftigungsgrades der Berufungsbeklagten nach deren Rückkehr möglich (KB 108).
- 2.3 Mit Schreiben vom 10.03.2014 ersuchte Fürsprecher D._____ die Berufungsklägerin (Fürsprecher A._____, Leiter Rechtsdienst) namens der Berufungsbeklagten um eine Stellungnahme in Bezug auf den Beschäftigungsgrad. Es sei nicht akzeptabel, dass keine Angaben über den Beschäftigungsgrad gemacht werden könnten (KB 109).
- 2.4 Am 12.03.2014 endete die Schwangerschaftssperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. c des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht (OR; SR 220).
- 2.5 Mit Schreiben vom 13.03.2014 wandte sich die Berufungsbeklagte an F._____, Direktor Personal. Sie teilte ihm mit, dass sie von Prof. E._____ noch nichts über ihren Beschäftigungsgrad nach dem unbezahltem Urlaub bis 10.08.2014 erfahren habe und auch nichts betreffend Förderung ihrer akademischen Karriere (KB 39).
- 2.6 Am 27.03.2014 teilte die Berufungsklägerin (Fürsprecher A._____, Leiter Rechtsdienst) in Beantwortung des Schreibens von Fürsprecher D._____ vom 10.03.2014 mit, dass sie bis zum gewünschten Termin vom 28.03.2014 noch keine Stellungnahme in Bezug auf den Beschäftigungsgrad abgeben könne. Die Berufungsklägerin werde sich sobald als möglich melden (KB 110).
- 2.7 Mit Schreiben vom 11.04.2014 ersuchte Fürsprecher D._____ die Berufungsklägerin (Fürsprecher A._____, Leiter Rechtsdienst) namens der Berufungsbeklagten erneut um eine Stellungnahme in Bezug auf den Beschäftigungsgrad (KB 111).
- 2.8 Mit Schreiben vom 11.04.2014 bat die Berufungsbeklagte F._____ um eine Stellungnahme zu ihrem Schreiben vom 13.03.2014 (KB 40).
- 2.9 Am 17.04.2014 teilte F._____ der Berufungsbeklagten mit, die Berufungsklägerin brauche für ihre Abklärungen Zeit und würde sich so bald als möglich melden (KB 41).
- 2.10 In Beantwortung des Schreibens von Fürsprecher D._____ vom 11.04.2014 teilte die Berufungsklägerin (Fürsprecher A._____, Leiter Rechtsdienst) mit Schreiben vom 23.04.2014 mit, die Abklärungen seien im Gange (KB 112).
- 2.11 Mit Schreiben vom 01.05.2014 verdankte Fürsprecher D._____ namens der Berufungsbeklagten das Schreiben vom 23.04.2014. Die Berufungsbeklagte stelle fest, dass die Stellungnahme des Inselspitals nun seit mehr als drei Monaten auf sich warten lasse und dass sie ihr Fremdbetreuungssystem nicht beliebig an die Wünsche des Inselspitals anpassen könne (KB 113).
- 2.12 Mit Schreiben vom 20.05.2014 bat die Berufungsbeklagte F._____ erneut um eine Stellungnahme zu ihrem Schreiben vom 13.03.2014. Sie kenne die Arbeitsbedingungen nach Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit ab 11.08.2014 nicht und sollte die Kinderbetreuung organisieren können. Weiter könne sie ohne Kenntnis der Arbeitsbedingungen der Aufforderung der Dienstplaner der KAS

nicht nachkommen, wonach die Freiwünsche für die Dienstplanperiode Juni-Oktober bekanntzugeben seien (KB 42).

- 2.13 Mit Datum vom 17.06.2014 kündigte die Berufungsklägerin den Arbeitsvertrag unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist per 30.11.2014 (pag. 29, 231, KB 37). Begründet wurde die Kündigung wie folgt:

„Das Arbeitsverhältnis zwischen Ihnen und dem Inselspital ist aufgrund zahlreicher Vorfälle über längere Zeit hinweg sehr belastet worden. Dies hat zur Folge, dass das Vertrauensverhältnis nachhaltig gestört worden ist. Unter diesen Umständen ist das Inselspital Universitätsspital Bern als Arbeitgeberin zum Schluss gelangt, dass keine Aussicht auf eine weitere erfolgreiche Zusammenarbeit besteht.“

Die Berufungsbeklagte wurde bis zum Ablauf der Kündigungsfrist freigestellt.

- 2.14 Am 12.08.2014 erteilte die Universitätsleitung der Berufungsbeklagten auf Antrag der Medizinischen Fakultät die Venia Docendi für das Fach Anästhesiologie und es wurde ihr das Recht zur Führung des Titels Privatdozentin verliehen (KB 115). Mit Schreiben der Medizinischen Fakultät vom 28.08.2014 wurde die Berufungsbeklagte sodann aufgefordert, eine Antrittsvorlesung zu halten (KB 114).

- 2.15 Mit Schreiben vom 27.08.2014 gratulierte die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten zum zehnjährigen Dienstjubiläum. Es wurde ihr mitgeteilt, dass sie Anrecht auf ein Dienstaltersgeschenk von fünf zusätzlichen Ferientagen habe (KB 43).

3.

- 3.1 Mit Schlichtungsgesuch vom 30.10.2014 focht die Berufungsbeklagte die Kündigung vom 17.06.2014 an (KB 2, S. 1).

- 3.2 Am 06.11.2014 reichte die Berufungsbeklagte beim Regionalgericht Bern-Mittelland ein Gesuch um provisorische Wiedereinstellung gemäss Art. 10 Abs. 3 GIG ein (Verfahren CIV 14 7305, pag. 1 ff.). Diesem Gesuch wurde mit Entscheid vom 12.01.2015 erstinstanzlich entsprochen (Verfahren CIV 14 7305, pag. 95 ff.). Die gegen diesen Entscheid durch die Berufungsklägerin erhobene Berufung (Verfahren CIV 14 7305, pag. 163 ff.) wurde mit Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 05.05.2015 (Verfahren CIV 14 7305 / ZK 15 51, pag. 467 ff.) gutgeheissen. Dieser Entscheid ist in Rechtskraft erwachsen.

- 3.3 Am 09.01.2015 wurde eine Schlichtungsverhandlung durchgeführt, anlässlich derer der Berufungsbeklagten die Klagebewilligung erteilt wurde (KB 2).

- 3.4 Am 26.01.2015 hat die Universitätsleitung über die aufsichtsrechtliche Beschwerde der Berufungsbeklagten entschieden und das Vorliegen eines Handlungsbedarfs verneint (KB 210, AB 11).

4.

- 4.1 Mit Klage vom 09.04.2015 stellte die Berufungsbeklagte dem Regionalgericht Bern-Mittelland folgende Rechtsbegehren (pag. 7):

Hauptbegehren (Teilklage)

1. Die Kündigung des Arbeitsvertrages vom 17.06.2014 sei aufzuheben (Art. 10 GIG).
2. Es sei gerichtlich festzustellen, welcher Anteil der Klägerin seit 01.12.2009 an dem von Prof. E._____ verwalteten Fonds „Privatärztliche Poolgelder“ und, soweit selbständig, zusätzlich am „Wissenschaftlichen Fonds der KAS“ zusteht, und die Beklagte sei zu verurteilen, diesen Betrag der Klägerin als Lohnnachzahlung auf ihr persönliches Konto bzw. als Forschungsunterstützung auf das individuelle KAS-Konto zu überweisen, nebst Zins zu 5% seit wann rechtens.
3. Die Beklagte sei zu verurteilen, Fr. 858.20 als Bonus für Publikationen zu bezahlen.
4. Die Beklagte sei zu verurteilen der Klägerin Fr. 2'333.60 aus Weiterbildungskosten zu bezahlen.
5. Es sei gerichtlich festzustellen, dass die Klägerin ein Dienstaltersgeschenk von fünf zusätzlichen Ferientagen beanspruchen kann.

Eventualbegehren (Teilklage)

1. Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin Fr. 114'567.50 zu bezahlen (Art. 336a Abs. 1 und 2 OR; Art. 5 Abs. 2 GIG).
2. Es sei gerichtlich festzustellen, welcher Anteil der Klägerin seit 01.12.2009 an dem von Prof. E._____ verwalteten Fonds „Privatärztliche Poolgelder“ und, soweit selbständig, zusätzlich am „Wissenschaftlichen Fonds der KAS“ zusteht, und die Beklagte sei zu verurteilen, diesen Betrag der Klägerin als Lohnnachzahlung auf ihr persönliches Konto bzw. als Forschungsunterstützung auf das individuelle KAS-Konto zu überweisen, nebst Zins zu 5% seit wann rechtens.
3. Die Beklagte sei zu verurteilen, Fr. 858.20 als Bonus für Publikationen zu bezahlen.
4. Die Beklagte sei zu verurteilen der Klägerin Fr. 2'333.60 aus Weiterbildungskosten zu bezahlen.
5. Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin eine Entschädigung, entsprechend fünf Ferientagen, zu bezahlen (Dienstaltersgeschenk).

- Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

4.2 Mit Klageantwort vom 02.07.2015 beantragte die Berufungsklägerin die Abweisung der Klage, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

4.3 Mit Teilentscheid vom 07.11.2017 wurde über die klägerischen Rechtsbegehren 1, 3, 4 und 5 wie folgt entschieden (pag. 1761 f.):

1. Die Kündigung vom 17.06.2014 wird aufgehoben.
2. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin einen Betrag von CHF 858.20 zu bezahlen.
3. Es wird festgestellt, dass die Klägerin ein Dienstaltersgeschenk von fünf zusätzlichen Ferientagen beanspruchen kann.
4. Soweit weitergehend wird die Klage vom 09.04.2015 betreffend die klägerischen Rechtsbegehren Ziffern 1, 3, 4 und 5 abgewiesen.

5. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

6. Die Beklagte hat der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 111'168.70 (inkl. MWST) zu bezahlen.

4.4 Am 19.02.2018 fertigte das Regionalgericht die Entscheidungsbegründung aus. Es erwog darin zusammenfassend Folgendes:

4.4.1 Gemäss Art. 10 des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG; SR 151.1) ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber anfechtbar, wenn sie ohne begründeten Anlass auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung oder auf die Anrufung der Schlichtungsstelle oder des Gerichts durch die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer folgt (Abs. 1). Der Kündigungsschutz gilt für die Dauer eines innerbetrieblichen Beschwerdeverfahrens, eines Schlichtungs- oder eines Gerichtsverfahrens sowie sechs Monate darüber hinaus (Abs. 2). Die Kündigung muss vor Ende der Kündigungsfrist beim Gericht angefochten werden (Abs. 3 Satz 1).

4.4.2 Unbestritten sind gemäss der Vorinstanz das Bestehen eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses i.S.v. Art. 8 if. GIG und die Kündigung durch die Arbeitgeberin (pag. 29, pag. 231 Rz. 24). Die Kündigung vom 17.06.2014 sei sodann noch während der Dauer des innerbetrieblichen Beschwerdeverfahrens erfolgt, habe doch die Universitätsleitung erst am 26.01.2015 über die aufsichtsrechtliche Beschwerde der Berufungsbeklagten entschieden (KB 210). Schliesslich habe die Berufungsbeklagte die Kündigung vom 17.06.2014 mit Schlichtungsgesuch vom 30.10.2014 und damit vor Ende der Kündigungsfrist (30.11.2014) angefochten (KB 2, S. 1). Überdies habe sie am 06.11.2014 beim Regionalgericht Bern-Mittelland ein Gesuch um provisorische Wiedereinstellung gemäss Art. 10 Abs. 3 GIG eingereicht (Verfahren CIV 14 7305, pag. 1 ff.).

Strittig sind gemäss der Vorinstanz demgegenüber die beiden weiteren Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 1 GIG, nämlich das *Vorliegen einer innerbetrieblichen Beschwerde über eine Diskriminierung* und ob die Berufungsklägerin *die Kündigung ohne begründeten Anlass* aussprach.

4.4.3 Was die Innerbetrieblichkeit der Beschwerde anbelangt, kam die Vorinstanz zum Schluss, dass diese gegeben sei. Vorliegend sei die Beschwerde zwar an Prof. Dr. G. _____ vom Rektorat der Universität Bern und nicht an das Insspital adressiert worden. Dieser sei bis im Oktober 2016 und damit im Zeitpunkt der Beschwerde als Rektor der Universität Bern jedoch Mitglied des Verwaltungsrates der Berufungsklägerin gewesen (Art. 15 Abs. 1 lit. a der Spitalversorgungsverordnung [SpVV; BSG 812.112; bis 30.11.2015 in Kraft stehende Fassung] sowie Zefix-Online-Handelsregistrauszug mit SHAB 201 vom 17.10.2016 betreffend die Berufungsklägerin). Nach Treu und Glauben sei bereits aus diesem Grund von einer Wissenszurechnung an die Berufungsklägerin als Arbeitgeberin auszugehen. Unbestrittenermassen sei sodann der Vorgesetzte der Berufungsbeklagten, Prof. Dr. E. _____, von der Universitätsleitung zu einer Stellungnahme eingeladen worden. Dieser habe daraufhin den Leiter des Rechtsdiensts der Berufungsklägerin, A. _____, über den Ein-

gang der Beschwerde orientiert (EV A._____, Protokoll 04.04.2016, S. 34, Z. 26ff. pag. 735, pag. 1639, Rz. 12). Auch F._____, Personaldirektor bei der Berufungsklägerin, habe von der Beschwerde Kenntnis erhalten (EV F._____, Protokoll 12.04.2016, S. 28, Z. 41ff. pag. 939). Damit sei erstellt, dass die Entscheidungsträger bei der Berufungsklägerin Kenntnis von der Beschwerde gehabt hätten. Eine Wissenszurechnung an den Arbeitgeber sei damit ohne weiteres zu bejahen.

- 4.4.4 Was den Anlass für die Kündigung anbelangt, so sei diese mit einem nachhaltig gestörten Vertrauensverhältnis begründet worden. Sämtliche der von der Berufungsklägerin für den angeblichen Vertrauensverlust geltend gemachten Gründe seien jedoch in dem Zeitpunkt, in dem sie sich ereigneten, für die Berufungsklägerin kein Anlass für eine Kündigung gewesen und hätten bis zu zwei Jahre zurück gelegen. Hinzu komme, dass einige der Gründe von den angerufenen Zeugen nicht bestätigt worden, zeitlich nicht einzuordnen gewesen oder nachgeschoben worden seien, resp. sich erst nach Empfang der Kündigung zugetragen hätten und damit ohnehin nicht zu berücksichtigen seien. Der letzte geltend gemachte und zu berücksichtigende Kündigungsgrund datiere vom 26.12.2013. Doch auch hier sei mit der Kündigung vom 17.06.2014 noch fast sechs Monate (bzw. nach Ablauf der Schwangerschaftssperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. c OR am 12.03.2014 noch gut drei Monate) zugewartet worden. Der Berufungsklägerin gelinge der ihr obliegende Beweis nicht, dass ein begründeter Anlass für die Kündigung bestanden und sie tatsächlich aus diesem Anlass gekündigt habe. Soweit sie sich im Kündigungsschreiben vom 17.06.2014 auf ein gestörtes Vertrauensverhältnis berufe, erscheine dies als vorgeschoben. Die Kausalität zwischen dem geltend gemachten begründeten Anlass „gestörtes Vertrauensverhältnis“ und der Kündigung sei zu verneinen. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Berufungsklägerin die Berufungsbeklagte noch am 23.01.2014 vorbehaltlos aufgefordert habe, nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubes am 13.03.2014 wieder zur Arbeit zu erscheinen, sei davon auszugehen, dass die als innerbetriebliche Beschwerde zu qualifizierende Diskriminierungsbeschwerde der Berufungsbeklagten vom 07.02.2014 (KB 38, AB 1) unmittelbarer Anlass zur Kündigung gewesen sei und das Fass gewissermassen zum Überlaufen gebracht habe.

5.

- 5.1 Mit Berufung vom 23.03.2018 stellt die Berufungsklägerin dem Obergericht des Kantons Bern die folgenden Rechtsbegehren:

1. *Die Ziffern 1, 3 und 6 des Teilentscheids vom 7. November 2017 des Regionalgerichts Bern-Mittelland, Verfahren CIV 15 2226, seien aufzuheben.*
2. *Die Rechtsbegehren 1 und 5 sowie die Eventualbegehren der Klage vom 9. April 2015 seien abzuweisen.*
3. *Die erstinstanzlichen Parteikosten seien entsprechend dem Verfahrensausgang neu zu verlegen.*

- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen –

- 5.2 Mit Berufungsantwort vom 07.05.2018 stellt die Berufungsbeklagte dem Obergericht die folgenden Rechtsbegehren:

Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird, und das Urteil des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 07.11.2017 (CIV 152226) sei zu bestätigen.

Eventuell:

Die Sache sei zur Beurteilung des Eventualbegehrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

- Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

II.

6.

- 6.1 Die Berufungsinstanz prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Eintretensvoraussetzungen der Berufung gegeben sind (Art. 60 der Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]; BGE 142 III 48 E. 4.1.2 S. 54).
- 6.2 Die Berufung richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit mit einem Streitwert von mehr als CHF 10'000.00 (Art. 308 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 ZPO) und ist innert der Berufsfrist (Art. 311 Abs. 1 ZPO) von der mit ihren Rechtsbegehren unterlegenen und damit formell und materiell beschwerten Partei eingereicht worden. Das Obergericht des Kantons Bern ist zur Beurteilung der mit Berufung weitergezogenen Streitigkeit funktionell zuständig (Art. 4 ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1]).
- 6.3 Die Berufung hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO); im Übrigen erwächst der Entscheid in Rechtskraft. Die Ziffern 2, 4 und 5 des vorinstanzlichen Entscheids erwachsen damit unangefochten in Rechtskraft.
- 6.4 Die Berufung ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO); sind die Begründungsanforderungen nicht erfüllt, ist auf die Berufung nicht einzutreten (Urteil des Bundesgerichts 4A_651/2012 vom 7. Februar 2013 E. 4.2).
- 6.5
- 6.5.1 Mit Berufung kann gemäss Art. 310 ZPO sowohl die unrichtige Rechtsanwendung (Bst. a) wie auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (Bst. b) geltend gemacht werden. Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO begründet zu erfolgen. Begründen im Sinne der genannten Vorschrift bedeutet, aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Dies setzt voraus, dass die Berufungsklägerin im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen genau bezeichnet, die sie anführt, sich mit diesen argumentativ auseinandersetzt und die Aktenstücke nennt, auf denen ihre Kritik beruht (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375;

Urteile des Bundesgerichts 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015 E. 2.4.1; 4A_68/2016 vom 7. November 2016 E. 4.2).

- 6.5.2 Das zweitinstanzliche Verfahren zeichnet sich denn auch dadurch aus, dass bereits eine richterliche Beurteilung des Streits vorliegt. Das Berufungsverfahren ist keine blosser Fortsetzung oder gar Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens (Urteile des Bundesgerichts 4A_413/2015 vom 5. November 2015 E. 3.4.1; 4A_221/2015 vom 23. November 2015 E. 5.2.1), sondern auf die Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen ausgerichtet (BGE 142 III 413 E. 2.2.2 m.H.). Entsprechend ist es an der Berufungsklägerin, anhand der erstinstanzlich festgestellten Tatsachen oder der daraus gezogenen rechtlichen Schlüsse aufzuzeigen, inwiefern sich die Überlegungen des erstinstanzlichen Richters nicht aufrecht erhalten lassen (Urteile des Bundesgerichts 5A_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3 und 4A_290/2014 vom 1. September 2014 E. 3.1). Sie muss dabei mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigen, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll (so auch die Urteile des Obergerichts des Kantons Zürich LZ160009-O/U vom 28. November 2016 E. 4.2; LY160033-O/U vom 15. November 2016 E. 2.3; NP150015-O/ vom 23. Dezember 2015 E. III). Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375 f.; Urteile des Bundesgerichts 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1); denn es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz von Amtes wegen zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat (so auch die Urteile des Obergerichts des Kantons Zürich LB160044 vom 23. Dezember 2016 E. 4; LA 160015 vom 7. November 2016 E. II; NP160005 vom 18. Oktober 2016 E. 1.1).
- 6.5.3 Die Berufungsklägerin lässt diese Grundsätze unberücksichtigt, soweit sie auf den S. 3 bis 5 ihrer Berufungsschrift eine Darstellung des Sachverhalts aus eigener Sicht präsentiert, ohne dabei anhand konkreter Verweisungen auf die vorinstanzlichen Erwägungen aufzuzeigen, inwiefern der vorinstanzlich festgestellte Sachverhalt unvollständig oder unrichtig sein soll, geschweige denn anhand präziser Verweisungen auf die Akten aufzuzeigen, dass die präsentierten Sachverhaltselemente im vorinstanzlichen Verfahren behauptet und zum Beweis gestellt worden sein sollen. Darauf ist nicht weiter einzugehen.
- 6.5.4 Die Berufungsklägerin übersieht diese Grundsätze schliesslich auch, soweit sie der Vorinstanz auf den S. 6 und 7 ihrer Berufungsschrift pauschal vorwirft, diese habe „die Glaubwürdigkeit der [Berufungs-]beklagten nicht geprüft und also auch nicht in die Beurteilung einfließen lassen“, was „zwangsläufig zu einer unvollständigen Beweiswürdigung“ führe. Die Berufungsklägerin exemplifiziert diesen Vorwurf nur gerade anhand eines einzigen Beispiels, bei welchem die Vorinstanz den Aussagen der Berufungsbeklagten aber gerade keinen Glauben schenkte (E. 48 des angefochtenen Entscheids). Inwiefern dieses

Beispiel sämtliche anderen Aussagen der Berufungsbeklagten als unglaubwürdig ausweisen soll, ist nicht ersichtlich und vermag die Berufungsklägerin mit ihrer pauschal geäußerten Kritik auch nicht darzutun. Auf die entsprechenden Ausführungen auf den S. 6 und 7 ist mithin ebenfalls nicht weiter einzugehen.

- 6.6 Im Übrigen ist auf die Berufung unter Vorbehalt hinreichender Begründung einzutreten.

III.

7. Auf den Seiten 7 bis 11 ihrer Berufungsschrift rügt die Berufungsklägerin zunächst, dass die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgegangen sei, bei der aufsichtsrechtlichen Anzeige der Berufungsbeklagten vom 7.2.2014 (Diskriminierungsbeschwerde) handle es sich um eine **innerbetriebliche Beschwerde** i.S.v. Art. 10 GIG.

- 7.1 Zur Begründung dieser Rüge führt die Berufungsklägerin aus:

- 7.1.1 Die Vorinstanz habe zutreffend festgehalten, dass die Berufungsbeklagte ihre Anzeige an das Rektorat der Universität Bern, z.H. Prof. Dr. G._____ gerichtet habe. Adressatin der Beschwerde sei somit die Universitätsleitung gewesen. Unbestrittenermassen sei aber das Inselspital Bern Arbeitgeberin der Berufungsbeklagten. Wenn die Vorinstanz davon ausgehe, dass eine enge Verknüpfung zwischen der Berufungsklägerin und der Universität Bern bestehe, so hätte sie nachvollziehbar aufzeigen müssen, in welchen Bereichen diese enge Verknüpfung allgemein vorliege und im Besonderen, wie sich diese Verknüpfung auf die Stellung der Berufungsbeklagten und / oder die Klinik für Anästhesiologie und Schmerztherapie auswirken würde. Alleine das Wissen der Berufungsklägerin über den Bestand einer aufsichtsrechtlichen Anzeige an die Universität reiche jedenfalls nicht aus, um diese Anzeige als „innerbetriebliche Beschwerde“ i.S.v. Art. 10 GIG zu qualifizieren. Der französische Gesetzestext mache – im Gegensatz zum deutschen oder italienischen Text – deutlich, an wen eine derartige Beschwerde gerichtet werden müsse: „[...] une réclamation adressée à un supérieur ou un autre organe compétent au sein de l'entreprise“ (Art. 10 Abs. 1 GIG). Dasselbe Ergebnis ergebe sich aus dem Botschaftstext: „innerbetrieblich beim Arbeitgeber, einem Vorgesetzten oder einem andern zuständigen Organ“ (BBI 1993 I 1248, 1309). Die Beschwerde sei an eine Stelle resp. Person innerhalb des Betriebes (au sein de l'entreprise), in welchem der betroffene Arbeitnehmende angestellt ist, zu richten, und dabei an einen Vorgesetzten (un supérieur) oder ein anderes zuständiges Organ (un autre organe compétent).

- 7.1.2 Nachdem verbindlich festgestellt worden sei, dass die Berufungsklägerin Arbeitgeberin der Berufungsbeklagten gewesen sei, sei auch klargestellt, dass das Rektorat der Universität Bern resp. Prof. G._____ nicht Vorgesetzter der Berufungsbeklagten gewesen sei. Fraglich sei somit, ob das Rektorat der Universität ein „zuständiges Organ“ innerhalb des Betriebes der Berufungsklä-

gerin i.S.v. Art. 10 Abs. 1 GIG sei. Das Inselspital und die Universität stellten zwei voneinander unabhängige Organisationen dar, auch wenn deren Zusammenarbeit gefördert werde. Das Inselspital Bern sei mit der Insel Gruppe AG privatrechtlich organisiert; die Arbeitsverhältnisse unterlägen dem Obligationenrecht (OR). Die Universität Bern hingegen sei öffentlich-rechtlich organisiert, weshalb die dort bestehenden Arbeitsverhältnisse dem Universitätsgesetz und dem Personalgesetz des Kantons Bern unterständen. Die Zusammenarbeit der Universität Bern mit den Universitätsspitalen sei in Art. 53-55 des Universitätsgesetzes geregelt – der entsprechende Titel laute bezeichnenderweise „Zusammenarbeit der Universität mit Dritten“, was deren Unabhängigkeit voneinander unterstreiche.

7.1.3 In Erwägung 12 halte die Vorinstanz fest, dass sich die Beschwerde an Prof. Dr. G._____ gerichtet habe. Da dieser zu dem Zeitpunkt Mitglied des Verwaltungsrates der Berufungsklägerin gewesen sei, sei von einer Wissenszurechnung auszugehen. Dieser Schluss werde als falsch gerügt. Sämtliche Indizien, formell und inhaltlich, sprächen dafür, dass die Berufungsbeklagte bewusst die Universität als für ihre akademische Laufbahn zuständige Organisation angeschrieben habe. Massgebend sei vorliegend, dass sich die Berufungsbeklagte ausdrücklich an Prof. G._____ als Rektor der Universität gewendet habe. So sei mit der Beschwerde primär das Rektorat der Universität Bern angeschrieben worden, sekundär Prof. G._____, jedoch nicht in seiner Funktion als Verwaltungsrat des Inselspitals. Es sei hierbei zu beachten, dass die angerufene Stelle, die Universitätsleitung, einer Amtsgeheimnispflicht (Art. 58 des Personalgesetzes des Kantons Bern) unterstehe. Prof. G._____ habe im Rahmen seines Amtes als Rektor der Universität von der aufsichtsrechtlichen Anzeige erfahren, ihm sei es also schon von Gesetzes wegen nicht erlaubt gewesen, das hierbei erworbene Wissen in seiner privatrechtlichen Funktion als Verwaltungsrat der Berufungsklägerin zu verwenden – dies hätte eine Amtsgeheimnis- sowie eine Treuepflichtverletzung dargestellt. Es könne nicht angehen, dass die im Rahmen einer dem Amtsgeheimnis unterstellten Funktion erlangte Kenntnis eines Sachverhalts als Wissenszurechnung zu Lasten einer anderen Institution gewertet werde, in welcher der Geheimnisverpflichtete eine Funktion ausübt.

7.1.4 Auch der Weg bis hin zur Einreichung der „aufsichtsrechtlichen Beschwerde“ der Berufungsbeklagten gebe Aufschluss darüber, in welchem Bereich diese anzusiedeln sei. Die Berufungsbeklagte habe sich vorab an die Ombudsperson der Universität Bern gewendet. Die Ombudsperson behandle Beanstandungen, die sich aus Arbeitsverhältnissen mit der Universität ergeben, und vermittele bei die akademische Karriere betreffenden Problemen und Konflikten (vgl. Art. 37 Abs. 1 Statut der Universität; Art. 1 und 2 des Reglements über die Ombudsperson der Universität Bern). Es sei die Ombudsperson, die schliesslich vorgeschlagen habe, eine offizielle aufsichtsrechtliche Anzeige an die Universität einzureichen (KB 7, CB 93/94). „Dies v.a. zur Vermeidung einer weiteren Beeinträchtigung meines Habilitationsverfahrens.“ (KB 7, S. 45). Dadurch hätten die Chancen für einen Rekurs nach einer allfälligen Abweisung besser gestanden (KB 7 S. 45). Die Aussagen und das Vorgehen der Berufungsbe-

klagen zeigten deutlich auf, dass es bei der Einlegung der „aufsichtsrechtlichen Beschwerde“ um die Habilitation und ihre akademische Laufbahn an der Universität gegangen sei – das Inselspital sei hiervon nicht betroffen gewesen.

- 7.1.5 Aus dem Inhalt der „aufsichtsrechtlichen Beschwerde“ vom 07.02.2014 (KB 38) ergebe sich, dass es der Berufungsbeklagten insbesondere um ihre Habilitation und damit um ihre akademische Laufbahn gegangen sei. Den Entschluss zur Anzeige habe die Berufungsbeklagte bezeichnenderweise dann gefasst, als ihr aufgefallen sei, dass ihr die akademische Lehre und Forschung als Schwerpunkte im Dienstplan gestrichen worden seien (03.02.2014: Erhalt des Dienstplans, 07.02.2014: aufsichtsrechtliche Anzeige), was im Übrigen nicht zutreffe. „Ausschlaggebend für die Beschwerde war, dass es hiess, ich könne keine Lehre und Forschung mehr betreiben“ (Aussage vom 04.04.2016, S. 24, Z. 23f.). Das Ziel der Berufungsbeklagten sei gemäss Beschwerde, „dass mein Habilitationsverfahren unbehindert und objektiv weitergeführt werden kann“ (KB 38).
- 7.1.6 Aussagekräftig sei auch, dass die Universitätsleitung der Universität Bern die Eingabe der Berufungsbeklagten vom 07.02.2014 ausdrücklich als „aufsichtsrechtliche Anzeige“ entgegengenommen habe (KB 210). Der gerügte Prof. E._____ sei im Gegensatz zur Berufungsbeklagten Angestellter der Universität Bern. Somit sei die Universität Aufsichts- und Disziplinarbehörde, nicht jedoch zuständiges Organ für eine innerbetriebliche Beschwerde einer Angestellten des Inselspitals.
- 7.1.7 Mithin würden die vorgängigen Kontaktaufnahmen der Berufungsbeklagten betreffend angeblicher Diskriminierung an der KAS mit der Personalberaterin des Inselspitals, der HR Businesspartnerin, dem Direktor Personal des Inselspitals, dem personalärztlichen Dienst des Inselspitals und mit Frau H._____, damalige Verwaltungsrätin der Berufungsklägerin, beweisen, dass der Berufungsbeklagten bestens bekannt gewesen sei, welche Stelle für eine innerbetriebliche Beschwerde im Sinne des Gleichstellungsgesetzes zuständig gewesen wäre. Weil der Fokus der Berufungsbeklagten aber wie geschildert in der (behaupteten) Behinderung ihrer akademischen Karriere gelegen habe und die vorgängig von ihr kontaktierten Stellen keine Diskriminierung und keinen Handlungsbedarf hätten feststellen können, habe sich die Berufungsbeklagte an eine ausserbetriebliche Stelle wenden müssen.
- 7.1.8 Aus dem soeben Ausgeführten gehe hervor, dass sich die von der Berufungsbeklagten in ihrer aufsichtsrechtlichen Anzeige gerügten Missstände auf das Habilitationsverfahren der Berufungsbeklagten bezögen, für welches das Inselspital keine Verantwortung trage. Es sei zwischen „Kenntnis“ und „Wissenszurechnung“ zu unterscheiden. Auch wenn die Berufungsklägerin von der aufsichtsrechtlichen Anzeige an die Universität gewusst habe, so habe sie doch gutgläubig davon ausgehen dürfen, dass sie von dieser nicht direkt betroffen gewesen sei und es sich insbesondere nicht um eine in ihrem Betrieb anhängig gemachte Beschwerde gehandelt habe. Die Herren A._____ und F._____ seien nur informell und am Rande von Prof. E._____ informiert

worden. Die Universitätsleitung könne nicht als „zuständiges Organ“ innerhalb des Betriebes der Berufungsklägerin i.S.v. Art. 10 GIG qualifiziert werden.

- 7.1.9 Der angerufene Art. 10 GIG biete der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer die Möglichkeit, sich gegen sogenannte „Rachekündigungen“ zu wehren. Arbeitnehmer sollen keine Angst haben, sich wegen Diskriminierung zu beschweren. In dieser Hinsicht sei zu beachten, dass sich die Beschwerde der Berufungsbeklagten nur gegen Prof. E._____ gerichtet habe (KB 38, vgl. bereits die Überschrift). Wie die Vorinstanz korrekt festgehalten habe (E. 10), sei Arbeitgeberin von Prof. E._____ die Universität Bern. Durch die Kritik an Prof. E._____ sei somit das Inselspital nicht direkt betroffen, sondern die Universität als seine Arbeitgeberin. Auch sei die Universität betreffend Prof. E._____ weisungsbefugt, nicht das Inselspital. Die Berufungsklägerin habe folglich keinen Grund und kein Interesse daran gehabt, sich für eine derartige Anzeige zu rächen. Es sei zu beachten, dass nicht Prof. E._____, sondern A._____, Leiter Rechtsdienst, und F._____, Direktor Personal, den Entscheid gefällt haben, die Kündigung auszusprechen. Eine Rachekündigung sei mangels direkter Betroffenheit des Inselspitals durch die Beschwerde ausgeschlossen. Auch sei zu beachten, dass die Herren F._____ und A._____, die den Kündigungsentscheid gefällt hatten, zwar von der Beschwerde Kenntnis gehabt, aber nur aus der Ferne und sich von dieser nicht betroffen gefühlt hätten (Aussage vom 12.04.2016, S. 28, Z. 41-43 [F._____]; Aussage vom 04.04.2016, S. 34, Z. 26-42 [A._____]). Eine Rachekündigung sei also auch deshalb auszuschliessen, weil sich die angeblichen „Rächer“ von der Beschwerde gar nicht betroffen gefühlt hätten.

7.2

- 7.2.1 Die Vorinstanz führte unter Hinweis auf die Botschaft zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24.02.1993 aus, der Kündigungsschutz beginne, wenn die Arbeitnehmerin sich „innerbetrieblich beim Arbeitgeber, einem Vorgesetzten oder einem anderen zuständigen Organ“ über eine mögliche Diskriminierung beklage (so BBI 1993 I 1248, S. 1309). Der Ausdruck „zuständiges Organ“ sei dabei freilich nicht eng auszulegen. Mit VON KAENEL sei als entscheidend anzusehen, dass nach Treu und Glauben eine Wissenszurechnung an den Arbeitgeber erfolgen könne (VON KAENEL, Begriff und Voraussetzungen der Kündigungsanfechtung nach Art. 10 Gleichstellungsgesetz, in: ArbR 2008, S. 51 ff., S. 57). Denn Art. 10 GIG biete eine Möglichkeit, sich gegen „Rachekündigungen“ zur Wehr zu setzen (RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Kaufmann/Steiger-Sackmann [Hrsg.], 2. Auflage, Basel 2009, N. 1 zu Art. 10 GIG; Botschaft zum GIG, a.a.O., S. 1308). Wenn der Arbeitgeber keine Kenntnis von der Beschwerde wegen Diskriminierung habe, könne diese Beschwerde auch nicht der Anlass für die Kündigung gewesen sein, weshalb der Kündigungsschutz von Art. 10 GIG in einem solchen Fall nicht greife.

- 7.2.2 Die Vorinstanz erwog sodann, dass das Inselspital Bern Arbeitgeberin der Berufungsbeklagten sei. Die „aufsichtsrechtliche Beschwerde“ vom 07.02.2014 habe sich gegen Prof. Dr. E._____ gerichtet. Unbestrittenermassen sei Ar-

beitgeberin von Prof. Dr. E. _____ die Universität Bern. Gleichzeitig sei dieser als Direktor der KAS Vorgesetzter der Berufungsklägerin. Zwar sei mit der Berufungsklägerin zwischen der Universität Bern und dem Inselspital Bern zu unterscheiden, doch bestünden offensichtliche Schnittstellen (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.10.2009 E. 2.1, VGE 100.2009.266; publiziert in der BVR 2010 S. 97). Dass die Universität Bern und das Inselspital sehr eng miteinander verknüpft seien, gehe auch aus der Beurteilung der Universitätsleitung vom 26.01.2015 hervor: Zur Zuständigkeit werde festgehalten, dass Beanstandungen im Bereich Klinikführung und Dienstleistung grundsätzlich an das Inselspital zu richten seien. Dies betreffe die Ausführungen der Berufungsklägerin über eine angebliche Diskriminierung des weiblichen Geschlechts, wenn diese nicht die akademische Qualifikation beträfen, sondern die Arbeitsorganisation und -abläufe im Rahmen der KAS (KB 210, S. 3, Absatz 3). Die Universitätsleitung führe aber ebenfalls aus, dass die Heranbildung des wissenschaftlichen Nachwuchses eine der Hauptaufgaben der Universität sei. Wenn also vorgebracht werde, der akademische Nachwuchs werde nicht richtig gefördert bzw. es würde gar die akademische Qualifikation verhindert, dann betreffe dies spezifisch die Universität (KB 210, S. 3, Absatz 2).

7.2.3 Die Beschwerde sei sodann an Prof. Dr. G. _____, Rektorat der Universität Bern, adressiert worden. Dieser sei bis im Oktober 2016 und damit im Zeitpunkt der Beschwerde als Rektor der Universität Bern Mitglied des Verwaltungsrates der Berufungsklägerin gewesen (Art. 15 Abs. 1 lit. a SpVV [BSG 812.112; bis 30.11.2015 in Kraft stehende Fassung] sowie Zefix-Online-Handelsregistrauszug mit SHAB 201 vom 17.10.2016 betreffend die Berufungsklägerin). Nach Treu und Glauben sei bereits aus diesem Grund von einer Wissenszurechnung an die Berufungsklägerin als Arbeitgeberin auszugehen. Unbestrittenermassen sei Prof. Dr. E. _____ von der Universitätsleitung sodann zu einer Stellungnahme eingeladen worden. Prof. Dr. E. _____ habe anschliessend A. _____, Leiter Rechtsdienst bei der Berufungsklägerin, über den Eingang der Beschwerde orientiert (EV A. _____, Protokoll 04.04.2016, S. 34, Z. 26ff. pag. 735, pag. 1639, Rz. 12). Auch F. _____, Personaldirektor bei der Berufungsklägerin, habe von der Beschwerde Kenntnis erhalten (EV F. _____, Protokoll 12.04.2016, S. 28, Z 41ff., pag. 939). Damit sei erstellt, dass die Entscheidungsträger bei der Berufungsklägerin Kenntnis von der Beschwerde hatten. Eine Wissenszurechnung an den Arbeitgeber könne somit ohne weiteres erfolgen.

7.3 Diese zutreffenden Erwägungen vermag die Berufungsklägerin mit ihren Vorbringen nicht in Zweifel zu ziehen:

7.3.1 Die Vorinstanz hat gestützt auf die Botschaft sowie namentlich VON KAENEL, a.a.O., S. 57 zutreffend ausgeführt, für die Innerbetrieblichkeit der Beschwerde über eine Diskriminierung sei entscheidend, dass nach Treu und Glauben eine Wissenszurechnung an den Arbeitgeber erfolgen könne. In diesem Sinne – bzw. gar noch deutlicher – äussert sich auch GABRIEL AUBERT, in: Au-

bert/Lempen (Hrsg.), Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genf 2011, N. 8 und 11 zu Art. 10 GIG (Hervorhebung hinzugefügt):

„La réclamation interne ouvre une première période de protection, qui commence dès le moment où l'employée a porté sa réclamation à la connaissance de l'employeur, c'est-à-dire soit à son supérieur, soit à un autre organe compétent (art. 10 al. 1 LEg). Il ne suffit pas que l'employée se soit plainte, même précisément, à des tiers (collègues, amis, etc.), à moins qu'elle puisse prouver que ses plaintes ont été répercutées auprès du supérieur ou d'un organe compétent. (...) Il n'est pas nécessaire que la plainte soit formulée par écrit (...).“

AUBERT hält also ausdrücklich dafür, dass auch eine Beschwerde an (betriebsfremde) Dritte genügt, sofern die Arbeitnehmerin beweisen kann, dass die Beschwerde an die Arbeitgeberin weitergeleitet („répercutée“) wurde. Dabei braucht die Beschwerde nach dieser Auffassung nicht einmal in schriftlicher Form geäußert worden zu sein.

Da Art. 10 GIG auf europäischem Richtlinienrecht beruht (dazu statt aller RIE-MER-KAFKA/UEBERSCHLAG, a.a.O., N. 5 zu Art. 10 GIG) kann auch rechtsvergleichend etwa die Rechtslage in Österreich im Sinne einer Bestätigung herangezogen werden: Zur Innerbetrieblichkeit wird im Kommentar von HOPF/MAYR/EICHINGER zum österreichischen Gleichbehandlungsgesetz, Wien 2009, in N. 16 zu § öGIBG nämlich ausgeführt:

„Die gesetzliche Formulierung – ‚Beschwerde ... innerhalb des betreffenden Unternehmens ...‘ (und nicht beim oder gegenüber dem/der AG) – spricht auch für die Erfassung weiterer Fallkonstellationen; etwa jener Fälle, in denen sich die Arbeitnehmer bloss ‚indirekt‘ an ihre Arbeitgeber wenden (...). Es sollte daher ausreichen, wenn es den Arbeitgeber bekannt oder objektiv erkennbar ist, dass Arbeitnehmer durch ihr Verhalten auf eine (vermutliche) Diskriminierung aufmerksam machen, sich dagegen zur Wehr setzen und Abhilfe verlangen.“

Und schliesslich führen HOPF/MAYR/EICHINGER, a.a.O., Rz. 14 zu § 13 öGIBG aus:

„Das Gesetz sieht für eine Beschwerde iSd § 13 kein Formgebot vor. Diese kann daher schriftlich oder mündlich bzw. ausdrücklich oder konkludent vorgebracht werden.“

Die Rechtslage in Österreich bestätigt also etwa die Ausführungen AUBERTS, wonach die formfreie Diskriminierungsbeschwerde der Arbeitgeberin lediglich zur Kenntnis gebracht werden muss, mithin auch auf indirektem Wege an sie gelangen kann.

7.3.2

Im vorliegenden Fall ist unstreitig, dass Prof. E. _____ als Direktor der KAS, einer Einheit der Berufungsklägerin, direkter Vorgesetzter der Berufungsbeklagten war. Formelle Arbeitgeberin von Prof. E. _____ war und ist jedoch die Universität Bern. Allein dieser Umstand zeigt die Verquickung der beiden Institutionen des Inselspitals als Universitätsklinik und der Universität Bern: Vorgesetzter einer Einheit des Inselspitals (Berufungsklägerin) ist ein Angestellter der Universität Bern. Die beiden Institutionen lassen sich folglich im täglichen Betriebsleben kaum auseinanderhalten. Da sich die Diskriminierungs-

beschwerde gegen Prof. E. _____ richtete, musste die Berufungsbeklagte sie mit einer gewissen Folgerichtigkeit an die Universität Bern richten, zumal sich die Berufungsbeklagte vor allem im akademischen Teil ihres Berufslebens diskriminiert fühlte. Der akademische und rein „klinische“ Berufsteil einer Oberärztin an einer Universitätsklinik lassen sich freilich ebenfalls nur schwer auseinanderhalten, so dass es seitens der Berufungsklägerin schon fast treuwidrig erscheint, wenn sie nun die formelle Vorgesetzte des diskriminierungsbeschuldigten Prof. E. _____, die Universität Bern, als betriebsfremde Dritte qualifizieren will. Funktional betrachtet muss die KAS vielmehr als Betrieb gelten, der sowohl von der Uni Bern wie auch der Insel Gruppe AG gemeinsam getragen wird. Damit kann die Universitätsleitung auch nicht als betriebsfremde Dritte qualifiziert werden, womit die Ausführungen der Berufungsklägerin ins Leere stossen.

- 7.3.3 Wie auch immer, selbst wenn man die Universität Bern als „Dritte“ im Sinne der Ausführungen von AUBERT betrachten, reicht es aus, wenn der Insel Gruppe AG (Berufungsklägerin) die Diskriminierungsbeschwerde gegen Prof. E. _____ als Klinikdirektor (mündlich) weitergeleitet werden. Und dies ist im vorliegenden Fall denn auch unstreitig geschehen, nämlich via Prof. E. _____ selbst: Dieser wurde von der Universitätsleitung zu einer Stellungnahme eingeladen, worauf er erstelltermassen den Leiter des Rechtsdiensts des Inselspitals (Berufungsklägerin), A. _____, über den Eingang der Beschwerde orientierte (EV A. _____, Protokoll 04.04.2016, S. 34, Z. 26ff. pag. 735, pag. 1639, Rz. 12). Auch F. _____, Personaldirektor bei der Berufungsklägerin, hat von der Beschwerde Kenntnis erhalten (EV F. _____, Protokoll 12.04.2016, S. 28, Z. 41ff. pag. 939). Damit ist erstellt, dass der Berufungsklägerin die Diskriminierungsbeschwerde im Sinne der Ausführungen AUBERTS zumindest weitergeleitet (répercutée) worden ist.
- 7.3.4 Es ist denn auch widersprüchlich, wenn die Berufungsklägerin geltend macht, durch die Kritik der Berufungsbeklagten an Prof. E. _____ sei somit „das Inselspital nicht direkt betroffen“, sondern „die Universität als seine Arbeitgeberin“, und die Berufungsklägerin habe folglich „keinen Grund und kein Interesse daran gehabt, sich für eine derartige Anzeige zu rächen“, was auch der Umstand zeige, dass „nicht Prof. E. _____, sondern A. _____, Leiter Rechtsdienst, und F. _____, Direktor Personal, den Entscheid gefällt haben, die Kündigung auszusprechen“. Denn als Begründung für die Kündigung wurde ja gerade das gestörte Vertrauensverhältnis angegeben, womit insbesondere das *Vertrauen zu Prof. E. _____* als Klinikleiter und Diskriminierungsbeschuldigter gemeint war.
8. Auf den Seiten 11 bis 14 ihrer Berufungsschrift rügt die Berufungsklägerin weiter, die Vorinstanz komme in Erwägung 23 zu Unrecht zum Schluss, dass die Berufungsbeklagte die Diskriminierungsbeschwerde vom 7.2.2014 nicht rechtsmissbräuchlich erhoben habe.
- 8.1 In der Lehre wird darauf hingewiesen, dass der Kündigungsschutz nach dem Gleichstellungsgesetz auch dann bestehe, wenn die Beschwerde über die ge-

schlechtsspezifische Benachteiligung materiell unbegründet ist; verlangt wird von der Arbeitnehmerin aber immerhin ein Verhalten nach Treu und Glauben (so PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Rz. 726; KATHRIN KLETT, § 10 Rachekündigung, in: Münch/Metz [Hrsg.], Stellenwechsel und Entlassung, 2. Aufl., Handbücher für die Anwaltspraxis, Band II, 2012, Rz. 10.2; RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, a.a.O., N. 10 f. zu Art. 10 GlG). Gemeint ist dabei ausweislich der Botschaft, dass das Erheben einer innerbetrieblichen Beschwerde nicht auf einem *offenbaren Rechtsmissbrauch* beruhen darf; ein solcher kann etwa vorliegen, wenn die Arbeitnehmerin ein Verfahren wegen Diskriminierung nur deshalb in Gang setzt, um ihren aus anderen Gründen bedrohten Arbeitsplatz zu behalten (Botschaft, a.a.O., 1308; vgl. auch KLETT, a.a.O., Rz. 10.10). Nach der Lehre lässt sich der offenbare Rechtsmissbrauch diesfalls durch den vor Einleitung des Beschwerdeverfahrens gefassten Entschluss des Arbeitgebers beweisen, die Arbeitnehmerin aus Gründen zu entlassen, die mit geschlechtsbezogener Diskriminierung nichts zu tun haben, und durch den Beweis, dass die Arbeitnehmerin diesen Entschluss kannte (KLETT, a.a.O., Rz. 10.10; RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, a.a.O., N. 12 zu Art. 10 GlG).

8.2

8.2.1 Diese Grundsätze hat die Vorinstanz ihren Erwägungen (E. 19 – 23) zutreffend zugrunde gelegt und geprüft, ob die Berufungsklägerin ihren Kündigungsentschluss bereits vor der Einreichung der Diskriminierungsbeschwerde am 7.2.2014 gefasst hat.

8.2.2 Gestützt auf das Beweisverfahren kam sie zum Schluss, dass dies nicht der Fall sei. So habe der Leiter des Rechtsdiensts der Berufungsklägerin, A._____, anlässlich seiner Befragung ausgesagt, dass erst im Juni und nicht vorher gekündigt worden sei, weil die Berufungsklägerin intensiv nach Alternativen gesucht hätte. Sie hätten freilich keine Alternativen ausser die Kündigung gefunden (EV A._____, Protokoll 04.04.2016, S. 33 Z. 38 ff., pag. 733). Vom Jahreswechsel (2013/2014) an mitgeschwungen habe aber auch die Frage, ob beim gestörten Vertrauensverhältnis eine weitere Zusammenarbeit noch möglich sei (EV A._____, Protokoll 04.04.2016, S. 34 Z. 17 ff., pag. 735).

Prof. Dr. E._____ habe ausgeführt, die Kündigung der Berufungsbeklagten sei erst spät in Erwägung gezogen worden. Es müsse im Frühsommer 2014 gewesen sein. Es hätten regelmässige Sitzungen bis im Juni stattgefunden. Effektiv in Erwägung gezogen worden sei die Kündigung der Berufungsbeklagten im Zeitraum Mai 2014. Er wisse nicht, was für die Herren A._____ und F._____ ausschlaggebend gewesen sei. Wohl die Gesamtentwicklung. Den Endentscheid zur Kündigung hätten die Herren F._____ und A._____ getroffen (EV E._____, Protokoll 05.04.2016, S. 17 Z. 34 ff., pag. 779).

Auch F._____, Personalchef bei der Berufungsklägerin, habe ausgeführt, der Kündigungsentschluss sei im Verlaufe des Monats Mai entstanden (EV F._____, 12.04.2016, S. 28 Z. 33 f., pag. 939).

Die Berufungsbeklagte ihrerseits habe anlässlich ihrer Befragung auf Vorhalt von KB 47 (Mitarbeitergespräch [nachfolgend: MAG] vom 15.03.2013 mit Prof. E. _____) zudem ausgesagt, dass eine Kündigung anlässlich dieses Gesprächs kein Thema gewesen sei (EV Klägerin, Protokoll 04.04.2016, S. 20 Z. 29, pag. 707). Sie sei überrascht gewesen über die Kündigung, da sie einiges geleistet habe und weil die Kündigung ausgesprochen worden sei, weil sich die Berufungsbeklagte für Schwangere und für die Gleichstellung eingesetzt hätte. Zunächst hätte ihr die Berufungsklägerin den unbezahlten Urlaub nicht bewilligen wollen, dann eine Woche vor dem Wiedereinstieg sei dies doch bewilligt worden. Die Berufungsbeklagte habe F. _____ mehrmals gemahnt, doch es sei nie etwas gekommen. Es seien lediglich Schreiben wie „die Abklärungen laufen“ usw. gekommen, weswegen sie schon Bedenken gehabt habe. Sie habe die Kündigung aber nicht erwartet (EV Klägerin, Protokoll 04.04.2016, S. 20 Z. 43 ff., pag. 707). Ausschlaggebend für die Diskriminierungsbeschwerde sei gewesen, dass es hiess, sie könne keine Lehre und Forschung mehr betreiben. Hinzu komme die Absage des Gespräches vom 28.01., da sie gemeint habe, die offenen Fragen an diesem Gespräch lösen zu können (EV Klägerin, Protokoll 04.04.2016, S. 24 Z. 11ff. u. 23 ff., pag. 715).

8.2.3 Gestützt auf diese Aussagen ging die Vorinstanz mit der Berufungsbeklagten davon aus, dass beide Parteien im Zeitpunkt der Einreichung der Diskriminierungsbeschwerde am 07.02.2014 nicht von einer Kündigung ausgegangen seien. Auch seien die von der Berufungsbeklagten genannten Gründe, die sie dazu veranlasst hätten, gerade zu diesem Zeitpunkt eine Beschwerde einzureichen, nachvollziehbar. Damit sei im Sinne der Lehre nicht davon auszugehen, dass die Berufungsbeklagte die Diskriminierungsbeschwerde vom 07.02.2014 rechtsmissbräuchlich angehoben habe, um vom Kündigungsschutz zu profitieren.

8.3

8.3.1 Die Berufungsklägerin macht gegen diese Erwägungen geltend, in den Beweismitteln und Ausführungen der Berufungsbeklagten würden mehrere Punkte darauf hinweisen, dass diese bereits vor der Einreichung der Diskriminierungsbeschwerde eine Kündigung befürchtet habe. Damit könne „zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass die Beschwerde (auch) darum erhoben“ worden sei, „um einer Kündigung zuvorzukommen“. Die Berufungsbeklagte habe „mit ihrer Anzeige im Mindesten auch bezweckt, nach Ablauf der Sperrfrist nicht gekündigt zu werden“.

8.3.2 Die Berufungsklägerin gibt weiter zwar zu, dass sie den (definitiven) Kündigungsentschluss erst im Mai 2014, d.h. nach Einreichung der Diskriminierungsbeschwerde gefällt habe. Allerdings könne die Rechtsmissbräuchlichkeit einer Diskriminierungsbeschwerde nicht per se ausgeschlossen werden, wenn der Kündigungsentschluss der Arbeitgeberin noch nicht feststehe. Befürchte ein Arbeitnehmer eine Kündigung und reiche er aus dieser Motivation eine Beschwerde nach GIG ein, so sei dies vielmehr per se als missbräuchlich zu qualifizieren, auch wenn der definitive und davon unabhängige Entschluss des Arbeitgebers zur Kündigung erst nach deren Einreichung gefällt werde.

- 8.4 Mit diesen Einwänden geht die Berufungsklägerin fehl: Sie übersieht zum einen, dass nur ein offenkundiger Rechtsmissbrauch – für dessen Vorliegen sie notabene beweislasterlastet ist – zur Unwirksamkeit der Diskriminierungsbeschwerde führt. Dass ein solcher nicht vorliegen kann, zeigt sie mit ihren Ausführungen selber auf, wenn sie vorbringt, dass die Berufungsbeklagte „im Mindesten **auch** bezweckt“ habe, nach Ablauf der Sperrfrist nicht gekündigt zu werden. Denn eine solche Absicht der Berufungsbeklagten würde eine Diskriminierungsbeschwerde noch nicht offensichtlich rechtsmissbräuchlich machen, solange sie primär die Rüge einer Diskriminierung bezweckt – und genau dies stellt ja auch die Berufungsklägerin nicht in Abrede. Sie bestreitet mit anderen Worten nicht, dass die Motivation, einer Kündigung zuvorzukommen, höchstens ein Nebenzweck der Berufungsbeklagten war. Im Übrigen genügt es nach der herrschenden Lehre entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin für die Begründung von Rechtsmissbräuchlichkeit nicht, wenn die Arbeitnehmerin, die sich auf Diskriminierung beruft, eine Kündigung bloss befürchtet. Verlangt wird nach den klaren Ausführungen in der Literatur vielmehr, dass vor Erhebung der Diskriminierungsbeschwerde bereits ein Entschluss des Arbeitgebers vorliegt, die Arbeitnehmerin aus Gründen zu entlassen, die mit geschlechtsbezogener Diskriminierung nichts zu tun haben, und dass dieser Entschluss der Arbeitnehmerin bekannt war. Dies ist vorliegend beweismässig nicht erstellt, womit auch kein offenkundiger Rechtsmissbrauch auf Seiten der Berufungsbeklagten vorliegt.
9. Die Berufungsklägerin macht auf den Seiten 14 – 31 ihrer Berufungsschrift sodann geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht **keinen begründeten Anlass** für die Kündigung bejaht.
- 9.1 Die Vorinstanz legte ihrer Subsumtion die folgenden, zutreffenden rechtlichen Erwägungen zugrunde (E. 24 – 35):
- 9.2 Die Anwendbarkeit von Art. 10 GIG setzt einen Kausalzusammenhang zwischen der beanstandeten Diskriminierung und der Kündigung voraus, welcher im Unterschied zu Art. 336 Abs. 1 lit. d OR zu vermuten ist, sofern die Kündigung auf eine innerbetriebliche Beschwerde folgt sowie sechs Monate über den Abschluss der in Gang gesetzten Verfahren hinaus (KLETT, a.a.O., Rz. 10.2, 10.9). Soweit hingegen ein begründeter Anlass für eine Kündigung besteht, gelangt der in Art. 10 GIG geregelte Kündigungsschutz nicht zur Anwendung (RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, a.a.O., N. 13 ff. zu Art. 10 GIG). M.a.W. kann die aufgrund der sachlichen und zeitlichen Voraussetzungen vermutete Rachekündigung allein mit dem Nachweis eines begründeten Anlasses für die Kündigung widerlegt werden (KLETT, a.a.O., Rz. 10.2, 10.9, 10.12). Der Begriff des begründeten Anlasses ist nicht neu, sondern findet sich bereits in einzelnen Bestimmungen des Obligationenrechts, namentlich in Art. 336 Abs. 2 lit. b und Art. 340c Abs. 2 OR, auf welche die Botschaft zum GIG denn auch verweist (RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, a.a.O., N. 15 zu Art. 10 GIG). Es kann damit zum Begriff des begründeten Anlasses auf die zu den Art. 336 Abs. 2 lit. b und Art. 340c Abs. 2 OR entwickelte Lehre und Rechtsprechung abgestellt werden (VON KAENEL, a.a.O., S. 51 ff., S. 61).

- 9.3 Als begründeter Anlass gilt jeder Grund, welcher bei vernünftiger Betrachtungsweise die Kündigung rechtfertigt, selbst wenn er nicht schwerwiegend genug ist, um eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen (RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, a.a.O., N. 15 zu Art. 10 GIG m.w.H.; PHILIPPE NORDMANN, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Basel 1998, S. 134 ff.; KLETT, a.a.O., Rz. 10.11; ADRIAN STAEHELIN, in: Zürcher Kommentar, 2014, N. 33 zu Art. 336 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 — 362 OR, 7. Aufl., 2012, N 12 zu Art. 336 OR, N. 3 zu Art. 340c OR; REHBINDER/STÖCKLI, in: Berner Kommentar, 2014, N. 3 zu Art. 340c OR; HAEFLIGER, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, Bern 1975, S. 89 ff.). Allein das unkooperative Verhalten eines Arbeitnehmers bildet noch keinen begründeten Anlass zur Kündigung (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N. 49 zu Art. 336 OR mit Verweis auf BGE 119 II 157).
- 9.4 Um im Sinne von Art. 10 GIG begründet zu sein, muss der Anlass mit anderen Worten eine gewisse, nicht mehr als geringfügig zu bezeichnende Intensität aufweisen, welche die Entlassung als gerechtfertigt erscheinen lässt (RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N. 15 zu Art. 10 GIG). Es genügt ein Grund, der bei vernünftiger Betrachtungsweise Anlass zur Kündigung bilden kann, wobei es sich nicht um eine eigentliche Vertragsverletzung handeln muss (BGE 130 III 353 E. 2.2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_33/2011 vom 21.03.2011, E. 4.2, 4A_25/2007 vom 25.05.2007, E. 5.1). Das Gericht hat bei der Beurteilung der Frage, ob ein Anlass in diesem Sinne begründet ist, im Sinne von Art. 4 ZGB auf die Würdigung aller im konkreten Einzelfall relevanten Umstände abzustellen (RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, a.a.O., N. 15 zu Art. 10 GIG; KLETT, a.a.O., N. 10.11; REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N. 3 zu Art. 340c OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 3 zu Art. 340c OR).
- 9.5 Eine tief greifende Störung des Vertrauensverhältnisses kann ein hinreichender und auch ein sachlicher Grund für eine Kündigung sein. Allerdings kann es dabei nicht bloss auf das subjektive Empfinden der die Kündigung aussprechenden Vorgesetzten ankommen, sondern der Vertrauensverlust muss durch Verhaltensweisen der Entlassenen begründet sein, die ihn auch für Dritte als nachvollziehbar erscheinen lassen. Ansonsten würde der Vertrauensverlust zu einer Art von "Auffangbehauptung" verkommen (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern vom 23.09.2004, V 03 313, E. 4b, publ. in: ZBJV 142/2006 S. 354). Jedoch dürfen nicht unter Hinweis auf fehlendes Vertrauen Kündigungsschutzvorschriften umgangen werden. Rechtmässig ist eine Kündigung nur dann, wenn sie wegen einer Eigenschaft erfolgt, die einen rechtsgenügenden Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis aufweist. Ein derartiger Zusammenhang ist vor allem dann gegeben, wenn solche Eigenschaften die Arbeits-, Sorgfalts- und Treuepflicht der Arbeitnehmerin berühren oder wenn sie erkennbare Voraussetzung für die Anstellung gebildet haben (Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 06.02.2013, VB.2012.00554, E. 3.3).

- 9.6 Die Beweislast für den begründeten Anlass zu einer Kündigung trifft die Arbeitgeberin (KLETT, a.a.O., N. 10.12; STAEHELIN, a.a.O., N. 33 zu Art. 336 OR). Diese hat dabei nicht nur zu beweisen, dass sie begründeten Anlass zur Kündigung hatte, sondern auch, dass sie tatsächlich aus diesem Anlass kündigte. Zwischen dem begründeten Anlass und der Kündigung muss mithin ein vom Arbeitgeber zu beweisender Kausalzusammenhang gegeben sein (Urteil des Bundesgerichts vom 12.08.1997, E. 3, publ. in JAR 1998, 199; REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N. 47 zu Art. 336 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 16 zu Art. 336 OR sowie N. 3 zu Art. 340c OR; JÜRIG BRÜHWILER, in: Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-343 OR, 3. Aufl., Basel 2014, N. 2 zu Art. 340c OR).
- 9.7 Wird ein bestimmtes Verhalten zunächst nicht als Anlass für eine Kündigung gesehen, dann kann dieser Grund später nicht mehr geltend gemacht werden (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 3 zu Art. 340c OR; BRÜHWILER, a.a.O., N. 2 zu Art. 340c OR; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 02.11.1979, bestätigt durch das Bundesgericht am 18.02.1980; publ. in: JAR 1982 222 ff., 224; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21.11.1979, publ. in JAR 1981, S. 184; Urteil des Bundesgerichts vom 26.05.1983, publ. in: JAR 1984, S. 252 f. = Semjud 1984 31f.; BGE 82 II 143 f.). Anders als bei der ausserordentlichen Kündigung muss die Kündigung nicht innert kurzer Bedenkzeit nach Kenntnis des Grundes ausgesprochen worden sein. Das Recht, sich auf einen Auflösungsgrund zu berufen, wird in der Regel nicht dadurch verwirkt, wenn nicht innerhalb einer kurz bemessenen Bedenkfrist die Kündigung erklärt wird. Ein solcher Verzicht ist nicht leichthin anzunehmen. Ferner ist es auch nicht notwendig, dass der Arbeitgeber nach Kenntnis des Anlasses das Arbeitsverhältnis auf den nächsten ordentlichen Termin kündigt (BGE 110 II 172; REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N. 3 zu Art. 340c OR; BRÜHWILER, a.a.O., N. 2 zu Art. 340c OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 12 zu Art. 336 OR sowie N. 3 zu Art. 340c OR). Da zwischen dem begründeten Anlass und der Kündigung ein vom Arbeitgeber nachzuweisender Kausalzusammenhang bestehen muss, ist der Arbeitgeber dennoch gut beraten, die Kündigung innert angemessener Frist seit Eintreten des begründeten Anlasses auszusprechen, wobei sich die Dauer dieser Frist nach den konkreten Umständen des Einzelfalles bemisst. Wartet er nämlich mit der Kündigung zu lange zu, besteht die Vermutung, dass der Kündigungsgrund nur vorgeschoben worden ist. Wer erst Monate später reagiert, kann sich jedenfalls nicht mehr auf den begründeten Anlass berufen (STAEHELIN, a.a.O., N. 9 zu Art. 340c OR mit Hinweisen auf die Praxis; NORDMANN, a.a.O., S. 134 f.). Zusammenfassend muss zwischen dem begründeten Anlass und der Kündigung (wie bei der fristlosen Kündigung) ein zeitlicher Konnex bestehen, d.h., die Kündigende muss auf den Anlass innert einer gewissen kurzen Zeit reagieren, die länger bemessen sein darf als bei der ausserordentlichen Kündigung. Bei allzu langem Zuwarten der kündigenden Partei kann sie sich jedoch nicht mehr auf den begründeten Anlass berufen (DOMINIK MILANI, in: OFK - Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl. 2009, N 6 zu Art. 340c OR).

- 9.8 Bei konkurrierenden Motiven ist eine Kündigung immer dann missbräuchlich, wenn der verpönte Grund unmittelbarer Anlass zur Kündigung war, also das Fass gewissermassen zum Überlaufen brachte (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 20 zu Art. 336 OR).
- 9.9 Das Nachschieben von Kündigungsgründen ist nur möglich, soweit die geltend gemachten Gründe schon zur Zeit der Kündigung vorlagen, damals aber noch nicht bekannt oder zwar bekannt waren, jedoch zugunsten anderer Kündigungsgründe in der Begründung der Kündigung nicht berücksichtigt wurden (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N. 3 zu Art. 340c OR; BRÜHWILER, a.a.O., N. 2 ad 340c mit Verweis auf BGE 105 II 202). Mit anderen Worten können zur Begründung der Kündigung nur Tatsachen genannt werden, die sich vor deren Empfang zugetragen haben (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 17 zu Art. 335 OR mit Verweis auf BGE 121 III 467 = SJ 1996 S. 412 = JAR 1997 S. 210, BGer in: SJ 1995 S. 802).
- 9.10 Wegen der in Abs. 1 von Art. 10 GIG aufgestellten gesetzlichen Vermutung einer Vergeltungsmassnahme wird das Gericht einen begründeten Anlass für die Kündigung nur dann anerkennen, wenn es von der sachlichen Begründetheit der Kündigung und davon, dass geltend gemachte Gründe nicht bloss vorgeschoben sind, überzeugt ist (RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, a.a.O., N. 17 zu Art. 10 GIG; KLETT, a.a.O., N. 10.11).
10. Vorliegend beruft sich die Berufungsklägerin in ihrem Kündigungsschreiben vom 17.06.2014 (KB 37) auf ein nachhaltig gestörtes Vertrauensverhältnis. Die Kündigung wurde mit folgendem Wortlaut begründet:
- „Das Arbeitsverhältnis zwischen Ihnen und dem Inselspital ist aufgrund zahlreicher Vorfälle über längere Zeit hinweg sehr belastet worden. Dies hat zur Folge, dass das Vertrauensverhältnis nachhaltig gestört worden ist. Unter diesen Umständen ist das Inselspital Universitätsspital Bern als Arbeitgeberin zum Schluss gelangt, dass keine Aussicht auf eine weitere erfolgreiche Zusammenarbeit besteht.“*
- Das Vertrauensverhältnis soll durch die in der Klageantwort auf S. 24 / Rz. 66 ff. (pag. 263 ff.) genannten Vorfälle zerstört worden sein. Die Vorinstanz behandelte alle entsprechenden Vorwürfe und kam dabei zum Schluss, dass diese keinen begründeten Anlass für eine Kündigung darstellen. Dazu im Folgenden:
- 11.
- 11.1 Zum Vorwurf der Illoyalität führt die Vorinstanz Folgendes aus:
- 11.1.1 Hierzu werde von der Berufungsklägerin in Rz. 67 f. der Klageantwort ein Vorfall vom 19.08.2012 angeführt. An diesem Sonntag hätte sich auf der Grimselpass-Strasse ein Motorradunfall ereignet, bei welchem der Motorradfahrer Verletzungen erlitten habe. Er sei mit einem Rettungshelikopter geborgen worden und es sei vorgesehen gewesen, den Patienten für die Versorgung in das Inselspital Bern zu fliegen. Während des Fluges habe sich der stabile Gesundheitszustand des Patienten dramatisch verändert, er hätte während des Fluges

reanimiert werden müssen. Deshalb sei der diensthabende Oberarzt der KAS gebeten worden, auf dem Landeplatz ein Anästhesieteam bereitzuhalten, um den Patienten in Empfang zu nehmen. Nach Übernahme durch die Ärzte des Inselspitals sei der Patient verstorben. Es habe sich im Nachgang gezeigt, dass die Verletzungen nicht lebensbedrohlich gewesen seien, aber die Intubation wohl bereits bei der Erstversorgung am Unfallplatz falsch gelegen habe, indem der Tubus in die Speiseröhre gelangt sei. Als Konsequenz habe die Beatmung des Patienten versagt. Diese Ausgangslage hätte nichts mit den Ärzten des Inselspitals zu tun gehabt, welche den Patienten eben erst nach der während des Fluges erfolgten Reanimation zu übernehmen gehabt hätten.

Die Berufungsbeklagte hätte mit diesem Vorfall nichts zu tun gehabt. Verantwortlicher Oberarzt der KAS sei PD Dr. I. _____ gewesen. Die Berufungsbeklagte habe diesen Vorfall zum Anlass genommen, PD Dr. I. _____ imperativ aufzuzeigen, wie er nun vorzugehen habe, insbesondere dass er umgehend Prof. E. _____ zu verständigen habe. Als verantwortlicher Arzt habe sich PD Dr. I. _____ dagegen entschieden. Eine Woche später habe die Berufungsbeklagte Prof. E. _____ und PD Dr. J. _____ vom Vorfall berichtet und habe gleich vorgeschlagen, basierend darauf eine Weiterbildung zum Thema der rechtlichen Verantwortlichkeit von Ärzten unter Beizug eines Juristen (ihres nachmaligen Rechtsanwaltes) durchzuführen. Was vordergründig wie ein Engagement für die Weiterbildung wirken sollte, habe in Tat und Wahrheit darauf abgezielt, eine dramatische Begebenheit zu eigenen Zwecken zu nutzen. Die Berufungsbeklagte hätte sich über den konkreten Fall, in der Klinik profilieren wollen. Nicht anders lasse sich die eigene Darstellung der Berufungsbeklagten lesen, welche sie für ihren Anwalt in einem von ihm selber (und in eigener Sache) angestrebten Schlichtungsverfahren am 29.09.2014 verfasst habe (KAB 3).

Der Zeuge I. _____ habe – so die Vorinstanz – hierzu ausgeführt, dass die Berufungsbeklagte überhaupt nicht in den Fall involviert gewesen sei. Er hätte offen über den Fall gesprochen, wohl auch mit der Berufungsbeklagten (EV I. _____ 08.06.2016, Protokoll S. 4, Z. 10 ff., pag. 1019). Die Zusammenarbeit mit der Berufungsbeklagten sei im Quervergleich insgesamt durchschnittlich gewesen. Es hätte Friktionen gegeben, wie es sie überall gebe. Grössere Probleme hätten sie nicht gehabt (EV I. _____ 08.06.2016, Protokoll S. 3, Z. 31f., pag. 1017). Zeuge E. _____ habe sich hierzu vorerst nur am Rande geäußert (EV E. _____ 05.04.2016, Protokoll S. 5, Z. 1 ff., pag. 755). Später, auf Vorhalt des Kündigungsschreibens (KB 37), habe Zeuge E. _____ ausgeführt, dass der im Nachgang zu diesem Vorfall durch die Berufungsbeklagte geplante Vortrag von Fürsprecher D. _____ ein Punkt (von zwei Genannten) im Zusammenhang mit dem geltend gemachten Vertrauensverlust darstelle. Die Berufungsbeklagte habe ihren Götti ohne Rücksprache mit ihm als Vortragenden in das System eingetragen. Dies sei ein Vorgang gewesen, wo sich die Berufungsbeklagte zu einem wichtigen Thema nicht an eine Vereinbarung mit ihm gehalten habe (EV E. _____ 05.04.2016, Protokoll S. 16 f., Z. 41 ff., pag. 777 ff.).

11.1.2 Zu diesem Vorfall erwog die Vorinstanz, dass dieser sich am 19.08.2012 und damit fast zwei Jahre vor der Kündigung am 17.06.2014 ereignet habe. Ein Kausalzusammenhang mit der Kündigung sei daher nicht ersichtlich. Obwohl der Vorgesetzte der Berufungsbeklagten über den Vorfall informiert gewesen sei, habe offenbar kein Anlass für irgendwelche Massnahmen bestanden. Auch sei der Vorfall im rund einen Monat später folgenden MAG vom September 2012 – wo die Berufungsbeklagte sehr gut bewertet und ihr Führungspotenzial attestiert worden sei (KB 20) – kein Thema gewesen. Festzuhalten sei auch, dass der Vorgesetzte der Berufungsbeklagten zunächst auf deren Vorschlag, basierend auf diesem Vorfall eine Weiterbildung zu machen, eingegangen sei, habe doch unbestrittenermassen ein Treffen zwischen Prof. E._____, der Berufungsbeklagten und Fürsprecher D._____ stattgefunden (EV E._____ 05.04.2016, Protokoll S. 17., Z. 1 ff., pag. 779). Es entstehe daher unweigerlich der Eindruck, dass die Berufungsklägerin im Verhalten der Berufungsbeklagten vom August 2012 erst im Nachgang zur Kündigung eine Illoyalität erblickt habe. Denn wenn das Verhalten der Berufungsbeklagten für die Berufungsklägerin effektiv von so grosser Tragweite gewesen wäre, wie dies nun geltend gemacht werde, wäre sie kaum im folgenden MAG so gut bewertet worden, und wenn im Verhalten der Berufungsbeklagten damals eine Illoyalität erblickt worden wäre, wäre es sicherlich auch nicht zu einem Treffen zwischen Prof. E._____, der Berufungsbeklagten und Fürsprecher D._____ im Hinblick auf einen möglichen Vortrag anlässlich einer Donnerstagmorgenweiterbildung gekommen. Die der Berufungsbeklagten in Rz. 67 f. der Klageantwort vorgeworfene Illoyalität erscheine nach dem Gesagten vorgeschoben.

11.2

11.2.1 Dagegen wendet die Berufungsklägerin auf den S. 15 f. ihrer Berufungsschrift ein, es sei unzutreffend, wenn die Vorinstanz aufgrund der zeitlichen Umstände einen Kausalzusammenhang verneine und die vorgeworfene Illoyalität als vorgeschoben qualifiziere. Das Vorgehen der Berufungsbeklagten hinter dem Rücken des Kollegen PD Dr. I._____ sei sehr unkollegial gewesen. Die Tatsache, dass der Vorfall am MAG vom 17.09.2012 nicht angesprochen worden sei, spreche entgegen der Würdigung der Vorinstanz nicht gegen die Empfindung der Illoyalität, weil das MAG mit Prof. K._____ geführt worden sei, der nicht zwangsläufig über den Vorfall informiert gewesen sei. Es sei zwar zutreffend, dass sich der Vorfall knapp zwei Jahre vor der Kündigung ereignet habe. Hingegen übersehe die Vorinstanz, dass die Berufungsbeklagte nach dem Vorfall nur noch 7 Monate am Spital tätig gewesen sei und eine Kündigungsschutzfrist von 1 Jahr (31.03.2013 – 12.03.2014) dazwischen gelegen habe. Es sei unbestritten, dass dieser Vorfall nicht alleiniger Auslöser für die Kündigung gewesen sei, hingegen habe er am Beginn der Spirale gestörten Vertrauens in die Berufungsbeklagte gestanden. Nur deshalb, dass der Vorfall 2 Jahre vor der Kündigung gelegen habe, könne der Kausalzusammenhang nicht verneint werden. Der Vorfall zeige Elemente der Illoyalität und fehlende Sozialkompetenz sowie eine Tendenz zur Belehrung. Diese charakterlichen Defizite akzentuierten sich im Arbeitsalltag von Anästhesisten, wenn unter

Druck teamfähiges Zusammenarbeiten unverzichtbar sei und gegenseitige Loyalität und Akzeptanz im Vordergrund stünden. Dieser Umstand sei von der Vorinstanz nicht gewürdigt worden.

11.2.2 Die Berufungsklägerin geht mit diesen Einwänden fehl: Welche Person mit der Berufungsbeklagten das MAG geführt hat, kann vorliegend keine Rolle spielen, muss sich doch die Berufungsklägerin auch das Handeln von Prof. K._____ zurechnen lassen. Wenn Prof. K._____ die angebliche Illoyalität nicht angesprochen hat, muss sich dies die Berufungsklägerin enthalten lassen. Der Kausalzusammenhang kann daher ohne weiteres verneint werden, zumal die Berufungsklägerin ja selbst zugibt, dass die Berufungsbeklagte noch 7 Monate nach dem genannten Vorfall im Spital tätig war und offenbar in dieser Zeit nie deswegen gerügt worden ist. Die vorinstanzlichen Erwägungen sind nicht zu beanstanden.

11.3 Zum Vorwurf der Illoyalität führt die Vorinstanz weiter aus:

11.3.1 Die Berufungsklägerin mache in Rz. 69 f. der Klageantwort (pag. 265) geltend, dass am 25.02.2013 auf Betreiben der Berufungsbeklagten vor der Innerfakultären Gleichstellungskommission (IFGK) ein Gespräch stattgefunden habe, an welchem neben der Berufungsbeklagten die Präsidentin der IFGK, Prof. L._____, Dr. M._____ als Vertreterin des VSAO, Frau N._____ als Vertreterin des Inselspitals, Prof. E._____ als quasi gerügte Partei sowie PD Dr. O._____ als einer seiner Stellvertreter teilgenommen hätten. Die Berufungsbeklagte habe sich mit Schreiben vom 04.03.2013 schriftlich im Sinne einer Übungskritik gegenüber Frau Prof. L._____ über ihren (negativen) Eindruck von diesem Gespräch geäußert (KB 45). Prof. E._____ habe es unterlassen, dieses Gespräch schriftlich zu kommentieren. Er sei aber über die Aussagen der Berufungsbeklagten schockiert gewesen: Diese habe ihm wörtlich vorgeworfen, Frauen in den Abort zu treiben. Weiter habe sie ihm vorgeworfen, in seiner Klinik schwerste sexuelle Übergriffe zu dulden, welche regelmäßig ausgeübt würden. Ferner habe sie bekannt gegeben, sie führe eine schwarze Liste über Vorkommnisse und Personen, welche sich misslieblich verhielten. Am Gespräch vom 25.02.2013 sei die Berufungsbeklagte mehrfach von Prof. L._____ aufgefordert worden, ihre Vorwürfe mit Personen, Zeiten und Örtlichkeiten zu detaillieren und ihre schwarze Liste vorzulegen, was die Berufungsbeklagte aber nicht getan habe.

Hierzu sei – so die Vorinstanz – vorab Prof. L._____ als Zeugin befragt worden (Protokoll 11.04.2016, S. 28 ff., pag. 859 ff.). Sie habe sich zunächst zur ersten Sitzung vor der IFGK vom 14.12.2012 geäußert. Diese Sitzung habe Prof. E._____ initiiert. Die Berufungsbeklagte sei sehr gut vorbereitet erschienen und hätte eine lange Liste gehabt, welche sie sachlich vorgetragen habe. Gemäss Aussagen der Zeugin seien vier Felder definiert worden, wo aus Sicht der Gleichstellungskommission Handlungsbedarf an der KAS bestehen konnte. Sexistische Gesten und Sprache, mangelnde Kenntnis in der Führungsetage über die Arbeitszeiten von Schwangeren, sowie Schwangerschaft / Forschung / Klinikarbeit. Es sei diskutiert worden, dass Schwangerschaften in der Klinik als Störfaktor betrachtet worden und die Dienstpläne zu

eng strukturiert seien. Das Problem generell bei den Dienstplänen sei, dass diese auf 100% ausgelegt seien und es eine Herausforderung sei, ein reduziertes Pensum zu berücksichtigen. Das sei etwas, das verbessert werden könne. Auf Wunsch von Frau C._____ sei eine zweite Sitzung im Februar 2013 anberaumt worden. Zeugin L._____ habe weiter ausgeführt, dass sie über die schweren Vorwürfe der Berufungsbeklagten, etwa dass Prof. E._____ Frauen in den Abort triebe, schockiert gewesen sei (EV L._____, Protokoll 11.04.2016, S. 29, Z. 5f., pag. 861). Teilweise habe die Berufungsbeklagte Punkte angesprochen, wo auch die Gleichstellungskommission Handlungsbedarf gesehen habe. Es sei ein Auftrag an Prof. E._____ verfasst worden, wonach er sich die Dienstpläne anschauen solle und dass die Mitarbeiterinnen keine Angst haben dürften, eine Schwangerschaft mitzuteilen. Prof. E._____ habe den Wunsch der Gleichstellungskommission, wonach bei der Planung eine Frau auf gleicher Hierarchiestufe eingesetzt werden solle, umgesetzt. Prof. E._____ sei durch die Gleichstellungskommission weiter gebeten worden, die Thematik Schwangerschaft mit den Dienstplanern umzusetzen. Nach der zweiten Sitzung hätte sie von Prof. E._____ eine E-Mail (E-Mail Prof. E._____ an Prof. L._____ vom 28.05.2013, von Zeugin L._____ am 11.04.2016 abgegeben, Mäppli Beilagenverzeichnis Zeugen) erhalten, was alles umgesetzt worden sei, bspw. eine Planerin auf gleicher Stufe oder ein flexiblerer Wiedereinstieg nach dem Mutterschaftsurlaub (EV L._____, Protokoll 11.04.2016, S. 29, Z. 12 ff., pag. 861). Klar geworden sei an der zweiten Sitzung vom 25.02.2013, dass es ein persönliches Zerwürfnis zwischen der Berufungsbeklagten und Prof. E._____ gegeben habe. Das Vertrauensverhältnis sei aus Sicht der Gleichstellungskommission zerstört gewesen. Sie sei selber Leiterin eines Forschungsinstituts und wenn ihr gegenüber jemand den Vorwurf erheben würde, sie treibe Frauen in den Abort, dann sei das Vertrauensverhältnis irreparabel zerstört (EV L._____, Protokoll 11.04.2016, S.29, Z. 38 ff., pag. 861). Zu den Ausführungen in der Klageantwort, wonach die Berufungsbeklagte Prof. E._____ anlässlich der 2. Sitzung vor der Gleichstellungskommission vorgeworfen habe, in seiner Klinik schwerste sexuelle Übergriffe zu dulden, habe Zeugin L._____ keine Ausführungen gemacht. Auf Frage der Gerichtspräsidentin, ob die Berufungsbeklagte aus Sicht der Zeugin zu weit gegangen sei mit ihrem Engagement bzgl. Mutterschutz und Diskriminierung von Frauen, habe Zeugin L._____ ausgeführt, dass dies nicht die richtige Umschreibung sei. Es gebe nicht ein zu viel. Die Devise der Gleichstellungskommission sei aber, dass man nicht gegen, sondern mit der Klinikleitung Massnahmen treffen und umsetzen könne. Es müsse darum gehen, die Klinikleitungen zu sensibilisieren für die Problematik. Solche Ziele erreiche man nicht im Kampf, sondern in der Diskussion. Die Ebene der Diskussion sei dann leider verlassen worden und die Berufungsbeklagte habe zu Anschuldigungen gewechselt, womit man aber nach Meinung der Gleichstellungskommission nicht weiter komme (EV L._____, Protokoll 11.04.2016, S. 33, Z. 14 ff., pag. 869). Aufgrund der Gespräche der Berufungsbeklagten mit der Gleichstellungskommission seien viele Diskussionen angeregt und viele Massnahmen getroffen wor-

den. Das sei das Positive an der ganzen Sache (EV L._____, Protokoll 11.04.2016, S. 37, Z. 21 ff., pag. 877). Als die Berufungsbeklagte gesagt habe, „Sie [Herr E._____] treiben Frauen in den Abort“, habe die Zeugin L._____ nachgehakt und gefragt, ob sie dies wirklich so meine und die Berufungsbeklagte habe dies bestätigt (EV L._____, Protokoll 11.04.2016, S. 32, Z. 28f., pag. 867).

Auch Zeuge O._____ habe ausgeführt, die Berufungsbeklagte habe Herrn E._____ vorgeworfen, er treibe Frauen in den Abort. Zeuge O._____ habe weiter geschildert, dass er dies als sehr starken und provokanten Vorwurf empfunden habe. Er hätte den Eindruck gehabt, dass die Berufungsbeklagte ihre Worte damals mit Bedacht gewählt habe (EV O._____, Protokoll 11.04.2016, S. 23, Z. 19 ff., pag. 849).

Zeugin N._____ habe zur 2. Sitzung vor der Gleichstellungskommission ausgeführt, die Berufungsbeklagte habe versucht, dasjenige, was sie an der Klinik feststellte, Herrn E._____ und der Klinikleitung darzulegen. Sie hätte glaublich auch Vorschläge zur Verbesserung gemacht. Sie habe sehr strukturiert Themen der Gleichstellung aufgezeigt. Einmal sei es sehr schwierig geworden, als die Berufungsbeklagte Herrn E._____ für gewisse gesundheitsschädliche Vorfälle, insbesondere im Zusammenhang damit, dass es zu Aborten gekommen sei, die Mitschuld gegeben habe. Herr E._____ habe sich hier sehr angegriffen gefühlt. Die Berufungsbeklagte habe einen Zusammenhang hergestellt zwischen den Arbeitsbedingungen und Aborten. Dies habe Herr E._____ nicht auf sich sitzen lassen. Zeugin N._____ habe weiter ausgeführt, dass sie es als schade empfunden habe, dass die Sitzung nicht konstruktiv verlaufen sei. Die Berufungsbeklagte habe aus ihrer Sicht versucht, konstruktiv mögliche Verbesserungen zu thematisieren. Mit der Anschuldigung betreffend Aborten sei dies dann aus ihrer Sicht nicht mehr gegangen. Man habe im Nachgang schon gewisse Vorkehrungen getroffen, z.B. bei der Dienstplaneinteilung. Auch später seien noch Massnahmen getroffen worden. Auch sei eine Arbeit in Auftrag gegeben worden, für welche die Berufungsbeklagte glaublich die Initialzündung gegeben habe (EV N._____, Protokoll 08.06.2016, S. 18f., Z. 43 ff., pag. 1047 f.). Auf Frage der Gerichtspräsidentin, ob sie von der Kündigung überrascht worden sei, habe Frau N._____ ausgeführt, dass sie die Kündigung nicht überrascht habe. Die Stimmung zwischen der Berufungsbeklagten und Herrn E._____ sei einfach zu wenig gut gewesen, als hier noch mit Goodwill hätte gerechnet werden können und sie dort eine akademische Karriere hätte machen können. Dass die Stimmung zwischen der Berufungsbeklagten und Herrn E._____ schlecht gewesen sei, habe sie auch von Herrn E._____ erfahren. Sie habe nach der Sitzung vor der Gleichstellungskommission glaublich auch noch einmal mit ihm gesprochen. In diesem Zusammenhang sei klar geworden, dass ein Konflikt in Bezug auf den gegenseitigen Umgang vorhanden gewesen sei. Zeugin N._____ habe den Eindruck gehabt, dass Herr E._____ das Vorgehen der Berufungsbeklagten und die Art und Weise, wie sie sich der Sache annahm, gar nicht geschätzt habe. Gestört habe ihn die Art und Weise des Vorgehens und ihre Persönlichkeit. Das Vertrauensverhältnis sei kaputt gewe-

sen (EV N._____, Protokoll 08.06.2016, S. 19f., Z. 27 ff. und 38 ff., pag. 1049 f.).

Zeuge E._____ habe ausgeführt, die Berufungsbeklagte habe ihm im Verlaufe des Gesprächs vorgeworfen, er würde Frauen in seiner Klinik in den Abort treiben. Er habe entgegnet, dass dieser Vorwurf in dieser Form für ihn nicht akzeptabel sei. Die Mitglieder der IFGK seien über diesen Vorwurf erschrocken und sowohl Frau L._____ wie auch Frau M._____ hätten nachgefragt, ob die Berufungsbeklagte es denn wirklich so meinen würde, was sie bestätigt habe (EV E._____, Protokoll 05.04.2016, S. 4 f., Z. 27 ff., pag. 753).

- 11.3.2 Zu diesen Vorwürfen erwog die Vorinstanz, dass nach den übereinstimmenden Zeugenaussagen erstellt sei, dass die Berufungsbeklagte Herrn E._____ anlässlich des zweiten Gesprächs vor der Gleichstellungskommission am 25.02.2013 vorgeworfen habe, er treibe Frauen in den Abort. Daran vermöchten die Ausführungen der Berufungsbeklagten (Protokoll 04.04.2016, S. 26, Z. 29 ff., pag. 719) wonach sie gesagt habe „wenn wir das Arbeitsgesetz nicht einhalten, treiben wir Frauen in den Abort“ nichts zu ändern. Hingegen scheine das Thema „sexuelle Übergriffe“ in der Klageantwort stark übertrieben dargestellt worden zu sein, hätten sich doch die an der Sitzung anwesenden Zeugen hierzu höchstens am Rande geäußert. Gemäss den Zeuginnen L._____ und N._____ sei das Vertrauensverhältnis zwischen der Berufungsbeklagten und Herrn E._____ bereits in diesem Zeitpunkt (25.02.2013) zerstört gewesen. Für Prof. E._____ sei der Vorfall hingegen gemäss seinen Aussagen nicht der Hauptgrund für den Vertrauensverlust gewesen. So sei eine Kündigung am gut zwei Wochen später stattfindenden folgenden MAG kein Thema gewesen (EV E._____, Protokoll 05.04.2016, S. 10 Z. 17, pag. 765; EV P._____, Protokoll 11.04.2016, S. 4 Z. 18 f. pag. 811) und es hätten am 15.03.2013 aus seiner Sicht keine schwerwiegenden Differenzen bestanden (EV E._____, Protokoll 05.04.2016, S. 26 Z. 8, pag. 797). Zu berücksichtigen sei im weiteren, dass die zweite Sitzung vor der Gleichstellungskommission am 25.02.2013 stattgefunden habe, also rund 16 Monate vor der Kündigung am 17.06.2014. Ein Kausalzusammenhang der damaligen Ereignisse mit der Kündigung ist daher nach Auffassung der Vorinstanz nicht ersichtlich.

11.4

- 11.4.1 Dagegen wendet die Berufungsklägerin auf den S. 16 f. ihrer Berufungsschrift ein, die Vorwürfe, Prof. E._____ treibe Frauen in den Abort und dulde sexuelle Belästigungen, seien schwerwiegend und daher geeignet, ein Vertrauensverhältnis zu zerstören. Dass eine Kündigung aufgrund dieses Vorfalls am MAG vom 15.03.2013 kein Thema gewesen sei, sei (zwar) zutreffend. Deshalb sei zu diesem Zeitpunkt auch keine Kündigung ausgesprochen worden. Es handle sich jedoch um einzelne Elemente, die ein weiteres Zusammenarbeiten im Ganzen für unmöglich machten. Erneut stelle die Vorinstanz den zeitlichen Aspekt fälschlicherweise in den Vordergrund, um aufgrund des Zeitablaufes den Kausalzusammenhang zur Kündigung verneinen zu können. Auch hier sei jedoch entscheidend, dass die Berufungsbeklagte ab dem 31.03.2013

zunächst krankgeschrieben gewesen sei, bevor sie dann ohne Unterbruch bis zum 12.03.2014 den Mutterschaftsurlaub angetreten habe.

11.4.2 Auch mit diesen Einwänden geht die Berufungsklägerin fehl: Hätten die Vorfälle im Zusammenhang mit den Vorwürfen des In-den-Abort-Treibens sowie der Duldung sexueller Belästigung das Vertrauensverhältnis wirklich nachhaltig zerstört, hätte dies am MAG vom 15.03.2013 zumindest thematisiert werden müssen. Für Prof. E._____ sei der Vorfall gemäss seinen Aussagen so dann nicht der Hauptgrund für den Vertrauensverlust gewesen; es hätten am 15.03.2013 aus seiner Sicht keine schwerwiegenden Differenzen bestanden. Zudem ist auch nach Ablauf der Schwangerschaftssperrfrist (Art. 336c Abs. 1 lit. c OR) am 13.03.2014 noch rund drei Monate mit der Kündigung zugewartet worden. Die vorinstanzlichen Erwägungen sind nicht zu beanstanden.

11.5 Zum Vorwurf der Illoyalität führt die Vorinstanz schliesslich weiter aus:

11.5.1 Die Berufungsklägerin mache in Rz. 71 der Klageantwort (pag. 267) ferner geltend, am 15.03.2013 (mithin gut zwei Wochen nach der hiervor erörterten 2. Sitzung vor der Gleichstellungskommission am 25.02.2013) hätte der Klinikdirektor Prof. E._____ mit der Berufungsbeklagten ein Mitarbeitergespräch MAG durchgeführt (KB 47). Dessen Umstände seien bemerkenswert: Zunächst habe Prof. E._____ eigens eine Fachperson aus der Personalabteilung beigezogen, Frau P._____. Dies deshalb, um den ständigen Vorwürfen der Diskriminierung und weiteren Vorwürfen der Berufungsbeklagten zuvorzukommen. Es wäre schlicht zu risikoreich gewesen, wenn sich Prof. E._____ alleine mit der Berufungsbeklagten zu einem Gespräch getroffen hätte, dessen Inhalt von ihr verfremdet werden würde. Die Berufungsbeklagte verkehre diese Umstände in das Gegenteil: So habe sie in einer Stellungnahme zum MAG, welche auf den 06.07.2014 datiert sei (beinahe 16 Monate nach dem Gespräch) wörtlich geschrieben (vgl. KAB 5, Ingress):

„Nach der aggressiven Kommunikationsform, die FS (i.e. E._____, der Direktor der KAS) an der Sitzung der IFGK vom 25.02.2013 demonstriert hat, habe ich gebeten, keine weiteren Gespräche mit ihm alleine führen zu müssen. Ich kann bis heute eine mögliche Tötlichkeit nicht ausschliessen und möchte mich diesem Risiko keinesfalls aussetzen.“

Die Berufungsbeklagte unterstelle ihrem Vorgesetzten damit unverhohlen, er sei in der Lage, sie tötlich anzugreifen, sollte sie sich alleine mit ihm in einem Gespräch befinden. Wie könne die Berufungsbeklagte unter diesen Umständen glaubwürdig behaupten, der Kündigungsgrund „nachhaltig gestörtes Vertrauensverhältnis“ sei vorgeschoben? Die Berufungsbeklagte habe das Formular MAG zusammen mit dem Klinikdirektor und der Personalfachfrau P._____ am 15.03.2013 (vgl. KB 47) vorbehaltlos unterzeichnet. Sie hätte die Unterzeichnung auch verweigern können, wäre sie mit den erörterten und dokumentierten Gesprächsinhalten nicht einverstanden gewesen.

11.5.2 Hierzu erwog die Vorinstanz, dass die Gesprächsnotiz, wonach sich die Berufungsbeklagte vor Tötlichkeiten von Prof. E._____ gefürchtet habe, vom 06.07.2014 datiere und daher erst nach der Kündigung vom 17.06.2014 erstellt

worden sei. Das Nachschieben von Kündigungsgründen sei aber nur möglich, soweit die geltend gemachten Gründe schon zur Zeit der Kündigung vorlagen, damals aber noch nicht bekannt oder zwar bekannt waren, jedoch zugunsten anderer Kündigungsgründe in der Begründung der Kündigung nicht berücksichtigt wurden. Mit anderen Worten könnten zur Begründung der Kündigung nur Tatsachen genannt werden, die sich vor deren Empfang zugetragen haben. Da die Aktennotiz vom 06.07.2014 erst nach der Kündigung erstellt worden sei, könne sie per se nicht kausal für die Kündigung gewesen sein und es handle sich um einen nachgeschobenen Kündigungsgrund, welcher nicht gehört werden könne.

Dennoch würden nachfolgend die Partei- und Zeugenaussagen zu diesem MAG erörtert: Auf Frage der Gerichtspräsidentin, warum das MAG gerade zu diesem Zeitpunkt stattgefunden habe (letztes MAG war am 17.09.2012) und warum Prof. E._____ dieses MAG durchgeführt habe (das letzte MAG wurde bekanntlich von Prof. K._____ durchgeführt), habe Zeuge E._____ äusserst ausweichend geantwortet (EV E._____, Protokoll 05.04.2016, S. 5 f Z. 41 ff., pag. 755 f.): Er führe MAG mit Habilitanden durch, wenn er ihren Weg begleiten wolle. Die Berufungsbeklagte sei als Oberärztin I an der Schwelle zur Übernahme weiterer Tätigkeiten gewesen. Dies habe er mit ihr besprechen wollen, auch um Verbesserungspotential aufzuzeigen. In der Folge habe Zeuge E._____ über 1.5 Seiten verschiedenste Ausführungen gemacht, ohne aber die gestellte Frage konkret zu beantworten. Unter anderem habe Zeuge E._____ den Vorfall mit Prof. Q._____ erwähnt. Dieser Vorfall habe aber anfangs September 2012 und damit bereits vor dem letzten MAG vom 17.09.2012 stattgefunden (KB 20). Er habe damit entgegen den Aussagen von Zeuge E._____ nicht Grund für das MAG vom 15.03.2013 gewesen dürfen. Gleiches gelte für die angeblichen Streitigkeiten mit Prof. R._____, welche vom Juni 2012 datierten. Auch der von der Berufungsklägerin als weiterer Grund für das gestörte Vertrauensverhältnis angeführte „Fall S._____“ werde von Zeuge E._____ unter der eingangs gestellten Frage erwähnt. Auch dieser Sachverhalt hätte entgegen den Aussagen von Zeuge E._____ nicht Grund für das MAG vom 15.03.2013 gewesen sein dürfen, datiere doch der aktenkundige E-Mailverkehr zwischen Prof. E._____ und Frau S._____ vom 18.07.2014 (KAB 6), mithin einen Monat nach der Kündigung und über ein Jahr nach dem MAG vom 15.03.2013. Schliesslich habe Zeuge E._____ unter der eingangs gestellten Frage auch den „Fall T._____“ erwähnt. Wie aus dem Protokoll der Befragung von Prof. K._____ (EV K._____, Protokoll 11.04.2016, S. 13 Z. 1 ff., pag. 829) hervorgehe, habe sich dieser Sachverhalt in der Zeit vom 16.07.-20.07.2012 ereignet. Auf Nachfrage der Gerichtspräsidentin habe Zeuge E._____ sodann ausgesagt, dass der Grund für das neuerliche MAG gewesen sei, dass geplant gewesen sei, die Berufungsbeklagte als Stationsleiterin einzusetzen. Für Zeuge E._____ sei dies zu diesem Zeitpunkt nicht angezeigt gewesen und er hätte ihr zeitnah eine Rückmeldung geben und ihr Wege aufzeichnen wollen, wie sie sich verbessern könne (EV E._____, Protokoll 05.04.2016, S. 7 Z. 30 ff., pag. 759). Eine Kündigung sei an diesem

Gespräch kein Thema gewesen (EV E._____, Protokoll 05.04.2016, S. 10 Z. 17, pag. 765; EV P._____, Protokoll 11.04.2016, S. 4 Z. 18 f. pag. 811). Auch habe Zeuge E._____ ausgeführt, es hätte am 15.03.2013 aus seiner Sicht keine schwerwiegenden Differenzen gegeben (EV E._____, Protokoll 05.04.2016, S. 26 Z. 8, pag. 797). Daraus lasse sich schlussfolgern, dass der in Rz. 69 f. der Klageantwort als Kündigungsgrund aufgeführte Vorwurf der Berufungsbeklagten an Zeuge E._____, er treibe Frauen in den Abort gut zwei Wochen nach der hiervor erörterten 2. Sitzung vor der Gleichstellungskommission für Prof. E._____ am 15.03.2013 nicht ins Gewicht gefallen sei. Für den Vorgesetzten E._____ sei folglich das gemäss den Zeugen L._____ und N._____ bereits in diesem Zeitpunkt gestörte Vertrauensverhältnis kein Kündigungsgrund gewesen.

11.6

11.6.1 Dagegen wendet die Berufungsklägerin auf den S. 18 f. ihrer Berufungsschrift ein, beim Beizug der Aktennotiz der Berufungsbeklagten vom 06.07.2014 (KAB 5) handle es sich keineswegs um ein „Nachschieben von Kündigungsgründen“. Von der Berufungsklägerin werde nicht geltend gemacht, dass die Aktennotiz vom 06.07.2014 der Kündigungsgrund gewesen sei. Massgebend sei der Inhalt dieser Aktennotiz betreffend den Zeitraum vom 25.02.-15.03.2013 gewesen, wonach die Berufungsbeklagte angeblich derart Angst vor ihrem Vorgesetzten hatte, dass sie nicht mehr alleine mit ihm ein Gespräch führen wollte. Auch wenn diese Angst vor Tötlichkeiten völlig aus der Luft gegriffen sei, mache die Notiz klar, dass eindeutig ein von beiden Parteien wahrgenommenes gestörtes Vertrauensverhältnis vorgelegen habe. Bereits der Fakt, dass sich Prof. E._____ gezwungen gesehen habe, zu einem Gespräch mit der Berufungsbeklagten eine neutrale Drittperson beizuziehen, sei ein klarer Hinweis auf das bereits im März 2013 verminderte Vertrauen und das gestörte Verhältnis gewesen.

11.6.2 Es erscheint nicht ganz klar, was die Berufungsklägerin mit diesen Ausführungen belegen will: Will sie das Offensichtliche behaupten, dass bereits im März 2013 ein – gelinde gesagt – vermindertes Vertrauen zwischen der Berufungsbeklagten und Prof. E._____ herrschte, ist fraglich, was sie daraus zu ihren Gunsten ableiten will. Fakt ist, dass ein gestörtes Vertrauensverhältnis offenbar nicht Thema des MAG vom März 2013 war und es der Berufungsklägerin deshalb nach Treu und Glauben verwehrt ist, sich im Nachhinein darauf zu berufen. Die vorinstanzlichen Erwägungen sind nicht zu beanstanden.

11.7 Zum Vorwurf der Illoyalität führt die Vorinstanz sodann aus:

11.7.1 Die Berufungsklägerin mache in Rz. 72 der Klageantwort (pag. 267) geltend, die Berufungsbeklagte hetze ungehemmt gegen Prof. E._____. So habe sie Prof. K._____ unter Druck gesetzt, indem sie ihm mitgeteilt habe, er habe sich zu entscheiden, auf wessen Seite, C._____ oder E._____’s, er stehe.

Zeuge K._____ habe – so die Vorinstanz – hierzu ausgeführt:

„Sie hatte schon diese Art. Entweder bist du bei mir oder den anderen. Ein letztes Gespräch war bei mir in der Wohnung. Dort ist so etwas gekommen. Ich habe dann gesagt, dass das absurd ist und ich mich nicht instrumentalisieren lasse. Dieses Aussortieren in schwarz/weiss ist schwierig, weil weltfremd. So funktioniert die Zusammenarbeit im Klinikbetrieb nicht. Es geht darum, Kompromisse zu finden. Ich habe gesagt, ich sei weder für sie noch für E._____. Ich habe ihr gesagt, dass die Strategie, die Welt in gut und böse einzuteilen eine schlechte ist. Das Angebot hat's gegeben, aber ich bin nicht darauf eingestiegen.“ (EV K._____, Protokoll 11.04.2016, S. 12Z. 1 ff., pag. 827).

Weiter habe Zeuge K._____ Ausführungen zum von ihm am 23.10.2013 durchgeführten MAG gemacht. In diesem Zusammenhang habe er mitgeteilt, dass er die Berufungsbeklagte nicht habe entlassen wollen; vielmehr habe er gewollt, dass sie habilitiere (EV K._____, Protokoll 11.04.2016, S.8 Z. 21, pag. 819). Zum Verhalten der Berufungsbeklagten habe Zeuge K._____ ausgeführt, „Nathalie ist halt direkt. Andere wären vielleicht diplomatischer vorgegangen, aber das kann man aushalten“ (EV K._____, Protokoll 11.04.2016, S. 9 Z. 17 ff., pag. 821). Weiter habe er bestätigt, was auch Zeugin L._____ ausführte. Die Berufungsbeklagte habe auf Kosten ihrer wissenschaftlichen Karriere gegen alle Kämpfe geführt, anstatt strategisch vorzugehen (EV K._____, Protokoll 11.04.2016, S. 11 Z. 11f., pag. 825).

11.7.2 Nach Auffassung der Vorinstanz werde mit den Aussagen des Zeugen K._____ sicherlich die polarisierende Art der Berufungsbeklagten belegt. Unklar sei jedoch, wann dieses vom Zeugen erwähnte „letzte Gespräch“ beim Zeugen in der Wohnung stattgefunden habe. Hierzu habe die beweisbelastete Berufungsklägerin keinerlei Angaben gemacht, weshalb ihr der Nachweis, wonach das von ihr geschilderte Verhalten in einem (Kausal-)Zusammenhang mit der Kündigung vom 17.06.2014 stehe, nicht gelungen sei.

11.8

11.8.1 Dagegen wendet die Berufungsklägerin auf den S. 19 f. ihrer Berufungsschrift ein, es sei entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht relevant, wann das erwähnte „letzte Gespräch“ mit dem Zeugen K._____ stattgefunden habe. Denn Prof. K._____ bestätige, dass die Berufungsbeklagte „generell diese Art“ habe. Andererseits mache die Berufungsklägerin nicht geltend, dass dieses „letzte Gespräch“ für die Kündigung ausschlaggebend gewesen sei. Es handle sich lediglich um ein weiteres Beispiel, an welchem sich der „schwierige Charakter“ der Berufungsbeklagten zeige.

11.8.2 Was die Berufungsklägerin mit diesen Ausführungen zu ihren Gunsten erreichen will, erschliesst sich nicht. Sie gibt selbst zu, dass das erwähnte „letzte Gespräch“ mit dem Zeugen K._____ keinen Kündigungsgrund darstellt. Wenn sie den „schwierigen Charakter“ der Berufungsbeklagten beweisen will, dann sagt sie nichts anderes als das, was auch die Vorinstanz festgestellt hat, nämlich die „polarisierende Art“ der Berufungsbeklagten. Solche Charaktere sind weit verbreitet und bilden für sich alleine keinen begründeten Anlass für eine Kündigung. Die vorinstanzlichen Erwägungen sind zu bestätigen.

- 11.9 Zum Thema der Illoyalität führt die Vorinstanz zu guter Letzt aus:
- 11.9.1 Die Berufungsklägerin mache in Rz. 73 der Klageantwort (pag. 269) geltend, die Berufungsbeklagte habe auch mit PD Dr. med. U._____, einem Arbeitskollegen in der KAS, den durch sie gehassten Klinikdirektor sehr öffentlich erörtert. Weil sich PD U._____ geweigert habe, ihr zuzustimmen, habe ihm die Berufungsbeklagte direkt gedroht, sie werde dafür besorgt sein, dass Prof. E._____ E-Mails von PD U._____ zugespielt würden, in welchen er sich selber kritisch zu Prof. E._____ geäussert habe. Der Umstand, dass PD U._____ Prof. E._____ von sich aus über diesen Vorfall informiert habe, zeige mit jeder wünschbaren Deutlichkeit, dass der Führungsstil von Prof. E._____ gerade nicht auf „Angst, Einschüchterung und Abhängigkeit“ beruhe, wie dies die Berufungsbeklagte weismachen wolle.
- Auf Frage der Gerichtspräsidentin, ob der Zeuge U._____ von der Berufungsbeklagten unter Druck gesetzt worden sei, sich ihrer Meinung betreffend Prof. E._____ anzuschliessen und falls der Zeuge dies nicht täte, die Berufungsbeklagte seine E-Mails, in denen er sich kritisch betreffend Prof. E._____ geäussert hätte, Prof. E._____ zustellen würde, habe der Zeuge gesagt: „Nein, das hat sie so nie gesagt, nein.“ (EV U._____, Protokoll 12.04.2016, S. 10 Z. 1 ff., pag. 903). Auf Nachfrage von Rechtsanwalt B._____ habe der Zeuge diesbezüglich weiter ausgeführt (EV U._____, Protokoll 12.04.2016, S. 11 Z. 17 ff., pag. 905):
- „Den genauen Wortlaut weiss ich nicht mehr. Was sie sicher sagte, ist ‚U._____, das ist mein Kampf, nicht dein Kampf.‘ Dass sie E-Mails weiterleiten würde, war meine Befürchtung. Aber mir gegenüber angedroht hat sie dies nicht. Aber für mich ist das irrelevant. Ich sagte dies glaublich Herrn E._____ einmal und damit war der Druck für mich weg.“
- Auf Frage, wieso er sich veranlasst gesehen habe, zu Herrn E._____ zu gehen, habe Zeuge U._____ geantwortet, er hätte die Meinungsverschiedenheiten der Berufungsbeklagten mit Prof. E._____ von aussen beobachtet. Es habe sich aufgeschaukelt und es sei mit immer härteren Bandagen geschossen worden, insbesondere auch von Seiten der Rechtsvertretung der Berufungsbeklagten. Für den Zeugen habe es nach einer Schlammschlacht ausgesehen und er habe sich gefragt, wie er in die Schlammschlacht einbezogen werden könnte. Er habe sich mit der Berufungsbeklagten während seiner Zeit in den USA intensiv per Mail ausgetauscht und da hätte er die Befürchtung gehabt, dass seine Mails von der Berufungsbeklagten für die Schlammschlacht gebraucht werden könnten.
- Weiter habe der Zeuge U._____ ausgesagt, dass er über die Kündigung im Zeitpunkt, als sie ausgesprochen wurde, nicht mehr erstaunt gewesen sei. Dies deshalb, weil das Verhältnis zwischen der Berufungsbeklagten und Herrn E._____ insofern zerrüttet gewesen sei, als sie nicht mehr zusammen hätten arbeiten können. Wieso sie nicht mehr zusammen arbeiten konnten, wisse der Zeuge nicht. Es habe sich immer mehr aufgeschaukelt (EV U._____, Protokoll 12.04.2016, S. 9 Z. 32 ff., pag. 901).

- 11.9.2 Nach Auffassung der Vorinstanz hat der Zeuge entgegen den Ausführungen der Berufungsklägerin im Schlussvortrag (Rz. 41 in fine, pag. 1655) gerade nicht bestätigt, dass die Berufungsbeklagte ihm direkt gedroht habe, sie werde dafür besorgt sein, dass Prof. E._____ E-Mails von PD U._____ zugespielt würden. Vielmehr sei es eine blossе Befürchtung des Zeugen gewesen, dass allenfalls E-Mails aktenkundig werden könnten. Dass die Berufungsbeklagte auf Vorhalt der entsprechenden Passage der Klageantwort ausgeführt habe, dieser Vorwurf sei Blödsinn, erscheine daher nichts als logisch (EV Klägerin, Protokoll 04.04.2016, S.22 Z. 1f., pag. 711). Die von der Berufungsklägerin zum Beweis der Illoyalität behauptete Drohung der Berufungsbeklagten habe somit beweismässig nicht erstellt werden können. Selbst wenn man entgegen dem Vorstehenden von einer Drohung der Berufungsbeklagten ausginge, sei wiederum unklar, wann sich der Sachverhalt abgespielt hat. Hierzu habe die Berufungsklägerin keinerlei Angaben gemacht, weshalb ihr der Nachweis, wonach das von ihr geschilderte Verhalten in einem Kausalzusammenhang mit der Kündigung vom 17.06.2014 stehe, nicht gelungen sei.
- 11.10
- 11.10.1 Dagegen bringt die Berufungsklägerin auf der S. 20 ihrer Berufungsschrift vor, die Reaktion und die Befürchtung von PD U._____ bestätigten immerhin eine indirekte Drohung. Diese sei intensiv genug gewesen, dass sich der Zeuge U._____ veranlasst gesehen habe, seinen Vorgesetzten E._____ präventiv zu informieren. Erneut verneine die Vorinstanz zudem zu Unrecht den Kausalzusammenhang aufgrund des zeitlichen Abstands zur Kündigung. Wiederholt sei darauf hinzuweisen, dass nicht die einzelnen Ereignisse der Hetze für die Kündigung ausschlaggebend gewesen seien. Die Aussagen der Zeugen K._____ und U._____ zeigten deutlich auf, dass die Berufungsbeklagte einen regelrechten Kampf gegen ihren Vorgesetzten geführt und ihre Kollegen in diesen Kampf einzubeziehen versucht habe. Dieses Verhalten der Hetze und der Druck auf Kollegen, Partei zu ergreifen, sei über eine längere Zeitdauer erfolgt und am Ende mit ausschlaggebend für die Kündigung gewesen. In einem Klima, in dem befürchtet werden müsse, dass eigene Aussagen in Prozessen und Beschwerden verwendet werden, könne nicht zusammengearbeitet werden.
- 11.10.2 Die Berufungsklägerin setzt sich nicht mit der Begründung der Vorinstanz auseinander, wonach unklar sei, wann sich der Sachverhalt abgespielt hätte. Sie bleibt auch in ihrer Berufungsschrift im Vagen und will vielmehr ein generelles Klima der Hetze und des Druckes zeichnen. Damit sagt sie aber noch nichts darüber aus, ob dieses Klima vor der Kündigung oder nach der Kündigung als solches wahrgenommen worden ist. Auf die Rüge ist schon mangels hinreichender Begründung nach Art. 311 Abs. 1 ZPO nicht einzutreten. Die vorinstanzlichen Erwägungen sind zu bestätigen.
- 11.11 Zum Vorwurf des Unvermögens der Berufungsbeklagten, sich in ein Team oder in hierarchische Strukturen einzufügen, führt die Vorinstanz Folgendes aus:

11.11.1 Die Berufungsklägerin werfe der Berufungsbeklagten vor, diese habe grösste Mühe, (berechtigte) Kritik anzunehmen. So habe Prof. K._____ mit ihr ein Mitarbeiter- und Evaluationsgespräch geführt, welches sich nicht nach den Vorstellungen der Berufungsbeklagten entwickelt habe. Am Ende des Gespräches habe die Berufungsbeklagte die Unterschrift auf dem Evaluationsbogen verweigert und diesen stattdessen eingesteckt. Prof. K._____ sei konsterniert gewesen und es hätte langen Zuredens bedurft, bis die Berufungsbeklagte das Papier wieder ausgehändigt habe. Es sei davon auszugehen, dass es sich um das Gespräch vom 23.10.2013 handelte (KB 21).

Anlässlich seiner Befragung als Zeuge habe – so die Vorinstanz – Prof. K._____ auf Frage der Gerichtspräsidentin, wie die Berufungsbeklagte auf die schlechtere Bewertung reagierte, ausgeführt, was folgt (EV K._____, Protokoll 11.04.2016, S. 8 Z. 13-21, pag. 819):

„Nach dem Gespräch hat sie darauf reagiert. Das war direkt danach. Der Aufhänger war, dass die soziale Kompetenz ein halber Punkt tiefer bewertet wurde. Sie wollte wissen warum. Ich sagte dann, dass dies nach meiner Bewertung so ist. Ich wollte ihr eine Kopie geben. Sie nahm dann aber das Original und wollte das behalten. Ich habe ihr dann gesagt, dass das genau das ist, was ich mit Sozialkompetenz meine. Ich habe ihr gesagt, dass wenn das eine andere Person gemacht hätte, ich sie gekündigt hätte. Es war genau was ich mit sozialer Kompetenz gemeint habe. Ich beurteilte sie einen halben Schritt tiefer, und sie reagierte so. Ich wollte sie nicht entlassen, sondern ich wollte, dass sie habilitiert.“

Die Berufungsbeklagte habe ihrerseits auf Vorhalt von Rz. 74 der Klageantwort, wonach sie sich geweigert hätte, das MAG Formular (KB 21) zu unterzeichnen und das Formular zunächst eingesteckt habe, ausgeführt, dass dies zutreffend sei. Sie sei mehrmals bei F._____ zu einem Gespräch gewesen. Es sei ihre zweite Schwangerschaft gewesen, die erste habe sie verloren. Stress vertrage sie sonst gut, aber im Zusammenhang mit der Schwangerschaft hätte sie Probleme gehabt. Sie habe das F._____ gesagt und ihn gebeten, dass die Kommunikation zwischen der KAS und ihr über ihn laufe. F._____ sei damit einverstanden gewesen, aber es habe sich niemand daran gehalten. An sich hätte sie Prof. K._____ gar nicht aufbieten dürfen, aber sie habe das Gespräch wahrgenommen, da sie ihre Karriere hätte fortführen wollen (EV Klägerin, Protokoll 04.04.2016, S. 18 Z. 46 ff., pag. 703).

11.11.2 Gemäss der Vorinstanz sei festzuhalten, dass das Gespräch mit Prof. K._____ am 23.10.2013 stattgefunden habe. Für den direktbetroffenen Vorgesetzten sei das Verhalten kein Anlass für eine Kündigung der Berufungsbeklagten gewesen („Ich wollte sie nicht entlassen, sondern ich wollte, dass sie habilitiert“.). Ein Kausalzusammenhang mit der Kündigung vom 17.06.2014 sei damit nicht ersichtlich. Zwar habe sich der Vorfall während der Schwangerschaft der Berufungsbeklagten ereignet, doch auch nach Ablauf der Sperrfrist (Art. 336c Abs. 1 lit. c OR) am 13.03.2014 sei noch rund drei Monate mit der Kündigung zugewartet worden.

11.12

- 11.12.1 Dagegen bringt die Berufungsklägerin auf S. 21 ihrer Berufungsschrift vor, die Schlussfolgerung der Vorinstanz sei falsch. Die Berufungsbeklagte bestätige, dass sie den Bewertungsbogen eingesteckt hat und diesen nicht zurückgeben wollte, da sie mit dem Ergebnis nicht einverstanden gewesen sei (Aussage vom 04.04.2016 S. 18 Z. 50). Die Vorinstanz belasse es dabei, fälschlicherweise festzuhalten, dass dieses Verhalten für Prof. K._____ keinen Anlass zur Kündigung darstellte. Prof. K._____ halte ausdrücklich fest: „Ich habe ihr gesagt, dass wenn das eine andere Person gemacht hätte, ich sie gekündigt hätte“ (Aussage vom 11.04.2016 S. 8 Z. 18f.). Die Aussage könne nicht anders verstanden werden, als dass das von der Berufungsbeklagten an den Tag gelegte Verhalten für eine Kündigung ausreichend gewesen wäre. Prof. K._____ habe aber die Forschungsarbeit der Berufungsbeklagten geschätzt (die fachliche Kompetenz wurde von der Berufungsklägerin nie in Frage gestellt) und (als Vorgesetzter nur im Bereich Forschung) gewollt, dass sie habilitiert (Aussage vom 11.04.2016 S. 17 Z. 2-8). Dieser Vorfall zeige klar, dass die Berufungsbeklagte nicht kritikfähig sei und sich hierarchisch nicht einordnen könne, wozu sich die Vorinstanz überhaupt nicht äussere.
- 11.12.2 Auch mit diesen Vorbringen geht die Berufungsklägerin fehl: Erneut setzt sie sich nicht mit dem zentralen Argument der Vorinstanz auseinander, wonach ein Kausalzusammenhang mit der Kündigung vom 17.06.2014 nicht ersichtlich ist.
- 11.13 Zum Vorwurf des Unvermögens der Berufungsbeklagten, sich in ein Team oder in hierarchische Strukturen einzufügen, führt die Vorinstanz schliesslich aus:
- 11.13.1 Die Berufungsklägerin mache in Rz. 75 der Klageantwort (pag. 269 f.) weiter geltend, auch Prof. R._____, Direktor und Chefarzt des Notfallzentrums, hätte einen wüsten Zusammenstoss mit der Berufungsbeklagten gehabt. Diese habe sich geweigert, eine seiner Anweisungen bei einem Notfallpatienten zu befolgen. Bei einer Notfallbehandlung entscheide der diensthabende Notfallarzt, welche diagnostischen und ggf. therapeutischen Massnahmen am Patienten durchgeführt würden, wenn es um die Erhaltung des Lebens gehe. In diesen Situationen bestehe kein Raum für Diskussionen mit einer Anästhesistin, welche die Gesamtverantwortung für die lagegerechte Versorgung des Patienten nicht trage.
- Auf Frage von Fürsprecher D._____, ob die Berufungsbeklagte im Zusammenhang mit der Notfallbehandlung Weisungen von ihm missachtet habe und wenn ja, welche, habe – so die Vorinstanz – Prof. R._____ als Zeuge ausgeführt, die Berufungsbeklagte sei zu diesem Zeitpunkt Kaderärztin für Anästhesie gewesen und er Kaderarzt am Notfallzentrum. Er sei der Berufungsbeklagten nie vorgesetzt und daher ihr gegenüber nicht weisungsberechtigt gewesen (EV R._____, Protokoll 12.04.2016, S. 16 Z. 7 ff., pag. 915). Zur Zusammenarbeit mit der Berufungsbeklagten habe der Zeuge weiter ausgeführt, dass er mit dieser bis 2012 ein gutes kollegiales, wertschätzendes Verhältnis gehabt habe. Als die Berufungsbeklagte aus den USA zurückgekehrt sei, habe er versucht, an die gute Zusammenarbeit anzuknüpfen, was

ihm aber immer schwerer gefallen sei, weil er eine gewisse Veränderung ihm gegenüber festgestellt habe. Das habe den Zeugen und die Berufungsbeklagte aber nicht daran gehindert, weiterhin im Interesse der Patienten konstruktiv zusammen zu arbeiten. Er sei damals leitender Arzt gewesen und die Berufungsbeklagte Oberärztin. Im Frühsommer 2012 habe er dann immer wieder von Kolleginnen und Kollegen gehört, dass die Zusammenarbeit mit der Berufungsbeklagten im Schockraum nicht die einfachste sei. Das Ganze habe in einer Auseinandersetzung im Mai 2012 zwischen einer Assistentin des Zeugen und der Berufungsbeklagten gegipfelt. Die Assistentin habe dies schriftlich zusammengefasst. Es sei um eine Kritik gegangen, wie der Zeuge und sein Team das Notfallzentrum führten. Der Zeuge hätte diese Kritik nicht nachvollziehen können und es sei zu einer Abkühlung der Zusammenarbeit zwischen dem Zeugen und der Berufungsbeklagten gekommen. Die Details der Kritik würden bereits wieder 4 Jahre zurückliegen. Es sei vor allem um die Qualität der Arbeit des Zeugen und seines Teams gegangen und vor allem sei die Berufungsbeklagte damals überhaupt nicht involviert gewesen. Der Zeuge hätte den Eindruck gehabt, dass die Berufungsbeklagte die Verantwortung habe an sich ziehen wollen und sie dem Team des Zeugen ein Lehrstück in Sachen Medizin habe geben wollen. Der Zeuge und die Berufungsbeklagte hätten sich dann ausgetauscht und der Zeuge habe sich auch an Herrn E._____ gewendet. Die Beteiligten hätten sich dann im Interesse der Patienten wieder ausgesprochen. Für den Zeugen stünden die Patienten im Vordergrund und persönliche Dinge müssten zurückstehen. Es sei nicht um den Inhalt der Kritik gegangen, sondern um die Art und Weise, wie diese vorgetragen worden sei. Mit Kritik müssten der Zeuge und sein Team umgehen können, aber die Art und Weise habe ihn persönlich enttäuscht und verletzt (EV R._____, Protokoll 12.04.2016, S. 12 f. Z. 32 ff., pag. 907). Es handle sich um den in KB 7, S. 5f. und CB 2 [Aktennotiz der Klägerin vom 15.06.2012] geschilderten Vorfall (EV R._____, Protokoll 12.04.2016, S. 13 Z. 23 ff., pag. 909). Auf Frage der Gerichtspräsidentin, ob es nebst diesem Vorfall weitere Streitigkeiten zwischen dem Zeugen und der Berufungsbeklagten gegeben habe, habe der Zeuge ausgeführt, dass er sie nach ihrer Rückkehr persönlich (subjektiv) als verändert empfunden habe. Die Leichtigkeit und Kollegialität sei irgendwie gewichen. Es seien Anekdoten von anderen Kollegen, die er nicht zitieren könne, wonach die Zusammenarbeit schwierig gewesen sei aufgrund der dominanten Haltung der Berufungsbeklagten. Dazu müsse man wissen, dass die Arbeit im Schockraum eine grosse Konkordanz brauche. Das Team müsse wichtige Entscheide in kurzer Zeit treffen. Wenn es eine dominante Person gebe, die versuche, ihre Meinungen durchzusetzen, werde es schwierig. Zumindest er persönlich habe dies so empfunden (EV R._____, Protokoll 12.04.2016, S. 13 Z. 27 ff., pag. 909). Auf Frage, ob er Prof. E._____ darum gebeten habe zu veranlassen, dass die Berufungsbeklagte den Bereich wechselt, habe der Zeuge ausgeführt, dass er das so in dieser Art sicher nicht getan habe. Er sei aber damals damit betraut gewesen, auch das Kader seiner Klinik neu auszurichten. Er sei natürlich daran interessiert gewesen, andere notfallinteressierte Anästhesisten bei ihm arbeiten zu lassen. Ob die Zusammenarbeit mit anderen

Chefärzten schwierig sei, spiele für ihn keine Rolle, da sich Abteilungswechsel sehr positiv auswirken könnten, wie er das in anderen Fällen erfahren habe. Für ihn als Vorgesetzter sei wichtig, dass die Beziehung zwischen ihm und der Person funktioniere. Die Berufungsbeklagte sei eine veritable Kandidatin gewesen, jung, dynamisch, wissenschaftlich interessiert. Für ihn sei die Berufungsbeklagte sicher eine Kandidatin gewesen, doch hätte sich die Klinik dann später für einen anderen Anästhesisten aus der Klinik von Prof. E. _____ entschieden (EV R. _____, Protokoll 12.04.2016, S. 13 Z. 36 ff., pag. 909). Er hätte mit Prof. E. _____ ein Gespräch im Zusammenhang mit dem erwähnten Vorfall geführt. Sie hätten das Verhalten der Berufungsbeklagten besprochen. Danach sei das Thema für ihn erledigt gewesen. Er sei noch persönlich enttäuscht gewesen, aber die weitere Zusammenarbeit mit der Berufungsbeklagten, soweit es sie noch gegeben habe, würde er als korrekt bezeichnen (EV R. _____, Protokoll 12.04.2016, S. 14 Z. 1 ff., pag. 911).

Demgegenüber habe – so die Vorinstanz – der Zeuge E. _____ anlässlich seiner Befragung am 05.04.2016 in Beantwortung der Frage nach dem Grund für das MAG vom 15.03.2013 u.a. ausgeführt, es hätte Streitigkeiten mit Prof. R. _____ gegeben und er hätte erste Mitteilungen anderer Fachbereiche erhalten, wonach man die Zusammenarbeit mit der Berufungsbeklagten als mühsam erachtete und ob er veranlassen könne, dass die Berufungsbeklagte den Bereich wechselt. Das seien Prof. V. _____ und Prof. Q. _____ von der Neurochirurgie und betreffend das Notfallzentrum Prof. R. _____ gewesen (EV E. _____, Protokoll 05.04.2016, S. 7 Z. 17-21, pag. 759).

Interessant im Zusammenhang mit Zeuge E. _____ ist nach Auffassung der Vorinstanz dabei ein weiteres Detail: In seiner Stellungnahme zur Diskriminierungsbeschwerde der Berufungsbeklagten (datierend vom 15.05.2014 [rund einen Monat vor der Kündigung, resp. im Zeitraum als die Kündigung beschlossen wurde]; AB 12, S. 6/9, Ziff. 13) habe Zeuge E. _____ festgehalten, dass er über Dritte vom in Rz. 75 der Klageantwort geschilderten Sachverhalt erfahren habe und sein Nachfragen bei Prof. R. _____ ergeben habe, dass sich die Situation zwischen den Mitarbeitenden bereinigt habe und es nicht die Chefebene brauche.

- 11.13.2 Die Vorinstanz erwog, dass der von der Berufungsklägerin in Rz. 75 der Klageantwort ins Feld geführte Vorfall vom Juni 2012 datiere und damit zwei Jahre vor der Kündigung vom 17.06.2014. Der Zeuge Prof. R. _____ habe ausgeführt, er hätte mit Prof. E. _____ ein Gespräch im Zusammenhang mit dem erwähnten Vorfall geführt. Der Vorgesetzte der Berufungsbeklagten sei folglich informiert gewesen. Dennoch seien keine Massnahmen getroffen worden. Im MAG vom September 2012 (KB 20) sei der Vorfall kein Thema gewesen. Mit dem Zeugen R. _____ sei davon auszugehen, dass das Thema nach der Aussprache erledigt gewesen sei und in der Klageantwort dramatischer geschildert werde, als es sich effektiv verhalten habe. Insbesondere habe der Zeuge die Ausführungen der Berufungsklägerin, wonach die Berufungsbeklagte Weisungen des Zeugen missachtet habe, gerade nicht bestätigt (siehe hierzu auch EV Klägerin, Protokoll 04.04.2016, S. 22 Z. 44f, pag. 711).

Vielmehr habe er ausgeführt, er sei damals gar nicht weisungsberechtigt gewesen. Ebenso seien die Ausführungen von Zeuge E. _____, wonach ihn Zeuge R. _____ gefragt habe, ob er veranlassen könnte, dass die Berufungsbeklagte den Bereich wechselt, von Zeuge R. _____ nicht bestätigt worden. Auch die Ausführungen von Zeuge E. _____ in dessen Stellungnahme zur Diskriminierungsbeschwerde, wonach er über Dritte vom in Rz. 75 der Klageantwort geschilderten Sachverhalt erfahren habe und er bei Prof. R. _____ nachgefragt hätte, seien von Zeuge R. _____ in Übereinstimmung mit der Berufungsbeklagten (EV Klägerin, Protokoll 04.04.2016, S. 25 Z. 31 ff., pag. 717) anders geschildert worden. Die weitere Zusammenarbeit mit der Berufungsbeklagten habe der Zeuge R. _____ als korrekt bezeichnet und sie sei gar eine Kandidatin für eine Stelle am vom Zeugen geführten Notfallzentrum gewesen. Ein Kausalzusammenhang mit der Kündigung ist nach Auffassung der Vorinstanz nicht ersichtlich.

11.14

11.14.1 Dagegen wendet die Berufungsklägerin auf der S. 21 f. ihrer Berufungsschrift ein, was der Zeuge R. _____ schildere, weise eklatante Parallelen zum Vorfall mit PD Dr. I. _____ im Herbst 2012 auf. Das Ereignis zeige klar auf, dass sich die Berufungsbeklagte nicht einordnen könne, sich illoyal verhalte, sich ihren Kollegen überlegen fühle und dominant sei. Sie nutze andere, um sich selber zu profilieren. Wiederholt zeige sich in diesem Verhalten der Berufungsbeklagten ein Mangel an Sozialkompetenz, der im hier interessierenden beruflichen Umfeld zu einer schweren Beeinträchtigung der Zusammenarbeit führe. Auch dieser Vorfall sei für sich alleine kein ausreichender Grund für die Kündigung gewesen, sei jedoch „im Gesamtbild“ mitentscheidend, wenn es um die Beurteilung gehe, wann das Mass erreicht sei, um ein Arbeitsverhältnis wegen gravierender Störung des Vertrauensverhältnisses aufzulösen. Die Vorinstanz habe diese Würdigung unterlassen. Das Fazit der Vorinstanz, wonach mit dem Zeugen R. _____ davon auszugehen sei, dass das Thema nach der Aussprache erledigt gewesen sei, sei falsch. Das Thema sei einzig aus Sicht des Zeugen R. _____ erledigt gewesen, nicht jedoch für Prof. E. _____.

11.14.2 Auch hier ist nicht ersichtlich, was die Berufungsklägerin mit diesen Ausführungen zu ihren Gunsten ableiten will. So geht sie einmal mehr nicht darauf ein, dass sich der von Zeuge R. _____ geschilderte Vorfall bereits im Jahr 2012 ereignet hatte und in der Folge nie mit der Berufungsbeklagten thematisiert wurde. Zum immer wieder angerufenen „Gesamtbild“ vgl. sodann unten E. 12.3.2. Die vorinstanzlichen Erwägungen sind nicht zu beanstanden.

11.15 Zum Vorwurf des Unvermögens der Berufungsbeklagten, sich in ein Team oder in hierarchische Strukturen einzufügen, führt die Vorinstanz weiter aus:

11.15.1 Die Berufungsklägerin mache in Rz. 76 der Klageantwort (pag. 271) geltend, die Berufungsbeklagte sei mit ihren Ansichten zum fehlenden Mutterschutz und Verletzungen des Arbeitsrechts offensichtlich ziemlich allein dagestanden. Deshalb habe sie begonnen, Mitarbeitende zu drangsalieren, ebenfalls Miss-

stände zu rügen. In einem dokumentierten Fall von Frau S._____ habe dies in einem eigentlichen Terror gegipfelt, indem Frau S._____ von der Berufungsbeklagten gedrängt worden sei, schriftlich festzuhalten, dass ihre Schwangerschaft nicht richtig berücksichtigt werde. Weil diese Ärztin den Direktor der KAS informiert habe, habe er sich persönlich darum gekümmert, dass die entsprechende Mitarbeiterin Frau S._____ adäquat behandelt werde — was sich indessen nicht einmal als notwendig erwiesen habe. Der E-Mailverkehr mit Frau S._____ vom 18.07.2014 dokumentiere diese Vorgänge (Klageantwortbeilage [KAB] 6).

Gemäss der Vorinstanz schildere der Zeuge E._____ darin, dass er „Freitagmittag“ einen Anruf einer schwangeren Assistentin erhalten habe, die ihm mitgeteilt habe, sie fühle sich durch die Berufungsbeklagte belästigt, da sie diese seit einiger Zeit drängen, ja zwingen wolle, schriftlich niederzulegen, dass sie an der KAS im Rahmen ihrer Schwangerschaft nicht adäquat berücksichtigt würde.

- 11.15.2 Mit Freitagmittag müsse – so die Vorinstanz – der 18.07.2014 oder der 11.07.2014 gemeint sein. Die Kündigung datiere jedoch bereits vom 17.06.2014. Der im E-Mailverkehr umschriebene Sachverhalt könne damit per se nicht kausal gewesen sein für die Kündigung.

11.16

- 11.16.1 Dagegen wendet die Berufungsklägerin auf S. 22 ihrer Berufungsschrift im Wesentlichen ein, der Fall S._____ zeige auf, dass die Berufungsbeklagte regelrecht auf der Suche nach Beanstandungen gewesen sei und Arbeitskolleginnen dazu gedrängt habe, sich ihrem „Kampf“ gegen Prof. E._____ anzuschliessen. Solches Verhalten sei illoyal und verletze die Treuepflicht.

- 11.16.2 Einmal mehr setzt sich die Berufungsklägerin nicht bzw. jedenfalls nicht in einer den Begründungsanforderungen nach Art. 311 Abs. 1 ZPO genügenden Weise mit den vorinstanzlichen Erwägungen, wonach sich diese „Suche nach Beanstandungen“ nach der Kündigung zugetragen habe, auseinander. Die vorinstanzlichen Erwägungen sind nicht zu beanstanden.

- 11.17 Zum Vorwurf der Selbstüberschätzung führt die Vorinstanz aus:

- 11.17.1 In diesem Zusammenhang lasse die Berufungsklägerin in Rz. 77 der Klageantwort (pag. 271 f.) folgenden Sachverhalt vortragen: Während der Dauer ihrer Zuweisung an die neurochirurgische Klinik des Inselspitals sei eine Operation an einem Patienten geplant worden, an welchem eine sog. Wachkraniotomie vorgesehen gewesen sei. Es handle sich um einen Eingriff am Gehirn, bei welchem der Patient nach dem Öffnen der Schädeldecke geweckt werde. An die Anästhesie würden bei diesem Verfahren sehr hohe Anforderungen gestellt, weshalb auch nur wenige Anästhesisten über Erfahrung in diesem Bereich verfügten. Ein Team des Inselspitals sei zum Zweck des Erlernens dieser Technik eigens an eine französische Klinik gefahren. Die Berufungsbeklagte habe nicht zu diesem Team gehört. Bei der Vorbesprechung des Eingriffs habe sich herausgestellt, dass der vorgesehene Anästhesist zum geplanten Termin nicht habe anwesend sein können. Die Berufungsbeklagte habe darauf spon-

tan gemeint, sie würde das übernehmen. Die verantwortlichen Ärzte, Professores V._____ und Q._____, seien schockiert gewesen, dass sich eine Ärztin ohne jede Erfahrung in dieser Technik daran habe versuchen wollen und hätten abgelehnt. Die Berufungsbeklagte hätte das nicht akzeptieren können, sondern sei im Anschluss an die Besprechung per E-Mail an Prof. Q._____ gelangt, habe ihm ihren CV gesandt und erneut bekräftigt, sich diese Anästhesie zuzutrauen. Es sei nicht dazu gekommen. Die Durchführung der Anästhesie durch eine in diesem Verfahren völlig unerfahrene Ärztin hätte für den Patienten ein grösstes Risiko bedeutet. Die Berufungsbeklagte hätte indessen keine Skrupel gehabt, einen Patienten diesem Risiko auszusetzen.

Die Zeugen V._____ (EV V._____, Protokoll 12.04.2016, S. 17 ff., pag. 917 ff.) und Q._____ (EV Q._____, Protokoll 12.04.2016, S. 21 ff., pag. 925 ff.) hätten – so die Vorinstanz – die Ausführungen der Berufungsklägerin im Wesentlichen bestätigt.

Zeuge V._____ habe ausgeführt, dass er beim Vorfall vom September 2012 nicht persönlich dabei gewesen, ihm der Vorfall aber berichtet worden sei. Es hätte eine normale Operationsbesprechung stattgefunden, wo die Fälle für den nächsten Tag besprochen worden seien. Ein Fall – ein Aneurysma – sei kompliziert gewesen. Sie hätten für diesen Fall einen künstlichen Herzstillstand erwogen. Dies sei an der Insel noch nie gemacht worden. Sie hätten diese Technik in Frankfurt durchgeführt und die Erfahrung in diesem Bereich mit Herrn W._____ besprochen. Es sei ausschliesslich mit ihm gewesen, weil er Leiter Anästhesie gewesen sei. Die Besprechung habe damals Prof. Q._____ geleitet und er habe im Rahmen dieses Falles gefragt, ob Herr W._____ am nächsten Tag da sei, was verneint worden sei. Prof. Q._____ habe dann gesagt, dass man die OP nicht mit der neuen Technik Rapid Pacing machen könne, sondern mit der bisherigen Technik; die neue Technik könne nicht in Abwesenheit von Herrn W._____ eingeführt werden. In der Folge habe er eine E-Mail der Berufungsbeklagten mit der Überschrift „Diskrimination von Frauen“ erhalten. Dem Zeugen V._____ sei dieser Vorfall deswegen im Kopf geblieben, weil es zwei Sachen betroffen habe. Aufgrund der Kompliziertheit sei klar gewesen, dass Herr W._____ anwesend sein musste. Aus dem Nichts sei dann ein solcher Vorwurf gekommen. Hinzu komme, dass die Berufungsbeklagte ohne weiteres gesagt habe, sie mache das. Dies ohne, dass sie über spezifische Kenntnisse verfügt habe. Darunter habe dann auch das fachliche Vertrauen gelitten. Bei ihnen sei sehr zentral, dass man einander vertrauen könne. Er habe Herrn Q._____ gefragt, ob es einen Austausch gegeben habe betr. die Überschrift Diskrimination von Frauen. Er habe ihm dann gesagt, dass darüber kein einziges Wort ausgetauscht worden sei. Auf Vorhalt von CB 8 [E-Mail Klägerin an Zeuge Q._____ vom 05.09.2012] habe Zeuge V._____ bestätigt, dass es sich hierbei um diejenige E-Mail handle, von der er gesprochen habe (EV V._____, Protokoll 12.04.2016, S. 17 f. Z. 30 ff., pag. 917 f. und S. 18 Z. 34 ff., pag. 919).

Zeuge V._____ habe weiter von einem zweiten Vorfall berichtet, dessen Zeitpunkt er nicht mehr genau habe sagen können, da sich eine gewisse Dynamik entwickelt habe. Prof. Q._____ habe den Sachverhalt mit Prof. E._____ ausräumen wollen. Beim zweiten Vorfall sei eine Assistenzärztin, Frau X._____ auf dem Fussboden gesessen und habe OP-Berichte diktiert. Die Berufungsbeklagte habe zu ihr gesagt, „Haben die Herren dich wieder fertig gemacht“. Dies aus dem Nichts heraus. Die Assistentin habe ihm dies berichtet, weil sie auch Kenntnis vom anderen Vorfall gehabt habe. Er habe die Assistentin auch darauf angesprochen und sie habe ihm gesagt, dass sie nicht fertig gemacht worden sei, sondern nur die OP-Berichte diktiert habe. Es gebe auch noch eine E-Mail mit dem CV von der Berufungsbeklagten, aber auch aus dem Anhang sei kein Fähigkeitsnachweis hervorgegangen für diese Technik, keine der Publikationen hätte etwas mit dieser speziellen Technik zu tun gehabt (EV V._____, Protokoll 12.04.2016, S. 18 Z. 8 ff., pag. 919).

Auf Frage der Gerichtspräsidentin, ob Zeuge V._____ Prof. E._____ darum gebeten habe, er solle veranlassen, dass die Berufungsbeklagte den Bereich wechsle, da eine Zusammenarbeit mit ihr mühsam sei, habe Zeuge V._____ weiter ausgeführt, dass er denke, Prof. Q._____ habe mit Herrn O._____ gesprochen. Auch er habe sich mit Herrn O._____ abgestimmt. Schwebende Konflikte seien für die Patientensicherheit im OP problematisch. Persönlich habe er nicht mit Prof. E._____ gesprochen. Er glaube aber, dass Prof. Q._____ Gespräche mit Prof. E._____ geführt habe. Es könne aber schon sein, dass man sich nebenbei ausgetauscht habe, aber sie hätten keinen Termin gehabt. Er sei aber hinter den Aktivitäten von Prof. Q._____ gestanden, wonach relativ zeitnah nach dem Vorfall an Herrn O._____ kommuniziert worden sei (EV V._____, Protokoll 12.04.2016, S. 18 Z. 19 ff., pag. 919).

Zeuge Q._____ habe auf Frage der Gerichtspräsidentin nach der Zusammenarbeit mit der Berufungsklägerin ausgeführt, das dies zeitlich gestaffelt zu betrachten sei. Zunächst sei die Zusammenarbeit mit der Berufungsbeklagten normal, unspektakulär und unauffällig gewesen. Das habe sich dann im Laufe der Zeit verändert. Es hätte dann gewisse Vorkommnisse und Unstimmigkeiten gegeben. Ab einer E-Mail sei das Verhältnis tief gestört gewesen. Bis dahin sei das Verhältnis geprägt gewesen von durchaus guter Narkosearbeit. Auffällig sei gewesen, dass öfter die Geschlechterrolle ein Thema gewesen sei. Während den Operationen finde in der Neurochirurgie kaum Kommunikation statt. Bei der Ein- und Ausleitung habe die Berufungsbeklagte aber oft in allgemeiner Weise die Rolle des Mannes und der Frau thematisiert. Dies teils lustig und teils weniger lustig. Auf Vorhalt von CB 8 (E-Mail Klägerin an Zeuge Q._____ vom 05.09.2012) habe Zeuge Q._____ bestätigt, dass es sich hierbei um diejenige E-Mail handle, von der er gesprochen habe (EV Q._____, Protokoll 12.04.2016, S. 21 Z. 28 ff., pag. 925).

Auslöser für diese E-Mail der Berufungsbeklagten sei eine OP-Besprechung gewesen. Es sei ein Rapport gewesen, wo normalerweise Herr W._____ anwesend sei. In grosser Runde seien die Erfordernisse für die OPs des

nächsten Tages besprochen worden. Im Anschluss an diese Besprechung habe er diese Mail erhalten, die er nicht habe zuordnen können. Er habe sich in der Besprechung erkundigt, ob Herr W._____ für eine spezielle Operation am nächsten Tag anwesend sei, was verneint worden sei. Er habe sodann gesagt, dass diesfalls die Operation so nicht durchgeführt werden könne. Daraufhin seien weitere 8-9 Punkte der Planung besprochen worden. Im Anschluss an die Sitzung habe er dann die vorliegende E-Mail (CB 8) erhalten. Die E-Mail habe ihn sehr verunsichert wegen dem Betreff „Diskrimination von Frauen“. Er habe direkt die Vorgesetzten der Berufungsbeklagten kontaktiert und habe das Gespräch mit Herrn O._____ gesucht. Er habe glaublich am nächsten Tag mit Herrn O._____ gesprochen. Er habe sich vor den Kopf gestossen gefühlt und hätte bisher noch nie eine solche E-Mail mit CV erhalten. Er hätte die E-Mail überhaupt nicht in den Zusammenhang bringen können. Er sei erschüttert gewesen und habe von Herrn O._____ erfahren, dass die E-Mail durchaus ernst gemeint sei und dass es auch sonst Probleme gebe in diesem Zusammenhang. Er habe auch mit seinem Vorgesetzten, Prof. V._____, gesprochen, da es für ihn keine Lappalie sei. Zeuge Q._____ habe auch gefragt, ob es nicht möglich wäre, die Berufungsbeklagte in einer anderen Abteilung einzusetzen. Erstmal habe sich nichts geändert. Er sei informiert worden, dass es Probleme gebe zwischen der Berufungsbeklagten und anderen in der Abteilung. Vorerst seien aber keine unmittelbaren Konsequenzen gezogen worden, obwohl Zeuge Q._____ gesagt habe, dass es schön wäre, wenn es zu keiner weiteren Zusammenarbeit mehr mit der Berufungsbeklagten kommen würde. Zeuge Q._____ habe auch das Gespräch mit der Berufungsbeklagten selber gesucht. Dieses Gespräch sei in freundlichem Ton verlaufen. Er habe gesagt, dass er die Anschuldigung nicht verstehen könne. Sie habe das dann etwas entpersonalisiert und ihn persönlich gelobt. Sie habe gesagt, dass ihr immer wieder Steine in den Weg gelegt würden bzgl. Habilitation. Er habe ihr klargemacht, dass er dies ernst nehmen würde und dass er an diesem Tag gar nicht gewusst habe, dass sie selber als Ersatz für Herrn W._____ geplant gewesen sei und es daher gar nicht hätte diskriminierend gemeint sein können. Er habe auch erwähnt, dass seine Frau eine habilitierte Akademikerin mit vier gemeinsamen Kindern sei und er die Problematik daher kenne, aber die Berufungsbeklagte sei gar nicht darauf eingegangen. Für ihn seien die Vorwürfe nicht nachvollziehbar gewesen, da sich die Berufungsbeklagte ja auf dem akademischen Weg befunden habe. Das Gespräch zwischen dem Zeugen Q._____ und der Berufungsbeklagten habe vielleicht eine Woche nach dem Vorfall stattgefunden. In diesem Gespräch habe er der Berufungsbeklagten gesagt, dass er wünsche, dass sie versetzt wird. Nach Verlesen des Protokolls habe der Zeuge Q._____ sodann ausgeführt, dass es für ihn zu kategorisch klinge mit dem Versetzen. Abgesehen von diesem Vorfall hätte es ansonsten keine solch schwerwiegenden Vorfälle gegeben. Die Stimmung sei aber nicht mehr unbedingt angenehm gewesen (EV Q._____, Protokoll 12.04.2016, S. 22 Z. 1 if., pag. 927).

Auf Frage von Fürsprecher D._____, ob der Zeuge Q._____ beurteilen könne, ob die Berufungsbeklagte genügend kompetent gewesen wäre, die ge-

plante Operation unter Beizug eines Herzanästhesisten (Herr Y._____) als Anästhesistin zu betreuen, habe Zeuge Q._____ ausgeführt, dass er dies nicht abschliessend beantworten könne. Es sei aber darum gegangen, dass er einen Eingriff mit einer Besonderheit mit einer bestimmten Person habe durchführen wollen und nicht mit einer anderen Person. Es sei um das Rapid Pacing gegangen. Bei einem Aneurysma, einer offenen Operation am Gehirn, sei das vorher noch kein einziges Mal gemacht worden. Diese schwierige Operation habe er nach wochenlanger Vorbereitung mit Herrn W._____ so durchführen wollen wie geplant. Als er erfahren habe, dass Dr. W._____ nicht da gewesen sei, hätte er entschieden, diese Operation nicht so durchzuführen. Ihm sei nicht bekannt gewesen, wer Ersatz von Herrn W._____ gewesen sei. Für ihn sei einzig entscheidend gewesen, dass Herr W._____ nicht da gewesen sei. Aus diesem Grund hätte er entschieden, die Operation so nicht durchzuführen. Dies erkläre vielleicht auch seine Betroffenheit, nachdem er diese E-Mail erhalten habe. Er und Herr W._____ hätten den Eingriff über Monate geplant und Literatursuche gemacht, die Kommunikation während des Eingriffs besprochen usw. Die Operation sei in dieser Form wie gesagt noch nie durchgeführt worden, weswegen eine Planung nötig gewesen sei. Es habe sich um einen riskanten Eingriff gehandelt (EV Q._____, Protokoll 12.04.2016, S. 23 Z. 7 ff., pag. 929).

In ihrer E-Mail an den Zeugen Q._____ vom 05.09.2012 (CB 8) habe – so die Vorinstanz – die Berufungsbeklagte unter dem Betreff „Diskrimination der Frauen“ wörtlich geschrieben:

„Hallo Q._____. Deine Aussage am Rapport heute hat mich enttäuscht. Im Anhang mein CV. Beim Durchlesen kannst du dich überzeugen, dass ich wissenschaftlich einiges publiziert habe und auch klinisch eine sehr breite Ausbildung habe. Im Rahmen der Atemwegsforschung v.a. mit LAMAs haben wir viel publiziert, das Handling von Schlaf-wach Kranios ist also kein Problem. Morgen haette ich auch problemlos ein Rapid Pacing fuers Aneurysma hingekriegt. Viele Gruesse C._____“

Zur Zusammenarbeit mit der Berufungsbeklagten im Allgemeinen habe der Zeuge V._____ ausgeführt, dass sich die Zusammenarbeit in fachlicher Hinsicht ohne Tadel gestaltet habe. Diese sei ohne Kritik gewesen, was die fachlichen Inhalte betreffe (EV V._____, Protokoll 12.04.2016, S. 17Z. 25 ff., pag. 917).

- 11.17.2 Hierzu erwog die Vorinstanz, dass nachdem der Zeuge Q._____ auf die entsprechende Frage von Fürsprecher D._____, ob sich die Berufungsbeklagte am 05.09.2012 überschätzte, nicht abschliessend habe antworten können, dies offen bleiben müsse. Klar sei jedoch, dass im Zusammenhang mit der geplanten Operation keine Diskriminierung ersichtlich sei, weshalb die E-Mail vom 05.09.2012 mit dem Betreff „Diskrimination der Frauen“ unangebracht gewesen sei. Entscheidend sei jedoch, dass sich dieser Vorfall *bereits im September 2012* ereignet habe und darin damals von der involvierten Klinikleitung kein Anlass für eine Kündigung erblickt worden sei. Gemäss dem Zeugen Q._____ seien überhaupt keine unmittelbaren Konsequenzen gezogen worden. Eine Kausalität mit der Kündigung vom 17.06.2014 sei daher nicht er-

sichtlich. Hinzu komme, dass kurz nach dem Vorfall ein MAG (17.09.2012, KB 20) durchgeführt worden sei, wo der Vorfall offenbar nicht angesprochen worden sei, weshalb er für die Beteiligten kaum so gravierend gewesen sein könne, wie er nun dargestellt werde.

11.18

11.18.1 Dagegen bringt die Berufungsklägerin auf der S. 23 ihrer Berufungsschrift im Wesentlichen vor, dass der Vorfall vom 5.9.2012 „von einer enormen Selbstüberschätzung und fehlender Kritikfähigkeit der Berufungsbeklagten“ zeuge, was von der Vorinstanz nicht gewürdigt worden sei. Immerhin stelle die Vorinstanz fest, dass die E-Mail mit dem Betreff „Diskrimination von Frauen“ unangebracht gewesen sei – sie belasse es aber dabei und messe der Begebenheit keine weitere Bedeutung bei. Dass der Vorfall am MAG vom 17.09.2012 nicht angesprochen worden sei, liege daran, dass dieses mit Prof. K._____ geführt worden sei, der mit der Berufungsbeklagten überwiegend in der Forschung zu tun gehabt habe. Er sei über den Vorfall wohl nicht informiert worden. Fakt sei, dass Prof. Q._____ aufgrund dieses Ereignisses die Versetzung der Berufungsbeklagten in eine andere Abteilung verlangt habe, das Verhältnis sei zerstört (Aussage vom 12.04.2016 S. 22 Z. 19f., 34f.) gewesen.

11.18.2 Auch diese Vorbringen sind unbehelflich: Welche Person mit der Berufungsbeklagten das MAG geführt hat, kann vorliegend keine Rolle spielen, muss sich doch die Berufungsklägerin auch das Handeln von Prof. K._____ zurechnen lassen. Wenn Prof. K._____ die angebliche Selbstüberschätzung nicht angesprochen hat, muss sich dies die Berufungsklägerin entgegenhalten lassen. Entscheidend ist – wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat –, dass sich dieser Vorfall bereits im September 2012 ereignet hat und darin damals von der involvierten Klinikleitung kein Anlass für eine Kündigung erblickt worden ist. Eine Kausalität des Vorfalls mit der Kündigung ist nicht ersichtlich; die vorinstanzlichen Erwägungen sind nicht zu beanstanden.

11.19 Zu den Umständen im Zusammenhang mit der Wiederaufnahme der beruflichen Tätigkeit der Berufungsbeklagten führt die Vorinstanz aus:

11.19.1 Die Berufungsklägerin mache geltend, es sei dem Direktor Personal, F._____, übertragen gewesen, die Modalitäten der Arbeitsaufnahme nach Abschluss des Mutterschaftsurlaubes der Berufungsbeklagten mit ihr zu regeln. Dieses Unterfangen habe sich erst aufwändig, dann schwierig und am Ende unmöglich gestaltet: Die Versuche von F._____, mit der Berufungsbeklagten bilateral zu kommunizieren, hätten in einem schriftlichen Vortrag der Berufungsbeklagten gegipfelt, dass er (F._____), absichtlich versucht habe, sie als stillende Mutter zu früh einzuladen, um die Situation möglichst rasch zu bereinigen. Dabei hätte er absichtlich in Kauf genommen, dass sich der dadurch entstandene Stress negativ auf die Milchproduktion ausgewirkt hätte (vgl. E-Mail C._____ / F._____ vom 26.12.2013, KAB 7). Es sei doch nur darum gegangen, ein Gespräch darüber zu führen, wann und unter welchen Umständen die Berufungsbeklagte an die KAS zurückkehre.

- 11.19.2 Die Vorinstanz hielt hierzu fest, dass das erwähnte E-Mail der Berufungsbeklagten vom 26.12.2013 datiere. Hierbei handle es sich um den zeitlich letzten von der Berufungsklägerin geltend gemachten Grund für die Zerstörung des Vertrauensverhältnisses. Ein Kausalzusammenhang mit der Kündigung vom 17.06.2014 sei indessen auch hier nicht ersichtlich. Zwar habe sich der Vorfall während der Schwangerschaft der Berufungsbeklagten zugetragen, doch auch nach Ablauf der Sperrfrist (Art. 336c Abs. 1 lit. c OR) am 13.03.2014 sei noch rund drei Monate mit der Kündigung zugewartet worden.
- 11.19.3 Dagegen macht die Berufungsklägerin auf den S. 23 f. ihrer Berufungsschrift geltend, dieses Ereignis sei „Bestandteil des Gesamtbildes“, welches letztlich zur nachhaltigen Störung des Vertrauensverhältnisses geführt habe. Eine vorinstanzliche Würdigung des Verhaltens der Berufungsbeklagten fehle erneut. Die E-Mail der Berufungsbeklagten (KAB 7) zeige auf, dass sie ständig und überall Diskrimination von Frauen gesehen, entsprechend harsche Vorwürfe erhoben habe und eine objektive und konstruktive Zusammenarbeit nicht mehr möglich gewesen sei. Der gut gemeinte Versuch des damaligen Personalverantwortlichen F._____, den Wiedereintritt besprechungsweise vorzubereiten, sei harsch zurückgewiesen worden.
- 11.19.4 Auch mit diesen Vorbringen verfehlt die Berufungsklägerin die Begründungsanforderungen, geht sie doch auf das zentrale und zutreffende Argument der Vorinstanz, dass sich das kritisierte Ereignis Ende Dezember 2013 ereignet habe und auch nach Ablauf der Sperrfrist (Art. 336c Abs. 1 lit. c OR) am 13.03.2014 noch rund drei Monate mit der Kündigung zugewartet worden sei, gerade nicht ein. Ein Kausalzusammenhang ist damit nicht ersichtlich. Die vorinstanzlichen Erwägungen sind nicht zu beanstanden.
- 12.
- 12.1 Was den begründeten Anlass zur Kündigung anbelangt, kam die Vorinstanz schliesslich zur folgenden Gesamtwürdigung:
- 12.1.1 Sämtliche der von der Berufungsklägerin für den angeblichen Vertrauensverlust geltend gemachten Gründe seien im damaligen Zeitpunkt (als sie sich ereigneten) für die Berufungsklägerin kein Anlass für eine Kündigung gewesen und lägen bis zu zwei Jahre zurück. Hinzu komme, dass einige der Gründe von den angerufenen Zeugen nicht bestätigt worden, zeitlich nicht einzuordnen gewesen oder nachgeschoben worden seien, resp. sich erst nach Empfang der Kündigung zugetragen hätten und damit ohnehin nicht zu berücksichtigen seien. Der letzte geltend gemachte Kündigungsgrund datiere vom 26.12.2013. Doch auch hier sei mit der Kündigung vom 17.06.2014 noch fast sechs Monate bzw. nach Ablauf der Schwangerschaftssperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. c OR am 12.03.2014 noch gut drei Monate zugewartet worden. Wer erst Monate später reagiere, könne sich nicht mehr auf den begründeten Anlass berufen. Folglich könnten die angerufenen Gründe nicht mehr geltend gemacht werden. Dies gelte selbst dann, wenn man mit der Berufungsklägerin (Schlussvortrag, Rz. 59, pag. 1663) davon ausgehe, dass ein berufliches Vertrauensverhältnis nicht auf einem einzigen Element gründe und es deshalb regelmässig auch

nicht ein einziges Ereignis gebe, welches zum Verlust des Vertrauens führe und die einzelnen geltend gemachten Gründe daher kumuliert betrachte. Gemäss Literatur und (kantonaler) Rechtsprechung sei an die zeitliche Konnexität mit der Kündigung wie auch an die Tragweite der einzelnen betrieblichen Vorkommnisse zwar kein allzu strenger Massstab anzusetzen, wenn der begründete Anlass zur Kündigung im schlechten Betriebsklima oder in mehreren untergeordneten Gründen liege (so CHRISTOPH NEERACHER, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Bern 2001, S. 70 f. mit Verweis auf den Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18.11.1998, publiziert in ZR 98/1999 S. 317 f.). Zu berücksichtigen sei aber, dass das von der Berufungsklägerin als begründeter Anlass zur Kündigung geltend gemachte Vertrauensverhältnis „in der Linie“, mithin zwischen der Berufungsbeklagten und ihrem Vorgesetzten Prof. E._____ (EV A._____, Protokoll 04.04.2016, S. 33 Z. 9 ff., pag. 733) gemäss den Zeuginnen L._____ und N._____ bereits spätestens anlässlich des zweiten Gesprächs vor der Gleichstellungskommission am 25.02.2013 gestört gewesen sei, dies jedoch für den Vorgesetzten der Berufungsbeklagten, Prof. E._____, im damaligen Zeitpunkt kein Kündigungsgrund gewesen sei.

- 12.1.2 Es obliege der Berufungsklägerin der Beweis, dass ein begründeter Anlass für die Kündigung bestanden hatte und sie tatsächlich aus diesem Anlass kündigte. Dieser Beweis gelinge der Berufungsklägerin nicht. Soweit sie sich im Kündigungsschreiben vom 17.06.2014 auf ein gestörtes Vertrauensverhältnis berufe, erscheine dies als vorgeschoben. Die Kausalität zwischen dem geltend gemachten begründeten Anlass „gestörtes Vertrauensverhältnis“ und der Kündigung sei zu verneinen. Es sei auch auf den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13.08.2013 (LAI 30012-0/U) verwiesen: In diesem Fall habe die Arbeitgeberin per 28.02.2013 gekündigt, obwohl es nach Darstellung des Beklagten bereits ab Ende 2011 „schlimm geworden“ sein soll. Das Obergericht des Kantons Zürich halte in E. 3.6 in fine unter Verweis auf REHBINDER, a.a.O., N. 3 zu Art. 340c OR; STAEHELIN, a.a.O., N. 19 zu Art. 340c OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 3 und N. 5 zu Art. 340c OR fest, bei dieser Aktenlage könne der Vorinstanz kein Fehler bei der Feststellung des Sachverhalts vorgeworfen werden, wenn sie ohne Erhebung weiterer Beweismittel zum Schluss gekommen sei, ein Anlass zur Kündigung im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR sei nicht glaubhaft gemacht worden.
- 12.1.3 Wie bereits erwähnt, datiere der letzte von der Berufungsklägerin geltend gemachte Grund vom 26.12.2013. Doch scheine auch dieser letzte Grund nicht ausschlaggebend für die Kündigung gewesen zu sein, sei die Berufungsklägerin doch noch im Januar 2014 (Schreiben vom 23.01.2014, KB 56, 106) davon ausgegangen, dass sie das Arbeitsverhältnis mit der Berufungsbeklagten fortführe. So sei die Berufungsbeklagte durch den Leiter Rechtsdienst der Berufungsklägerin nach Rücksprache mit der Klinikleitung (Prof. E._____) aufgefordert worden, nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubes am 13.03.2014 wieder zu 100% zu arbeiten. Hierfür hätte kein Grund bestanden, wenn die Berufungsklägerin das Arbeitsverhältnis effektiv aufgrund des bereits lange vorher gestörten Vertrauensverhältnisses hätte kündigen wollen. Ebenso hätte kein

Grund bestanden, in der Folge während mehreren Monaten mit der Berufungsbeklagten über einen unbezahlten Urlaub und die Reduktion des Beschäftigungsgrades zu verhandeln.

- 12.1.4 Auch der Vorgesetzte der Berufungsbeklagten, Prof. E._____, sei noch im Januar 2014 von einer Rückkehr der Berufungsbeklagten an ihren Arbeitsplatz ausgegangen. So habe er auf Vorhalt des Schreibens der Berufungsbeklagten vom 20.01.2014 (KB 61) ausgeführt:

„Ich habe diesen Vorgang bewusst an F._____ übergeben, weil er in der Kommunikation mit Frau C._____ und ihrem Götti die zentrale Person war und hatte volles Vertrauen in F._____, dass er gemeinsam mit mir und Frau C._____ eine einvernehmliche Regelung für ihre Rückkehr treffen wird.“ (EV E._____, Protokoll 08.06.2016, S. 11 Z. 4-7, pag. 1033).

- 12.1.5 In Rz. 81 in fine der Klageantwort (pag. 275) lasse die Berufungsklägerin ausführen, die Diskriminierungsbeschwerde der Berufungsbeklagten an die Universitätsleitung hätte nicht den geringsten Einfluss auf den Kündigungsentscheid der Berufungsklägerin gehabt. Das Beweisverfahren habe indes etwas anderes ergeben: So habe der in den Kündigungsentscheid involvierte (EV A._____, Protokoll 04.04.2016, S. 33 Z. 31 ff., pag. 733) Vorgesetzte der Berufungsbeklagten, Prof. E._____, ausgeführt (EV E._____, Protokoll 05.04.2016, S. 17 Z. 14 ff., pag. 779):

„Die zweite Inzidenz war, dass im Laufe der Entwicklung, die durchaus als crescendoartig zu bezeichnen ist, Frau C._____ abrückte von ihren Feststellungen, ich sei ein guter Chef bis hin zur Dienstaufsichtsbeschwerde bei der Universitätsleitung, welche die Sachlage wie auch meine Person in einer aus meiner Sicht unhaltbaren Art und Weise verunglimpfte. Nach dieser Entwicklung ist mein Vertrauensverhältnis zu Frau C._____ inexistent und es fehlt die Basis für eine weitere Zusammenarbeit. Für mich ist die Zerstörung des Vertrauensverhältnisses der Kernpunkt meiner Haltung zur Kündigung von Frau C._____.“

Erwähnenswert sei ferner auch die vom 15.05.2014 [einen Monat vor der Kündigung] datierende Stellungnahme von Prof. E._____ zur Diskriminierungsbeschwerde der Berufungsbeklagten (AB 12, S. 4/9):

„Die Anschuldigungen von Frau Dr. C._____ gegen das Inselspital, die KAS wie auch meine Person machen eine künftige Zusammenarbeit in der Klinik nach Treu und Glauben praktisch unmöglich.“

Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Berufungsklägerin die Berufungsbeklagte noch am 23.01.2014 vorbehaltlos aufgefordert habe, nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubes am 13.03.2014 wieder zur Arbeit zu erscheinen, sei nach dem Vorstehenden davon auszugehen, dass die als innerbetriebliche Beschwerde zu qualifizierende Diskriminierungsbeschwerde der Berufungsbeklagten vom 07.02.2014 (KB 38, AB 1) unmittelbarer Anlass zur Kündigung gewesen sei und das Fass gewissermassen zum Überlaufen gebracht habe. Nach STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 20 zu Art. 336 OR sei unter diesen Umständen selbst bei Bestehen auch nicht missbräuchlicher Gründe von einer missbräuchlichen Kündigung auszugehen. Gemäss

bundesgerichtlicher Rechtsprechung (Urteil 4A_430/2010 vom 15. November 2010, E. 2.1.3) trage bei Vorliegen eines missbräuchlichen und eines weiteren Kündigungsgrundes der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass die Kündigung auch ausgesprochen worden wäre, wenn der als missbräuchlich zu bewertende Grund nicht existiert hätte. Diesen Beweis habe die Berufungsklägerin mit Blick auf das vorstehend Gesagte nicht erbringen können. Die von der Berufungsklägerin angerufenen Gründe erschienen vorgeschoben und es bleibe bei der Vermutung der Racheekündigung.

- 12.1.6 Daran ändere auch nichts, dass die Berufungsklägerin nachgewiesen habe, dass ein gestörtes Vertrauensverhältnis vorliege. Ein solches könne zwar grundsätzlich einen begründeten Anlass bilden. Als ursächlich für die Störung des Vertrauensverhältnisses erscheine allerdings nicht nur das Verhalten der Berufungsbeklagten (beispielsweise der an Prof. E._____ gerichtete Vorwurf, er treibe Frauen in den Abort, ihre polarisierende Art oder das unbegründete Mail mit dem Betreff „Diskrimination von Frauen“ an Prof. Q._____), sondern auch das Verhalten der Berufungsklägerin (beispielsweise MAG E._____ vom 15.03.2013), der Vorwurf an die Berufungsbeklagte, sie hätte den Wunsch nach einer Reduktion des Beschäftigungsgrades zu spät und an der falschen Stelle vorgetragen (EV E._____, Protokoll 08.06.2016, S. 11 Z. 12 ff., pag. 1033; EV F._____, Protokoll 08.06.2016, S. 27 Z. 9 ff., pag. 1065), obwohl die Berufungsbeklagte diesen Wunsch bereits mit E-Mail vom 19.08.2013 (KB 105a/b, CB 72) bei Prof. E._____ deponiert und dieser nicht darauf reagiert habe, die Verweigerung der Reduktion des Arbeitspensums und (vorerst) unbezahlter Urlaub, obwohl Prof. E._____ mit Mail vom 28.05.2013 gegenüber Prof. L._____ im Nachgang zu den Gesprächen vor der Gleichstellungskommission u.a. Folgendes festgehalten habe: „Schwangere erhalten nach Wunsch postpartum zur Verlängerung ihrer Kinderzeit unbezahlten Urlaub; Schwangere können postpartum nach Wunsch für den Wiedereinstieg ihr Pensum auf 50% reduzieren“ (E-Mail Prof. E._____ an Prof. L._____ vom 28.05.2013, von Zeugin L._____ am 11.04.2016 abgegeben, Mäppli Beilagenverzeichnis Zeugen) sowie das Hinhalten der Berufungsbeklagten ab Januar 2014 bis zur Kündigung vom 17.06.2014.

Selbst wenn von einer alleine oder überwiegend durch Verhaltensweisen der Berufungsbeklagten verursachten Störung des Vertrauensverhältnisses ausgegangen werden müsste (was das Beweisverfahren jedoch gerade nicht ergeben habe), hätte die Berufungsklägerin nicht nachgewiesen, dass sie tatsächlich aus diesem Anlass kündigte, zumal das gestörte Vertrauensverhältnis schon viel früher bestanden und sie viel zu lange mit der Kündigung zugewartet habe. Damit könne die Berufungsklägerin die gesetzlich vermutete Racheekündigung nicht widerlegen und die Kündigung sei aufzuheben.

- 12.2 Gegen diese Schlussfolgerungen bringt die Berufungsklägerin auf den S. 24 – 31 ihrer Berufungsschrift im Wesentlichen Folgendes vor:
- 12.2.1 Die zusammenfassende Würdigung der Vorinstanz sei falsch. Erneut sei festzuhalten, dass nicht die einzelnen Ereignisse ausschlaggebend für die Kündigung gewesen seien, sondern diese sich zu einem Gesamtbild fügten. Die Vor-

instanz habe diese Ereignisse als erwiesen erachtet, anerkenne sie aber im Einzelfall nicht als Kündigungsgrund. Es brauche indessen keiner Erläuterung, dass bei einer Gesamtbetrachtung in der Zusammenarbeit mit einer solchen Persönlichkeit wie derjenigen der Berufungsbeklagten kein Vertrauen bestehen könne, weshalb ein sachlicher und triftiger Grund für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses vorgelegen habe.

- 12.2.2 Wie die Vorinstanz selbst ausgeführt habe, sei an die zeitliche Konnexität mit der Kündigung kein allzu strenger Massstab anzusetzen. Die Dauer der Krankheit und der Schwangerschaft und die damit verbundene Absenz und Schutzfrist seien von der Vorinstanz mit keinem Wort gewürdigt worden. Wie auch A._____, Leiter Rechtsdienst, als u.a. Zuständiger für die Kündigung ausgeführt habe, sei der Entschluss für die Kündigung am Ende einer Entwicklung gestanden (Aussage vom 04.04.2016 S. 33 Z. 29). Das Inselspital sei ein grosser Betrieb; bis ein Entschluss definitiv feststehe, seien mehrere Gespräche, Abwägungen und Abklärungen notwendig.
- 12.2.3 Prof. E._____ habe ausgesagt, dass er sich aufgrund der ständigen Vorwürfe von Diskriminierung bereits am 15.03.2013 nicht mehr getraut habe, alleine mit der Berufungsbeklagten ein Gespräch zu führen (Aussage vom 05.04.2016 S. 6 Z. 5f.). Ein derart tiefgreifend gestörtes persönliches Verhältnis verunmögliche eine direkte Zusammenarbeit. Aufgrund der bei der Universitätsleitung eingereichten und abgewiesenen Diskriminierungsbeschwerde der Berufungsbeklagten sei das Vertrauensverhältnis inexistent geworden (Aussage vom 05.04.2016 S. 17 Z. 26-31). Prof. E._____ zeige damit lediglich auf, dass das bereits erheblich verminderte Vertrauen durch die Einreichung einer im Übrigen unbegründeten Beschwerde nunmehr inexistent gewesen sei. Die Einreichung der Beschwerde sei hingegen nicht der Kündigungsgrund gewesen, zumal der Kündigungsentscheid nicht von Prof. E._____ gefällt worden sei (Aussage vom 12.04.2016 S. 28 Z. 15 ff. [F._____]). Auch das Verhältnis zu anderen Ärzten (Prof. K._____, PD Dr. U._____, Prof. R._____, Prof. Q._____, Prof. V._____, PD I._____, Z._____) sei aufgrund des schwierigen Charakters und der fehlenden Sozialkompetenz der Berufungsbeklagten gestört gewesen. Dies habe das Beweisverfahren ergeben, womit sich das Beweisergebnis der Vorinstanz, wonach der Vertrauensverlust als Kündigungsgrund nur vorgeschoben sei, als unhaltbar und willkürlich erweise.
- 12.2.4 Im vorliegenden Verfahren sei sodann auch das Verhalten der Berufungsbeklagten im Prozess zu würdigen, verlange die Berufungsbeklagte doch eine Wiedereinstellung, also eine *restitutio in integrum*: Während des Verfahrens habe sie ihren Anwalt, dessen Äusserungen sie sich als Partei anrechnen lassen müsse, wiederholt Ausführungen über Prof. E._____ machen lassen, welche seine deutsche Nationalität thematisierten und damit ohne jeden Zweifel diskriminierend gewesen seien. So sei durch ihren Rechtsvertreter behauptet worden, Prof. E._____ pflege eine deutsche Kultur, welche die von der Berufungsbeklagten behaupteten Missstände erlauben würde. Sinngemäss gehe die Berufungsbeklagte soweit, zu behaupten, dass in einer „deutschen

Spitalkultur“ Aborte von Ärztinnen hingenommen würden (2. Parteivortrag S. 65, S. 104). Immer wieder werde der Führungsstil von Prof. E._____ mit seiner Nationalität in Verbindung gebracht, einem regelrechten „clash of cultures“. Die angeblich von sämtlichen Zeugen falsch verstandene Anschuldigung bzgl. Abort schiebe die Berufungsbeklagte auf sprachliche Gründe (2. Parteivortrag S. 67). Auch die Aussagen von Prof. K._____ seien wohl nicht glaubhaft, sie bringe dies in Verbindung mit seinem österreichischen Akzent (2. Parteivortrag S. 49). Gemäss der Berufungsbeklagten unterhalte Prof. E._____ eine „Unkultur“ an der KAS (Klage vom 09.04.2015 S. 11). Als deutscher Staatsangehöriger scheine er als Klinikleiter unzeitgemäss und gar untragbar; er verschliesse sich jedem Kulturwandel (Klage vom 09.04.2015 S. 27). Auch diskriminiere er, unterstützt durch eine ausschliesslich mit Ausländern besetzte Klinikleitung, den Schweizer Nachwuchs (Klage vom 09.04.2015 S. 36, S. 48). Ebenso werde ihm vorgeworfen, ein Klientelensystem eingerichtet zu haben. Darunter sei nichts anderes zu verstehen als der Vorwurf, Prof. E._____ betreibe an der Klinik eine Günstlingswirtschaft. Die Berufungsbeklagte werfe Prof. E._____ mehrmals vor, gar nicht klinisch tätig zu sein, und sie kritisiere sein Führungssystem öffentlich und lautstark (u.a. Klage vom 09.04.2015 S. 17, S. 62). Prof. E._____ verletze die Vorschriften zum Mutterschutz vorsätzlich und nehme dabei Aborte und Schwangerschaftskomplikationen in Kauf (Klage vom 09.04.2015 S. 42). Er schüre ein Klima der Angst und Einschüchterung und gefährde die Patientensicherheit mit unsachgemässen Weisungen (Klage vom 09.04.2015 S. 61). In der Klage sowie im 2. Parteivortrag beschuldige die Berufungsbeklagte Prof. E._____, er dulde sexuelle Belästigung in seinem Team (Klage vom 09.04.2015 S. 38; 2. Parteivortrag S. 132). Alle diese (äusserst persönlichen) schweren Vorwürfe liessen sich nach allfälliger Beendigung des Verfahrens nicht einfach vergessen. Die Berufungsbeklagte habe nichts unterlassen, um ihren vorgesetzten Klinikdirektor zu desavouieren. Bei all diesen schwersten, unsachlichen, und völlig un belegten Anschuldigungen und Beleidigungen könne sie nicht guten Glaubens davon ausgehen, im Sinne der *restitutio in integrum* wieder an der vormaligen Arbeitsstelle tätig zu werden. Das Verhalten der Berufungsbeklagten im Prozess könne keinen Rechtsschutz finden.

12.3 Auch diese Einwände sind unbegründet:

12.3.1 Nebst den zutreffenden, oben in E. 9 wiedergegebenen rechtlichen Erörterungen der Vorinstanz zum begründeten Kündigungsanlass ist auf folgende Literaturstellen hinzuweisen:

„Il n'est pas nécessaire que la partie qui résilie notifie les motifs justifiés à l'autre partie. Toutefois, en l'absence de tout reproche, le salarié peut comprendre de bonne foi que l'employeur ne fait pas valoir de motif justifié à son encontre“ (GABRIEL AUBERT, in: Commentaire romand, 2. Aufl. 2012, N. 5 f. zu Art. 340c OR).

„Même si une réaction aussi rapide qu'en cas de congé immédiat n'est pas requise, il n'en demeure pas moins que celui qui laisse s'écouler trop de temps entre la survenance du motif justifié et la résiliation court le risque que le lien entre le congé et

le motif invoqué ne soit pas admis“ (FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in : Dunand/Mahon [Hrsg.], Commentaire du contrat de travail, 2013, N. 11 zu Art. 340c OR).

Dies bedeutet also, dass der begründete Anlass zur Kündigung einerseits in irgendeiner Form zu rügen sein muss, andernfalls der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben davon ausgehen darf, sein Verhalten bilde keinen solchen Anlass; andererseits darf zwischen dem Eintritt des begründeten Anlasses und der Kündigung nicht zuviel Zeit verstreichen, andernfalls man nicht mehr von einem Kausalzusammenhang ausgehen kann.

- 12.3.2 Wenn die Berufungsklägerin immer wieder geltend macht, es komme auf das „Gesamtbild“ an, d.h. auf die Kumulation der verschiedenen Ereignisse, welche das gestörte Vertrauensverhältnis begründen, so übersieht sie, dass sich die Vorinstanz zu genau diesem Argument ausdrücklich geäußert hat: Sie hat nämlich ausgeführt, dass ja primär das gestörte Vertrauensverhältnis „in der Linie“, d.h. jenes zwischen Prof. E. _____ und der Berufungsbeklagten, als Kündigungsgrund angeführt wird. Dieses Vertrauensverhältnis ist aber gemäss den Zeuginnen L. _____ und N. _____ bereits spätestens anlässlich des zweiten Gesprächs vor der Gleichstellungskommission am 25.02.2013 gestört gewesen, was jedoch für Prof. E. _____, im damaligen Zeitpunkt kein Kündigungsgrund gewesen ist. Damit setzt sich die Berufungsklägerin nicht bzw. nicht in einer den Begründungsanforderungen nach Art. 311 Abs. 1 ZPO genügenden Weise auseinander. In der Tat wurden der Berufungsbeklagten anlässlich des MAG vom 15.03.2013 keinerlei Reprochen gemacht im Zusammenhang mit dem (zweiten) Gespräch vor der Gleichstellungskommission, womit die Berufungsbeklagte nach Treu und Glauben auch nicht davon ausgehen musste, dies könnte einen Kündigungsanlass bilden. Zudem datiert – wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat – der letzte von der Berufungsklägerin geltend gemachte Grund vom 26.12.2013. Doch war offensichtlich auch dieser letzte Grund nicht ausschlaggebend für die Kündigung, ist doch die Berufungsklägerin noch im Januar 2014 (Schreiben vom 23.01.2014, KB 56, 106) davon ausgegangen, dass sie das Arbeitsverhältnis mit der Berufungsbeklagten fortführe. Wenn bis zu diesem letzten Anlass vom 26.12.2013 bereits ein „Gesamtbild“ bestanden haben sollte, das einen begründeten Kündigungsanlass begründet, dann ist nicht einzusehen, weshalb die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten im Januar 2014 nicht mindestens entsprechende Vorwürfe gemacht hat. Ebenso hätte kein Grund bestanden, in der Folge während mehreren Monaten mit der Berufungsbeklagten über einen unbezahlten Urlaub und die Reduktion des Beschäftigungsgrades zu verhandeln. Unter diesen Umständen durfte und musste die Berufungsbeklagte davon ausgehen, dass kein entsprechendes „Gesamtbild“ vorlag, das einen begründeten Anlass zur Kündigung darstellt. Daran ändert auch nichts, dass das Inselspital „ein grosser Betrieb“ ist.

- 12.3.3 Weiter trifft auch nicht zu, dass die Vorinstanz die Dauer der Krankheit und der Schwangerschaft und die damit verbundene Absenz und Schutzfrist „mit keinem Wort gewürdigt“ habe. Im Gegenteil hat die Vorinstanz immer wieder darauf hingewiesen und zutreffend festgehalten, dass mit der Kündigung vom

17.06.2014 nach Ablauf der Schwangerschaftssperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. c OR am 12.03.2014 immer noch gut drei Monate zugewartet worden sei. Selbst wenn die Berufungsklägerin am 12.03.2014 (nach Ablauf der Schwangerschaftssperrfrist) gekündigt hätte, wäre die Dauer bis zur Kündigung bei einem „gestörten Vertrauensverhältnis“, welches sich durch mehrere Ereignisse bis zuletzt am 26.12.2013 zu einem „Gesamtbild“ verdichtet haben soll, schlicht zu lange gewesen. Umso mehr muss bei einem Zuwarten von rund drei Monaten nach Ablauf der Schwangerschaftssperrfrist der Kausalzusammenhang verneint werden.

- 12.3.4 Schliesslich vermag die Berufungsklägerin die Beweiswürdigung der Vorinstanz nicht zu widerlegen, wonach unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Berufungsklägerin die Berufungsbeklagte noch am 23.01.2014 vorbehaltlos aufgefordert hat, nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubes am 13.03.2014 wieder zur Arbeit zu erscheinen, davon auszugehen sei, dass die Diskriminierungsbeschwerde unmittelbarer Anlass zur Kündigung gewesen sei und das Fass gewissermassen zum Überlaufen gebracht habe. In der Tat hat Prof. E._____ die Diskriminierungsbeschwerde bei der Universitätsleitung sowohl bei seiner Einvernahme (EV E._____, Protokoll 05.04.2016, S. 17 Z. 14 ff., pag. 779) wie auch in seiner Stellungnahme vom 15.05.2014 (einen Monat vor der Kündigung) als Grund für die Zerstörung des Vertrauensverhältnisses genannt. Wenn die Berufungsklägerin nun vor Obergericht erneut beteuert, die Diskriminierungsbeschwerde sei nicht der (unmittelbare) Kündigungsgrund gewesen, wirkt dies als reine Schutzbehauptung, sprich: unglaubwürdig.
- 12.3.5 Was sodann das Verhalten der Berufungsbeklagten bzw. deren Rechtsvertreter im Prozess anbelangt, so ist darauf hinzuweisen, dass im Prozessrecht treuwidriges oder rechtsmissbräuchliches Verhalten nicht gar leicht angenommen werden darf (TARKAN GÖKSU, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar. 2. Aufl. 2016, N. 8 zu Art. 52 ZPO). Denn im Prozess stehen die Parteien primär im Streit. Sie sind sich dessen auch bewusst und müssen der anderen Partei zum Vornherein mit gesundem Misstrauen begegnen. Treu und Glauben verbietet einer Partei weder prozessuales Taktieren noch die Umsetzung einer Prozessstrategie, um eine möglichst günstige Ausgangslage im Hinblick auf die Sachverhaltsfeststellung oder die Rechtsanwendung zu schaffen (GÖKSU, a.a.O.). Es ist damit der Berufungsbeklagten nicht anzulasten, wenn sie im Prozess ein Bild von Prof. E._____ und der Berufungsklägerin zeichnet, das übertrieben erscheinen mag. Die Parteien stehen vor Gericht schliesslich im Streit. Der Gesetzgeber nimmt es mit Art. 10 GIG sodann hin, dass eine *restitutio in integrum* im Sinne einer Weiterbeschäftigung auch dann verlangt werden kann, wenn sich die Parteien aufgrund einer Diskriminierungsbeschwerde letztlich überworfen haben. Abgesehen davon sieht Art. 10 Abs. 4 GIG vor, dass die Arbeitnehmerin auch noch während dem Verfahren – d.h. selbst noch vor Bundesgericht (RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, a.a.O. N. 74 zu Art. 10 GIG) – statt der Anfechtung der Kündigung und damit der *restitutio in integrum* eine Entschädigung geltend machen kann.

13. Die Berufungsklägerin beanstandet auf der S. 31 ihrer Berufungsschrift schliesslich, die Vorinstanz habe zu Unrecht festgestellt, dass die Berufungsbeklagten noch ein Dienstaltersgeschenk von 5 Ferientagen zugute habe.
- 13.1
- 13.1.1 Die Berufungsbeklagte machte vor der Vorinstanz geltend, ihr sei von der Berufungsklägerin mit Schreiben vom 27.08.2014 (KB 43, rund zwei Monate nach der Kündigung) zum 10-jährigen Dienstjubiläum gratuliert worden. Sie habe demnach Anspruch auf ein Dienstaltersgeschenk in Form von fünf freien Arbeitstagen (S. 73 der Klage, pag. 145). Dagegen wendete die Berufungsklägerin vor der Vorinstanz in Rz. 64 der Klageantwort ein, die Berufungsbeklagte habe das ihr zustehende Dienstaltersgeschenk im Rahmen der Freistellung nach der Kündigung bereits bezogen. Sie habe unter diesem Titel keine Ansprüche mehr (pag. 261). Im Schlussvortrag bestätigte die Berufungsklägerin die Ausführungen der Klageantwort: Nachdem die Berufungsbeklagte zu Recht entlassen und für die Dauer des Arbeitsverhältnisses bis zum 30.11.2014 auf ihre Mitarbeit verzichtet worden sei, habe sie auch ihr Dienstaltersgeschenk während der Freistellung beziehen können (pag. 1665).
- 13.1.2 Die Vorinstanz erwog hierzu, dass der Berufungsbeklagten mit Datum vom 17.06.2014 per 30.11.2014 mit sofortiger Freistellung gekündigt worden sei (KB 37). Wie von der Berufungsbeklagten geltend gemacht, habe die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten mit Schreiben vom 27.08.2014 in der Folge zum zehnjährigen Dienstjubiläum gratuliert. Es sei ihr trotz gekündigtem Arbeitsverhältnis und Freistellung vorbehaltlos mitgeteilt worden, dass sie Anspruch auf ein Dienstaltersgeschenk von fünf zusätzlichen Ferientagen habe (KB 43).
- Nachdem die Kündigung entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin aufzuheben sei, sei die Freistellung zu Unrecht erfolgt und das Arbeitsverhältnis dauere fort. Nachdem trotz Freistellung kein Vorbehalt angebracht worden sei, könne das Dienstaltersgeschenk auch nicht mit der Freistellungszeit verrechnet werden. Gemäss KB 43 seien die freien Tage innerhalb von 24 Monaten ab dem Jubiläumsdatum (25.11.2014) zu beziehen. Von den 24 Monaten sei die Frist erst in der Zeit vom 25.11.-30.11.2014 gelaufen. Somit habe die Berufungsbeklagte nach Rechtskraft des erstinstanzlichen Entscheids (Ziff. 1 des Entscheiddispositivs) immer noch mehr 23 Monate Zeit zum Bezug dieser fünf zusätzlichen Ferientage.
- 13.2 Dagegen wendet die Berufungsklägerin vor Obergericht ein, dass bei Anerkennung der Gültigkeit der Kündigung vom 17.06.2014 die Berufungsbeklagte auch keinen Anspruch mehr auf die Geltendmachung ihres Dienstaltersgeschenks habe. Ohnehin habe diese aber aufgrund der Freistellung zwischen dem 14.08. und dem 30.11.2014 keinen Anspruch auf den Nachbezug eines Dienstaltersgeschenks von 5 Tagen mehr. Denn mit der Kündigung und Freistellung vom 17.06.2014 sei ausdrücklich angeordnet worden, dass mit dieser Freistellung allfällige Ferienguthaben abgegolten seien (KB 37). Es bestehe kein Vorbehalt, dass nur die im Zeitpunkt der Kündigung noch ausstehenden

Ferientage betroffen seien. Von dieser Weisung seien somit sämtliche Ferienguthaben betroffen. Seit Gewährung der fünf zusätzlichen Ferientage am 27.08.2014 habe die Berufungsbeklagte bis Ende November 2014 ausreichend Gelegenheit gehabt, diese zu beziehen.

- 13.3 Die Rüge geht fehl: Die Kündigung und Freistellung vom 17.06.2014 ist von der Berufungsbeklagten erfolgreich angefochten worden. Die darin enthaltene „Weisung“ entfaltet damit keinerlei Wirkung. Im Übrigen muss sich die Berufungsklägerin den geschaffenen Widerspruch entgegenhalten lassen: Sie kann nicht mit Schreiben vom 17.06.2014 anordnen, sämtliche Ferienguthaben seien mit der Freistellung abgegolten, dann anschliessend zwei Monate später am 27.08.2014 ein Dienstaltersgeschenk aussprechen, um hinterher zu meinen, das später ausgesprochene Dienstaltersgeschenk sei durch die früher ausgesprochene Weisung konsumiert. Ein solches *venire contra factum proprium* verdient keinerlei Rechtsschutz. Die vorinstanzlichen Erwägungen sind nicht zu beanstanden.

IV. Oberinstanzliche Kosten

14.

- 14.1 Bei Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz werden nach Art. 114 lit. a ZPO keine Gerichtskosten erhoben.
- 14.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens (Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheids) wird die Berufungsklägerin als unterliegende Partei indessen entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).
- 14.3 Der Streitwert im Sinn von Art. 91 Abs. 2 ZPO für das vorliegende arbeits- und gleichstellungsrechtliche Verfahren beträgt gemäss den unbeanstandet gebliebenen Erwägungen im angefochtenen Entscheid CHF 465'000.00.
- 14.4 Die Parteientschädigung spricht das Gericht nach den kantonalen Tarifen zu (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 96 ZPO und Art. 5 ff. der Parteikostenverordnung [PKV; BSG 168.811]), wobei sich der Tarifrahmen nach Art. 5 Abs. 1 PKV anhand des Streitwerts bemisst. In Rechtsmittelverfahren beträgt das Honorar bis zu 50 Prozent des Honorars gemäss Art. 5 PKV, soweit die Parteivertretung im Rechtsmittelverfahren vom bisherigen Anwalt wahrgenommen wird (Art. 7 PKV). Innerhalb des Rahmentarifs ist der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand und der Bedeutung der Streitsache sowie der Schwierigkeit des Prozesses festzusetzen (Art. 41 Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11]).
- 14.5 Vorliegend handelt es um eine vermögensrechtliche Streitigkeit mit einem Streitwert von CHF 465'000.00. Bei einem Streitwert von CHF 465'000.00 beträgt das Honorar in erstinstanzlichen Verfahren bis zu CHF 49'200.00. Im Rechtsmittelverfahren beträgt das Honorar bis zu 50 Prozent des Honorars gemäss Art. 5 PKV, d.h. vorliegend maximal CHF 24'600.00 (50 % von CHF 49'200.00; Art. 7 Abs. 1 PKV). Ein Zuschlag von bis zu 100 Prozent auf das Honorar wird gewährt bei Verfahren, die besonders viel Zeit und Arbeit bean-

spruchen, wie namentlich bei besonders komplexen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen (Art. 9 Abs. 1 PKV).

- 14.6 Fürsprecher D._____ macht in seiner Kostennote vom 18. Mai 2018 für das Berufungsverfahren ein Honorar von CHF 30'100.00, Auslagen von CHF 10.30 und Mehrwertsteuer von CHF 2'318.50 geltend, ausmachend total CHF 32'428.80. Mit Blick auf die komplexen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse des vorliegenden Gleichstellungstreits erweist sich die Ausschöpfung des Tarifr Rahmens zu 100% zuzüglich eines Zuschlags von gut 20% als angemessen.
- 14.7 Die Berufungsklägerin hat der Berufungsbeklagten für das oberinstanzliche Verfahren somit eine Parteientschädigung von zusammen CHF 32'428.80 (inkl. Auslagen und MWST) zu bezahlen.

Die Kammer entscheidet:

1. Es wird festgestellt, dass die Ziffern 2, 4 und 5 des angefochtenen Entscheids in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
3. Es werden keine Gerichtskosten für das oberinstanzliche Verfahren erhoben.
4. Die Berufungsklägerin hat der Berufungsbeklagten eine oberinstanzliche Parteientschädigung von CHF 32'428.80 (inkl. Auslagen und MWST) zu bezahlen.
5. Zu eröffnen:
 - den ParteienMitzuteilen:
 - der Vorinstanz

Bern, 2. Juli 2018

Im Namen der 2. Zivilkammer

Der Referent:

Oberrichter Hurni

Die Gerichtsschreiberin:

Miescher

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert im Sinn von Art. 51 ff. BGG beträgt mehr als CHF 30'000.00.

Hinweis: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.