

schulthess  
manager  
handbuch  
2018/2019

# Inhalt

Vorwort .....	7
<b>Die Wirtschaft floriert – doch die Herausforderungen sind gross</b> .....	9
<i>Prof. Dr. Rudolf Minsch</i>	
<b>Strategie und Führung</b>	
<b>Change Management – Veränderung in dynamischen Zeiten agil bewältigen</b> .....	21
<i>Dr. Marco Olavarria, Maren Borggräfe</i>	
<b>«Wandel gehört zum Selbstverständnis dieser Firma»</b> .....	33
<i>Interview mit Marco Gadola</i>	
<b>Rezepte und Anmerkungen zur Kunst der Kommunikation</b> .....	39
<i>Dr. Mirjam Teitler, Peter Hartmeier</i>	
<b>Was Unternehmen beim Einkauf von Rechtsrat beachten müssen</b> .....	45
<i>Dr. Bruno Mascello</i>	
<b>Corporate Governance</b>	
<b>Interessenkonflikte – wie hat sich ein Verwaltungsratsmitglied zu verhalten?</b> .....	55
<i>Prof. Dr. Rolf Watter, Annina Hammer</i>	
<b>Management-Vergütungen in börsenkotierten Aktiengesellschaften</b> .....	65
<i>Dr. Frank Gerhard</i>	
<b>Risiken im Organisationsreglement des Verwaltungsrats</b> .....	73
<i>Arlette Pfister</i>	
<b>Nonprofit Governance – Gutes besser tun</b> .....	79
<i>Prof. Dr. Georg von Schnurbein</i>	
<b>Compliance</b>	
<b>Compliance: Was heisst das konkret für die Unternehmensführung?</b> .....	89
<i>Dr. Christian Wind</i>	
<b>Compliance zwischen Überregulierung und Übervorsicht</b> .....	95
<i>Philipp Abegg</i>	
<b>Exportkontrolle und Digitalisierung durch Blockchain und Smart Contracts</b> .....	105
<i>Prof. Dr. Andreas Furrer, Peter Henschel</i>	
<b>Schweizer Unternehmen im Lichte der europäischen Datenschutzgrundverordnung</b> .....	113
<i>Claudia Keller</i>	

## Kartellrecht

<b>Leitplanken im B2B-Kontakt: So schützt man sich vor der WEKO</b> .....	121
<i>Prof. Dr. Patrick L. Krauskopf, Dr. Felix Schraner</i>	

## Finanzierung und Aktien

<b>Aktuelle Alternativen zur klassischen Bankenfinanzierung</b> .....	133
<i>Anita Schläpfer, Fabio Elsener</i>	

<b>GAFI-Meldungen der wirtschaftlich berechtigten Person</b> .....	141
<i>Phyllis Scholl, Prof. Dr. Rashid Bahar</i>	

## Steuern

<b>Schweizer Steuerrecht 2018: Unternehmenssteuerreform «reloaded»</b> .....	149
<i>Prof. Dr. Pascal Hinny</i>	

<b>Besteuerung der digitalen Wirtschaft</b> .....	155
<i>Dr. Alberto Lissi, Oliver Jäggi</i>	

<b>Mitarbeiterbeteiligungspläne im Wandel der Zeit</b> .....	163
<i>Dr. Natalie Peter</i>	

<b>Hausbesuche der unfreundlichen Art – Steuerfahndungen in der D-A-CH-Region</b> .....	171
<i>Daniel Holenstein</i>	

## Wirtschaftsdelikte

<b>Selbstanzeige von Unternehmen in internationalen Wirtschaftsstraffällen</b> .....	179
<i>Daniel Bühr</i>	

<b>Geldwäscherei: Grundlagen, Risiken, Vorkehrungen</b> .....	187
<i>Dr. Omar Abo Youssef</i>	

## Versicherungen

<b>Der Umgang mit Unternehmensrisiken und ihre Versicherungsdeckung</b> .....	199
<i>Peter Haas, Barbara Klett</i>	

## Digitalisierung

<b>Die Entwicklung der Arbeit in Zeiten der Digitalisierung</b> .....	209
<i>Prof. Michael Beckmann, Elisa Gerten</i>	

<b>«Weniger in Wettbewerb und mehr in Systemen denken»</b> .....	219
<i>Interview mit Dirk Sebald</i>	

<b>Legal Tech – vom Hype zur digitalen Transformation in der Rechtsberatung</b> .....	225
<i>Markus Hartung</i>	

<b>Blockchain und Initial Coin Offerings (ICOs) – eine neue Ära?</b> .....	231
<i>Dr. Yves Mauchle</i>	

**Personal**

<b>Auswahl von Führungskräften in Zeiten von Transformation</b> .....	241
<i>Doris Aebi</i>	
<b>Aufhebungsvereinbarungen – Tücken der friedlichen Trennung</b> .....	249
<i>Romina Carcagni Roesler</i>	
<b>Umgang mit Arbeitsunfähigkeit und Invalidität Arbeitnehmender</b> .....	257
<i>Prof. Dr. Thomas Gächter, Petra Koller</i>	
<b>Haften Arbeitgeber für Belästigungshandlungen ihrer Arbeitnehmenden?</b> .....	267
<i>Prof. Dr. Roger Rudolph, Dr. Anina Kuoni</i>	
Weiterbildung für Führungskräfte .....	275
Beratungsunternehmen im Profil .....	287
Verzeichnis Beratungsunternehmen .....	303
Autorenverzeichnis .....	305

# Haften Arbeitgeber für Belästigungshandlungen ihrer Arbeitnehmenden?



**Prof. Dr. Roger Rudolph**  
Universität Zürich

Roger Rudolph ist Professor an der Universität Zürich und Fachanwalt SAV Arbeitsrecht. Er referiert und publiziert regelmässig zu arbeitsrechtlichen Themen.



**Dr. Anina Kuoni**  
burckhardt AG

Anina Kuoni ist Rechtsanwältin und Fachanwältin SAV Arbeitsrecht bei der burckhardt AG in Basel. Sie ist sowohl im privaten Arbeitsrecht als auch im öffentlichen Personalrecht tätig. Ihre weiteren Schwerpunkte liegen im Vertrags- und Beschaffungsrecht.

## Ausgangslage

Belästigungshandlungen unter Arbeitnehmenden, vor allem in ihrer Ausprägung als sexuelle Belästigung, als Mobbing oder auch nur als gewöhnlicher Konflikt, beschäftigen die Gerichte häufig. Eher selten stehen sich dabei Täter und Opfer direkt gegenüber, d.h. der (tatsächliche oder auch nur vermeintliche) Belästiger und die belästigte Person. Dies hat wesentlich damit zu tun, dass Arbeitskollegen, aber auch Vorgesetzte und ihre unterstellten Mitarbeiter, untereinander in keinem Vertragsverhältnis stehen, sodass sich die zivilrechtliche Haftung unter ihnen nach den im Ver-

gleich zum Vertragsrecht anspruchsvolleren Voraussetzungen des Deliktsrechts richtet (Art. 41 ff. OR; seltenes Fallbeispiel: BGE 4D\_4/2015 vom 13.4.2015). So wird im Vertragsrecht das Verschulden des Täters vermutet. Wenn hingegen der Geschädigte nach Deliktsrecht vorgehen muss, trifft ihn die volle Beweislast für das Vorliegen von Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Für den Bereich der sexuellen Belästigung kommt hinzu, dass die besonderen Rechtsbehelfe aus dem Gleichstellungsgesetz (GIG) nur gegenüber dem Arbeitgeber geltend gemacht werden können, nicht aber gegenüber dem Belästiger persönlich.

Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass in Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit Belästigungshandlungen am Arbeitsplatz vor allem der Arbeitgeber in die Pflicht genommen wird, oft also eine juristische Person, obwohl sie selber bzw. ihre Organe (Verwaltungsrat, Geschäftsleitung) in der Regel selber gar keine Belästigungshandlungen vorgenommen haben. Wie gleich zu zeigen sein wird, bejaht die Rechtsprechung recht grosszügig die Verantwortung des Arbeitgebers für solche Belästigungshandlungen, die sich am Arbeitsplatz zugetragen haben. Dies mit der rechtlichen Konsequenz, dass er der belästigten Person Entschädigungszahlungen, z.B. als Schadenersatz, Pönale oder Genugtuung ausrichten muss, die leicht mehrere Monatslöhne ausmachen können.

In jüngerer Zeit ist darüber hinaus eine Tendenz festzustellen, wonach sich diese Haftung des Arbeitgebers für Fehlverhalten seiner Mitarbeitenden über den Bereich des Arbeitsplatzes bzw. die Dauer der Arbeitszeit hinaus auch auf Verhaltensweisen in der Freizeit erstrecken kann. Es geht

mit anderen Worten um die Frage, ob ein Arbeitgeber auch dann verantwortlich gemacht werden kann, wenn Belästigungshandlungen unter Mitarbeitenden nur am Feierabend oder am Wochenende stattfinden, nicht aber während der Arbeitszeit. Ist der Arbeitgeber in einer solchen Situation überhaupt berechtigt, Massnahmen zu ergreifen? Dies auch vor dem Hintergrund, dass sich sein Weisungsrecht nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift «auf die Ausführung der Arbeit und das Verhalten im Betrieb» (Art. 321d Abs. 1 OR) beschränkt und der ausserdienstliche Bereich damit mindestens nach diesem Gesetzeswortlaut gerade nicht erfasst wird.

Im Folgenden wird zunächst die Rechtslage beleuchtet, wenn Belästigungshandlungen am Arbeitsplatz stattfinden. Darauf aufbauend soll anhand dreier kürzlich ergangener Urteile zur Frage vorgestossen werden, wie es sich mit einer Arbeitgeberhaftung verhält, wenn Tatort und Tatzeit in der Freizeit liegen.

### **Haftung des Arbeitgebers für Belästigungshandlungen am Arbeitsplatz**

Das schweizerische Arbeitsrecht kennt keine Kausalhaftung in dem Sinn, dass der Arbeitgeber für Belästigungshandlungen unter Mitarbeitenden allein wegen seiner Arbeitgeberstellung einzutreten hat (vgl. dazu und zum Folgenden Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage 2012, insbesondere N 5, N 17 und N 19 zu Art. 328 OR). Der Arbeitgeber haftet daher nur, wenn einer der besonderen Haftungstatbestände des Obligationenrechts erfüllt ist (für den Bereich der sexuellen Belästigung treten die Haftungstatbestände des Gleichstellungsgesetzes, GLG, hinzu). Dies ist zunächst dann der Fall, wenn der Arbeitgeber selber (also z.B. der Firmenpatron) oder – bei juristischen Personen – eine ihrer Organpersonen handelt. Letzteres deswegen, weil Handlungen von Organpersonen die juristische Person direkt verpflichten, also so angeschaut werden, wie wenn die juristische Person selber gehandelt hätte (vgl. Art. 55 ZGB; für ein arbeitsrechtliches Fallbeispiel BGE 4A\_473/2013 vom 2.12.2013; generell zum Organ-

begriff BGE 4A\_544/2008 vom 10.2.2009 E. 2.3). In beiden Varianten stellen die Belästigungshandlungen eine unmittelbare Verletzung der auf Art. 328 OR abgestützten arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht dar (vgl. für dessen öffentlich-rechtliches Spiegelbild Art. 6 des Arbeitsgesetzes).

Die Fürsorgepflicht verbietet aber nicht nur eigene Belästigungshandlungen, sondern verpflichtet den Arbeitgeber auch zur Ergreifung von Schutzmassnahmen, wenn er von am Arbeitsplatz stattfindenden Belästigungshandlungen Kenntnis erhält. Wenn ein Arbeitgeber feststellt, dass ein Mitarbeiter von seinen Arbeitskollegen gemobbt wird, dann darf er also nicht einfach die Hände in den Schooss legen, sondern er muss intervenieren, beispielsweise durch Schlichtungsbemühungen, Erteilen von Weisungen, Neuverteilung der Arbeit oder in gravierenden Fällen sogar mit einer Entlassung. Tut er dies nicht, verletzt er Art. 328 OR und kann als Folge davon wegen Vertragsverletzung (Art. 97 OR) ebenfalls haftbar werden.

Für den Bereich der sexuellen Belästigung wird durch diese allgemeine Fürsorgepflicht dem Arbeitgeber faktisch aufgetragen, die notwendigen, angemessenen und zumutbaren Massnahmen zur Verhinderung sexueller Belästigung zu treffen, z.B. durch Sensibilisierung der Mitarbeitenden durch Abgabe eines Merkblatts oder durch Einrichtung einer betriebsinternen Meldestelle. Kann der Arbeitgeber nach einer sexuellen Belästigung nicht nachweisen, dieser Auflage nachgekommen zu sein, kann er zu einer Strafzahlung von bis zu sechs Monatslöhnen, errechnet auf der Grundlage des schweizerischen Durchschnittslohns, verpflichtet werden (Art. 5 Abs. 3 und 4 GLG; Fallbeispiel BGE 4A\_473/2013 vom 2.12.2013). Weitere Ansprüche, z.B. wegen missbräuchlicher Kündigung oder als Genugtuung, können hinzukommen.

Die bisherigen Haftungstatbestände lassen nun aber eine für die Praxis bedeutsame Fragestellung offen: Besteht auch dann eine Haftung des Arbeitgebers, wenn ihm (bzw. seinen Organen) im Unterschied zu den oben erwähnten Konstellationen gar keine persönliche Nachlässigkeit vorgewor-

fen werden kann, und zwar insbesondere dann, wenn er gar keine Kenntnis davon hat und auch nicht haben muss, dass eine Belästigungshandlung am Arbeitsplatz stattfindet? Diese Frage beantwortet sich nach den Regeln der in Art. 101 OR vorgesehenen Hilfspersonenhaftung. Nach dieser Bestimmung haftet etwas verkürzt, wer die Erfüllung einer Schuldpflicht oder die Ausübung eines Rechtes durch einen Dritten (hier den Arbeitnehmer) vornehmen lässt und diese Hilfsperson einen Schaden in Ausübung ihrer Verrichtung verursacht. Es geht damit z.B. um den Fall, dass ein angestellter Sanitärinstallateur einem Kunden einen Schaden zufügt, weil er die Dichtung einer Leitung ungenügend verschraubt hat und deswegen einen Wasserschaden verschuldet. Gestützt auf Art. 101 OR kann nun also das Sanitärunternehmen als Arbeitgeber und gleichzeitig Vertragspartner des Kunden für den Wasserschaden haftbar gemacht werden.

Die in der arbeitsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung kontrovers diskutierte Frage lautet nun, ob dieser Haftungstatbestand von Art. 101 OR auch auf den Fall einer Belästigungshandlung am Arbeitsplatz zugeschnitten ist. Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung zu verneinen: Weder eine sexuelle Belästigung noch eine Mobbing- noch eine sonstige Belästigungshandlung kann im Sinne von Art. 101 Abs. 1 OR als «Erfüllung einer Schuldpflicht» (im konkreten Fall des Arbeitsvertrags) angesehen werden. Es fehlt mit anderen Worten der von dieser Bestimmung vorausgesetzte, funktionelle Sachzusammenhang zwischen Belästigungshandlung und Vertragserfüllung. Dies im Unterschied zum oben erwähnten Beispiel des Sanitärinstallateurs, dessen vertragliche Erfüllungshandlung gerade darin bestand, die Leitung zu reparieren und die Dichtung ordnungsgemäss zu verschrauben. Demgegenüber sind Arbeitnehmende, um es etwas pointiert auszudrücken, nicht dazu angestellt, um ihre Arbeitskollegen zu drangsaliieren.

Wie bereits erwähnt, gehen die Meinungen zu dieser für die unternehmerische Praxis bedeutsamen Frage allerdings stark auseinander. Teilweise wird

danach unterschieden, ob die Belästigungshandlung von einem Vorgesetzten oder einem Personalverantwortlichen ausgeht, angestiftet oder toleriert wird (Hilfspersonenhaftung möglich) oder von hierarchisch gleichgestellten Personen (keine Hilfspersonenhaftung möglich). Auch die Rechtsprechung zeigt noch kein eindeutiges Bild. In der Tendenz aber geht insbesondere das Bundesgericht von einem weiten Begriffsverständnis der Hilfsperson aus, sodass es im Umfeld von Belästigungshandlungen schon einige Male die Haftung des Arbeitgebers gestützt auf Art. 101 OR bejaht hat (BGE 4A\_128/2007 vom 9.7.2007 E. 2.4; BGE 4C\_343/2003 vom 13.10.2004 E. 4; implizit auch in BGE 4D\_22/2013 vom 19.9.2013 E. 4, Obiter Dictum; vgl. für einen detaillierten Meinungsstand Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 5 und N 17 zu Art. 328 OR).

Will man ein Zwischenfazit ziehen, lässt sich sagen, dass Unternehmen sicher dann in der Pflicht stehen, wenn sie bzw. ihre Organe sich selber Belästigungshandlungen zuschulden kommen lassen oder wenn ihnen Belästigungshandlungen unter Mitarbeitenden am Arbeitsplatz bekannt werden und sie nicht dagegen einschreiten. Inwieweit darüber hinaus auch eine Hilfspersonenhaftung besteht, ist umstritten. Die Rechtsprechung geht aber tendenziell dahin, zumindest in bestimmten Konstellationen eine Haftung des Arbeitgebers gestützt auf Art. 101 OR zu bejahen.

An das eben Ausgeführte schliesst sich die Frage an, ob die Haftung des Arbeitgebers auch Belästigungshandlungen seiner Mitarbeitenden während der Freizeit erfassen kann. Diese Fragestellung soll anhand dreier jüngerer Urteile beleuchtet werden:

### **Fallbeispiel 1: Haftung des Arbeitgebers nach sexueller Belästigung durch einen Vorgesetzten in der Freizeit**

Kantonsgericht Waadt (JAR 2013 S. 571): Arbeitnehmerin T. war seit 1996 als Primarschullehrerin angestellt. Infolge einer genetischen Erkrankung musste sie sich diversen Operationen unterziehen und war entsprechend immer wieder arbeitsun-

fähig. Im Jahr 2003 wurde T. von ihrem Ehemann verlassen, und sie unternahm kurz darauf einen Selbstmordversuch, welcher eine sofortige Hospitalisierung erforderte. Kurz nach diesem Vorfall begann M., seinerseits Schuldirektor und Vorgesetzter von T., dieser zahlreiche SMS zu schicken, wobei die meisten der Nachrichten in keinem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis standen. Vielmehr schlug M. T. gemeinsame Restaurantbesuche und andere Treffen vor, erkundigte sich nach ihrem Gesundheitszustand usw. T. bat M. daraufhin, das Senden von SMS einzustellen. M. respektierte dies nicht und überhäufte T. weiterhin mit solchen Nachrichten. Auch bei einem Treffen der beiden ausserhalb der Schule liess M. die beruflichen Aspekte aussen vor, versuchte T. zu umarmen, empfahl ihr Lektüren mit amourösem Gehalt und schrieb ihr nach dem Treffen trotz eindeutiger Zurückweisung weiterhin Nachrichten.

In der Folge klagte T. nicht gegen den Täter M., sondern gegen ihren Arbeitgeber wegen sexueller Belästigung im Sinne von Art. 4 GlG. Die eben geschilderten Handlungen wurden vom Kantonsgericht des Kantons Waadt tatsächlich als sexuelle Belästigung qualifiziert. Entscheidend dafür waren vor allem die Häufigkeit und Inhalte der unerwünschten Nachrichten, verbunden mit den physischen Annäherungsversuchen. In die Erwägungen eingeflossen sind auch die weiteren Umstände des Falls, insbesondere die Tatsache, dass es sich bei M. um den hierarchisch Vorgesetzten von T. handelte, dass T. aufgrund ihrer diversen krankheitsbedingten Abwesenheiten bereits unter Druck war, was die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses betraf, und dass sie infolge ihres Gesundheitszustands nicht in der Lage war, M. noch deutlicher abzuweisen. Das Gericht betonte sodann, dass eine Einwilligung der Person zu den mutmasslichen Übergriffshandlungen nur mit Zurückhaltung angenommen werden dürfe.

Mit der Feststellung einer sexuellen Belästigungshandlung durch das Kantonsgericht war aber die hier vor allem interessierende Frage noch nicht beantwortet, ob der Arbeitgeber auch dann haftet, wenn die Handlungen wie im vorliegenden Fall in

der Freizeit erfolgen und der Arbeitgeber davon gar keine Kenntnis hat. Das Gericht hielt dazu fest, dass eine sexuelle Belästigung in der Freizeit dennoch unter den Begriff des Arbeitsorts im Sinne von Art. 4 GlG falle, wenn die Arbeitsleistung für die belästigte Person dadurch erschwert werde. Davon sei auszugehen, wenn der Täter ein Vorgesetzter oder Arbeitskollege sei und er und das Opfer bei der Arbeitsausführung eng zusammenarbeiteten. Diese Kriterien waren in diesem Fall alle erfüllt, weshalb das Kantonsgericht über den Umweg einer extensiven und mindestens diskutablen Auslegung des Arbeitsplatzbegriffes die Verantwortlichkeit des Arbeitgebers bejahte, obwohl die Handlungen während der Freizeit und nicht im Unternehmen stattfanden. Auf eine Beschwerde von M. ist das Bundesgericht nicht eingetreten, der kantonale Entscheid ist in Rechtskraft erwachsen (vgl. BGE 8C\_981/2012 vom 8.1.2014 = JAR 2015 S. 115).

### **Fallbeispiel 2: Fristlose Entlassung nach anzüglichen Bemerkungen beim Feierabendbier**

Bundesgericht (BGE 4A\_124/2017 vom 31.1.2018): Z. war seit dem 1. Oktober 2012 bei der X. AG als Assistent angestellt. Ende Oktober 2013 begab er sich mit drei Arbeitskollegen zum Feierabendbier in eine Bar. In diesem Kreis machte Z. in rüder Sprache sexuelle Anspielungen auf eine nicht anwesende Bürokollegin. Obwohl ihn zwei der drei anwesenden Mitarbeiter umgehend baten, mit diesen unangebrachten Sprüchen aufzuhören, liess er nicht vom Thema ab. Als besagte Bürokollegin von diesem Vorfall Kenntnis erlangte, suchte sie mit Z. das Gespräch. Dieser weigerte sich jedoch, mit ihr zu reden, bevor er ihr schliesslich eine Entschuldigungs-E-Mail zusandte. Die betroffene Mitarbeiterin beschwerte sich in der Folge bei der Arbeitgeberin. Diese unternahm daraufhin entsprechende interne Abklärungen und befragte mehrere Personen. Es stellte sich heraus, dass sich Z. bereits bei anderen Gelegenheiten ähnlich verhalten hatte. So war er bei einer anderen Mitarbeiterin dreimal unter deren Schreibtisch gekrochen. In der Befragung hielt diese Mitarbeiterin fest, dass sie von Z. auch immer seltsam angeschaut worden sei und er ihr gegenüber



deplatzierte Äusserungen gemacht habe. Einen weiteren Arbeitskollegen fragte Z., ob er mit einer bestimmten Bürokollegin schlafen wolle. Sodann stellte sich heraus, dass sich Z. beim bereits geschilderten Feierabendbier an ein dreijähriges Kind wandte und diesem sagte, an seiner Stelle würde er der Mutter ständig Küsschen geben, weil sie so hübsch sei.

Nach Abschluss der internen Untersuchung sprach die Arbeitgeberin gegenüber Z. die fristlose Kündigung aus. Im folgenden Prozess gelangte die Vorinstanz zum Schluss, dass die fristlose Kündigung im vorliegenden Fall ungerechtfertigt sei. Die Arbeitskollegen hätten sich vor der Untersuchung durch die Arbeitgeberin nicht über das Verhalten von Z. beklagt. Die Bemerkungen während des Feierabendbiers seien keine schweren Verfehlungen, berücksichtige man Ort und Gelegenheit anlässlich der sie gemacht worden seien. Z. sei zudem kein leitender Angestellter und kenne eine der betroffenen Arbeitskolleginnen seit Studienzeiten. Das Bundesgericht wollte die Vorfälle nicht verharmlosen, führte jedoch aus, die beiden Mitarbeiterinnen hätten unter dem Verhalten von Z. nicht so gelitten, dass eine weitere Zusammenarbeit mit ihm nicht mehr möglich gewesen sei. In einem solchen Fall sei deshalb eine vorgängige Verwarnung erforderlich, bevor eine fristlose Entlassung ausgesprochen werden könne. Die von der Arbeitgeberin getroffene Massnahme zum Schutz der Mitarbeiterinnen, d.h. die fristlose Entlassung des Belästigers, taxierte das Bundesgericht folglich als zu weitgehend.

Ähnlich hatte das Bundesgericht schon in einem Fall aus dem Jahr 2009 entschieden (BGE 4A\_251/2009 vom 29.6.2009). In diesem Fall hatten zwei Mitarbeiterinnen gegen ihren Vorgesetzten Y. Strafanzeige wegen sexueller Nötigung und Pornografie eingereicht. Der Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis mit Y. unmittelbar nach Kenntnisnahme dieser Anzeigen. Die fristlose Kündigung wurde vom Gericht als ungerechtfertigt qualifiziert, weil die Haltung der Mitarbeiterinnen zweideutig sei, sie mit den Handlungen von Y. mehrheitlich einverstanden gewesen seien

und diese in der Freizeit stattgefunden hätten. Überdies habe Y. den beiden Mitarbeiterinnen zu keiner Zeit gedroht, Druck ausgeübt oder ihnen Vorteile versprochen. Der Arbeitgeber habe die Vorwürfe der Arbeitnehmerinnen sodann überhaupt nicht geprüft. Selbst in Bezug auf das einmalige, unaufgeforderte Zusenden eines Fotos der Geschlechtsteile von Y. sei die direkte fristlose Kündigung keine angemessene Massnahme. Zwar habe der Arbeitgeber die Arbeitnehmenden im Rahmen seiner Fürsorgepflicht vor sexuellen Belästigungen zu schützen und diesbezüglich auch Massnahmen zu ergreifen. Welche Massnahme angebracht sei, sei aber im konkreten Einzelfall zu prüfen, und im vorliegenden Fall erweise sich die fristlose Entlassung aufgrund der Umstände als überzogen.

In beiden geschilderten Fällen nahm das Bundesgericht zwar nicht vertieft Stellung zur Frage, inwiefern Belästigungshandlungen unter Mitarbeitenden während der Freizeit dem Arbeitgeber zugerechnet werden können. Aus seinen Erwägungen kann aber geschlossen werden, dass das Bundesgericht mindestens im Fall des Feierabendbiers, der sich unzweifelhaft während der Freizeit und nicht am Arbeitsplatz ereignete, von einer Pflicht des Arbeitgebers zum Aussprechen einer Verwarnung ausgeht. Insofern macht dieser Entscheid deutlich, dass die einfache Gleichung «Freizeit = Privatsache» unter dem Blickwinkel der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zu kurz greifen kann.

### Würdigung

Die Tendenz in der Rechtsprechung, die Haftung des Arbeitgebers in bestimmten Konstellationen auf das Freizeitverhalten von Mitarbeitenden auszudehnen, stellt die Praxis vor grosse Herausforderungen. Es ist nicht nur fraglich, wie gross der Einfluss des Arbeitgebers auf das ausserdienstliche Verhalten seiner Arbeitnehmenden faktisch ist, sondern es stellen sich auch heikle Abgrenzungsfragen, etwa in Bezug auf das Kennenmüssen des Arbeitgebers von Vorfällen in der privaten Freizeit seines Personals. Erfährt er nicht durch eine Beschwerde des Opfers, Schilderun-

gen von Drittpersonen oder schlicht durch Zufall von den Ereignissen, kann ihm unseres Erachtens keine Kenntnis und auch kein Kennenmüssen unterstellt werden. Ganz unabhängig von der Frage der Kenntnis ist überdies das Weisungsrecht des Arbeitgebers von Gesetzes wegen auf die «Ausführung der Arbeit und das Verhalten im Betrieb» begrenzt. Dies führt zu dogmatischen Schwierigkeiten, wenn es darum geht, eine Befolungspflicht des fehlbaren Arbeitnehmers in Bezug auf Weisungen zu begründen, die sein Freizeitverhalten berühren.

Nach der vorliegend vertretenen und oben begründeten Auffassung ist eine Hilfspersonenhaftung schon bei Belästigungshandlungen am Arbeitsplatz abzulehnen, sodass sie – folgt man dieser Meinung – erst recht nicht greifen kann, wenn die Handlungen in der Freizeit erfolgen. Infolgedessen ist eine Haftung abzulehnen, wenn der Arbeitgeber von den Belästigungshandlungen in der Freizeit keine Kenntnis hat und auch nicht haben muss. Anders ist es dann, wenn der Arbeitgeber selber oder seine Organe ausserdienstlich belästigen. In diesem Fall scheint es uns zutreffend, die Haftung auch auf Fälle des Freizeitverhaltens auszudehnen.

Die Ablehnung der Hilfspersonenhaftung befreit den Arbeitgeber jedoch nicht von der Erfüllung seiner Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR, wenn er von Belästigungshandlungen Kenntnis erhält. Dies bedeutet zunächst, dass der Arbeitgeber Arbeitnehmende, die am Arbeitsplatz belästigen, umgehend anzuweisen hat, weitere Belästigungshandlung umgehend zu unterlassen. Nötigenfalls sind weitere Massnahmen wie zum Beispiel eine Umplatzierung der betroffenen Personen, eine neue Teameinteilung, die Verwarnung des Täters oder sogar eine ordentliche oder gar fristlose Entlassung erforderlich.

Rechtlich viel heikler ist die Situation, wenn der Arbeitgeber von Belästigungshandlungen erfährt, die nur in der Freizeit und damit nicht am Arbeitsplatz stattfinden. Im Spannungsfeld zwischen umfassender Schutzpflicht nach Art. 328 OR ge-

genüber dem Opfer einerseits und gesetzlicher Beschränkung des Weisungsrechts auf das Verhalten im Betrieb gegenüber dem Täter andererseits, scheint es uns jedenfalls vertretbar, einem Arbeitgeber das Recht zuzusprechen, Arbeitnehmer, die Arbeitskollegen belästigen, auch dann zur Unterlassung aufzufordern, wenn diese Belästigungshandlungen ganz oder teilweise während der Freizeit erfolgen. Eine Rechtspflicht dazu oder gar zu weitergehenden Massnahmen in dem Sinn, dass bei Unterlassung dem Arbeitgeber Haftung droht, wird man dagegen nur mit Zurückhaltung annehmen können. Denkbar ist dies etwa bei sehr gravierenden Vorfällen mit klarer Beweislage, unter Ausnützung eines hierarchischen Abhängigkeitsverhältnisses und wenn aufgrund der Umstände mit hoher Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen ist, dass der Belästiger nach einer solchen Ermahnung von weiteren Belästigungen abgehalten würde. Oder auch dann, wenn die Übergriffe gegenüber besonders schutzbedürftigen Personen wie z.B. Lernenden oder behinderten Personen erfolgen. Diese Zurückhaltung fusst nicht nur auf der rechtsdogmatisch schwer begründbaren Pflicht des Belästigers, Weisungen des Arbeitgebers, die sein Freizeitverhalten betreffen, befolgen zu müssen. Es tritt hinzu, dass anders als bei Belästigungshandlungen am Arbeitsplatz, dem Arbeitgeber taugliche Kontrollrechte fehlen und selbst bei einer Entlassung in keiner Weise sichergestellt ist, dass die Belästigungshandlungen damit unterbunden werden können. Ausserdem versteht sich die auf Art. 328 OR gründende Fürsorgepflicht in erster Linie als Unterlassungspflicht und ist bei der Annahme von Handlungspflichten, die nicht gesetzlich festgelegt oder vereinbart sind, Zurückhaltung geboten (Portmann/Rudolph, Basler Kommentar OR I, 6. Auflage 2015, N 2 zu Art. 328 OR).

Ganz unabhängig von der geschilderten, ungeklärten Rechtslage ist es schliesslich auch bei Belästigungsvorfällen, welche nur das Freizeitverhalten betreffen, angezeigt, am Arbeitsplatz angemessene präventive Massnahmen zu prüfen, sei dies z.B. durch Erteilung prophylaktischer Weisungen, eine Umplatzierung der betroffenen Perso-

nen oder eine neue Teameinteilung. Denn in den meisten Fällen wird sich wohl nicht ausschliessen lassen, dass sich die Belästigungshandlungen früher oder später auch am Arbeitsplatz fortsetzen können.

---

### **Kernaussagen**

- Der Arbeitgeber haftet für Belästigungshandlungen, welche er selber bzw. seine Organe gegenüber Mitarbeitenden ausüben.
  - Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber nicht einschreitet, sobald er von Belästigungshandlungen im Unternehmen erfährt, oder wenn er gebotene präventive Massnahmen unterlässt.
  - Ob und in welchen Fällen der Arbeitgeber auch dann für belästigendes Verhalten haftet, wenn ihm selber bzw. seinen Organen gar kein Vorwurf gemacht werden kann, ist rechtlich umstritten. Nach einzelnen Urteilen soll eine solche Haftung sogar Belästigungshandlungen unter Mitarbeitenden umfassen, die in der Freizeit und damit ausserhalb des Arbeitsplatzes stattfinden.
  - Ob am Arbeitsplatz oder in der Freizeit: Stehen Belästigungsvorwürfe im Raum, ist der Arbeitgeber gut beraten, zeitnah den Sachverhalt abzuklären und nötigenfalls Massnahmen zu ergreifen. Andernfalls droht ihm Haftung, die leicht Entschädigungszahlungen in der Höhe von mehreren Monatslöhnen ausmachen kann.
-

# Das Handbuch für erfolgreiche Manager.

Mit Experten-Wissen zu brisanten Themen wie Strategie und Führung, Steuern, Compliance, Wirtschaftsdelikte und Arbeitsrecht

- ✓ aktueller Überblick zu den laufenden Entwicklungen
- ✓ mit Checklisten, Übersichten und Ergänzungen
- ✓ Kernaussagen für die schnelle Informationsaufnahme



Jetzt erhältlich  
[www.managerhandbuch.ch](http://www.managerhandbuch.ch)

Schulthess  
MANAGEMENT **S**