

Sexuelle Belästigung im Betrieb : die rechtliche Seite des Problems

Autor(en): **Gloor, Werner**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Gewerkschaftliche Rundschau : Vierteljahresschrift des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes**

Band (Jahr): **81 (1989)**

Heft 5

PDF erstellt am: **19.03.2021**

Persistenter Link: <http://doi.org/10.5169/seals-355317>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

- ¹⁰ Ebenda: 94
¹² «Ich möchte so schnell wie möglich vergessen». In: Der Beobachter, Heft 7, 1987, 44.
¹³ Plogstedt/Bode 1984: 100,101
¹⁴ IBFG 1986: 1
¹⁵ Glöss, P.: Sexismus am Arbeitsplatz. In: Däubler – Gmelin, H. u.a. (Hrsg.): «Mehr als nur gleicher Lohn!». Hamburg 1985: 108–113
¹⁶ IBFG 1986: 5
¹⁷ Ebenda: 6
¹⁸ Britischer Gewerkschaftsbund (TUC): Leitfaden für Gewerkschafter. In: Plogstedt/Bode 1984: 149
¹⁹ DGB – Bundesvorstand; Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz: Frauen wehren sich, Düsseldorf 1988: 8
²⁰ Ebenda: 55
²¹ DGB 1988: 57
²² IBFG 1986: 8
²³ Rosette Cote: Le harcèlement sexuel au travail. Paris 1989
²⁴ VPOD: Merkblatt «Gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz». Dossier «Gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz» 1989

Sexuelle Belästigung im Betrieb – die rechtliche Seite des Problems

*Werner Gloor**

Erstmals in der Schweiz hatte im vergangenen Herbst ein Arbeitsgericht einen Fall «sexueller Belästigung im Betrieb» zu beurteilen¹. Der mit grossem Interesse verfolgte Prozess warf ein krudes Schlaglicht auf ein bislang auch in der Rechtslehre tabu gebliebenes Thema.

Trotzdem: das Problem «erfreut sich» seit Jahrzehnten konstanter Aktualität, wenn nicht in der Öffentlichkeit, so doch in den Fabriken, im Betrieb, am Arbeitsplatz. Eine rechtliche Aufarbeitung des Stoffes drängt sich auf. Nachstehend eine kurze Skizze dazu.

I. Tatbestände, Täter, Opfer

Der Tatbestand der sexuellen Belästigung im Betrieb (*harcèlement sexuel*, *sexual harassment*) lässt sich in etwa wie folgt definieren:

Sexuell belästigt, wer

A)

als Arbeitgeber, Vorgesetzter oder Mitarbeiter seine Stellung bzw. seinen Einfluss im Betrieb ausnützend, eine angestellte bzw. stellenbewerbende Person des gleichen oder anderen Geschlechts, mit unwillkommenen Anträgen, unsittlichen Äusserungen, Bildern, Gegenständen, Gesten oder körperlichen Zudringlichkeiten, direkt oder indirekt,

a) zum Sexualverkehr drängt, wobei Einlenken oder Verweigerung in erkennbarer Weise über Abschluss, Inhalt, Erfüllungsmodalität, Fortsetzung des Arbeitsvertrags entscheiden soll bzw. könnte, oder

* Werner Gloor ist Anwalt in Genf und Assistent für Arbeitsrecht an der Universität Genf.

b) damit das bestehende bzw. zu erwartende Arbeitsklima nachhaltig beeinträchtigt;

B)

als Arbeitgeber oder Vorgesetzter, Betriebsinteresse vorschützend eine angestellte Person,

a) direkt oder indirekt zum Sexualverkehr mit Vorgesetzten, Mitarbeitern oder Kunden drängt, wobei Einlenken oder Verweigerung in erkennbarer Weise über Inhalt, Erfüllungsmodalität oder Fortsetzung des Arbeitsvertrags entscheiden soll, bzw. könnte, oder

b) unsittlichen Anträgen, Äusserungen und Gesten oder körperlichen Zudringlichkeiten seitens Vorgesetzter, Mitarbeiter oder Kunden ausgeliefert lässt.

Kernpunkt sexueller Belästigung am Arbeitsplatz ist der *Machtmissbrauch*, die Ausnutzung des arbeitsvertraglichen Abhängigkeitsverhältnisses². Das Opfer muss Angriffe auf seine sexuelle Persönlichkeit, namentlich auf die sexuelle Freiheit, hinnehmen, es sei denn, es gebe die Stelle, und damit den Verdiensterwerb, auf.

Die sexuelle Belästigung tritt in zwei Formen auf: Sie erscheint oft in einer *quid pro quo-Form*, das heisst der Täter nötigt das Opfer unter Drohung von ernstlichen Nachteilen³ für das Arbeitsverhältnis (Entlassung, Versetzung, Nicht-Promotion und so fort), aber manchmal auch unter Versprechen von Vorteilen, zur Vornahme oder Duldung unzuchtiger Handlungen. Daneben tritt sie in Form der generellen *Beeinträchtigung des Arbeitsklimas* auf – der Täter nötigt dem Opfer weder den Beischlaf noch eine andere unzuchtige Handlung ab, ergeht sich aber in unsittlichen Redensarten und Zudringlichkeiten, die das Opfer kränken, emotionalem Stress unterwerfen und die Freude an der Arbeit vergällen⁴.

Als *Täter* kommen der (physische) Arbeitgeber, Vorgesetzte, aber mitunter auch Mitarbeiter oder Kunden in Frage. Meistens sind die Täter *Männer*. Da das traditionelle Rollenverständnis zwischen den Geschlechtern in der Produktion noch vorherrscht, werden die Kaderstellen mehrheitlich von Männern belegt. Ohne Zweifel werden auch Frauen vermehrt zu Tätern, vorausgesetzt, der Trend zur Chancengleichheit bei der Kaderauswahl hält an. Die sexuelle Belästigung ist insofern eher bedingt durch die Möglichkeit des Machtmissbrauchs und weniger durch die Geschlechtszugehörigkeit des Täters. Täter und Opfer können auch dem gleichen Geschlecht angehören.

Schliesslich braucht der Täter nicht selbst zu handeln: Er kann fremdes, fehlbares Verhalten begünstigen, den direkt Handelnden als Werkzeug benützen.

Frauen sind statistisch die häufigsten *Opfer* sexueller Belästigungen am Arbeitsplatz.

II. Schutznormen

Das geltende Recht enthält auf allen Stufen Normen, die, zumindest

implizit, die Problematik der sexuellen Belästigung behandeln und als Schutznormen aktivierbar sind.

a) Verfassung

Der Arbeitnehmer hat nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Schutz seiner physischen, seelischen und gesellschaftlichen Persönlichkeit⁵. Diesem Grundrecht kommt auch Wirkung zwischen Privaten zu⁶. Er darf am Arbeitsplatz insbesondere *weder nach Geschlecht* (Art. 4 BV, Grundsatz der Geschlechtergleichheit) *noch aufgrund des Geschlechts* (Gleichbehandlung von Arbeitnehmern) am Arbeitsplatz diskriminiert werden. Wird der Arbeitnehmer im Betrieb sexuell belästigt, erleidet er also immaterielle Nachteile aufgrund seines Geschlechts⁷, so wird er in seiner Persönlichkeit verletzt.

b) Strafrecht

Der Gesetzgeber hat die Persönlichkeitsrechte des Individuums unter strafrechtlichen Schutz gestellt. Den Straftaten gegen die Sittlichkeit ist im *Strafgesetzbuch* (StGB) ein besonderer Abschnitt gewidmet. Die sexuelle Belästigung im Betrieb kann, je nach Form und Virulenz, Tatort, Stellung von Täter und Opfer, folgende Straftatbestände einzeln oder konkurrierend erfüllen: Art. 187 StGB Notzucht, Art. 188 StGB Nötigung zu einer anderen unzüchtigen Handlung; Art. 194 StGB Widernatürliche Unzucht; Art. 197 StGB Missbrauch der Notlage oder Abhängigkeit einer Frau; Art. 203 StGB Öffentliche unzüchtige Handlungen; Art. 205 StGB Unzüchtige Belästigungen.

Unzüchtige Belästigungen im Sinne von Art. 205 StGB (unzüchtige Äusserungen bzw. Anträge, körperliche Zudringlichkeiten⁸), sind allerdings nur strafbar, sofern sie öffentlich begangen werden. Betriebsräumlichkeiten erfüllen nach Lehre und Rechtsprechung das Kriterium der Öffentlichkeit nicht⁹. Darin liegt ohne Zweifel eine im Blickwinkel der behandelten Thematik gravierende Lücke.

Eine besondere Strafnorm enthält das *Arbeitsgesetz* (ArG) 1964. Nach Art. 33 ArG hat der Arbeitgeber «auf die Gesundheit der weiblichen Arbeitnehmer gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen». Missachtet der Arbeitgeber diesen Sonderschutz der weiblichen Arbeitnehmer, so macht er sich laut Art. 59 Abs. 1 lit. c ArG strafbar.

c) Privatrecht

Die privatrechtliche Verlängerung des verfassungs- bzw. strafrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit des Individuums findet sich in Art. 27 und 28 des *Zivilgesetzbuches* (ZGB) sowie in Art. 328 des *Obligationenrechts* (OR).

In Art. 328 Abs. 1 OR wird der Arbeitgeber ganz allgemein verpflichtet, «im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen». Diese Bestimmung geht in ihrer Schutzfunktion nicht über Art. 27 und 28 ZGB hinaus¹⁰. Art. 28a ZGB gewährt dem in seiner Persönlichkeit widerrechtlich Verletzten *verschuldensunabhängige Ansprüche* auf Unterlassung, Beseitigung und Feststellung und behält die reparatorischen Klagen (Schadenersatz, Genugtuung) vor.

III. Haftung des Arbeitgebers

a) Nach Strafrecht

Societas delinquere non potest, juristische Personen können nicht straffällig werden. Werden im Geschäftsbereich einer juristischen Person Straftaten verübt, so sind grundsätzlich nur die natürlichen Personen, welche handelten oder hätten handeln sollen, strafbar¹¹. Mithin kann also nur das direkt in die Straftat verwickelte Organ zur Rechenschaft gezogen werden – der Firmeninhaber oder Konzernchef geht straffrei aus.

Dies kann nicht befriedigen. Als Geschäftsherr bekleidet der Firmeninhaber beziehungsweise Konzernchef gegenüber den Arbeitnehmern eine gesetzliche beziehungsweise vertragliche *Garantenstellung* (vgl. Art. 33 ArG; Art. 328 OR). Ihm obliegt die Aufsichtspflicht. Muss er damit rechnen, dass in seinem Betrieb unerlaubte Handlungen begangen werden, so hat er sich Kenntnis über das tatsächliche Geschehen zu verschaffen und eine Fortsetzung der unerlaubten Handlungen zu verhindern. Verletzt er diese Pflicht, so wird er bestraft, wie wenn er die unerlaubte Handlung selbst begangen hätte¹².

b) Nach Zivilrecht

Durch die sexuelle Belästigung im Betrieb wird der Arbeitnehmer in seinen Persönlichkeitsrechten widerrechtlich verletzt und meist auch geschädigt. Der Arbeitgeber hat für den adäquat verursachten materiellen Schaden oder immaterielle Unbill sowohl vertraglich wie auch ausservertraglich einzustehen; ein Verschulden des Arbeitgebers beziehungsweise seiner Organe (55 Abs. 2 ZGB) ist nicht immer vorausgesetzt.

1. Vertragshaftung.

Jede sexuelle Belästigung im Betrieb verletzt den Arbeitsvertrag. Gemäss Art. 328 OR hat der Arbeitgeber die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Hat er diese Pflicht durch Tun oder Unterlassen schuldhaft verletzt,

schuldet er, sofern Schaden vorliegt, Schadenersatz. Für *seelische Unbill*, die dem Arbeitnehmer aus der Vertragsverletzung entstanden ist, hat er nach Art. 49 OR einzustehen¹³, und zwar *verschuldensunabhängig*¹⁴. Genugtuung wird nur zugesprochen bei Vorliegen einer *schweren* Persönlichkeitsverletzung; nicht jede Vertragsverletzung, insbesondere nicht jeder Verstoss gegen Art. 328 Abs. 1 OR stellt eine schwere, genugtuungswürdige, Persönlichkeitsverletzung dar¹⁵.

Quid pro quo-Belästigungen (also Nötigungen) stellen immer einen schweren Angriff auf die sexuelle Freiheit des Arbeitnehmers dar und erfüllen damit das Erfordernis der genugtuungswürdigen, schweren Persönlichkeitsverletzung.

Anders die sexuellen Belästigungen, die sich in der *Beeinträchtigung des Arbeitsklimas* erschöpfen. Nicht jeder unwillkommene Antrag, nicht jede unsittliche Äusserung beziehungsweise Geste, nicht jede körperliche Zudringlichkeit kommt einer schweren Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 49 OR gleich. Es wird auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen sein. Wenn an sich jede¹⁶ sexuelle Belästigung im Betrieb die Persönlichkeit des Arbeitnehmers und somit dessen Arbeitsvertrag verletzt (Art. 328 Abs. 1 OR), so muss doch, insbesondere bei objektiv leichten Fällen, vom Täter trotz Abmahnung ein *wiederholtes, konstantes* störendes Verhalten vorliegen, damit auch hier das Erfordernis der *schweren* Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 49 OR erfüllt ist¹⁷.

Der Arbeitgeber haftet vertraglich nicht nur für eigenes Tun oder Unterlassen, sondern – und gerade in Fällen sexueller Belästigung – für das Tun und Treiben seiner Untergebenen (Kader, Vorarbeiter, Mitarbeiter). Es sind dies im Verhältnis zum belästigten Arbeitnehmer Erfüllungsgehilfen des Arbeitgebers im Sinne von Art. 101 OR. Erforderlich ist, dass diese Hilfspersonen nicht nur bei Gelegenheit, sondern *in Ausübung ihrer Verrichtungen* gehandelt haben. Dieser letztere Begriff muss *funktional* verstanden werden: Die Hilfsperson verhindert kraft ihrer Stellung im Betrieb oder Erfüllungsprozess die korrekte Vertragsabwicklung¹⁸. Der Arbeitgeber kann sich also nicht seiner Haftung entziehen mit dem Argument, sexuelle Belästigung der Arbeitnehmer figuriere nicht im Pflichtenheft des Abteilungsleiters¹⁹. Keine Rolle spielt weiter, ob sich die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz oder nach Arbeitsschluss ereignet hat.

Kenntnis der Vorfälle durch den Arbeitgeber, beziehungsweise Abmahnung durch das Opfer, sind nicht Voraussetzung der vertraglichen Haftung für Hilfspersonen nach Art. 101 OR²⁰. Hat indessen das Opfer, trotz Zumutbarkeit der Demarche, weder dem Personalchef noch dem Arbeitgeber die Vorfälle gemeldet, deren Häufigkeit letztlich persönlichkeitsverletzend wirkten, so dürfte dies bei der Bemessung des Schadenersatzes beziehungsweise der Genugtuung berücksichtigt werden (Art. 43, 44 OR).

Schliesslich kann sich der Arbeitgeber nicht auf das in Art. 44 Unfallver-

sicherungsgesetz (UVG) statuierte Haftungsprivileg berufen, um seiner Vertragshaftung zu entgehen. Sexuelle Belästigungen gipfeln selten in einem Unfall²¹; die Genugtuungsansprüche nach Art. 49 OR bleiben so oder so vorbehalten²².

2. Deliktshaftung

Die widerrechtliche Verletzung der Persönlichkeit, eines verfassungsbeziehungsweise strafrechtlich geschützten Rechtsguts, stellt eine *unerlaubte Handlung* im Sinne von Art. 41 ff. OR dar (vgl. den Weiterverweis von Art. 28a Abs. 3 ZGB). Der Arbeitgeber haftet ausservertraglich, *verschuldensabhängig*, für persönliche, durch Tun oder Unterlassen, verursachte Schäden; der Verschuldensnachweis obliegt dem Geschädigten. Bei Körperschaften (AG, Genossenschaft, Verein usw.), verpflichtet die unerlaubte Handlung eines Organs (Verwaltungsrat, Direktor, Personalchef usw.) die juristische Person als solche (Art. 55 Abs. 2 ZGB).

Als Geschäftsherr haftet der Arbeitgeber ausserdem, *kausal*, verschuldensunabhängig, für schädigendes Verhalten seiner Hilfspersonen (Art. 55 OR), es sei denn, er erbringe den Beweis seiner *Sorgfalt* (in der Auswahl der Hilfsperson, in deren Instruktion und Überwachung) beziehungsweise der *Unvermeidbarkeit* des Schadens oder der immateriellen Unbill.

Allfällige Genugtuungsansprüche wegen seelischer Unbill unterliegen, wie bei der Vertragshaftung, den speziellen Anforderungen des Art. 49 OR. Der Anspruch auf Genugtuung setzt kein Verschulden des Haftpflichtigen voraus.

Vertragshaftung und Deliktshaftung konkurrieren. Indessen fährt der sexuell belästigte Arbeitnehmer besser, wenn er den Arbeitgeber dafür *vertraglich*, über Art. 328 OR, zur Haftung zieht. Die Beweislastverteilung bei der Vertragshaftung begünstigt den Kläger, muss er doch keinen Verschuldensnachweis erbringen; die vertragliche Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR lässt im Gegensatz zur deliktischen Hilfspersonenhaftung des Art. 55 OR keinen Entlastungsbeweis zu.

Sehr oft besteht zwischen dem sexuell belästigten Arbeitnehmer und dem Täter kein Arbeitsverhältnis; insofern bieten Art. 41 OR ff. dem Arbeitnehmer die Möglichkeit, auch die ausservertragliche Ersatzbeziehungsweise Genugtuungspflicht des *Täters* zu beanspruchen (*Organpersonen* über Art. 55 Abs. 3 ZGB, Art. 754 Abs. 1 OR; *Hilfspersonen*, zum Beispiel Vorarbeiter, Mitarbeiter sowie *Dritte* das heisst Kunden, über Art. 41 OR).

IV. Inanspruchnahme der Schutznormen

Der sexuell belästigte Arbeitnehmer kann die einschlägigen Schutznormen der Rechtsordnung sowohl *während, als auch nach Ablauf* der Vertragszeit beanspruchen. Ob, wann und wie er seinen Rechten Gel-

tung verschaffen will, ist für ihn eine Frage der Opportunität und Risikobereitschaft. Gewinnen lässt sich wenig, verlieren aber viel.

a) Während des Arbeitsverhältnisses

Dem Opfer bieten sich theoretisch folgende Möglichkeiten:

- Beschwerde bei betriebsinternen Instanzen (zum Beispiel Betriebskommission, Betriebsarzt, Sozialdienst, Personalchef, Firmeninhaber usw.);
- Leistungsverweigerung (Art. 324 OR), beziehungsweise Krankmeldung (Art. 324a OR, namentlich bei emotionalem Stress);
- Verzeigen des Arbeitgebers beim kantonalen Arbeitsinspektorat;
- Klage beim Arbeitsgericht gegen den Arbeitgeber nach Art. 328 Abs. 1 OR und Art. 28a ZGB (auf Unterlassung einer drohenden beziehungsweise einer bestehenden Verletzung²³; auf Schadenersatz und Genugtuung; subsidiär auf Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Verletzung);
- Strafanzeige gegen den Täter (bei Antragsdelikten innert Dreimonatsfrist, Art. 29 StGB).

In der Realität ist es dann meist so, dass das Opfer sexueller Belästigung aus Schuldgefühlen (wegen anfänglich freiwilligen Einlenkens), Scham und Betretenheit, Angst vor Massregelung, Versetzung oder Entlassung geschehen lässt, vergessen will und nichts unternimmt. Diese Befürchtungen sind nicht aus der Luft gegriffen. Nach der Praxis werden Auseinandersetzungen über die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers nicht gerichtlich ausgetragen, sondern durch die *Kündigung des Opfers* «bereinigt»²⁴.

b) Nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses

1. Durch den Arbeitgeber

Wird der sexuell belästigte und somit in seiner Persönlichkeit verletzte Arbeitnehmer entlassen, zur Demission gezwungen, weil er es wagte, gegen den Täter oder gegen das vergiftete Arbeitsklima aufzubegehren²⁵; es wagte oder beabsichtigte, seine vertraglichen und gesetzlichen Rechte im Betrieb oder vor Gericht geltend zu machen, so handelt es sich klar um eine *missbräuchliche Kündigung* im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR 1989. Der missbräuchlich Entlassene hat Anspruch auf eine Entschädigung von maximal 6 Monatslöhnen. Schadenersatz- beziehungsweise Genugtuungsansprüche aus andern Rechtstiteln, namentlich wegen sexueller Belästigung, bleiben ihm vorbehalten (Art. 336a Abs. 2 OR).

Entlässt der Arbeitgeber das Opfer *fristlos*, so schuldet er ihm Kündigungslohn, Ersatz des weiteren Schadens (Art. 337c Abs. 1 OR), Genugtuung (Art. 49 OR), sowie eine vom Richter, angesichts der schockierenden Umstände, in *Maximalhöhe* (6 Monatslöhne) festzusetzende Entschädigung (Art. 337 Abs. 3 OR).

2. Durch den Arbeitnehmer

Nicht alle, aber die meisten sexuellen Belästigungen erreichen oder überschreiten beim betroffenen Arbeitnehmer die Schwelle der subjektiven Zumutbarkeit; er ist dann nicht nur berechtigt, mit der Arbeit auszusetzen (Art. 324 OR), sondern kann auch die Stelle fristlos, aus wichtigen Gründen kündigen im Sinne von Art 337 OR. Der Arbeitgeber schuldet ihm den Kündigungslohn, den Ersatz für weitergehenden Schaden sowie Genugtuung für die seelische Unbill (so implizit Art. 337b Abs. 1 OR). Ausserdem sollte hier der Arbeitgeber, analog zu Art. 337c Abs. 3 OR, *sanktionshalber* zur Entrichtung einer zusätzlichen Entschädigung von bis zu 6 Monatslöhnen verpflichtet werden.

Kündigt der sexuell belästigte Arbeitnehmer ordentlich, das heisst unter Beachtung der Kündigungsfrist, so stellt sich auch hier die Frage, ob er diesen Entschluss ungezwungen gefasst hat. Liegt Nötigung oder Hinausekelei vor, so gilt der *Arbeitgeber* als kündigende Partei (constructive dismissal), mehr noch: er gilt als *missbräuchlich kündigende Partei* im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a, b, bzw. d OR. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf die Entschädigung nach Art. 336a OR, sowie auf Schadenersatz beziehungsweise Genugtuung.

Es bleibt dem Arbeitnehmer in allen Fällen unbenommen, statt auf Schadenersatz oder Genugtuung bloss auf Feststellung zu klagen, er sei während des Arbeitsverhältnisses sexuell belästigt und daher in seinen Persönlichkeitsrechten verletzt worden. Unbeachtlich ist der Einwand des Arbeitgebers, der Kläger habe kein rechtliches Feststellungsinteresse, das Arbeitsverhältnis sei aufgelöst und somit lege keine Störung mehr vor. Denn gerade in Fällen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz liegt es im Interesse des Opfers, die Widerrechtlichkeit des vielleicht jahrelang Erlittenen nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses (genugtuungshalber oder zur Aufklärung Dritter) gerichtlich feststellen zu lassen²⁶. Das Erfordernis anhaltender Störung wäre geradezu grotesk.

V. Schlussbemerkung

Die geltende Rechtsordnung kennt den Begriff «sexuelle Belästigung im Betrieb» nicht. Trotzdem bietet sie, wie dargelegt, Raum für Klagen aus diesem Segment des Alltags. Die fehlende Gerichtspraxis beweist, aus der Sicht der *Frau*, dem häufigsten Opfer, nicht die Inexistenz des Problems, wohl aber ungebrochene Vorherrschaft des *Patriarchats*. In der Tat: Kann sie den Arbeitsgerichten, Gremien in Männerbesetzung²⁷, Vertrauen schenken?

Anmerkungen:

¹ Arbeitsgericht Genf, Grundsatzurteil vom 29.11.1988 in Sachen Dame C. vs. Gay Frères SA, veröffentlicht in Plädoyer 1989/1 S. 69 ff.;

² Vgl. BGE 31 I 550; ZR 1924 Nr. 81; ZR 1929 Nr. 185; ZR 1941 Nr. 41; SJ 1947 S. 193 Nr. 92; ZBJV 1951 S. 180; BGE 99 IV 161; Hoffmann, Das Abhängigkeitsverhältnis als strafbegründendes und strafverschärfendes Merkmal der Sittlichkeitsdelikte, Diss. Bern, 1968.

- ³ Vgl. Note FN 2
- ⁴ Fallbeispiel: Arbeitsobergericht Genf, Urteil vom 9.6.1982 in Aubert, 400 arrêts sur le contrat de travail, Lausanne, 1984, Nr. 211.
- ⁵ Kasuistik in Müller/Müller, Grundrecht, BT, Bern, 1985, S. 8 ff.
- ⁶ Vgl. Müller, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern, 1982, S. 83; Morand, «L'érosion jurisprudentielle du droit fondamental à l'égalité entre hommes et femmes» in: L'égalité entre hommes et femmes, Lausanne, 1988, S. 81).
- ⁷ Vgl. Sex discrimination. Es hätte auch seine Farbe, Rasse, Religion sein können.
- ⁸ Vgl. BGE 78 IV 32; 87 IV 126; 90 IV 200.
- ⁹ Vgl. SJZ 1957 57; ZR 1937 Nr. 58; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, BT II, Bern, 1984, § 27, N. 9 = S. 65.
- ¹⁰ BGE SJ 1984 554; Saillen, Anne-Lise, La protection de la personnalité du travailleur au sens de l'article 328 al. 1 CO, Thèse, Lausanne, 1981, S. 45 ff.
- ¹¹ Vgl. BGE 105 IV 42.
- ¹² So Schubarth, Zur strafrechtlichen Verantwortung des Geschäftsherrn, 92 ZStrR 1976, S. 371; VEST, «Die strafrechtliche Garantenpflicht des Geschäftsherrn», ZStrR 1988, S. 288 ff; vgl. BGE 96 IV 155; 105 IV 172.
- ¹³ Vgl. BGE SJ 1984 554; BGE 102 II 224 Erw. 9; 87 II 143.
- ¹⁴ Vgl. Brehm, Berner Kommentar, 1989, N. 6 ad Art. 49 OR.
- ¹⁵ Vgl. Brehm, op. cit. N. 34 ad art. 49 OR; bejaht: BGE SJ 1928 325; BGE 87 II 290; verneint: AGVE 1971 15; PKG 1977 46; SJZ 1982 313 Nr. 54.
- ¹⁶ Jede sexuelle Belästigung, sei sie noch so leicht, verletzt die Persönlichkeit, vgl. Saillen, op. cit., S. 68.
- ¹⁷ Vgl. ArG Genf, zit. Urteil vom 29.11.1988.
- ¹⁸ Vgl. BGE 85 II 267; 92 II 15; allgemein: Spiro, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern, 1984 S. 236.
- ¹⁹ Vgl. ArG Genf, zit. Urteil vom 29.11.1988.
- ²⁰ Vgl. BGE 92 II 15 Spitalarzt verführt eine Patientin während der Behandlungszeit, ohne dass der Arbeitgeber davon etwas erfährt.
- ²¹ Vgl. aber BezGer Kreuzlingen, Strafurteil vom 11.5.1988 (Körperverletzung, Nötigung) dazu Kurzbericht NZZ 13.5.1988 unter dem Titel: «Gefängnis für sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz», sowie ArG Genf Urteil vom 20.1.1988 in Sachen Dame H. vs. Kadri, und 29.11.1988 Dame S. vs. VTT Vulcan Petroleum SA.
- ²² ZR 1988 Nr. 106; Boller, La limitation de la responsabilité civile des proches et de l'employeur à l'égard du travailleur (art. 44 LAA), Thèse Fribourg, 1984, S. 158 ff.
- ²³ Zulässig wäre ein Klagebegehren auf Versetzen, nicht aber auf Entlassung des Täters.
- ²⁴ Pedrazzini/Oberholzer, Grundriss des Personenrechts, Bern, 1985, S. 132; Trutmann Verena «Zum Persönlichkeitsschutz im Arbeitsrecht» in: FS Vischer, Zürich, 1983, S. 475.
- ²⁵ Fallbeispiel: Arbeitsobergericht Genf, Urteil 9.6.1982, zit. FN 4.
- ²⁶ Vgl. ArG Genf, oben (FN 1) zit. Grundsatzurteil vom 29.11.1988; Bodmer, die allgemeine Feststellungsklage im schweizerischen Privatrecht, Basel, 1984, S. 66.
- ²⁷ Einzelrichter: Mann; Paritätische Kollgialgerichte, auf Arbeitgeberseite: Männer, Schweizer, Direktoren, Personalchefs, Kleingewerbler; auf Arbeitnehmerseite: Männer, Schweizer, Vorarbeiter, Abteilungsleiter, Petits chefs.

Weiterführende Literatur:

- Aggarwal Arjun P.
Sexual Harassment in the Workplace, Toronto, Butterworths, 1987, 230 S.
- Aggarwal Arjun P.
«Robichaud v. R: Confirmation of Employers' Liability vor Human Right Violations by Employees» in 33. McGill Law Journal, 1987, 194–212.
- Bertelsmann Klaus
«Sexuelle Beeinträchtigung im Betrieb» in Arbeitsrecht im Betrieb. Zeitschrift für Betriebsratmitglieder, (Köln), 1987, S. 123–140.

Cantin J-Maurice

«Le harcèlement sexuel: une préoccupation majeure dans le monde des relations de travail» in 17 Revue générale de droit, 1986, S. 271–281.

Docksey Christopher A.

«Sex Discrimination in Britain, the United States and the European Community» in 13 Denver Journal of International Law and Policy, 1985, S. 181–218.

Dodier Grade M.

«Meritor Savings Bank v. Vinson: Sexual Harassment at Work» in 10 Harvard Women's Law Journal, 1987, S. 203–224.

Equal Employment Opportunity Commission

«EEOC Sexual Harassment Rules» in 103 Labor Relations Reporter («Washington»), 1980, S. 215–216.

Linenberger Patricia

«What Behaviour Constitutes Sexual Harassment?» in Labor Law Review, (Chicago), April 1983, S. 238–247.

Monat Jonathan/Gomez Angel

«Decisional Standards Used by Arbitrators in Sexual Harassment Cases» in Labor Law Review, October 1986, S. 712–718.

Note

«Sexual Harassment and Title VII: The Foundation for the Elimination of Sexual Cooperation as an Employment Condition» in 76 Michigan Law Review 1978, S. 1008–1035.

Note

«Sexual Harassment claims of abusive work environment under Title VII» in 97 Harvard Law Review, 1984, S. 1449–1467.

Note

«EEC: Sexual harassment» in European Industrial Relations Review, Nr. 171, April 1988, S. 23–27.

Paetow Barbara

«Harcèlement sexuel au Travail – pour une situation juridique en RFA» in: Cette violence dont nous ne voulons plus, (Paris), Nr. 5 juin 1987, S. 43–47.

Plogstedt Sybille

«Angst vor den Grapschern. Die Last mit Belästigungen am Arbeitsplatz» in Gewerkschafts-post. Zentralblatt der Industriegewerkschaft Chemie, Papier, Keramik, (Hannover), 1987, Nr. 4, S. 3–7.

Rubenstein, M.

«The Law of Sexual Harassment at Work» in 12 Industrial Law Journal (London), 1983, S. 1–26.

Selden Janet

«Employer Liability for Hostile Environment Sexual Harassment, Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson» in 31 Harvard Law Journal, 1988, S. 51–65.

Zwei erste höchstinstanzliche Urteile:

- United States Supreme Court, Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson, 89 L. Ed. (2d) 567 (1986) = 54 LW 4703 = 477 U. S. 57 (1986).
- Canada Supreme Court, Robichaud v. The Queen, 2 S.C.R. 84 (1987).