

Einschreiben

Schweizerisches Bundesgericht
Avenue du Tribunal-Fédéral 29
1000 Lausanne 14

15. Oktober 2009

Beschwerde in Zivilsachen

von

Susanne M.
vertreten durch Team 1

Beschwerdeführerin

gegen

Informatika AG, 8953 Dietikon/ZH
handelnd durch ihre Organe
vertreten durch X.Y.

Beschwerdegegnerin

betreffend

**Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich
vom 15. September 2009**

Team 1

INHALTSVERZEICHNIS

I.	RECHTSBEGEHREN	1
II.	FORMELLES.....	1
1.	Anfechtungsobjekt	1
2.	Beschwerdegründe	1
3.	Beschwerdefrist	1
4.	Ordentliche Beschwerdeinstanz	1
5.	Streitwert	2
6.	Vorinstanz	2
7.	Beschwerdeberechtigte.....	2
III.	BEGRÜNDUNG	2
8.	Sachverhalt	2
9.	Angefochtene Punkte des Urteils vom 15. September 2009.....	3
10.	Fürsorgepflicht des Arbeitgebers	4
10.1.	Im Allgemeinen.....	4
10.2.	In casu	5
10.3.	Mobbing	7
10.4.	In casu	8
10.5.	Sexuelle Belästigung	8
10.6.	In casu	10
11.	Missbräuchliche Kündigung	11
11.1.	Im Allgemeinen.....	11
11.2.	In casu	13
12.	Kumulation der Entschädigungen	16
13.	Schlussbemerkungen	16

I. RECHTSBEGEHREN

1. Die Ziffern 1, 3 und 4 des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. September 2009 seien aufzuheben.
2. Die Beschwerdegegnerin sei zu verurteilen, der Beschwerdeführerin eine Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung und Genugtuung in der Gesamthöhe von CHF 55'000 zuzüglich Zinsen zu bezahlen.
3. Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren vollen Parteikostenersatz zu leisten.

-unter Kosten- und Entschädigungsfolgen-

II. FORMELLES

1. Anfechtungsobjekt

Das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich stellt einen Endentscheid dar und ist somit nach Art. 90 BGG ein zulässiges Anfechtungsobjekt.

2. Beschwerdegründe

Die Verletzung von Bundesrecht im vorinstanzlichen Urteil kann gemäss Art. 95 lit. a BGG im Beschwerdeverfahren gerügt werden.

3. Beschwerdefrist

Das Urteil der Vorinstanz wurde den Parteien am 15. September 2009 eröffnet. Die Beschwerde wird mit heutiger Postaufgabe frist- und formgerecht innert 30 Tagen nach Art. 100 Abs. 1 BGG eingereicht.

4. Ordentliche Beschwerdeinstanz

Die Zivilansprüche der Beschwerdeführerin können gemäss Art. 72 Abs. 1 BGG mittels Beschwerde in Zivilsachen beim Schweizerischen Bundesgericht vorgebracht werden.

5. Streitwert

Der vorliegende Streitwert in der Höhe von CHF 55'000 erfüllt die Voraussetzung in arbeitsrechtlichen Fällen gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG.

6. Vorinstanz

Die Beschwerde in Zivilsachen ist gemäss Art. 75 Abs. 1 BGG zulässig gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen. Das Obergericht des Kantons Zürich stellt die letzte kantonale Instanz dar, demnach kann mit dieser Beschwerde gegen das Urteil des vorgenannten Gerichts an das Schweizerische Bundesgericht gelangt werden.

7. Beschwerdeberechtigte

Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und hat als direkt Betroffene ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung der Ziffern 1, 3 und 4 des angefochtenen Entscheids, sie ist demnach legitimiert als Partei vor dem Schweizerischen Bundesgericht aufzutreten (Art. 76 Abs. 1 lit. a und b BGG).

III. BEGRÜNDUNG

8. Sachverhalt

Im März 2001 nahm Susanne M. ihre Tätigkeit als EDV-Sachbearbeiterin bei der Informatika AG in Dietikon/ZH auf. Nach absolviertem Nachdiplomstudium als Eidg. Diplomierte Organisatorin wurde sie zur Teamleiterin EDV-Prozesse befördert. Zu ihren Aufgaben gehörte es, diverse Projekte zu leiten. Die von ihr geleiteten Projekte wurden stets erfolgreich abgeschlossen. Zu ihrem Berufskollegen Beat Z., der seinerseits das Entwicklungsteam leitete, pflegte sie eine freundschaftliche Beziehung.

Durch die bevorstehende Neubesetzung eines Postens in der Geschäftsleitung wurden Susanne M. und Beat Z. ab Herbst 2007 zu direkten Konkurrenten, wodurch sich ihr bislang freundschaftliches Verhältnis durch das obszöne Verhalten seitens Beat Z. grundlegend änderte. Neben anzüglichen Sprüchen von ihrem Berufskollegen musste sich Susanne M. diverse weitere Unannehmlichkeiten (unter anderem einen Klaps auf den Po, Bemerkung während eines Mittagessens mit Kollegen "sie solle sich bitte schön nah neben ihn setzen") gefallen lassen. Im Januar 2008 wurde sie zu der von Beat Z. organisierten Teamleitersitzung nicht eingeladen und wurde zusätzlich von diesem als

"schlecht vorbereitete Chaotin, die sicher wegen ihrer Schminkpause auf der Toilette einmal mehr zu spät kommt" bezeichnet. Solche Situationen wiederholten sich fortlaufend und Susanne M. fühlte sich zunehmend unter Druck gesetzt. Sie beschloss einer Konfrontation aus dem Wege zu gehen, da sie nicht als konfliktunfähig gelten wollte. Um ihren guten Ruf im Unternehmen nicht zu gefährden, machte sie Überstunden, obwohl ihr die Arbeit zusehends schwerer fiel.

Am 15. März 2008 kam es zu einem Übergriff im Lift. Beat Z. griff Susanne M. unvermittelt kräftig zwischen die Beine und drohte ihr, sie solle ihm nicht weiter im Wege stehen, andernfalls würde er sie fertig machen. Er würde aber von seinem Vorhaben absehen, wenn sie mit ihm "ins Bett gehe". Susanne M. wehrte sich vehement gegen diesen Angriff, brach aber kurz danach völlig zusammen und war bis Ende April 2008 voll arbeitsunfähig. Obwohl sie in der Firma als Burnout-Opfer „abgestempelt“ wurde, nahm sie Anfangs Mai 2008 ihre Arbeit teilweise wieder auf. Ein Gespräch mit dem Personalverantwortlichen Mitte Juni 2008 führte zwar zur Information der Geschäftsleitung über die Vorfälle, diese riet ihr jedoch nur zur Strafanzeige und unternahm vorerst nichts gegen Beat Z. Dieses Vorgehen enttäuschte Susanne M. und sie fühlte sich von ihrem Arbeitgeber im Stich gelassen. Nach einem Besuch bei einer Beratungsstelle beschloss sie, keine Strafanzeige gegen Beat Z. zu erstatten, forderte aber konkrete Massnahmen von der Geschäftsleitung. Daraufhin wurde Beat Z. mit den Vorwürfen konfrontiert, die er allesamt abstritt. Eine Aussprache am runden Tisch kam, aufgrund des Gesundheitszustandes von Susanne M., nicht zustande. Die Geschäftsleitung drängte Susanne M. zu einer Strafanzeige, ansonsten würde ihr gekündigt. Am 16. September 2008 erhielten beide Mitarbeiter die Kündigung per Ende Dezember mit nicht zufriedenstellenden Arbeitszeugnissen. Gegen diese Kündigung erhob Susanne M. innert Kündigungsfrist Einsprache bei der Schlichtungsstelle, wobei jedoch keine Einigung zustande kam. Auf die anschliessende Klage von Susanne M. gegen die Informatika AG an das Bezirksgericht wird wegen angeblicher Verwirkung nur teilweise eingetreten, die Begehren wurden gutgeheissen. Beide Parteien zogen den Entscheid an das Obergericht weiter, welches ein nicht zufriedenstellendes Urteil eröffnete.

9. Angefochtene Punkte des Urteils vom 15. September 2009

Die Beschwerdeführerin verlangt mit dieser Beschwerde die Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. September 2009 bezüglich des ihr zuzusprechenden Betrags (Ziffer 1 des Urteils), der Kostenlosigkeit des Verfahrens (Ziffer 3 des Urteils) und der reduzierten Prozessentschädigung (Ziffer 4 des kantonalen Urteils).

Das Obergericht des Kantons Zürich sprach der Beschwerdeführerin unter den Titeln Entschädigung und Genugtuung den Betrag von CHF 36'000 netto zu. Angesichts der nachfolgend dargelegten Fürsorgepflichtverletzung nach Art. 328 OR und der im Sinne von Art. 336 OR

missbräuchlich ausgesprochenen Kündigung hat die Vorinstanz bei der Festsetzung der Ansprüche der Beschwerdeführerin den grundlegenden Prinzipien des Arbeitsrechts nicht gebührend beziehungsweise rechtsungenügend Rechnung getragen.

Nachfolgend wird die Beschwerdeführerin zunächst die Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers darlegen (Ziffer 10 der Beschwerde), anschliessend wird sie sich mit der missbräuchlichen Kündigung (Ziffer 11 der Beschwerde) auseinandersetzen.

Die Aufhebung von Ziffer 3 des kantonalen Urteils bedarf keiner besonderen Begründung. Nach der bundesrechtlichen Anordnung von Art. 343 Abs. 2 OR ist die Kostenlosigkeit arbeitsrechtlicher Verfahren auf eine Streitwertgrenze von CHF 30'000 beschränkt. Der oberinstanzlich der Beschwerdeführerin zugesprochene Betrag überschreitet diese Streitwertgrenze, weshalb der Beschwerdegegnerin auch Verfahrenskosten aus der ersten und zweiten Instanz aufzuerlegen sind.

Schliesslich wurde der Beschwerdegegnerin nur eine reduzierte Prozessentschädigung von CHF 4'500 bzw. CHF 1'950 auferlegt. Die Beschwerdeführerin hat bereits im kantonalen Vermittlungsverfahren eine Entschädigung und Genugtuung von insgesamt CHF 55'000, zuzüglich Zinsen, verlangt. Diesen Entschädigungsanspruch will sie unverändert im bundesgerichtlichen Verfahren durchsetzen, weshalb die Kostenverlegung der erstinstanzlichen Verfahren neu zu regeln und der Beschwerdeführerin voller Parteikostenersatz zuzusprechen ist.

10. Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

10.1. Im Allgemeinen

Die Vorbringen zu den oben genannten angefochtenen Punkten lassen sich zunächst durch die Fürsorgepflichtverletzung seitens der Beschwerdegegnerin begründen.

Gemäss Art. 328 OR hat der Arbeitgeber seinen Angestellten gegenüber eine Fürsorgepflicht, die insbesondere den Schutz der Persönlichkeit und der Gesundheit der Arbeitnehmer beinhaltet, wahrzunehmen (siehe auch Art. 6 ArG). Unter diese Schutzpflichten fallen zudem die Wahrung der Sittlichkeit, sowie der Schutz vor sexueller Belästigung und den möglicherweise daraus folgenden weiteren Nachteilen. Der Arbeitgeber muss sämtliche ihm objektiv zumutbaren Massnahmen treffen, um Gesundheit, Leben und persönliche Integrität seiner Arbeitnehmer zu wahren. Der Arbeitgeber muss gemäss Art. 2 ArGV 3 "alle Massnahmen treffen, die nötig sind, um [...] die physische und psychische Gesundheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten." Er muss demnach verhindern, dass ein Betriebsklima entsteht, welches die psychische Gesundheit der Arbeitnehmer beeinträchtigen könnte. Diese Pflichten des Arbeitgebers konkretisieren den Schutz, welcher sich

aus Art. 27 bzw. 28 ZGB ergibt; zudem wird diese Pflicht als Gegenstück der Treuepflicht des Arbeitnehmers im Sinne von Art. 321a OR betrachtet.¹

Der Arbeitgeber hat dafür zu sorgen, dass die körperliche und geistige Integrität, die Ehre, die Privatsphäre und das sexuelle Selbstbestimmungsrecht des Arbeitnehmers geschützt werden. Die Anforderungen an die zu treffenden Massnahmen sind nach objektiven Kriterien festzulegen. Der Arbeitgeber wird grundsätzlich nach Art. 328 OR zur Verantwortung gezogen, sollte er den angemessenen Schutz nicht gewährleisten oder ein Mitarbeiter oder ein Dritter eines der oben genannten geschützten Güter verletzen. Weiter ergibt sich aus Art. 328 OR die Pflicht des Arbeitgebers, die wirtschaftliche Zukunft seiner Arbeitnehmer nicht in ungerechtfertigter Weise zu beeinträchtigen.²

10.2. In casu

Die Beschwerdeführerin hat, wie von ihr zu erwarten war³, die Beschwerdegegnerin über die Anfeindungen des Beat Z., sowie über den Übergriff im Lift informiert und unmittelbaren Handlungsbedarf verlangt. Trotz dieser wichtigen Mitteilung blieb die Geschäftsleitung während zwei Wochen untätig, obwohl die Fürsorgepflicht sofortiges Einschreiten verlangt hätte und riet ihr lediglich zu einer Strafanzeige. Danach dauerte es weitere zwei Wochen, bis ein gemeinsames Gespräch zwischen der Beschwerdeführerin und Beat Z. vorgeschlagen wurde. Dies in einer Zeit, in der die Beschwerdeführerin immer noch teilweise krankgeschrieben war. Die Arbeitsunfähigkeit, die aufgrund der starken psychischen Belastung entstand, ist auf das ungebührliche Verhalten von Beat Z. zurückzuführen. Demnach konnte und durfte ihr in der damaligen Situation eine direkte Konfrontation nicht zugemutet werden. Seitens der Geschäftsleitung wurden keine weiteren Versuche zur Konfliktlösung unternommen. Dies mit der Begründung, dass Massnahmen nur im Falle einer vorgängigen, von der Beschwerdeführerin einzureichenden, Strafanzeige ergriffen würden. Die Beschwerdeführerin verzichtete, nach aufsuchen einer Beratungsstelle, ihrer Gesundheit zuliebe auf eine Strafanzeige. Anstelle von

¹ BGE 132 III 257 (259) E. 5.1; 127 III 351 (355) E. 1/b/cc, PORTMANN WOLFGANG, Kommentar zu Art. 328 OR, in HONSELL HEINRICH/ VOGT NEDIM PETER/ WIEGAND WOLFGANG [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Basler Kommentar, BSK), Obligationenrecht I, Art. 1-529, 4. Aufl., Basel/Genf/München 2007, N 1 ff.; STREIFF ULLIN/ VON KAENEL ADRIAN, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 344, N 2 ff., S. 360 ff., N. 15 ff.

² BGE 125 III 70 (74) E. 3 ff.; Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts (JAR) 2002 (Fn. 1), S. 315 f.; STREIFF ULLIN/ VON KAENEL ADRIAN, S. 367 f., N 21.

³ JAR 1990 E. 8, S. 186.

Unterstützung und Verständnis der Beschwerdegegnerin, wurde der Beschwerdeführerin mit der Kündigung gedroht. Nach Art. 328 OR hätte die Beschwerdegegnerin weitaus mehr unternommen müssen, um die entstandene Situation zu entschärfen. Namentlich hätte sie statt einer Gegenüberstellung der Betroffenen weitere Einzelgespräche anbieten müssen, und sie hätte eventuellen Begegnungen der Beteiligten vorbeugen müssen. In Anbetracht der gravierenden Situation wäre der Beizug einer Fachperson durch die Arbeitgeberin Pflicht gewesen.

Neben der Tatsache, dass nur ein einziger Versuch zur Konfliktlösung unternommen wurde, dauerte es viel zu lange, bis die Geschäftsleitung erstmals aktiv wurde.⁴ Demnach hat die Beschwerdegegnerin ihre Fürsorgepflicht hinsichtlich des Schutzes der körperlichen und geistigen Integrität der Beschwerdeführerin nicht ausreichend wahrgenommen. Dadurch, dass diverse Aktionen von Beat Z. nicht verhindert wurden, entstand ein gesundheitsschädliches Arbeitsklima, welches bei Andauern die Persönlichkeitsrechte der Beschwerdeführerin verletzte und somit zu einer unzumutbaren Arbeitssituation führte. Zudem unternahm die Beschwerdegegnerin nichts, um die unzutreffenden Gerüchte, die Beschwerdeführerin sei ein Burnout-Opfer, klar zu stellen beziehungsweise zu beseitigen. Damit ist die ebenfalls unter Art. 328 OR fallende Ehrschutzpflicht verletzt. Schliesslich konnte die Beschwerdegegnerin nicht gewährleisten, dass das sexuelle Selbstbestimmungsrecht ausreichend geschützt wurde. Es konnte nicht verhindert werden, dass die Beschwerdeführerin Opfer mehrfacher sexueller Belästigungen am Arbeitsplatz wurde. Sie musste sich von Beat Z. in Anwesenheit mehrerer Mitarbeiter anzügliche Sprüche gefallen lassen und sich gegen Beat Z.'s Übergriffe, unter anderem besagter Vorfall im Lift, vehement zur Wehr setzen. Solche Situationen hätten bei korrekter und zeitgerechter Umsetzung der nach Art. 328 OR verlangten Massnahmen, verhindert werden können, weshalb die Arbeitgeberin durch ihre Unterlassungen die Fürsorgepflicht gegenüber der Beschwerdeführerin verletzte.

Die vorangegangenen Ausführungen dokumentieren eine schwerwiegende Fürsorgepflichtverletzung der Beschwerdegegnerin. Die Geschäftsleitung der Beschwerdegegnerin hat, wider besseres Wissen, viel zu wenig unternommen, um den Konflikt zu lösen. Sie hätte, nachdem die Beschwerdeführerin mit ihren Anliegen das Gespräch mit dem Personalverantwortlichen gesucht hatte, sofort eingreifen müssen, um weitere Vorfälle zu verhindern und ihrer Arbeitnehmerin ausreichenden Schutz zu gewähren. Demnach ergibt sich aus der Verletzung von Art. 328 OR ein Anspruch einerseits auf Schadenersatz und andererseits auf Genugtuung. Die Schadenersatzforderung wird aufgrund der wirtschaftlichen Nachteile der Beschwerdeführerin, welche aus dem schädigenden Verhalten der Arbeitgeberin entstanden,

⁴ LEMPEN KARINE, Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et de la responsabilité civile de l'employeur, Diss., Genf/Zürich/Basel 2006, S. 207.

geltend gemacht. Die Genugtuung wird infolge des schweren erlittenen Unrechts, welches jegliches zumutbare Mass überschritten hat, geschuldet.⁵

10.3. Mobbing

Das ungebührliche Verhalten von Beat Z. fällt unter das Phänomen "Mobbing". Der Begriff Mobbing wird aus dem Englischen "to mob" abgeleitet, was soviel wie anpöbeln oder schikanieren bedeutet. Die Rechtsprechung definiert Mobbing als feindselige Äusserungen und Handlungen einer oder mehrerer Personen, mit dem Ziel, das Opfer in seinem sozialen Umfeld, wie auch am Arbeitsplatz, zu isolieren oder sogar auszugrenzen. Dieses Verhalten muss während einer längeren Zeit anhalten. Mobbing äussert sich unter anderem durch Konfrontationen, Schikanen und Misshandlungen. Diese Handlungen können beim Opfer negative Auswirkungen auf seine sozialen Kontakte, auf seine Ehre und auf die Qualität des beruflichen und privaten Umfelds haben. Ausserdem kann die Gesundheit massiv unter solchem Verhalten leiden. Eine weitere Charakteristik des Mobbings ist, dass es sich nur schwer beweisen lässt; gemäss Bundesgericht wird Mobbing angenommen, wenn ein Bündel übereinstimmender Indizien vorliegt.⁶

Verschiedene Faktoren können Mobbing am Arbeitsplatz fördern: dazu gehören Mängel in der Arbeitsorganisation, unzureichendes Führungsverhalten der Vorgesetzten, eine sozial exponierte Stellung der Betroffenen oder das niedrige moralische Niveau in der betroffenen Abteilung. Kommt es zu einem solchen Mobbing-Vorfall, haftet der Arbeitgeber, aufgrund der Fürsorgepflichtverletzung nach Art. 328 OR, sofern er nicht beweisen kann, dass er alle ihm objektiv zumutbaren präventiven Massnahmen ergriffen hat. Wurde er vom Opfer über das Vorgefallene informiert, muss er weitere Abklärungen vornehmen: Er muss sich über seine Rechte und Pflichten dem Arbeitnehmer gegenüber ins Bild setzen; gegebenenfalls müssen Fachpersonen (wie beispielsweise Juristen, Arbeitspsychologen oder Mediatoren) beigezogen werden. Um künftige Vorfälle zu verhindern, muss der Arbeitgeber umgehend eingreifen. Solche Massnahmen können unter anderem eine Sensibilisierung der Personalabteilung und Anpassung der

⁵ BGE 123 IV 145 (147 f.) E. 4b ff.; JAR 1998, S. 154.

⁶ WENNUBST GABRIELLA, Mobbing, Le harcèlement sexuel psychologique analysé sur le lieu de travail, La Chaux-de-Fonds 2007: "Par mobbing on entend une répétition d'actes hostiles (harcèlement) par un ou des auteurs tendant à isoler, marginaliser, éloigner ou exclure la victime d'un cercle de relations données, voire à la neutraliser."; Urteil des BGer vom 20.06.2003 (2P.207/2002) E. 4.2; Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (VPB), 65 (2001) Nr. 96 E. 4.b, S. 1072 ff.; JAR 2006, S. 250 ff.; JAR 2004, S. 234 ff.

Geschäftsführung beinhalten. Die Höhe der Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen des Opfers hängt von der Effizienz des Eingreifens des Arbeitgebers ab.⁷

10.4. In casu

Nach objektiven Kriterien eignet sich das Vorgehen von Beat Z., insbesondere als er die Beschwerdeführerin nicht über die Teamleitersitzung informiert hat, um eine subjektive Betroffenheit des Beschwerdeführerinnen herbeizuführen.⁸ Bei der Beschwerdeführerin führte dieses Verhalten zu längerfristigen psychischen Beeinträchtigungen, die ein solches Ausmassannahmen, dass sie sich nach einem nervlichen Zusammenbruch, temporär bis zu 100%⁹, krankschreiben lassen und sich der regelmässigen Betreuung einer Psychotherapeutin unterziehen musste. Bis zum jetzigen Zeitpunkt ist es ihr nicht möglich ein volles Arbeitspensum wahrzunehmen. Somit ist die subjektive Betroffenheit der Beschwerdeführerin eine unbestreitbare Tatsache. Dem Personalverantwortlichen und anschliessend der Geschäftsleitung der Beschwerdegegnerin wurden die Vorfälle von der Beschwerdeführerin zur Kenntnis gebracht. In diesem Zeitpunkt unterliessen diese jedoch jegliche Tätigkeit und reagierten mit unangebrachter Verzögerung. Ihre einzige Massnahme bestand darin, ein Gespräch mit den Betroffenen anzubieten, welches unter den vorliegenden Umständen in keinsten Weise als ausreichende Massnahme qualifiziert werden kann.

Gemäss diesen Ausführungen hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf Schadenersatz und Genugtuung. Diese Forderungen rechtfertigen sich durch die offenbar nicht oder nicht ausreichend vorhandenen präventiven Massnahmen, sowie durch das ungenügende Verhalten der Beschwerdegegnerin, nachdem sie über das Vorgefallene in Kenntnis gesetzt wurde. Aufgrund ihrer zu langsamen und ineffizienten Reaktion kann dementsprechend ein erhöhter Anspruch geltend gemacht werden.

10.5. Sexuelle Belästigung

Die Rechtsprechung versteht unter sexueller Belästigung "das Verhalten des Vorgesetzten oder des Mitarbeiters, der seine Position oder seinen Einfluss im Betrieb dazu benutzt, eine im Betrieb angestellte oder Arbeit suchende Person gleich welchen Geschlechts mit unsittlichen Anspielungen, Gesten, Vorzeigen pornographischer Bilder oder Objekte und ähnlichem Verhalten

⁷ WENNUBST GABRIELLA (Fn. 6), S. 110 ff.; RESCH MARTIN, in: Arbeitsplatzkonflikte, Betriebliche Mobbing-Prävention, Gegenwärtiger Stand und Perspektiven, Frankfurt am Main 2003, S. 119 ff.; WYLER RÉMY, Droit du travail, 2. Auflage, Bern 2008, S. 323 ff.

⁸ Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 98 (2002), S. 448 ff.; JAR 2008, S. 223 ff.

⁹ Urteil des BGer vom 22.01.2008 (4C.74/2007) E. 5.

zu konfrontieren, mit dem Ziel, von der belästigten Person die Duldung oder Vornahme sexueller Handlungen zu erlangen, wobei ihr direkt oder stillschweigend klargemacht wird, dass davon entscheidend Unterzeichnung, Inhalt, Anwendung oder Weiterführung des Arbeitsvertrages abhängt [oder mit dem Ziel] das bestehende oder zukünftige Arbeitsklima zu vergiften."¹⁰

Wie oben dargelegt, beinhaltet die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers von Art. 328 OR auch den Schutz vor sexueller Belästigung. Die gesetzliche Grundlage der sexuellen Belästigung findet sich jedoch in Art. 4 GIG (Diskriminierung durch sexuelle Belästigung), welche eine *lex specialis* zu Art. 328 OR darstellt. Art. 4 GIG bezeichnet "jedes belästigende Verhalten sexueller Natur oder ein anderes Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit, das die Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz beeinträchtigt" als sexuelle Diskriminierung. Diese Definition beinhaltet alle unangebrachten sexuellen Verhaltensweisen, also auch diejenigen, die ein feindseliges Arbeitsklima schaffen. Diese Art von geschlechterbezogener Diskriminierung gilt als besonders entwürdigend und wird darum nicht allgemein in Art. 3 GIG (Diskriminierungsverbot) berücksichtigt.¹¹

Die sexuelle Belästigung lässt sich durch eine Persönlichkeitsverletzung, einen Machtfaktor und eine sexuelle Komponente charakterisieren. Das Merkmal der Persönlichkeitsverletzung beinhaltet einen Angriff auf die sexuelle Freiheit und Würde des Opfers. Das Recht der sexuellen Freiheit ist ein absolutes Recht und schützt insbesondere das Recht auf absoluten Respekt der Intimsphäre sowie respektvolles Verhalten hinsichtlich der affektiven und sexuellen Gefühle und Haltungen des Opfers. Typischerweise kennt die sexuelle Belästigung zwei Formen: die "quid-pro-quo"-Belästigung und die Belästigung als Ausdruck feindseliger Arbeitsatmosphäre. Die "quid-pro-quo"-Belästigung bezieht sich in erster Linie auf das Hierarchieverhältnis innerhalb eines Unternehmens; der Täter droht entweder mit ernstlichen Nachteilen oder verspricht berufliche Vorteile als Gegenleistung für die Befriedigung seiner sexuellen Begehren. Zu Beginn fiel nur diese Form unter sexuelle Belästigung, mit der Zeit distanzierte sich die Praxis jedoch von dieser zu engen Auslegung und anerkannte auch die Belästigung als Ausdruck feindseliger Arbeitsatmosphäre als sexuelle Belästigung. Nach dieser Form wird bereits sexuelle Belästigung angenommen, wenn eine feindselige Arbeitsatmosphäre entstanden ist. Durch unerwünschte Annäherung, Zudringlichkeiten, Drohung, etc. des Täters entsteht ein feindseliges Arbeitsklima und/oder eines, welches der Leistungsfähigkeit des Opfers schadet. Bereits die subjektive Auffassung des Opfers, dass ein solches Arbeitsklima bestehe, reicht aus, um von sexueller Belästigung auszugehen.

¹⁰ JAR 1992, S. 166.

¹¹ JAR 2008, S. 152 ff.

Art. 4 GlG beinhaltet, nach einheitlicher Meinung des Gesetzgebers und der Praxis, einerseits das Verbot der Diskriminierung und andererseits die Verpflichtung, präventive Massnahmen zu ergreifen. Der Arbeitgeber kann seine diesbezügliche Fürsorgepflicht auf verschiedene Art und Weise wahrnehmen; namentlich kann er Beratungsstellen schaffen, eigene Reglemente und Weisungen erarbeiten, betriebsinterne Schulungen und Weiterbildungen durchführen oder Vertrauenspersonen bestimmen. Der Schweizerische Arbeitgeberverband gibt zu diesem Thema die wichtigsten Punkte bekannt: Information der Mitarbeitenden, was unter sexueller Belästigung zu verstehen ist; Grundsatzklärung, dass sexuelle Belästigung im Betrieb nicht geduldet wird; Ansprechpersonen, an die sich betroffene Mitarbeiter wenden können.¹² Der Arbeitgeber muss demnach Vorkehrungen treffen, damit es gar nicht zu einem Klima kommen kann, welches sexuelle Belästigungen zulässt. Kommt es dennoch dazu, muss er intervenieren und sofortige Konsequenzen ziehen. Diese können von einem schriftlichen Verweis bis zur fristlosen Entlassung des Täters alles beinhalten. Es spielt indessen keine Rolle, ob die sexuelle Belästigung vom Arbeitgeber ausging oder von einem Dritten; in jedem Fall ist der Arbeitgeber direkt verantwortlich. Zudem ist es unerheblich, ob er von den Vorfällen gewusst hat oder hätte wissen müssen. Die einzige Möglichkeit für den Arbeitgeber, sich der Verantwortung zu entziehen, besteht darin, zu beweisen, dass er alle ihm zumutbaren, geeigneten Präventionsmassnahmen unternommen hat.¹³

10.6. In casu

Diesen Ausführungen zufolge ist das Verhalten von Beat Z. als sexuelle Belästigung zu qualifizieren. Erstmals wurde der Tatbestand der sexuellen Belästigung durch anzügliche Sprüche bei einem Mittagessen mit anderen Mitarbeitern erfüllt. Diesen folgten verschiedene unerwünschte Annäherungen, wie beispielsweise ein Klaps auf den Po. Die Situation eskalierte endgültig mit dem Übergriff im Lift, bei dem Beat Z. der Beschwerdeführerin drohte, wenn sie sich ihm in die Quere stelle, werde er sie fertigmachen, ausser sie erfülle seine sexuellen Begehren. Es gelang der Beschwerdeführerin sich von Beat Z. loszureissen und zu fliehen. Durch diese Vorfälle fühlte sich die Beschwerdeführerin zunehmendem Druck und einem feindseligen Arbeitsklima ausgesetzt, welches erhebliche Leistungseinbussen, hinsichtlich der Arbeitsqualität und des möglichen

¹² Schweizerischer Arbeitgeberverband, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz: Impulse zur Prävention; Urteil des BGer vom 05.02.2007 (4C.289/2008).

¹³ Leitfaden der Schweizerischen Eidgenossenschaft (EDI, EBG, EVD, SECO) für Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen zur sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz; KAUFMANN CLAUDIA, Kommentar zu Art. 4 GlG, in: KAUFMANN CLAUDIA/ STEIGER-SACKMANN SABINE [Hrsg.], Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 2009, S. 122 ff.; WYLER RÉMY (Fn. 7), S. 316 ff, 714 ff.

Arbeitspensums zur Folge hatte. Trotz des Wissens um die Vorfälle, hat die Beschwerdegegnerin keine ausreichenden beziehungsweise gar keine Massnahmen ergriffen. Sie hat Beat Z. gegenüber keinerlei Konsequenzen gezogen, ihn nicht einmal schriftlich verwarnt, geschweige denn weitere Schritte gegen ihn unternommen, was nach Art. 4 GIG ihre Pflicht gewesen wäre. Ein solches Vorgehen wäre ihr auch durchaus zumutbar gewesen, zumal eine sexuelle Belästigung Grund für eine fristlose Entlassung sein kann. Aufgrund der Tatsache, dass es überhaupt zu solchen sexuellen Belästigungen kommen konnte, ist davon auszugehen, dass selbst die Präventionsmassnahmen keineswegs ausreichend waren. Somit entfällt auch jegliche Erbringung eines möglichen Entlastungsbeweises.

Die Beschwerdeführerin hat demnach Anspruch auf Entschädigung nach Art. 5 Abs. 3 GIG, welche auf der Basis eines schweizerischen Durchschnittslohns berechnet wird. Aufgrund der Tatsache, dass es sich im vorliegenden Fall um sexuelle Belästigung handelt, ist die Entschädigung eine Sanktion mit strafrechtlichem Charakter. Demzufolge hat die Beschwerdeführerin zusätzlich zu dieser Entschädigung Anspruch auf eine Genugtuung.¹⁴

11. Missbräuchliche Kündigung

11.1. Im Allgemeinen

Die angefochtenen Punkte des Urteils vom 15. September 2009¹⁵ lassen sich, neben der Fürsorgepflichtverletzung der Beschwerdegegnerin, des Weiteren durch die missbräuchliche Kündigung seitens der Beschwerdegegnerin begründen.

Die missbräuchliche Kündigung wird in Art. 336 – 336b OR geregelt, welche unter den Randtitel Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Art. 334 ff. OR) fallen. In Art. 336 OR wird der Grundsatz des Schutzes gegen missbräuchliche Kündigung behandelt, Art. 336a OR beinhaltet die verschiedenen Sanktionen und Art. 336b OR legt das Verfahren fest.

Eine missbräuchliche Kündigung liegt vor, wenn sie aus unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, welche in Art. 336 OR aufgezählt werden. Diese Liste legt nach Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts nur den Grundsatz des Rechtsmissbrauchs hinsichtlich einer Kündigung fest und ist demnach nicht abschliessend. Als missbräuchlich werden unter anderem Fälle, in denen eine Kündigung zur Beendigung eines Konflikts ausgesprochen wurde, qualifiziert. Diese Fälle werden typischerweise mit missbräuchlicher Kündigung in Verbindung gebracht, wenn eine Fürsorgepflichtverletzung nach Art. 328 OR seitens des Arbeitgebers vorliegt. Weiter fallen

¹⁴ Schweizerisches Arbeitsrecht (SARB), Rechtsprechung 2001, S. 1375 ff.; BGE 126 III 395 (397 f.) E. 7b.

¹⁵ s. Punkt 9.

unter missbräuchliche Kündigung Fälle, in denen Mobbing ursächlich für eine die Entlassung begründende Leistungseinbusse waren, oder solche, in denen der Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit eines Opfers sexueller Belästigung zu verantworten hat.¹⁶

Gemäss Rechtsprechung muss zwischen dem widerrechtlichen Kündigungsgrund und der Kündigung ein Kausalzusammenhang bestehen, wobei der widerrechtliche Kündigungsgrund eine wichtige Rolle spielen muss. Es obliegt der gekündigten Partei die Missbräuchlichkeit zu beweisen; sie muss demnach der kündigenden Partei ein rechtsmissbräuchliches Motiv nachweisen können. Es genügt jedoch, wenn die Missbräuchlichkeit der Kündigung als wahrscheinlich angenommen werden kann. Es wird hier von einer Tatsachenvermutung ausgegangen, welche aber nicht zur Beweislastumkehr führt, sondern lediglich eine Beweiserleichterung darstellt.¹⁷

Nach Art. 336a OR hat die Partei, der missbräuchlich gekündigt wurde, Anspruch auf Entschädigung von der kündigenden Partei. Abs. 2 präzisiert, dass diese Entschädigung vom Richter, unter Würdigung aller Umstände, festgesetzt wird. Gemäss Rechtsprechung enthält diese Entschädigung einerseits eine Strafzahlung und andererseits wird durch diese Zahlung die seelische Unbill der gekündigten Partei abgegolten; es handelt sich demnach um eine Entschädigung sui generis. Der Anspruch auf Entschädigung besteht unabhängig davon, ob die gekündigte Partei einen Schaden erlitten hat und ob diese einen Nachteil beweisen konnte.¹⁸

Wer eine solche geltend machen will, muss nach Art. 336b OR bis spätestens zum Ende der Kündigungsfrist schriftlich Einsprache erheben. Inhaltlich dürfen an diese Einsprache keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Sie muss weder begründet werden, noch muss darauf hingewiesen werden, dass sie als missbräuchlich angesehen wird. Es muss lediglich ersichtlich sein, dass die gekündigte Partei mit der Kündigung nicht einverstanden ist.¹⁹ Kommt es nach einer gültigen Einsprache nicht zu einer Einigung zwischen den Parteien, hat die gekündigte Partei eine Verwirkungsfrist von 180 Tagen, um mittels Klage ihre Ansprüche geltend zu machen (Art. 336b Abs. 2 OR).

¹⁶ BGE 125 III 70 (71 ff.) E. 2; 132 III 115 (166 ff.) E. 2; Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (ARV) 2002, S. 17 ff.; JAR 1992, S. 166 ff.; PORTMANN WOLFGANG, BSK zu Art. 336 (Fn. 1), N 24; JAR 2007, S. 219 ff.; STREIFF ULLIN/ VON KAENEL ADRIAN (Fn. 1), S. 672, N 3.

¹⁷ Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung (FZR) 1998, S. 70; SCHWAIBOLD MATTHIAS, Kommentar zu Art. 336 OR, in: HONSELL HEINRICH, Kurzkommentar OR, Basel 2008, S. 1256 f.; Recueil de Jurisprudence Neuchâteloise (RJN) 2002, S. 113 ff.

¹⁸ BGE 123 III 391 ff. E. 3; BGE 123 V 5 (6 ff.) E. 2; BRUNNER CHRISTIANE/ BÜHLER JEAN-MICHEL/ WAEBER JEAN-BERNARD/ BRUCHEZ CHRISTIAN, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht (AVR), Basel 2005: ad Art. 336a OR, S. 241 ff.; STREIFF ULLIN/ VON KAENEL ADRIAN (Fn. 1), S. 700 f., N 2.

¹⁹ BGE 123 III 246 (252 f.) E. 4c; JAR 2003, S. 293 ff.

11.2. In casu

Wie bereits ausgeführt, liegt im konkreten Fall eine Fürsorgepflichtverletzung seitens der Beschwerdegegnerin nach Art. 328 OR vor, welche, nach Art. 336 OR, die ausgesprochene Kündigung per Ende Dezember als missbräuchlich qualifiziert. Dies insbesondere darum, weil die Kündigung lediglich als Konfliktbeendigung zwischen der Beschwerdeführerin und dem Mitarbeiter Beat Z. diene. Das Verhalten der Beschwerdegegnerin zeigt die Fürsorgepflichtverletzung eindeutig auf; im Wesentlichen reagierte sie nicht, beziehungsweise viel zu spät, auf die Anliegen der Beschwerdeführerin. Sie liess bereits bis zur ersten Besprechung mit Beat Z. zwei volle Wochen vergehen, um anschliessend noch einmal zwei Wochen zu warten, bis sie ein Gespräch "am runden Tisch" mit allen Beteiligten vorschlug. Dieses Gespräch wurde jedoch in einer Zeit angesetzt, in der es der Beschwerdeführerin unter keinen Umständen zuzumuten war, direkt mit den Vorfällen und ihrem Peiniger konfrontiert zu werden. Hinzu kommt, dass von der Geschäftsleitung erheblicher Druck auf die Beschwerdeführerin ausgeübt wurde, damit sie Strafanzeige erstattet. Dies, obwohl es nicht tolerierbar sein kann, eine Strafanzeige als Voraussetzung für das Ergreifen von Massnahmen zu verlangen. Es wurden keine anschliessenden Versuche zur Konfliktbeendigung unternommen und auch keine Schutzmassnahmen ergriffen, die weitere Vorfälle hätten verhindern können. Stattdessen sprach die Beschwerdegegnerin die Kündigung mit sofortiger Freistellung aus. Mit der Kündigung erhielt die Beschwerdeführerin ein absolut untolerierbares Arbeitszeugnis, in welchem das Verhalten der Gekündigten ihren Mitarbeitern gegenüber als nicht zufriedenstellend bezeichnet wurde. Der Zweck eines Arbeitszeugnisses sollte, nach Art. 330a OR, in der Förderung der wirtschaftlichen Zukunft, sowie der Erleichterung einer Stellensuche liegen.²⁰ Das ausgestellte Arbeitszeugnis erfüllt in keinsten Weise den vorgesehenen Zweck und hätte für die Beschwerdeführerin ernstliche wirtschaftliche Nachteile zur Folge haben können, hätte sie nicht die Berichtigung bei der Schlichtungsstelle beziehungsweise beim Bezirksgericht beantragt. Die Beschwerdegegnerin kam ihrer Pflicht, ein korrektes und seinen Zweck erfüllendes Arbeitszeugnis auszustellen, erst auf gerichtliche Anordnung hin nach. Die Tatsache, dass sie, entgegen ihrer Pflicht aus Art. 328 OR, überhaupt keine Massnahmen ergriffen hat²¹, der absolut ungeeignete und ungenügende Versuch den Konflikt zu entschärfen, sowie die Ausstellung eines inhaltlich absolut nicht korrekten Arbeitszeugnisses, zeigen deutlich, dass die Beschwerdegegnerin die beiden Kontrahenten einzig so schnell wie möglich los werden wollte, um jeden weiteren Aufwand umgehen zu können.

Neben der soeben begründeten Fürsorgepflichtverletzung der Beschwerdegegnerin im Allgemeinen wird ihr zusätzlich vorgeworfen, ein Betriebsklima zugelassen zu haben, welches die sexuellen

²⁰ BGE 107 IV 35 (39) E. 3.

²¹ ARV 2002, S. 20.

Belästigungen von Beat Z. ermöglichte. Aus Art. 4 GIG ergibt sich die Pflicht für Arbeitgeber, sexueller Belästigung vorzubeugen und, sollte es trotzdem zu solchen Vorfällen kommen, sofort und angemessen zu reagieren. In casu fehlen jegliche Schutzmassnahmen, die geeignet wären sexueller Belästigung Einhalt zu gewähren. Zudem wurden offensichtlich keine Präventionsmassnahmen ergriffen. Letzteres wird deutlich, da im Lift ein unbestreitbarer Übergriff ohne Weiteres stattfinden konnte und dies kein Einzelfall blieb. Diese Ausführungen zeigen klar, dass die Beschwerdegegnerin es unterlässt, ihrer Fürsorgepflicht nachzukommen und sich durch Aussprechung der Kündigung des Problems entledigen will.

Zusätzlich lässt sich die ausgesprochene Kündigung als missbräuchlich qualifizieren, wenn sie aufgrund einer Leistungseinbusse, die auf Mobbing zurückzuführen ist, ausgesprochen wird. Im konkreten Fall kam es zu verschiedenen Ereignissen, die, wie bereits ausgeführt, unter das Phänomen Mobbing fallen. Insbesondere die Verheimlichung einer sehr wichtigen Teamleitersitzung durch Beat Z. führte bei der Beschwerdeführerin zu zunehmender Unsicherheit. Hinzu kam einerseits ihr Gefühl, unter ständiger Beobachtung zu stehen, wodurch sie erheblichem Druck ausgesetzt wurde und andererseits wurde sie vermehrt als Burnout-Opfer bezeichnet, was zur Folge hatte, dass sie in den Augen ihrer Arbeitskollegen in einem sehr schlechten Licht stand. Die daraus entstandenen Belastungen führten zu teilweiser, beziehungsweise vollständiger Arbeitsunfähigkeit der Beschwerdeführerin. Diese unverschuldete Leistungseinbusse darf keinen Einfluss auf das künftige Arbeitsverhältnis haben, vor allem deshalb, weil diese eindeutig auf die fehlende Fürsorge der Beschwerdegegnerin zurückzuführen ist. Neben dem nicht vorhandenen Willen der Beschwerdegegnerin, den bestehenden Konflikt in angebrachter Art und Weise zu beseitigen, hat die der Beschwerdeführerin nicht vorwerfbare Leistungseinbusse die Entscheidung zur Kündigung wesentlich beschleunigt, was nach Art. 336 OR als rechtsmissbräuchlich gilt.²²

Die Feststellung des Bezirksgerichts, der Anspruch aus missbräuchlicher Kündigung sei verwirkt, wurde vom Obergericht richtigerweise korrigiert. Es qualifizierte die Klage der Beschwerdeführerin, welche sie innert Kündigungsfrist bei der Schlichtungsstelle eingereicht hat, als eine Einsprache im Sinne von Art. 336b OR. Diese Klage zeigt ausdrücklich, dass die Beschwerdeführerin mit der ausgesprochenen Kündigung per Ende Dezember nicht einverstanden war. Die fristgerecht eingereichte Einsprache erfüllt die Voraussetzungen, die aus Art. 336b OR abzuleiten sind. Sie hat demnach, gemäss Art. 336a OR, Anspruch auf Entschädigung. Diese setzt sich zusammen aus einer Strafzahlung, die das dem Arbeitnehmer durch die ausgesprochene missbräuchliche Kündigung zugefügte Unrecht kompensieren soll. Zudem wird die erlittene seelische Unbill, des in seiner Persönlichkeit verletzten Arbeitnehmers, entschädigt. Die

²² BGE 125 III 70 ff.

Festsetzung der Entschädigung beruht auf der Würdigung der gesamten Umstände²³; gemäss Rechtsprechung wird kein Schaden vorausgesetzt, damit eine Entschädigung geschuldet ist.²⁴ Liegt aber ein Schaden vor, muss dieser entsprechend mitberücksichtigt werden. Im vorliegenden Fall entstand der Beschwerdeführerin insofern ein Schaden, als ihr die Chance auf den Posten in der Geschäftsleitung und somit die Möglichkeit eines höheren Lohnes, durch die Kündigung verwehrt blieb. Aufgrund der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin als klare Favoritin für diesen Posten galt, lässt sich schliessen, dass sie mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Stelle hätte antreten können. Dafür spricht die ernsthafte Aussage des Patrons, die Beschwerdeführerin sei seine Favoritin. Diese Äusserung erfolgte im Kreise der Geschäftsleitung, wurde also nicht bloss nebenbei erwähnt, was dieser Aussage eindeutig zusätzliche Bedeutung zumisst. Hinzu kommt, dass diese "inoffizielle Vorentscheidung" vom Patron selbst, welcher schlussendlich über die Besetzung des Postens entscheidet, ausging. Eine solche Ausgangslage wird von der mehrheitlichen Lehre als entgangene Chance qualifiziert und unter den Schadensbegriff im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR subsumiert.²⁵ Nach LOSER knüpft die Theorie der entgangenen Chance daran an, "dass man die unsichere Verursachung nicht als Frage des Kausalzusammenhangs, sondern des Schadenbegriffs auffasst, indem eine neue Schadensart, das Risiko eines Vermögensverlustes, geschaffen wird."²⁶ Demnach stellt sich die Frage des Kausalzusammenhangs in casu nicht. Der Aspekt der entgangenen Chance muss in der Festsetzung der aufgrund der missbräuchlichen Kündigung geschuldeten Entschädigung mitberücksichtigt werden.

²³ STREIFF ULLIN/ VON KAENEL ADRIAN (Fn. 1), S. 701 ff., N 3: Bei der Festsetzung der Höhe der Entschädigung können namentlich der Grad des Missbrauchs, die Dauer der Anstellung und deren Verlauf, die Umstände und die soziale Lage des Arbeitnehmers eine Rolle spielen.

²⁴ BGE 123 III 391 (392 ff.) E. 3; 123 V 5 (7 ff.) E. 2a.

²⁵ MÜLLER CHRISTOPH, La perte d'une chance, Dissertation der Universität Neuenburg, Bern 2002, S. 238 ff.; BGE 133 III 462 (467) E. 3.2. Ausser diesem Entscheid findet sich keine namhafte Rechtsprechung zu diesem Thema; wobei noch anzumerken ist, dass der erwähnte BGE sich lediglich mit dem Willkürverbot befasst hat und demnach gar nicht wirklich auf die Problematik der entgangenen Chance eingegangen worden ist.

²⁶ Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1994, S. 957 ff. Gleicher Meinung auch MÜLLER (Fn. 25): "La perte d'une chance est une catégorie de préjudice réparable, parfaitement distincte du concept du lien de causalité qui ne sert qu'à donner la mesure du dommage réparable, quelle que soit la catégorie à laquelle ce dommage appartient."

12. Kumulation der Entschädigungen

Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin, wie bereits ausgeführt, Anspruch auf Entschädigung aus verschiedenen Rechtstiteln: einerseits aus Fürsorgepflichtverletzung nach Art. 328 OR und andererseits aus missbräuchlicher Kündigung nach Art. 336a OR. Besagter Artikel enthält in Abs. 2 die Bestimmung, dass die Entschädigung sechs Monatslöhne grundsätzlich nicht überschreiten darf, vorbehalten bleiben aber Schadenersatzansprüche aus anderen Rechtstiteln. Die Kumulation der Ansprüche aus Art. 328 OR beziehungsweise Art. 5 Abs. 3 GIG und 336a OR wird nach Rechtsprechung jedoch nur zugelassen, wenn entweder eine so schwerwiegende Verletzung vorliegt, dass eine Entschädigung in der Höhe von sechs Monatslöhnen nicht ausreicht, oder die Ansprüche aus Art. 328 OR beziehungsweise Art. 5 Abs. 3 GIG in keinem Zusammenhang mit der Kündigung stehen.²⁷

In casu sind die Ansprüche aus der Fürsorgepflichtverletzung der Beschwerdegegnerin nach Art. 328 OR unabhängig von der missbräuchlichen Kündigung geschuldet. Die Beschwerdegegnerin hat während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ihre Fürsorgepflicht verletzt, indem sie keine Massnahmen ergriffen hat, um die Beschwerdeführerin ausreichend vor Übergriffen, sexueller Belästigung und Mobbing zu schützen. Daraus folgt, dass selbst bei Weiterführung des Arbeitsverhältnisses eine Entschädigung und Genugtuung aus Art. 328 OR geschuldet gewesen wäre. Die Ansprüche aus Diskriminierung durch sexuelle Belästigung nach Art. 5 Abs. 3 GIG sind gleich zu behandeln wie diejenigen aus Art. 328 OR. Demnach müssen all diese Ansprüche kumulativ in der von der Beschwerdegegnerin geschuldeten Entschädigung enthalten sein.

13. Schlussbemerkungen

Die Ausführungen zeigen deutlich auf, dass die Beschwerdegegnerin ihre Fürsorgepflicht aus Art. 328 OR in verschiedenster Weise verletzt hat. Sie hat absolut nichts unternommen, um Mobbing und sexueller Belästigung vorzubeugen. Sie setzte dadurch ihre Mitarbeiter der Gefahr aus, Opfer eines feindseligen Arbeitsklimas zu werden. Infolge der fehlenden Präventionsmassnahmen kam es zu untolerierbaren Mobbing- und Belästigungsvorfällen. Sie hat nicht, beziehungsweise zu spät, auf die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten ernstzunehmenden Anliegen hinsichtlich dieser Vorfälle reagiert und auch keine Massnahmen gegenüber Beat Z. ergriffen.

²⁷ JAR 2004, S. 331 ff.; SARB (Fn. 14), Rechtsprechung 1999, S. 511 ff.; JAR 1998, S. 201 ff.; AVR: ad Art. 336a OR (Fn. 17), S. 243 f.; STREIFF ULLIN/ VON KAENEL ADRIAN, S. 708 f., N 8 (Fn. 1).

Die ausgesprochene Kündigung der Beschwerdegegnerin ist als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR anzusehen. Dies, weil sie einerseits als Folge der nichtverschuldeten Leistungseinbusse, welche auf die pflichtwidrig nicht verhinderten Mobbing-Vorfälle zurückzuführen ist, und andererseits als einfaches Mittel zur Konfliktbeseitigung ausgesprochen worden ist.

Da die Fürsorgepflichtverletzung nach Art. 328 OR, die grundsätzlich durch eine Entschädigung abgegolten werden muss, unabhängig von der missbräuchlichen Kündigung nach Art. 336 OR besteht, hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf Entschädigung aus beiden Rechtstiteln. Die Gesamtentschädigung²⁸ in der Höhe von CHF 55'000 zuzüglich Zinsen muss, da verschiedene Ansprüche geltend gemacht werden können, als angemessen betrachtet werden.

Gestützt auf die vorangehenden Ausführungen sind die eingangs gestellten Rechtsbegehren hinreichend begründet und es wird höflich um Gutheissung ersucht.

* * * * *

Namens der Beschwerdeführerin

Team 1

²⁸ Es darf davon ausgegangen werden, dass allein die Genugtuung einen Betrag zwischen CHF 15'000 und CHF 20'000 ausmachen kann. RJN (Fn. 17) 2003, S. 176; JAR 1998, S. 154.