

Überblick über die Rechtsprechung zur sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz



Dr. iur. KARINE LEMPEN,
Universität Genf, Eidg.
Büro für die Gleichstel-
lung, Bern

Übersetzung von
MAJA WUERTH-NEUKOMM,
AS Asset Services SA,
Auvornier NE

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Definition
 - I. Sexuell oder aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit
 - 1. Sexuell
 - 2. Aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit
 - II. Belästigend
 - 1. Durchschnittsempfinden einer Person gleichen Geschlechts
 - 2. Unabhängig vom Arbeitsumfeld?
 - III. Fazit
- C. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers
 - I. Pflicht zur Prävention
 - II. Pflicht zur Beseitigung der sexuellen Belästigung
 - III. Ist die fristlose Entlassung des Täters gerechtfertigt?
 - IV. Fazit
- D. Entschädigung für sexuelle Belästigung, Schadenersatz und Genugtuung
 - I. Schadenersatz und Genugtuung
 - II. Entschädigung für sexuelle Belästigung
 - III. Kumulation von Genugtuung und Entschädigung für sexuelle Belästigung
 - IV. Fazit
- E. Schlusswort

A. Einleitung

Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über die in den letzten fünfzehn Jahren in der Schweiz ergangene Rechtsprechung zur sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz. Es interessiert insbesondere die Art und Weise, wie die Gerichte die Bestimmungen des Gleichstellungsgesetzes zur Definition der sexuellen Belästigung und zum Umfang der Pflicht des Arbeitgebers in diesem Bereich ausgelegt haben. Ebenfalls betrachtet wird die Frage der Kumulation von Entschädigungen für sexuelle Belästigung und Genugtuung. Die Weise, wie die Gerichte in diesem Bereich die

allgemeine Beweislastregel gemäss Art. 8 ZGB anwenden, ist nicht Gegenstand dieses Artikels¹, obwohl sie zu einem grossen Teil dem oft negativen Ausgang von Prozessen zur sexuellen Belästigung² zugrunde liegt.

B. Definition

Bevor das Gleichstellungsgesetz in Kraft trat, gab es in der Schweiz keine Legaldefinition für sexuelle Belästigung. Um diese Lücke zu schliessen, hat das Tribunal des prud'hommes Genf diese seit Anfang der neunziger Jahre definiert als eine Handlung, begangen durch Personen, welche in ihrer Position als Arbeitgeber, Vorgesetzter oder Mitarbeiter ihre Position oder ihren Einfluss im Betrieb benutzen, um eine im Betrieb angestellte oder Arbeit suchende Person gleich welchen Geschlechts mit anzüglichen Bemerkungen, unsittlichen Anspielungen, Bildern, Objekten, Gesten oder deplaziertem Verhalten zu belästigen a) mit dem direkten oder indirekten Ziel, von der belästigten Person die *Duldung oder Vornahme sexueller Handlungen* zu erlangen, indem sie ihr explizit oder stillschweigend zu verstehen geben, dass deren Duldung oder Verweigerung ein entscheidendes Kriterium für den Abschluss, den Vertragsinhalt, die Arbeitsbedingungen oder die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses darstellen könnte oder wird, oder b) mit dem Ziel oder dem Ergebnis, das bestehende oder zukünftige *Arbeitsklima zu vergiften*³. Diese Definition, welche die in den Vereinigten Staaten gemachte Unterscheidung zwischen sexueller Erpressung (*quid pro quo*) und der Schaffung einer feindseligen Arbeitsatmosphäre aufnimmt, ist

- 1 Wie die Gerichte die im Rahmen eines Prozesses über sexuelle Belästigung vorgebrachten Beweise würdigen, wird hingegen in meiner Dissertation behandelt, auf welche ich mir hier zu verweisen erlaube: KARINE LEMPEN, *Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur. Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne*, Genf 2006.
- 2 Die Analyse der Gerichtspraxis im Rahmen der Evaluation des Gleichstellungsgesetzes zeigt, dass die fehlende Beweislastleichterung im Bereich der sexuellen Belästigung namentlich zur Folge hat, dass die in diesem Gebiet ergangenen Urteile generell mehr zuungunsten der Arbeitnehmerinnen ausfallen als Urteile über andere Arten sexueller Diskriminierung: HEIDI STUTZ/MARIANNE SCHÄR MOSER/ELISABETH FREIVOGEL, *Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Synthesebericht*, Bern 2005, 108.
- 3 Tribunal des prud'hommes Genf, 21. November 1991, JAR 1992 166, 168.

von mehreren Gerichten, darunter dem Arbeitsgericht Zürich⁴, übernommen worden.

In seiner Botschaft vom 24. Februar 1993 zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann hielt der Bundesrat fest, dass sexuelle Belästigung verschiedene Formen annehmen kann: sexistische Sprüche, anzügliche und peinliche Bemerkungen, Vorzeigen oder Benutzen von pornographischem Material, Berührungsversuche, die mit dem Versprechen von Vorteilen oder der Androhung von Nachteilen verbunden sind, sexuelle Übergriffe und im Extremfall sogar Vergewaltigung oder körperliche Gewalt. "Es sind dies sexuelle Handlungen, denen die betroffene Person gegen ihren Willen ausgesetzt ist."⁵

Seit 1996 untersagt das Gleichstellungsgesetz (GIG) ausdrücklich jede Diskriminierung durch sexuelle Belästigung. Artikel 4 umschreibt sexuelle Belästigung als "jedes belästigende Verhalten sexueller Natur oder ein anderes Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit, das die Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz beeinträchtigt. Darunter fallen insbesondere Drohungen, das Versprechen von Vorteilen, das Auferlegen von Zwang und das Ausüben von Druck zum Erlangen eines Entgegenkommens sexueller Art". Die in den letzten Jahren ergangene Rechtsprechung zur sexuellen Belästigung hat diese Definition noch präzisiert. Besonders die Ausdrücke "sexueller Natur oder ein anderes Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit" und "belästigendes Verhalten" haben Anlass zu verschiedenen gerichtlichen Auslegungen gegeben.

I. Sexuell oder aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit

Im Fall einer Polizeiangestellten, welche von ihrem Vorgesetzten gemobbt und sexuell belästigt wurde, hat das Verwaltungsgericht Zürich in seinem Entscheid vom 8. Februar 2006 in Erinnerung gerufen, dass sexuelle Belästigung nicht nur als Persönlichkeitsverletzung, sondern auch als Diskriminierung im Sinne des Gleichstellungsgesetzes qualifiziert werden müsse⁶. Die Aufzählung der Beispiele in Artikel 4 dieses Gesetzes ist nicht abschliessend⁷, und das Arbeitsgericht Zürich unterstreicht in seinem berühmten Entscheid vom 30. September 1998, dass die Absicht, ein Entgegenkommen sexueller Natur zu erlangen, keine Voraussetzung dafür sei, dass ein Verhalten unter diese Bestimmung fällt⁸. Unter Bezugnahme auf KAUFMANN ergänzt das Gericht, dass eine Persönlichkeitsverletzung mit sexuellem Inhalt oder zumindest mit einer sexuellen Komponente⁹ genüge.

1. Sexuell

Ob ein sexueller Aspekt vorliegt, muss aus dem Kontext des konkreten Falls beurteilt werden¹⁰. So dürfte ein Kommentar über die Oberschenkel einer Frau in der Regel einen sexuellen Aspekt aufweisen. Wenn jedoch ein Bodybuilder eine solche Bemerkung zu seiner Sportgenossin macht, ist dies gemäss dem Arbeitsgericht Zürich nicht der Fall. Die Frage

"haben Sie ein schönes Wochenende verbracht?" ist für sich allein betrachtet weit weg von einer sexuellen Belästigung, nicht jedoch, wenn die Frage von einem verführerischen Augenzwinkern begleitet ist¹¹. Im gleichen Sinne hat das Arbeitsgericht Unterrheintal entschieden, dass einzelne Bemerkungen über die Frisur oder die Kleidung nicht eine sexuelle Belästigung darstellen, dass aber, wenn diese Bemerkungen von Durch-die-Haare-Fahren oder Knuffen begleitet sind, eine solche vorliegt¹². Der Vorschlag, gemeinsam eine neue Bettgarnitur auszuprobieren, hat einen klar sexuellen Charakter, eine Bemerkung dagegen, dass die Klägerin nie Miniröcke trage, ist gemäss dem Bezirksgericht Arlesheim ohne sexuelle Natur und kann demzufolge keine sexuelle Belästigung darstellen¹³. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich schliesslich hat bezüglich dem Inhalt eines E-Mails anerkannt, dass die Frage "*Könntest du ev. Frau A. 'befriedigen'????*" eine deutliche sexuelle Anspielung enthält, die durch die Anführungs- und Schlusszeichen sowie die vielen Fragezeichen noch hervorgehoben wird¹⁴.

2. Aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit

Die Vielfalt dieser Rechtsprechung zeigt, wie schwierig die Auslegung des Begriffs "sexueller Natur" in Art. 4 GIG in der Praxis ist. Aus diesem Grund setzt ein Teil der Lehre den Akzent vermehrt auf die zweite Voraussetzung in dieser Bestimmung, "ein Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit". Verhaltensweisen, welche gewöhnlich nicht als sexuell bezeichnet werden, aber nichtsdestotrotz die

4 Vgl. beispielsweise das Urteil vom 27. Juni 1995, ZR 97 (1998) 190–191, welches sich ebenfalls auf die früher ergangene Genfer Rechtsprechung zur sexuellen Belästigung bezieht: JAR 1989 170, 1990 183.

5 BBl 1993 1304.

6 Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 8. Februar 2006, PB.2004.00085, Erw. 6.2.

7 Was namentlich CLAUDIA KAUFMANN, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 1997, Art. 4 N 65, 70, hervorhebt.

8 Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998, ZR 99 (2000) 257, 282–283.

9 Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998 (FN 8), 283, welches sich auf KAUFMANN (FN 7), Art. 4 N 17, bezieht.

10 Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998 (FN 8), 283.

11 Idem (FN 10).

12 Arbeitsgericht Unterrheintal, 12. März 2001, JAR 2002 342, 351–352.

13 Bezirksgericht Arlesheim, 21. Januar 1999, 22–99/0041, Erw. 6.b.

14 Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 7. Januar 2004, PB.2003.00022, Erw. 7.2.2., 7.2.3., welches die Frage offen lässt, ob bei einer einzelnen sexuellen Anspielung dieser Art eine sexuelle Belästigung im Sinne von Art. 4 GIG anzunehmen ist, und auf KAUFMANN (FN 7), Art. 4 N 59, verweist, wonach ausgeschlossen ist, dass die Wiederholung von Handlungen eine Voraussetzung für die Schaffung einer feindseligen Arbeitsatmosphäre bildet.

Würde eines Geschlechts am Arbeitsplatz beeinträchtigen, müssen folglich in der Definition der sexuellen Belästigung eingeschlossen sein¹⁵.

Zugunsten dieser Lösung hat sich auch das Kantonsgericht Waadt am 19. Januar 2000 ausgesprochen¹⁶. Bei diesem Urteil ging es um den Wirt einer Kneipe, der seine Serviertochter mit "Schlampe, Drecksau, Hure" beschimpfte und von den Frauen generell sagte, sie seien "alle Schlampen". Bei der Frage, ob solche Äusserungen eine sexuelle Belästigung darstellten, haben sich die Waadtländer Richter von der durch KAUFMANN¹⁷ vorgeschlagenen Auslegung distanziert, wonach der Begriff "ein anderes Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit" keine eigenständige Bedeutung hat, und sich der Auffassung von KLETT¹⁸ angeschlossen, gemäss welcher ein Verhalten, mit dem eine Arbeiterin oder ein Arbeiter aufgrund ihres Geschlechts herabgesetzt werden, das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 4 GIG verletzt¹⁹. Nach einem Verweis auf die im europäischen Recht anwendbaren Grundsätze²⁰, auf die Botschaft des Bundesrates²¹ und die schweizerische Rechtsprechung zur sexuellen Belästigung²² befand das Gericht, dass die obenerwähnten Äusserungen im gängigen Sinne des Wortes keine sexuelle Belästigung darstellten, jedoch trotzdem einen sexistischen Charakter hätten, weshalb sie unter die zweite Voraussetzung von Art. 4 GIG fielen. Solche regelmässig vor der Kundschaft und dem Personal gemachte Äusserungen konnten von der Beschwerdeführerin nur als schwerer Angriff auf ihre Würde empfunden werden, wodurch das Arbeitsklima für sie sehr unangenehm wurde²³.

Am 6. April 2001 hat das Bundesgericht die Berufung gegen diesen waadtländischen Entscheid abgewiesen²⁴. Es verweist auf seine Rechtsprechung vom 4. Juli 2000, wonach sexistische Sprüche sowie anzügliche und peinliche Bemerkungen unter den Begriff der sexuellen Belästigung fallen²⁵. In diesem Entscheid ging es um die Klage einer Unternehmensberaterin, deren Direktor eines Tages ins Sekretariat trat und ausrief "alles Schlampen" und der sie in Gegenwart einer anderen Angestellten gefragt hatte, ob sie lesbisch sei. Es wird festgehalten, dass, obwohl sich die in Art. 4 GIG aufgeführten Beispiele einzig auf Fälle von Machtmissbrauch beziehen, die Definition andere Handlungen nicht ausschliesse, welche die Würde des Arbeitnehmenden beeinträchtigen, dabei aber nicht von einem Machtmissbrauch herrühren, sondern dazu beitragen, dass das Arbeitsklima feindselig wird, beispielsweise durch anstössige Witze²⁶. Die Tatsache, dass die Klägerin denselben Wortschatz verwendet hat, darf für den Arbeitgeber keine Begründung sein, sexistische, anzügliche oder peinliche Bemerkungen zuzulassen, insbesondere nicht bei einem Vorgesetzten, dessen Verhalten auf dasjenige seiner Untergebenen abfärben kann²⁷. Das Bundesgericht macht aber einen Vorbehalt für den Fall, dass eine solche Ausdrucksweise in einem a priori privaten Kontext verwendet wird, wie beispielsweise bei E-Mails unter Arbeitskollegen²⁸. In einem Urteil vom 22. Mai 2006 präzisiert das Bundesgericht, dass einzig aufgrund der Tatsache, dass die Klägerin mit ihrem Vornamen oder anderen Bezeichnungen wie "meine Klei-

ne" oder "meine Grosse" angesprochen wurde, nicht auf eine sexuelle Belästigung geschlossen werden darf²⁹.

II. Belästigend

Sexuelle Belästigung im Sinne von Art. 4 GIG charakterisiert sich insbesondere durch die Tatsache, dass das Verhalten für die betroffene Person unerwünscht ist. Die Absicht des Täters ist dabei nicht entscheidend³⁰. Gemäss Arbeitsgericht Zürich muss der Täter weder das Ziel im Auge haben, das Arbeitsverhältnis zu vergiften, noch muss er das Ergeb-

-
- 15 Vgl. beispielsweise SUSAN EMMENEGGER, *Feministische Kritik des Vertragsrechts*, Freiburg 1999, 182–186; THOMAS GEISER, *Rechtsfragen der sexuellen Belästigung*, ZBJV 2001, 429 ff., 432–433. MONIQUE COSSALI SAUVIN (*Gleichstellung von Frau und Mann: Bundesgesetz vom 24. März 1995*, SJK 1997 Karte 544) erläutert, dass das systematische Kritisieren der Arbeit einer Person im Zusammenhang mit ihrer Geschlechtszugehörigkeit Bestandteil des Begriffes der sexuellen Belästigung ist.
 - 16 Tribunal cantonal Waadt, 19. Januar 2000.
 - 17 KAUFMANN (FN 7), Art. 4 N 52.
 - 18 KATHRIN KLETT, *Das Gleichstellungsgesetz*, ZBl 98 (1997) 49, 57.
 - 19 Kantonsgericht Waadt (FN 16), Erw. 3.a. Die Richter haben ebenfalls Bezug auf die weite Auslegung von Art. 4 GIG nach CATHERINE JACCOTTET TISSOT (*Harcèlement sexuel et loi sur l'égalité*, plädoyer 1999 50, 51) genommen, welche Mobbing und sexuelle Belästigung in dem Sinne unterscheidet, dass es bei letzterer um die sexuelle Identität der Person geht.
 - 20 Der Entscheid verweist namentlich auf die durch die Kommission der Europäischen Gemeinschaften festgelegte Definition in einer Empfehlung vom 27. November 1991 (Amtsblatt L 049, 24/2/1992).
 - 21 BBl 1993 1304.
 - 22 Tribunal des prud'hommes Genf, 21. November 1991 (FN 3); Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998 (FN 8).
 - 23 Kantonsgericht Waadt, 19. Januar 2000 (FN 16), Erw. 3.c.
 - 24 Bundesgericht, 6. April 2001, 4C.187/2000.
 - 25 Bundesgericht, 4. Juli 2000, BGE 126 III 395, Erw. 7.b.bb.
 - 26 Bundesgericht, 4. Juli 2000 (FN 25), Erw. 7.b.bb., in welcher Bezug genommen wird auf MONIQUE COSSALI SAUVIN, *La loi sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995*, in: GABRIEL AUBERT (Hrsg.), *Journée 1995 de droit du travail et de sécurité sociale*, Zürich 1999, 57 ff., 68 und auf KAUFMANN (FN 7), Art. 4 N 17 ff.
 - 27 Bundesgericht, 4. Juli 2000 (FN 25), Erw. 7.d.
 - 28 Bundesgericht, 22. Mai 2006, 4C.60/2006, Erw. 3.1., in welcher auf den Entscheid vom 4. Juli 2000 (FN 25), Erw. 7.d., verwiesen wird.
 - 29 Bundesgericht, 22. Mai 2006 (FN 28), Erw. 3.3, mit Verweis auf einen Entscheid vom 12. Oktober 2004, JAR 2005 280.
 - 30 NICOLE VÖGELI, *Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis*, Zürich 1996, 54, 58; KAUFMANN (FN 7), Art. 4 N 55, 58. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich bezieht sich auf diese zwei Autorinnen und unterstreicht, dass eine Diskriminierungsabsicht nicht erforderlich ist. Urteil vom 7. Januar 2004 (FN 14), Erw. 7.2.1.

nis voraussehen³¹. Anders verhält es sich im Strafrecht, wo das Bundesgericht beispielsweise entschieden hat, dass das Absenden eines pornographischen E-Mails nicht strafbar ist, wenn sein Verfasser keine sexuelle Belästigung wollte³².

1. Durchschnittsempfinden einer Person gleichen Geschlechts

Angeregt durch die amerikanische Rechtsprechung anfangs der neunziger Jahre³³ sind die schweizerischen Gerichte im Allgemeinen der Auffassung, dass der belästigende Charakter einer Handlung unter Berücksichtigung des "Durchschnittsempfindens einer weiblichen Person" festgestellt werden muss³⁴. Gemäss einer Entscheidung des *Chambre d'appel des prud'hommes Genf* soll auf das Empfinden einer "personne raisonnable du même sexe" in einer gleichen Situation Bezug genommen werden³⁵.

Das Arbeitsgericht Zürich fügt hinzu, dass die subjektive Empfindlichkeit des Opfers keine Rolle spielen darf. Gemäss den Zürcher Richtern ist das Verhalten eines *Maître d'hôtel*, der einer Angestellten quer durch das ganze Restaurant "Hoi Schätzeli" ruft, mit ihr ausgehen will, seine Hand auf ihr Knie legt und an ihrer Bluse zieht, um in den Ausschnitt zu schauen, als sexuelle Belästigung zu würdigen, selbst wenn die Angestellte selber das nicht so empfindet³⁶. Eine solche Auslegung steht jedoch im Widerspruch zur Mehrheit der Lehre, nach welcher nicht nur dem objektiven Standpunkt der "reasonable woman" oder der "reasonable person" Rechnung getragen werden muss, sondern ebenfalls dem subjektiven Empfinden des Opfers unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles³⁷.

2. Unabhängig vom Arbeitsumfeld?

Es gibt in der Rechtsprechung keinen Konsens zur in der Lehre³⁸ umstrittenen Frage, ob die am Arbeitsplatz gewöhnlich herrschende Stimmung für die Feststellung einer sexuellen Belästigung in Betracht gezogen werden soll oder nicht.

Das Arbeitsgericht Zürich hat entschieden, dass die Frage, ob eine Handlung einen belästigenden Charakter hat, im Lichte des Arbeitsumfeldes beantwortet werden muss. Unter Bezugnahme auf *VÖGELI* hebt das Gericht hervor, dass auf einer Baustelle anders gesprochen wird als in einer Bank³⁹. Im Falle einer Sportjournalistin, welche sich unter anderem über die von ihren männlichen Kollegen ihr gegenüber verwendete Sprache beschwerte, hat das Tribunal des *prud'hommes Genf* ihren Anspruch auf Genugtuung insbesondere mit der Begründung abgewiesen, dass eine familiäre oder sogar grobe Ausdrucksweise in einer auf Sportinformationen spezialisierten Presseagentur gang und gäbe sei⁴⁰.

Die Eidgenössische Personalrekurskommission hatte die Beschwerde eines Militäroberkrankenpflegers zu behandeln, welcher insbesondere dafür belangt worden war, dass er einer ihm unterstellten Militärkrankenpflegerin männ-

liche Nacktphotos in einem Bravo-Heft gezeigt hatte. Sie befand, dass das Argument, wonach es schwer vorstellbar sei, dass ein für Jugendliche zwischen 12 und 18 Jahren bestimmtes Heft eine erwachsene und erst noch im Medizinbereich tätige Frau schockieren könne, von wenig Einsicht in die Überlegungen, die dem Verbot der sexuellen Belästigung zugrunde liegen, zeuge. "Zwar trifft es zu, dass die Zeitschrift Bravo für eine jugendliche Leserschaft produziert wird und ihr Inhalt eine angehende Militärkrankenpflegerin nicht schockieren wird. Es trifft auch zu, dass für Sanitätspersonen nackte Menschen etwas Alltägliches sind. Das ändert aber nichts daran, dass der Beschwerdeführer wusste oder zumindest wissen musste, dass es für die

31 Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998 (FN 8), 282–283.

32 Gemäss den Bundesrichtern: "Der Kläger hätte zwar (...) voraussehen können, dass das E-Mail unter Umständen (...) automatisch an Dritte weitergeleitet werden könnte, die durch den pornographischen Inhalt des E-Mails belästigt werden könnten, doch ist ihm dieses Wissen höchstens als Fahrlässigkeit anzurechnen, welche nicht strafbar ist." Urteil vom 30. Juli 2003, 4C.109/2003, Erw. 2.2.1. Zur sexuellen Belästigung im Strafrecht: KATHRIN KUMMER, Sexuelle Belästigung aus strafrechtlicher Sicht, Bern 2002.

33 *Ellison v. Brady*, 924 F.2d. 872 (9th Cir. 1991), *Harris v. Forklift*, 510 U.S. 17 (1993).

34 Beispielsweise Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998 (FN 8), 283; Bezirksgericht Arlesheim, 21. Januar 1999 (FN 13), Erw. 6.a.; Bezirksgericht Schwyz, 6. November 2000, JAR 2002 303, 304. Das Zürcher Urteil verweist auf *VÖGELI* (FN 30), 53.

35 *Chambre d'appel des prud'hommes Genf*, 7. Oktober 2002, C/32729/1998 – 5, Erw. 3.a., worin Bezug genommen wird auf *KAUFMANN* (FN 7), Art. 4 N 24.

36 Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998 (FN 8), 283, mit Verweis auf *VÖGELI* (FN 30), 53. In einem Entscheid vom 27. Juni 1995 (FN 4) erklärt das Gericht unter Bezugnahme auf ein Urteil des Bundesgerichts zum Schutz der Persönlichkeit (BGE 105 II 163): "Die Schwere der Belästigung und deren objektive Erfüllung ist jedoch unabhängig vom subjektiven Empfinden der Betroffenen (...)." »

37 *KAUFMANN* (FN 7), Art. 4 N 24, *JACOTTET TISSOT* (FN 19), 51, *AUDREY LEUBA*, Harcèlement sexuel: Plaidoyer pour une application raisonnable de la loi, in: *Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach*, Basel 2000, 125 ff., 138–142.

38 Zum Gegenstand dieser Kontroverse vgl. *EMMENEGGER* (FN 15), 173–174. Die Autorin stellt ein persönlichkeitschutzorientiertes Konzept, wonach dem Zusammenhang, in welchem sich ein Vorfall ereignet, Rechnung getragen werden soll, einer gleichstellungsorientierten Konzeption gegenüber, welche die Umgestaltung der sozialen Wirklichkeit anstrebt.

39 Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998 (FN 8), 283. Diese Argumentation ist namentlich vom Bezirksgericht Arlesheim, 21. Januar 1999 (FN 13), Erw. 6.a, übernommen worden.

40 Tribunal des *prud'hommes Genf*, 20. Januar 2003, C/6724/2002 – 5, Erw. 8.b. Urteil bestätigt durch *Chambre d'appel* am 2. Oktober 2003, anschliessend durch das Bundesgericht am 12. Oktober 2004, JAR 2005, 280.

ihm unterstellte Militärkrankenpflegerin unerwünscht war, von ihrem Vorgesetzten auf männliche Nacktphotos in einer für Jugendliche in der Pubertätszeit bestimmten Zeitschrift hingewiesen zu werden⁴¹. Den Beschwerdeführer entlastete dabei nicht, dass er bisher nur unter Männern gearbeitet und sich seine ihm unterstellte Mitarbeiterin bis dahin nie über die Stimmung an ihrem Arbeitsplatz beklagt hatte. Von einem Vorgesetzten sei ohne Weiteres zu erwarten, dass er sich auch in für ihn neuen Situationen gegenüber den ihm unterstellten Personen höflich und taktvoll benehme⁴². "Es obliegt nicht der Mitarbeiterin, sich Verhaltensweisen anzupassen, die diesen Massstäben nicht entsprechen". Es verhalte sich auch nicht so, dass der Beschwerdeführer die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens nicht hätte erkennen können, habe er doch seine Mitarbeiterin darauf hingewiesen, dass sie sich an die Männerwelt gewöhnen müsse, die sie selber gewählt habe⁴³.

Im weiter oben erwähnten Rechtsstreit der Serviertochter einer Quartierbeiz gegen ihren Patron hat das Kantonsgericht Waadt ebenfalls entschieden, dass die für die Kneipe, in welcher die Klägerin arbeitete, typische grobe Atmosphäre die ihr geltenden Schimpfreden nicht rechtfertigten⁴⁴. Das durch den Patron mittels einer Beschwerde angerufene Bundesgericht hat die Argumentation, wonach die Serviertochter, indem sie bereit war, in einer Quartierbeiz zu arbeiten, sich mit den durch ihren Patron zugefügten Verletzungen einverstanden erklärt hatte⁴⁵, verworfen.

III. Fazit

Die schweizerischen Gerichte subsumieren nicht nur die sexuelle Erpressung, sondern auch das Schaffen eines feindseligen Arbeitsumfeldes unter den Begriff der sexuellen Belästigung. Besonders das Bundesgericht hat mehrere Urteile gefällt, in welchen es in Erinnerung ruft, dass sexistische Sprüche oder anzügliche oder peinliche Bemerkungen, welche die Würde eines Geschlechts am Arbeitsplatz beeinträchtigen, unter die Definition der sexuellen Belästigung im Sinne von Art. 4 GIG fallen. Zur Beurteilung, ob ein Verhalten unpassend ist, ziehen die Gerichte als Kriterium im Allgemeinen das Empfinden einer "reasonable person" gleichen Geschlechts unter den gleichen Umständen bei. Eine Absicht des Täters, sexuelle Handlungen zu erlangen oder das Arbeitsverhältnis zu vergiften, ist nicht erforderlich. Die Frage, ob die gewöhnlich in einem Arbeitsumfeld herrschende Atmosphäre bei der Bestimmung des belästigenden Charakters berücksichtigt werden muss, ist nicht klar entschieden.

C. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

Das Diskriminierungsverbot in Art. 4 GIG richtet sich einzig an die Arbeitgeber. Die in dieser Bestimmung geforderte Fürsorgepflicht entspricht derjenigen von Art. 328 OR⁴⁶. Gemäss diesem Artikel hat sich der Arbeitgeber nicht nur jedes Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte seiner Mitarbei-

tenden zu enthalten, sondern diese auch gegen Eingriffe von Vorgesetzten, Arbeitskollegen oder Dritten zu schützen⁴⁷. Konnte eine sexuelle Belästigung nachgewiesen werden, ist es am Arbeitgeber zu beweisen, "dass er Massnahmen getroffen hat, die zur Verhinderung sexueller Belästigung nach der Erfahrung notwendig und angemessen sind und die ihm billigerweise zugemutet werden können"⁴⁸. Da im Gesetz die zu ergreifenden Massnahmen nicht konkretisiert sind, muss jeder Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Situation des Betriebs beurteilt werden⁴⁹.

I. Pflicht zur Prävention

Im Fall einer Hausangestellten, welche behauptete, vom Ehemann ihrer Arbeitgeberin belästigt worden zu sein, entschied das Obergericht des Kantons Basel-Landschaft, dass man von einer privaten Arbeitgeberin nicht erwarten kann, dass sie vergleichbare Präventivmassnahmen ergreift, wie sie von einer grossen Firma getroffen werden sollten, beispielsweise die Schaffung einer Ansprechstelle im Unternehmen, das Verteilen von Aufklärungsschriften oder die Androhung von betriebsinternen Sanktionen. Das Gericht schloss, dass der Arbeitgeberin, die nie auf das Verhalten ihres Ehemannes aufmerksam gemacht worden war, der Entlastungsbeweis nach Art. 5 Abs. 3 GIG gelungen wäre, wenn die sexuelle Belästigung hätte nachgewiesen werden können⁵⁰.

Der Entlastungsbeweis nach Art. 5 Abs. 3 GIG wurde auch in einem Urteil des Chambre d'appel des prud'hommes Genf vom 3. März 2005 zugelassen. Nachdem das Gericht festgestellt hatte, dass der Arbeitgeber, ein Kioskbesitzer, hinreichend Massnahmen ergriffen hatte, um einen Fall von

41 Entscheid vom 11. September 1996, PRK 24/1995, Erw. 5.c.

42 Wie es im seinerzeit in Kraft stehenden Art. 24 des Beamtengesetzes vom 30. Juni 1927 verlangt wurde.

43 Entscheid vom 11. September 1996 (FN 41), Erw. 6.c.aa.

44 Kantonsgericht Waadt, 19. Januar 2000, (FN 16), Erw. 4.

45 Bundesgericht, 6. April 2001 (FN 24), Erw. 5. Das Gericht fügt hinzu, dass die kurze Dauer des Arbeitsverhältnisses zeigt, dass die Klägerin die ihr vom Arbeitgeber aufgezwungene Atmosphäre nicht akzeptierte.

46 LUZIUS MADER, Das Gleichstellungsgesetz – Entstehung, Ziele und Instrumente, in: IVO SCHWANDER, RENÉ SCHAFFHAUSER (Hrsg.), Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, St. Gallen 1996, 9 ff., 30; KAUFMANN (FN 7), Art. 4 N 47.

47 Wie das Bundesgericht in einem Entscheid vom 8. Februar 2006, BGE 132 III 257, Erw. 5, in Erinnerung ruft.

48 Art. 5 Abs. 3 GIG.

49 EDI CLASS, RAINER MÖSSINGER, Die Rechte der Frau im Arbeitsverhältnis, Zürich 1996, 26; KAUFMANN (FN 7), Art. 4 N 45; GEISER (FN 15), 445.

50 Obergericht des Kantons Basel-Landschaft, 10. April 2001, 42-00/1087 (A 281), Erw. 3b, in welcher auf MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 1997, Art. 5 N 37 ff., verwiesen wird.

sexueller Belästigung, über welchen er informiert worden war, zu beenden, stellte es sich die Frage, ob der Arbeitgeber auch im Allgemeinen ausreichende Präventivmassnahmen gegen sexuelle Belästigung getroffen hatte. Die Genfer Richter haben dies bejaht, und zwar insbesondere, weil der für die Angestellten der fraglichen Firma geltende Gesamtarbeitsvertrag vorsieht, dass Fälle von sexueller Belästigung entweder dem Arbeitgeber oder der paritätischen Kommission gemeldet werden können. Das Gericht stellte fest, dass nur eine sehr allgemein gehaltene Information gegeben wurde. Es sei jedoch offenkundig, dass alle Angestellten den Personaldienst kennen würden. Deshalb hielt das Gericht fest, dass die Betroffene wusste bzw. wissen musste, dass sie im Falle eines Problems den Personaldienst kontaktieren konnte. Die Tatsache, dass der Arbeitgeber keine spezifische Information zur sexuellen Belästigung abgegeben hatte, wurde ihm nicht zu seinem Nachteil ausgelegt⁵¹.

Einige Monate später scheint jedoch das *Chambre d'appel des prud'hommes Genf* seine Anforderungen an die von einem Arbeitgeber zur Verhinderung von sexueller Belästigung zu ergreifenden Massnahmen verschärft zu haben. In einem Urteil vom 20. Oktober 2005 entschied das Gericht, dass der Arbeitgeber sich im konkreten Fall nicht seiner Verantwortung entziehen konnte, indem er sich auf die seinem Personal im Zeitpunkt der Anstellung abgegebene Dokumentation berief, welche das Vorgehen im Falle von sexueller Belästigung oder Mobbing beschrieb. Diese Dokumentation sei sehr theoretisch und scheine vor allem angesichts der Art und Weise, wie sie initiiert und verbreitet worden ist, für die Mitarbeiter mangels regelmässiger Hinweise, mangels Information und mangels konkreter Handlungsanweisungen tot Buchstabe geblieben zu sein. Mit anderen Worten genügte diese Dokumentation für die Erreichung des angestrebten Ziels nicht⁵².

Dieses zweite Urteil lässt sich mit dem schon ausgiebig zitierten Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich vom 30. September 1998 vergleichen. Gemäss dem Zürcher Gericht hat ein Arbeitgeber, der das Thema sexuelle Belästigung lediglich kurz in einer Kadersitzung zur Sprache brachte, ohne sein Personal zu informieren, dass ein solches Verhalten nicht toleriert würde, nicht diejenigen Präventivmassnahmen getroffen, die sachlich von ihm hätten erwartet werden können. In der Kadersitzung hatte die Hoteldirektion gewiss erklärt, dass inkorrektes Verhalten wie sexuelle Belästigung oder das Nichteinhalten der Arbeitszeiten der Personalabteilung gemeldet werden müssen. Es wurde aber mit keinem Wort auf die zivilrechtlichen und strafrechtlichen Konsequenzen einer sexuellen Belästigung hingewiesen. Vor allem aber erfolgte keine Weisung an das Personal, ein solches Verhalten nicht zu tolerieren bzw. selbst zu unterlassen⁵³. Das Vorhandensein einer internen Ansprechstelle für das Personal kann nicht genügen, um den Arbeitgeber zu entlasten. Denn dem Personal muss auch bewusst sein, dass diese Ansprechstelle gerade auch für solche heiklen Probleme wie sexuelle Belästigung da ist. Die Angestellten werden aber nur dann den Eindruck haben, über sexuelle Belästigung sprechen zu können, wenn ihnen bekannt ist,

wie sich der Arbeitgeber zu diesem Thema stellt. Der Arbeitgeber kann sich nicht darauf berufen, dass er nicht über die sexuelle Belästigung informiert worden sei, wenn er die präventiven Massnahmen, die eben gerade ein solches Verhalten verhindert hätten, nicht getroffen hat⁵⁴.

II. Pflicht zur Beseitigung der sexuellen Belästigung

Das Studium der in den letzten Jahren ergangenen Rechtsprechung zeigt mehrere Fälle, bei welchen die vom Arbeitgeber nach einer sexuellen Belästigung getroffenen Massnahmen als ungenügend oder ungeeignet beurteilt worden sind. Zur Veranschaulichung werden zwei Entscheide des Bundesgerichts aufgeführt. Im ersten Entscheid vom 4. Juli 2000 hat das Gericht die Reaktion des Arbeitgebers, der sich auf die Ankündigung beschränkt hatte, dass er die Direktion, die aber selber ebenfalls Objekt von Anschuldigungen seitens der Klägerin war, mit einer Untersuchung betrauen würde, als ungeeignet beurteilt⁵⁵. Im zweiten Urteil vom 8. Januar 1999 hat das Bundesgericht entschieden, dass der Arbeitgeber hätte eingreifen müssen, um das Treiben seines Direktors zu beenden, statt die Klägerin zu einer Diskussion mit ihrem Vorgesetzten anzuhalten, der ihr wenige Tage später kündigte⁵⁶.

Im weiter oben erwähnten Urteil vom 3. März 2005 dagegen hat das *Chambre d'appel des prud'hommes Genf* entschieden, dass der Arbeitgeber die notwendigen Massnahmen zur Beseitigung der sexuellen Belästigung einer Verkäuferin durch den Verantwortlichen eines seiner Kioske getroffen hatte. Das Gericht hebt hervor, dass der Arbeitgeber zuallererst die Verkäuferin angehört und Kenntnis von ihren Klagen genommen hat. Er hat sich um ihren Zustand gesorgt und ihr verschiedene Institutionen angegeben, die sie unterstützen und ihr behilflich sein konnten. Anschliessend hat er den Kioskverantwortlichen vorgeladen und ihn sogleich verwarnt und angeordnet, auf der Stelle mit seinem deplazierten Verhalten aufzuhören. Letzterer hat sich schriftlich bei der Verkäuferin entschuldigt. Es wurde eine interne Untersuchung durchgeführt. Der Arbeitgeber hat im Übrigen eine Mediation vorgeschlagen und sich bereit erklärt, sämtliche Kosten dafür zu übernehmen. Das *Chambre d'appel* hält fest, dass sich der Arbeitgeber gegenüber der Verkäuferin zugänglich und verständnisvoll gezeigt hat. Er hat mit der Arbeitsaufsichtsbehörde, bei welcher sich

51 *Chambre d'appel des prud'hommes Genf*, 3. März 2005, C/3842/2002 – 3, Erw. 6.

52 *Chambre d'appel des prud'hommes Genf*, 20. Oktober 2005, C/21343/2003 – 5, Erw. 3.

53 Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998 (FN 8) 293–294, Erw. 5a.

54 Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998 (FN 8), Erw. 5b.

55 Bundesgericht, 4. Juli 2000 (FN 25), 398–399.

56 Bundesgericht, 8. Januar 1999, SJ 1999 277, 281.

die Verkäuferin beschwert hatte, zusammengearbeitet. Schliesslich hat er den Kioskverantwortlichen in einen anderen Kiosk umgeteilt, sobald er Kenntnis hatte vom Urteil des Tribunal de police, welches diesen aufgrund des von ihm zugegebenen deplazierten Verhaltens gegenüber seiner Untergebenen verurteilt hatte. Zwischen der Aufdeckung der Tatsachen durch die Angestellte und der Versetzung des Täters sind mehr als ein Jahr vergangen, und es stellte sich die Frage, ob diese Versetzung sogleich, im Zeitpunkt der Klage, hätte vorgenommen werden müssen. Das Gericht erinnerte daran, dass es zu jenem Zeitpunkt am Arbeitgeber war, Massnahmen zur Beseitigung der sexuellen Belästigung zu treffen, und befand, dass sich eine Versetzung des Kioskverantwortlichen nicht aufdrängte, da die Verkäuferin krankgeschrieben war und nicht arbeitete. Im konkreten Fall stellte die Verwarnung zusammen mit der Anordnung die nach Art. 5 Abs. 3 GIG geforderte Massnahme zur Beseitigung der Belästigung dar⁵⁷.

III. Ist die fristlose Entlassung des Täters gerechtfertigt?

Schon bevor das Gleichstellungsgesetz in Kraft trat, hatte das Tribunal des prud'hommes Genf erklärt, dass sich ein Arbeitgeber gegebenenfalls fristlos von einem Arbeitnehmer trennen können müsse, sei dies ein Direktor, Vizedirektor oder Geschäftsführer, wenn dieser sexuell belästigt hat⁵⁸. Das Bezirksgericht Schwyz hat beispielsweise die fristlose Entlassung eines Angestellten, welcher an den Busen einer minderjährigen Lehrtochter gegriffen hatte, als gerechtfertigt betrachtet. Der Arbeitgeber konnte nicht einfach davon ausgehen, dass eine Wiederholung ausgeschlossen ist. Sonst hätte ihm gegebenenfalls eine schwere Verletzung seiner Fürsorgepflicht vorgeworfen werden können⁵⁹.

Gemäss dem Bundesgericht war die fristlose Kündigung eines Walliser Polizeibeamten, der eine Sekretärin sexuell belästigt hatte, weder willkürlich noch unverhältnismässig. Die Sekretärin hatte sich wiederholt über das Verhalten des Polizisten beschwert, welchem in der Folge der Zutritt zu ihrem Büro verboten wurde. Da die Probleme jedoch anhielten, beschloss die Gemeindebehörde, die beiden Parteien zu einem Gespräch mit einer auf Belästigungen spezialisierten Beraterin aufzubieten. Die Vermittlung zeitigte aber keinen Erfolg, und die Gemeindebehörde veranlasste eine Administrativuntersuchung. Der damit betraute ehemalige Strafuntersuchungsrichter schloss zusammenfassend, dass der Vorwurf der sexuellen Belästigung aufrechterhalten werden sollte. Nachdem der Polizist zweimal zu den Vorwürfen gegen ihn angehört worden war, beschloss die Gemeindebehörde dessen fristlose Entlassung. Die Belästigung stellte zwar den Hauptgrund für die Entlassung dar, die Gemeindebehörde hat aber zu Recht auch die Verwarnungen, welche dem Polizisten aufgrund der schlechten Arbeitsqualität ausgesprochen werden mussten, sowie sein generelles, einem Polizeibeamten unwürdiges Benehmen berücksichtigt. Mit der Auflösung des Dienstverhältnisses habe die Gemeindebehörde keine unverhältnismässige Massnahme getroffen,

sondern die unter diesen Umständen einzig mögliche Sanktion ausgesprochen⁶⁰.

Das Bundesgericht hat dagegen entschieden, dass das Versenden eines E-Mails mit pornographischem Inhalt nicht zwingend eine fristlose Kündigung ohne vorhergehende Verwarnung rechtfertigt. Im konkreten Fall war die Entlassung des Mitarbeiters kurz nach der Kündigung einer Arbeitnehmerin ausgesprochen worden, die es nicht mehr ertragen hatte, von ihren Arbeitskollegen E-Mails mit pornographischem Charakter zu erhalten. Die Direktion hatte als Reaktion darauf in einem Rundbrief nachdrücklich darauf hingewiesen, dass sexuelle Belästigungen im Betrieb nicht toleriert würden. Der entlassene Mitarbeiter war jedoch nicht an den Vorfällen beteiligt, welche den Grund für die obenerwähnte Kündigung darstellten. Sein einziges E-Mail war an einen externen Kollegen adressiert, der nichts dagegen einzuwenden hatte. Eine Verwarnung hätte deshalb genügt, um ihn von weiteren Belästigungen abzuhalten⁶¹. Das Bundesgericht hat ausserdem entschieden, dass ein einziger Fall von Exhibitionismus in einem Hotelzimmer während einer Geschäftsreise nicht genügend schwerwiegend war, um eine fristlose Entlassung des Mitarbeiters zu rechtfertigen, der in der Firma keine Kaderstellung innehatte⁶².

IV. Fazit

Die in den letzten Jahren zur sexuellen Belästigung ergangene Rechtsprechung zeigt, dass es kein Patentrezept gibt, dessen Umsetzung den Arbeitgeber im Sinne von Art. 5 Abs. 3 GIG automatisch entlasten würde. Die Gerichte prüfen bei jedem Fall neu, ob die unternommenen Schritte wirklich geeignet waren, um sexuelle Belästigung zu verhindern oder zu beseitigen. Die Ausarbeitung eines Reglements oder die Bezeichnung einer Ansprechperson sind nicht immer ausreichend. So muss das Personal das fragliche Reglement auch kennen und den Eindruck haben, sich an die bezeichnete Person wenden zu dürfen. Das Bundesgericht hat mehrfach in Erinnerung gerufen, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist einzuschreiten, um eine sexuelle Belästigung zu beenden. Die von ihm zu treffenden Massnahmen können in den schwersten Fällen bis zur fristlosen Entlassung des Täters gehen.

57 Chambre d'appel des prud'hommes Genf, 3. März 2005 (FN 51), Erw. 5.

58 Tribunal des prud'hommes Genf, 21. November 1991 (FN 3), 172.

59 Bezirksgericht Schwyz, 6. November 2000 (FN 34), 305.

60 Bundesgericht, 10. Februar 2004, 2P.19/2004, Erw. 2.

61 Bundesgericht, 30. Juli 2003 (FN 32).

62 Bundesgericht, 24. Juni 2004, 4C.100/2004, Erw. 3.2., welches seinen Entscheid insbesondere damit begründet, dass der Täter gehandelt hatte, als seine Arbeitspflichten beendet waren.

D. Entschädigung für sexuelle Belästigung, Schadenersatz und Genugtuung

I. Schadenersatz und Genugtuung

Der Arbeitgeber, der seine Fürsorgepflicht im Sinne von Art. 328 OR verletzt, hat gemäss Art. 97 ff. und 49 OR für den durch seine Nachlässigkeit verursachten materiellen und psychischen Schaden einzustehen. Auf der Basis von Art. 101 OR haftet er ebenfalls für den materiellen oder psychischen Schaden aus sexueller Belästigung, den seine Hilfspersonen verursacht haben⁶³. Mit Urteil vom 13. Oktober 2004 hat das Bundesgericht auf der Grundlage dieser Bestimmung beispielsweise eine Waadtländer Gemeinde für das Mobbing einer Sekretärin durch eine Hilfsperson zur Verantwortung gezogen. Nachdem es die Haftung der Gemeinde auf der Basis von Art. 101 OR bejaht hatte, befand das Gericht, dass es nicht mehr notwendig sei abzuklären, ob die Gemeinde auch eine Vertragsverletzung begangen habe, weil sie nicht alle notwendigen Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit ihrer Angestellten ergriffen hatte, als diese ihr die Situation zur Kenntnis gebracht hatte⁶⁴. Bei einer Bibliothekarin, welche sich insbesondere über sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz beschwerte, ruft das Bundesgericht in seinem Urteil vom 6. April 2005 in Erinnerung, dass Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer, welche Opfer einer gesetzeswidrigen Beeinträchtigung der Persönlichkeit durch ihren Arbeitgeber (Art. 328 OR) oder dessen Hilfspersonen werden, Genugtuung nach den Voraussetzungen von Art. 49 Abs. 1 OR fordern können. Im konkreten Fall hat das Gericht jedoch entschieden, dass die Verweigerung einer Genugtuung nicht im Widerspruch zu Art. 49 und 328 OR stand, da der Beweis für sexuelle Belästigung oder Mobbing nicht erbracht werden konnte⁶⁵.

II. Entschädigung für sexuelle Belästigung

Wenn es dem Arbeitgeber nicht gelingt zu beweisen, dass er die notwendigen Massnahmen getroffen hat, um sexuelle Belästigung zu verhindern oder zu beenden, kann er zur Zahlung einer Entschädigung auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 3 GIG verurteilt werden. Die Entschädigung wird unter Würdigung aller Umstände festgesetzt und auf der Grundlage des schweizerischen Durchschnittslohns errechnet. Art. 5 Abs. 4 GIG präzisiert, dass die Entschädigung den Betrag, der sechs Monatslöhnen entspricht, nicht übersteigen darf. In der Praxis liegen die aufgrund dieser Bestimmung zugesprochenen Beträge im Allgemeinen bei einem bis drei Monatslöhnen. Das Bezirksgericht Arlesheim hat beispielsweise einer Verkäuferin, welche sich über sexuelle Annäherungsversuche durch ihren Vorgesetzten beschwert hatte, eine Entschädigung in der Höhe eines Monatslohns zugesprochen. Da nur eine einzige deplazierte Äusserung seitens des Vorgesetzten nachgewiesen werden konnte, war eine Entschädigung in der von der Klägerin geforderten Höhe von sechs Monatslöhnen nicht gerechtfertigt⁶⁶.

III. Kumulation von Genugtuung und Entschädigung für sexuelle Belästigung

Das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 30. September 1998 soll nochmals zu Illustrationszwecken beigezogen werden. Das Gericht hat jeder der beiden Praktikantinnen (Klägerinnen) auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 3 GIG eine Entschädigung in der Höhe von drei Monatslöhnen (schweizerischer Durchschnittslohn) zugesprochen. Zusätzlich wurde den Klägerinnen eine Entschädigung in der Höhe von sechs Monatslöhnen für die fristlose Kündigung sowie eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 7000.– gewährt. Das Gericht erklärt, dass die durch den Arbeitgeber geschuldete Entschädigung infolge Verletzung der Fürsorgepflicht weder Schadenersatz- noch Genugtuungscharakter hat. Es wird keine materielle oder psychische Schädigung vorausgesetzt⁶⁷. "Die Entschädigung mangelnder Prävention im Sinne von Art. 5 Abs. 3 GIG stellt eine Bestrafung der Arbeitgeberin dar und ist unabhängig davon zuzusprechen, ob dem Opfer immaterielle Unbill widerfahren ist. Deren Höhe hat demzufolge bei der Bemessung der Genugtuung gleichfalls unberücksichtigt zu bleiben"⁶⁸.

Diese Lösung stimmt zwar mit der Mehrheit der Lehre überein⁶⁹, widerspricht aber der Praxis des Tribunal und des Chambre d'appel des prud'hommes Genf, welche mehrfach entschieden haben, dass die Entschädigung nach Art. 5 Abs. 3 GIG nicht mit der Genugtuung kumuliert wer-

63 Wie dies schon ein Urteil des Chambre d'appel des prud'hommes Genf zu sexueller Belästigung am 24. November 1989, JAR 1990, 183, 186 (FN 4) festgestellt hatte.

64 Bundesgericht, 13. Oktober 2004, 4C.343/2003, Erw. 4. Beim Entscheid der Frage, ob der Kantonsbeamte, der eine durch die Gemeinde angestellte Sekretärin belästigt hatte, als Hilfsperson der Gemeinde betrachtet werden konnte, hat das Gericht bejahend geantwortet, und zwar mit der Begründung, dass dem Beamten durch die Gemeinde zumindest stillschweigend die Erfüllung der Arbeitgeberpflichten aus Art. 328 OR hinsichtlich des Sekretariatspersonals übertragen worden war.

65 Bundesgericht, 6. April 2005, 4C.473/2004, Erw. 8, welche sich auf BGE 125 III 70, einem Fall von Mobbing, bezieht, wonach der Arbeitgeber auf der Grundlage von Art. 101 OR für Beeinträchtigungen der Persönlichkeit durch seine Mitarbeiter einstehen muss.

66 Bezirksgericht Arlesheim, 21. Januar 1999 (FN 13), Erw. 6 c.

67 Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998 (FN 8), 295, mit Verweis auf CLAUDIA KAUFMANN, Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, in: IVO SCHWANDER, RENÉ SCHAFFHAUSER (FN 46), 59 ff., 72.

68 Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998 (FN 8), 299.

69 Vgl. beispielsweise VÖGELI (FN 30), 46; KLETT (FN 18), 58–59; BIGLER-EGGENBERGER (FN 50), Art. 5 N 21, 43, 64, 74, 78; FELIX DASSER, Punitive damages: Vom "fremden Fötzel" zum "Miteidgenoss"?, SJZ 96 (2000) 106–107.

den kann⁷⁰. Die Genfer Richter verweisen auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 4. Juli 2000, welches sich jedoch nicht wirklich zu dieser Frage äussert⁷¹. Das Urteil bezieht sich insbesondere auf die Auffassung von COSSALI SAUVIN und hält fest, dass das GIG eine *lex specialis* zu den Bestimmungen des Obligationenrechts darstelle, und insofern der Ersatz für denselben Schaden in beiden Gesetzen vorgesehen sei, der Arbeitnehmer nur Anspruch auf eine einzige Entschädigung für die gleiche Beeinträchtigung habe⁷².

COSSALI SAUVIN schliesst also eine Kumulation der Entschädigung für missbräuchliche Kündigung gemäss Art. 336a OR und der Entschädigung für diskriminierende Kündigung aufgrund von Art. 5 Abs. 2 GIG mit der Begründung aus, dass die beiden Sanktionen dieselbe Funktion hätten. Hingegen ist COSSALI SAUVIN der Auffassung, dass Schadenersatz und Genugtuung zur Entschädigung nach Art. 5 Abs. 3 GIG hinzukommen können, da jede Sanktion eine andere Funktion habe⁷³. Das Bundesgericht erklärt weiter, dass das Gleichstellungsgesetz in Art. 5 Abs. 3 einen zusätzlichen Rechtsanspruch einführe, welcher es dem Richter erlaube, unabhängig vom erlittenen Schaden den Arbeitgeber zur Zahlung einer Entschädigung an den Arbeitnehmer zu verurteilen⁷⁴. Zu Unrecht also stützen sich die Genfer Gerichte auf den Bundesgerichtsentscheid vom 4. Juli 2000, um eine immerhin ausdrücklich in Art. 5 Abs. 5 GIG vorgesehene Kumulation der Entschädigung aufgrund der Verletzung der Fürsorgepflicht durch den Arbeitgeber (Art. 5 Abs. 3 GIG) und der Genugtuung für sexuelle Belästigung (Art. 49 OR) auszuschliessen.

Kürzlich hätte das Bundesgericht die Gelegenheit gehabt, klar Stellung zur Möglichkeit einer solchen Kumulation zu nehmen, wenn die Beschwerdeführerin, welche wegen sexueller Belästigung und Mobbing durch den Direktor der Schule, in welcher sie arbeitete, gegen den Kanton Wallis klagte, es nicht versäumt hätte, Antrag auf Zahlung einer Entschädigung nach Art. 5 Abs. 3 GIG zu stellen. Da sich die Lehrerin überdies auf keinen anderen aus Art. 5 GIG ableitbaren Anspruch berief, entschied das Bundesgericht, dass die Beschwerde einzig auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 5 GIG, welcher Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung vorbehält, geprüft werden müsse⁷⁵.

IV. Fazit

Obwohl das Gleichstellungsgesetz die Möglichkeit für belästigte Personen einführt, zusätzlich zum Ersatz des erlittenen materiellen und ideellen Schadens (Art. 5 Abs. 5) die Zahlung einer speziellen Entschädigung, welche den Arbeitgeber für seine Verletzung der Fürsorgepflicht (Art. 5 Abs. 3) bestraft, zu erlangen, sind die Entscheide zu einer solchen Kumulation noch selten. Die Schwierigkeit, eine sexuelle Belästigung und den daraus entstandenen Schaden zu beweisen, vermag zu einem Teil die geringe Zahl von Entscheiden, welche den Arbeitgeber zur Zahlung einer Entschädigung für sexuelle Belästigung und Genugtuung verurteilen, zu erklären. Die Tatsache, dass die verschiedenen aus Art. 5 GIG ableitbaren Ansprüche gewissen kan-

tonalen Gerichten noch zu wenig bekannt sind, trägt sicher auch dazu bei.

E. Schlusswort

Abgesehen von der Lohndiskriminierung ist die sexuelle Belästigung derjenige Typ von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geworden, auf welchen man sich vor den schweizerischen Gerichten am häufigsten beruft⁷⁶. Besonders im Kanton Genf machen immer mehr Frauen geltend, am Arbeitsplatz nicht nur gemobbt, sondern auch sexuell belästigt zu werden. Obschon mehrere Entscheide darauf hinweisen, dass sexistische oder peinliche Bemerkungen, welche die Würde eines Geschlechts am Arbeitsplatz beeinträchtigen, als sexuelle Belästigung im Sinne des Gleichstellungsgesetzes qualifiziert werden müssen, scheint noch kein einziger Entscheid die Verbindungen zwischen diesem Begriff und dem Begriff des *Mobbings* wirklich untersucht zu haben. Wenn der schwierige Beweis der sexuellen Belästigung erbracht werden konnte, prüfen die Gerichte üblicherweise, ob der Arbeitgeber die ihm zumutbaren Massnahmen getroffen hat, welche auch von ihm erwartet werden können, um im konkreten Fall die sexuelle Belästigung zu beseitigen. Die Frage hingegen, ob der Arbeitgeber generell diejenigen vorbeugenden Massnahmen ergriffen hat, welche es erlaubt hätten, das belästigende Verhalten im Unternehmen zu vermeiden, wird selten gestellt. Die Frage der Kumulation der verschiedenen aus Art. 5 GIG ableitbaren Entschädigungen im Falle von sexueller Belästigung schliesslich wird je nach Kanton weiterhin unterschiedlich beurteilt.

70 Chambre d'appel des prud'hommes Genf, 19. Juni 2006, C/28777/2003, Erw. 4; Tribunal des prud'hommes, 19. August 2005, C/28777/2003 – 1, Erw. 3; Tribunal des prud'hommes, 24. September 2002, C/12999/2001 – 3, Erw. 5; Tribunal des prud'hommes, 23. Januar 2001, C/3803/2000 – 4, Erw. 2.

71 Bundesgericht, 4. Juli 2000 (FN 25). Für einen Kommentar zu diesem Urteil vgl. KARINE LEMPEN, AJP 2001 1108–1111; FRANZ WERRO, MARJOLAINE VIRET, *Egalité entre femmes et hommes: La responsabilité civile de l'employeur*, in: ASTRID EPINEY, IRA VON DANCKELMANN (Hrsg.), *L'égalité entre femmes et hommes en Suisse et dans l'UE*, Freiburg 2004, 89 ff., 106–108.

72 Bundesgericht, 4. Juli 2000 (FN 25), 397, Erw. 7 b.a.a., mit Bezugnahme auf COSSALI SAUVIN (FN 26), 75.

73 COSSALI SAUVIN (FN 26), 75.

74 Bundesgericht, 4. Juli 2000 (FN 25), 398, Erw. 7b.cc.

75 Bundesgericht, 9. Mai 2006, 2P.165/2005, 2A.419/2005, Erw. 4.

76 STUTZ/SCHÄR MOSER/FREIVOGEL (FN 2), 33.