

# NEWSLETTER

## JANUAR 2019

Autor: Dr. André Bloch



Rechtsprechung zum Arbeitsrecht

## Fristlose Kündigung wegen sexuell anzüglicher Bemerkungen und Gesten

Das Bundesgericht bejahte die Rechtmässigkeit einer fristlosen Kündigung, welche von einem Hotelbetrieb gegenüber einem für das Küchenpersonal verantwortlichen Mitarbeiter ausgesprochen wurde. Dieser hatte gegenüber weiblichen Küchenangestellten sexuell anzügliche resp. unangemessene Bemerkungen und Gesten gemacht.

Dem französischsprachigen Urteil des Bundesgerichts vom 10. Oktober 2018 (4A\_105/2018) lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Z war seit 1. Januar 1982 als Koch sowie seit 1. Januar 2001 als Leiter der Abteilung Küche im Hotelbereich bei Arbeitgeberin A angestellt, welche in der Hotelbranche tätig ist. Als Küchenverantwortlicher unterstand ihm auch die Lehrlingsausbildung. Am 28. August 2013 meldete ein weiblicher Lehrling, dass sie seit 2010 Ziel mehrerer unangemessener Gesten und Bemerkungen durch Z sei. Am folgenden Tag führte die Arbeitgeberin A Befragungen mit mehreren Mitarbeitern durch, um sich über die Vorwürfe ein Bild zu machen. Am 2. September 2013 kündigte Arbeitgeberin A das Anstellungsverhältnis mit Z fristlos. Zur Begründung der Kündigung wurde in erster Linie angeführt, dass Z über einen längeren Zeitraum bei zahlreichen Gelegenheiten unangemessene Worte geäussert und Gesten gegenüber weiblichen Mitarbeitern gemacht habe.

Das von Z angerufene Arbeitsgericht (Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de la Sarine) stellte sich auf den Standpunkt, dass die fristlose Kündigung zu Unrecht erfolgt war. Das Kantonsgericht Freiburg stützte diese Auffassung. Es führte aus, dass die Vorwürfe der weiblichen Lehrlingsangestellten gegenüber Z zwar erheblich und begründet seien. So habe Z weibliche Lehrlinge in der Küche etwa «kleiner Liebling»

oder «kleines Schweinchen» genannt, sie gebeten, auf allen vieren zu kriechen, ihnen Küsse gegeben und sie an der Wange gestreichelt. Allerdings würden diese Umstände für eine fristlose Kündigung nicht ausreichen. Selbst unter Berücksichtigung weiterer erhobener Vorwürfe unangemessener Handlungen – welche von der Erstinstanz offenbar nicht untersucht worden waren – sei zu berücksichtigen, dass Z rund dreissig Jahre bei A angestellt gewesen sei, ohne grössere Probleme zu verursachen. Es sei daher nicht auszuschliessen, dass eine Verwarnung ausgereicht hätte, um Z von weiteren derartigen Handlungen abzuhalten.

Das Bundesgericht erinnerte in seinem Urteil einleitend daran, dass eine fristlose Kündigung nur aus «wichtigem Grund» im Sinne von Art. 337 OR zulässig sei. Ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR müsse objektiv derart schwerwiegend sein, dass das für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensverhältnis zerstört oder zumindest so wesentlich beeinträchtigt sei, dass das Arbeitsverhältnis vernünftigerweise nicht mehr fortgesetzt werden könne. Bei Belästigung am Arbeitsplatz gelte das Vertrauensverhältnis grundsätzlich als zerstört oder wesentlich beeinträchtigt, wenn es sich bei der belästigenden Person um eine Führungskraft handle, welche im Betrieb zumindest über einen gewissen Einfluss verfüge. Bei einer weniger schwerwiegenden Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses sei eine fristlose Kündigung nur dann berechtigt,

wenn das unangebrachte Verhalten nach einer Abmahnung wiederholt werde.

Für die Beurteilung, ob das vorgeworfene Verhalten die erforderliche Schwere für eine fristlose Kündigung erreiche, sei auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen. Der Entscheid liege im Ermessen des Richters, welcher folgende Beurteilungskriterien zu berücksichtigen habe: Die Stellung des Mitarbeiters im Unternehmen; Art und Dauer des Vertragsverhältnisses; Art und Ausmass der Verstösse; Position, Funktion und Verantwortung des Mitarbeiters im Unternehmen, welche zu erhöhten Loyalitätspflichten führen können; sowie schliesslich die verbleibende Zeit bis zum ordentlichen Ablauf des Vertrages.

Das Bundesgericht hielt in der Folge dafür, dass die Begründung der Vorinstanz mit Art. 337 OR nicht vereinbar sei. Es zählte gewisse Handlungen von Z auf – Kneifen und Hände auf Gesäss und Hüfte von weiblichen Mitarbeiterinnen legen; Bisse an Hals; Vorbringen von Reisevorschlägen, um die sexuelle Bereitschaft der angesprochenen Mitarbeiterinnen zu testen – und hielt fest, dass Handlungen und Bemerkungen in der von Z vorgenommenen Art die Würde der betroffenen Mitarbeiterinnen eindeutig verletzt und unter die Definition der sexuellen Belästigung gemäss Art. 4 des Gleichstellungsgesetzes fallen würden.

Die von der Vorinstanz vorgebrachte Argumentation, wonach im Betrieb generell eine familiäre Atmosphäre geherrscht habe und dass sich die Lehrlinge deutlicher hätten zur Wehr setzen sollen, wies das Bundesgericht als nicht entscheidend bzw. als «seltsame Begrün-

dung» zurück. Der Umstand, dass die Arbeitgeberin offenbar bereits über einen längeren Zeitraum über die sexuellen Belästigungen von Z informiert gewesen und dagegen nicht eingeschritten sei, werfe die Frage auf, inwieweit sie ihrer Pflicht nachgekommen sei, die Persönlichkeit ihrer Angestellten zu schützen (Art. 328 OR). Die Beantwortung dieser Frage könne indes offenbleiben, da die Tatsache, dass eine Arbeitgeberin in der Vergangenheit bestimmte Angriffe auf die Persönlichkeit ihrer Angestellten ignoriert habe, sie nicht daran hindern könne, bei erneuten Verfehlungen nicht doch eine fristlose Kündigung gegenüber dem betroffenen Mitarbeiter auszusprechen.

Das Bundesgericht erachtete die Begründetheit der fristlosen Kündigung im vorliegenden Fall als offensichtlich. Es erinnerte in diesem Kontext auch daran, dass bei der Prüfung der Rechtmässigkeit einer fristlosen Kündigung stets die Umstände des konkreten Einzelfalls massgebend seien. Auf andere Gerichtsentseide sei daher – entgegen der Vorinstanz – im Rahmen dieser Prüfung nur zurückhaltend zurückzugreifen.

Abschliessend erinnerte das Bundesgericht daran, dass bei Führungspersonen erhöhte Anforderungen an deren Loyalitätspflichten gelten würden. Diese erhöhte Loyalitätspflicht gelte nicht nur für Arbeitnehmer mit entsprechendem Führungsstatus, sondern allgemein für Kaderangehörige, welche wie im vorliegenden Fall Personalverantwortung innehätten.

Entsprechend erachtete das Bundesgericht die gegen Z ausgesprochene fristlose Kündigung als rechtmässig und mit Art. 337 OR vereinbar.

## KOMMENTAR

Der vorliegende Bundesgerichtsentscheid zeigt in begrüßenswerter Weise, dass sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz nicht zu tolerieren ist und vom Arbeitgeber unter Umständen mittels einer fristlos ausgesprochenen Kündigung geahndet werden kann. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die vorgeworfenen Handlungen eine entsprechende Schwere aufweisen, von einer Person mit Führungsfunktion im Unternehmen vorgenommen worden sind und die Vorwürfe sich nach einer durchgeführten internen Untersuchung (in welcher dem betroffenen Mitarbeiter das rechtliche Gehör zu gewähren ist) bestätigen lassen.

Im vorliegend besprochenen Entscheid hat das Bundesgericht in diesem Sinne aufgrund von sexistisch konnotierten Handlungen und Aussagen eines Angestellten mit Führungsverantwortung entschieden, die von einer solchen Schwere waren, dass jeder andere Entscheid nur erstaunt hätte. Zu Verwunderung Anlass gibt in casu - wenn überhaupt - einzig

der Umstand, dass nicht bereits die kantonalen Instanzen die gegenüber Mitarbeiter Z ausgesprochene fristlose Kündigung geschützt haben.

Der im fraglichen Entscheid mehrfach getätigte Hinweis des Bundesgerichts auf die für Angestellte mit Führungsfunktionen geltende höhere Loyalitätspflicht (i.S. der Treuepflicht gemäss Art. 321a Abs. 1 OR) kann im Übrigen durchaus in dem Sinne verstanden werden, dass gegenüber solchen Angestellten auch dann eine fristlose Kündigung ausgesprochen werden kann, wenn von ihnen begangene sexuelle Belästigungen weniger schwerwiegend sind als im vorliegenden Fall. Letztlich entscheidend sind aber – auch dies hat das Bundesgericht in aller Deutlichkeit festgehalten – stets die konkreten Umstände des Einzelfalls.

Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechtsauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Für eine persönliche Beratung wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Suter Howald Rechtsanwälte oder an eine der folgenden Personen:



**Dr. André Bloch**

Partner

[andre.bloch@suterhowald.ch](mailto:andre.bloch@suterhowald.ch)



**Dr. Mauro Loosli**

Partner

[mauro.loosli@suterhowald.ch](mailto:mauro.loosli@suterhowald.ch)



**Sonja Stark-Traber, LL.M.**

Partnerin

[sonja.stark@suterhowald.ch](mailto:sonja.stark@suterhowald.ch)

**Suter Howald Rechtsanwälte – Attorneys at Law**

Stampfenbachstrasse 52

Postfach

CH-8021 Zürich

Tel. +41 44 630 48 11

Fax +41 44 630 48 15

[www.suterhowald.ch](http://www.suterhowald.ch)