



Article  
scientifique

Commentaire

2008

Published  
version

Open  
Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

Die Haftung des Unternehmens für ein sexistisches Arbeitsklima,  
Bundesgericht, Urteil vom 5. Februar 2007, 4C.289/2006

---

Lempen, Karine

**How to cite**

LEMPEN, Karine. Die Haftung des Unternehmens für ein sexistisches Arbeitsklima, Bundesgericht, Urteil vom 5. Februar 2007, 4C.289/2006. In: ARV online, 2008, n° 466.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:75102>

**Referenz:** ARVonline 2008 N. 466  
**Publikationsdatum:** 28.08.2008  
**Rechtsgebiet:** Arbeitsrecht

## **Bundesgericht, Urteil vom 5. Februar 2007, 4C.289/2006 - Mit Kommentar von Dr. iur. Karine Lempen**

Die Haftung des Unternehmens für ein sexistisches Arbeitsklima

Dr. iur. Karine Lempen, Juristin beim Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann

---

*Deutsche Übersetzung des in der ARV print 2/2008 erschienenen französischen Originalbeitrags  
 (Übersetzung von lic. iur. Maja Wuerth-Neukomm)*

### **I. Einführung**

Die Angestellte einer Genfer Uhrenfirma macht geltend, von einem Arbeitskollegen sexuell belästigt und von einer Vorgesetzten gemobbt worden zu sein. Ihrer Ansicht nach ist ihr auch missbräuchlich gekündigt worden. Die arbeitsgerichtlichen Instanzen des Kantons Genf weisen ihre Klage bezüglich Mobbing und missbräuchlicher Kündigung ab. Die sexuelle Belästigung erachten sie dagegen als erwiesen und befinden, dass das Unternehmen dafür einstehen muss. Die Arbeitgeberin wird deshalb zur Zahlung einer Entschädigung gestützt auf das Gleichstellungsgesetz (GIG) verurteilt.

Die von den kantonalen Instanzen erhobenen Tatsachen, nämlich das Zurschaustellen von Bildern nackter Frauen am Arbeitsplatz und das Verschicken von E-Mails mit groben sexuellen Witzen gehören zu den am häufigsten auftretenden Formen der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz. Dies bestätigt auch eine aktuelle Studie des Staatssekretariats für Wirtschaft und des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung, wonach in der Schweiz 28% der Arbeitnehmerinnen und 10% der Arbeitnehmer von diesem Phänomen betroffen sind (*Silvia Strub/Marianne Schär Moser*, Risiko und Verbreitung sexueller Belästigung am Arbeitsplatz. Eine repräsentative Erhebung in der Deutschschweiz und in der Romandie, Bern 2008).

Im Rahmen einer Berufung hat das Bundesgericht entschieden, dass der Urheber solcher während mehrerer Monate wiederholter Handlungen offensichtlich ein feindseliges Arbeitsklima geschaffen habe, was als sexuelle Belästigung durch das Gleichstellungsgesetz verboten sei. Es befand zudem, dass die Umstände des Falles rechtfertigten, dass das Unternehmen für diese sexuelle Belästigung einstehen müsse, obwohl die Direktion darüber nicht informiert worden sei. Abschliessend befanden die Richter, dass die Entschädigung für sexuelle Belästigung eine wiedergutmachende Dimension habe, weshalb eine Kumulation mit einer Genugtuung gemäss Obligationenrecht im konkreten Fall nicht möglich sei.

Die vorliegende Besprechung behandelt diese unterschiedlichen Aspekte und beleuchtet insbesondere die Frage der Haftung des Unternehmens trotz der Unkenntnis seiner Direktion sowie die Frage der nicht gewährten Kumulation von Entschädigung für sexuelle Belästigung und Genugtuung.

### **II. Zusammenfassung des Sachverhalts**

Ab September 2002 war Y. bei der Genfer Uhrenfirma X. als Assistentin in der Abteilung Zifferblätter, Entwürfe & Sekretariat angestellt. Y. war durch A., einen Bekannten von ihr, bei X. eingeführt worden. A. war Angestellter bei X. und gewährte Y. während der ersten Wochen nach ihrer Ankunft in Genf Unterkunft. Anfänglich war Y. B. unterstellt und arbeitete direkt mit A. zusammen. Ziemlich rasch aber traten Spannungen zwischen den beiden auf. A. hatte den Eindruck, dass Y. sich weigerte, von ihm Anweisungen für die Ausführung ihrer Arbeit entgegenzunehmen. Y. ihrerseits warf A. vor, sie zu belästigen, insbesondere indem er offen einsehbar auf seinem Computer Bildschirmsymbole mit Darstellungen nackter Frauen und ebensolche Photos installiert und in ihrer Anwesenheit permanent sexuelle Anspielungen gemacht habe.

Darauffolgend wurde Y. C. unterstellt. Die Beziehung zwischen den beiden Frauen entwickelte sich aber nicht gut. Gemäss den Aussagen zweier Zeugen soll Y. ihre Chefin bei einer Auseinandersetzung in Gegenwart mehrerer Arbeitskollegen sogar geohrfeigt haben. Nach diesem Vorkommnis blieb Y. krankheitshalber abwesend. Im Mai 2003 nahm sie die Arbeit zu 50% wieder auf. Am 17. Juni 2003 wurde eine von Y. verfasste E-Mail im Unternehmen veröffentlicht. Darin erzählte sie, sie arbeite "in einem Irrenhaus", welches nur für seinen Gewinn, nicht aber zu seinen Angestellten schaue, und zwar

so sehr, dass sie anorexisch geworden sei und Gewicht verloren habe. Mit Schreiben vom 30. Juni 2003 entliess X. Y. auf den 31. Juli 2003 unter Berufung auf einen Restrukturierungsbedarf und befreite sie mit sofortiger Wirkung von ihrer Arbeitspflicht. Aufgrund ihrer Krankheit musste die Kündigungsfrist verlängert werden.

Am 23. Dezember 2003 verklagte Y. ihre Arbeitgeberin beim Tribunal des prud'hommes du canton de Genève auf Zahlung von Entschädigungen wegen missbräuchlicher Kündigung, Mobbing und sexueller Belästigung. Mit Urteil vom 19. August 2005 wies das Tribunal des prud'hommes du canton de Genève die Klage von Y. bezüglich Mobblings und missbräuchlicher Kündigung ab. Das Vorhandensein einer sexuellen Belästigung erachtete das Gericht dagegen als gegeben und verurteilte das Unternehmen zur Zahlung einer Entschädigung von 4'000 Franken. Von beiden Parteien angerufen, wurde vom Cour d'appel des prud'hommes du canton de Genève mit Urteil vom 19. Juni 2006 der Betrag dieser Entschädigung auf 12'000 Franken erhöht und im übrigen das Urteil der ersten Instanz bestätigt.

Parallel zur staatsrechtlichen Beschwerde (4P.197/2006) erhebt X. beim Bundesgericht Berufung gegen das Urteil vom 19. Juni 2006. Das Unternehmen wirft der kantonalen Instanz vor, den Begriff der sexuellen Belästigung gemäss Art. 4 GIG falsch verwendet (III), durch das Gutheissen des Grundsatzes einer Entschädigung Art. 5 Abs. 3 GIG verletzt (IV) sowie mit der Festlegung der streitigen Entschädigung auf 12'000 Franken ihr Ermessen missbraucht zu haben. Y erhebt ebenfalls Berufung gegen das Urteil vom 19. Juni 2006, insoweit dieses die Forderung auf Genugtuung abweist, welche Y. zusätzlich zu den auf dem GIG basierenden Entschädigungen geltend gemacht hatte (V).

### **III. Der Begriff der sexuellen Belästigung**

#### *1. Auszug aus den Erwägungen*

Erw. 3.1: (...) Sexistische Sprüche sowie anzügliche und peinliche Bemerkungen fallen unter den Begriff der sexuellen Belästigung im Sinne von Art. 4 GIG, dessen Aufzählung jedoch nicht abschliessend ist. Obwohl die in dieser Definition aufgeführten Beispiele sich einzig auf Fälle von Machtmissbrauch beziehen, schliesst die Definition andere Handlungen nicht aus, welche die Würde des Arbeitnehmenden beeinträchtigen, dabei aber nicht von einem Machtmissbrauch herrühren, sondern dazu beitragen, dass das Arbeitsklima feindselig wird, beispielsweise durch anstössige Witze (BGE 126 III 395 Erw. 7b/bb mit Hinweisen) oder durch das Zurschaustellen unanständiger Photos (...).

Erw. 3.2: (...) Die Vorinstanz hat nach freiem Ermessen festgehalten, dass A. gegenüber seiner Arbeitskollegin - nicht in ihrer Eigenschaft als Mitbewohnerin - ein unangebrachtes Verhalten an den Tag gelegt habe. Die Untersuchung hatte einen Hang von A. zum Verwenden von Bildschirmsymbolen in Form nackter Frauen und ebensolcher Photos auf seinem Computer ergeben, welche er seinen Arbeitskollegen zeigte und damit in gewisser Weise der Klägerin aufdrängte. Diese hatte im übrigen E-Mails beigebracht, welche von jenem Computer aus während der Arbeitszeit gesendet worden waren und Karikaturen und ziemlich grobe Witze mit sexuellem Charakter enthielten. Zudem erfolgten die Handlungen von A. wiederholt und während mehrerer Monate. Auf der Grundlage dieser Elemente ist deshalb nicht ersichtlich, wie die kantonale Instanz, indem sie die vorgeworfenen Handlungen aufgrund ihrer Wiederholung und Art als sexuelle Belästigung qualifiziert hat, dabei Art. 4 GIG hätte verletzen sollen, nachdem A. offensichtlich damit ein feindseliges Arbeitsklima im Sinne der obenerwähnten Rechtsprechung geschaffen hatte (vgl. Erw. 3.1).

#### *2. Kommentar*

Das Bundesgericht bestätigt, was es ein erstes Mal in einem Urteil vom 4. Juli 2000 (BGE 126 III 395) festgehalten hatte, dass nämlich unter sexuelle Belästigung im Sinne von Art. 4 GIG nicht nur sexuelle Erpressung, sondern auch andere Handlungen fallen, welche die Würde beeinträchtigen und dazu beitragen, dass das Arbeitsklima feindselig wird, wie beispielsweise anstössige Witze.

Im konkreten Fall schloss das Gericht auf das Vorhandensein eines feindseligen Arbeitsklimas, und zwar nicht nur wegen der Art der vorgeworfenen Handlungen, sondern auch, weil diese wiederholt über mehrere Monate auftraten. Diesbezüglich muss betont werden, dass im Gegensatz zur Praxis im Bereich des Mobblings (vgl. *Jean-Philippe Dunand*, *Le harcèlement psychologique (mobbing) en droit privé suisse du travail*, in: RJN 2006, S. 21 mit Hinweisen) die Wiederholung von Handlungen nicht eine Grundbedingung für sexuelle Belästigung darstellt. Äussert sich eine Belästigung durch die Schaffung eines feindseligen Arbeitsklimas, muss von Fall zu Fall abgeklärt werden, ob ein wiederholtes Handeln erforderlich ist (*Margrith Bigler-Eggenberger/Claudia Kaufmann*, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel, Frankfurt am Main 1997 Art. 4 N 59; *Karine Lempen*, *Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur*, Genf 2006, S. 151 und die dort zitierte Rechtsprechung).

Es spielt übrigens, wie das erstinstanzliche Gericht zu Recht hervorgehoben hat (Urteil des Tribunal des prud'hommes vom 19. August 2005, C/28777/2003 - 1, Erw. 3c, S. 20, 22), keine Rolle, dass der Täter der Klägerin gegenüber nicht absichtlich grob war und/oder dass andere Personen am Arbeitsplatz das Arbeitsklima nicht als feindselig empfunden haben.

#### **IV. Die Haftung des Unternehmens**

##### *1. Auszug aus den Erwägungen*

Erw. 4.1: Bei einer Diskriminierung durch sexuelle Belästigung kann gemäss Art. 5 Abs. 3 GIG das Gericht den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmenden eine Entschädigung auszurichten, sofern der Arbeitgeber nicht beweist, dass er Massnahmen getroffen hat, die zur Verhinderung oder Unterbindung sexueller Belästigungen nach der Erfahrung notwendig und angemessen sind und die ihm billigerweise zugemutet werden können. Die Entschädigung ist unter Würdigung aller Umstände festzusetzen und wird auf der Grundlage des schweizerischen Durchschnittslohns errechnet. (...)

Erw. 4.2: Die Beklagte argumentiert zusammenfassend, dass es an derjenigen Person, welche die Zusprechung einer Entschädigung aufgrund von Art. 5 Abs. 3 GIG verlange, sei, den Arbeitgeber über die zur Last gelegten Vorfälle zu informieren und zu beweisen, dass dieser Kenntnis vom Belästigungsfall gehabt habe, was im konkreten Fall nicht gegeben wäre. Dieses Argument greift jedoch nicht, da entschieden worden ist - ohne dass ein Willkürvorwurf gemacht werden kann, was sich aus dem Urteil zur staatsrechtlichen Beschwerde ergibt -, dass aus der Gesamtheit der Tatumstände abgeleitet werden könne, dass B. Kenntnis hatte von der Situation und die Beklagte deshalb dafür einzustehen habe. Zu Recht ist deshalb das vorinstanzliche Gericht auf Zusprechung einer Entschädigung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 GIG eingetreten, da sich zusätzlich noch erwies, dass die Beklagte keinerlei angemessene Massnahmen getroffen hatte.

##### *2. Kommentar*

Das Bundesgericht hat das Argument, das Unternehmen X. hätte nicht zur Zahlung einer Entschädigung auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 3 GIG verurteilt werden sollen, weil Y. ihren Arbeitgeber erst mehrere Monate nach Ende des Arbeitsverhältnisses über die sexuelle Belästigung informiert habe, verworfen.

Das Gericht verweist auf seine Erwägungen im am selben Tag ergangenen Urteil zur staatsrechtlichen Beschwerde, worin es festhält, dass die Tatsache allein, dass die Beschwerdegegnerin sich vermutungsweise nicht bei der Beschwerdeführerin beklagt habe, noch nicht bedeute, dass diese - zumindest via gewisser Mitarbeiter - nicht Kenntnis von der Situation gehabt hätte (4P.197/2006, Erw. 5.4). Das kantonale Gericht konnte deshalb ohne Willkür aus der Gesamtheit der Umstände (das Zurschaustellen von Photos nackter Frauen, die E-Mails mit sexuellem Charakter, die im Unternehmen zirkulierende Wette, dass Y. es nicht länger als einen Monat aushalten werde sowie der beträchtliche und rasche Gewichtsverlust von Y.) ableiten, dass der Vorgesetzte B. Kenntnis davon hatte oder zumindest hätte merken müssen, was vor sich ging (4P.197/2006, Erw. 5.3). Angesichts der wiederholten sexuellen Belästigungen hätte B. die geeigneten Massnahmen ergreifen müssen, um diese zu stoppen. Insbesondere hätte er die Direktion über die Vorkommnisse informieren sollen. Gemäss dem kantonalen Gericht kann die Tatsache, dass B. die Direktion nicht informiert hat, so wie er es hätte tun sollen, letzterer beziehungsweise dem Arbeitgeber selber entgegengehalten werden. Denn der Arbeitgeber hatte für den Fall einer sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz weder irgendeine Vorgehensweise innerhalb des Unternehmens definiert noch eine besondere Schulung für das Personal veranlasst, sondern angeblich nur einen Kurzprospekt mit sehr allgemeinem Inhalt verteilen lassen (Urteil des Cour d'appel des prud'hommes vom 19. Juni 2006, C/28777/2003 - 1, Erw. 6).

Aus diesen Erwägungen geht hervor, dass entgegen einer noch kürzlich vertretenen Lehrmeinung (*Rémy Wyler*, *Droit du travail*, Bern 2008, S. 319) ein Unternehmen gemäss Gleichstellungsgesetz für die durch einen Angestellten begangene sexuelle Belästigung haftet, selbst wenn das Opfer die Direktion nicht informiert hat. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Hinweise auf eine sexuelle Belästigung so zahlreich sind, dass davon ausgegangen werden muss, dass der Vorgesetzte davon Kenntnis haben musste *und* dass die Kenntnis des Vorgesetzten dem Unternehmen angerechnet werden kann, auch wenn dieser kein Organ im Sinne von Art. 55 Abs. 2 ZGB ist.

Im vorliegenden Fall haftet das Unternehmen weder aus Art. 55 Abs. 2 ZGB - dies hätte gegeben sein können, wenn die Direktion als Organ des Unternehmens informiert worden wäre (vgl. zur Illustration: Urteil des Tribunal des prud'hommes de Genève vom 21. November 1991, JAR 1992 S. 166, 170; und aktueller: Urteil des Cour d'appel des prud'hommes de Genève vom 25. Februar 2008, C/8030/2006 - 3, Erw. 2.4, welche sich jedoch nicht auf Art. 55 Abs. 2 ZGB bezieht) - noch aus den Art. 328 in Verbindung mit 101 OR. Eine Haftung für Hilfspersonen hätte angenommen werden können, wenn der

Vorgesetzte - Hilfsperson des Unternehmens - an der sexuellen Belästigung beteiligt gewesen wäre (BGE 125 III 70. Zur Anwendung der Regeln über Hilfspersonen, um eine Haftung des Arbeitgebers aufgrund von Mobbing unter Arbeitskollegen zu begründen: *Dunand*, op. cit., S. 30 mit Hinweisen).

Das Unternehmen wurde viel eher deswegen verurteilt, weil es seine Pflicht verletzt hatte, sexuelle Belästigung zu verhindern und zu beenden (Art. 328 OR). Trifft ein Unternehmen in der Art von X. weder die zur Verhinderung von sexueller Belästigung noch die zur Unterbindung eines konkreten Falles geeigneten Massnahmen, kann es sich nicht auf das Nichtwissen seiner Direktion berufen, um die in Art. 5 Abs. 3 GIG vorgesehene Entschädigung nicht zahlen zu müssen. Ein Unternehmen gilt nicht nur dann als über eine sexuelle Belästigung informiert, wenn seine Organe über die Situation informiert worden sind, sondern auch, wenn diese es unterlassen haben, die Abläufe einzuführen, welche es erlaubt hätten, über Handlungen im Zusammenhang mit einer sexuellen Belästigung in Kenntnis gesetzt zu werden (vgl. auch Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 30. September 1998, ZR 2000 293-294).

## **V. Entschädigung für sexuelle Belästigung und Genugtuung**

### *1. Auszug aus den Erwägungen*

Erw. 6: In ihrer Anschlussberufung behauptet die Klägerin, die vorinstanzlichen Richter hätten Art. 49 OR und Art. 5 Abs. 5 GIG verletzt, weil sie ihr angesichts der besonderen Schwere der erlittenen Beeinträchtigung nicht noch zusätzlich zur Entschädigung gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 GIG eine Genugtuung zugesprochen hätten.

Erw. 6.1: Soweit das GIG eine *lex specialis* zu den Bestimmungen des Obligationenrechts darstellt und der Ersatz für denselben Schaden in beiden Gesetzen vorgesehen ist, hat der Arbeitnehmer nur Anspruch auf eine einzige Entschädigung für die gleiche Beeinträchtigung (BGE 126 III 395 Erw. 7b/aa mit Hinweisen; unlängst *Aubert*, *Commentaire romand*, Code des obligations I, Genf, Basel, München 2003, Art. 328 OR N 8).

Erw. 6.2: Im konkreten Fall ist die in Anwendung von Art. 5 Abs. 3 GIG zugesprochene Entschädigung ausreichend, um die durch die sexuelle Belästigung verursachte Beeinträchtigung der Persönlichkeit der Klägerin wiedergutzumachen, und es ist nicht ersichtlich, womit eine zusätzliche Genugtuung gerechtfertigt werden könnte, da die von der Klägerin vorgebrachten Argumente schon für die Festlegung der Höhe der erwähnten Entschädigung berücksichtigt worden sind.

### *2. Kommentar*

In einer kurzen Erwägung beschäftigt sich das Bundesgericht zum ersten Mal explizit mit der in der Lehre umstrittenen Frage, ob ein zur Bezahlung einer Entschädigung gemäss Art. 5 Abs. 3 GIG verurteilter Arbeitgeber allenfalls auf der Grundlage von Art. 49 OR auch Genugtuung für die sexuelle Belästigung leisten muss.

Gemäss einem Teil der Lehre kann eine Genugtuung gemäss Art. 5 Abs. 5 GIG jederzeit zusätzlich zur Entschädigung für sexuelle Belästigung zugesprochen werden, da diese - im Gegensatz zur Entschädigung für missbräuchliche Kündigung - ausschliesslich Strafcharakter hat (*Felix Dasser*, *Punitives damages: Vom "fremden Fötzel" zum "Miteidgenoss"?*, in: SJZ 2000, S. 106-107; *Franz Werro/Marjolaine Viret*, *Egalité entre femmes et hommes: La responsabilité civile de l'employeur*, in: Astrid Epiney/Ira von Danckelmann (Hrsg.), *Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU*, Freiburg 2004, S. 108. Zur Veranschaulichung vgl. auch das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 30. September 1998, ZR 2000 299). Da beide Sanktionen unterschiedliche Funktionen haben, wird nicht dieselbe Beeinträchtigung doppelt wiedergutmacht (*Monique Cossali Sauvain*, *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*, Bd. 15, Zürich 1999, S. 75. Im gleichen Sinne: *Bigler-Eggenberger*, op. cit., Art. 5 GIG N 21). Eine solche Auslegung ist im Lichte der Ausführungen des Bundesrates in seiner Botschaft vom 24. Februar 1993 zum Gleichstellungsgesetz gerechtfertigt. Gemäss Botschaft ist die dem Arbeitgeber auferlegte Entschädigung für die Verletzung seiner Pflicht, sexuelle Belästigung zu verhindern und zu beseitigen, "von einer allfälligen Genugtuung nach Art. 49 des Obligationenrechts zu unterscheiden" (BBl 1993 1305).

Auf der Grundlage von BGE 126 III 395, wonach das GIG eine *lex specialis* zu den Bestimmungen des Obligationenrechts darstellt und der Ersatz desselben Schadens in beiden Gesetzen vorgesehen ist, weshalb der Arbeitnehmende nur Anspruch auf eine einzige Entschädigung für die gleiche Beeinträchtigung hat (Erw. 7b/aa), schliesst ein anderer Teil der Lehre die Möglichkeit einer Kumulation von Genugtuung und Entschädigung für sexuelle Belästigung immerhin insofern aus, als letztere gleichzeitig auch eine Wiedergutmachung seelischer Unbill anstrebt (*Gabriel Aubert*, op. cit., Art. 328 OR N 8; *Christiane Brunner/Jean-Michel Bühler/Jean-Bernard Waeber/Christian Bruchez*,

Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2004, Art. 328 OR N 16). *Brunner et al.* definieren die Entschädigung für sexuelle Belästigung als eine besondere Entschädigung für seelische Unbill (op. cit., Art. 328 OR N 16).

Der Entscheid des Bundesgerichts vom 5. Februar 2007 beendet die Kontroverse zur Natur der im Gleichstellungsgesetz vorgesehenen Entschädigung für sexuelle Belästigung. Als erstes rief das Gericht nämlich in Erinnerung, dass das GIG in Art. 5 Abs. 3 einen zusätzlichen Anspruch eingeführt habe, welcher es dem Richter erlaube, unabhängig vom erlittenen Schaden den Arbeitgeber zur Zahlung einer Entschädigung an den Arbeitnehmenden zu verurteilen (Erw. 4.1). Es befand, dass es im konkreten Fall gerechtfertigt gewesen sei, das Unternehmen, welches keinerlei angemessene Massnahmen getroffen hatte, zu verurteilen (Erw. 4.2). In einem zweiten Schritt zog das Gericht unter den relevanten Kriterien für die Festlegung des Entschädigungsanteils nicht nur die mangelnde Sorgfalt des Unternehmens, sondern auch - und vor allem - die Schwere der belästigenden Handlungen und das dadurch verursachte Leiden des Opfers bei (Erw. 5.2). Wie bei den Entschädigungen für missbräuchliche (BGE 123 III 391, Erw. 3) und diskriminierende Kündigung (BGE 133 II 361, Erw. 4) wird so die Entschädigung für sexuelle Belästigung vom Bundesgericht als gemischte Entschädigung qualifiziert, gleichzeitig strafend und wiedergutmachend.

Hingegen gibt der Entscheid vom 5. Februar 2007 keine klare Antwort auf die Frage, ob ein Arbeitgeber unter gewissen Umständen zusätzlich zur Entschädigung für sexuelle Belästigung nach GIG zu einer Genugtuung verurteilt werden kann. Während vom Cour d'appel allgemein die Möglichkeit einer Kumulation ausgeschlossen worden war, indem es erklärte, dass diese Entschädigung nicht mit den Entschädigungen nach Obligationenrecht kumuliert werden könne (Urteil vom 19. Juni 2006, Erw. 4), äusserte sich das Bundesgericht nur im Hinblick auf den konkreten Fall. Es befand, dass die in Anwendung von Art. 5 Abs. 3 GIG zugesprochene Entschädigung ausreichend war, um die durch die sexuelle Belästigung verursachte Beeinträchtigung der Persönlichkeit der Klägerin wiedergutzumachen, und dass nicht ersichtlich war, womit eine zusätzliche Genugtuung gerechtfertigt werden könnte, da die von der Klägerin vorgebrachten Argumente schon für die Festlegung der Höhe der erwähnten Entschädigung berücksichtigt worden seien (...) (Erw. 6.2).

Erst mit einem Urteil vom 17. Januar 2008 (4A\_330/2007) gibt es eine gewisse Klärung. Darin hat das Bundesgericht die Beschwerde eines Arbeitgebers abgewiesen, welcher strafrechtlich der Vergewaltigung einer Lehrtochter schuldig erklärt und zivilrechtlich zur Zahlung einer Genugtuung von 15'000 Franken und einer Entschädigung für sexuelle Belästigung von 25'230 Franken verpflichtet worden war. Als erstes befand das Gericht, dass die Höhe der Genugtuung namentlich angesichts der Traumatisierung infolge der Vergewaltigung und des durch den Arbeitgeber begangenen offensichtlichen Missbrauchs seiner Autoritätsstellung angemessen war (Erw. 3.2). Anschliessend hielten die Bundesrichter bezüglich der Entschädigung für sexuelle Belästigung gemäss GIG fest, dass die Höhe derselben unabhängig weiterer Ansprüche wie Schadenersatz oder Genugtuung (Art. 5 Abs. 5 GIG) festgelegt werden solle (Erw. 4.1). Angesichts dessen, dass die Vergewaltigung durch den Arbeitgeber und Lehrmeister selbst begangen worden sei, dass es sich deshalb um die schwerstmögliche Form der sexuellen Belästigung handelte, dass das Opfer die Traumatisierung noch nicht verarbeitet habe und dass es nach wie vor in Behandlung stehe, befand das Gericht, dass eine Entschädigung für sexuelle Belästigung knapp unterhalb des gesetzlichen Maximums von sechs Monatslöhnen (schweizerischer Durchschnittslohn) gemäss Art. 5 Abs. 4 GIG gerechtfertigt war (Erw. 4.2).

Diese Rechtsprechung zeigt, dass Entschädigung für sexuelle Belästigung und Genugtuung im Gegensatz zur Auffassung des Genfer Arbeitsgerichts kumuliert werden können, wenn es die Schwere der Beeinträchtigung rechtfertigt (in diesem Sinne: *Bigler-Eggenberger*, op. cit., Art. 5 GIG N 78; *Ullin Streiff/Adrian von Kaenel*, Arbeitsvertrag, Zürich 2006, Art. 328 OR N 5; BGE 133 II 257, Erw. 5.3).

## **VI. Schlussfolgerungen**

Aus der kürzlich ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichts zur sexuellen Belästigung können folgende Schlüsse gezogen werden:

1. Verhaltensweisen, welche zur Schaffung eines feindseligen Arbeitsklimas beitragen, wie beispielsweise das Zurschaustellen von Photos nackter Frauen am Arbeitsplatz oder das Verschicken von E-Mails, welche grobe Witze mit sexuellem Charakter enthalten, fallen unter die Definition der sexuellen Belästigung gemäss Art. 4 GIG.
2. Ist die Direktion eines Unternehmens nicht über die sexuelle Belästigung informiert worden, kann dieses trotzdem zur Zahlung einer Entschädigung nach Art. 5 Abs. 3 GIG verpflichtet werden, wenn die Belästigungen so offensichtlich häufig waren, dass davon ausgegangen werden muss, dass die Vorgesetzten davon Kenntnis hatten und dass deren Kenntnis der Direktion beziehungsweise dem

Unternehmen selbst zugeschrieben werden kann. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Direktion diejenigen Abläufe, welche es erlaubt hätten, Kenntnis solcher Vorfälle zu erhalten, nicht festgelegt hat.

3. Mit der speziellen Entschädigung nach Art. 5 Abs. 3 GlG soll einerseits ein Unternehmen bestraft werden, welches die zur Verhinderung oder Unterbindung sexueller Belästigung notwendigen Massnahmen nicht getroffen hat, und andererseits soll die durch die Belästigung verursachte seelische Unbill wiedergutmacht werden. Rechtfertigt es die Schwere der Beeinträchtigung, kann der Arbeitgeber zusätzlich zur Zahlung einer Genugtuung auf der Grundlage von Art. 49 OR verpflichtet werden.

Zum Volltext des Urteils:

über SWISSLEX: 4C.289/2006

über Eidgenössische Gerichte: 4C.289/2006