



Fürsorgepflicht

Bachelorvorlesung Arbeitsrecht
Frühjahrssemester 2024

Dr. iur. Adrian von Kaenel



Vorbereitungslektüre

Portmann/Wildhaber/Rudolph, Schweizerisches Arbeitsrecht, 5. Auflage, Zürich/St. Gallen 2024, Randziffern 405–560



Überblick

- Begriff und Wesen
- allgemeiner Persönlichkeitsschutz
- Datenschutz
- Gleichstellung der Geschlechter
- genetische Untersuchungen
- Freizeit, Ferien und Urlaub
- Vermögensschutz
- Arbeitszeugnis und Referenzen
- Informationspflicht
- Verletzung der Fürsorgepflicht



Begriff und Wesen

Art. 328 OR

¹ Der Arbeitgeber hat im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Er muss insbesondere dafür sorgen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht sexuell belästigt werden und dass den Opfern von sexuellen Belästigungen keine weiteren Nachteile entstehen.

² Er hat zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihm billigerweise zugemutet werden kann.



Begriff und Wesen

- Begriff: Pflicht der Arbeitgeberin, die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers zu wahren
- allgemeine Fürsorgepflicht (aus Treu und Glauben hergeleitet) und gesetzlich normierte Konkretisierungen
- heterogenes Bündel von Nebenpflichten
- Ergänzung zur Lohnzahlungspflicht und Gegenstück zur Treuepflicht des Arbeitnehmers
- überwiegend Unterlassungspflicht, punktuell aber auch Handlungspflicht (z.B. Zeugnispflicht, Pflicht zum Auslagenersatz)
- im Wesentlichen beschränkt auf Dauer des Anstellungsverhältnisses (Beispiel für eine Ausnahme: Zeugnispflicht)



Begriff und Wesen

- Schranke für das Weisungsrecht der Arbeitgeberin
- begrenzt durch eigene überwiegende Interessen der Arbeitgeberin



Allgemeiner Persönlichkeitsschutz: Grundsatz

- Art. 328 Abs. 1 OR als arbeitsrechtliche Entsprechung zu Art. 28 ZGB
- Auswahl geschützter Rechtsgüter: Leben, physische und psychische Gesundheit/Integrität, Ehre, Geheim- und Privatsphäre
- allerdings: Jede vertragliche Bindung bringt eine grundsätzlich zulässige Freiheitsbeschränkung bzw. Persönlichkeitsverletzung mit sich
- Grenzen möglicher Einwilligung: Art. 27 ZGB
- der Eingriff darf nicht über das hinausgehen, was der Zweck des Arbeitsverhältnisses erfordert



Allgemeiner Persönlichkeitsschutz: ausgewählte Aspekte

- Schutz der Gesundheit
- Wahrung der Sittlichkeit
- Schutz vor Mobbing, Stress und Wucher
- Schutz vor Blossstellung
- Schutz bei Hausgemeinschaft
- Schutz vor Diskriminierung
- Beschäftigungsanspruch?



Schutz der Gesundheit

BGE 112 II 138 (Verletzung nach Manipulation an geladener Schusswaffe)



Schutz der Sittlichkeit

BGE 4D_88/2009 vom 18.8.2009 (sexuelle Belästigung durch Bemerkungen und Blicke; besondere Ansprüche gemäss GIG)



Schutz vor Mobbing

BGE 4D_72/2017 vom 19.3.2018 (Depression infolge Mobbings durch den Chef)



Schutz vor Mobbing

Nach 12 Jahren Mobbingprozess

Nestlé muss für zerstörte Karriere zwei Millionen zahlen

Eine Ex-Kaderfrau von Nestlé erfuhr beim Nahrungsmittelkonzern über Jahre hinweg schweres Mobbing. Weil der Konzern sie nicht schützte, muss er nun tief in die Taschen greifen.

Publiziert: 11.02.2023 um 19:38 Uhr



Schutz vor Stress

BGE 4C.24/2005 vom 17.10.2005 (Erkrankung und Depression infolge permanenten Leistungsdrucks und überzogener Umsatzerwartungen)

Weiterer Fall: BGE 4C.320/2005 vom 20.3.2006 (Stresshaftung gegenüber einem Hoteldirektor)



Schutz vor Blossstellung

Staatsrat des Kantons Wallis, Beschwerdeentscheid vom 27.
November 2013 = ARV 2013 S. 302 (Blossstellung eines
Gemeindemitarbeiters durch öffentliche Äusserungen)



Schutz vor Diskriminierung

BGE 129 III 276 (Anspruch auf eine Gratifikation gestützt auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz?)



Beschäftigungsanspruch?

BGE 137 III 303 (Beschäftigungsanspruch eines Berufsfussballers?)

Ähnlicher Fall: Bezirksgericht Dielsdorf, Urteil ET140003 vom 20.10.2014 = causa sport 4/2014 S. 387



Datenschutz

Art. 328b OR

Der Arbeitgeber darf Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes vom 25. September 2020.



Datenschutz

- Inhalt von Art. 328b OR: Kriterium des Arbeitsplatzbezugs
- umfassender Anwendungsbereich
 - Anbahnung des Arbeitsverhältnisses
 - Durchführung des Arbeitsverhältnisses
 - nach Ende des Arbeitsverhältnisses
- Verhältnis zwischen Art. 328b OR und dem Datenschutzgesetz (DSG): vgl. BGE 4A_518/2020 vom 25.8.2021

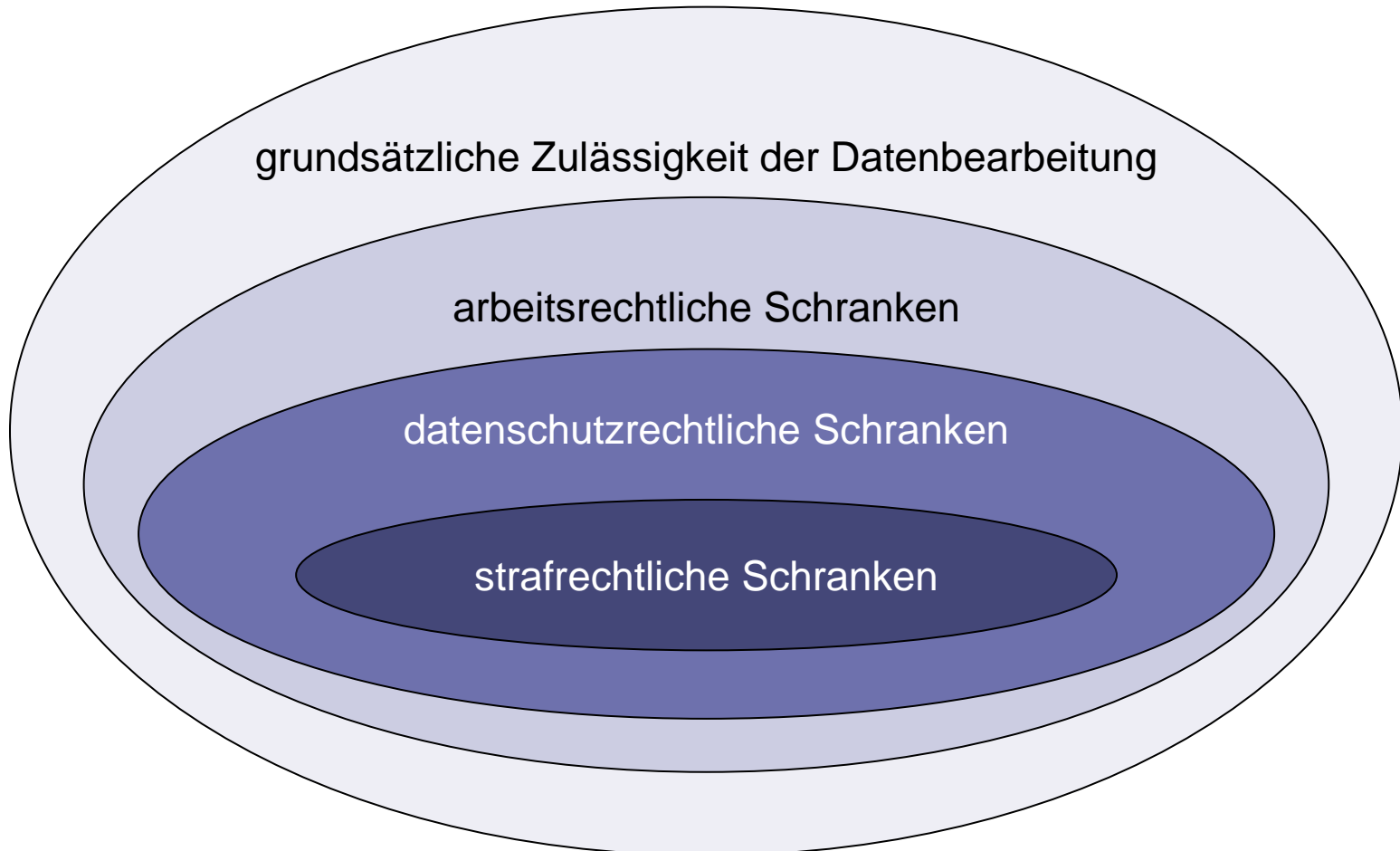


Datenschutz

- Legaldefinitionen des DSG (Auswahl)
- Grundsätze des DSG (Auswahl)
- besondere Rechtsansprüche und -behelfe des DSG bzw. Art. 28 ff. ZGB (Auswahl)
 - Unterlassung, Beseitigung und Feststellung (Art. 28a ZGB)
 - Bestreitungsvermerk (Art. 32 Abs. 3 DSG)
 - Information und Auskunft (Art. 19-21 und Art. 25-27 DSG)
 - Anrufung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Art. 49 ff. DSG)
- EU: Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)



Bearbeitung von Personendaten (Art. 328b OR)





System des Datenschutzgesetzes (DSG)

Persönlichkeitsverletzende Datenbearbeitung

Rechtfertigungsgründe

Art. 30 Abs. 2 lit. a DSG

- Rechtmässigkeit
Art. 6 Abs. 1 DSG
- Treu und Glauben
Art. 6 Abs. 2 DSG
- Verhältnismässigkeit
Art. 6 Abs. 2 DSG
- Zweckbindung
Art. 6 Abs. 3 DSG
- Erkennbarkeit
Art. 6 Abs. 3 DSG
- Richtigkeit
Art. 6 Abs. 5 DSG
- Datensicherheit
Art. 8 DSG

Art. 30 Abs. 2 lit. b DSG

- ausdrückliche
Willenserklärung

Art. 30 Abs. 2 lit. c DSG

- besonders
schützenswerte
Personendaten

Art. 31 DSG

- Einwilligung
Art. 31 Abs. 1 u. Art. 6
Abs. 6 u. 7 DSG
- überwiegende
Interessen
Art. 31 Abs. 1 u. 2 DSG
- Gesetz
Art. 31 Abs. 1 DSG



Überwachung am Arbeitsplatz

Art. 26 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3)

¹ Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen sollen, dürfen nicht eingesetzt werden.

² Sind Überwachungs- oder Kontrollsysteme aus andern Gründen erforderlich, sind sie insbesondere so zu gestalten und anzuordnen, dass die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmer dadurch nicht beeinträchtigt werden.



Überwachung am Arbeitsplatz

BGE 139 II 7 (heimliche IT-Überwachung mittels Spyware)

Gegenbeispiel: BGE 143 II 443 (Überwachung eines Mitarbeiters der SBB)



Überwachung durch einen Detektiv

Arbeitsgericht Zürich, Entscheide 2021 Nr. 22



Gleichstellung der Geschlechter

- Allgemeines
- Diskriminierungsverbot (insbesondere Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 und Art. 4 GIG)
- Rechtsansprüche des GIG
 - Unterlassung, Beseitigung, Feststellung (Art. 5 Abs. 1 lit. a–c GIG)
 - Lohnzahlungsanspruch auf Zahlung eines diskriminierungsfreien Lohns (Art. 5 Abs. 1 lit. d GIG)
 - Entschädigungsanspruch (Art. 5 Abs. 2–4 GIG)
 - bei diskriminierender Ablehnung oder Kündigung
 - bei sexueller Belästigung
 - Vorbehalt von Schadenersatz-, Genugtuungs- und weiteren Ansprüchen (Art. 5 Abs. 5 GIG)



Gleichstellung der Geschlechter

- kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung bzw. Wiedereinstellung (Ausnahme: Art. 10 GIG)
- Geltendmachung
 - Beweislasterleichterung (Art. 6 GIG)
 - Klage und Beschwerde von Organisationen (Art. 7 GIG)
 - im Übrigen (bei privatrechtlichen Rechtsverhältnissen) nach den Regeln der Zivilprozessordnung
- seit 1. Juli 2020: Pflicht zur Durchführung einer Lohngleichheitsanalyse
 - für Arbeitgeberinnen, die am Anfang eines Jahres 100 oder mehr Arbeitnehmer beschäftigen (Art. 13a Abs. 1 GIG)
 - Einzelheiten in Art. 13a ff. GIG



Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz

BGE 4A_18/2018 vom 21.11.2018 (Bezeichnung einer Mitarbeiterin als „Mistinguet“: Verletzung von Art. 4 GIG?)

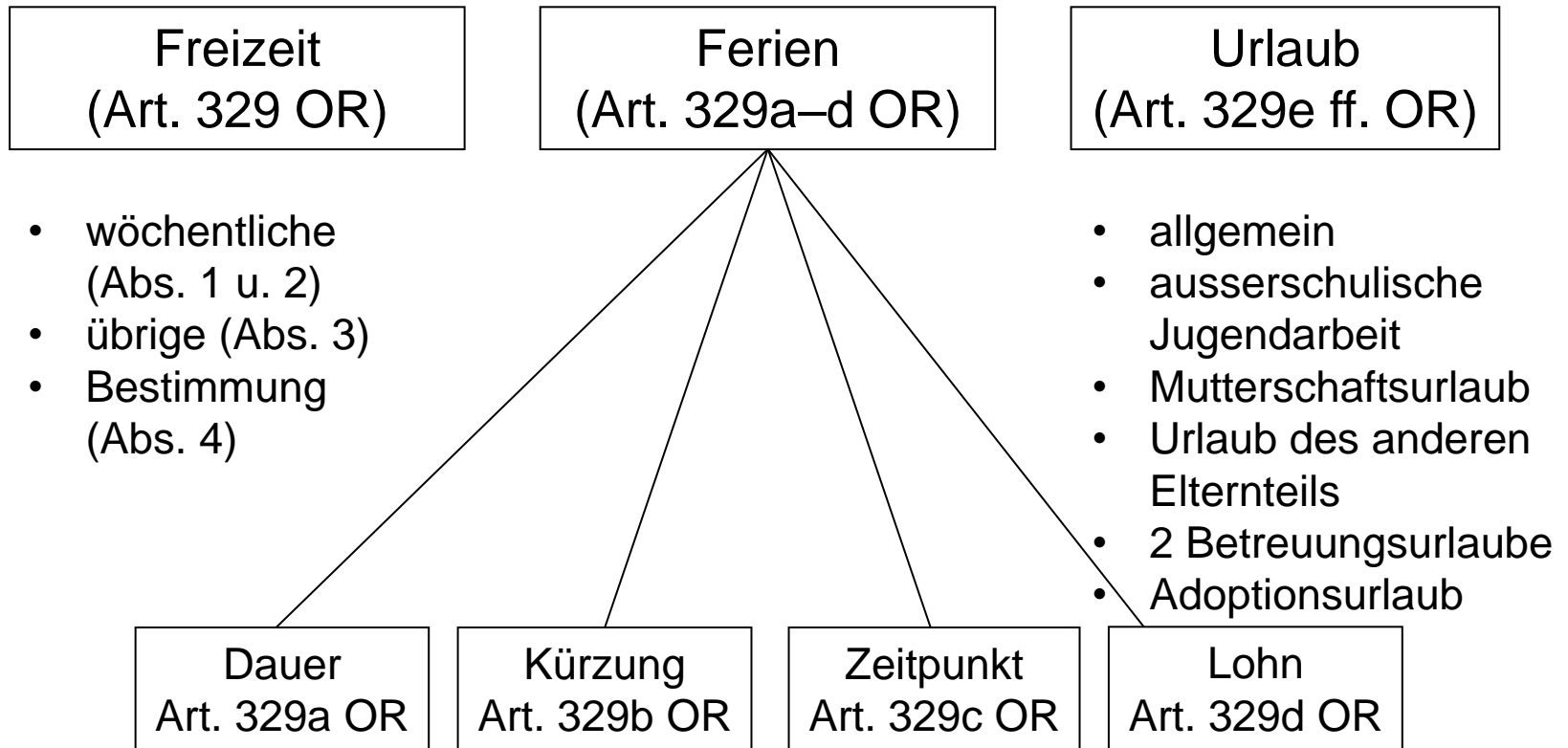


Genetische Untersuchungen

- Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG)
- allgemeines Diskriminierungsverbot wegen des Erbguts (Art. 4 GUMG)
- Art. 38-41 GUMG: genetische Untersuchungen im Arbeitsbereich
 - Grundsatz: Verbot von Untersuchungen ausserhalb des medizinischen Bereichs (Art. 37 GUMG)
 - generelle Voraussetzung: Arbeitsplatzbezug (Art. 38 GUMG)
 - Verbot von präsymptomatischen genetischen Untersuchungen (Art. 39); Ausnahmen unter strengen materiellen und formellen Voraussetzungen (Art. 40 GUMG)



Freizeit, Ferien und Urlaub (Art. 329–329f OR)





Revision per 1. Januar 2024

- Urlaub des anderen Elternteils
 - im Allgemeinen: Art. 329g OR (Vater/anderer Elternteil)
 - im Falle des Todes der Mutter: Art. 329g^{bis} OR
- Art. 329b Abs. 3 lit. c OR (Ferienkürzung)
- Art. 329f Abs. 3 OR (Verlängerung Mutterschaftsurlaub)
- Art. 335c Abs. 3 OR (Verlängerung Kündigungsfrist)
- Art. 329f Abs. 3 OR (Verlängerung Mutterschaftsurlaub)
- Art. 336c Abs. 1 lit. c^{ter-c}quinquies OR (zeitlicher Kündigungsschutz)
- Art. 362 Abs. 1 OR (Unabänderlichkeit zuungunsten des Arbeitnehmers)
- EOG

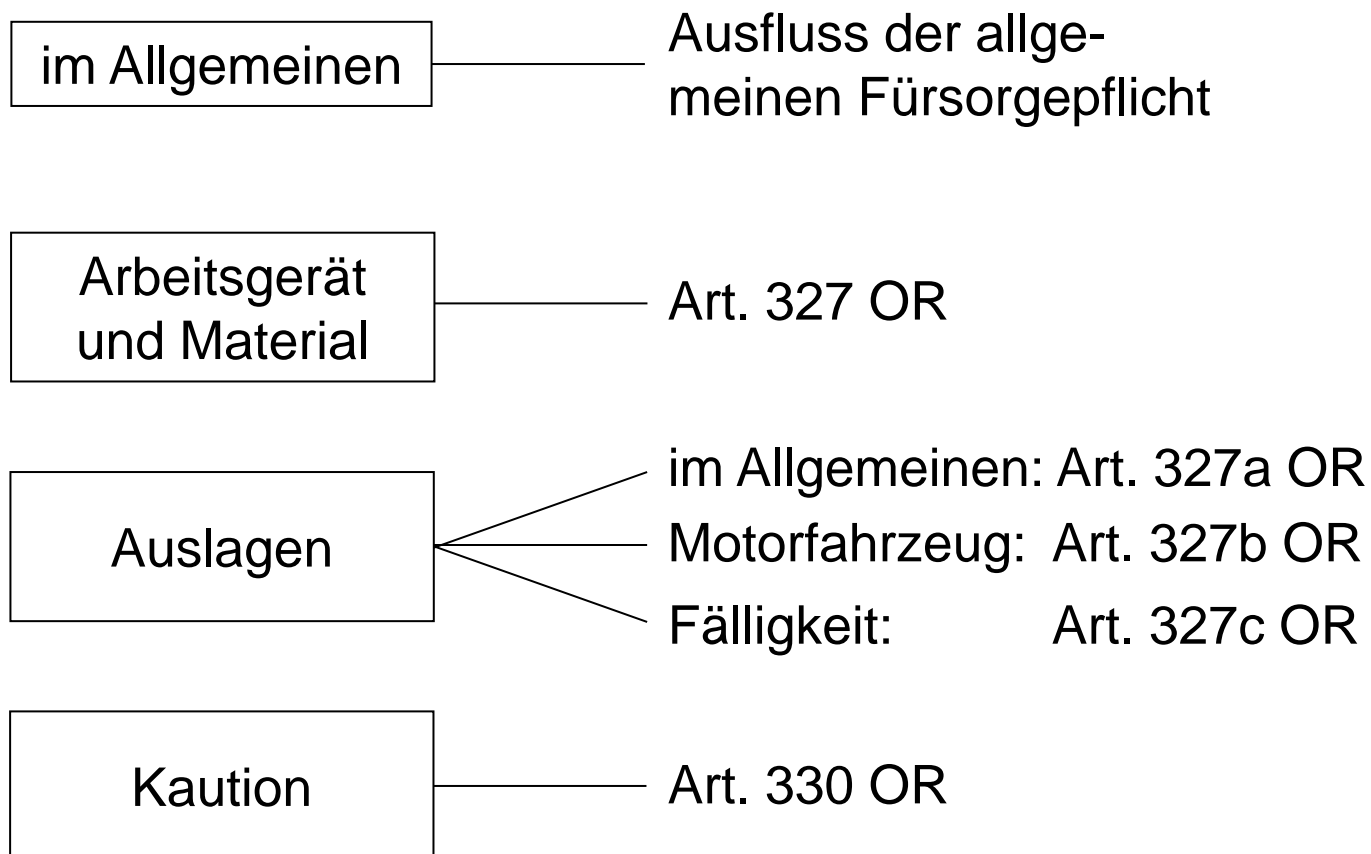


Abgeltung des Ferienlohns

BGE 149 III 202: Unzulässigkeit der laufenden
Ferienlohnabgeltung bei 100%-Beschäftigung (vgl.
demgegenüber noch BGE 4A_31/2021 vom 30.3.2021)



Vermögensschutz





Vermögensschutz

- Spezialfragen
 - Weiterbildungsvereinbarungen
 - Homeoffice
 - Bring Your Own Device (BYOD)



Homeoffice: Auslagenersatz

BGE 4A_533/2018 vom 23.4.2019 (Mietkostenbeteiligung der Arbeitgeberin bei Homeoffice?)

Vgl. auch Arbeitsgericht Zürich, Entscheide 2020 Nr. 6
(Chauffeur): keine Ersatzpflicht für Anzug, Hemd, Krawatte und
Schuhe



Arbeitszeugnis und Referenzen

Arbeitszeugnis (Art. 330a OR)

- Arten und Inhalt
- Form
- Zeitpunkt der Ausstellung
- Durchsetzung des Anspruchs
- Haftung

Referenz

- Einholen von Referenzen
- Erteilen von Referenzen



Arbeitszeugnis

BGE 129 III 177 (Verhältnis zwischen Vollzeugnis und
Arbeitsbestätigung)



Arbeitszeugnis

BGE 136 III 510 (Erwähnung einer Krankheit im Arbeitszeugnis?)



Arbeitszeugnis

BGE 101 II 69 (Haftung für ein zu gutes Zeugnis)

Vgl. auch BGE 4A_117/2013 vom 31.7.2013 (schlechte Referenz)



Arbeitszeugnis

BGE 147 III 78 (Verjährung des Zeugnisanspruchs: fünf oder zehn Jahre?)



Informationspflicht

Art. 330b OR

¹ Wurde das Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit oder für mehr als einen Monat eingegangen, so muss der Arbeitgeber spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses den Arbeitnehmer schriftlich informieren über:

- a. die Namen der Vertragsparteien;
- b. das Datum des Beginns des Arbeitsverhältnisses;
- c. die Funktion des Arbeitnehmers;
- d. den Lohn und allfällige Lohnzuschläge;
- e. die wöchentliche Arbeitszeit.

² Werden Vertragselemente, die nach Absatz 1 mitteilungspflichtig sind, während des Arbeitsverhältnisses geändert, so sind die Änderungen dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat nachdem sie wirksam geworden sind, schriftlich mitzuteilen.



Informationspflicht

- Geltungsbereich
- Form
- Inhalt
- Frist
- Verletzung der Informationspflicht



Verletzung der Fürsorgepflicht

Sanktion	Anspruch
Erfüllungszwang	z.B. Ausstellung eines Zeugnisses
Verweigerung der Arbeitsleistung	bei Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung
Schadenersatz	nach Art. 97 OR
ordentliche Kündigung	+
ausserordentliche Kündigung	in schweren Fällen oder nach Verwarnung
spezialgesetzliche Sanktionen	DSG GIG