

Art. 328 OR: Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers im Allgemeinen

Funktion, Schutzgüter und Systemstellung

Art. 328 OR ist die arbeitsvertragliche Generalklausel des Persönlichkeitsschutzes. Nach Abs. 1 muss der Arbeitgeber die Persönlichkeit des Arbeitnehmers achten und schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit sorgen. Satz 2 hebt den Schutz vor sexueller Belästigung hervor und verlangt, dass den Opfern keine weiteren Nachteile entstehen. Abs. 2 konkretisiert die Pflicht für Leben, Gesundheit und persönliche Integrität und legt dafür einen technischen Sorgfaltsmassstab fest **Art. 328 OR**. Das Bundesgericht versteht die Bestimmung als arbeitsrechtliche Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes **2A.312/2004**.

Die Pflicht hat zwei Seiten. Der Arbeitgeber muss eigene Eingriffe unterlassen. Er muss die Persönlichkeit aber auch gegen Eingriffe von Vorgesetzten und anderen Mitarbeitenden schützen **CAPH/202/2010**. Erfasst sind namentlich:

- Gesundheit und körperliche Integrität **4C.354/2005**,
- persönliche und berufliche Ehre **4A_99/2012**,
- Privatsphäre **6B_536/2009**,
- Schutz vor Mobbing **4A_310/2019**,
- Schutz vor sexueller Belästigung **4A_283/2022**.

Fassung und gescheiterte Revisionsvorstösse

Die geltende Fassung beruht auf Anhang Ziff. 3 des Gleichstellungsgesetzes vom 24. März 1995 und gilt seit dem 1. Juli 1996. Damals wurde Abs. 1 Satz 2 eingefügt und Abs. 2 neu gefasst **Art. 328 OR**.

Spätere Vorstösse liessen den Artikel unverändert:

- Mobbing: Der Nationalrat lehnte 2003 eine parlamentarische Initiative zur Mobbingprävention ab. Die Kommissionsmehrheit argumentierte, gravierendes Mobbing verstosse «sowieso gegen die bereits bestehende Gesetzgebung, nämlich gegen Artikel 328 OR und Artikel 6 des Arbeitsgesetzes» **AB 2003 N 1460**.
- Sexuelle Belästigung: Der Ständerat gab 2022 einer Standesinitiative keine Folge. Diese wollte die Beweislast erleichterung von Art. 6 GIG auf sexuelle Belästigung ausdehnen. Die Mehrheit verwies auf die bestehende Schutzpflicht der Arbeitgeber «gemäss Artikel 328 OR» **BO 2022 E 805**.

Der Gesetzgeber hält die Generalklausel für diese Fallgruppen also für tragfähig. Die Beweislastregeln hat er dabei bewusst unverändert gelassen (siehe unten zur sexuellen Belästigung).

Zwingender Charakter und Verhältnis zum öffentlichen Arbeitsschutz

Art. 328 OR ist relativ zwingend. Weder durch Abrede noch durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag darf zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Abweichende Bestimmungen sind nichtig **Art. 362 OR**. Hinzu kommt Art. 101 Abs. 3 OR: Steht der Verzichtende im Dienst des andern, darf die Haftung für Hilfspersonen höchstens für leichtes Verschulden wegbedungen werden

Art. 101 OR.

Das öffentliche Recht stellt parallele Anforderungen:

- Art. 6 ArG: Der Arbeitgeber muss die nach der Erfahrung notwendigen, nach dem Stand der Technik anwendbaren und den Verhältnissen des Betriebes angemessenen Gesundheitsschutzmassnahmen treffen. Zudem muss er die erforderlichen Massnahmen zum Schutz der persönlichen Integrität vorsehen **Art. 6 ArG**.
- Art. 2 ArGV 3: Die Bestimmung nennt ausdrücklich die «physischen und psychischen Gesundheit». Sie verlangt, eine übermässige oder allzu einseitige Beanspruchung zu vermeiden und die Arbeit geeignet zu organisieren **Art. 2 ArGV 3**.
- Art. 82 UVG: Für die Verhütung von Berufsunfällen gilt derselbe Massstab. Die Arbeitnehmer müssen ihrerseits persönliche Schutzausrüstungen benützen **Art. 82 UVG**.

Die Brücke ins Vertragsrecht schlägt Art. 342 Abs. 2 OR. Auferlegt das öffentliche Recht dem Arbeitgeber eine Pflicht, die auch Inhalt des Einzelarbeitsvertrags sein könnte, hat der Arbeitnehmer einen zivilrechtlichen Erfüllungsanspruch **Art. 342 OR**. Das Kantonsgericht Wallis bemisst den Umfang der Informations- und Präventionspflicht deshalb in erster Linie nach den Spezialvorschriften, etwa der VUV **C1 24 90**.

Die öffentlich-rechtliche Aufsicht entlastet den Arbeitgeber nicht. Steht eine Schutzpflichtverletzung fest, könnte selbst eine umfassende behördliche Überprüfung nach dem Bundesgericht «kaum zu einer Exkulpation des Arbeitgebers führen» **4A_189/2015**.

Auch das Sozialversicherungsrecht lässt die Haftung bestehen. Seit Einführung des ATSG ist Art. 75 ATSG nach dem Bundesgericht nur noch ein Regressprivileg und kein Haftungsprivileg mehr. Für den von den Versicherern nicht gedeckten Direktschaden haftet der Arbeitgeber aus Art. 328 OR auch bei Fahrlässigkeit. Der Regress der Versicherer setzt dagegen Absicht oder grobe Fahrlässigkeit voraus. Bei juristischen Personen zählt dafür nur das Verschulden von Organen **4A_383/2022**.

Persönlicher und zeitlicher Anwendungsbereich

Hilfspersonen, Vorgesetzte und Arbeitskollegen

Der Arbeitgeber haftet für Persönlichkeitsverletzungen durch Vorgesetzte oder die Personalabteilung **BGE 125 III 70** und allgemein nach Art. 101 Abs. 1 OR für Hilfspersonen **Art. 101 OR**. Drei Beispiele:

- Einem Fussballklub wurden die herabsetzenden Presseäusserungen seines Trainers zugerechnet **4A_53/2011**.
- Das Mobbing durch eine Filialeiterin wurde der Arbeitgeberin zugerechnet (zu den Kündigungsfolgen siehe unten zur missbräuchlichen Kündigung) **CCC.1999.7617**.
- Für den tätlichen Angriff eines Kollegen am Arbeitsplatz haftete der Arbeitgeber, weil er den Entlastungsbeweis nach Art. 101 OR nicht erbrachte **CAPH/202/2010**.

Bei Belästigung unter Kollegen gleicher Stufe knüpft die Interventionspflicht an die Kenntnis des Arbeitgebers an. Das

Kantonsgericht Waadt verlangte, dass das Opfer den Arbeitgeber informiert; andernfalls sei dieser von jeder Verantwortung befreit. Sobald der Arbeitgeber Kenntnis hat, muss er eingreifen. Im Anlassfall genügen weder die bloss Anheftung der Beschuldigten noch eine bloss vorübergehende Versetzung des Opfers

CACI pt16-018090-173/2022. Die Pflicht ist allerdings eine Massnahmen- und keine Erfolgspflicht. Das Tessiner Appellationsgericht sah Art. 328 OR als erfüllt an, weil der Arbeitgeber wiederholt Gespräche geführt und den Konflikt zu entschärfen versucht hatte. Der Kläger hatte diesen Konflikt durch Beschimpfungen und Drohungen selbst mitverursacht **12.2003.17.**

Personalverleih

Der Einsatzbetrieb hat gegenüber verliehenen Arbeitskräften beim Gesundheitsschutz und bei der Arbeitssicherheit dieselben Pflichten wie gegenüber eigenen Arbeitnehmern **Art. 9 ArGV 3 Art. 10 VUV.**

Nach dem Kantonsgericht Wallis liegt die Sicherheitspflicht in erster Linie beim Einsatzbetrieb. Der Verleiher bleibt aber aus Art. 328 OR selbst verpflichtet und haftet nach Art. 101 OR für Fehler des Einsatzbetriebs. Im konkreten Fall scheiterte die Haftung, weil keine Pflichtverletzung des Einsatzbetriebs bewiesen war **C1 24 90.** Das Kantonsgericht Schwyz betonte demgegenüber, der Arbeitsvertrag bestehe mit dem Verleiher. Die Haftung des Einsatzbetriebs hänge deshalb von den konkreten Verleihumständen ab, die es zur Abklärung zurückwies **ZK1 2022 39.**

Bewerbungsphase: Fragerecht und Offenbarungspflicht

Nach Art. 328b OR darf der Arbeitgeber Daten nur bearbeiten, soweit sie die Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Vertragsdurchführung erforderlich sind **Art. 328b OR.** Daraus leitet das Bundesgericht für das Bewerbungsverfahren folgende Regeln ab **8C_387/2022:**

- Wahrheitsgemäss beantworten muss der Bewerber nur Fragen, die direkt mit der Stelle zusammenhängen und deren Antwort für das konkrete Arbeitsverhältnis objektiv von Interesse ist.
- Von sich aus offenbaren muss er nur Umstände, die ihn für die Stelle (absolut) ungeeignet erscheinen lassen.
- Über seinen Gesundheitszustand muss er in der Regel nicht spontan informieren.
- Bei einer ärztlichen Eintrittsuntersuchung erfährt der Arbeitgeber nur die Schlussfolgerungen zur Eignung, nicht die Diagnose.

Im Anlassfall hatte eine Bewerberin für eine sicherheitsrelevante Bahnstelle eine chronische Krankheit verschwiegen. Das Bundesgericht hielt die Frage nach aktuellen Gesundheitsstörungen für zulässig. Es verneinte aber eine wesentliche Pflichtverletzung, weil die Instruktionen zum Fragebogen mehrdeutig waren und die Krankheit die Arbeitsfähigkeit nicht beeinträchtigte **8C_387/2022.** Damit hob es den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts auf, das eine Verletzung der vorvertraglichen Loyalitätspflicht angenommen hatte **a-1454-2021.** Der Fall betraf zwar Bundespersonal. Die Begründung stützt sich aber ausdrücklich auf Art. 328b OR und trägt deshalb auch für privatrechtliche Bewerbungsverfahren.

Zwei kantonale Entscheide zeigen die Bandbreite:

- Das Kantonsgericht Graubünden hielt Fragen zur körperlichen Eignung einer Skilehrerin für zulässig, weil sie «in unmittelbarem Zusammenhang zum Arbeitsplatz und der zu leistenden Arbeit» standen. Die bewusst falsche Antwort wertete es als Täuschung im Sinne von Art. 28 OR **ZK2 2021 17.**
- Das Obergericht Zürich verneinte eine Pflicht eines HIV-positiven Profifussballers, seine Infektion offenzulegen. Eine solche Pflicht bestehe nur, wenn für ihn erkennbar sei, dass er für die Stelle wegen der Infektion «überhaupt nicht in Frage kommt». Lässt sich das Ansteckungsrisiko durch Schutzmassnahmen senken, muss der Arbeitgeber diese treffen. Die fristlose Entlassung war ungerechtfertigt **LA110040.**

Nachwirkung nach Vertragsende

Die Schutzpflicht wirkt in gewissem Umfang über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus. Eine Referenzauskunft verletzt Art. 328 Abs. 1 OR nur, wenn sie zugleich ungünstig und unrichtig ist („à la fois défavorables et inexactes“). Keine Verletzung liegt vor, wenn der Arbeitgeber sachdienliche Fragen ohne unnötig verletzende Formulierungen beantwortet und darlegt, was er in guten Treuen für wahr halten darf. Im Anlassfall verhinderte die falsche und herabsetzende Auskunft einer Hilfsperson die Anstellung der früheren Mitarbeiterin in einer Kinderkrippe. Das Bundesgericht bejahte grundsätzlich Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung **4A_117/2013.**

Auch die willkürliche Verweigerung von Referenzen kann zur Haftung führen. Für Gerüchte haftet der Arbeitgeber dagegen nur, wenn er als ihr Urheber nachgewiesen ist **4A_592/2008.** Das Obergericht Thurgau richtet den zulässigen Umfang von Referenzauskünften an der Art des erteilten Zeugnisses aus. Auskunft gegeben werden darf über alles, was in einem solchen Zeugnis stehen dürfte, und zwar unter Wahrung der Grundsätze «der Wahrheit wie auch des Wohlwollens» **RBOG 2007 Nr. 08.** Das Obergericht Zürich liess es zu, im Schlusszeugnis einer Pflegeeinrichtung die abschliessende Weigerung eines Mitarbeiters zu erwähnen, die Covid-Testpflicht einzuhalten. Diese Angabe sei wahr und für künftige Arbeitgeber im Gesundheitsbereich relevant **LA240004.**

Öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse

Auf öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse ist Art. 328 OR nur kraft Verweisung anwendbar:

- bei der Nationalbank als subsidiäres öffentliches Recht aufgrund der Allgemeinen Anstellungsbedingungen **2A.312/2004,**
- beim Bundespersonal über Art. 6 Abs. 2 BPG **a-2421-2022.**

Das Bundesverwaltungsgericht zieht dabei eine Grenze. Aus der Fürsorgepflicht folgt keine Pflicht, die Kosten eines Verfahrens gegen den eigenen Arbeitgeber zu übernehmen; das würde «die Grenzen der Fürsorgepflicht sprengen» **a-2421-2022.** Öffentlich-rechtliche Entscheide sind für das Privatrecht deshalb nur massgeblich, soweit sie Art. 328 OR selbst auslegen.

Gesundheitsschutz nach Abs. 2

Massstab: notwendig, technisch möglich, angemessen, zumutbar

Abs. 2 verlangt Massnahmen, die drei Anforderungen genügen: Sie müssen nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sein. Geschuldet sind sie, soweit sie dem Arbeitgeber mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung billigerweise zugemutet werden können **Art. 328 OR.**

Massgeblich ist nach dem Bundesgericht, «ob mit zusätzlichen der Beklagten zumutbaren Massnahmen eine Beeinträchtigung der Gesundheit und damit der Arbeitsfähigkeit des Klägers hätte vermieden werden können» **4C.354/2005.** Das Obergericht Aargau misst die Zumutbarkeit einer Massnahme «am Gefährdungspotenzial» **ZVE.2023.8.**

Der Massstab richtet sich nach der konkreten Person. Bei einem Arbeitnehmer mit bekannter Rauchallergie können nach dem Bundesgericht «weitergehende Massnahmen gerechtfertigt erscheinen als in Bezug auf den Schutz "gewöhnlicher" Nichtraucher». Das Gericht wies die Sache zur Abklärung zurück, ob zusätzliche Rauchverbote in Korridoren und im Sitzungszimmer wirksam und durchsetzbar gewesen wären **4C.354/2005.**

Rauchen und Suchtmittel

Das Passivrauchschutzgesetz verbietet das Rauchen in

geschlossenen Räumen, die mehreren Personen als Arbeitsplatz dienen **Art. 1 818.31**. Seit 1. Oktober 2024 erfasst das Verbot auch Tabakprodukte zum Erhitzen und E-Zigaretten. Raucherräume sind nur zulässig, wenn dort keine Arbeitnehmer beschäftigt werden. In Raucherräumen von Restaurations- und Hotelbetrieben dürfen Arbeitnehmer ausnahmsweise beschäftigt werden, wenn sie ausdrücklich zustimmen. Diese Zustimmung hat im Rahmen des Arbeitsvertrags zu erfolgen **Art. 2 818.31**; die Verordnung verlangt Schriftlichkeit und verweist für Schwangere, Stillende und Jugendliche auf den Sonderschutz des Arbeitsgesetzes **Art. 6 PaRV**. Die Kantone dürfen strengere Vorschriften erlassen **Art. 4 818.31**.

Für private Haushalte gilt das Gesetz nicht **Art. 1 818.31**. Dort bleibt Art. 328 OR der Massstab, ebenso dort, wo ein besonderes Gesundheitsrisiko über das gesetzliche Minimum hinausgeht. Die NichtraucherSchutznorm von Art. 19 ArGV 3, auf die sich der Allergiefall noch stützte, trägt heute einen anderen Titel **Art. 19 ArGV 3**. Der vertragliche Massstab des Entscheids bleibt davon unberührt.

Für Suchtmittel bestimmt Art. 6 Abs. 2bis ArG, dass der Arbeitgeber dafür sorgen muss, dass der Arbeitnehmer bei der Arbeit keinen Alkohol oder andere berauschende Mittel konsumieren muss **Art. 6 ArG**.

Keine Kausalhaftung, aber strenge Instruktionspflichten

Abs. 2 begründet keine Kausalhaftung. Der Arbeitnehmer muss behaupten und beweisen, dass der Arbeitgeber eine zumutbare Massnahme unterlassen hat. Im Fall zweier umgestürzter Palettenstapel verneinte das Bundesgericht eine Haftung: Weder Art. 328 Abs. 2 OR noch Art. 41 Abs. 1 VUV sehen eine verschuldensunabhängige Haftung vor **4A_587/2019**.

Bei Unterlassungen, etwa einer mangelhaften Instruktion, geht es um den Beweis einer negativen Tatsache. Den Arbeitgeber trifft deshalb eine beweisrechtliche Mitwirkungspflicht: Er muss die Behauptungen des Arbeitnehmers «substanziell zu bestreiten» **4A_611/2018**.

Steht eine Pflichtverletzung im Raum, sind die Anforderungen streng:

- Fehlende Sicherheitseinrichtung: Fehlte ein nach Art. 28 Abs. 1 VUV vorgeschriebener Sicherheitsbügel, haftete der Arbeitgeber trotz vorgängiger SUVA-Arbeitsplatzkontrolle **4A_189/2015**.
- Fehlende Instruktion: Ein seit drei Wochen angestellter Elektriker montierte eine 20 bis 30 kg schwere Vorhangschiene auf 3,60 m Höhe von einer Leiter aus, obwohl ein Rollgerüst verfügbar war. Der Arbeitgeber hatte keinerlei Sicherheitsinstruktionen erteilt und haftete. Es sei seine Sache, die Arbeitnehmer auf alle mit der Arbeit verbundenen Risiken aufmerksam zu machen **4A_21/2016**.
- Unterlassene zumutbare Vorkehren: Bei einer CNC-Fräse fehlten ein Spindelstopp und eine zusätzliche Schutzscheibe, obwohl beides «hinsichtlich des Aufwands sowie der Auswirkungen auf den Arbeitsablauf» zumutbar gewesen wäre. Dass der Arbeitgeber diese Vorkehrungen erst nach dem Unfall traf, wertete das Obergericht Aargau als Indiz **ZVE.2023.8**.

Selbstverschulden und Mitverschulden des Arbeitnehmers

Die Schutzpflicht umfasst die Verhütung von Unfällen, «welche nicht auf ein unvorhersehbares Verhalten bzw. auf schweres Verschulden des geschädigten Arbeitnehmers zurückzuführen sind». Gegenüber voll ausgebildeten und erfahrenen Arbeitnehmern gelten mildere Anforderungen an Instruktion und Kontrolle. Im Kranfall wusste der Arbeitnehmer aus Erfahrung, dass er den Gefahrenbereich verlassen musste. Die Klage wurde abgewiesen **4A_611/2018**. Das Obergericht Solothurn verneinte eine Haftung, weil der Arbeitnehmer eine «klar und unmissverständlich» erteilte Weisung missachtet hatte, zu zweit abzuladen. Sein Versuch, das wegrollende Fahrzeug allein aufzuhalten, begründete ein schweres und alleiniges Selbstverschulden **ZKBER.2025.6**.

Gewöhnliche Unachtsamkeit unterbricht den Kausalzusammenhang dagegen nicht. Auch ein erfahrener Giesser kann «bei der Arbeit

unachtsam sein». Sein Mitverschulden führte zu einer Kürzung um einen Drittel nach Art. 44 Abs. 1 OR **4A_189/2015**. Mangelnde Erfahrung allein begründet kein Mitverschulden. Von einem neuen Mitarbeiter kann nicht verlangt werden, einem Kollegen zu widersprechen. Eine Kürzung um 50 % hielt das Bundesgericht nur in einem Vergleichsfall für gerechtfertigt, in dem eine klare Weisung zum Tragen einer Schutzbrille missachtet worden war **4A_21/2016**. Das Obergericht Aargau kürzte um die Hälfte, weil der Arbeitnehmer bewusst und mit Handschuh in den Gefahrenbereich gegriffen hatte. Sein Mitverschulden wog damit «ungefähr gleich schwer» wie dasjenige des Arbeitgebers **ZVE.2023.8**.

Psychische Gesundheit und Arbeitsbelastung

Die Schutzpflicht erfasst auch psychische Gefährdungen, die aus Arbeitsorganisation und Überlastung entstehen **Art. 2 ArGV 3**. Die Haftung hängt hier vor allem an zwei Punkten: an der Kenntnis des Arbeitgebers und am Nachweis der Kausalität.

Das Bundesverwaltungsgericht nahm über Art. 328 OR eine erhöhte Fürsorgepflicht an. Die Arbeitnehmerin hatte wiederholt Überlastung gemeldet und auf ihre ärztliche Behandlung hingewiesen. Der Arbeitgeber hätte deshalb «nähere Angaben zu verlangen, eine arbeitsmedizinische Abklärung vorzunehmen und gestützt darauf soweit erforderlich Abhilfe zu schaffen». Ob die Unterlassung die Erkrankung verursacht hatte, blieb offen; dazu wurde die Sache zurückgewiesen **a-6750-2018**.

Das Bundesgericht verlangt den Nachweis einer «gesundheitsgefährdenden Arbeitslast» und deren Kenntnis durch den Arbeitgeber. Ein Anstieg von 10 auf 21 Projekte genügte nicht, weil die «Projektanzahl allein keinen verlässlichen Rückschluss auf die tatsächliche Arbeitsbelastung» zulasse **4A_295/2024**. Die kantonale Praxis zeigt die Bandbreite:

- Die Waadtländer Cour d'appel civile bestätigte eine Genugtuung von CHF 3'000 für ein Burnout. Ursachen waren Überlastung und ein ungeeigneter Arbeitsplatz; der Arbeitgeber hatte die Lage zusätzlich verschärft, indem er den Kontakt zur Treuhandstelle verbot. Wegen einer vorbestehenden Verletzlichkeit sprach das Gericht nur eine Teilgenugtuung zu **CACI p320-015061-431/2024**.
- Die Genfer Cour de justice wies eine Klage ab. Der Arbeitnehmer hatte nicht bewiesen, dass seine Arbeitslast über das Erwartbare hinausging. Die Arztzeugnisse stützten sich auf seine eigene Schilderung, und andere Ursachen standen im Raum **CAPH/175/2021**.

Weisungsrecht, ärztliche Untersuchungen und Gesundheitsdaten

Grenzen des Weisungsrechts

Das Weisungsrecht nach Art. 321d OR findet nach dem Bundesgericht «am Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers, bzw. der Pflicht des Arbeitgebers, dieses zu achten (Art. 328 OR), seine Schranke». Weisungen, die in die Persönlichkeit eingreifen, haben sich «auf das betrieblich Notwendige zu beschränken». Erforderlich ist stets eine Interessenabwägung: «Je intensiver das betriebliche Interesse, desto weiter darf in Persönlichkeitsrechte eingegriffen werden» **4A_612/2025**. Weisungen, die widerrechtlich oder unsittlich sind, muss der Arbeitnehmer nicht befolgen **4A_60/2026**.

Impfung und Covid-Tests

Das Bundesgericht hat das Impfblogatorium für das Bordpersonal einer Fluggesellschaft während der Pandemie in zwei Entscheiden geschützt. Wegen der Einreisevorschriften war der Flugbetrieb ohne geimpftes Personal ernstlich gefährdet, und eine mildere Massnahme war nicht ersichtlich. Das betriebliche Interesse überwog deshalb das Interesse an der körperlichen Unversehrtheit. Die Kündigung nach der Weigerung war nicht missbräuchlich **4A_612/2025**. Den Nachweis

einer Impfunfähigkeit hatte die Arbeitnehmerin nicht erbracht
4A_60/2026.

Wie stark ein Test eingreift und welche Sanktion folgt, kann das Ergebnis aber umkehren:

- Spucktest, ordentliche Kündigung: Das Verwaltungsgericht Graubünden qualifizierte einen Spucktest als leichten Eingriff. Die ordentliche Kündigung nach der Verweigerung war gerechtfertigt. Für die Dauer der Freistellung war kein Lohn geschuldet, weil der Arbeitnehmer die Verhinderung selbst verschuldet hatte
U 2021 95.
- PCR-Test, fristlose Entlassung: Das Kantonsgericht Jura erachtete die fristlose Entlassung einer Spitalmitarbeiterin als ungerechtfertigt. Sie hatte einen nasopharyngealen PCR-Test verweigert, arbeitete aber ohne Patientenkontakt in der Sterilisation und hatte einen Speicheltest oder Quarantäne angeboten. Der Arbeitgeber habe überstürzt gehandelt
ADM 2022 57.

Vertrauensärztliche Untersuchung

Die Aufforderung an einen krankheitshalber abwesenden Arbeitnehmer, sich vertrauensärztlich untersuchen zu lassen, ist nach dem Bundesgericht grundsätzlich keine Persönlichkeitsverletzung. Auch der Umstand, dass ein Psychiater die Untersuchung vornahm, war ohne besondere Umstände keine schwere Beeinträchtigung
BGE 125 III 70.

Die Kosten trägt allerdings der Arbeitgeber. Nach dem Verwaltungsgericht Aargau «erschöpft sich» die Pflicht des erkrankten Arbeitnehmers in der Vorlage eines einfachen Arztzeugnisses. Die Weisung, auf eigene Kosten ein fachärztliches Gutachten beizubringen, war unzulässig. Ihre Missachtung bildete keinen sachlichen Kündigungsgrund **WKL.2017.8.**

Generelle Drogentests bei sämtlichen Lernenden hielt die Eidgenössische Datenschutzkommission nach Art. 328b OR und DSG für unverhältnismässig. Die Einwilligung der Lernenden sei im Arbeitsverhältnis «nicht als wirklich freiwillig» zu werten. Tests aus konkretem Anlass, etwa bei begründetem Verdacht, könnten dagegen zulässig sein **150006614.**

Genetische Untersuchungen

Für genetische Untersuchungen gilt das GUMG als Sonderregime. Untersuchungen im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis dürfen nur Eigenschaften abklären, die am Arbeitsplatz relevant sind. Dem Arbeitgeber darf der Arzt nur mitteilen, ob die Person für die Tätigkeit in Frage kommt **Art. 38 GUMG.**

Präsymptomatische genetische Untersuchungen darf der Arbeitgeber grundsätzlich weder verlangen noch nach früheren Ergebnissen fragen oder solche verwerten **Art. 39 GUMG.** Eine Ausnahme besteht nur unter kumulativen Voraussetzungen **Art. 40 GUMG:**

- Der Arbeitsplatz ist der arbeitsmedizinischen Vorsorge unterstellt oder einer bundesrechtlich vorgeschriebenen Eignungsuntersuchung unterworfen.
- Die Schutzmassnahmen nach Art. 82 UVG reichen nicht aus.
- Die Relevanz der genetischen Veranlagung ist von der Fachkommission bestätigt.
- Für die Verhütung von Berufskrankheiten muss die SUVA zustimmen.

Ehre, Privatsphäre und Überwachung

Ehre und berufliches Ansehen

Die Schutzpflicht umfasst die persönliche und die berufliche Ehre. Erhebt der Arbeitgeber schwere Vorwürfe, die sich als unbegründet erweisen, obwohl er keine ernsthaften Indizien hatte oder nichts zur Klärung unternahm, liegt eine schwere Persönlichkeitsverletzung vor.

Das Bundesgericht hatte einen Fall zu beurteilen, in dem Pflegehelferinnen leichtfertig der Misshandlung beschuldigt worden waren. Der Arbeitgeber hatte den Verdacht zudem einer kantonalen Aufsichtsstelle gemeldet. Diese Meldung war nach dem Bundesgericht «un acte caractéristique de stigmatisation». Die Kündigungen waren deshalb missbräuchlich **4A_99/2012.**

Allgemein darf der Arbeitgeber das Verhalten eines Arbeitnehmers nicht «de manière inutilement vexatoire et au-delà du cercle des intéressés» stigmatisieren. Ein Fussballtrainer hatte einen Spieler in der Presse als «traître» und «imbécile» bezeichnet. Dafür schuldete der Klub Genugtuung **4A_53/2011.** Die Begrenzung auf den Kreis der Interessierten ist auch eine Grenze der Haftung. Das Bundesgericht verneinte eine Stigmatisierung in einem Fall, in dem der Arbeitgeber über einen Diebstahlsverdacht nicht über diesen Kreis hinaus kommuniziert hatte. Zugleich hielt es fest, dass auch zutreffende Tatsachen eine Persönlichkeitsverletzung begründen können, wenn sie gegenüber Dritten stigmatisierend verbreitet werden **4A_335/2023**.

Die kantonale Praxis stuft den zulässigen Adressatenkreis ab:

- Das Obergericht Zürich beurteilte Communiqués an Belegschaft und Stiftungsrat als Persönlichkeitsverletzend. Sie hatten unbewiesene Vorwürfe verbreitet und kamen nach dem Gericht einer «Vorverurteilung» gleich. Das blosse wirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers rechtfertigte die Kommunikation nicht **LA210004.**
- Das Kantonsgericht Freiburg bestätigte vorsorgliche Massnahmen nach Art. 28 ZGB. Erlaubt blieb die Mitteilung, dass der CEO entlassen worden war, und zwar an Organe, Behörden und Banken. Die Gründe der Entlassung durften nicht mitgeteilt werden, und gegenüber Öffentlichkeit, Kunden und Lieferanten war jede Kommunikation untersagt **101 2024 247.**

Privatsphäre und Datenbearbeitung

Für die Datenbearbeitung konkretisiert Art. 328b OR den Persönlichkeitsschutz. Zulässig ist sie nur, soweit die Daten die Eignung betreffen oder für die Vertragsdurchführung erforderlich sind. Im Übrigen gilt das DSG **Art. 328b OR.**

Das Arbeitsgericht Zürich prüfte die Weitergabe von Name und Funktion eines Mitarbeiters an das US-Justizdepartement. Art. 328b OR gilt nach diesem Entscheid auch nach Vertragsende, soweit die Daten aus dem Arbeitsverhältnis stammen. Die Weitergabe betraf weder die Eignung noch war sie für den Vertrag erforderlich. Das Gericht prüfte zudem gesondert, ob ein Rechtfertigungsgrund nach DSG vorlag, und verneinte ein überwiegendes Interesse **AN150017.**

Nicht jede Erfassung verletzt die Privatsphäre. Das Bundesgericht verneinte eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung bei einer Videokamera im Kassenraum. Dieser Raum gehört nicht zur Privatsphäre, und am Diebstahlschutz bestand ein erhebliches Sicherheitsinteresse **6B_536/2009.**

Überwachung am Arbeitsplatz

Art. 26 Abs. 1 ArGV 3 verbietet Überwachungssysteme, die das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen sollen. Systeme, die aus anderen Gründen erforderlich sind, müssen so gestaltet werden, dass sie Gesundheit und Bewegungsfreiheit nicht beeinträchtigen **Art. 26 ArGV 3.**

Nach dem Bundesgericht sind nur Systeme verboten, die ausschliesslich oder im Wesentlichen das Verhalten überwachen. Systeme mit anderen legitimen Zwecken sind zulässig, wenn sie verhältnismässig sind und die Betroffenen vorgängig informiert werden. Ein GPS, das das Verhalten nur indirekt, punktuell und mit Unterbrüchen erfasst, kann verhältnismässig sein **BGE 130 II 425.**

Die Grenze zeigt der Fall einer verdeckten Spyware. Sie zeichnete während mehr als drei Monaten die gesamte Computertätigkeit eines Mitarbeiters auf, einschliesslich des Inhalts von E-Mails. Das war unzulässig und unverhältnismässig, denn die Auswertung der

vorhandenen Logfiles und eine Ermahnung hätten genügt. Die so gewonnenen Beweise waren unverwertbar, und die fristlose Entlassung fiel dahin **8C_448/2012**.

Ein absolutes Verwertungsverbot besteht allerdings nicht. Die nur sporadisch erfassende Kassenraumkamera fiel bei einschränkender Auslegung nicht unter das Verbot von Art. 26 ArGV 3. Ihre Aufnahmen waren verwertbar **6B_536/2009**. Im Bundespersonalrecht hielt das Bundesgericht fest, rechtswidrig erlangte Beweismittel seien «solo (ma pur sempre) in linea di massima» ausgeschlossen. Ihre Verwendung hänge von einer Interessenabwägung ab **BGE 143 II 443**. Dieser Entscheid betrifft das Verwaltungsverfahren und ist für den Zivilprozess nur als Analogie heranzuziehen.

Das Arbeitsgericht Zürich erklärte die GPS-Ortung eines auch privat nutzbaren Firmenfahrzeugs für unzulässig. Für die Freizeit waren keine Vorkehrungen getroffen worden, und die Verwertung der Aufzeichnungen war ebenfalls unzulässig **AH180153-L**.

Interne Untersuchungen, Verdachtskündigung und Whistleblowing

Anforderungen an die Untersuchung

Wird ein Arbeitnehmer eines ehrenrührigen Verhaltens verdächtigt, muss er nach Art. 328 Abs. 1 OR seine Position und seine Ehre wirksam verteidigen können. Eine Kündigung wegen Diebstahlsverdachts ist zulässig, wenn ernsthafte Indizien vorliegen und der Arbeitgeber die zumutbaren Abklärungen getroffen hat. Missbräuchlich ist sie hingegen, wenn er die Vorwürfe ohne ernsthafte Indizien und ohne Überprüfung erhebt.

Im Anlassfall stützte sich der Arbeitgeber im Wesentlichen auf die Aussage eines einzigen Heimbewohners. Den Mitbewohner im gleichen Zimmer befragte er nicht. Der Mitarbeiterin gab er keine Gelegenheit, sich beistehen zu lassen, während er selbst von zwei Kaderpersonen begleitet war. Die Kündigung war missbräuchlich **4A_694/2015**.

Umgekehrt genügten in einem anderen Fall umfassende Abklärungen. Der Arbeitgeber hatte über einen langen Zeitraum alle Negativbuchungen geprüft, Präsenzlisten abgeglichen und einen Softwarefehler ausgeschlossen. Die Kündigung war nicht missbräuchlich **4A_335/2023**.

Das Bundesgericht hat die Anforderungen bei Vorwürfen sexueller Belästigung präzisiert. Die strafprozessualen Garantien haben keine direkte Wirkung auf interne Untersuchungen eines privaten Arbeitgebers. Es war nicht zu beanstanden, dass der Beschuldigte erst zu Beginn des Gesprächs über dessen Zweck erfuhr. Auch eine Vertrauensperson, die ein internes Merkblatt vorsah, war nicht zwingend. Ebenso wenig musste der Arbeitgeber jede Einzelheit offenlegen, weil die Vertraulichkeit der meldenden Personen zu schützen war. Nach umfangreichen Abklärungen durch ein spezialisiertes Team war die ordentliche Kündigung nicht missbräuchlich **4A_368/2023**. Das Bundesgericht hob damit den Entscheid des Obergerichts Zürich auf, der deutlich strengere, strafprozessähnliche Anforderungen gestellt hatte **LA210022**.

Das Appellationsgericht Tessin sah eine Kündigung als missbräuchlich an, die allein auf die Meldung von Eltern eines ehemaligen Schülers wegen pädophiler Handlungen gestützt war. Der Arbeitgeber hatte den Beschuldigten nicht angehört und keine Abklärungen getroffen. Nach dem Gericht hätte er den Mitarbeiter vorsorglich freistellen und in der Zwischenzeit abklären können **12.2023.69**.

Whistleblowing

Fehlen Whistleblowing-Richtlinien und ein sicherer interner Kanal, handelt nach dem Bundesgericht nicht treuwidrig, wer einen Verdacht gegen einen Vorgesetzten in guten Treuen dem Rechtsberater der Bank anvertraut. Umgekehrt verletzte die Bank Art. 328 OR in zwei

Punkten:

- Sie bezog ausgerechnet den verdächtigten Vorgesetzten in die Untersuchung ein.
- Sie unterzog den Meldenden einem summarischen Verhör, statt ihn mit den Ergebnissen zu konfrontieren.

Die Kündigung war missbräuchlich **4A_2/2008**.

Die Grenze liegt dort, wo die Meldung nicht in guten Treuen erfolgt. Das Bundesgericht schützte im öffentlichen Personalrecht eine Kündigung, nachdem der Arbeitnehmer Anzeige erstattet hatte, bevor der Arbeitgeber die Vorwürfe überhaupt untersuchen konnte **8C_484/2016**. Das Kantonsgericht Basel-Landschaft verweist auf das Kaskadenprinzip: Externe Meldungen sind erst als ultima ratio zulässig. Im beurteilten Fall hatte der Arbeitnehmer den internen Dienstweg eingehalten. Für eine erstmalige Treuepflichtverletzung verlangte das kommunale Personalrecht zudem eine Verwarnung. Die Kündigung war ungerechtfertigt **810 21 173**.

Mobbing, Arbeitskonflikte und Gewalt

Begriff und Abgrenzung

Mobbing verletzt Art. 328 OR. Das Bundesgericht definiert es als Abfolge feindseliger Äusserungen oder Handlungen, die über längere Zeit häufig wiederholt werden und darauf abzielen, eine Person am Arbeitsplatz zu isolieren, auszugrenzen oder zu entfernen. Kein Mobbing liegt vor, wenn bloss ein Konflikt unter Arbeitskollegen, eine Unverträglichkeit der Charaktere oder ein Vorgesetzter besteht, der seinen Pflichten nicht immer nachkommt. Auf dieser Grundlage verneinte das Bundesgericht Mobbing in einem Fall, in dem lediglich zwei unverträgliche Persönlichkeiten aufeinandertrafen. Der Arbeitgeber hatte zudem rasch reagiert: Er führte zwei Konfliktgespräche, setzte einen externen Mediator ein und entliess anschliessend den Direktor **4A_310/2019**.

Mobbing ist schwer zu beweisen. Der Beweis beruht in der Regel auf der Würdigung einer Vielzahl von Indizien. Deshalb billigt das Bundesgericht den kantonalen Gerichten bei der Gesamtwürdigung einen Ermessensspielraum zu. Zielvorgaben und selbst eindringliche Aufforderungen, die Arbeitspflichten zu erfüllen, sind für sich allein kein Mobbing **8C_446/2010**. Bejaht hat das Bundesgericht Mobbing etwa bei einem Arbeitgebervertreter, der sich fast ein Jahr lang regelmässig und vor Kunden aggressiv und beleidigend verhielt **4A_60/2014**.

Konfliktintervention auch unterhalb der Mobbingsschwelle

Art. 328 OR kann auch verletzt sein, wenn kein Mobbing vorliegt. Bleibt der Arbeitgeber in einem offenen Konflikt zwischen einer Arbeitnehmerin und ihrem Vorgesetzten untätig, verletzt er seine Schutzpflicht. Im entschiedenen Fall scheiterte die Haftung aber am natürlichen Kausalzusammenhang zwischen dieser Unterlassung und der Depression der Arbeitnehmerin **4A_32/2010**. Entsteht ein Konflikt, muss der Arbeitgeber die Massnahmen ergreifen, die man von ihm erwarten kann, um ihn zu entschärfen **4C.253/2001**.

Nach dem Obergericht Zürich setzt diese Pflicht aber einen Konflikt von einer gewissen Intensität voraus. Meinungsverschiedenheiten und eine schlechter werdende Stimmung genügen nicht. Zudem folgt aus der Fürsorgepflicht kein «Gebot zur Durchführung von Mediationsverfahren» **LA210043**.

Übergriffe durch Kunden und andere Dritte

Die Schutzpflicht gilt auch gegenüber Dritten wie Kunden oder Lieferanten. Wie weit sie reicht, bestimmt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit:

- Das Kantonsgericht Waadt hielt fest, dass Art. 328 OR eine eigene Verantwortung des Arbeitgebers für Handlungen Dritter begründet. Im Fall eines Casinos genügte es aber, dass die

Direktion einen ausfälligen Spieler zur Rede stellte, nachdem sich die Lage dadurch beruhigt hatte. Diese Intervention war gegenüber einem guten Kunden verhältnismässig und damit angemessen **CACI pt10-025386-424/2012**.

- Ein anderes Waadtländer Gericht bejahte eine Pflichtverletzung einer Schule. Sie kannte das Gewaltprofil eines Schülers, informierte die Lehrerin nicht und reagierte nicht auf deren E-Mail. Eine Genugtuung sprach das Gericht dennoch nicht zu, weil die Verletzung keine hinreichende objektive Schwere erreichte **TPRAC 7/2025**.

Sexuelle Belästigung

Begriff und Präventionspflicht

Art. 328 Abs. 1 Satz 2 OR verpflichtet den Arbeitgeber, dafür zu sorgen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht sexuell belästigt werden und den Opfern keine weiteren Nachteile entstehen **Art. 328 OR**. Den Begriff bestimmt Art. 4 GIG: Erfasst ist jedes belästigende Verhalten sexueller Natur oder ein anderes Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit, das die Würde am Arbeitsplatz beeinträchtigt **Art. 4 GIG**.

Nach dem Bundesgericht genügt es objektiv, zweimal ohne Einwilligung das Gesäss zu berühren. Die Bank im entschiedenen Fall hatte ihre Präventionspflichten verletzt, weil ihre Meldeinstrumente dem Personal unbekannt waren und ihre Verbreitung «manifestement défaillant» war. Zudem hatte sie der Arbeitnehmerin, die sich in offensichtlicher Notlage befand, sofort eine Konfrontation mit dem Täter auferlegt **4A_283/2022**. Erfasst ist auch ein feindseliges Klima unter Kollegen, das ohne Machtmissbrauch entsteht, etwa durch deplatzierte Scherze oder das Aufhängen unanständiger Bilder **4C.289/2006**.

Entschädigung nach GIG und Beweislast

Neben die Ansprüche aus Art. 328 OR tritt die Entschädigung nach Art. 5 Abs. 3 GIG. Sie entfällt nur, wenn der Arbeitgeber beweist, dass er die nach der Erfahrung notwendigen, angemessenen und zumutbaren Präventionsmassnahmen getroffen hat. Die Entschädigung wird auf der Grundlage des schweizerischen Durchschnittslohns berechnet und ist auf sechs Monatslöhne begrenzt. Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung bleiben vorbehalten **Art. 5 GIG**.

Ist der Belästiger ein Organ der juristischen Person, steht dem Arbeitgeber der Entlastungsbeweis nicht offen **4A_473/2013**. Ob die Belästigung stattgefunden hat, muss allerdings das Opfer nach Art. 8 ZGB beweisen. Die Beweislast erleichterung von Art. 6 GIG gilt nicht, weil deren Aufzählung abschliessend ist **4A_473/2013**. Genau diese Regel wollte die Standesinitiative von 2022 ändern; das Parlament lehnte dies ab **BO 2022 E 805**. Das Obergericht Zürich wies eine Klage gegen einen Arbeitgeber ab, weil der Vorgesetzte, dem die Belästigung vorgeworfen wurde, nicht Organ war. Seine Handlungen waren deshalb nicht direkt dem Arbeitgeber zuzurechnen **AN220047**.

Reaktion gegenüber dem Belästiger

Die Schutzpflicht gegenüber dem Opfer rechtfertigt nicht jede Sanktion gegenüber dem Beschuldigten. Auch der Beschuldigte hat Anspruch darauf, dass seine Persönlichkeit geschützt wird. Der Arbeitgeber muss deshalb prüfen, ob die Anschuldigung begründet ist. Das Bundesgericht hielt eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Verwarnung für ungerechtfertigt: Der Betroffene hatte einer Mitarbeiterin ein einziges Mal ein obszönes Bild per E-Mail geschickt. Der Arbeitgeber hätte ihm klarmachen müssen, dass er solches Verhalten nicht duldet. Erst im Wiederholungsfall wäre eine fristlose Entlassung in Betracht gekommen **4A_251/2009**.

Zum Vorgehen bei der Untersuchung siehe oben zu den internen Untersuchungen.

Gleichbehandlung und Diskriminierung

Kein allgemeiner Gleichbehandlungsanspruch

Ein allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz lässt sich nach BGE 129 III 276 aus Art. 328 OR nicht ableiten. Eine unsachliche und willkürliche Entscheidung verletzt die Persönlichkeit nur dann, «wenn darin eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt». Eine solche Geringschätzung kommt nur in Betracht, wenn ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl anderer deutlich schlechter gestellt wird. Die «Begünstigung einzelner Arbeitnehmer» ist hingegen «ohne weiteres zulässig» **BGE 129 III 276**.

Eine jüngere Formulierung des Bundesgerichts geht weiter. Danach schliessen «Jurisprudence et doctrine» auf einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 328 OR. Dieser begrenze insbesondere das Ermessen bei freiwilligen Gratifikationen. Der Bonus wurde im Anlassfall allerdings vor allem gestützt auf Wortlaut und Zweck des Vertrags zugesprochen **4A_651/2017**.

Die beiden Formulierungen stehen in Spannung zueinander. Der veröffentlichte Leitentscheid verlangt mehr als blosser Ungleichbehandlung. Das spätere Urteil wendet den Grundsatz konkret als Schranke des Gratifikationsermessens an. Für die Praxis bleibt BGE 129 III 276 der strengere und gewichtigere Massstab. Wer eine Benachteiligung geltend macht, sollte deshalb darlegen, dass er gegenüber einer Mehrheit vergleichbarer Mitarbeitender ohne sachlichen Grund zurückgesetzt wurde.

Das Obergericht Zürich bejahte auf dieser restriktiven Grundlage einen Anspruch ehemaliger Mitarbeitender. Sie waren von einer rückwirkenden Lohnerhöhung ausgeschlossen worden, was das Gericht als stossend wertete **NE030024**. Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV gilt zwischen Privaten nicht direkt. Ob das Freizügigkeitsabkommen private Arbeitgeber unmittelbar bindet, liess das Bundesgericht offen **4A_230/2018**.

Geschlechterdiskriminierung nach GIG

Für das Geschlecht gilt das Sonderregime des GIG. Es verbietet direkte und indirekte Benachteiligung, insbesondere bei Anstellung, Aufgabenzuteilung, Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Beförderung und Entlassung **Art. 3 GIG**. Für die in Art. 6 GIG genannten Bereiche genügt es, die Diskriminierung glaubhaft zu machen **Art. 6 GIG**.

Die Rechtsbehelfe nach GIG und nach Art. 328/49 OR sind getrennt geltend zu machen. Das Bundesgericht wies eine Klage ab, weil die Rechtsbegehren nach GIG nicht korrekt gestellt waren. Eine Entschädigung nach Art. 328 und 49 OR hatte die Klägerin nicht verlangt, obwohl die Äusserung des Vorgesetzten als Belästigung nach Art. 4 GIG qualifiziert wurde **4A_47/2022**. Eine Lohnklage scheiterte, weil die Stelle des Vorgängers nicht gleichwertig war: Er hatte das System auf strategischer Ebene aufgebaut und dabei ein höheres Risiko getragen **4A_636/2020**.

Die Genfer Cour de justice schliesst die Beweislast erleichterung auch für nicht sexuelle Belästigung und allgemeinen Druck aus. Solche Vorwürfe beurteilt sie allein nach Art. 328 und 49 OR **CAPH/9/2016**. Das Obergericht Zürich qualifizierte eine lang andauernde Freistellung nach der Mutterschaft als diskriminierend. Es ordnete gestützt auf den Beseitigungsanspruch nach Art. 5 Abs. 1 lit. b GIG die tatsächliche Weiterbeschäftigung an **LA100034**.

Beschäftigung, Freistellung und unzumutbare Arbeitsbedingungen

Beschäftigungsinteresse und Freistellung

Nach der Kündigung entfällt der Anspruch auf Beschäftigung grundsätzlich. Bei einer vollständigen Freistellung während der

Kündigungsfrist erschöpft sich die Fürsorgepflicht im Wesentlichen in der Lohnzahlung. Der Arbeitgeber darf als logische Folge der Freistellung Büro und Schlüssel zurückverlangen, den Zutritt kontrollieren und persönliche Effekten nach Hause senden. Eine Persönlichkeitsverletzung liegt darin nicht **4C.240/2000**. Für das öffentliche Personalrecht verneint auch das Bundesverwaltungsgericht einen Anspruch auf effektive Beschäftigung **a-7259-2017**.

Für bestimmte Berufe anerkennt das Bundesgericht jedoch ein legitimes Interesse an tatsächlicher Beschäftigung, namentlich für Künstler, Berufssportler oder Chirurgen. Wer nicht arbeitet, verliert an Marktwert. Ein Profifussballer, Captain der ersten Mannschaft, wurde ohne Aussicht auf weitere Spiele ins Training der U21 verbannt. Diese Haltung des Klubs «vidait le contrat de son sens» (zur daraus folgenden fristlosen Kündigung siehe unten) **4A_53/2011**. Die Neuenburger Vorinstanz hatte festgehalten, dass «Le simple versement du salaire ne suffit donc pas» **CC.2006.86**.

Auch die Art, wie eine Freistellung vollzogen wird, kann die Persönlichkeit verletzen. Das Verwaltungsgericht Zürich sprach einem Forscher eine Entschädigung zu, weil ihm während der Freistellung der Zugang zu seinen Forschungsdaten verwehrt worden war **PB.2010.00013**.

Herabstufung

Das Zivilgericht Waadt wertete es als Verletzung von Art. 328 OR, dass einem langjährigen Kader ohne vorgeworfenes Fehlverhalten die Führungsaufgaben entzogen wurden. Dies komme einer Rückstufung gleich. Es sprach CHF 15'000 Genugtuung zu **CCiv ct07-032052-1242010dca/2010**.

Ausbeutung und unzumutbare Arbeits- und Lebensbedingungen

Missbräuchliche Arbeits- und Lebensbedingungen können eine schwere Persönlichkeitsverletzung darstellen. Eine minderjährige Au-pair wurde ausgebeutet: Sie arbeitete extrem lange, hatte weder Ruhetage noch Ferien, war in ihrer Freiheit stark eingeschränkt und erhielt kaum Lohn. Das Bundesgericht schützte eine Genugtuung von CHF 12'000 **4C.94/2003**.

Nicht jede belastende Arbeitsgestaltung erreicht diese Schwelle. Bei einer Hausangestellten genügte systematische Sonntagsarbeit nicht für eine zusätzliche Genugtuung, die über die Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung hinausging **4A_482/2017**. Auch prekäre Hygiene kann die Schwelle erreichen: Ein Tierheim lagerte über Monate Tierkadaver im Gefrierfach des Personalkühlschranks. Das Kantonsgericht Waadt sah darin eine Verletzung von Art. 328 OR und Art. 6 ArG und sprach einen Monatslohn als Genugtuung zu **CACI p311-047589-254/2014**.

Privatleben, Erscheinungsbild und Grundrechtsausübung

Weisungen, die das Verhalten betreffen, müssen sich auf den unmittelbaren Zusammenhang mit der Arbeitsleistung beschränken **WKL.2017.8**. Für ausserdienstliches Verhalten ist der Spielraum des Arbeitgebers deshalb eng. Das Kantonsgericht Neuenburg erachtete eine fristlose Entlassung wegen eines Beitrags auf einem privaten Facebook-Konto als ungerechtfertigt. Der Beitrag nahm keinen Bezug auf den Arbeitgeber, frühere Verwarnungen betrafen andere Themen, und der Vertrag enthielt keine Regel zu sozialen Medien. Allenfalls wäre eine spezifische Verwarnung angezeigt gewesen **CACIV.2022.12**.

Das Zürcher Verwaltungsgericht beurteilte das Verbot, in der Freizeit an einem Drehbuch mitzuwirken, als unverhältnismässigen Eingriff ins Privatleben, weil ein Pseudonym genügt hätte **VB.2019.00597**. Das Bundesgericht hob diesen Entscheid im Punkt der Nichtigkeit der Kündigung auf und wies die Sache zur Festsetzung einer Entschädigung zurück **8C_242/2020**.

Die hier besprochenen Entscheide zu religiösen Zeichen betreffen

den öffentlichen Dienst. Die Genfer Verwaltungsjustiz schützte das Verbot, im Kontakt mit Patienten einen religiös motivierten Turban zu tragen. Sie stützte sich dabei auf das kantonale Laizitätsgesetz und nicht auf Art. 328 OR **ATA/239/2025**. In einem früheren Fall verneinte sie eine Verletzung der Schutzpflicht, weil die Kündigung nicht auf dem Turban beruhte und die Arbeitnehmerin das interne Schutzverfahren nicht genutzt hatte **ATA/79/2020**. Auf private Arbeitgeber lässt sich die Laizitätsbegründung nicht übertragen. Für sie bleibt es beim allgemeinen Massstab von Art. 321d und 328 OR: Ein Eingriff muss betrieblich notwendig und verhältnismässig sein **4A_612/2025**.

Für Gewerkschaftszugehörigkeit und rechtmässige gewerkschaftliche Tätigkeit enthält Art. 336 Abs. 2 lit. a OR einen besonderen Kündigungsschutz **Art. 336 OR**. Geschützt ist die Tätigkeit nur, wenn sie vertrags- und gesetzeskonform ausgeübt wird. Zudem muss sie für die Kündigung kausal gewesen sein. Die Schwere der Persönlichkeitsverletzung fliesst in die Bemessung der Entschädigung ein **4A_485/2015**.

Rechtsfolgen und Durchsetzung

Leistungsverweigerung, Abwehr- und Beseitigungsansprüche

Eine Weisung, die geeignet ist, die Persönlichkeit zu verletzen, muss der Arbeitnehmer nicht befolgen. Das Bundesgericht hatte den Fall einer langjährigen Verkäuferin zu beurteilen. Sie sollte unter Aufsicht des Filialleiters, mit dem sie in schwerem Konflikt stand, Reinigungsarbeiten übernehmen. Ihre Weigerung war keine Vertragsverletzung. Der Arbeitgeber hätte eine zumutbare Ersatzlösung suchen oder ordentlich kündigen müssen. Die fristlose Entlassung war ungerechtfertigt **4C.155/2005**. Ein Recht, die Arbeit unter Lohnfortzahlung niederzulegen, hat das Bundesgericht in analoger Anwendung von Art. 82 OR für Lohnrückstände anerkannt **4A_122/2010**.

Wer sich auf eine Verletzung von Art. 328 OR beruft, um die Arbeit niederzulegen, trägt deshalb ein erhebliches Risiko. Das Appellationsgericht Basel-Stadt schützte eine fristlose Auflösung, weil die Arbeitnehmerin trotz mehrfacher Aufforderung fernblieb. Mobbing war nicht nachgewiesen, und der Arbeitgeber hatte den Konflikt in mehreren Gesprächen zu klären versucht. Arbeitsverweigerung sei «kein adäquates Mittel», um persönliche Wünsche wie Homeoffice oder Versetzung durchzusetzen **VD.2024.163**.

Neben den vertraglichen Ansprüchen stehen die Klagen aus Art. 28a ZGB auf Verbot, Beseitigung und Feststellung einer Verletzung. Schadenersatz- und Genugtuungsklagen bleiben vorbehalten **Art. 28a ZGB**. Die vorsorglichen Kommunikationsverbote, die das Kantonsgericht Freiburg bestätigte, zeigen die praktische Bedeutung dieses Wegs **101 2024 247**.

Schadenersatz und Genugtuung

Die Verletzung von Art. 328 OR ist eine Vertragsverletzung. Nach Art. 97 OR wird das Verschulden vermutet; der Arbeitgeber muss beweisen, dass ihn keinerlei Verschulden trifft **Art. 97 OR**. Eine Genugtuung setzt nach Art. 49 OR voraus, dass die Schwere der Verletzung es rechtfertigt **Art. 49 OR**. Objektiv verlangt das Bundesgericht «jedenfalls einer ausserordentlichen Kränkung». Zudem muss der Betroffene die Verletzung subjektiv als seelischen Schmerz empfunden haben. Eine leichte Beeinträchtigung des beruflichen Ansehens genügt nicht **BGE 125 III 70**.

Die Höhe der Genugtuung prüft das Bundesgericht als Rechtsfrage frei, aber mit Zurückhaltung. In einem Fall monatelanger Belästigung durch einen psychisch kranken Direktor setzte es die Genugtuung von CHF 20'000 auf CHF 10'000 herab, weil keine dauernden Folgen festgestellt waren **4C.84/2005**. Ebenso kürzte es eine nicht begründete Genugtuung wegen dauernden Leistungsdrucks von CHF 15'000 auf CHF 10'000 **4C.24/2005**.

Verhältnis zu den Entschädigungen bei Kündigung

Die Entschädigungen nach Art. 336a und Art. 337c Abs. 3 OR decken grundsätzlich die gesamte immaterielle Unbill ab, die aus der Kündigung selbst folgt. Eine zusätzliche Genugtuung nach Art. 49 OR ist nur ausnahmsweise möglich. Das ist der Fall, wenn die Verletzung so schwer ist, dass sechs Monatslöhne sie nicht wiedergutmachen. Ebenso möglich ist eine zusätzliche Genugtuung, wenn eine Verletzung vorliegt, die sich klar von der Kündigung unterscheidet **4A_482/2017**.

Art. 337c OR regelt die vertraglichen Geldfolgen einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung abschliessend. Weiteren Schaden kann der Arbeitnehmer nur geltend machen, wenn er eine darüber hinausgehende Persönlichkeitsverletzung oder die Verletzung einer anderen Vertragspflicht beweist **4A_592/2008**. Kumulierbar ist deshalb namentlich die Genugtuung für eine Belästigung, die der Kündigung vorausging **4C.84/2005**. Das Appellationsgericht Tessin wendet diese Regel streng an **12.2005.160**. Die Genfer Cour de justice ordnet entgangenen Verdienst nach der Kündigung den Kündigungsfolgen zu, die Art. 336a OR abdeckt **CAPH/54/2020**.

Missbräuchliche Kündigung als Folge eigener Pflichtverletzung

Der Arbeitgeber kann eine Kündigung nicht mit den Folgen seiner eigenen Vertragsverletzung rechtfertigen. Kündigt er wegen eines Leistungsabfalls, den ein von ihm nicht verhindertes Mobbing verursacht hat, ist die Kündigung missbräuchlich. Mobbing allein macht eine Kündigung aber nicht ohne Weiteres missbräuchlich **BGE 125 III 70**. Die Neuenburger Cour de cassation civile hat diese Regel auf eine Verkäuferin angewendet, die von ihrer Filialleiterin gemobbt worden war. Die Arbeitgeberin hatte die Kündigung mit Streitigkeiten und unvereinbaren Charakteren zwischen den beiden begründet. Das Gericht rechnete das Verhalten der Filialleiterin als Hilfsperson der Arbeitgeberin nach Art. 101 OR zu. Mobbing könne missbräuchlich sein, wenn der Arbeitgeber, «qui devrait empêcher sa survivance, au contraire s'en prévaut pour motiver un congé à l'employée victime du mobbing». Anders als die Vorinstanz hielt es die Kündigung deshalb für missbräuchlich und wies die Sache zur Festsetzung der Entschädigung nach Art. 336a OR zurück **CCC.1999.7617**. Missbräuchlich ist auch eine Konfliktkündigung, wenn der Arbeitgeber zuvor keine zumutbaren Massnahmen zur Entschärfung getroffen hat **4C.253/2001**. Das Obergericht Zürich sprach in einem solchen Fall zwei Monatslöhne zu. Der Arbeitgeber hatte den Konflikt der Konfliktpartei selbst überlassen und innert weniger Tage gekündigt **LA220026**. Umgekehrt hat der Arbeitgeber seine Pflicht aus Art. 328 Abs. 1 OR erfüllt, wenn er zahlreiche Gespräche geführt, eine Verwarnung ausgesprochen und gemeinsame Kolloquien veranstaltet hat, der Konflikt aber trotzdem unlösbar bleibt. In einem solchen Fall war die Kündigung wegen der Beziehungsschwierigkeiten, die die Teamarbeit schwer beeinträchtigten, nicht missbräuchlich **4C.46/2006**.

Eine Kündigung wegen Krankheit nach Ablauf der Sperrfrist ist hingegen nur missbräuchlich, wenn der Arbeitgeber die Krankheit durch eine Pflichtverletzung verursacht hat **4A_98/2025**. Den Beweis dafür trägt der Arbeitnehmer **4A_295/2024**.

Rachekündigung nach einer Beschwerde

Beschwert sich ein Arbeitnehmer über eine Verletzung seiner Persönlichkeit und ersucht er um Schutz, macht er einen Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis geltend. Eine Kündigung deswegen ist nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR missbräuchlich **4A_283/2022**. Nach der Genfer Cour de justice genügt es, dass der Arbeitnehmer seine Beschwerde in guten Treuen für begründet halten durfte, auch wenn Mobbing letztlich unbewiesen bleibt **CAPH/50/2006**. Entscheidend ist die Kausalität. Sie fehlte in einem Fall, in dem die Kündigung auf der Aufhebung der Stelle nach den Empfehlungen eines Mediators beruhte **4A_310/2019**. Ebenso fehlte sie in einem Fall, in dem zwischen Beschwerde und Kündigung vier Jahre lagen **CAPH/6/2020**.

Bei einer Beschwerde über Diskriminierung oder sexuelle Belästigung gilt zusätzlich der Kündigungsschutz nach Art. 10 GIG. Er dauert während des Verfahrens und sechs Monate darüber hinaus. Die Kündigung muss vor Ende der Kündigungsfrist angefochten werden **Art. 10 GIG**.

Erhöhte Fürsorgepflicht bei älteren, langjährigen Arbeitnehmern

Für Arbeitnehmer in fortgeschrittenem Alter und mit langer Dienstzeit verlangt die Rechtsprechung eine schonende Rechtsausübung bei der Kündigung. Ein Kündigungsverbot folgt daraus nicht. Der Umfang dieser Pflicht bestimmt sich nach einer Gesamtwürdigung der Umstände. Im Einzelfall kann das bedeuten, den Arbeitnehmer frühzeitig zu informieren und eine sozialverträglichere Alternative zumindest zu prüfen **4A_117/2023**.

Das Alter darf aber nicht isoliert betrachtet werden. Bei einem CEO und Verwaltungsrat bestand keine Pflicht zur Anhörung, Abmahnung oder Suche nach Alternativen **4A_44/2021**. Ebenso wenig bei einer Arbeitnehmerin zehn Monate vor der Pensionierung, die seit über sechs Monaten krank war und keine Angaben zu ihrer Rückkehr gemacht hatte **4A_390/2021**. Kantonale Gerichte bejahen Missbrauch, wenn kurz vor der Pensionierung trotz vorhandener Arbeit keine interne Weiterbeschäftigung geprüft wurde **100 10 990** oder wenn einem 63-Jährigen nach 22 Dienstjahren mit vorgeschobenen Gründen gekündigt wurde **CACI p324-008742-36/2025**.

Fristlose Kündigung durch den Arbeitnehmer

Eine schwere Persönlichkeitsverletzung kann einen wichtigen Grund nach Art. 337 OR bilden **Art. 337 OR**. Der Fussballer, der öffentlich herabgesetzt und aus der ersten Mannschaft verbannt worden war, durfte fristlos kündigen. Eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR erhält der kündigende Arbeitnehmer nicht, wohl aber eine Genugtuung nach Art. 49 OR **4A_53/2011**. Das Appellationsgericht Tessin liess als Grund genügen, dass der Direktor die Arbeitnehmerin am Arm packte und ihr trotz klarer Weigerung ein Gespräch aufzwang. Die Arbeitnehmerin hatte Anspruch auf den Lohn bis zum Vertragsende **16.2015.13**. Eine blosser Freistellung genügt dagegen nicht. Nach Treu und Glauben muss der Arbeitnehmer zunächst Klärung verlangen, bevor er fristlos kündigt **4C.240/2000**.

Beweislast und Verjährung

Der Arbeitnehmer muss die Pflichtverletzung, den Schaden und den Kausalzusammenhang beweisen **4A_587/2019**. Zur Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers bei Unterlassungen siehe oben zum Gesundheitsschutz.

Vertragliche Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung verjähren nach Art. 127 OR in zehn Jahren. Die Frist beginnt mit der Pflichtverletzung, nicht erst mit dem Eintritt des Schadens. Das hat das Bundesgericht für die Körperverletzung infolge unterlassener Schutzmassnahmen gegen Asbest entschieden **4A_249/2010**. Lohnforderungen im weiteren Sinn verjähren dagegen nach Art. 128 Ziff. 3 OR in fünf Jahren, auch wenn sie als Schadenersatz eingeklagt werden **4A_402/2021**. Das Zivilgericht Waadt wendete auf eine Genugtuung aus Art. 328 OR ausdrücklich die zehnjährige Frist an **CCIV ct07-032052-1242010dca/2010**.

Praktische Folgerungen

- Arbeitgeber:
 - Meldewege für Belästigung tatsächlich bekannt machen.
 - Bei Konflikten und Überlastungsmeldungen dokumentiert eingreifen.
 - Vorwürfe vor einer Kündigung abklären und den Betroffenen anhören.
 - Kommunikation über Kündigungsgründe auf den Kreis der Interessierten beschränken.

- Sicherheitsinstruktionen nachweisbar erteilen.
- Arbeitnehmer:
 - Belästigung durch Kollegen dem Arbeitgeber melden.
 - Überlastung konkret und belegt anzeigen.
 - Arbeit nicht ohne gesicherte Grundlage niederlegen.
 - Vor einer fristlosen Kündigung Klärung verlangen.
 - Ansprüche nach GIG und nach Art. 328/49 OR je gesondert beantragen.