

**Arbeit statt Rente  
Arbeitsplatzerhaltung und Eingliederung bei „schwierigen“ Angestellten –  
illusionär oder machbar?**

Infoveranstaltung vom 14. Dezember 2010

**Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und ihre Grenzen,  
Arbeitsrecht in der Praxis**

Referat von lic.iur. Barbara Gutzwiller-Holliger, Direktorin,  
Arbeitgeberverband Basel

Quellen: Berner Kommentar, 2. Teilband, Der Arbeitsvertrag, 2010; J. Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage, 1996; W. Portmann/J.F. Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, 2004; U. Streiff/A. v. Känel, Arbeitsvertrag, 6. Auflage, 2006; Mitteilungen des Staatssekretariats für Wirtschaft, 2007; Entscheide des Bundesgerichts

## **Übersicht**

- 1. Der Begriff der Fürsorgepflicht**
- 2. Die Pflicht zum allgemeinen Persönlichkeitsschutz**
- 3. Die Sanktionen bei Verletzung der Fürsorgepflicht**
- 4. Das Weisungs- oder Direktionsrecht des Arbeitgebers**
- 5. Ausübung des Weisungsrechts und Persönlichkeitsschutz**
- 6. Fazit**

## Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und ihre Grenzen

Nachdem Sie erfahren haben, dass schwierige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter oft Menschen mit besonderen Eigenschaften sind, die auch einen speziellen Umgang erforderlich machen, möchte ich Ihnen nun die arbeitsrechtliche Seite dieser Thematik näher erklären.

Zu diesem Zweck werde ich Ihnen die so genannte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers erläutern, Ihnen also aufzeigen, welche Verantwortung der Arbeitgeber für seine Mitarbeitenden übernimmt. Allerdings wollen wir auch darüber sprechen, wo dieser Fürsorgepflicht Grenzen gesetzt sind, d.h. welche Ansprüche der Arbeitgeber an seine Mitarbeitenden richten darf und gegebenenfalls auch soll und was konkret unter dem Weisungsrecht des Arbeitgebers zu verstehen ist.

### 1. Der Begriff der Fürsorgepflicht

Der Begriff der Fürsorgepflicht ist ein privatrechtlicher Begriff. Die Vorschriften dazu finden sich hauptsächlich im Art. 328 des Obligationenrechts (OR).

Zusammengefasst könnte man sagen, der Arbeitgeber ist in ganz allgemeiner Weise verpflichtet, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen. Er hat alle persönlichen Güter des Arbeitnehmers, die mit dessen geistiger, körperlicher und sozialer Individualität verknüpft sind, zu wahren, sowie sich jedes durch den Arbeitsvertrag nicht gerechtfertigten Eingriffs in dessen Persönlichkeitsrechte zu enthalten und diese auch gegen Eingriffe von Vorgesetzten, Mitarbeitern oder Dritten zu schützen.

Die Fürsorgepflicht konkretisiert sich in vielen Einzelpflichten, die nur teilweise im Gesetz festgelegt sind. Sie ist einem ständigen Wechsel unterworfen. Derzeit erfasst man unter der Generalklausel der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers folgende Bereiche:

- die Pflicht zum allgemeinen Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers
- die Pflicht zum Schutz von Daten des Arbeitnehmers
- die Pflicht zur Gleichstellung der Geschlechter
- die Pflicht zur Gewährung von Freizeit und Ferien
- die Pflicht zum Schutz des Vermögens des Arbeitnehmers und
- die Pflicht zur Erteilung eines Zeugnisses.

Im Rahmen dieses Referats beschränke ich mich auf den Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers.

Folgende Eigenschaften kennzeichnen die Fürsorgepflicht:

- Als Nebenpflicht ergänzt sie die Hauptpflicht des Arbeitgebers, nämlich die Lohnzahlungspflicht, und bildet das Gegenstück oder Korrelat zur Treuepflicht des Arbeitnehmers. Die Rechtfertigung der Fürsorgepflicht beruht auf der Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers, seiner Subordinationspflicht und seiner Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers.
- Mehrheitlich stellt die Fürsorgepflicht eine Unterlassungspflicht dar: ihr Kerninhalt besteht darin, alles zu unterlassen, was die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers schädigen könnte. Teilweise jedoch erscheint sie auch als Handlungspflicht, bspw. als Pflicht, Schutzmassnahmen zu treffen.
- In der Regel beschränkt sich die Fürsorgepflicht auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses. Eine Ausnahme von dieser Regel bildet der sog. Lohnnachgenuss, d.h. die Pflicht des Arbeitgebers, nach dem Tod des Arbeitnehmers maximal zwei zusätzliche Monatslöhne an den hinterbliebenen Ehegatten und/oder die minderjährigen Kinder zu bezahlen, falls diese Verpflichtung nicht im Rahmen einer Personalvorsorgeeinrichtung von einer Versicherung übernommen wird (s. OR Art. 338 Abs. 2).
- Die Fürsorgepflicht stellt eine wichtige Schranke für das Weisungsrecht des Arbeitgebers dar. So sind Weisungen, die das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers verletzen, gegen das Gleichbehandlungsprinzip verstossen oder denen kein sachlich berechtigtes Interesse des Arbeitgebers zugrunde liegt, nicht zulässig. Auf diesen Aspekt werden wir noch vertieft zu sprechen kommen.
- Umgekehrt begrenzt das überwiegende berechnigte Interesse des Arbeitgebers die Fürsorgepflicht. So sind bspw. Kündigungen gerechtfertigt, wenn ein Betrieb aus wirtschaftlichen Gründen redimensioniert werden muss. Auch darüber werden wir noch eingehender sprechen.

## **2. Die Pflicht zum allgemeinen Persönlichkeitsschutz**

### **2.1 Grundsatz**

Gemäss Art. 328 Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber 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. Ansprüche aus der Verletzung dieser Pflicht unterstehen den vertragsrechtlichen Regeln, bspw. was die Beweislastverteilung und die Verjährung betrifft. Geschützte Persönlichkeits-

güter bilden das Leben, die physische und psychische Integrität, die Freiheit und Ehre sowie die Geheim- und Privatsphäre des Arbeitnehmers.

Allerdings bringt jede vertragliche Bindung eine kleinere oder grössere Freiheitsbeschränkung mit sich, in die der Betroffene mit Vertragsabschluss einwilligt. Daher sind Persönlichkeitsverletzungen, die sich aus dem Arbeitsvertrag als solchem bzw. seiner korrekten Erfüllung ergeben, weder widerrechtlich noch vertragswidrig. Die Eingriffe dürfen aber nicht über das hinausgehen, was der Zweck des Arbeitsvertrags verlangt. Im Einzelfall ist in einer gegenseitigen Güterabwägung zu entscheiden, ob der Persönlichkeitsschutz des *Arbeitnehmers* oder gegenläufige berechnete Interessen des *Arbeitgebers* den Vorzug verdienen. Wo aber erhebliche Gefahren für Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers drohen, haben wirtschaftliche Interessen des Arbeitgebers bei der Güterabwägung grundsätzlich zurückzutreten. Wenn also beispielsweise ein Unternehmer vor der Wahl steht, die veraltete Ausrüstung seiner Betriebsfeuerwehr dem neuen technischen Stand anzupassen oder einen hohen Gewinn seiner Firma auszuweisen, geht die Sicherheit seiner Mitarbeiter vor.

## 2.2 Schutzmassnahmen

2.2.1 Im Allgemeinen: In erster Linie muss der Arbeitgeber alle ungerechtfertigten Eingriffe in die Persönlichkeitsgüter des Arbeitnehmers unterlassen. Darüber hinaus hat der Arbeitgeber aber den Arbeitnehmer auch vor Betriebsgefahren und vor Eingriffen von Vorgesetzten, Arbeitskollegen und Dritten zu schützen. Auf diesem Grundsatz beruht denn auch die Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer vor Mobbing und sexueller Belästigung etc. zu schützen.

2.2.2 Schutz der Gesundheit: Der Arbeitgeber muss alle Massnahmen treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind, soweit es ihm mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung zugemutet werden kann (Art. 328 Abs. 2 OR). Unter diese Pflicht fallen bspw. die sachgemässe Organisation des Arbeitsablaufs, richtiges Einsetzen, Instruieren und Überwachen des Arbeitnehmers, das Anbringen geeigneter Schutzvorrichtungen an Maschinen und die Bereitstellung zweckmässiger Arbeitsräume. Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer auch vor selbstverschuldeten Unfällen schützen, sofern dessen Verhalten nicht unvorhersehbar oder grobfahrlässig ist. Da das Arbeits- und das Unfallversicherungsgesetz sich zu diesem Thema aber viel strenger äussern, ist die Bedeutung von OR Art. 328 Abs. 2 in dieser Hinsicht stark relativiert.

2.2.3 Schutz vor sexueller Belästigung: Im 2. Satz von Art. 328 Abs. 1 OR wird festgehalten, dass der Arbeitgeber dafür zu sorgen hat, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht sexuell belästigt werden und dass den Opfern von sexuellen Belästigungen keine weiteren Nachteile entstehen. Zum Begriff der sexuellen Belästigung gehören alle belästigenden sexuellen oder auf der Geschlechtszugehörigkeit beruhenden Verhaltensweisen, welche die Würde der Betroffenen am Arbeitsplatz beeinträchtigen. Insbesondere fallen darunter Drohungen, das Versprechen von Vorteilen, das Auferlegen von Zwang und das Ausüben von Druck zum Erlangen eines

Entgegenkommens sexueller Art (Art. 4 GIG), aber auch unerwünschte sexuelle Annäherungen, obszöne Bemerkungen sowie Handlungen, die das Anstandsgefühl verletzen.

2.2.4. Schutz vor Mobbing: Mobbing kann umschrieben werden als systematisches, ohne begründeten Anlass erfolgendes Ausgrenzen eines Gruppenmitglieds durch die eigene Gruppe. Da Mobbing die Gesundheit und die Arbeitsleistung beeinträchtigen kann, muss der Arbeitgeber in konkreten Fällen dagegen einschreiten und für ein anständiges Arbeitsklima sorgen. Notfalls muss der Arbeitgeber einen mobbenden Angestellten nach einer entsprechenden Verwarnung fristlos entlassen. Selbstverständlich hat auch der Arbeitgeber selbst jede derartige Beeinträchtigung zu unterlassen.

### 2.3. Gleichbehandlungsgrundsatz

Der Gleichbehandlungsgrundsatz untersagt dem Arbeitgeber eine willkürliche Benachteiligung einzelner Arbeitnehmer gegenüber der Mehrzahl anderer Arbeitnehmer des gleichen Betriebs. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit geht jedoch dem Gleichbehandlungsgrundsatz vor. Der Arbeitgeber darf daher mit einzelnen Arbeitnehmern bessere Arbeitsbedingungen vereinbaren, als mit anderen. Hingegen ist es unzulässig, immer dem gleichen Arbeitnehmer unbeliebte Arbeiten zuzuweisen oder einzelne Arbeitnehmer bei der Gratifikation ohne sachliche Gründe zu übergehen. Ebenso ist es nicht zulässig, Abgangsentschädigungen oder Dienstaltersgeschenke nur bei Sympathie für den Mitarbeiter zu gewähren oder im Rahmen eines Sozialplans bei Massenentlassung Mitarbeiter derselben „Kategorie“ unterschiedlich zu behandeln.

## 3. Die Sanktionen bei Verletzung der Fürsorgepflicht

### 3.1 Im Allgemeinen

Folgende Möglichkeiten stehen dem Arbeitnehmer offen, wenn der Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht verletzt hat:

- Kündigung: Eine fristlose Kündigung kommt allerdings nur in Frage, wenn der Arbeitgeber die Fürsorgepflicht durch gravierende Persönlichkeitsverletzungen schwer verletzt hat.
- Verweigerung der Arbeitsleistung: Verletzt der Arbeitgeber die Fürsorgepflicht in einer Weise, die die Erbringung der Arbeitsleistung unzumutbar macht, darf diese vom Arbeitnehmer verweigert werden. Der Arbeitgeber gerät dadurch in Annahmeverzug (beispielsweise bei Gesundheitsgefährdung durch mangelnde Schutzmassnahmen), müsste also Lohn bezahlen, obwohl der Arbeitnehmer seiner vertraglichen Verpflichtung nicht nachkommt.
- Schadenersatz- und Genugtuungsforderung: Der Arbeitgeber haftet für Schaden, den er dem Arbeitnehmer zufügt aus Vertrag, d.h. aus OR Art. 97. Allen-

falls ist auch eine Haftung aus OR Art. 41 (unerlaubte Handlung) oder OR Art. 58 (Werkeigentümerhaftung) gegeben. Eine Genugtuung kann geschuldet sein, wenn der Arbeitnehmer getötet oder verletzt wird oder wenn eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, falls diese sehr schwerwiegend ist und nicht anders wiedergutmacht werden kann.

Ein allfälliges Selbstverschulden des Arbeitnehmers bildet einen Reduktionsgrund.

Für Schäden infolge von Berufsunfällen, die von der obligatorischen Unfallversicherung erfasst werden, haftet der Arbeitgeber seit dem 1. Januar 2003 nicht nur für vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführte Schäden, sondern auch für Schäden, die auf leichter Fahrlässigkeit beruhen (ATSG Art. 75 Abs. 2). Allerdings kann der Arbeitnehmer nur Ersatz für denjenigen Schaden vom Arbeitgeber verlangen, der von der Unfallversicherung nicht gedeckt ist. Die Unfallversicherung ihrerseits kann auf den Arbeitgeber Rückgriff nehmen, wenn er den Schaden absichtlich oder grob fahrlässig verursacht hat.

- Besondere Sanktionen aus Spezialgesetzen: Das Datenschutz- und das Gleichstellungsgesetz sehen besondere Sanktionen vor, wenn die dort genannten Sachverhalte gegeben sind.

### 3.2 Verbandsklage

Bei behaupteten Verletzungen von OR Art. 328 ist unter bestimmten Voraussetzungen auch ein Verband, insbesondere eine Gewerkschaft, zur Klage legitimiert. Typisch sind Klagen nach dem Gleichstellungsgesetz (GIG) im Zusammenhang mit Diskriminierung von Angestellten einer bestimmten Branche oder Berufszugehörigkeit, wie z.B. Kindergärtnerinnen oder Handarbeitslehrerinnen. Allerdings dürfen solche Verbandsklagen keinen Schadenersatz verlangen, sondern geben nur den Anspruch auf Feststellung. Ein für den klagenden Verband positives Urteil könnte also „nur“ darin bestehen, dass eine behauptete Diskriminierung vom Gericht als tatsächlich gegeben festgestellt wird. Mit diesem vorgängigen Urteil könnte dann vor dem Zivilgericht eine Leistungsklage, beispielsweise auf mehr Lohn angehoben werden. Zusätzlich lässt sich damit natürlich auch der politische Weg beschreiten.

## 4. Das Weisungs- oder Direktionsrecht des Arbeitgebers

### 4.1 Die gesetzliche Vorschrift

Nachdem wir uns mit der Frage befasst haben, welche Einschränkungen die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber auferlegen, möchte ich mich nun der umgekehrten Fragestellung zuwenden, also der Frage, was der Arbeitgeber denn anordnen oder eben anweisen darf oder sogar muss.

Art. 321 d OR hält im Abs. 1 fest, dass der Arbeitgeber „über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb oder Haushalt allgemeine Anordnungen erlassen und ihnen besondere Weisungen erteilen“ kann.

Zudem hat der Arbeitnehmer gemäss Abs. 2 „Die allgemeinen Anordnungen des Arbeitgebers und die ihm erteilten besonderen Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen“.

Mit der Ausübung des Weisungsrechtes konkretisiert der Arbeitgeber einseitig den Inhalt des Arbeitsvertrages. Es ist direkter Ausfluss der Unterordnung oder Subordination des Arbeitnehmers und somit absolut charakteristisch für den Arbeitsvertrag. Das Recht, Weisungen zu erteilen, führt automatisch auch zum Recht, deren Einhaltung zu überwachen. Das Weisungsrecht kann sogar zu einer *Weisungspflicht* werden, wenn eine Weisung zum Schutz des Arbeitnehmers oder Dritter erforderlich ist. Diese Weisungspflicht kann ebenfalls zu einer *Kontroll- und Durchsetzungspflicht* werden.

Neben vertraglichen Weisungen in Einzel-, Normal- und Gesamtarbeitsverträgen finden sich oft auch verbindliche Weisungen in Betriebsordnungen, Dienstabweisungen, Handbüchern und Personalreglementen.

#### 4.2 Die Arten von Weisungen

Es muss unterschieden werden zwischen allgemeinen, standardisierten Anordnungen und besonderen, im Einzelfall erlassenen Weisungen. Die Weisungen lassen sich noch weiter aufteilen in Ziel- oder Leistungsanweisungen (betreffen die Arbeit), Fachanweisungen (betreffen die Arbeitsausführung) und Verhaltensanweisungen. Besondere Weisungen gehen einer allgemeinen Anordnung vor. Ebenso gehen Weisungen einer höheren Instanz den Weisungen einer unteren Instanz vor. Bei Unklarheiten macht die Treuepflicht des Arbeitnehmers eine Rückfrage notwendig.

In aller Regel erstreckt sich das Direktionsrecht des Arbeitgebers nicht auf das Verhalten ausserhalb des Betriebes. Tendenzbetriebe können jedoch diesbezüglich höhere Auflagen machen. So wäre es mir, als Vertreterin des Arbeitgeberverbandes, untersagt, am 1. Mai mit einer roten Fahne auf dem Marktplatz gemeinsam mit den Gewerkschaften zu demonstrieren.

#### 4.3 Die Folgen der Verletzung von Weisungen

Befolgt der Arbeitnehmer berechnigte Weisungen des Arbeitgebers nicht, so wird er zunächst einmal schadenersatzpflichtig. In besonders schweren oder wiederholten Fällen kann der Arbeitgeber die fristlose Entlassung aussprechen. In weniger schwerwiegenden Fällen ist eine vorgängige Verwarnung oder Abmahnung notwendig. Zusätzlich sind klare Weisungen notwendig, wie sich der Arbeitnehmer inskünftig zu verhalten hat. Vertraglich können Konventionalstrafen vereinbart werden und die Betriebsordnung kann echte Bussen im Sinne einer Disziplinarstrafe vorsehen.

### 5. Ausübung des Weisungsrechtes und Persönlichkeitsschutz

#### 5.1 Allgemeine Schranken des Weisungsrechtes

Zunächst ist das Weisungsrecht des Arbeitgebers beschränkt durch das zwingende Recht. Dazu gehören einerseits die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen, z.B. im Zusammenhang mit Arbeitnehmerschutz oder kantonale oder kommunale Ruhezeitvorschriften, andererseits aber auch Normen des Privatrechts, wie Art. 27 ZGB, der festhält, dass niemand zu rechts- oder sittenwidrigem Verhalten gezwungen werden darf. Auch sachwidrige Weisungen dürfen nicht blind und ohne Rückfrage befolgt werden; das Weisungsrecht des Arbeitgebers befreit den Arbeitnehmer also nicht vor seiner Pflicht, die Interessen des Arbeitgebers möglichst zu wahren.

Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Anweisung grundsätzlich dann zulässig, wenn sie von der weisungsberechtigten Person ausgeht und sich im Rahmen der arbeitsvertraglichen Pflichten hält. Liegt dagegen eine Weisung ausserhalb dieser Pflichten oder wird sie von einer Person erteilt, der kein Weisungsrecht zukommt, stellt die Nichtbefolgung keine Vertragsverletzung dar.

## 5.2 Die vertraglichen Schranken des Weisungsrechts

Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag können das Weisungsrecht ebenfalls einschränken. Abgrenzungsprobleme zwischen berechtigter Weisung und unzulässiger, einseitiger Vertragsänderung können daraus entstehen. Wer beispielsweise für die Ausübung eines bestimmten Berufs angestellt ist, muss sich nicht gefallen lassen, künftig eine ganz andere Tätigkeit auszuüben. Auch der vertraglich festgeschriebene Arbeitsort oder die vertraglich fixierte Arbeitszeit kann nicht einfach durch eine Weisung auf Dauer verlegt werden.

## 5.3 Persönlichkeitsschutz als Schranke des Weisungsrechts

Weisungen, die unsinnig oder schikanös sind, verletzen die Persönlichkeit des Arbeitnehmers und müssen nicht befolgt werden. Ein konkretes Beispiel dafür ist der Fall, wo ein Arbeitgeber einen gekündigten und von der Arbeit frei gestellten Mitarbeiter aufforderte, viermal täglich in der Firma vorzusprechen.

Der Persönlichkeitsschutz wirkt sich – zusammenfassend gesagt – als Schranke des Weisungsrechts aus, indem Weisungen, die in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers eingreifen, nur insoweit zulässig sind, als es das Arbeitsverhältnis erfordert. Diese Formulierung ist bereits vor über 25 Jahren von einem kantonalen Arbeitsgericht gewählt worden und dient seither als Standardformulierung. Die Formulierung ist allerdings etwas vage und lässt relativ viel Interpretationsspielraum. Eine Konkretisierung musste daher durch die Gerichtspraxis erfolgen.

## 5.4 Ausgewählte Beispiele

Folgende Beispiele zeigen Weisungen auf, die von Gerichten als persönlichkeitsverletzend betrachtet worden sind:

- Weisungen, die das angestammte Tätigkeitsgebiet des Arbeitnehmers ohne triftige Gründe beschränken oder ändern, insbesondere eine hierarchische Zu-

- rückstufung beinhalten (BGE 110 II 172). Konkret wurden Facharbeiter nur noch zu langweiligen, untergeordneten Arbeiten angehalten.
- Die Vereinbarung, die mit einem nachvertraglichen Konkurrenzverbot eingeschränkte Arbeitnehmerin könne an jede beliebige Zweigstelle der Arbeitgeberin versetzt werden.
  - Das ohne arbeitsbezogene Gründe ausgesprochene Verbot, religiöse Kleidung zu tragen (BezG Arbon 1991). Anders entschieden wurde allerdings im öffentlichen Schulbereich (BGE 123 I 296).
  - Auch die Frage, ob sich ein Arbeitnehmer vom Vertrauensarzt der Firma begutachten lassen muss, entscheidet sich nach der Güterabwägung des Persönlichkeitsschutzes. Das Bundesgericht verneinte im Entscheid 125 III 70 eine Persönlichkeitsverletzung durch die Anordnung, einen Vertrauensarzt aufzusuchen. Trotzdem sind den Weisungen, die in das gesundheitliche Selbstbestimmungsrecht eingreifen, enge Grenzen gesetzt. So dürfte beispielsweise die Verpflichtung, sich gegen Grippe impfen zu lassen, nicht durchsetzbar sein. Das Interesse des Arbeitgebers an möglichst wenigen Fehltagen seiner Mitarbeitenden genügt in diesem Zusammenhang nicht; vielmehr müsste die eigentliche Notwendigkeit des Eingriffs zur Durchführung des Arbeitsvertrages nachgewiesen sein

## 6. Fazit

Ich habe versucht, Ihnen aufzuzeigen, dass die Fürsorgepflicht, die der Arbeitgeber für seine Mitarbeitenden übernimmt und das Weisungsrecht, das er ihnen gegenüber hat, in Widerspruch zu einander stehen können. Oft muss eine echte Interessenabwägung vorgenommen werden, um entscheiden zu können, was im konkreten Fall vorgeht.

Unzweifelhaft ist, dass bei Konflikten am Arbeitsplatz der Arbeitgeber aufgrund der Fürsorgepflicht dazu verpflichtet ist, aktiv zur Konfliktlösung beizutragen. Ohne weitere Bemühungen als einfachste Massnahme eine Kündigung oder sogar mehrere Entlassungen auszusprechen, kann sich nachträglich rächen, weil derartige Entlassungen von einem Gericht als missbräuchlich qualifiziert werden und teure Entschädigungszahlungen nach sich ziehen können.

Diese Pflicht zur Lösungsfindung hat das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten. In mehreren Entscheiden (z.B. 4C.73/2006, 4C.215/2005 mit Verweisen auf 132 III 115 und 125 III 70) hat es sogar speziell gesagt, dass eine Kündigung zwar *nicht* missbräuchlich ist, wenn wegen des *schwierigen Charakters* eines Arbeitnehmers eine konfliktgeladene Situation am Arbeitsplatz entstanden ist, die sich schädlich auf die gemeinsame Arbeit auswirkt. Allerdings hat das Gericht die Rechtmässigkeit der Kündigung ausnahmslos an die Voraussetzung geknüpft, dass der Arbeitgeber vorher „sämtliche ihm zumutbaren Vorkehren getroffen hat, um den Konflikt zu entschärfen“.

Welche Vorkehren sind denn nun geeignet, einen Konflikt am Arbeitsplatz zu beenden? Primär hat der Arbeitgeber die Pflicht, sich die Anliegen der Mitarbeitenden anzuhören, ob diese berechtigt sind, oder nicht. Allerdings ist der Arbeitgeber natürlich dazu legitimiert, dem Arbeitnehmer dabei Grenzen zu setzen. Tonfall, Häufigkeit oder

Zeitpunkt des Vorbringens eines Anliegens können nämlich einerseits die Interessen des Arbeitgebers tangieren, aber auch die Persönlichkeit und das Wohlbefinden der anderen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beeinträchtigen. Und für diese ist ja der Arbeitgeber ebenfalls fürsorgepflichtig. Insbesondere können sich – ebenfalls gemäss Bundesgericht – diejenigen Mitarbeiter, die aufgrund eigenen Fehlverhaltens Konflikte auslösen oder verschärfen, nicht darauf berufen, dass der Arbeitgeber hätte vermittelnd eingreifen sollen (BGE 4C.73/2006).

Hilfreich könnten beispielsweise bei Unverträglichkeiten zwischen einzelnen Mitarbeitenden die Um- oder Neuorganisation von Aufgaben, Teams oder Arbeitsorten sein. Auch kann es sich lohnen, mit einem einzelnen Arbeitnehmer, der durch sein Verhalten immer wieder schwierige Situationen für Kollegen und Vorgesetzte herbeiführt, eine individuelle Vereinbarung zu treffen. Entscheidend dabei ist, dass klare Abmachungen getroffen werden, deren Einhaltung überprüft, bzw. deren Nichteinhaltung belegt werden kann. Wenn eine solche Vereinbarung durch den Arbeitnehmer verletzt, d.h. nicht eingehalten wird, kann mit einer Verwarnung angezeigt werden, dass sich die Geduld des Arbeitgebers langsam erschöpft. Erneute Verletzung der Abmachung könnte dann die Kündigung zur Folge haben.

Was in der betrieblichen Realität selten genutzt wird, ist das Fachwissen von Spezialisten. Die sogenannte Betriebliche Sozialberatung wird von vielen Arbeitgebern als Dienstleistung betrachtet, die sich nur in grossen oder sogar grössten Firmen rechnet. Natürlich wird sich kein KMU eine eigene, interne Sozialberatung leisten. Es existieren aber externe, private Beratungsstellen, die Hilfe vermitteln und/oder Lösungen in schwierigen Situationen erarbeiten können. Konflikte am Arbeitsplatz, Suchtprobleme, gesundheitliche Beschwerden, finanzielle oder familiäre Probleme, sind nur einige der Bereiche, in denen sich Sozialberatung bezahlt machen kann. Der Arbeitgeber, der in einer schwierigen Situation einen lösungsorientierten Schritt machen will, kann externe Sozialberatung fallweise beiziehen und dem betroffenen Mitarbeiter die Unterstützung anbieten oder sogar den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses von der Zusammenarbeit des Mitarbeiters mit der Sozialberatung abhängig machen.

Schliesslich ist noch darauf hinzuweisen, dass der Arbeitgeber in Einzelfällen eine erhöhte Fürsorgepflicht haben kann. Ein Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahr 2006 (4C.215/2005) hält fest, dass gegenüber einem Arbeitnehmer, der sein gesamtes Arbeitsleben (im konkreten Fall 44 Jahre) im Wesentlichen klaglos für eine einzige Arbeitgeberin tätig war, eine erhöhte Fürsorgepflicht gilt. Die Kündigung durch die Arbeitgeberin nur wenige Monate vor der ordentlichen Pensionierung des Arbeitnehmers wurde deshalb als missbräuchlich qualifiziert. Im selben Urteil hielt das Bundesgericht zwar ebenfalls fest, dies bedeute nicht, dass langjährige und ältere Mitarbeitende sich generell mehr erlauben könnten, als andere. Vielmehr bestehe gegenüber einem Arbeitnehmer, der sich ein Fehlverhalten vorwerfen lassen müsse selbst bei langjährigen Arbeitsverhältnissen keine erhöhte Fürsorgepflicht. Empfehlenswert ist jedoch eine besonders sorgfältige Interessenabwägung bei älteren Mitarbeitenden in jedem Fall.

Ich bin nun mit meinen Ausführungen am Schluss angelangt, danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit und stehe Ihnen für Ihre Frage gerne zur Verfügung.  
Basel, im Dezember 2010 BG