

Betriebs Berater

BB

21 | 2020

VerSanG-E ... COVID-19 ... Finanzbehörden ... Unternehmensbewertung ... Compliance ...

18.5.2020 | 75. Jg.
Seiten 1153–1216

DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, RA

Das BVerfG-Urteil zu dem Staatsanleihekaufprogramm der EZB –
eine robuste Kampfansage an den EuGH

WIRTSCHAFTSRECHT

Prof. Dr. Norbert Nolte, RA, und **Dr. Marcel Michaelis**, RA

Der Entwurf des Verbandssanktionengesetzes: neue Compliance-Pflichten für Vorstände
und Geschäftsführer? | 1154

Dr. Daniel Otte, LL.M., RA/Attorney-at-Law, und **Georg Dietlein**, B.Sc., RA

Erleichterte Beschlussfassung im Umlaufverfahren während der COVID-19-Pandemie | 1163

STEUERRECHT

Michael Müller

Zum Begriff der Finanzbehörden i. S. d. § 139 Abs. 2 FGO – Teil I | 1175

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Tobias Hüttche, WP/StB/CVA

KMU-Bewertung in der DACH-Region | 1193

ARBEITSRECHT

Dr. Rita Pikó, LL.M., RAin, und **Dr. Laurenz Uhl**, LL.M., RA

Compliance in Zeiten von #MeToo | 1204

Dr. Rita Pikó, LL.M., RAin, und Dr. Laurenz Uhl, LL.M., RA

Compliance in Zeiten von #MeToo

Die Aufarbeitung sexueller Belästigungen als integrierter Bestandteil von Compliance in Deutschland und der Schweiz

In den letzten Jahren haben sich profitorientierte Unternehmen wie Non-Profit-Organisationen mit Diskriminierungen, insbesondere sexuellen Übergriffen, vermehrt auseinandersetzen müssen. Dieser Beitrag behandelt, wie diese Risiken in Compliance Management Systemen adressiert werden können, welche Präventivmaßnahmen empfehlenswert und welche Besonderheiten bei der internen Untersuchung und Aufarbeitung solcher Vorfälle zu beachten sind.

I. Einleitung

Ein zeitgemäßes Compliance Management System (CMS) umfasst nicht nur die Prävention und Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität, sondern auch von Diskriminierungsfällen und insbesondere sexueller Belästigungen.¹ Die Gründe dafür liegen v.a. in wirtschaftlichen Faktoren, rechtlichen Anforderungen sowie einem wertebasierten Verständnis von Compliance. Mit der Verbindung dieser drei Betrachtungsansätze wird deutlich, welche Stellung sexuelle Diskriminierungsvorfälle innerhalb der CMS heute erhalten sollten.

Die wachsende Zahl an Studien zu sexueller Belästigung am Arbeitsplatz führt die oft nicht wahrgenommene Dimension der Problematik vor Augen. So hat im deutschsprachigen Raum etwa die Hälfte der Bevölkerung eigene Erfahrungen mit sexuellen Übergriffen machen müssen: In der Schweiz werden ca. 55% der weiblichen sowie 49% der männlichen Arbeitnehmer im Verlauf ihres Erwerbsleben mit sexuellen Belästigungen konfrontiert.² Gemäß einer Studie der deutschen Antidiskriminierungsstelle des Bundes hat ca. die Hälfte der befragten Personen schon einmal gesetzlich verbotene Belästigungen am Arbeitsplatz erlebt.³ Und in Österreich sind ca. 56% der unselbstständig erwerbstätigen Frauen an ihrem Arbeitsplatz sexuell belästigt worden.⁴ Auch Juristinnen und Juristen sind an ihren Arbeitsplätzen nicht sicher vor Diskriminierung und sexueller Belästigung, wie die 2019 veröffentlichte Studie der International Bar Association zeigt: Jede dritte befragte Frau und jeder 14. befragte Mann wurde am Arbeitsplatz sexuell belästigt.⁵

II. Wirtschaftliche Faktoren

1. Wandel in der gesellschaftlichen Wahrnehmung und der Beurteilung von Diskriminierungsfällen

Harvey Weinstein, vormals einer der einflussreichsten Hollywood-Produzenten, wurde am 11.3.2020 vom Supreme Court New York zu einer Haftstrafe von 23 Jahren verurteilt. Zwei Wochen zuvor wurde er von einem Geschworenengericht für die Straftaten schwere sexuelle Nötigung und Vergewaltigung von Frauen aus seinem Berufsumfeld für schuldig befunden. Weinstein wird in einem öffentlich einsehbaren

Register für Sexualverbrecher registriert.⁶ Der Fall Weinstein folgt auf andere sexuelle Übergriffe bekannter Persönlichkeiten der Branche, wie dem des US-Schauspielers *Bill Cosby* und *Bill O'Reilly*, Fernsehmoderator beim US-Sender Fox News sowie *Roger Ailes*, vormals CEO von Fox News. Die Bekenntnisse der Opfer von Weinstein und Co. machten in den vergangenen drei Jahren das Hashtag #MeToo weltweit als Kampagne gegen jede Form sexueller Übergriffe bekannt.⁷ #MeToo führte vor allem dazu, dass Opfer von sexuellen Übergriffen ernst genommen werden, Gehör und eine sorgfältige Prüfung ihres Hinweises erhoffen dürfen, selbst wenn es keine Beweise, sondern nur Indizien gibt.⁸

Dabei handelt es sich nicht um ein ausschließliches Problem der US-amerikanischen Film- und Fernsehbranche. Sexuelle Diskriminierungsvorfälle ereignen sich branchen- und länderunabhängig: Sie finden sich u.a. in der Finanz-⁹ und Beratungsbranche,¹⁰ an

1 Alle im Beitrag zitierten Internet-Fundstellen wurden zuletzt am 15.4.2020 abgerufen; dieser Beitrag behandelt unerwünschte sexuelle Übergriffe, Belästigungen bzw. Diskriminierungen. Bzgl. einvernehmlichen Beziehungen am Arbeitsplatz zwischen Kollegen sowie deren Regelung in einem Verhaltenskodex s. die Wal-Mart-Entscheidung des LAG Düsseldorf, 14.11.2005 – 10 TaBV 46/05, BB 2006, 335 Ls, NZA-RR 2006, 81.

2 Risiko und Verbreitung sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, Eine repräsentative Erhebung in der Deutschschweiz und in der Romandie, 2008. Laut einer aktuell schweizweit durchgeführten Befragung von Frauen ab 16 Jahren erachten 73% sexuelle Belästigung als sehr verbreitet, kennen 64% persönlich Frauen, die sexuell belästigt wurden, wobei 33% der sexuellen Belästigungen am Arbeitsplatz stattfanden, *Jans u. a.*, gfs. Bern, Mai 2019, 7, 9 u. 12.

3 Studie der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz vom 3.3.2015 unter https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Umfragen/Handout_Umfrage_sex_Belaestigung_am_ArbPlatz_Beschaeftigte.pdf;jsessionid=31664677A3430789E110157E2DEC7EE5_2_cid340?__blob=publicationFile&w=4.

4 Dies bestätigt auch der Arbeitsklima Index November 2018, wonach in Österreich 56% der unselbstständig erwerbstätigen Frauen an ihrem Arbeitsplatz sexuell belästigt worden sind; Kammer für Arbeiter und Angestellte für Oberösterreich unter https://ooe.arbeiterkammer.at/beratung/arbeitsgesundheitsindex/arbeitsklima/index/Arbeitsklima_Index_2018_November.html.

5 *Pendler*, Us Too?, Bullying and Sexual Harassment in the Legal Profession, International Bar Association, May 2019, 8 („2019 IBA Studie“) unter <https://www.ibanet.org/bullying-and-sexual-harassment.aspx>. In dieser Studie wurden in 135 Ländern 6 980 Befragungen unter Juristen in Kanzleien, Firmen, Anwaltskammern, Gerichten und öffentlichen Diensten durchgeführt.

6 *Langer*, Historisches Urteil für #MeToo-Bewegung, NZZ vom 12.3.2020 unter <https://www.nzz.ch/panorama/urteil-gegen-harvey-weinstein-ld.1545842>. Harvey Weinstein sieht sich mit weiteren Klagen konfrontiert, NZZ vom 10.4.2020 unter <https://www.nzz.ch/panorama/harvey-weinstein-zu-23-jahren-gefaengnis-verurteilt-ld.1532074>.

7 *Tenz/Fischer*, Der „Fall Weinstein“ – Chronik eines Skandals, DW vom 9.3.2020 unter <https://www.dw.com/de/der-fall-weinstein-chronik-eines-skandals/a-51881759>.

8 *Binswanger/Widmer*, Im Zweifel für die Opfer, Tagesanzeiger vom 25.2.2020 unter <https://www.tagesanzeiger.ch/kultur/im-zweifel-fuer-die-perspektive-der-opfer/story/12636044>.

9 Credit Suisse: Interne Untersuchung nach Firmenausflug, Finews.ch vom 27.6.2018 unter [https://www.finews.ch/news/banken/32970-credit-suisse-sexuelle-belaestigung-entlassung](https://www.finews.ch/news/banken/32335-cs-investmentbanker-untersuchung-usa-praktikantin-belaestigung; Sexuelle Belästigung: Credit Suisse feuert zwei Londoner Banker, Finews.ch vom 23.8.2018 unter <a href=). Auch grosse Wirtschaftsprüfungsgesellschaften sind betroffen: <https://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/standardey-stellt-mitarbeiter-nach-vorwuerfen-per-sofort-frei/story/22803713>.

10 *Binswanger*, „Zeig doch deine Assets :-)\", Tagesanzeiger vom 11.12.2018 unter <https://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/zeig-doch-deine-assets/story/23578823>.

Universitäten,¹¹ an Opern-¹² oder Königshäusern,¹³ bei NPOs¹⁴ sowie in der Politik.¹⁵

Das typische Muster in vielen dieser Fälle ist das Ausnutzen von hierarchischen bzw. wirtschaftlichen Machtpositionen. Typisch ist auch, dass Fälle von Diskriminierung und sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Mehrzahl gar nicht publik werden.¹⁶ Die Gründe dafür sind vor allem die Angst vor den Auswirkungen (finanzieller bzw. beruflicher Ruin, Reputationsverlust), der Status der diskriminierenden Person, die Normalisierung solcher Vorfälle am Arbeitsplatz, Beweisschwierigkeiten und die Befürchtung, das Erlebte wieder und wieder berichten und damit erneut erleben zu müssen.¹⁷ In der #MeToo-Bewegung haben die Betroffenen zu einer Gemeinschaft gefunden, die es ihnen erlaubt, aus der Opferrolle heraus zu treten und sich zu wehren. Damit einhergehend verschwindet mehr und mehr das bisherige stillschweigende Tolerieren des Ausnutzens von Machtpositionen zur sexuellen Diskriminierung und Bagatellisierung solchen Verhaltens.

2. Kosten von Reputationssschäden

Vorwürfe sexueller Belästigungen können auf Grund der damit einhergehenden Reputationssschäden ein gravierendes Risiko darstellen – für die Unternehmen und die Beschuldigten selbst.

Die wirtschaftlichen Konsequenzen des Reputationsverlustes können schnell und dramatisch sein, wie die folgenden Beispiele zeigen: Am 5.10.2017 veröffentlichten *Jodi Kantor* und *Megan Twohey* in der *New York Times* einen Artikel mit den Vorwürfen gegen *Harvey Weinstein*.¹⁸ Drei Tage später wurde er von seiner eigenen Unternehmung *The Weinstein Company* gekündigt und schied neun Tage später aus der Unternehmensleitung der Gesellschaft aus. Das Unternehmen meldete knapp fünf Monate später am 19.3.2018 Konkurs an.¹⁹ Die ehemalige *Uber*-Mitarbeiterin *Susan Fowler* veröffentlichte am 10.2.2017 einen Blog über die sexistische *Uber*-Kultur und das Ignorieren von entsprechenden Hinweisen. Am darauffolgenden Tag wurde eine interne Untersuchung eingeleitet und später als Holden Report veröffentlicht.²⁰ 215 Diskriminierungsfälle wurden aufgearbeitet und 20 *Uber*-Mitarbeitende entlassen. Auch der Geschäftsführer von *Uber* in Asien, *David Bonderman*, Mitglied der Geschäftsleitung, sowie der Mitgründer, Mehrheitseigentümer und CEO *Travis Kalanick* mussten im Zuge des Skandals *Uber* verlassen.²¹ *TV*-Moderatorin *Gretchen Carlson* verklagte den damaligen CEO von *Fox News* *Roger Ailes* wegen sexueller Belästigung.²² Im Anschluss musste nicht nur *Roger Ailes*, sondern auch der *TV*-Moderator *Bill O'Reilly* das Unternehmen fristlos verlassen. *Carlson* erhielt als Entschädigung für das erlittene Unrecht eine Zahlung von 20 Mio. USD. Über 60 Großunternehmen haben daraufhin ihre *TV*-Werbungen bei *Fox News* storniert. Am Ende zahlte *21st Century Fox Inc.* zudem eine Vergleichssumme von 90 Mio. USD an Aktionäre, die das Management wegen mangelnder Überwachung im Zusammenhang mit den Skandalen um sexueller Belästigung auf seinem *Fox News Channel* verklagt hatten.²³

Nicht nur akute Diskriminierungsfälle sind eine Bedrohung für Unternehmen: Auch unzureichend aufgearbeitete Fälle können unliebsame Öffentlichkeit erzeugen wie der Fall einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zeigt.²⁴ Die Diskriminierungsfälle durch *Oxfam*-Mitarbeitende in Haiti ereigneten sich bereits im Jahr 2011, wurden jedoch Anfang 2018 von britischen Medien erneut aufgegriffen und führten binnen zehn Tagen zu einem Verlust von 7000 Spendern und letztlich zu einem Ausfall von Spendengeldern in Höhe 16 Mio. GBP.²⁵

3. Weitere negative Folgen

Gemäß der Studie von *Does/Gundemir/Shih*²⁶ kann bereits ein einziger Vorwurf von sexueller Belästigung die öffentliche Wahrnehmung einer gesamten Organisation dramatisch verschlechtern. Dabei wird die Organisation nicht nur als weniger fair und gerecht angesehen, als eine Organisation ohne solchen Vorwurf. Diese Organisation wird auch als weniger fair und gerecht im Vergleich zu Organisationen gesehen, gegen die Vorwürfe wegen finanziellem Fehlverhalten (z. B. Betrug) geltend gemacht werden. Gemäß der Studie werden Vorwürfe über sexuelle Belästigungen eher als Hinweis auf ein Problem der Unternehmenskultur verstanden, als auf einen sich fehlverhaltenden Mitarbeitenden im Sinne eines „faulen Apfels“. Die Studie führt aus, dass die befragten Personen aus diesen Vorwürfen auch negative Rückschlüsse auf die Fairness bzgl. Einstellungen und Beförderungen in dem betroffenen Unternehmen ziehen. Der Reputationsverlust kann sich entsprechend negativ auf das Einstellen von neuen Talenten und die Retention von Mitarbeitenden auswirken.²⁷

- 11 *Rau*, Sie wirft Professor Übergriffe vor – und fühlt sich nun abgekanzelt, *Tagesanzeiger* vom 18.12.2019 unter <https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/was-darf-eine-betroffene-nach-einem-missbrauchsfall-erwarten/story/30203736>; *Pfändler*, Nach Vorwurf der sexuellen Belästigung: ETH-Professor gibt Rücktritt bekannt, *NZZ* vom 29.1.2019 unter <https://www.nzz.ch/zuerich/nach-vorwurf-der-sexuellen-belaestigung-eth-professor-gibt-ruecktritt-bekannt-ld.1455635?reduced=true>; *Petersen*, Einzelfälle? Strukturwandel? Zivilcourage?, *Hochparterre* vom 20.2.2019 unter <https://www.hochparterre.ch/nachrichten/architektur/blog/post/detail/einzelfaelle-strukturwandel-zivilcourage/1550606879/>.
- 12 *Widmer*, #MeToo: Placido Domingo ist der nächste Täter, *Tagesanzeiger* vom 25.2.2020 unter <https://www.tagesanzeiger.ch/kultur/klassik/metoo-placido-domingo-ist-der-naechste-taeter/story/14340543>.
- 13 US-Behörden wollen Prinz Andrew zum Fall Jeffrey Epstein befragen, *Zeit Online* vom 27.1.2020 unter <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2020-01/sexueller-missbrauch-jeffrey-epstein-prince-andrew-fbi>.
- 14 *Pikó*, CB 2018, 221, 222.
- 15 Zum Rücktritt des britischen Verteidigungsministers Michael Fallon, *Süddeutsche* vom 1.11.2017 unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/grossbritannien-verteidigungsminister-fallon-tritt-zurueck-1.3732225?print=true>; *Israels Vizepremier tritt wegen Missbrauchsvorwürfen zurück*, *DW* vom 20.12.2015 unter <https://www.dw.com/de/israels-vizepremier-tritt-wegen-missbrauchsvorwuere-zurueck/a-18931246>; *Unia gibt Roman Burger den Schuh*, *Handelszeitung* vom 16.9.2016 unter <https://www.handelszeitung.ch/politik/unia-gibt-roman-burger-den-schuh-1204108>; Rücktritt des St. Galler Kantonsrats *Marcel Dietsche*, *Tagblatt* vom 1.5.2019 unter <https://www.tagblatt.ch/schweiz/verdacht-auf-sexuelle-belaestigung-kantonsrat-marcel-dietsche-tritt-zurueck-ld.1115212>.
- 16 So werden gemäß der 2019 IBA Studie 57 % der Mobbingvorfälle und 75 % der sexuellen Belästigungsvorfälle nicht gemeldet.
- 17 *Pendler*, 2019 IBA Studie, 8, unter <https://www.ibanet.org/bullying-and-sexual-harassment.aspx>; *Miller*, Ich habe einen Namen, 2019; *Farrow*, Durchbruch, Der Weinstein-Skandal, Trump und die Folgen, 2019.
- 18 *Kantor/Twohey*, *Harvey Weinstein Paid Off Sexual Harassment Accusers for Decades*, *The New York Times* vom 5.10.2017 unter <https://www.nytimes.com/2017/10/05/us/harvey-weinstein-harassment-allegations.html>.
- 19 *Tenz/Fischer*, Der „Fall Weinstein“ – Chronik eines Skandals, *DW* vom 9.3.2020 unter <https://www.dw.com/de/der-fall-weinstein-chronik-eines-skandals/a-51881759>.
- 20 *Uber Report: Eric Holder's Recommendations for Change*, *The New York Times* vom 13.6.2017 unter <https://www.nytimes.com/2017/06/13/technology/uber-report-eric-holder-recommendations-for-change.html>.
- 21 *Isaac*, *Uber Founder Travis Kalanick Resigns as C.E.O.*, *The New York Times* vom 21.6.2017 unter <https://www.nytimes.com/2017/06/21/technology/uber-ceo-travis-kalanick.html?hp&action=click&pgtype=Homepage&clickSource=story-heading&module=first-column-region®ion=top-news&WT.nav=top-news>.
- 22 *Remke*, Eine Afroamerikanerin nannte er sein „heißes Stück Schokolade“, *Welt* vom 20.4.2017 unter <https://www.welt.de/vermischtes/article163873247/Eine-Afroamerikanerin-nannte-er-sein-heisses-Stueck-Schokolade.html>.
- 23 *Reuters* vom 21.11.2017, unter <https://www.reuters.com/article/us-fox-settlement/21st-century-fox-in-90-million-settlement-tied-to-sexual-harassment-scandal-idUSKBN1D-K2NI>.
- 24 *Binswanger/Alich*, #MeToo bei EY: Kadermann per sofort freigestellt, *Tagesanzeiger* vom 14.12.2018 unter <https://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/standardey-stellt-mitarbeiter-nach-vorwurfen-per-sofort-frei/story/22803713>.
- 25 *O'Neill*, *Oxfam to cut staff after Haiti scandal leaves £ 16m shortfall*, *The Times* vom 23.1.2020 unter <https://www.thetimes.co.uk/article/oxfam-to-cut-staff-after-haiti-scandal-triggers-16m-shortfall-j7637r0>.
- 26 *Does/Gundemir/Shih*, *Research: How Sexual Harassment Affects a Company's Public Image*, *Harvard Business Review* vom 11.6.2018 unter <https://hbr.org/2018/06/research-how-sexual-harassment-affects-a-companys-public-image>.
- 27 So zeigt z. B. eine *PWC*-Studie, dass „Millennials“ bei ihrer Auswahl der Arbeitsstelle die Reputation ihres Arbeitgebers wichtig ist, *PWC*, *The female millennial, a new area of talent*, 2015 unter <https://www.pwc.com/femalemillennial>.

Die Thematik findet mittlerweile auch Eingang in die rechtliche Dokumentation von M&A-Deals: M&A-Verträge beginnen vermehrt Zusicherungen in Form von sog. „Weinstein-Klauseln“ („#MeToo Rep“) aufzuweisen, um mögliche negative Auswirkungen zu beschränken.²⁸ Schadensquellen können dabei gerichtliche Verfahren, Reputationsverluste sowie mittelbare Kostenquellen, wie Verlust von Mitarbeitenden und Recruiting-Schwierigkeiten wegen negativem „Employer-Branding“, verminderte Leistungsfähigkeit oder verschlechtertes Betriebsklima sein.²⁹ Im Jahr 2018 enthielten laut einer Studie 45 von ca. 1200 untersuchten M&A-Transaktionen, die bei der SEC eingereicht worden sind, solche Zusicherungen.³⁰ Voraussichtlich werden auch deutsche oder schweizer Unternehmen mit Bezügen zum US-Kapitalmarkt sich zukünftig mit solchen Zusicherungen in Verträgen befassen müssen.

Schließlich beschäftigen sich immer mehr Investoren mit Investments nach ESG-Kriterien (Environmental, Social & Governance). Dies betrifft nicht nur ökologische Fragen, sondern auch Fragen von Gerechtigkeit und Rechtschaffenheit. Gewichtige Investoren wie Blackrock, State Street und Vanguard erwarten eine ausgeglichene Geschlechterverteilung in Führungsgremien.³¹ Von hier aus ist es gedanklich nicht mehr weit, dass Investoren von Unternehmen erwarten, dass sexuelle Belästigungsvorfälle (bzw. die entsprechenden Risiken) ebenso professionell behandelt werden, wie andere Compliance-Vorfälle.

4. Fazit

Die aufgeführten Fälle zeigen beispielhaft, welche substantiellen unternehmerischen Risiken in sexuellen Belästigungsvorfällen liegen. Dabei genügt oft schon ein öffentlich gewordener Vorwurf eines solchen Verhaltens, um einen erheblichen Reputationsschaden zu bewirken³² – ganz zu schweigen von der Demoralisierung und Frustration der Mitarbeitenden. In Zeiten von #MeToo und anderen sozialen Medien ist die öffentliche Verbreitung solcher Vorwürfe auch nicht mehr aufzuhalten. Dies macht deutlich, dass das Schadenspotential von (sexueller) Diskriminierung im Unternehmen sich anderen substantiellen Unternehmensrisiken annähert.

III. Ausgewählte rechtliche Faktoren

Im Zusammenhang mit sexuellen Übergriffen treffen Arbeitgeber auch gesetzliche Vorgaben. Eine Behandlung aller dieser rechtlich einschlägigen Bestimmungen würde den Rahmen dieses Beitrags bei Weitem sprengen. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf rechtliche Bestimmungen zur Definition Diskriminierung und sexueller Belästigung sowie ausgewählte Arbeitgeberpflichten.³³

1. Definition von sexueller Belästigung

Ausgangspunkt der gesetzlichen Definitionen von sexueller Belästigung am Arbeitsplatz ist sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz die Definition des allgemeinen Diskriminierungsverbots in Arbeitsverhältnissen.

a) Diskriminierung

Die hier für das deutsche Recht maßgebende Definition von Diskriminierung am Arbeitsplatz findet sich im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG).³⁴ Gemäß § 1 AGG bezweckt das Gesetz, Benachteiligungen (also Diskriminierungen) „aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Welt-

anschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen“. Gemäß § 6 AGG finden die Bestimmungen des AGG Anwendung auf das Verhältnis zwischen Beschäftigten und Arbeitgeber.³⁵ § 1 AGG enthält keinen eigenen Tatbestand und keine bestimmte Rechtsfolge, so dass er nur in Verbindung mit anderen Vorschriften des AGG Bedeutung erlangt.³⁶

Die gesetzliche Normierung von Diskriminierung in Arbeitsverhältnissen in der Schweiz ist enger. Das Schweizer Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, CH-GIG)³⁷ bezweckt die Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann (Art. 1) und legt dadurch den Fokus auf die Gleichstellung in Arbeitsverhältnissen. Das CH-GIG regelt somit lediglich die auf die Geschlechterzugehörigkeit bezogene Diskriminierung in Arbeitsverhältnissen, nicht jedoch Diskriminierungen aufgrund anderer Merkmale. Entsprechend ist der Rahmen des Diskriminierungsverbotes in Art. 3 CH-GIG eng gefasst: „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dürfen aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden, namentlich nicht unter Berufung auf den Zivilstand, auf die familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, auf eine Schwangerschaft.“

b) Sexuelle Belästigung

Sowohl das AGG wie das CH-GIG enthalten jeweils eine spezifische Definition von sexueller Belästigung am Arbeitsplatz.

Gemäß § 3 Abs. 4 AGG ist eine sexuelle Belästigung „eine Benachteiligung in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch unerwünschte sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.“

Das AGG unterscheidet die körperliche, verbale sowie non-verbale sexuelle Belästigung. Dabei kann bereits eine einmalige bestimmte sexuelle Verhaltensweise den Tatbestand erfüllen.³⁸ Dieser Definition liegt der Gedanke des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung zugrunde: Jeder kann selbst über einen Eingriff in die Intimsphäre durch körperlichen Kontakt bestimmen. So hat das BAG wiederholt die ab-

28 Balthasar-Wach/Hofbauer, Juridikum 2019, 326 ff.

29 Balthasar-Wach/Hofbauer, Juridikum 2019, 326, 327.

30 Peters/Clabaugh, The Impact of Social, Political and Data Privacy Issues on M&A Transactions, Intelligize Special Report, 26.3.2019, 4.

31 Meier, Verwaltungsräten dringend gesucht, Tagesanzeiger vom 12.2.2018 unter <https://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/standardverwaltungsratsraetin-dringend-gesucht/story/27061853>.

32 S. z. B. die mediale Behandlung des „#MeToo-Falls“ beim Schweizer Bundesstrafgericht, der keiner war: Knellwolf, Sex – und Mobbingvorwürfe am Bundesstrafgericht, Tagesanzeiger vom 1.2.2020 unter <https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/das-bundes-streitgericht/story/21337041>.

33 Hier nicht behandelt werden insbesondere strafrechtliche, datenschutzrechtliche, öffentlich-rechtliche Aspekte sowie Rechte der Mitbestimmung von Arbeitnehmern.

34 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14.8.2006 (BGBl. I S. 1897), zuletzt geändert durch Art. 8 SEPA-Begleitgesetz vom 3.4.2013 (BGBl. I S. 610). Das AGG setzt die europarechtliche Grundlage, RL 2000/42/EG, RL 2000/78/EG, RL 2004/113/EG und RL 2006/54/EG in nationales Recht um.

35 Bauer/Krieger/Günther, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz, 5. Aufl. 2018, § 6, Rn. 2.

36 Bauer/Krieger/Günther, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz, 5. Aufl. 2018, § 1, Rn. 1.

37 Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24.3.1995, SR 151.1, AS 1996 1498; Stand 1.1.2017, AS 2016 689; BBl 2013 3729.

38 BAG, 29.6.2017 – 2 AZR 302/16, Rn. 17.

sichtliche Berührung primärer oder sekundärer Geschlechtsmerkmale eines anderen deshalb i.S.d. § 3 Abs. 4 AGG als sexuell bestimmt gesehen, weil es sich um einen auf die körperliche Intimsphäre gerichteten Übergriff handelt.³⁹

Bei anderen Handlungen, die nicht unmittelbar das Geschlechtliche zum Gegenstand haben, wie z.B. Umarmungen, kann sich eine Sexualbezogenheit aufgrund einer mit ihnen verfolgten sexuellen Absicht ergeben.⁴⁰ Ob eine Handlung i.S.d. § 3 Abs. 4 AGG sexuell bestimmt ist, hängt dabei nicht allein vom subjektiv erstrebten Ziel des Handelnden ab. Erforderlich ist nach BAG auch nicht notwendig eine sexuelle Motivation. Vielmehr sind solche sexuellen Belästigungen häufig Ausdruck von Hierarchien und Machtausübung und weniger von sexuell bestimmter Lust.⁴¹

Ausschlaggebend für die Beurteilung des Verhaltens ist gemäß § 3 Abs. 4 AGG letztlich, ob die betroffene Person das Verhalten objektiv erkennbar als unerwünscht erlebt.⁴² Die Voraussetzung, dass das unerwünschte Verhalten die Würde der betroffenen Person verletzt oder verletzen will, wirkt dabei als objektivierendes Kriterium.⁴³ Es schützt entsprechend vor Überempfindlichkeiten und Missbrauch.

Systematisch damit vergleichbar aufgebaut ist Art. 4 CH-GIG, wonach sexuelle Belästigung als ein Spezialfall des in Art. 3 CH-GIG geregelten allgemeinen Diskriminierungsverbotes in Arbeitsverhältnissen formuliert wird. Laut Art. 4 CH-GIG gilt als sexuell diskriminierend „jedes belästigende Verhalten sexueller Natur oder ein anderes Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit, das die Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz beeinträchtigt. Darunter fallen insbesondere Drohungen, das Versprechen von Vorteilen, das Auferlegen von Zwang und das Ausüben von Druck zum Erlangen eines Entgegenkommens sexueller Art.“

Die Aufzählungen in Art. 4 S. 2 CH-GIG beziehen sich nur auf Fälle von Machtmissbrauch. Die Definition ist aber nicht abschließend, sondern umfasst nach der Schweizer bundesgerichtlichen Rechtsprechung alle Verhaltensweisen, welche die Würde des Arbeitnehmers beeinträchtigen und zur Schaffung eines feindseligen Arbeitsklimas beitragen.⁴⁴ Sexuelle Belästigung kann gemäß dem Schweizer Bundesgericht demnach verschiedene Formen annehmen: sexistische Äußerungen, Verwendung von pornographischem Material, peinliche Einladungen, Annäherungsversuche mit Belohnungsversprechen oder Androhung von Repressalien genauso wie unangemessene Witze. Letztlich umfasst die Definition alle unerwünschten Verhaltensweisen sexueller Natur.⁴⁵ Dabei muss die einzelne Handlung selbst nicht zwingend einen sexuellen Bezug haben, es reicht aus, wenn sich dies aus dem Zusammenhang ergibt.⁴⁶ Damit ist, wie auch im deutschen Recht, die Form, die eine sexuelle Belästigung annehmen kann, nicht beschränkt.⁴⁷ Auch das CH-GIG setzt voraus, dass die Handlung die Würde der betroffenen Person verletzt (Art. 4).

c) Arbeitsplatzbezug

Erfasst werden von den erwähnten gesetzlichen Regelungen in Deutschland und der Schweiz nur sexuelle Belästigungen im Rahmen eines unselbstständigen Beschäftigungsverhältnisses oder bei Anbahnung eines selbstständigen Beschäftigungsverhältnisses.⁴⁸ Ein notwendiger Zusammenhang zum Beschäftigungsverhältnis ist gegeben, wenn die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz geschieht. Außerhalb der Arbeitszeit ist ein Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis gegeben, wenn ein betrieblicher Bezug vorliegt.⁴⁹

Arbeitsplatz umfasst dabei nach der hier vertretenen Ansicht alle im Rahmen der Berufsausübung genutzten Lokalitäten und Transportmittel (wie Bürogebäude, externe Konferenz- und Seminarräume, Hotels, Restaurants, Bahn, Flugzeug, Taxi etc.) einschließlich der vom Arbeitgeber bedingten Geschäftsreisen, von diesem organisierten Fortbildungsveranstaltungen oder Feierlichkeiten (z.B. Betriebs- oder Weihnachtsfeier) sowie den Weg an diese Orte und zurück.⁵⁰

d) Diskriminierende Person

Eine sexuelle Diskriminierung bzw. Belästigung am Arbeitsplatz kann intern durch Vorgesetzte, Unterstellte, Arbeitskolleginnen und Arbeitskollegen oder extern durch Dritte,⁵¹ wie Kunden, Dienstleister, Partnerunternehmen oder Lieferanten erfolgen.

e) Unternehmenseigene Definition von sexueller Belästigung

Eine wörtliche Wiedergabe dieser gesetzlichen Definitionen eignet sich offensichtlich wenig für einen unternehmenseigenen Verhaltenskodex. Dafür sind diese Normen zu technisch. Den Mitarbeitenden sollte kurz und klar verständlich gemacht werden, was in der eigenen Organisation als sexuelle Diskriminierung verstanden wird.

Ausgangspunkt für eine unternehmenseigene Definition von sexueller Belästigung kann dabei sein, dass sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz als eine besonders schwere Form von Diskriminierung verstanden wird.⁵² Hinzu kommt das Grundverständnis, dass eine sexuelle Belästigung in ganz unterschiedlicher Form erfolgen kann: Einen ersten Ansatz zur Unterscheidung von sexuellen Belästigungsformen ermöglicht die Differenzierung zwischen der quid-pro-quo-Belästigung und der feindseligen Arbeitsatmosphäre. Im ersten Fall wird der betroffenen Person im Arbeitsverhältnis konkret entweder mit Nachteilen gedroht, sollte sie die sexuellen Avancen zurückweisen, oder bei Erfüllung der Erwartungen werden Vorteile versprochen. Im zweiten Fall wird allgemein eine feindselige Arbeitsatmosphäre geschaffen.⁵³ Sexuelle Belästigung ist aber nicht darauf beschränkt und sollte entsprechend offen formuliert werden. Sexuelle Belästigung kann sich insbesondere (aber eben nicht abschließend) äußern durch Ansprechen

39 BAG, 29.6.2017 – 2 AZR 302/16, BAGE 150, 109.

40 BAG, 29.6.2017 – 2 AZR 302/16, Rn. 18 mit Hinweisen auf weitere BAG-Urteile.

41 BAG, 29.6.2017 – 2 AZR 302/16, Rn. 19; Linde, BB 1994, 2412, 2415.

42 BAG, 9.6.2011 – 2 AZR 323/10, Rn. 23; Bauer/Krieger/Günther, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz, 5. Aufl. 2018, § 3, Rn. 52.

43 Bauer/Krieger/Günther, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz, 5. Aufl. 2018, § 3, Rn. 59 u. Rn. 43.

44 BGR 4A_105/2018 vom 10.10.2018, Erw. 4.2.1; BGR 4C-289/2006 vom 5.2.2007, Erw. 3.1, mit Verweis auf BGE 126 III 395, Erw. 7b/bb.

45 BGR 4A_544/2018 vom 29.8.2019, Erw. 3.1 m. w. H.; BGR 4A_18/2018 vom 21.11.2018, Erw. 3.1 m. w. H.

46 BGR 4A_544/2018 vom 29.8.2019, Erw. 7.2.

47 Kaufmann, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl. 2009, Art. 4, Rn. 54.

48 Bauer/Krieger/Günther, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz, 5. Aufl. 2018, § 6, Rn. 4, 6; Kaufmann, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl. 2009, Art. 4, Rn. 65.

49 Köhler/Koops, BB 2015, 2807, 2808; Bauer/Krieger/Günther, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz, 5. Aufl. 2018, § 3, Rn. 50; Kaufmann, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl. 2009, Art. 4, Rn. 64.

50 Schlachter, NZA 2001, 121, 124; Kaufmann, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl. 2009, Art. 4, Rn. 64; Tag, Sexuelle Übergriffe in Betrieben, Unternehmen und Verwaltungen, in: Senn (Hrsg.), Diskriminierung – Wahrnehmung und Unterordnung, 2009, S. 35, 52 f.; Bauer/Krieger/Günther, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz, 5. Aufl. 2018, § 3, Rn. 50.

51 § 12 Abs. 4 AGG.

52 Bundesrat Arnold Koller hat es als „ganz besonders entwürdigende Form der geschlechtsbezogenen Diskriminierung“ bezeichnet, AmtBull NR 1994 249.

53 Kaufmann, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl. 2009, Art. 4, Rn. 23.

von körperlichen Besonderheiten, Anstarren, unerwünschte Zudringlichkeiten, Verfolgung (stalking), sexistische Redensweisen, Witzen oder Anspielungen, Gesten, obszöne Äußerungen, unerwünschte sexuelle Avancen sowie sexuelle Übergriffe, Mobbing, Nötigung, körperliche Gewalt oder deren Androhung bis hin zur Vergewaltigung.⁵⁴ Unter den Begriff der sexuellen Belästigung fällt auch sexistisches Verhalten. Als solches gilt jede Verhaltensweise ohne sexuellen Bezug, welche Personen aufgrund ihres Geschlechts diskriminiert oder herabwürdigt.⁵⁵

Eine mögliche Definition für den unternehmenseigenen Verhaltenskodex könnte daher wie folgt lauten: *Unter sexueller Diskriminierung am Arbeitsplatz wird jedes Verhalten mit sexuellem Bezug verstanden, das von einer Seite unerwünscht ist und eine Person in ihrer Würde verletzt.*⁵⁶ Mit der Verwendung der geschlechtsneutralen Bezeichnung *Person* wird dabei deutlich gemacht, dass sexuelle Übergriffe, Belästigungen und Diskriminierungen Frauen wie Männer betreffen können, ebenso wie Menschen mit dem Geschlechtseintrag divers.

Maßgebend sollte dabei in erster Linie nicht die Motivation des Täters, sondern das Empfinden des Opfers sein.⁵⁷ Nur so kann u. E. ein wirksamer Schutz der betroffenen Person auch erreicht werden. Eine Objektivierung – und damit auch ein Schutz der beschuldigten Person vor Missverständnissen, Überempfindlichkeiten und Missbrauch – findet über das zweite Kriterium statt, wonach das Verhalten die Würde einer Person verletzen muss.⁵⁸ Die unternehmenseigene Definition kann durch Beispiele ergänzt werden, um das nicht tolerierte Verhalten für die Mitarbeitenden anschaulicher zu machen.

2. Arbeitgeberpflichten

a) Deutschland

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, seine Mitarbeitenden vor sexueller Belästigung aktiv zu schützen (§ 12 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 4 AGG). Dabei soll der Arbeitgeber präventiv dafür sorgen, dass es gar nicht zu Diskriminierungen am Arbeitsplatz kommt (§ 12 Abs. 2 AGG).⁵⁹ Der Arbeitgeber kann dies dadurch erfüllen, dass er im Rahmen von beruflichen Aus- und Fortbildungen auf die Unzulässigkeit solcher Benachteiligungen hinweist und darauf hinwirkt, dass sexuelle Belästigungen unterbleiben. Zu diesen Präventionsmaßnahmen und Schulungen ist der Arbeitgeber zwar nicht verpflichtet. Er erhält hierdurch jedoch eine Exkulpationsmöglichkeit (§ 12 Abs. 2 S. 2 AGG). Denn verletzt der Arbeitgeber die Schutzpflicht, so haftet er im Falle einer verbotenen Benachteiligung auf Schadenersatz (§ 15 AGG).⁶⁰

Abs. 3 von § 12 AGG verpflichtet den Arbeitgeber bei Verstoß durch einen Arbeitnehmer einzugreifen und den Verstoß zu beenden. Damit wird der Arbeitgeber implizit verpflichtet, einen gemeldeten Verstoß intern zu untersuchen oder untersuchen zulassen.⁶¹ Nur so kann er feststellen, ob tatsächlich ein Verstoß vorliegt, wer daran beteiligt ist und welches die geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen sind. Gemäß § 12 Abs. 4 AGG ist der Arbeitgeber verpflichtet, Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit vor sexuellen Belästigungen durch Dritte zu ergreifen.

Der Arbeitgeber ist zudem explizit verpflichtet, Hinweisen auf sexuelle Belästigungen nachzugehen und den Hinweisgeber über das Ergebnis zu informieren (§ 13 Abs. 1 AGG).⁶²

b) Schweiz

In der Schweiz sind Art. 328 Schweizer Obligationenrecht (CH-OR),⁶³ Art. 6 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (CH-ArG)⁶⁴ sowie Artt. 3 bis 5 CH-GLG einschlägig für die entsprechenden Verpflichtungen des Arbeitgebers.

Art. 328 CH-OR normiert die allgemeine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers für den Schutz und die Gesundheit der Arbeitnehmer zu sorgen. Daraus folgt eine klare Handlungspflicht im Rahmen des betrieblich Zumutbaren, denn 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. (...)“*. Art. 328 Abs. 1 CH-OR hebt in der Folge den Schutz vor sexueller Belästigung explizit hervor: *„(...) Er [der Arbeitgeber] muss insbesondere dafür sorgen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht sexuell belästigt werden und dass den Opfern von sexuellen Belästigungen keine weiteren Nachteile entstehen.“* Diese Fürsorgepflicht schließt somit ebenfalls die Prävention, den akuten Schutz bei Eintreten eines Vorfalles (wie Sofortmaßnahmen und langfristige Maßnahmen) sowie den Schutz vor Repressionen mit ein.⁶⁵

Das CH-GLG verbietet in Art. 3 i.V.m. Art. 4 die sexuelle Belästigung von Arbeitnehmern als Spezialfall des allgemeinen Diskriminierungsverbots. Es legt dem Arbeitgeber keine weiteren expliziten gesetzlichen Pflichten auf. Allerdings gewährt das Gesetz dem betroffenen Arbeitnehmer in Art. 5 Abs. 3 CH-GLG einen Anspruch auf Entschädigung, wenn Arbeitgeber nicht beweisen können, dass *„sie Maßnahmen getroffen haben, die zur Verhinderung sexueller Belästigungen nach der Erfahrung notwendig und angemessen sind und die ihnen billigerweise zugemutet werden können“*. Der Arbeitgeber haftet somit, wenn er keine ausreichenden und zumutbaren Präventivmaßnahmen getroffen hat.⁶⁶ Dies sollte u. E. auch gelten, wenn der Arbeitgeber nach einer festgestellten Belästigung keine angemessenen und zumutbaren Maßnahmen trifft, eine andauernde Belästigung zu unterbinden.⁶⁷

54 S. auch die Aufzählung in der Wegleitung zur Verordnung 3 zum Schweizerischen Arbeitsgesetz, SECO März 2014, 302 – F.

55 Tag, Sexuelle Übergriffe in Betrieben, Unternehmen und Verwaltungen, in: Senn (Hrsg.) Diskriminierung – Wahrnehmung und Unterordnung, 2009, S. 35, 52. So auch die Definition des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann vom Januar 2008, werden unerwünschte Avancen nicht erwidert, kann das Täterverhalten in das Schlechtmachen bzw. Mobbing der sich widersetzen Person umschlagen. So auch in dem beschriebenen Fall in: *Binswanger*, „Zeig doch deine Assets -!“; Tagesanzeiger vom 11.12.2018 unter <https://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/zeig-doch-deine-assets/story/23578823>.

56 Angelehnt an die Definition des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann vom Januar 2008; Wegleitung zur Verordnung 3 zum Schweizerischen Arbeitsgesetz vom März 2014, 302–G.

57 Ebenso die Definition des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann vom Januar 2008; § 3 Abs. 4 AGG, der von einem „unerwünschten“ Verhalten spricht.

58 Wobei u. E. bereits der Versuch ausreicht, um unternehmensseitig Maßnahmen zu prüfen. Gemäß § 3 Abs. 4 AGG genügt es denn auch für das Vorliegen einer sexuellen Belästigung, dass eine Handlung die Verletzung der Würde der betreffenden Person bezweckt.

59 *Bauer/Krieger/Günther*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz, 5. Aufl. 2018, § 4, Rn. 4.

60 Zu den Präventionsmaßnahmen s. ausführlich Abschn. V.

61 *Bauer/Krieger/Günther*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz, 5. Aufl. 2018, § 12, Rn. 30.

62 Schließlich ist es dem Arbeitgeber verboten, Repressionen gegen den betroffenen Mitarbeitenden, seine Unterstützer sowie gegen Zeugen zu ergreifen (§ 16 Abs. 1 AGG).

63 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil, Obligationenrecht) vom 30.3.1911 (Stand: 1.4.2020), SR 220.

64 Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 9.12.2018, SR 822.11.

65 *Ulrich*, Sicherheit & Recht 2014, 223, 225.

66 *Kaufmann*, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl. 2009, Art. 4, Rn. 52.

67 Im Falle von sexuellen Belästigungen kann die betroffene Person zusätzlich zu Schadenersatz (Art. 328 CH-OR) und Genugtuung (Art. 49 CH-OR) einen Anspruch auf eine Entschädigung in Höhe von maximal sechs Schweizer Durchschnittsmonatslöhnen wegen

Schließlich bestimmt Art. 6 Abs. 1 des CH-ArG, dass der Arbeitgeber „(...) die erforderlichen Maßnahmen zum Schutze der persönlichen Integrität der Arbeitnehmer vorzusehen“ hat. Dieser Schutz entspricht dem Schutz der Persönlichkeit gemäß Art. 328 CH-OR. Die Normierung im öffentlichen Arbeitsrecht verstärkt die Wirkung.⁶⁸

c) Fazit

Arbeitgeber in der Schweiz wie in Deutschland sind gesetzlich verpflichtet, ihre Mitarbeitenden an ihrem Arbeitsplatz vor sexueller Belästigung durch andere Mitarbeitende bzw. Dritte zu schützen.

Die Prävention ist dabei nicht zwingend gesetzlich vorgeschrieben. Diese ist Arbeitgebern allerdings dringend zu empfehlen – schon allein aus dem Grundgedanken der Schutzpflicht den Mitarbeitenden gegenüber, aus dem Gedanken der äquivalenten Behandlung des Risikos vor sexuellen Belästigungen mit anderen Compliance-Risiken, und um die Möglichkeit zu wahren, sich gemäß den gesetzlichen Bestimmungen exkulpieren zu können.

Gesetzlich verpflichtet sind Arbeitgeber in Deutschland und der Schweiz hingegen, einem Hinweis auf sexuelle Belästigung angemessen nachzugehen, den Sachverhalt (soweit möglich) aufzuklären und Maßnahmen zu ergreifen, die weitere Belästigungen verhindern. Dazu zählt auch das Ergreifen von Sofortmaßnahmen bei weiter andauernden Belästigungen.

IV. Werte einer Organisation

Eine wertebasierte Unternehmenskultur beschreibt eine Kultur, bei der eine Organisation ihre Entscheidungen und ihr Handeln gegen innen und außen an den von ihr niedergelegten Unternehmenswerten ausrichtet.⁶⁹

Organisationen, für die solche Unternehmenswerte mehr als nur Lippenbekenntnisse sind, richten ihre CMS auch auf die Einhaltung der Unternehmenswerte aus. Damit diese Unternehmenswerte leb- und erfahrbare Bedeutung erhalten und eine Identifikation mit diesen Werten erlauben, sollten diese erläutert und ausformuliert werden. Es empfiehlt sich dabei, die Werte nicht allein von der Geschäftsleitung bestimmen zu lassen, sondern (ausgewählte) Mitarbeitende einzubinden.

Klar formulierte Unternehmenswerte dienen den Mitarbeitenden gerade in komplexen Situationen als grundlegende Orientierung und verhelfen so zu stringenten und nachvollziehbaren Entscheidungen. Dies gilt auch für Konfliktsituationen unter Mitarbeitenden auf persönlicher Ebene. Ob ein Verhalten gegenüber Kolleginnen und Kollegen am Arbeitsplatz tolerierbar ist, kann auch an Unternehmenswerten wie „respektvoller“ bzw. „wertschätzender“ Umgang gemessen werden.

V. Integration von sexuellen Diskriminierungsfällen in ein wertebasiertes Compliance Management System

Die Herangehensweise und das Management des Risikos sexueller Diskriminierungsfälle am Arbeitsplatz lässt sich – unter Beachtung spezifischer Aspekte – gut in bestehende CMS integrieren. Beim Aufsetzen von neuen CMS empfiehlt es sich, den Umgang mit sexuellen Belästigungsvorfällen (und andere Diskriminierungsfällen) von Anfang an mit zu inkorporieren.

1. Präventive Maßnahmen zum Schutz vor sexuellen Belästigungen

Eines der Ziele von CMS ist die Prävention. Darunter werden Maßnahmen gefasst, die Compliance-Risiken mildern sollen.⁷⁰

Organisationen können verschiedene präventive Maßnahmen zum Schutz vor sexuellen Belästigungen implementieren, die einen unterschiedlichen Grad an Wirksamkeit aufweisen. Die bisher üblichen Maßnahmen variieren insbesondere zwischen Merkblättern, unternehmensinternen Policies, allgemeinen Compliance-Schulungen und Verhaltenskodizes. Doch diese Maßnahmen führen oft nicht zum gewünschten Ziel: Gemäß der 2019 IBA Studie werden Mitarbeitende an Arbeitsplätzen mit Richtlinien und Schulungen mit gleicher Wahrscheinlichkeit das Opfer von Diskriminierung wie Mitarbeitende an Arbeitsplätzen ohne solche Maßnahmen.⁷¹

Es bedarf weiterer, darüberhinausgehender Maßnahmen, die insbesondere folgende Aspekte klar adressieren: Sensibilisierung, Überarbeitung und Umsetzung von Richtlinien und Standards in Bezug auf sexuelle Belästigung, Einführung regelmäßiger, maßgeschneiderter Schulungen zum Thema sexuelle Belästigung, Übernahme von Verantwortung, Sammlung von Daten und Verbesserung der Transparenz.⁷²

a) Unternehmenskultur

Eine der wichtigsten präventiven Maßnahmen eines Unternehmens ist das Etablieren und Leben einer Unternehmenskultur, in der alle Mitarbeitenden in ihrer körperlichen und psychischen Unversehrtheit vor Diskriminierung sicher sind. Voraussetzung dafür ist das Vorleben dieser Kultur („tone from the top“) durch die Führungskräfte. Zu dem Aspekt der Unternehmenskultur gehört die Achtsamkeit. Das bedeutet, zur Sorgfaltspflicht des Arbeitgebers und seiner Führungskräfte gehört es, bei Diskriminierungen hinzusehen und verantwortlich zu agieren. Denn „wegschauen ist zuschauen, und zuschauen ist ermöglichen: Struktureller Machtmissbrauch heißt nicht, dass alle missbräuchlich handeln, sondern dass die Strukturen jene tolerieren, die es nicht tun.“⁷³

Als Grundlage gilt dabei die (wiederholte) Kommunikation an die Mitarbeitenden und anderen Stakeholder,⁷⁴ dass sexuelle Belästigungen vom Arbeitgeber nicht toleriert und konsequent sanktioniert werden. Schon dies wirkt abschreckend. Dazu zählt auch, dass die Mitarbeitenden und anderen Stakeholder darüber informiert werden, was das Unternehmen genau unter sexueller Belästigung versteht. Denn unklare Verhältnisse laden zu Verstößen ein.⁷⁵ Wichtig ist nach Ansicht der Autoren auch, dass diese Kommunikation von der Füh-

mangelnder Prävention geltend machen (Art. 5 Abs. 3 CH-GIG), sollte der Arbeitgeber sich nicht exkulpieren können. Eine solche Exkulpation kommt nicht in Betracht, wenn der Arbeitgeber selbst die sexuelle Belästigung begeht; Kaufmann, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl. 2009, Art. 4, Rn. 55.

68 Wegleitung zum Arbeitsgesetz, Art. 6, SECO, November 2006, 006-2.

69 Eingehend dazu m. v. N. Grüniger, in: Wieland/Steinmeyer/Grüniger (Hrsg.), Handbuch Compliance Management, 2. Aufl. 2014, 41, 52 ff.

70 Grüniger, in: Wieland/Steinmeyer/Grüniger (Hrsg.), Handbuch Compliance-Management, 2. Aufl. 2014, S. 41, 60, Rz. 24.

71 Pendler, 2019, IBA Studie, 8, unter <https://www.ibanet.org/bullying-and-sexual-harassment.aspx>.

72 Pendler, 2019, IBA Studie, 8, unter <https://www.ibanet.org/bullying-and-sexual-harassment.aspx>.

73 Petersen, Einzelfälle? Strukturwandel? Zivilcourage?, Hochparterre vom 20.2.2019 unter <https://www.hochparterre.ch/nachrichten/architektur/blog/post/detail/einzelfaelle-strukturwandel-zivilcourage/1550606879/>.

74 Dazu zählen auch Dritte (wie Dienstleister und Kunden) und Investoren.

75 Wegleitung zur Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz, SECO März 2014, 302-H.

rungsspitze des Unternehmens kommt, damit das Thema als entsprechend ernst und wichtig verstanden wird.

Die Implementierung einer solchen Unternehmenskultur und die entsprechende Kommunikation wird oft von der Sorge begleitet, dass (insbesondere anonyme) Meldungen den Missbrauch der Hinweisgebung fördern. Daher ist in der Kommunikation auch eindeutig klarzustellen, dass eine missbräuchliche Meldung ebenfalls ein Fehlverhalten darstellt und entsprechend sanktioniert wird.

Konsequentes Handeln bedeutet aus Sicht der Autoren in diesem Zusammenhang, dass jedem Hinweis auf eine sexuelle Diskriminierung nachgegangen wird. Jeder glaubwürdige Hinweis ist zu untersuchen und im Falle eines nachgewiesenen Verstoßes zu sanktionieren. Dies sollte ausnahmslos gelten, unabhängig von hierarchischen Stellungen der involvierten Personen. Gerade im Zusammenhang mit sexueller Belästigung ist dies von Bedeutung, da diese im Unternehmen oft im Zusammenhang mit Machtmissbrauch auftreten. Wie in Compliance-Vorfällen anderer Kategorien vertrauen Mitarbeitende den CMS nur, wenn sie diese auch umgesetzt erleben. Und nur in diesem Fall wirken sie präventiv.

b) Diversity & Inclusion

Eine Unternehmenskultur von gegenseitigem Respekt und Achtung, unabhängig von den persönlichkeitsinherenten Merkmalen einer Person, lässt sich insbesondere durch Maßnahmen von Diversität und Inklusion (*Diversity & Inclusion*) herstellen. Die Autoren verstehen unter dem Begriff „Diversität“ das Aufzeigen bereits vorhandener und das Herstellen von gewünschter Vielfalt im Unternehmen. „Inklusion“ steht dabei für das effiziente Verknüpfen dieser meist schon zumindest in gewissem Maße vorhanden Diversität zu produktiven und innovativen Einheiten. Nur in einem Umfeld von gegenseitigem Respekt und Wertschätzung lässt sich der wirtschaftliche Nutzen von Inklusion realisieren. Der dazu notwendige Respekt wirkt gleichzeitig präventiv gegen sexuelle Belästigung.

Maßnahmen zur Herstellung von Diversität und Inklusion in Unternehmen sind vielfältig und individuell. Elementar ist die Sensibilisierung der Mitarbeitenden und der Führungsebene für die eigenen unbewussten Vorurteile (*unconscious bias*). Darauf aufbauend lassen sich Maßnahmen anschließen zum Bewusstmachen der vorhandenen und auszubauenden Diversität, dem Abbau von Ängsten bis hin zum Aufzeigen der Möglichkeit der eigenen Mitwirkung an der Förderung von Diversität und Inklusion im Unternehmen.

Maßnahmen zur Diversität und Inklusion können zudem wirksam von Geschäftspartnern gefordert werden. So verkündete Novartis Anfang 2020, dass ihrerseits nur noch Kanzleien mandatiert werden, welche feste Diversität-Richtwerte erfüllen: Mindestens 30 % der abrechenbaren Associate- und 20 % der Partnerzeiten sind von Frauen, ethnisch diversen oder einer der LGBTQ+-Gemeinschaft zugehörnden Rechtsanwältinnen zu leisten.⁷⁶

c) Spezifische Schulungen

Es ist fraglich, ob eine allgemein gehaltene Compliance-Schulung den Anforderungen an Prävention bzw. Schulung in § 12 Abs. 2 S. 1 AGG bzw. Art. 5 Abs. 3 CH-GIG gerecht wird.⁷⁷ Die 2019 IBA Studie zeigt auf, dass bloße Richtlinien und Schulungen nicht den gewünschten Effekt zu scheinen haben. Denn Mitarbeitende in Unternehmen mit solchen Maßnahmen werden im gleichen Ausmaß Opfer von sexueller Belästigung wie Mitarbeitende in Unternehmen ohne solche Maßnahmen.⁷⁸

Hingegen können spezifische Schulungen zu sexueller Belästigung, Mikroaggressionen und unbewussten Vorurteilen (*unconscious bias*) laut der US-Studie von *Johnsons/Keplinger/Kirk/Barnes* nicht nur ziviles Verhalten fördern, sondern auch Kolleginnen und Kollegen sowie Führungskräfte befähigen einzugreifen, wenn sie Mobbing oder Belästigung am Arbeitsplatz sehen.⁷⁹

Eine vielversprechende und einfache Maßnahme ist es, Mitarbeitende zu befähigen, in eine akute Diskriminierungssituation aktiv einzugreifen und die Situation aufzulösen. Diese Bemühungen sind laut der Studie von *Johnsons/Keplinger/Kirk/Barnes* am erfolgreichsten, wenn – hier im Fall der Belästigung von Frauen – Organisationen männliche Verbündete erfolgreich in das Gespräch über die Geschlechtergleichstellung einbeziehen.⁸⁰ Mit der Befähigung, sich selbst wehren zu können und mit der Unterstützung alliierter Kollegen könnte zudem die Anzahl von Untersuchungen, z. B. unangemessener Bemerkungen, vermindert werden. Auch ermöglicht dies eher, dass die betroffenen Mitarbeitenden nach einem klärenden Gespräch wieder konstruktiv zusammenarbeiten können, als wenn eine offizielle interne Untersuchung dazu geführt wird.

d) Verfahren zur Aufarbeitung von akuten Vorfällen

Trotz optimaler Prävention lassen sich sexuelle Belästigungen und andere Diskriminierungen im Unternehmen nicht vollständig verhindern. Entsprechend sollten Unternehmen im Rahmen der Prävention ihre Prozesse zur Aufarbeitung akuter Vorfälle so standardisiert und implementiert haben, wie in Bezug auf andere Compliance-Risiken. Dazu zählt insbesondere auch, die Verantwortlichkeiten festzulegen und sicherzustellen, dass der Prozess ohne Interessenkonflikte ablaufen kann.⁸¹ Dies beugt etwa der skurrilen Situation vor, dass das Management den gegen das Management gerichteten Vorwurf der sexuellen Belästigung selber untersucht und damit der Exkulpationsbeweis misslingt.⁸²

2. Ansprechperson und Hinweisgebersystem

Je nach Größe der Organisation bietet diese ihren Mitarbeitenden eine Ansprechperson für Diskriminierungsvorfälle an. Dabei handelt es sich um ein Angebot der Organisation, eine hierfür ausgebildete Ansprechperson bereit zu halten, die kompetent helfen und entsprechende Prozesse in die Wege leiten kann. Jedoch reicht es nicht, diese Ansprechperson präsent zu halten. Genauso wichtig ist, dass Mitarbeitende von dieser Person Kenntnis haben, denn laut der Studie der Antidiskriminierungsstelle des Bundes weiß ein Drittel der Befragten nichts von der Existenz einer Ansprechperson.⁸³ Aus verschiedenen Fällen ist bekannt, dass Opfer nicht gewusst haben, an wen sie sich

76 PM vom 12.2.2020 unter <https://www.novartis.com/news/novartis-preferred-firm-program-legal-services-launched>.

77 So auch Köhler/Koops, BB 2015, 2807, 2810, Fn. 47.

78 Pender, 2019, IBA Studie, 8, unter <https://www.ibanet.org/bul-lying-and-sexual-harassment.aspx>.

79 *Johnson u. a.*, Has Sexual Harassment at Work Decreased Since #MeeToo?, Harvard Business Review 18.7.2019 unter <https://hbr.org/2019/07/has-sexual-harassment-at-work-decreased-since-metoo>.

80 *Johnson u. a.*, Has Sexual Harassment at Work Decreased Since #MeeToo?, Harvard Business Review 18.7.2019 unter <https://hbr.org/2019/07/has-sexual-harassment-at-work-decreased-since-metoo>.

81 S. dazu Abschn. VI. b).

82 BGE 126 III 395, Erw. c).

83 Studie der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz vom 3.3.2015, unter: https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Umfragen/Handout_Umfrage_sex_Belaestigung_am_ArbPlatz_Beschaeftigte.pdf;jsessionid=31664677A3430789E110157E2DEC7EE5.2_cid340?__blob=publicationFile&v=4.

wenden können.⁸⁴ Wie nachhaltig positiv die Kommunikation über diese Ansprechperson in der Organisation ist, entscheidet, ob sie erfolgreich bekannt gemacht wird oder nicht.

Zusätzlich zu oder alternativ zur Ansprechperson kann eine Meldestelle für Hinweise eingerichtet werden, an die Mitarbeitende ihre Meldung über einen Verstoß richten können, auch anonym. Bei diesen Meldestellen handelt es sich um die nach der EU-Whistleblower Richtlinie⁸⁵ bereitzuhaltenden Hinweisgebersysteme, bei deren Einhaltung dem Hinweisgeber ein Schutz gewährleistet wird. In der Schweiz gibt es aktuell keinen gesetzlichen Hinweisgeberschutz.⁸⁶ Empfehlenswert ist, die Meldung von sexuellen Belästigungsfällen und das daran anschließende Verfahren zu standardisieren.

Allein das zur Verfügung stellen von Meldestellen führt nicht zwingend dazu, dass Fehlverhalten frühzeitig identifiziert werden kann: So haben laut der 2019 IBA Studie drei Viertel der belästigten Personen selbst in Branchen wie der Rechtsberatung keine Meldungen über Mobbing oder sexuelle Belästigung gemacht. Als Gründe gaben sie den Status der belästigenden Person oder Angst vor den Auswirkungen einer Meldung an und, dass ein solcher Vorfall endemisch in Anwaltskanzleien sei.⁸⁷ Dies zeigt, dass ein Unternehmen zuerst das Vertrauen seiner Mitarbeitenden gewinnen muss. Beschäftigte müssen darauf vertrauen können, dass ihre Meldung vertraulich behandelt wird, eine rechtmäßige Meldung keine Repressalien auslöst, das Unternehmen seiner Aufklärungspflicht gerecht wird – unabhängig vom Status der involvierten Personen – und das Unternehmen die belästigende Person angemessen sanktioniert.

3. Risikoanalyse

Im Rahmen der regelmäßig unternehmensintern durchzuführenden Compliance Risikoanalyse sind auch die Risiken sexueller Belästigungen ernsthaft zu evaluieren.

Dabei können Fälle von sexuellen Belästigungen danach kategorisiert werden, ob diese dem Unternehmen bereits bekannt und juristisch abgehandelt sind, solche die schon bekannt, aber noch nicht juristisch abgehandelt sind und letztlich diejenigen, die dem Arbeitgeber bisher unbekannt sind.⁸⁸ Doch Vorsicht: Allein das Fehlen von gemeldeten Fällen darf nicht als Fehlen von Diskriminierung gewertet werden. Der Grund hierfür kann sein, dass das Hinweisgebersystem nicht vorhanden ist, nicht funktioniert, den Mitarbeitenden die Meldemöglichkeiten nicht bekannt sind, sie dem Hinweisgebersystem nicht vertrauen oder schlicht Angst oder Scham haben, über den Vorfall zu sprechen.⁸⁹

Weiter gilt es wie bei jeder Risikoanalyse die Risiken nach Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenspotential zu qualifizieren.

4. Datenerhebung

Um getroffene Maßnahmen und bestehende oder zukünftige Risiken in Bezug auf sexuelle Belästigungen beurteilen zu können, sollten im Rahmen des datenschutzrechtlich Erlaubten Daten erhoben werden. So ist beispielsweise überlegenswert, über die aufgetretenen Fälle eine anonymisierte Statistik zu erstellen, um mögliche Muster frühzeitig zu erkennen. Auch lassen sich aus solchen Daten Rückschlüsse auf die Effizienz der internen Untersuchungen ziehen.

5. Transparenz

Transparenz ist ein schwer vermittelbarer Punkt in Bezug auf sexuelle Belästigungen. Kein Unternehmen möchte damit in Verbindung gebracht werden. Folgt man den zu Beginn erwähnten Statistiken, kommt

man nicht umhin, zu akzeptieren, dass sexuelle Belästigungen (wie andere Formen von Diskriminierungen) über Zeit in jedem größeren (und vielleicht auch kleinerem) Unternehmen auftreten werden. Vor diesem Hintergrund gilt es zu überlegen, wie offensiv mit diesem Thema umgegangen werden kann. Die regelmäßige sachliche Information der Mitarbeitenden über untersuchte und sanktionierte Compliance-Vorfälle (einschließlich Diskriminierungen) kann positive Effekte erzeugen: Mitarbeitende und andere Stakeholder können daraus schließen, dass das Unternehmen nicht nur kommuniziert, sondern auch handelt. Sie werden sensibilisiert darauf, dass Verstöße Konsequenzen nach sich ziehen und dass Meldungen verfolgt werden. Somit kann diese Transparenz einen Beitrag zur Prävention wie auch zur frühzeitigen Entdeckung von Risiken der (sexuellen) Diskriminierung beitragen.

VI. Interne Untersuchungen von sexuellen Übergriffen und sonstigen Diskriminierungsfällen

a) Ziel der internen Untersuchung

Wie oben dargelegt⁹⁰ ist der Arbeitgeber bereits gesetzlich verpflichtet oder zumindest inzentiviert, dem Hinweis auf eine sexuelle Diskriminierung nachzugehen. Bei begründetem Verdacht muss er Maßnahmen ergreifen, insbesondere muss er die betroffenen Mitarbeitenden sofort vor weiteren Nachteilen schützen und gegen weitere Belästigungen vorgehen. Hierfür eignet sich die Durchführung einer internen Untersuchung.⁹¹ Dabei kann sich die interne Untersuchung auf aktuelle wie auch vergangene Fälle beziehen. Laut einer Studie haben als Reaktion auf #MeToo 23 Prozent der befragten deutschen Arbeitgeber frühere Untersuchungen von sexueller Belästigung wieder aufgenommen.⁹²

Ziel einer internen Untersuchung ist das Ermitteln des Sachverhalts und falls ein Fehlverhalten festgestellt wurde, das Identifizieren der hierfür verantwortlichen Personen. Richtig geführte interne Untersuchungen haben auch einen Präventionseffekt. Und schließlich tragen sie zur Verbesserung bestehender Prozesse in der Remediation-Phase bei. Diese Grundsätze gelten für alle Compliance-Verstöße. Untersuchung von sexuellen Belästigungsfällen weisen zudem einige Besonderheiten auf, die nachfolgend behandelt werden.

Vorangestellt sei folgender maßgebender Unterschied: Im Gegensatz zu Compliance-Vorfällen wirtschaftskrimineller Natur (wie Betrug, Korruption und Wettbewerbsabsprachen) gibt es bei sexuellen Belästigungsvorfällen ein persönlich, in seiner Privat- bzw. Intimsphäre betroffenes Opfer. Während es bei wirtschaftlichen Compliance-Vorfällen

84 Honegger, Nach Sex-Vorwürfen an der Uni Basel: Umstrittener Dozent kehrt zurück, BZ vom 14.9.2019 unter <https://www.bzbasel.ch/basel/basel-stadt/nach-sex-vorwurferfen-ander-uni-basel-umstrittener-dozent-kehrt-zurueck-135618864>.

85 RL (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, PE/78/2019/REV/1 ABl. L 305 vom 26.11.2019, 17–56.

86 S. dazu Pikó, CB 2019, 235–242.

87 Pendler, 2019, IBA Studie, 8, unter <https://www.ibanet.org/bullying-and-sexual-harassment.aspx>.

88 Übereinstimmend mit Balthasar-Wach/Hofbauer, Juridikum 2019, 326, 331.

89 Zudem können auch Vertraulichkeitsvereinbarungen (sog. Non-Disclosure-Agreements), meist mit Geldzahlungen an den betroffenen Mitarbeitenden, das Fehlen von Meldungen begründen.

90 S. Abschn. III.

91 Soweit derzeit ersichtlich, soll der Referentenentwurf (VerSanG) nur auf Fälle von Wirtschaftskriminalität Anwendung finden: Das VerSanG soll die Sanktionierung von Verbänden wegen Straftaten regeln, durch die Pflichten, die den Verband treffen, verletzt worden sind oder durch die der Verband bereichert worden ist oder werden sollte (§ 1 VerSanG).

92 Littler, PM vom 12.11.2018, New Littler Research Reveals 79% of European Employers are Taking Action to Reduce Risks of Sexual Harassment unter <https://www.littler.com/publication-press/new-littler-research-reveals-79-european-employers-are-taking-action-reduce>.

len vorwiegend um die Überführung der handelnden Personen und die Ermittlung des Schadensausmaßes geht,⁹³ ist bei einer sexuellen Belästigung der Schutz und die Fürsorge für das betroffene Opfer gleichermaßen wichtig.

b) Erhalt eines Hinweises auf einen Belästigungsvorfall

In den überwiegenden Fällen wird eine interne Untersuchung auf Grund eines Hinweises auf einen Belästigungsfall eingeleitet. Ein Hinweis kann z. B. in einem persönlichen Gespräch mit Compliance-Mitarbeitenden, per E-Mail oder über das Hinweisgeber-Meldesysteme erfolgen. Die Quellen können eigene Mitarbeitende, Geschäftspartner, die betroffenen Personen oder Medienberichte sein. Die hinweisgebende Person kann Zeuge oder eine direkt oder indirekt betroffene Person sein.

Zuständig für die Untersuchung eines Compliance-Vorfalles im Zusammenhang mit sexuellen Belästigungsvorwürfen kann die Compliance-Abteilung, eine eigene Abteilung für interne Untersuchungen oder andere unternehmensinterne Abteilungen sein, wie HR, interne Revision oder Recht. Für Mitarbeitende von Personalabteilungen ist es eine besondere Herausforderung interne Untersuchungen durchzuführen, sofern sie weiterhin in HR-Tätigkeiten eingebunden bleiben. Denn sie werden immer wieder berufliche Berührungspunkte mit den Kolleginnen und Kollegen auch nach Abschluss der Untersuchung haben.

Sicherzustellen ist, dass kein Interessenkonflikt bei den untersuchenden Personen besteht. Das ist u. U. herausfordernd, insbesondere, wenn es sich um ein mittelgroßes oder kleineres Unternehmen mit einer begrenzten Anzahl an Mitarbeitenden handelt. Oder wenn eine Führungskraft oder eine sonst für das Unternehmen wichtige Person (z. B. ein zentraler Kunde) involviert ist. Dabei spielt es für die Wirkung der Untersuchung keine Rolle, ob der Interessenkonflikt tatsächlich Einfluss auf die Untersuchung hat. Schon der (begründete) Anschein von Interessenkonflikten kann eine fatale Wirkung auf die Untersuchung haben. Wenn Mitarbeitende oder andere Stakeholder den Eindruck gewinnen, dass der Untersuchungsprozess nicht fair geführt wird, geht jeglicher Präventionseffekt verloren. Zudem kann dies für zukünftige Meldungen abschreckend wirken und Mitarbeitende generell demotivieren.

Elementar ist die Wahrung der Vertraulichkeit sowohl für die betroffene wie die beschuldigte Person. Es bedarf einer sorgfältigen Abwägung, wer von dem Vorfall Kenntnis haben darf, um die Persönlichkeitsrechte der betroffenen wie auch der beschuldigten Person wahren zu können.⁹⁴ Dies ist bei der Auswahl möglicher Befragung und Involvierung von Zeugen, Mitarbeitenden, Übersetzern, Vorgesetzten etc. im Verlauf der Untersuchung stets neu abzuwägen. Gegebenenfalls ist dies durch Vertraulichkeitsvereinbarungen weiter abzusichern, selbst wenn Regelungen zur Wahrung der Vertraulichkeit in einem Verhaltenskodex vorhanden sein sollten.

c) Triage

Die als verantwortlich bestimmte Abteilung hat unverzüglich nach Eingang der Meldung eine Triage vorzunehmen. Im Rahmen der Triage wird entschieden, ob eine Untersuchung eingeleitet und mit welcher Priorität der Hinweis untersucht wird. Entscheidungskriterien für die Triage können Art und Schwere der Tat, Häufigkeit des Fehlverhaltens, das Fehlverhalten begünstigende organisationsseitige Faktoren sowie Position und hierarchische Stellung der betroffenen Beteiligten sein.⁹⁵

Auch bei der Triage von sexuellen Belästigungsfällen bietet es sich an, die Hinweise in Kategorien, z. B. drei Prioritätsstufen, einzuteilen. In die erste Priorität fallen typischerweise schwerwiegende Übergriffe so-

wie Übergriffe durch Personen mit hoher Leitungsfunktion (und damit entsprechender Verantwortungs- und Vorbildfunktion). Zweite Priorität haben Fälle, welche nicht der ersten und dritten Priorität zugehören. Unter die dritte Priorität werden Hinweise eingeteilt, die keine Fälle von Compliance-Verstößen sind.⁹⁶

Wie wichtig diese Triage ist, zeigen die von Medien aufgegriffenen Fälle sexueller Belästigungen, deren interne Untersuchungen aufgrund mangelnder initialer Prüfung wiederholt werden mussten. Auch dies hat einen Einfluss auf die Reputation der Organisation und das Vertrauen, das die Mitarbeitenden dem Unternehmen diesbezüglich entgegenbringen.⁹⁷ Im Zweifel sollte daher nicht weg, sondern von Anfang an genau hingeschaut werden.

d) Sofortmaßnahmen und Verfahrenseinleitung

Ist die Entscheidung im Rahmen der Triage für die Durchführung einer internen Untersuchung ausgefallen, so ist der nächste Schritt das Prüfen von Sofortmaßnahmen. Gerade bei Hinweisen auf sexuelle Belästigung ist einerseits Schnelligkeit und andererseits Fingerspitzengefühl und Augenmaß gefragt. Der Arbeitgeber ist gefordert, die richtige Balance zwischen Schutz des Opfers vor weiteren Belästigungen und Schutz der beschuldigten Person vor falschen Anschuldigungen zu finden. Je nach Schwere des Vorfalls wird eine räumliche Trennung gefordert sein. Auch eine weitere Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Personen muss ggf. bis auf Weiteres sistiert werden. Mögliche Sofortmaßnahmen können insbesondere eine temporäre Versetzung an einen anderen Standort oder ins Home-Office, eine bezahlte temporäre Freistellung, die dienstliche Anordnung zum Bezug aufgelaufenen Urlaubs der beteiligten Personen sein. Insbesondere bei sexuellen Übergriffen kann auch eine dienstliche Anordnung, sich bis zum Abschluss der Untersuchung von den betroffenen bzw. involvierten Personen fernzuhalten, anbieten.

Ein wichtiger Aspekt ist die Entscheidung, ob die interne Untersuchung durch eigene Mitarbeitende oder durch externe Personen durchgeführt werden soll. Für die Untersuchung durch externe Personen können insbesondere folgende Gründe sprechen: Den intern zuständigen Personen fehlt die spezifische Ausbildung zur Führung einer solchen Untersuchung von sexuellen Belästigungsvorfällen, es mangelt an internen Kapazitäten für eine schnelle und effiziente Untersuchung oder es sind Führungspersonen involviert.⁹⁸ Gerade bei Fällen von sexuellen Diskriminierungen zeigen sich immer wieder systemimmanente Schwierigkeiten. So z. B. wenn ein neu eingesetzter HR-Leiter als erste Amtshandlung gegen den Vorgesetzten hätte ermitteln müssen, der ihn rekrutiert hat.⁹⁹

Das Untersuchungsteam hat in der Phase der Verfahrenseinleitung über den Untersuchungsgegenstand zu entscheiden und die Untersu-

93 Hinzukommt auch, abhängig von den Umständen, eine Kooperation mit den Ermittlungsbehörden.

94 *Fritsche*, Interne Untersuchungen in der Schweiz, 2013, 67 f.

95 Vergleichbar mit den OCEG Anticorruption Illustrated Series unter <https://go.oceg.org/illustration-ac-part-5-how-to-conduct-investigations-of-corruption>.

96 Dazu gehören z. B. Vorschläge der Mitarbeitenden zu Verbesserungen, allgemeine HR-Anliegen oder irrgelietete Mitteilungen.

97 So z. B. in dem Fall beschrieben von *Binswanger/Alich*, #MeToo bei EY: Kadermann per sofort freigestellt, Tagesanzeiger vom 14.12.2018 unter <https://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/standard-ey-stellt-mitarbeiter-nach-vorwurfen-per-sofort-frei/story/22803713>.

98 Das Anwaltsprivileg spielt bei dieser Frage heute wohl eher eine untergeordnete Rolle, da laut der Rechtsprechung informelle Privatbefragungen durch Anwälte nur eingeschränkt vom Anwaltsgeheimnis geschützt werden. S. dazu für die Schweiz: BGer, 26.9.2016 – 1B_85/2016 und für Deutschland: LG Hamburg, 15.10.2010 – 608 Qs 18/10; LG Mannheim, 3.7.2012 – 24 Qs 1/12, 24 Qs 2/12; LG Braunschweig, 21.7.2015 – 6 Qs 116/15.

99 *Binswanger*, Der Fehler liegt im System, Nulltoleranz-Politik bei sexueller Belästigung ist bei vielen Firmen bloss ein Lippenbekenntnis, Tagesanzeiger vom 12.12.2018 unter <https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/der-fehler-liegt-im-system/story/14786255>.

chungsmaßnahmen festzulegen. Im Rahmen von sexuellen Belästigungsfällen stehen vor allem die Befragung der Zeugen, Kolleginnen und Kollegen und involvierten Personen im Vordergrund.

e) Begleitung der belästigten Person

Anders als in Untersuchungen von Wirtschaftskriminalität ist der Arbeitgeber gefordert, für den Schutz und das Wohlergehen der betroffenen Person zu sorgen. Zunächst sollte dem Untersuchungsteam immer bewusst sein, welche Überwindung es die belästigte Person ggf. gekostet hat, den Vorfall zu melden bzw. über diesen zu sprechen. Viele Fälle von sexuellen Diskriminierungen oder gar Vergewaltigungen werden aus Angst gar nicht¹⁰⁰ oder erst Jahre nach der Tat angezeigt. Die Schauspielerinnen und Regisseurinnen *Asia Argento* sprach aus, wovor sie Angst hatte: *Weinstein* würde ihre Karriere zerstören.¹⁰¹ Die betroffenen Personen beschreiben Wut, Kränkung, Entwürdigung, Ohnmacht, Enttäuschung, Isolation, Einsamkeit und vor allem Scham.¹⁰²

Chanel Miller hat in ihrem Buch ausführlich beschrieben, welche Tortur es für die betroffene Person ist, über einen langen Zeitraum an mehreren Stellen immer wieder den Vorfall wiedergeben zu müssen.¹⁰³ Daher obliegt es dem Untersuchungsteam, die betroffene Person hiervon durch gute Planung und Befragung zu verschonen. Aus dem gleichen Grund sollten interne Untersuchungen zeitlich nicht ausufern. Ein z. B. sich über sechs Monate hinziehendes Verfahren kann zu einer schweren Belastung der betroffenen Person führen.¹⁰⁴ Die Befragung sollte immer durch zwei Personen unterschiedlichen Geschlechts geführt werden. Je nach Vorfall kann außerdem das Finanzieren einer psychologischen Begleitung durch den Arbeitgeber der betroffenen Person eine angemessene Reaktion der Arbeitgebers sein.

f) Fürsorgepflichten der beschuldigten Person gegenüber

Erst nach Befragung der belästigten Person ist die beschuldigte Person üblicherweise zu befragen. Der Arbeitgeber hat Schutz- und Fürsorgepflichten nach § 241 Abs. 2 BGB auch der beschuldigten Person gegenüber. Die beschuldigte Person darf während der internen Untersuchung nicht unzumutbaren Ermittlungen ausgesetzt werden, so dass die repressiven Maßnahmen des Arbeitgebers den Maßstab des § 12 Abs. 3 AGG wahren müssen und für diesen nicht unverhältnismäßig sein dürfen.¹⁰⁵ Gleiches muss in der Schweiz unter der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gemäß Art. 328 Abs. 1 S. 1 CH-OR gelten.

g) Befragung

In Deutschland ist die Auskunftspflicht als Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis anerkannt.¹⁰⁶ Unter die Treuepflicht der Arbeitnehmer fällt in der Schweiz u. a. die Pflicht zur Abwehr von Vermögens- und Reputationsschäden sowie die damit zusammenhängende Auskunft- und Mitteilungspflicht.¹⁰⁷ Die Arbeitnehmer sind dabei verpflichtet, unaufgefordert, wahrheitsgetreu, vollständig und rechtzeitig den Arbeitgeber über sämtliche Feststellungen zu informieren, die allfällige Missstände, Störungen, Gefahren oder Schadensfälle betreffen.¹⁰⁸

Bei der Befragung der Person, der die sexuelle Belästigung vorgeworfen wird, sind bestimmte Belehrungen vorzunehmen. Dazu gehören u. a. Hinweise über die Protokollierung, Vertraulichkeit, Auskunftspflicht sowie mögliche Auskunftsverweigerungsrechte.¹⁰⁹ Die Belehrungen sind ferner davon abhängig, wer die interne Untersuchung durchführt. Führen externe Rechtsanwälte die interne Untersuchung durch, so sollten diese darüber aufklären, dass sie die Interessen des Arbeitgebers vertreten (sog. „Upjohn“- oder „Miranda“-Belehrung).¹¹⁰

Die beschuldigte Person ist insbesondere über die Vorwürfe vollständig aufzuklären. Zu prüfen ist auch, ob die Umstände eine Begleitung der beschuldigten Person durch einen eigenen Rechtsanwalt gestatten bzw. empfehlen.

Je nach Umständen muss die interne Untersuchung des sexuellen Belästigungsvorfalles auf Beweismittel wie Telefondaten, E-Mail-Verlauf, Internetnutzung etc. ausgedehnt werden. Insoweit sind die Grenzen des Datenschutzrechts einzuhalten. Eine besondere Herausforderung stellt die Durchsicht als privat gekennzeichnete E-Mails oder anderer Nachrichten dar, welche sexuell diskriminierende Elemente enthalten könnten und sich auf Servern oder Endgeräten des Arbeitgebers befinden. Hier ist vorgängig genau abzuklären, welchen rechtmäßigen Zugriff der Arbeitgeber hat. Dies hängt von den spezifischen Umständen ab, so z. B. wie die arbeitsvertragliche Regelung zur Nutzung der Endgeräte vereinbart ist, ob eine wirksame Einwilligung vorliegt oder ggf. ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers vorliegt.¹¹¹

h) Konsequenzen und Sanktionen der belästigenden Person gegenüber

Bestätigt die interne Untersuchung den Hinweis auf sexuelle Belästigung, so hat der Arbeitgeber entsprechende Konsequenzen zu ziehen. Der Arbeitgeber muss die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung ergreifen.¹¹²

Auch hier ist ein besonderes Augenmerk auf die betroffene Person zu richten und sicherzustellen, dass die betroffene Person (und alle anderen Mitarbeitenden) vor weiteren Belästigungen sicher sind. Spezifisch zu adressieren ist auch die Frage, ob bzw. wie eine weitere Zusammenarbeit zwischen betroffener und belästigender Person zukünftig stattfinden soll. Hier muss der Arbeitgeber ggf. begleitende bzw. weiterführende Maßnahmen, wie die Änderung des Arbeitsplatzes, eine Versetzung oder eine Änderungskündigung in Betracht ziehen. Und vor allem muss entschieden werden, wen diese Maßnahmen treffen: Die betroffene oder die belästigende Person. In Frage kommt dabei eine Entscheidung anhand ethischer, betriebswirtschaftlicher oder anderen vom Unternehmen idealerweise im Vorfeld festgelegten Kriterien.

Der Arbeitgeber kann (und muss grundsätzlich auch) im Falle eines festgestellten sexuellen Belästigungsfalles eine außerordentliche Kündigung aussprechen, wenn es keinen anderen angemessenen Weg zur

100 S. bspw. *Pendler*, 2019, IBA Studie, 8; wonach 75 % der sexuellen Belästigungsvorfälle von Juristen nicht gemeldet werden unter <https://www.ibanet.org/bullying-and-sexual-harassment.aspx>.

101 *Farrow*, Durchbruch, Der Weinstein-Skandal, Trump und die Folgen, 2019, 304.

102 *Rau*, Sie wirft Professor Übergriffe vor – und fühlt sich nun abgekanzelt, *Tagesanzeiger* vom 18.12.2019 unter <https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/was-darf-eine-betroffene-nach-einem-missbrauchsfall-erwarten/story/30203736>.

103 *Miller*, Ich habe einen Namen, 2019.

104 *Rau*, Sie wirft Professor Übergriffe vor – und fühlt sich nun abgekanzelt, *Tagesanzeiger* vom 18.12.2019 unter <https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/was-darf-eine-betroffene-nach-einem-missbrauchsfall-erwarten/story/30203736>.

105 *Krieger/Deckers*, NZA 2018, 1161, 1162.

106 *Weiß*, in: Moosmayer/Hartwig (Hrsg.), *Interne Untersuchungen*, 2012, 50; BAG, 23.6.1999 – 2 AZR 606/08, BB-Rechtsprechungsreport *Lipinski/Kumm*, BB 2010, 2444.

107 *Wantz/Licci*, *jusletter* vom 18.2.2019, 5 f.

108 *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, *Arbeitsvertrag*, *Praxiskommentar* zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 321a OR, N 7.

109 *Fritsche*, *Interne Untersuchungen in der Schweiz*, 2013, 173 ff. u. 196 f.; *Wantz/Licci*, *jusletter* vom 18.2.2019, 26 ff.; *Weiß*, in: Moosmayer/Hartwig (Hrsg.), *Interne Untersuchungen*, 2012, 53; Die Anwendung des Nemo-tenetur-Grundsatzes auf Befragungen in internen Untersuchungen ist nach wie vor umstritten.

110 *Bloch/Gütling*, *SZW* 2019, 275, 280.

111 So zumindest für die Schweiz: *Wantz/Licci*, *jusletter* vom 18.2.2019, 18 ff. m. w. N.

112 S. zu den möglichen arbeitsrechtlichen Maßnahmen *Krieger/Deckers*, NZA 2018, 1161, 1164 ff.

Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gibt, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind.¹¹³ Eine außerordentliche Kündigung scheidet im deutschen Recht hingegen aus, wenn es ein schonenderes Gestaltungsmittel wie Abmahnung, Versetzung, oder ordentliche Kündigung gibt, das ebenfalls geeignet ist, den mit einer außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck – nicht die Sanktion des pflichtwidrigen Verhaltens, sondern die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen des Arbeitsverhältnisses – zu erreichen.¹¹⁴ Auch für eine ordentliche Kündigung aufgrund einer sexuellen Belästigung müssen entsprechende Gründe sprechen, da sonst der Arbeitnehmer Anspruch auf Weiterbeschäftigung geltend machen kann.¹¹⁵

Ein wichtiges Prinzip des Arbeitsrechts in der Schweiz ist die Kündigungsfreiheit.¹¹⁶ Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind grundsätzlich frei, ein Arbeitsverhältnis einzugehen und es auch wieder zu beenden. Begrenzt wird diese Kündigungsfreiheit, wenn die ordentliche Kündigung durch missbräuchliche Motive bzw. die fristlose Kündigung ohne wichtigen Grund erfolgt.¹¹⁷ Allerdings besteht hier ein grundlegender Unterschied zum deutschen Arbeitsrecht: In der Schweiz führt auch eine missbräuchliche ordentliche Kündigung bzw. eine unbegründete fristlose Kündigung grundsätzlich zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Der missbräuchlich bzw. ohne wichtigen Grund fristlos gekündigte Arbeitnehmer kann in diesem Fall (lediglich) eine Entschädigung geltend machen, aber keine Wiedereinstellung oder Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verlangen.¹¹⁸ Davon besteht mit Art. 10 CH-GIG¹¹⁹ im hier gegebenen Zusammenhang eine wesentliche Ausnahme: Hat ein Arbeitnehmer eine innerbetriebliche Beschwerde wegen Diskriminierung (wozu auch die sexuelle Belästigung nach Art. 4 i.V.m. Art. 3 CH-GIG zählt) erhoben und wird diesem anschließend ohne begründeten Anlass¹²⁰ gekündigt, kann der Arbeitnehmer diese Kündigung anfechten. Bei erfolgreicher Anfechtung ist die Kündigung ungültig und der Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen. Der Arbeitnehmer ist während des Verfahrens über die Anfechtung der Kündigung sowie für die sechs Monate nach Abschluss des Verfahrens vor einer erneuten Kündigung geschützt (Art. 10 CH-GIG).¹²¹ Zweck des Art. 10 CH-GIG ist es, einen beschwerdeerhebenden Arbeitnehmer vor einer Rache Kündigung durch den Arbeitgeber zu schützen.¹²²

i) Remediation

Nach Abschluss der internen Untersuchung sollte der Abschlussbericht in Bezug auf die anschließende Remediation analysiert werden. Hierbei ist eine Ursachenanalyse und Prozessüberprüfung durchzuführen. Dabei sind kritische Fragen zu stellen, deren Antworten Auswirkungen auf die CMS sowie Interne Kontrollsysteme (IKS) haben können. So kann beispielsweise gefragt werden, ob es im Vorfeld bereits Warnungen oder Beschwerden über die belästigende Person gab, wie das generelle Arbeitsklima in dem betroffenen Bereich ist, ob Präventionsmaßnahmen ergriffen wurden und ggf. warum diese nicht funktioniert haben. Gleichermassen kann auch der Prozess der internen Untersuchung z. B. auf Effizienz überprüft werden.

VII. Fazit

Fälle sexueller Belästigungen sind Compliance-Vorfälle, die als ernstzunehmende Compliance-Risiken einzustufen sind. Selbst wenn eine Schadenersatzzahlung im Fall sexueller Diskriminierung in der Schweiz oder in Deutschland bei weitem nicht die in den USA geleisteten Zahlungen erreichen, so können Schäden an der Reputation der

Organisation und damit einhergehende Verluste von Kunden bzw. Mitarbeitenden gleichwohl einschneidend sein. Organisationen sollten daher ihre CMS und Prozesse dahingehend überprüfen und justieren, dass solche Risiken im Falle ihres Eintretens professionell erkannt und gehandhabt werden können. Im Vergleich zur Wirtschaftskriminalität ist zu beachten, dass bei sexueller Diskriminierung immer ein persönlich, in seiner Privat- bzw. Intimsphäre betroffener Mitarbeitender beteiligt ist. Hier treffen den Arbeitgeber besondere Fürsorgepflichten. Zudem sind entsprechende spezifische Vorkehrungen für die interne Untersuchung zu treffen.

Dr. Rita Pikó, LL.M. (Exeter), ist Dozentin für Compliance an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften und Studienleiterin des CAS Compliance Investigator. Sie ist zudem Referentin des Exzellenzprogramms für Aufsichtsräte an der Frankfurt School of Management and Finance und in ihrer Kanzlei als Rechtsanwältin in Zürich tätig.



Dr. Laurenz Uhl, LL.M. (Exeter), ist in seiner Kanzlei als Rechtsanwalt und Fürsprecher in Zürich tätig. In den Jahren 2014–2016 war er für den Aufbau und die Implementierung von *Diversity & Inclusion* in Deutschland als Partner bei Linklaters in Frankfurt a. M. verantwortlich.



113 BAG, 2.3.2017 – 2 AZR 698/15; BAG, 29.6.2017 – 2 AZR 302/16; Art. 337 CH-OR, wonach „als wichtiger Grund (...) namentlich jeder Umstand [gilt], bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf“. Dies dürfte v. a. dann der Fall sein, wenn die sexuelle „Belästigung“ als eine schwere Straftat i. S. d. Strafgesetzbuches qualifiziert.

114 BAG, 29.6.2017 – 2 AZR 302/16, Rn. 27.

115 Das deutsche Kündigungsschutzgesetz (soweit anwendbar) will Arbeitnehmer vor sog. „sozial nicht gerechtfertigten Kündigungen“ schützen (§ 1 Kündigungsschutzgesetz, KSchG). Eine Kündigung ist demnach sozial nur dann gerechtfertigt, wenn sie durch Gründe, die (1) in der Person des Arbeitnehmers oder (2) in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen oder (3) durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist (§ 1 Abs. 2 KSchG). Voraussetzung ist u. a. weiter, dass eine Weiterbeschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz, unter geänderten Arbeitsbedingungen bzw. nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen nicht möglich ist (§ 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 b) und § 1 Abs. 2 S. 3 KSchG).

116 Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf Arbeitsverhältnisse des Privatrechts. Öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse sowie Regelungen aus Gesamtarbeitsverträgen (GAV) oder Normalarbeitsverträgen (NAV) werden nicht behandelt.

117 Art. 336 CH-OR bzgl. der missbräuchlichen ordentlichen Kündigung und Art. 337c CH-OR in Bezug auf die fristlose Kündigung ohne wichtigen Grund.

118 Die Entschädigung entspricht bei einer missbräuchlichen ordentlichen Kündigung einem Betrag von bis zu sechs Monatsgehältern (Art. 336a Abs. 2 CH-OR). Bei einer unbegründeten fristlosen Kündigung hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Ersatz dessen, was dieser verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder bei einem befristeten Arbeitsverhältnis durch Ablauf beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 CH-OR). Zusätzlich kann der Richter dem Arbeitnehmer eine Entschädigung in Höhe von maximal sechs Monatslöhnen zusprechen (Art. 337 c Abs. 3 CH-OR).

119 Art. 10 CH-GIG ist ein Sonderfall, der in Art. 336 Abs. 1 lit. d. CH-OR aufgeführten missbräuchlichen Kündigung. Demgemäß ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn die „andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht“.

120 S. dazu *Riemer-Kafka/Ueberschlag*, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl. 2009, Art. 10 Rz. 14 ff.

121 Eine weitere Ausnahme von der Kündigungsfreiheit im Schweizer Recht besteht darin, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmern in der sog. Sperrfrist nicht rechtmäßig kündigen kann. Sperrfristen gelten u. a. für die Leistung von schweizerischem obligatorischen Militär- oder Schutzdienst oder schweizerischem Zivildienst, bei Krankheit oder Unfall ohne eigenes Verschulden oder bei Schwangerschaft, Art. 336c CH-OR.

122 *Riemer-Kafka/Ueberschlag* in: Kaufmann/Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl. 2009, Art. 10, Rz. 1.