

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Herausgegeben von Jörg Schmid im Auftrag der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Band 183

Mike Schumacher

**Arbeitsrechtlicher
Persönlichkeitsschutz bei
Verletzungen durch
betriebsfremde Dritte**

Schulthess 2024

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XIX
Materialienverzeichnis	XLIX
Abbildungsverzeichnis	LI
Abkürzungsverzeichnis	LIII
Einleitung	1
A. Ausgangslage	1
B. Eingrenzung der Thematik	4
C. Gang der Untersuchung	6
1. Teil: Grundsätze arbeitsrechtlicher Reaktionspflichten	9
I. Reaktionspflicht als Ausfluss der Fürsorgepflicht	11
A. Arbeitsrecht als Sozialrecht	11
B. Bedeutung und Entwicklung der Fürsorgepflicht	11
C. Fürsorgepflicht als Handlungspflicht	13
1. Handlungspflichten als Ausnahme	13
2. Schutzpflicht der Arbeitgeberin	14
3. Reaktionspflicht der Arbeitgeberin?	15
D. Begriffliche Einordnung der Fürsorgepflichtverletzung	17
1. Fürsorgepflichtverletzung und Vertragsverletzung	17
2. Fürsorgepflichtverletzung und Persönlichkeitsverletzung	18
a. Allgemeine Abgrenzung	18
b. Abgrenzung bei der Pflicht zum Persönlichkeitsschutz	18
c. Fazit	19
E. Exkurs: Diskriminierungsschutz in Deutschland	20
II. Konnex zwischen Arbeitsverhältnis und Persönlichkeitsverletzung	21
A. Ausgangslage	21
B. «Berufspersönlichkeitsverletzung»	22
1. Ausgewählte gesetzliche Konzepte zur Abgrenzung zwischen Beruflichem und Privatem	23

a.	Arbeitsrechtliche Konzepte	23
b.	Konzept der Geschäftsherrenhaftung	25
c.	Insbesondere zum Konzept zur Abgrenzung zwischen Berufs- und Nichtberufsunfall gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. a UVG	27
aa.	Arbeiten auf Anordnung der Arbeitgeberin	28
bb.	Arbeiten im Interesse der Arbeitgeberin	29
cc.	Schnittbereich von Freizeit und Arbeit	30
2.	Würdigung der einzelnen Konzepte und Analogieschluss	30
a.	Ungenügen der privatrechtlichen Konzepte.....	30
b.	Herleitung des Analogieschlusses zur gesetzlichen Unfallversicherung	32
c.	Vollzug des Analogieschlusses	33
3.	Die Voraussetzungen einer Berufspersönlichkeitsverletzung im Einzelnen ...	34
a.	Verletzung aufgrund Anordnung der Arbeitgeberin.....	34
b.	Verletzung aufgrund Interesses der Arbeitgeberin	35
C.	«Nichtberufspersönlichkeitsverletzung».....	36
1.	Problemaufriss	36
2.	Arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht auch in der Freizeit?	37
3.	Kausalzusammenhang als Voraussetzung der Nichtberufspersönlichkeitsverletzung	39
a.	Betriebszugehörigkeit als Anlass zur Persönlichkeitsverletzung.....	39
b.	Natürlicher Kausalzusammenhang	40
c.	Adäquater Kausalzusammenhang.....	41
D.	Fazit als Prüfschema.....	42
III.	Gebotenheit der Reaktion	45
A.	Begrenzung der Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 Abs. 1 OR.....	45
1.	Keine Anwendung von Art. 328 Abs. 2 OR.....	45
2.	Ermessensentscheid nach Treu und Glauben	47
3.	Gebotene Reaktion im Einzelfall als Begrenzung	48
B.	Absolute Grenzen der Gebotenheit.....	49
1.	Antizipierte Interessenabwägung als absolute Grenze	49
2.	Die absoluten Grenzen im Einzelnen	49
a.	Unmöglichkeit der Reaktion.....	49
b.	Aussichtslosigkeit der Reaktion	50
c.	Erforderlichkeit der Reaktion	52
C.	Relative Grenze der Gebotenheit.....	53
1.	Interessenabwägung als relative Grenze	53
2.	Die zu berücksichtigenden Umstände im Einzelnen	54
a.	Schwere der Persönlichkeitsverletzung	54
b.	Kosten der beabsichtigten Reaktion	55

c.	Pflichtverletzung der Arbeitgeberin	56
d.	Erfolgsaussichten der beabsichtigten Reaktion	57
e.	Berufs- oder Nichtberufspersönlichkeitsverletzung.....	57
3.	Insbesondere zur Interessenabwägung bei Fehlverhalten der Arbeitnehmerin	58
a.	Fehlverhalten als relative Grenze	58
b.	Dogmatische Einordnung des Fehlverhaltens als Pflichtverletzung.....	59
c.	Arten von Fehlverhalten.....	60
aa.	Provokation der Persönlichkeitsverletzung.....	60
bb.	Weisungs- oder gesetzeswidriges Verhalten der Arbeitnehmerin..	61
cc.	Befolgung von rechtswidrigen Weisungen	63
D.	Fazit als Prüfschema.....	66
IV.	Privatrechtliche Behelfe bei Ausbleiben der gebotenen Reaktion	67
A.	Einführende Bemerkungen	67
B.	Verhältnis zwischen Art. 328 OR und Art. 28 ZGB	68
1.	Problemstellung	68
2.	Materialien und Rechtsprechung.....	69
3.	Lehrmeinungen	70
4.	Eigene Stellungnahme.....	71
a.	Zur «Konkretisierung»	71
b.	Zur «Erweiterung»	72
c.	Zum lex specialis-Grundsatz	73
d.	Fazit.....	75
C.	Vertragsrechtliche Behelfe	76
1.	Exekutorische Behelfe	76
a.	Erfüllungsklage	76
b.	Verweigerung der Arbeitsleistung.....	80
c.	Kündigung.....	81
d.	Exkurs: Kündigung durch die Arbeitgeberin.....	83
2.	Kompensatorische Behelfe.....	84
a.	Schadenersatzklage	84
b.	Genugtuungsklage	85
D.	Persönlichkeitsrechtliche Behelfe.....	86
1.	Spezifischen Klagen nach Art. 28a Abs. 1 ZGB	86
2.	Publikationsanspruch nach Art. 28a Abs. 2 ZGB.....	86
3.	Vorbehalt anderer Klagen, namentlich auf Gewinnherausgabe, nach Art. 28a Abs. 3 ZGB	87
a.	Gewinnherausgabeklage im (arbeits-)vertragsrechtlichen Kontext	87
b.	Voraussetzungen der Gewinnherausgabeklage.....	88

c.	Insbesondere zur Gewinnherausgabeklage bei aufrechterhaltener Vertragsbeziehung zum verletzenden Dritten.....	90
2.	Teil: Reaktionspflichten im Einzelnen	93
I.	Allgemeine Reaktionspflichten	95
A.	Beratung und Unterstützung	95
B.	Umverteilung des Kundenkontakts.....	95
C.	Abmahnung und Hausverbot.....	96
II.	Beendigung des Vertrags mit dem persönlichkeitsverletzenden Kunden.....	97
A.	Einführende Bemerkungen	97
B.	Möglichkeit der Vertragsbeendigung	98
1.	Ordentliche Beendigung der Vertragsbeziehung.....	98
2.	Ausserordentliche Beendigung der Vertragsbeziehung.....	99
a.	Kündigung aus wichtigem Grund bei (Dauer-)Schuldverhältnissen.....	99
b.	Persönlichkeitsverletzung der Arbeitnehmerin als wichtiger Grund?...	101
c.	Sonderfall der Kündigung zur Unzeit beim einfachen Auftrag	103
3.	Ergebnis	104
C.	Gebotenheit der Vertragsbeendigung	105
1.	Ausgangslage.....	105
2.	Erforderlichkeit der Vertragsauflösung.....	106
3.	Interessenabwägung bei der Gebotenheit der Vertragsauflösung.....	106
4.	Ergebnis	108
III.	Übernahme von Rechtsvertretungs-, Gerichts- und weiteren Kosten.....	109
A.	Einführende Bemerkungen	109
B.	Rechtsgrundlagen der Kostenübernahme	112
1.	Privatrechtliche Arbeitsverträge.....	112
a.	Ausgangslage	112
b.	Eigene Stellungnahme zur Qualifizierung der Kosten.....	113
c.	Ergebnis.....	115
2.	Öffentlich-rechtliche Arbeitsverträge.....	115
a.	Allgemeines.....	115
b.	Bundespersonalrecht	116
c.	Personalrecht des Kantons Zürichs.....	117
d.	Personalrecht des Kantons Luzerns	118
C.	Gebotenheit der Kostenübernahme.....	119
1.	Grundsatz	119
2.	Insbesondere zur Gebotenheit bei Rechtsvertretungskosten.....	121

a.	Ausserprozessuale Kosten	121
b.	Vertretung im zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzprozess.....	121
c.	Vertretung im Strafverfahren.....	122
d.	Vertretung bei Schikanebetreibungen.....	124
e.	Auswirkungen von Parteientschädigungen.....	127
3.	Gebotenheit im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis	128
4.	Gebotenheit und nachvertragliche Kostenübernahme	129
a.	Problemaufriss.....	129
b.	Nachwirkung der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht.....	129
c.	Nachwirkung bei Persönlichkeitsverletzungen durch Dritte?.....	131
aa.	Ausgangslage: BGE 130 III 699 und seine Folgen.....	131
bb.	Nachwirkung der arbeitsrechtlichen Treuepflicht der Arbeitnehmerin.....	132
cc.	Nachwirkung bei berechtigtem Arbeitnehmendeninteresse	133
dd.	Verjährung der nachvertraglichen Kostenübernahmepflicht?.....	135
D.	Sonderfragen	137
1.	Anspruch auf Kostenvorschuss?	137
a.	Privatrechtliche Arbeitsverträge.....	137
b.	Öffentlich-rechtliche Arbeitsverträge.....	138
2.	Parteien des Anwaltsvertrags und freie Anwaltswahl?.....	139
3.	Kostenübernahme bei Drittfinanzierung?.....	141
a.	Kostenübernahme bei Versicherungsschutz.....	141
b.	Kostenübernahme bei gewerbsmässigen Prozessfinanzierern	142
c.	Kostenübernahme bei unentgeltlicher Rechtspflege.....	144
4.	Regressanspruch der Arbeitgeberin gegen den Verletzer?.....	145
a.	Regressausschliessende prozessuale Kostenregelung.....	145
b.	Regressierende Arbeitgebende in ähnlichen Konstellationen.....	146
aa.	Regressanspruch für Entschädigungen nach Art. 5 Abs. 3 GlG...	146
bb.	Regressanspruch für geleistete Lohnfortzahlung.....	148
c.	Stellungnahme	149
aa.	Zusprechung des Regressanspruchs der Arbeitgeberin.....	149
bb.	Effektiver oder normativer Schaden?	150
d.	Fazit: Regressanspruch für ausserprozessuale Kosten	152
IV.	Exkurs: Initiieren eines Strafverfahrens	153
A.	Einführende Bemerkungen	153
B.	Möglichkeit der Einleitung eines Strafverfahrens.....	153
1.	Berechtigung zur Strafanzeige	153
2.	(Keine) Berechtigung zum Strafantrag.....	154
C.	Gebotenheit der Einleitung eines Strafverfahrens.....	155

3. Teil: Befugnis der Arbeitgeberin zur Anhebung persönlichkeitsrechtlicher Klagen	157
I. Einführende Bemerkungen	159
A. Begriffliches	159
B. Ausgangsfrage: Eigene Klagebefugnis der Arbeitgeberin?	160
C. Kein Anspruch der Arbeitnehmerin auf Klage durch Arbeitgeberin	160
II. Ausgewählte bundesgerichtliche Rechtsprechung zu gegen Dritte klagende Arbeitgebende	163
A. Urteil des BGer 5A_641/2011 vom 23. Februar 2012	163
1. Sachverhalt.....	163
2. Entscheid der Vorinstanz	164
3. Entscheid des Bundesgerichts	164
B. Urteil des BGer 5A_758/2020 vom 3. August 2021	166
1. Sachverhalt.....	166
2. Lösungsansatz des Bundesgerichts: Mitbetroffenheit der Arbeitgeberin	167
3. Kritik.....	169
C. BGE 95 II 532	171
D. BGE 126 III 521	172
E. Zwischenfazit	173
III. Auslegung aktivlegitimierender Normen bei Persönlichkeitsverletzungen ...	175
A. Auslegung von Art. 28 ZGB.....	175
1. Lehre und Rechtsprechung zur Aktivlegitimation von Art. 28 ZGB.....	175
2. Klagebefugnis der Arbeitgeberin gemäss Art. 28 ZGB?.....	176
B. Auslegung von Art. 89 ZPO	177
1. Grundzüge zur Verbandsklage	177
a. Verbandsklage de lege lata.....	177
b. Reformvorhaben.....	179
2. Klagebefugnis der Arbeitgeberin gemäss Art. 89 ZPO?	180
C. Auslegung von Art. 328 OR	181
IV. Fehlende Klagebefugnis der Arbeitgeberin als echte Lücke?	185
A. Planwidrige Unvollständigkeit von Art. 28 ZGB?.....	185
B. Planwidrige Unvollständigkeit von Art. 89 ZPO?	186
C. Planwidrige Unvollständigkeit von Art. 328 OR?	186
1. Fehlendes Problembewusstsein des Gesetzgebers.....	187
2. Regelungsdiskrepanz zur Notwehrhilfe nach Art. 15 StGB	188

3. Regelungsdiskrepanz zur Verbandsklage nach Art. 89 ZPO.....	189
4. Ergebnis	191
V. Lückenfüllung von Art. 328 OR de lege lata	193
A. Analogieschluss zu Art. 89 ZPO als Rechtsfortbildung modo legislatoris	193
B. Bewertung des Analogieschlusses	194
1. Systemkonforme Eingliederung in Arbeitnehmendenschutz.....	194
2. Kein Interessenskonflikt bei Parteistellung	195
C. Anwendung des Analogieschlusses	197
a. Aktivlegitimation statt Prozessstandschaft	197
b. Fehlende Aktivlegitimation für vermögensrechtliche Ansprüche de lege lata.....	197
c. Unklarheiten hinsichtlich der ZPO-Revision.....	199
D. Fazit: Aktivlegitimation der Arbeitgeberin analog zu Art. 89 ZPO.....	201
VI. Vorschlag de lege ferenda: Prozessstandschaft.....	203
Zentrale Erkenntnisse	205
A. Grundsätze (1. Teil).....	205
1. Reaktionspflicht als Handlungspflicht	205
2. Konnex zwischen Arbeitsverhältnis und Persönlichkeitsverletzung	205
3. Gebotenheit der Reaktion.....	206
4. Rechtsbehelfe.....	208
B. Reaktionspflichten (2. Teil).....	209
1. Allgemeine Reaktionspflichten	209
2. Beendigung des Vertrags zum persönlichkeitsverletzenden Kunden	210
3. Übernahme von Rechtsvertretungs-, Gerichts- und sonstigen Kosten	211
4. Initiieren eines Strafverfahrens	213
C. Klagebefugnis der Arbeitgeberin (3. Teil).....	214
Sachregister	217

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Dreiparteienverhältnis	4
Abbildung 2: Konnex zwischen Arbeitsverhältnis und Persönlichkeitsverletzung.....	43
Abbildung 3: Gebotenheit der Reaktion	66