

# Inhaltsübersicht

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

D. Begriffliche Einordnung der Fürsorgepflichtverletzung ..... 17

E. Exkurs: Diskriminierungsschutz in Deutschland ..... 20

**II. Konnex zwischen Arbeitsverhältnis und Persönlichkeitsverletzung ..... 21**

A. Ausgangslage ..... 21

B. «Berufspersönlichkeitsverletzung» ..... 22

C. «Nichtberufspersönlichkeitsverletzung» ..... 36

D. Fazit als Prüfschema ..... 42

**III. Gebotenheit der Reaktion ..... 45**

A. Begrenzung der Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 Abs. 1 OR ..... 45

B. Absolute Grenzen der Gebotenheit ..... 49

C. Relative Grenze der Gebotenheit ..... 53

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
C.	Vertragsrechtliche Behelfe .....	76
D.	Persönlichkeitsrechtliche Behelfe .....	86

## **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
C.	Gebotenheit der Vertragsbeendigung .....	105

### **III. Übernahme von Rechtsvertretungs-, Gerichts- und weiteren Kosten ..... 109**

A.	Einführende Bemerkungen .....	109
B.	Rechtsgrundlagen der Kostenübernahme .....	112
C.	Gebotenheit der Kostenübernahme .....	119
D.	Sonderfragen .....	137

### **IV. Exkurs: Initiieren eines Strafverfahrens ..... 153**

A.	Einführende Bemerkungen .....	153
B.	Möglichkeit der Einleitung eines Strafverfahrens .....	153
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
B.	Urteil des BGer 5A_758/2020 vom 3. August 2021 .....	166
C.	BGE 95 II 532 .....	171
D.	BGE 126 III 521 .....	172
E.	Zwischenfazit .....	173
<b>III.</b>	<b>Auslegung aktivlegitimierender Normen bei Persönlichkeitsverletzungen ...</b>	<b>175</b>
A.	Auslegung von Art. 28 ZGB .....	175
B.	Auslegung von Art. 89 ZPO .....	177
C.	Auslegung von Art. 328 OR .....	181
<b>IV.</b>	<b>Fehlende Klagebefugnis der Arbeitgeberin als echte Lücke? .....</b>	<b>185</b>
A.	Planwidrige Unvollständigkeit von Art. 28 ZGB? .....	185
B.	Planwidrige Unvollständigkeit von Art. 89 ZPO? .....	186
C.	Planwidrige Unvollständigkeit von Art. 328 OR? .....	186
<b>V.</b>	<b>Lückenfüllung von Art. 328 OR de lege lata .....</b>	<b>193</b>
A.	Analogieschluss zu Art. 89 ZPO als Rechtsfortbildung modo legislatoris .....	193
B.	Bewertung des Analogieschlusses .....	194
C.	Anwendung des Analogieschlusses .....	197
D.	Fazit: Aktivlegitimation der Arbeitgeberin analog zu Art. 89 ZPO .....	201
<b>VI.</b>	<b>Vorschlag de lege ferenda: Prozessstandschaft .....</b>	<b>203</b>
	<b>Zentrale Erkenntnisse .....</b>	<b>205</b>
A.	Grundsätze (1. Teil) .....	205
B.	Reaktionspflichten (2. Teil) .....	209
C.	Klagebefugnis der Arbeitgeberin (3. Teil) .....	214
	Sachregister .....	217

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
<b>III.</b>	<b>Gebotenheit der Reaktion .....</b>	<b>45</b>
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
<b>IV.</b>	<b>Privatrechtliche Behelfe bei Ausbleiben der gebotenen Reaktion .....</b>	<b>67</b>
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

<b>I.</b>	<b>Allgemeine Reaktionspflichten .....</b>	<b>95</b>
A.	Beratung und Unterstützung .....	95
B.	Umverteilung des Kundenkontakts.....	95
C.	Abmahnung und Hausverbot .....	96
<b>II.</b>	<b>Beendigung des Vertrags mit dem persönlichkeitsverletzenden Kunden .....</b>	<b>97</b>
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
<b>III.</b>	<b>Übernahme von Rechtsvertretungs-, Gerichts- und weiteren Kosten.....</b>	<b>109</b>
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
<b>IV.</b>	<b>Exkurs: Initiieren eines Strafverfahrens .....</b>	<b>153</b>
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



<b>3. Teil: Befugnis der Arbeitgeberin zur Anhebung</b>	
<b>persönlichkeitsrechtlicher Klagen.....</b>	<b>157</b>
<b>I. Einführende Bemerkungen.....</b>	<b>159</b>
A. Begriffliches .....	159
B. Ausgangsfrage: Eigene Klagebefugnis der Arbeitgeberin? .....	160
C. Kein Anspruch der Arbeitnehmerin auf Klage durch Arbeitgeberin .....	160
<b>II. Ausgewählte bundesgerichtliche Rechtsprechung zu gegen Dritte klagende</b>	
<b>Arbeitgebende.....</b>	<b>163</b>
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
<b>III. Auslegung aktivlegitimierender Normen bei Persönlichkeitsverletzungen ...</b>	<b>175</b>
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
<b>IV. Fehlende Klagebefugnis der Arbeitgeberin als echte Lücke? .....</b>	<b>185</b>
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
<b>V. Lückenfüllung von Art. 328 OR de lege lata .....</b>	<b>193</b>
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
<b>VI. Vorschlag de lege ferenda: Prozessstandschaft.....</b>	<b>203</b>
<b>Zentrale Erkenntnisse .....</b>	<b>205</b>
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