

Pflegerecht

Pflegerecht – Pflegewissenschaft

194 Erbrechtliche Verfügungsmöglichkeiten
bei Pflegebedürftigkeit, Krankheit oder
Altersschwäche der verfügenden Person

Stephanie Hrubesch-Millauer, Julia Wittwer

208 Haftung für Dekubitusschäden

Hardy Landolt

213 Impfpflicht für Gesundheitspersonal

Thomas Gächter, Marianne Kaufmann

218 Pflegekosten und Ergänzungsleistungen

Hardy Landolt

224 Konflikte im Pflegearbeitsverhältnis

Kurt Pärli



Stämpfli Verlag

4 | 13

Inhalt

EDITORIAL	193	RECHTSPRECHUNG	236
WISSENSCHAFT.....	194	DER KONKRETE FALL.....	248
GESETZGEBUNG	233	NEUIGKEITEN.....	253

Impressum

Schriftleiter

Prof. Dr. Hardy Landolt, LL.M.
Landolt Rechtsanwälte
Schweizerhofstrasse 14, Postfach, 8750 Glarus
Tel. 055 646 50 50, Fax 055 646 50 51
E-Mail: redaktion@pflugerecht.ch
www.pflugerecht.ch

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach 5662, 3001 Bern, zu richten. Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift «Pflugerecht» vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags. Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich, im Februar, Mai, August, November.

Abonnementspreise 2013

AboPlus (Zeitschrift und Onlinezugang)

– Schweiz: CHF 98.50

– Ausland: CHF 114.–

Onlineabo: CHF 82.–

Einzelheft: CHF 22.–

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Onlineangebote 8% MwSt.

Abonnemente

Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88

E-Mail: periodika@staempfli.com

Inserate

Tel. 031 300 63 89, Fax 031 300 63 90

E-Mail: inserate@staempfli.com

© Stämpfli Verlag AG Bern 2013

Gesamtherstellung: Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland,
Printausgabe ISSN 2235-2953
Onlineausgabe ISSN 2235-6851

Herausgeber

Hardy Landolt

Prof. Dr. iur., LL.M., Lehrbeauftragter an den Universitäten St. Gallen und Zürich für Haftpflicht-, Privat- und Sozialversicherungs- sowie Gesundheitsrecht, wissenschaftlicher Konsulent des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, Rechtsanwalt und Notar in Glarus

Gemeinsam mit:

Iren Bischofberger

Prof. Dr., Prorektorin der Kalaidos Fachhochschule Gesundheit und Fachbereichsleiterin Forschung bei Careum F+E, Forschungsinstitut der Kalaidos FH Departement Gesundheit, Zürich

Brigitte Blum-Schneider

MLaw, Doktorandin SNF an der Universität Zürich

Peter Breitschmid

Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Zürich

Christiana Fountoulakis

Prof. Dr. iur., Professorin an der Universität Freiburg

Thomas Gächter

Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Zürich, zugleich Kompetenzzentrum MERH UZH

Stephanie Hrubesch-Millauer

Prof. Dr. iur., Professorin an der Universität Bern

Ueli Kieser

Prof. Dr. iur., Vizedirektor am Institut für Rechtswissenschaften und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen,

Titularprofessor an der Universität St. Gallen, Lehrbeauftragter an der Universität Bern, Rechtsanwalt in Zürich, Ersatzrichter am Verwaltungsgericht des Kantons Zürich

Tanja Manser

Prof. Dr. phil., Professorin für Psychologie an der Universität Freiburg

Julian Mausbach

Dr. iur., Geschäftsführer Kompetenzzentrum MERH UZH, Zürich

Peter Mösch Payot

lic. iur., LL.M., Dozent am Institut Sozialarbeit und Recht der Hochschule Luzern

Kurt Pärli

Prof. Dr. iur., Dozent und Leiter Zentrum für Sozialrecht der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften sowie Privatdozent an der Universität St. Gallen

René Schwendimann

Dr. sc. cur., Leiter Bereich Lehre am Institut für Pflegewissenschaft der Universität Basel



Konflikte im Pflegearbeitsverhältnis

Kurt Pärli

Prof. Dr. iur., Leiter Zentrum für Sozialrecht, School of Management, ZHAW, Winterthur und Privatdozent an der Universität St. Gallen

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 - A. Konfliktkonstellationen und Fälle
 - B. Ursachen und Folgen
- II. Rechtlicher Rahmen
 - A. Treuepflicht der Arbeitnehmer/innen – Arbeitgeberpflicht zum Persönlichkeits- und Gesundheitsschutz
 - B. Kündigungsschutz
- III. Ausgewählte Rechtsprechung zur missbräuchlichen «Konfliktkündigung»
 - A. Schlichten statt künden: Arbeitgeberpflichten zur Konfliktlösung
 - B. Konfliktkonstellationen mit erhöhter Fürsorgepflicht
 - C. Konfliktkonstellationen mit eingeschränkter Fürsorgepflicht
 - D. Hierarchiekonflikte: Treuepflicht überwiegt – aber nicht immer
- IV. Zusammenfassung, Fazit und Empfehlungen

I. Einleitung

A. Konfliktkonstellationen und Fälle

Konflikte am Arbeitsplatz sind alltäglich, vermehrt müssen sich auch Gerichte damit befassen. Eine besonders qualifizierte Form eines Konfliktes am Arbeitsplatz bildet das sogenannte Mobbing. Gemäss Bundesgericht liegt Mobbing vor bei einem feindlichen, über einen längeren Zeitraum andauernden Verhalten, mit dem eine Person an ihrem Arbeitsplatz isoliert und ausgegrenzt wird oder eben «weggemobbt» wird.¹ Damit Mobbing in diesem Sinne vorliegt, muss klar sein, wer Täter und wer Opfer ist.² Eine Analyse der Rechtsprechung zeigt, dass Arbeitsplatzkonflikte im Gesundheitswesen und nament-

lich im Spitalbereich häufig sind. Die nachfolgenden Beispiele dienen der Illustration und einer ersten Annäherung an die relevanten Rechtsfragen.

Ein Anästhesiepfleger arbeitete seit zehn Jahren beim gleichen Arbeitgeber. Bis auf zwei kleinere Vorfälle (persönliche Probleme mit einem Vorgesetzten und ein heftiger Wortwechsel mit einem neuen Kollegen) war sein Verhalten fachlich wie verhaltensmässig immer tadellos. Dem Arbeitgeber war bekannt, dass der Mann persönliche Probleme hatte (Trennung). In dieser Phase trug sich Folgendes zu: Während einer Operation warf er Material auf den Boden, schrie den Vorgesetzten an und verliess die Arbeitsstelle, obwohl er wusste, dass an diesem Tag alle Anästhesiepfleger ausgelastet waren und sich kaum Ersatz finden liess. Die Arbeitgeberin löste den Konflikt so, dass sie dem Pfleger am Tag des Vorfalles fristlos kündigte.³ Das Bundesgericht beurteilte die fristlose Kündigung wegen Verletzung der Fürsorgepflicht als ungerechtfertigt, die Arbeitgeberin musste den Lohn bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist und eine Entschädigung wegen Missbräuchlichkeit der Kündigung ausrichten. Wegen Krankheit des Arbeitnehmers verlängerte sich zudem die Kündigungsfrist, sodass die fristlose Kündigung schlussendlich die Arbeitgeberin über ein Jahresgehalt kostete.

Zwischen einer Pflegefachfrau und der ihr vorgesetzten Pflegedienstleiterin traten Probleme auf (u. a. haben sich Mitarbeitende bei der Pflegefrau über die Pflegedienstleiterin beschwert). Es folgten verschiedene Konfliktlösungsversuche durch die Spitalleitung, die ohne Erfolg blieben. Schliesslich wurde der Mitarbeiterin eine Stelle «Leiterin Einkauf» angeboten, was diese ablehnte. Danach kam es zur (ordentlichen) Kündigung wegen Vertrauensverlust. Diese Kündigung wurde vom Bundesgericht geschützt.⁴ In einem anderen Fall warf eine Pflegefachfrau ihrer Vorgesetzten noch in der Probezeit sowohl fachliche wie zwischenmenschliche Inkompetenz vor und

1 BGer vom 22. 4. 2005, 2A.312/2004, Erw. 6.2, siehe ferner BGer 4A_128/2007, BGer 4C.320/2005.

2 STEIGER-SACKMANN SABINE, Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz, Zürich/Basel/Genf 2013, N 341.

3 BGer 4A_215/2011 vom 2. 11. 2011.

4 BGer 1C_354/2008 vom 9. 6. 2009.

machte dies auch gegenüber Personen der nächsthöheren Hierarchiestufe geltend. Auch hier kündigte die Arbeitgeberin wegen Vertrauensverlust und illoyalen Verhaltens, und das Bundesgericht verneinte die Missbräuchlichkeit⁵. In einem weiteren Fall musste das Bundesgericht die Rechtmässigkeit einer Kündigung einer Pflegefachfrau beurteilen, die sich in einem lange andauernden Konflikt mit einer Kollegin befand. Hier beurteilte das Bundesgericht die Konfliktbewältigungsbemühungen als ungenügend, die Arbeitgeberin musste der entlassenen Mitarbeiterin eine Entschädigung ausrichten.⁶

Gemäss Gerichtspraxis betreffen arbeitsrechtlich relevante Konflikte im Pflegearbeitsverhältnis einerseits Auseinandersetzungen zwischen Personen auf gleicher Hierarchiestufe und andererseits solche zwischen Mitarbeitenden und Vorgesetzten. Konflikte können auch mit Patienten/innen entstehen. Hier gehört zur Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin, die betroffenen Personen mit geeigneten Massnahmen vor (drohenden) Verletzungen der persönlichen Integrität zu schützen.⁷ Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf innerbetriebliche Konflikte.

Wie die Einstiegsfälle zeigen, werden in der Praxis Konflikte am Arbeitsplatz oft durch Kündigungen «gelöst». Kündigt die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer, führt dies kaum je zu einem arbeitsgerichtlichen Verfahren. Streitig kann höchstens sein, ob eine nicht gelöste Konfliktsituation und mangelnde Bemühungen zur Konfliktlösung durch die Arbeitgeberin einen ausreichenden Grund für eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitnehmerin bzw. den Arbeitnehmer darstellen. Kaum je kommt es vor, dass Arbeitnehmer/innen im noch bestehenden Arbeitsverhältnis rechtliche Schritte gegen ihren Arbeitgeber wegen unterlassener Fürsorge bzw. mangelhafter Konfliktlösung unternehmen. Anders sieht es indes aus, wenn Arbeitgeber einen Konflikt durch Kündigung beenden bzw. zu beenden versuchen. Die reichhaltige Gerichtspraxis zeigt, dass bei Arbeitgeberkündigungen im Zusammenhang mit Konflikten am Arbeitsplatz regelmässig die Missbräuchlichkeit der Kündigung geltend gemacht und eine Entschädigung verlangt wird.⁸

5 BGer 4A_432/2009 vom 10. 11. 2009.

6 BGer 4C.253/2001 vom 18. 12. 2001.

7 STEIGER-SACKMANN (Fn. 2), N 337.

8 RUDOLPH ROGER, Konflikte am Arbeitsplatz und Kündigung, ARV – Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherungsrecht, 2011, 77 ff.

B. Ursachen und Folgen

Eine häufige Ursache von Konflikten bildet die im Pflegebereich notwendige intensive Zusammenarbeit zwischen Pflegefachleuten einerseits und Fachleuten anderer Disziplinen andererseits. Spannungen zwischen den Angehörigen der verschiedenen involvierten Berufsgruppen sind alltäglich. Spitäler und Pflegeinstitutionen sind hierarchisch geführte Organisationen, was sich sowohl konfliktvermeidend als auch konfliktfördernd oder verstärkend auswirken kann.

Ein Treiber für Konflikte sowohl zwischen Personen auf gleicher Hierarchiestufe wie auch zwischen Vorgesetzten und Mitarbeitenden ist zudem die emotional belastende Arbeit der Pflegefachleute. Auch häufige Umstrukturierungen, Personalmangel und mangelhafte Führung sind belastend und fördern Spannungen und Konflikte am Arbeitsplatz.

Es liegt auf der Hand, dass sich Konflikte am Arbeitsplatz negativ auf die Arbeitsleistung auswirken und somit einen Produktivitätsverlust zur Folge haben. Soziale Spannungen am Arbeitsplatz sind für die Beteiligten auch psychisch sehr belastend und können zu Arbeitsunfähigkeit und sogar Invalidität führen.

II. Rechtlicher Rahmen

Bei Pflegearbeitsverhältnissen gelten je nach Arbeitgeber öffentliches Personalrecht oder die privatrechtlichen Bestimmungen zum Arbeitsvertrag. In beiden Konstellationen gelten die Gesundheitsschutzvorschriften des Arbeitsgesetzes. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich weitgehend auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse. Die meisten Erkenntnisse lassen sich indes auch auf öffentlich-rechtliche Anstellungen übertragen, wenn auch im Bereich des Kündigungsrechts je nach anwendbarem öffentlichem Personalrecht bedeutende Unterschiede zu beachten sind.

A. Treuepflicht der Arbeitnehmer/innen – Arbeitgeberpflicht zum Persönlichkeits- und Gesundheitsschutz

1. Arbeitnehmerpflichten

Das Arbeitsverhältnis ist geprägt durch die in Art. 321a OR verankerte Treuepflicht der Arbeitnehmenden. Dazu gehört auch, durch entsprechendes Verhalten Konflikte am Arbeitsplatz zu vermeiden bzw. zur Konfliktlösung beizutragen. Sachgerechte Anordnungen der Arbeitgeber zum Verhalten in ei-

nem Konflikt sind gestützt auf dessen in Art. 321d OR verankerten Weisungsrecht zu befolgen.

2. Persönlichkeits- und Gesundheitsschutz

Konflikte am Arbeitsplatz können zu gesundheitlichen Problemen und Beeinträchtigungen der Persönlichkeitsrechte führen. Die Arbeitnehmer/innen haben gestützt auf Art. 328 OR einen arbeitsvertraglichen Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber ihre Persönlichkeit achtet und schützt (Art. 328 Abs. 1 OR) und überdies alle zum Schutze der Gesundheit und persönlichen Integrität notwendigen und zumutbaren Massnahmen trifft (Art. 328 Abs. 2 OR). Der Persönlichkeits- und Gesundheitsschutz ist aber auch im öffentlichen Interesse und deshalb im Arbeitsgesetz (ArG) verankert. Die entsprechende Norm findet sich in Art. 6 ArG und wird in der Verordnung über die Gesundheitsvorsorge (Verordnung 3 zum ArG, ArGV 3) konkretisiert. Eine weitere Detaillierung findet sich in der «Wegleitung zur Verordnung 3». Gestützt auf die Rezeptionsklausel in Art. 342 Abs. 2 OR können sich Arbeitnehmende in einem zivilrechtlichen Streit direkt auf die öffentlich-rechtlichen Gesundheitsvorschriften berufen.⁹

Weder in Art. 328 OR noch im ArG oder in der ArGV 3 finden sich präzise Angaben darüber, welche konkreten Pflichten die Arbeitgeberin im Falle von Konflikten am Arbeitsplatz zu treffen hat. Im Anhang der Wegleitung zur ArGV 3 steht, dass zu den «psychosozialen Risiken» am Arbeitsplatz auch Faktoren wie «Kommunikations- und Führungsstruktur» oder «die sozialen Beziehungen am Arbeitsplatz» gehören.¹⁰ Weiter wird erwähnt, dass die Arbeitgeberin eine interne oder externe Vertrauensperson einsetzen soll, an die sich Betroffene im Konfliktfall wenden können.¹¹ Die Lehre nennt weiter den Beizug von Coaches und Mediatoren, aber auch organisatorische Massnahmen wie Versetzungen oder die Neugestaltung von Arbeitsabläufen als taugliche Massnahmen.¹² Untauglich ist demgegenüber ein Konfliktmanagement dann, wenn wie ein erstinstanzliches Gericht in einem Arbeitskonflikt in einem Pflegeheim feststellen musste, «Aussprachesit-

zungen in eine Art Schauprozess ausarten, wodurch die Arbeitnehmerin derart in ihrer psychischen Integrität beeinträchtigt wird, dass von einer Körperverletzung gesprochen werden kann (...)».¹³ Wichtig sind klare Verfahren und präzise Verantwortlichkeiten.¹⁴ Zu Recht hingewiesen wird ferner auf die Notwendigkeit der Konfliktprävention durch entsprechende Informationen, Schulungen und Weisungen nach dem Vorbild der Prävention gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz.¹⁵

Auch die Entlassung von am Konflikt beteiligten Mitarbeitenden kann Bestandteil eines Konfliktmanagements sein. Der Arbeitgeber darf nach einer – umstrittenen – Entscheidung des Arbeitsgerichts Zürich frei wählen, welche der in den Konflikt involvierten Personen entlassen werden soll.¹⁶ Das ist jedoch nur so lange richtig, als sich im konkreten Konflikt nicht eindeutig eine Täter- und eine Opferrolle feststellen lässt.¹⁷ Auch zulässig ist im Lichte dieser Entscheidung, in einem Konflikt zwischen zwei Mitarbeitenden beide Streithähne (oder Streithennen) zu entlassen.

In schwerwiegenden Fällen, etwa wenn ein Arbeitnehmer einen anderen Arbeitnehmer bedroht, massiv belästigt, sogar körperlich angreift oder einen sexuellen Übergriff begeht, ist die Arbeitgeberin nicht nur berechtigt, sondern zum Schutze der Persönlichkeit und Gesundheit anderer Arbeitnehmenden sogar verpflichtet, den Konflikttäter zu entlassen, unter Umständen sogar fristlos. Für das Bundesgericht war etwa die fristlose Entlassung eines Mitarbeiters rechtmässig, der einen Arbeitskollegen massiv verbal bedroht und sogar körperlich attackierte.¹⁸ Ebenfalls zulässig ist gemäss Bundesgericht die fristlose Entlassung einer schwangeren Arbeitnehmerin, die in einem Streit ihrer Vorgesetzten ein Glas Wasser nachgeworfen hatte. Die fristlose Entlassung erfolgte zum Schutz der Persönlichkeit der Vorgesetzten. Der Einwand der Entlassenen, der Wasserwurf sei auf schwangerschaftsbedingte Erregung zurückzuführen, war erfolglos.¹⁹

9 REHBINDER MANFRED, Berner Kommentar, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband, 2. Abschnitt Art. 331-355, N 9 zu Art. 342 OR.

10 Staatssekretariat für Wirtschaft Seco, Wegleitung zu den Verordnungen 3 und 4 des Arbeitsgesetzes, Anhang, 302-A, 247.

11 Staatssekretariat für Wirtschaft Seco, Wegleitung zu den Verordnungen 3 und 4 des Arbeitsgesetzes, 302-H, 254.

12 STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–361 OR, 7. Auflage, 2013; REITER CATHERINE: Missbräuchlichkeit einer Kündigung zufolge Führungsmangel, AJP 2008; PÄRLI KURT, Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, ARV 2005, 232.

13 Entscheid Gerichtskreis XIII Obersimmental-Saanen, Urteil vom 24. Februar 2000, in: Jahrbuch des Arbeitsrechts JAR 2001, 191.

14 STEIGER-SACKMANN (Fn. 2), N 492.

15 STEIGER-SACKMANN (Fn. 2), N 462.

16 Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 23. Januar 2002, in: JAR 2003, 245, bestätigt durch Urteil des Obergerichts Zürich vom 24. Juni 2002, in: Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2002 Nr. 18.

17 RUDOLPH (Fn. 8), 90; PÄRLI (Fn. 12), 232.

18 Siehe dazu den illustrativen Fall in BGE 126 III 351, Erw. 4.

19 BGE 4C.247/2006 vom 27. 10. 2006, Erw. 2.4.

3. Privatrechtliche Rechtsfolgen

Wenn die Arbeitgebenden ihrer Pflicht zum Gesundheits- und Persönlichkeitsschutz nicht nachkommen, stehen den Arbeitnehmenden die folgenden arbeitsvertraglichen Rechte zu:²⁰

- Ermahnung an die Arbeitgeberin, ihre Fürsorgepflichten zu erfüllen (Art. 102 Abs. 1 OR) bzw. Erfüllungsklage,
- Einstellung der Arbeit, Leistungsverweigerung (Art. 324 Abs. 1 OR),
- ordentliche bzw. ggf. nach erfolgloser Abmahnung fristlose Kündigung,
- Geltendmachung von Schadenersatz (Art. 97 OR) bzw. bei schwerer Persönlichkeitsverletzung auch Genugtuung (Art. 99 Abs. 3, Art. 47 und 49 OR).

Klagen auf Schadenersatz und/oder Genugtuung wegen Persönlichkeitsverletzung bzw. Beeinträchtigung der Gesundheit wegen nicht oder nicht ausreichender Konfliktbewältigungsbemühungen durch die Arbeitgeberin kommen regelmässig nur nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bzw. im Zusammenhang mit der Geltendmachung der Missbräuchlichkeit einer Kündigung vor. Der Schaden (Erwerbsausfall, Behandlungskosten usw.) wird dabei regelmässig durch die Sozial- und Privatversicherer gedeckt, die bis heute auf das ihnen in solchen Fällen an sich zustehende Regressrecht verzichten.²¹ In einer ganzen Reihe viel beachteter Entscheide wurden Arbeitgeber wegen durch Arbeitsplatzkonflikte verursachte psychische Beeinträchtigungen zur Leistung von Genugtuungsentschädigungen zwischen 5000 und 25 000 Franken verurteilt.²²

4. Öffentlich-rechtliche Konsequenzen

Der Vollzug der öffentlich-rechtlichen Vorschriften zum Persönlichkeits- und Gesundheitsschutz liegt grundsätzlich in der Kompetenz und Pflicht der Kantone (Art. 41 ArG, Art. 79 ArGV 1). Die Kontrolle der Betriebe bezüglich physischen und psychischen Gesundheitsrisiken erfolgt durch die kantonalen Arbeitsinspektorate bzw. für die Betriebe des Bundes durch die Eidgenössischen Arbeitsinspektorate in Lausanne und Zürich. Die Vollzugsbehörden kontrollieren die Einhaltung der Gesundheitsvorschriften von sich aus im Rahmen ihrer Kontrolltätigkeit. Arbeitnehmer/innen können gestützt auf Art. 54 ArG bei der zuständigen Behörde auch eine Anzeige wegen der Nichteinhaltung von Gesundheitsvorschriften einreichen.

Es kommt selten vor, dass Arbeitnehmende ihren Arbeitgeber wegen Nichteinhaltung von Gesundheitsvorschriften bzw. mangelhafter Konfliktlö-

sungsbemühungen anzeigen. Welche Konsequenzen eine solche Anzeige haben kann, zeigt der folgende Fall auf:²³ Eine Mitarbeiterin eines Treuhandbüros wurde nach einem schwerwiegenden Konflikt mit ihrem Vorgesetzten arbeitsunfähig, sie meldete die Angelegenheit dem kantonalen Arbeitsinspektorat, das im Laufe des danach eingeleiteten Verfahrens verfügte, die Unternehmung müsse eine Vertrauensperson ausserhalb der Hierarchie bezeichnen, an die sich das Personal bei Konflikten wenden könne. Diese Verfügung wurde von der Treuhandfirma angefochten. Das Bundesgericht gab dem Arbeitsinspektorat Recht, die Massnahme beruhe auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage, sie sei dem Betrieb angepasst und verhältnismässig.²⁴

B. Kündigungsschutz

Das schweizerische Arbeitsrecht geht vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit aus. Grundsätzlich bedarf es zu einer Kündigung privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse weder einer besonderen Form noch eines bestimmten Verfahrens und auch keines sachlichen Grundes. Das Prinzip der Kündigungsfreiheit wird durch den zeitlichen und sachlichen Kündigungsschutz begrenzt.

1. Zeitlicher Kündigungsschutz (Sperrfristen)

Der zeitliche Kündigungsschutz ist in Art. 336c OR verankert. Aus den dort aufgeführten Gründen, u. a. Verhinderung an der Arbeit wegen Krankheit, ist eine Kündigung während beschränkter Zeit (je nach Dienstjahr zwischen 30 und 180 Tagen) unzulässig. Eine während dieser Sperrfrist ausgesprochene Kündigung ist nichtig, sie muss nach Ablauf der Sperrfrist wiederholt werden. Kommt es im Zusammenhang mit einem Konflikt am Arbeitsplatz zu einer Kündigung durch die Arbeitgeberin, ist diese also nur gültig, wenn sie in einem Zeitpunkt ausgesprochen wurde, da der Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin nicht arbeitsunfähig war (oder ein anderer Sperrfristgrund nach Art. 336c OR vorlag) oder aber die Sperrfrist bereits abgelaufen war. Ist die Kündigung gültig, muss überdies Art. 336c Abs. 2 und 3 beachtet werden. Tritt während der Kündigungsfrist ein Verhinderungsgrund auf, ruht die Kündigungsfrist, bis der Verhinderungsgrund wegfällt oder die im konkreten Fall maximale

²³ BGer 2C_462/2011 vom 9. 5. 2012.

²⁴ BGer 2C_462/2011 vom 9. 5. 2012, Erw. 4. Zum Entscheid siehe: STEIGER-SACKMANN (Fn. 2), N 23 ff.; SUBILIA OLIVIER, Mobbing: cachez-lui cette souffrance qu'il ne saurait voir: réflexions dans le prolongement de l'arrêt TF, 2C_462/2011, du 9 mai 2012/OLIVIER SUBILIA, STÉPHANIE SCHWEIZER, in: Droit du travail. Zurich 2012, no 4, p. 323–332.

²⁰ Siehe STEIGER-SACKMANN (Fn. 2), N 170, mit Hinweisen.

²¹ STEIGER-SACKMANN (Fn. 2), N 820.

²² BGer 8C_921/2011 vom 27. 7. 2012, Erw. 5.3.

Sperrfrist abgelaufen ist. Danach wird die ordentliche Kündigungsfrist fortgesetzt. Bei Arbeitgeberkündigungen im Zusammenhang mit Konflikten kommt diese Bestimmung sehr oft zum Tragen. Kündigt z. B. die Arbeitgeberin im Konfliktfall das Arbeitsverhältnis, so ist eine darauffolgende Erkrankung der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers sehr wahrscheinlich. Hier treten nun die in Art. 336c Abs. 2 und 3 OR festgehaltenen Rechtsfolgen ein, das Arbeitsverhältnis kann also maximal 180 Tage zuzüglich zur ordentlichen Kündigungsfrist länger dauern. Diese Rechtsfolgen treten übrigens auch ein, wenn die Kündigung mit einer sofortigen Freistellung verknüpft wird.

Der Vollständigkeit halber ist hinzuzufügen, dass die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses nicht zwangsläufig bedeutet, dass während der ganzen Zeitspanne auch Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR geschuldet ist. Das Sperrfristenregime nach Art. 336c OR und die Lohnfortzahlungsbestimmungen in Art. 324a OR sind nicht harmonisiert. In den meisten Arbeitsverhältnissen ersetzt oder ergänzt eine Kollektivkrankentaggeldversicherung die Lohnfortzahlung des Arbeitgebers, sodass die betroffenen Arbeitnehmer/innen im Falle einer Verlängerung der Kündigungsfrist wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit Lohn bzw. Lohnersatzleistungen beziehen können. Auch Versicherungsleistungen belasten jedoch über die Versicherungsprämien die Arbeitgeber (und die Arbeitnehmer/innen, die sich in aller Regel an den Prämien beteiligen müssen). Die Lösung eines Arbeitsplatzkonfliktes durch Kündigung ist deshalb in den meisten Fällen mit finanziellen Folgen verbunden, was vernünftigerweise in den Abwägungsprozess, ob eine Kündigung ausgesprochen werden soll, einbezogen wird.

2. Sachlicher Kündigungsschutz (Missbräuchliche Kündigung)

Der sachliche Kündigungsschutz ist in Art. 336, 336a und 336b OR geregelt. Kündigungen, die aus den in Art. 336 OR genannten Gründen ausgesprochen werden, sind missbräuchlich. Die Rechtsfolge einer missbräuchlichen Kündigung ist nicht etwa die Ungültigkeit einer Kündigung, die missbräuchlich kündigende Partei schuldet der gekündigten Partei jedoch eine Entschädigung von bis zu maximal sechs Monatslöhnen. Der sachliche Kündigungsschutz ist paritätisch ausgestaltet, d. h., auch Arbeitnehmerkündigungen könn(t)en missbräuchlich sein. Zu Gerichtsfällen kommt es in der Praxis jedoch ausschliesslich bei Arbeitgeberkündigungen.

Im Zusammenhang mit «Konfliktkündigungen» sind die folgenden vier Missbrauchsgründe relevant:

- Art. 336 Abs. 1 lit. a OR schützt vor Kündigungen wegen einer persönlichen Eigenschaft. Eine «Konfliktkündigung», die mit persönlichkeitsrelevan-

ten Eigenschaften begründet wird (z. B. X. sei stur, arrogant o. ä.), ist missbräuchlich, sofern die Arbeitgeberin nicht beweisen kann, dass diese persönliche Eigenschaft die Arbeit oder die Zusammenarbeit im Betrieb beeinträchtigt.

- Nach Art. 336 Abs. 1 lit. b OR ist eine Kündigung missbräuchlich, die ausgesprochen wird, weil die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer ein verfassungsmässiges Recht ausübt. Dieser Missbrauchsgrund ist z. B. relevant, wenn Arbeitnehmende sich kritisch zu der Ausrichtung eines Unternehmens äussern. Eine wegen solchen Äusserungen ausgesprochene Kündigung ist missbräuchlich, sofern durch die Ausübung der Meinungsfreiheit nicht eine arbeitsrechtliche Pflicht verletzt oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt wurde.
- Art. 336 Abs. 1 lit. d OR schützt vor so genannten Rachekündigungen (Kündigung, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht). Wer also z. B. in einem Konfliktfall bei der vorgesetzten Stelle um Unterstützung bittet und danach die Kündigung erhält, hat gute Chancen, dass diese Kündigung als missbräuchlich qualifiziert wird.
- Die Liste der Missbrauchsgründe in Art. 336 OR ist gemäss bundesgerichtlicher Praxis nicht abschliessend. Durch die Rechtsprechung anerkannt ist die Missbräuchlichkeit einer Kündigung wegen unterlassener Fürsorge, auch und gerade im Zusammenhang mit Konflikten am Arbeitsplatz.

Zu Recht wird in der Lehre darauf hingewiesen, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Missbräuchlichkeit von «Konfliktkündigungen» nicht widerspruchsfrei ist und insbesondere der Missbrauchsgrund «Unterlassene Fürsorge» dogmatisch noch nicht ausgefeilt ist.²⁵

III. Ausgewählte Rechtsprechung zur missbräuchlichen «Konfliktkündigung»

A. Schlichten statt künden: Arbeitgeberpflichten zur Konfliktlösung

Mit BGE 125 III 70 gab das Bundesgericht ein erstes Mal zu erkennen, dass eine Kündigung wegen Störung des Betriebsklimas nur dann rechtmässig sei, wenn

25 BGer 4C.253/2001 vom 18. 12. 2001.

«der Arbeitgeber vorher zumutbare Massnahmen ergriffen hat, um die Lage zu entspannen (...)».²⁶ In späteren Entscheiden hat das Bundesgericht die Art und den Umfang dieser auf Art. 328 OR basierenden Verpflichtung präzisiert und auch die Grenzen aufgezeigt. In dieser «Rechtsprechungslandschaft» finden sich zahlreiche Fälle aus dem Pflegebereich (im weitesten Sinne), auf die nachfolgend vertieft eingegangen wird.

Im Fall eines Streites zwischen zwei Pflegefachfrauen in einem Waadtländer Spital (siehe Einleitung) bestätigte das Bundesgericht die mit BGE 125 III 70 eingeschlagene Richtung.²⁷ Die gekündigte Pflegefachfrau machte geltend, die persönlichen Auseinandersetzungen zwischen ihr und der Kollegin hätten den normalen und geordneten Betrieb im Spital nicht in Frage gestellt. Das Bundesgericht befand, die Arbeitgeberin habe im konkreten Fall keine geeigneten Massnahmen zur Entschärfung des Spannungsverhältnisses zwischen den beiden Mitarbeiterinnen getroffen.²⁸ Als ungenügend erachtete das Bundesgericht die Bemühungen eines Spitals zur Lösung eines Konflikts zwischen einer Pflegehilfe und ihren Arbeitskolleginnen durch die Durchführung von zwei Gruppengesprächen. Die Kündigung war deshalb ebenfalls missbräuchlich.²⁹

In eine ähnliche Richtung zielt der viel beachtete Entscheid aus dem öffentlichen Personalrecht, der einen Konflikt in einem Spital im Kanton Graubünden betraf (siehe zum Fall auch in der Einleitung).³⁰ Eine Pflegefachfrau, die in der Funktion als Assistentin der Pflegedienstleitung tätig war, kam mit ihrer (neuen) Vorgesetzten nicht klar, und sie ersuchte den Spitaldirektor um eine gemeinsame Aussprache mit allen Beteiligten. Nur zwei Monate nach diesem Gespräch wurde der Pflegefachfrau eröffnet, eine Zusammenarbeit in der Pflegedienstabteilung sei nicht mehr möglich. Nachdem die Frau die ihr ersatzweise angebotene Stelle als «Leiterin Einkauf» ablehnte, wurde ihr ordentlich gekündigt. Zwar hat das Bundesgericht im Ergebnis den vorinstanzlichen Entscheid, die Kündigung sei nicht missbräuchlich, geschützt. Aufschlussreich sind aber die Aussagen des Bundesgerichts zu den Konfliktlösungsmassnahmen: «Mit dem geschilderten Vorgehen sind die Verantwortlichen des Spitals Davos ihrer Fürsorgepflicht unzureichend nachgekommen. Es fand bloss eine

einzig, im Hinblick auf die Entspannung der Betriebsatmosphäre überdies viel zu spät angesetzte Aussprache statt. Dass weitere Massnahmen zur Beilegung des Konflikts ergriffen worden wären, geht aus dem angefochtenen Urteil nicht hervor, weshalb sich die Spitalleitung im Nachhinein nicht einfach auf den Konflikt berufen konnte, um der daran beteiligten Beschwerdeführerin zu kündigen. So vorzugehen rechtfertigt auch nicht das Interesse an der Aufrechterhaltung der Funktionstüchtigkeit des Spitals, zumal die Sorge darum nahelegen würde, abzuklären, wer denn für die Störung des Betriebsklimas in erster Linie verantwortlich ist.»³¹

In einem Streitfall in einer Privatklinik kam es zu Konflikten zwischen der A., der Leiterin des Ressort Marketing, Pflege und Therapie, und B., dem Klinikdirektor, der gleichzeitig auch Verwaltungsratsdelegierter und Aktionär der Klinik war.³² Nachdem A. beim Verwaltungsrat verschiedene Möglichkeiten zur Lösung des Konfliktes vorgeschlagen hatte, wurde sie entlassen und machte vor Gericht die Missbräuchlichkeit der Kündigung (Rachekündigung, Art. 336 Abs. 1 lit. d OR) geltend. Die Klinik stellte sich auf den Standpunkt, für die Kündigung sei nicht die Intervention der Arbeitnehmerin beim Verwaltungsrat ausschlaggebend gewesen, vielmehr sei das Verhältnis zwischen A. und B. bereits vorher schwer belastet gewesen, und es sei erfolglos versucht worden, diesen Konflikt zu entschärfen. Das kantonale Gericht lehnte die Missbräuchlichkeitsklage ab, da nicht ausreichend bewiesen werden konnte, dass eine Rachekündigung vorlag. Die gegen diesen Entscheid geführte Beschwerde wurde vom Bundesgericht gutgeheissen. Es liege nur dann keine missbräuchliche Rachekündigung vor, wenn die Arbeitgeberin den Beweis erbringen könnte, dass die Kündigung auch ausgesprochen worden wäre, wenn die Intervention der Arbeitnehmerin beim Verwaltungsrat unterblieben wäre.³³ Die Vorinstanz muss die Sachverhaltsfeststellungen in diesem Sinne ergänzen.

Nicht zulässig ist nach einer anderen (nicht ein Pflegearbeitsverhältnis betreffenden) Entscheidung auch, wenn ein Arbeitgeber bei einem Konflikt zwischen Mitarbeitenden nichts vorkehrt und in der Folge mit dem Argument, der Konflikt beeinträchtigte die Arbeitsleistung, die beteiligten Arbeitnehmer entlässt.³⁴ Missbräuchlich ist eine Konfliktkündigung weiter, wenn der Konflikt im Wesentlichen auf vom Arbeitgeber zu verantwortende unklare Kompetenzenregelung zurückzuführen ist.³⁵

26 BGE 125 III 70, Erw. 2c. Im konkreten Fall wurde der Mobbingvorwurf verneint, der Konflikt sei vielmehr auf das Verhalten der Mitarbeiterin zurückzuführen, die sich nicht an Weisungen gehalten habe und sich gegenüber Vorgesetzten und Mitarbeitern unerträglich verhalten habe.

27 BGer 4C.253/2001 vom 18. 12. 2001.

28 Siehe zum Entscheid u. a. RUDOLPH (Fn 8), 84.

29 BGer 4C.189/2003 vom 23. 9. 2003.

30 BGer 1C_354/2008 vom 4. 5. 2009.

31 BGer 1C_354/2008 vom 4. 5. 2009, Erw. 2.5.

32 BGer 4A_430/2010 vom 15. 11. 2010.

33 BGer 4A_430/2010 vom 15. 11. 2010, Erw. 3.

34 BGer 1C_245/2008 vom 2. 3. 2009, Erw. 4.2.

35 BGer 8C_594/2010 vom 25. 8. 2011.

B. Konfliktkonstellationen mit erhöhter Fürsorgepflicht

Die mit BGE 125 III 70 begonnene Rechtsprechung zur Arbeitgeberpflicht zu Konfliktlösungsbemühungen wurde in BGE 132 III 115 ergänzt, in dem das Bundesgericht festhält, «dass gegenüber einem Arbeitnehmer, der sein gesamtes Arbeitsleben (vorliegend: 44 Jahre) im Wesentlichen klaglos für eine einzige Arbeitgeberin tätig war, eine erhöhte Fürsorgepflicht gilt»³⁶. Der Entlassung gingen u. a. Spannungen zwischen dem Mitarbeiter und seinem Vorgesetzten voraus. Die ohne vorgängige Anhörung oder Konfliktlösungsversuche ausgesprochene Kündigung war missbräuchlich, und die Arbeitgeberin musste die maximale Entschädigung von sechs Monatslöhnen leisten.

In späteren Entscheiden hat das Bundesgericht die «erhöhte Fürsorgepflicht für ältere bzw. langjährige Arbeitnehmer/innen» relativiert. Eine Analogie zu BGE 132 III 115 verneinte das Bundesgericht in einem Fall, in dem es bis zur Pensionierung noch acht Jahre dauerte.³⁷ Andererseits erachtete das Berner Obergericht die Konfliktkündigung eines 58-jährigen Mitarbeiters nach 36 Dienstjahren ohne vorgängige Suche nach einvernehmlichen Lösungen als missbräuchlich.³⁸

Auch andere Kündigungsentscheide deuten darauf hin, dass ein Arbeitgeber bei Konfliktkündigungen gegenüber bestimmten Arbeitnehmern eine erhöhte Fürsorgepflicht hat. Zu erwähnen ist etwa der berühmte «Rauchallergikerfall»; zum Schutz eines Rauchallergikers muss die Arbeitgeberin unter Umständen ein Rauchverbot im ganzen Betrieb erlassen.³⁹ Weiter zielt auch der in der Einleitung skizzierte Fall der fristlosen Entlassung des OP-Pflegers in Richtung «erhöhte Fürsorgepflicht». Das Bundesgericht stützt die Entscheidung der Vorinstanz, wonach für die Beurteilung des pflichtwidrigen Verhaltens (Verlassen der Arbeitsstelle) die persönlichen Umstände des Arbeitnehmers zu berücksichtigen seien, namentlich auch dem Arbeitgeber bekannte private Schwierigkeiten. Auch die zehnjährige Dienststreuung des fristlos entlassenen Pflegers durfte von der Vorinstanz in die Gesamtwürdigung einbezogen werden.⁴⁰ In die Kategorie «Erhöhte Fürsorgepflicht» gehört zudem die vom Bundesverwaltungsgericht als unrechtmässig beurteilte Konfliktkündigung an einer als behindert im Sinne des Behindertengleich-

stellungsgesetzes geltende Raumpflegerin. Der Konflikt entfachte sich im Zusammenhang mit der Einführung eines neuen Raumpflegekonzeptes und am Verhalten der Person. Das Bundesverwaltungsgericht bemängelte, dass die Arbeitgeberin die gegenüber einer behinderten Arbeitnehmerin geltende erhöhte Fürsorgepflicht nicht wahrgenommen habe und vor einer Kündigung (zu wenig) nach Alternativen gesucht habe.⁴¹

Im öffentlichen Personalrecht (für viele Pflegeverhältnisse massgebend) ist bei Kündigungen immer auch die Verhältnismässigkeit zu beachten, was in engem Zusammenhang mit der Fürsorgepflicht steht. Eine Kündigung muss das einzige geeignete Mittel darstellen, einen Arbeitskonflikt zu lösen.⁴² Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung sind auch die konkreten Umstände der betroffenen Person zu berücksichtigen und mit den betrieblichen Interessen abzuwägen. Im Falle der Entlassung eines Fachhochschuldozenten berücksichtigte das Bundesgericht bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit einer Kündigung auch die über 13-jährige Anstellungsdauer und den Umstand, dass der Dozent mit 55 Jahren auf dem Arbeitsmarkt nur noch eingeschränkte Chancen hatte.⁴³

C. Konfliktkonstellationen mit eingeschränkter Fürsorgepflicht

Das Bundesgericht hat in mehreren Entscheiden aufgezeigt, dass die Pflicht zum Ergreifen wirksamer Konfliktbewältigungsmöglichkeiten je nach vorliegender Konstellation gar nicht oder nur eingeschränkt gilt.

So ist eine Kündigung ohne Konfliktlösungsversuche ausnahmsweise zulässig, wenn eine innerbetriebliche Versetzung nicht möglich ist und erkennbar ist, dass Schlichtungsversuche zwischen den Konfliktparteien nichts bringen.⁴⁴ Im Falle einer sexuellen Belästigung genügte dem Bundesgericht mündliche Abmahnungen, weitergehende Konfliktbewältigungsbemühungen waren nicht erforderlich, die Kündigung war deshalb nicht missbräuchlich⁴⁵. Das Erfordernis zumutbarer Massnahmen zur Konfliktbereinigung gilt weiter nur, wenn eine tatsächliche Konfliktsituation vorliegt (Mobbing oder mobbingähnlich), nicht aber, wenn der Arbeitnehmer arbeitsrechtliche Pflichten verletzt und berechtigten Weisungen der Arbeitgeberin nicht folgt und es des-

36 BGE 132 III 115.

37 BGer 4A_72/2008 vom 2. 4. 2008.

38 Berner Obergericht, Entscheid vom 22. 10. 2009, Erw. 4.2, JAR 2010, 442.

39 BGE 132 III 257.

40 BGer 4A_215/2011 vom 2. 11. 2011.

41 Bundesverwaltungsgericht, A-6550/2007, Urteil vom 29. 4. 2008.

42 BGE 123 I 152, Erw. 6.

43 BGer 8C_260/2010 vom 12. 1. 2011, Erw. 5.4.

44 BGer 4A_158/2010 vom 22. 6. 2010.

45 BGer 4A_63/2009 vom 23. 3. 2009.

wegen zum Streit kommt.⁴⁶ Die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin zugunsten der Arbeitnehmer/innen muss im Konfliktfall überdies immer auch mit den betrieblichen Interessen abgewogen werden. In einem das öffentliche Personalrecht betreffenden Fall erwog das Bundesgericht, ab einer bestimmten Hierarchiestufe sei es zulässig, wenn die Arbeitgeberin einen Konflikt durch Kündigung löse, ohne im Detail abzuklären, wer nun für den Konflikt verantwortlich ist, das Interesse am guten Funktionieren der Verwaltung stehe im Vordergrund.⁴⁷

D. Hierarchiekonflikte: Treuepflicht überwiegt – aber nicht immer

Kommt es zu Konflikten, weil Mitarbeitende mit der grundsätzlichen Ausrichtung der Institution Probleme bekunden oder sich über allgemeine betriebliche Weisungen oder konkrete Anordnungen ihrer Vorgesetzten hinwegsetzen, so sind die entsprechenden Kündigungen nur in Ausnahmefällen missbräuchlich.

Eine Pflegefachfrau war Mitglied des Kaders eines Privatspitals. Bereits wenige Monate nach Anstellungsbeginn legte sie sich mit den Vorgesetzten an, besprach ihre Meinungsverschiedenheiten mit der Direktion auch mit ihrem Personal und gab zu verstehen, dass sie mit einer neu eingesetzten Direktion nicht zur Zusammenarbeit bereit sei. Das Bundesgericht erwog, durch ihr Verhalten habe die Arbeitnehmerin die Vertrauensgrundlage für eine Zusammenarbeit zerstört und die Treuepflicht verletzt. Die unter diesen Umständen erfolgte Kündigung sei deshalb nicht missbräuchlich.⁴⁸ Ebenfalls nicht missbräuchlich war die Kündigung eines Mitarbeiters in einer soziokulturellen Institution, der sich mit dem Präsidenten des Vereins anlegte und mit der Strategie der Organisation nicht einverstanden war. Wenn ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer entlässt, weil dieser die von den zuständigen Organen beschlossene Strategie kritisiert, ist dies in dieser vom Bundesgericht bestätigten Entscheidung nicht missbräuchlich.⁴⁹

Keinen Erfolg mit ihrer Missbrauchsklage hatte eine Pflegefachfrau, die noch während der Probezeit der Pflegedienstleiterin charakterliche und fachliche Inkompetenz vorgeworfen hatte und daraufhin die Kündigung erhielt.⁵⁰ Sie berief sich vergeblich auf ihre verfassungsmässig gewährte Meinungsfreiheit, die gestützt auf Art. 336 Abs. 1 lit. b OR auch im Arbeitsverhältnis gilt. Das Bundesgericht hielt dazu

vorerst fest, das Recht auf Missstände hinzuweisen, sei primär Ausdruck der Treuepflicht des Arbeitnehmers und der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin.⁵¹ Eine Missbräuchlichkeit der Kündigung wurde aber verneint, weil die Arbeitnehmerin noch in der Probezeit war und die Arbeitgeberin deshalb nicht verpflichtet war, zur Lösung des Konflikts umfangreiche Konfliktbewältigungsmassnahmen zu treffen, wenn sich aufgrund der konkreten Erfahrungen zeige, dass kaum Aussicht auf fruchtbare Zusammenarbeit bestehe, sei die Kündigung am Zweck der Probezeit orientiert und deshalb nicht missbräuchlich.⁵² Diese Entscheidung kann deshalb auch den Konstellationen «Konflikte mit eingeschränkter Fürsorgepflicht» zugeordnet werden.

Im Allgemeinen stützen die Gerichte Kündigungen von Mitarbeitenden, die sich über Weisungen der Arbeitgeberin hinwegsetzen. Das musste auch die Pflegefachfrau und Stationsleiterin zur Kenntnis nehmen, die eine in ihrem Betrieb geltende Weisung über die Entgegennahme von Geldgeschenken von Angehörigen und Patienten/innen als unrechtmässig erachtete, sich selber nicht daran hielt und auch ihr Team aufforderte, sich nicht daran zu halten. Die wegen dieses Verhaltens erfolgte Kündigung wurde vom Bundesgericht als nicht missbräuchlich erachtet.⁵³ Hält eine leitende Arbeitnehmerin eine Weisung des Arbeitgebers für nicht rechtmässig, so darf sie nicht einfach ihre eigene Rechtsauffassung den Untergebenen kundtun und sie damit zur Nichtbefolgung der Weisung anhalten. Vielmehr ist in einer solchen Situation erforderlich, die allfällige Unrechtmässigkeit der Weisung auf dem Dienstweg zum Thema zu machen.⁵⁴

Auch wer der Auffassung ist, nicht eine bestimmte Weisung, sondern gleich der ganze Betrieb verhalte sich unrechtmässig, muss in der Wahl der Mittel, mit denen Missstände aufgedeckt werden sollen, zurückhaltend sein. Im Whistleblowing-Leitentscheid des Bundesgerichts, BGE 127 III 310, erachtete das Bundesgericht das Verhalten einer Angestellten eines Pflegeheims, die ohne Wissen des Arbeitgebers nachts im Innern des Heims einen Film drehte, diesen dem westschweizerischen Fernsehen übergab und an einer kritischen Sendung, in welcher der fragliche Film ausgestrahlt wird, teilnahm, als ausreichenden Grund für eine fristlose Entlassung. Vorgeworfen wurde der Arbeitnehmerin insbesondere, dass sie sich nicht vorgängig an die Arbeitgeberin und danach gegebenenfalls an die zuständige Auf-

46 BGer 4C.73/2006 vom 22. 12. 2006.

47 BGer 8C_396/2010 vom 19. 2. 2011, Erw. 4.3.

48 BGE 127 III 86, Erw. 2.

49 BGer 4A_325/2008 vom 6. 10. 2008.

50 BGer 4A_432/2009 vom 10. 11. 2009.

51 BGer 4A_432/2009 vom 10. 11. 2009, Erw. 2.2.2.

52 BGer 4A_432/2009 vom 10. 11. 2009, Erw. 2.5.

53 BGer 4A_613/2010 vom 25. 1. 2011.

54 BGer 4A_613/2010 vom 25. 1. 2011, Erw. 5.

sichtsbehörde gewendet hatte.⁵⁵ Aufhorchen lässt aber ein Entscheid des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR). Der EGMR entschied, dass eine Arbeitnehmerin berechtigt war, angesichts der erheblichen Betreuungsmängel in einer Pflegeeinrichtung gegen den eigenen Arbeitgeber Strafanzeige einzureichen. Das Verhalten fällt in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit. Die in Frage stehenden öffentlichen Interessen wogen für den EGMR höher als das Interesse des Unternehmens am Schutz seines Rufes und seiner Geschäftsinteressen.⁵⁶

IV. Zusammenfassung, Fazit und Empfehlungen

In arbeitsrechtlicher Hinsicht betreffen Konflikte am Arbeitsplatz die Arbeitgeberfürsorgepflicht einerseits und die Treuepflicht der Arbeitnehmenden andererseits. Die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin basiert auf der in Art. 328 OR und Art. 6 ArG verankerten Pflicht zum Persönlichkeits- und Gesundheitsschutz. Die Arbeitgeberin ist gestützt darauf zu einem tauglichen Konfliktmanagement und auch, darauf wurde in den vorangehenden Ausführungen noch kaum eingegangen, zu einer wirksamen Konfliktprävention verpflichtet. Arbeitnehmende ihrerseits müssen gestützt auf die in Art. 321a OR verankerte Treuepflicht das Ihrige dazu beitragen, dass Konflikte gar

nicht entstehen bzw. gelöst werden. Weiter haben Sie auch im Konfliktfall den rechtmässigen Weisungen der Arbeitgeberin Folge zu leisten (Art. 321d OR).

Werden Konflikte durch Kündigungen gelöst, stellt sich die Frage, ob die Kündigung allenfalls missbräuchlich bzw. im öffentlichen Personalrecht allenfalls sogar ungültig ist. Relevant sind insbesondere die drei geschriebenen Missbrauchsgründe «Kündigung wegen einer persönlichen Eigenschaft» (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR), «Wahrnehmung der Meinungsfreiheit» (Art. 336 Abs. 1 lit. b OR), «Rachekündigung» (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR). Darüber hinaus ist gemäss Rechtsprechung eine Konfliktkündigung missbräuchlich, die ausgesprochen wird, ohne vorgängig zumutbare Konfliktlösungsversuche getätigt zu haben.

Nach der Gerichtspraxis sind Konfliktkündigungen insbesondere dann missbräuchlich, wenn die Arbeitgeberin kein taugliches Konfliktmanagement praktiziert und somit die Fürsorgepflicht verletzt. Gegenüber älteren mit langer Dienstdauer und behinderten oder sonst wie gesundheitlich belasteten Arbeitnehmenden gilt eine erhöhte Fürsorgepflicht wogegen die Arbeitgeberin während der Probezeit rascher zum Mittel der Kündigung greifen darf. Kündigungen sind überdies kaum je missbräuchlich, wenn sie gegenüber Mitarbeitenden ausgesprochen werden, die sich nicht an Weisungen halten und die sich offen gegen die Strategie ihres Arbeitgebers zur Wehr setzen.

⁵⁵ BGE 127 III 310.

⁵⁶ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 21. 7. 2011, Nr. 28274/08.