

# Krankmachende Arbeitsbedingungen – ein unterschätztes Haftungsrisiko?

SABINE STEIGER-SACKMANN

| Inhaltsverzeichnis                            | Seite |
|---|-------|
| <b>A. Einleitung</b> .....                    | 486   |
| <b>B. Haftungsgrundlagen</b> .....            | 487   |
| <b>C. Vertragsverletzung</b> .....            | 489   |
| I. Ausgangslage .....                         | 489   |
| II. Arbeitsbelastungen .....                  | 491   |
| 1. Ergonomie .....                            | 491   |
| 2. Arbeitsorganisation .....                  | 492   |
| 3. Soziale Konflikte .....                    | 493   |
| III. Übermäßigkeit der Arbeitsbelastung ..... | 494   |
| IV. Massnahmen .....                          | 495   |
| V. Zwischenergebnis .....                     | 496   |
| <b>D. Exkulpation</b> .....                   | 498   |
| <b>E. Kausalzusammenhang</b> .....            | 499   |
| <b>F. Rechtsfolgen</b> .....                  | 500   |
| I. Schadenersatz .....                        | 500   |
| 1. Schaden .....                              | 500   |
| 2. Bemessung des Schadenersatzes .....        | 501   |
| II. Genugtuung .....                          | 502   |
| III. Weitere Sanktionen .....                 | 503   |
| 1. Pönalentschädigungen bei Kündigungen ..... | 503   |
| 2. Gewinnherausgabe .....                     | 504   |
| 3. Öffentlich-rechtliche Sanktionen .....     | 504   |
| IV. Vergleich über Ansprüche .....            | 504   |
| <b>G. Schlussbetrachtung</b> .....            | 504   |

## A. Einleitung

Es ist nicht selbstverständlich, dass Arbeitnehmende das ordentliche Rentenalter arbeitsfähig und ohne namhafte Gesundheitsbeeinträchtigungen erreichen, wie dies Willi Fischer erfreulicherweise vergönnt ist.

Rund 46 Prozent der Erwerbstätigen in der Schweiz beurteilten die **Auswirkungen der Arbeit** auf ihre Gesundheit als positiv, aber doch über 10 Prozent sagten in der Schweizerischen Gesundheitsbefragung, dass sich die Arbeit negativ auf die Gesundheit auswirke (der Rest sah keinen Zusammenhang).<sup>1</sup> Gemäss einer anderen repräsentativen Erhebung waren in der Schweiz ein Drittel der Männer und ein Viertel der Frauen im Erwerbsalter der Ansicht, dass sie an arbeitsbezogenen Gesundheitsproblemen litten.<sup>2</sup> Die Branchen mit dem höchsten Auftreten von *physischen* Belastungen sind Landwirtschaft, Baugewerbe, Industrie, Gastgewerbe sowie das Gesundheits- und Sozialwesen. Bei den zwei letzten Branchen fallen zudem hohe Werte bei den *psychischen* Belastungen auf.<sup>3</sup>

Empirische Untersuchungen, welche sich auf die Selbsteinschätzungen und auf Aussagen von Erwerbstätigen stützen, lassen aber viele Aspekte unberücksichtigt. Herz- oder Lungenerkrankungen entwickeln sich oft unbemerkt; und beim sogenannten «Burnout» ist es geradezu typisch, dass die Betroffenen ihre Überforderung trotz körperlichen und sozialen Signalen selber übersehen oder negieren. Auch die Zusammenhänge zwischen Beruf und Krebserkrankungen,<sup>4</sup> Herzkrankheiten<sup>5</sup> oder Hirnschlägen sind bislang in der Schweiz nicht eingehend untersucht worden.

Die volkswirtschaftlichen wie die betrieblichen **Kosten** arbeitsbezogener und arbeitsbedingter Krankheiten wurden schon mehrfach betragsmässig geschätzt.<sup>6</sup> Die eindrücklichen Millionenbeträge sollen die Akteure zur Prävention animieren und das Gewicht

---

1 KRIEGER RALPH/GRAF MAGGIE/VANIS MARGOT, Ausgewählte Ergebnisse der Schweizerischen Gesundheitsbefragung 2012, in: SECO (Hrsg.), Arbeit und Gesundheit 2012, Bern 2015, abrufbar unter <[http://www.seco.admin.ch/seco/de/Publikationen-Dienstleistungen/Publikationen\\_und\\_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Studien\\_und\\_Berichte.html](http://www.seco.admin.ch/seco/de/Publikationen-Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Studien_und_Berichte.html)>, besucht am 26.03.2016, S. 32. Die Studie enthält die Daten der letzten Schweizerischen Gesundheitsbefragung 2012 durch das Bundesamt für Statistik.

2 LÄUBLI THOMAS, Gesundheitskosten hoher Arbeitsbelastungen, Analyse der Daten der Europäischen Erhebung über die Arbeitsbedingungen und Gesundheit Schweizer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Bern 2014, abrufbar unter <[http://www.seco.admin.ch/seco/de/Publikationen-Dienstleistungen/Publikationen\\_und\\_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Studien\\_und\\_Berichte.html](http://www.seco.admin.ch/seco/de/Publikationen-Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Studien_und_Berichte.html)>, besucht am 26.03.2016, S. 24 und 110. Die Angaben beziehen sich auf die Daten der Europäischen Erhebung über die Arbeitsbedingungen und Gesundheit (EWCS).

3 KRIEGER/GRAF/VANIS (Fn 1), S. 38 f. und 42 ff.

4 LÄUBLI (Fn 2), S. 112 f.

5 STAVROULA LEKA/ADITYA JAIN, Health Impact of Psychosocial Hazards at Work: An Overview, Genf 2010, abrufbar unter <<http://www.who.int/iris/handle/10665/44428>>, besucht am 26.03.2016, S. 81 ff.

6 Vgl. Literaturhinweise bei LÄUBLI (Fn 2), S. 15.

des Themas verdeutlichen.<sup>7</sup> Aus haftpflichtrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob und wie relevant Arbeitsbedingungen in Bezug auf eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Arbeitgebenden sind. Wir beschränken uns im Folgenden auf Ansprüche von *erkrankten* Arbeitnehmenden und klammern die Haftung für Unfälle aus.

## B. Haftungsgrundlagen

Wenn Arbeitnehmende die Verletzung einer vertraglichen Schutzpflicht und den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden infolge Erkrankung beweisen können, hat ihre Arbeitgeberin den finanziellen Schaden zu ersetzen, und sie kann zur Bezahlung einer Genugtuung verpflichtet werden, soweit sie sich nicht zu exkulpieren vermag.<sup>8</sup> Haftungsgrundlage bildet Art. 328 OR. Die darin umschriebene Fürsorgepflicht auferlegt den Arbeitgebenden,<sup>9</sup> dass sie Gesundheitsbeeinträchtigungen ihres Personals in erforderlichem und zumutbarem Umfang verhindern und die Persönlichkeitssphäre ihrer Mitarbeitenden nicht verletzen.<sup>10</sup> Dadurch werden Grundrechte, wie etwa die körperliche und geistige Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 2 BV), im Arbeitsverhältnis gewährleistet.<sup>11</sup> Im Folgenden liegt der Fokus auf den *Gesundheitsrisiken* am Arbeits-

---

7 Vgl. z.B. OECD, Fit Mind, Fit Job: From Evidence to Practice in Mental Health and Work, Mental Health and Work, Paris 2015, abrufbar unter <<http://www.oecd.org/els/fit-mind-fit-job-9789264228283-en.htm>>, besucht am 26.03.2016.

8 DUNAND JEAN-PHILIPPE, Les devoirs et la responsabilité de l'employeur en matière de protection de la personnalité et de la santé psychique des travailleurs, in: Guillod Olivier (Hrsg.), Santé et travail, 14<sup>e</sup> Journée de droit de la santé, Bern 2008, S. 112; PORTMANN WOLFGANG, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 328 OR N 53; STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 328 OR N 16.

9 Bei juristischen Personen sind gemäss Art. 55 Abs. 2 ZGB die Organe gemeint. DUNAND JEAN-PHILIPPE, in: Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal (Hrsg.), SHK Stämpflis Handkommentar, Commentaire du contrat de travail, Bern 2013, Art. 328 OR N 10; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 8), Art. 328 OR N 16; betr. Aktiengesellschaft: Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR.

10 REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilbd., Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, 1. Abschnitt, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Bern 2010, Art. 328 OR N 4; STAEHELIN ADRIAN, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Das Obligationenrecht, Teilbd. 2c, Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 328 OR N 4.

11 ULRICH ANTONIA, Mobbing am Arbeitsplatz, Von der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers – Übersicht zur neusten Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: Sicherheit&Recht 2014, S. 223; VISCHER BENEDICT, Die Haftung der Arbeitgeberin für Grundrechtsverletzungen aus Art. 328 OR – Eine Schuld, die schmerzt?, in: Brändli Beat/Brändli Sandra (Hrsg.), Schulden haben und machen – Auswirkungen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, St. Gallen 2012, S. 47.

platz, obwohl die Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden auch den Schutz vor Persönlichkeitsverletzungen (ohne Krankheitsfolgen) umfasst.

Die im Arbeitsverhältnis gebotene Sorgfalt («Fürsorge») ist im OR derart allgemein formuliert, dass eine Konkretisierung den Beizug von öffentlich-rechtlichen Vorschriften erfordert (Art. 342 Abs. 2 OR).<sup>12</sup> Das Arbeitsgesetz (ArG) und die darauf beruhenden Verordnungen, Wegleitungen und Richtlinien dienen als Auslegungshilfen.<sup>13</sup> Da sich die Arbeitswelt laufend weiterentwickelt, sind diese öffentlich-rechtlichen Normen nicht immer à jour. Zudem sind Arbeitgebende vertraglich zu einem weiter reichenden Schutz verpflichtet, als er aufgrund von Art. 6 ArG besteht,<sup>14</sup> wenn Arbeitnehmende ein besonderes Schutzbedürfnis angemeldet haben<sup>15</sup> oder sich dies aus den Umständen ergibt.<sup>16</sup> Erst durch eine Analyse der Rechtsprechung wird deutlich, was von Arbeitgebenden in den jeweiligen Betrieben verlangt wurde (und wird). Dies führt dazu, dass man Unternehmen keinen anerkannten Anforderungskatalog präsentieren kann und dass Checklisten zur Risikobeurteilung,<sup>17</sup> Compliance-Regeln<sup>18</sup> und Qualitätsmanagement-Systeme in diesem Bereich oft lückenhaft sind. Das Haftungsrisiko gegenüber erkrankten Mitarbeitenden wird dadurch möglicherweise von den Unternehmensverantwortlichen unterschätzt.

Die Folgen einer eigentlichen *Berufskrankheit* trägt die obligatorische Unfallversicherung analog den Leistungen bei Berufsunfällen (Art. 9 UVG), und nur Direktschäden können allenfalls zivilrechtlich geltend gemacht werden.<sup>19</sup> Berufskrankheiten sind aber eng definiert (Anhang 1 zur UVV). Haftpflichtrechtlich von Bedeutung sind somit die *nicht* als Berufskrankheiten qualifizierten Erkrankungen, bei denen mindestens eine Teilursache im Arbeitsbereich liegt. Mit diesen befasst sich die folgende Untersuchung.

---

12 BGE 132 III 257, E. 5.4; STAEHELIN (Fn 10), Art. 328 OR N 17.

13 DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 6; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 8), Art. 328 OR N 6.

14 Von Art. 2 und 3 ArG werden nicht alle Betriebe und nicht alle Arbeitnehmenden erfasst, während gemäss Art. 328 OR die Fürsorgepflicht grundsätzlich für alle Arbeitnehmenden gilt «mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis».

15 BGE 132 III 257, E. 5.4.5; BGer 4A\_384/2014, E. 4.2.1, bzw. konkrete Massnahmen nach Burnout: E. 5.

16 BGE 132 III 115, E. 5.4; BGer 4A\_384/2014, E. 5.2 (z.B. bei älteren Mitarbeitenden und langjähriger Betriebstreue); STEIGER-SACKMANN SABINE, Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz, Rechtliche Möglichkeiten zur Verbesserung der Prävention, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz 738. Bei Auslandsentsätzen: DONAUER DANIEL/MÖRI BARBARA A., Die privatrechtliche Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und rechtliche Konsequenzen (unter besonderer Berücksichtigung des Gesundheitsschutzes bei Auslandsentsätzen), in: AJP 2015, S. 1049 ff.

17 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 961c Abs. 2 Ziff. 2 OR; MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, S. 299 ff. und 427 ff.

18 LICCI SARA, Codes of Conduct im Arbeitsverhältnis mit besonderem Blick auf das Whistleblowing, in: AJP 2015, S. 1169.

19 BGE 137 III 16.

## C. Vertragsverletzung

### I. Ausgangslage

Aufgrund von Art. 328 OR sind die Arbeitgebenden in einem zumutbaren Umfang dafür verantwortlich, dass am Arbeitsplatz Massnahmen getroffen werden, welche gemäss dem aktuellen Stand des Wissens erforderlich und geeignet sind, Gesundheitsschäden zu vermeiden. Eine Verletzung dieser vertraglichen Sorgfalts- und **Schutzpflicht** kann eine zivilrechtliche Haftung zur Folge haben.<sup>20</sup>

Aus der medizinischen und arbeitswissenschaftlichen Forschung ist bekannt, auf welche **Belastungen** der Gesundheitsschutz das Augenmerk legen soll und welche **Ressourcen** demgegenüber ein Erkrankungsrisiko reduzieren können.<sup>21</sup> So hat etwa die WHO «Fünf Schritte zum gesunden Arbeitsplatz» formuliert.<sup>22</sup> Bei der Gesundheitsvorsorge am Arbeitsplatz geht es um *Belastungen* wie lange Arbeitszeiten, um Rauch, Dämpfe, Lösungsmittel, Vibrationen, starken Lärm, hohes Arbeitstempo, ermüdende Körperhaltung, störende Unterbrechungen, Zeitdruck, unklare Anweisungen und verschiedene Belästigungen von Mitarbeitenden oder Vorgesetzten. Arbeitssituationen, bei denen mehrere Belastungsfaktoren zusammenkommen, sind besonders belastend.<sup>23</sup> Als *Ressourcen* konnten Wertschätzung (verbal oder monetär), klare Information und aktive Unterstützung der Mitarbeitenden sowie Gewährung von Handlungsspielräumen identifiziert werden.

Nach dem allgemein anerkannten Belastungs-/Beanspruchungsmodell<sup>24</sup> lösen **Belastungen**, also Einflüsse, die von aussen auf Menschen einwirken,<sup>25</sup> einen inneren Vorgang aus, der individuell unterschiedlich verläuft<sup>26</sup> und «**Beanspruchung**» genannt wird. Die **Folgen** dieser Beanspruchung können sich bei einzelnen Arbeitnehmenden positiv oder

---

20 DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 72; eine Rechtfertigung von Gesundheitsverletzungen durch Einwilligung der Arbeitnehmenden wird abgelehnt (VISCHER [Fn 11], S. 54).

21 Die Wegleitung des SECO zur Verordnung 3 zum ArG wird jeweils dem wissenschaftlichen Stand angepasst und gilt als «Handbuch» der Gesundheitsvorsorge am Arbeitsplatz. Sie ist im Internet auf der Website des SECO zugänglich.

22 Die «Five Keys to Healthy Workplaces» sind: Leadership commitment and engagement; Involve workers and their representatives; Business ethics and legality; Use a systematic, comprehensive process to ensure effectiveness and continual improvement; Sustainability and integration (siehe <[www.who.int/occupational\\_health/healthy\\_workplaces](http://www.who.int/occupational_health/healthy_workplaces)>, besucht am 26.03.2016).

23 LÄUBLI (Fn 2), S. 58 ff.

24 SIEGRIST JOHANNES, Adverse health effects of high-effort/low-reward conditions, in: Journal of Occupational Health Psychology 1996, S. 27 ff.; DERS., Berufliche Gratifikationskrisen und depressive Störungen, in: Psychotherapeut 2011, S. 21 ff.

25 Hinweise auf Primärliteratur: STEIGER-SACKMANN (Fn 16), Rz 277 ff.

26 STEIGER-SACKMANN (Fn 16), Rz 375 ff.

negativ auswirken.<sup>27</sup> Fristen und Zeitdruck beispielsweise können beflügeln und Kräfte mobilisieren oder aber Gefühle von Angst, Ärger, Überforderung auslösen und dadurch auf die Dauer krankmachen.<sup>28</sup> An dieses wissenschaftliche Erklärungsmodell lehnt sich das Job-Demands-Resources-Modell an.<sup>29</sup> Danach werden alle Tätigkeitsmerkmale und Lebensumstände als **Ressourcen** gesehen, die als Puffer gegen hohe Arbeitsanforderungen dienen können.

Belastungen und Ressourcen können auf die physische oder psychische Gesundheit Einfluss haben, wobei hier grosse individuelle **Unterschiede** bestehen. Den einen «schlägt etwas auf den Magen» und den anderen «geht es auf den Geist». Je nachdem kann eine Gesundheitsgefahr schon bei einer einmaligen Exposition bestehen; sie kann aber auch erst nach einer länger dauernden oder bei einer besonders intensiven, als negativ empfundenen Belastung relevant werden. Sowohl die konstitutionelle Disposition wie das private Umfeld können Faktoren sein, welche das Erkrankungsrisiko erhöhen oder reduzieren.

Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz können sich aus der materiellen Arbeitsumgebung ergeben; sie können aber auch in der Organisation oder im sozialen Arbeitsumfeld liegen. Die gesetzliche Aufgabe der Arbeitgebenden ist es, die Gesundheitsrisiken in ihrem Betrieb zu erkennen und nach ihren **Ursachen zu forschen**, damit sie wirksame Schutzmassnahmen treffen können (Art. 2 ff. ArGV 3). Stellt man z.B. fest, dass der Lärmpegel zu hoch ist, gilt es, die Lärmquelle zu eruieren und Massnahmen zur Reduktion der Einwirkungen auf das Gehör zu treffen, um Ertaubung zu verhindern (Art. 22 ArGV 3). Fehlt das erforderliche Fachwissen im Betrieb, sind Fachleute beizuziehen (Art. 3 Abs. 3 und Art. 4 ArGV 3).

Das gesetzlich angestrebte Ziel ist es also, die **Risikofaktoren zu reduzieren** (Verhältnisprävention). Negative Verläufe können aber auch durch **Stärkung der Ressourcen** verhindert werden, sodass Arbeitnehmende besser mit den Belastungen umzugehen vermögen (Verhaltensprävention).<sup>30</sup>

---

27 Der Begriff «Stress» ist zu unpräzise und daher zu vermeiden, weil nicht klar ist, ob von einer Belastung, einer Beanspruchung oder der Beanspruchungsfolge die Rede ist (dazu STEIGER-SACKMANN [Fn 16], Rz 273 ff.); vgl. auch DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 44; MURER ERWIN, Zur Haftung des Arbeitgebers für den Stress seiner Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, in: Fuhrer Stephan (Hrsg.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 420; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 8), Art. 328 OR N 17a.

28 HEILMANN JOACHIM/HAGE MARION, Psychische Belastungen am Arbeitsplatz – Ursachen, Folgen und Handlungsmöglichkeiten, in: Klebe Thomas et al. (Hrsg.), Recht und soziale Arbeitswelt, Festschrift für Wolfgang Däubler zum 60. Geburtstag, Frankfurt a.M. 1999, S. 666 ff.

29 Siehe dazu KARASEK ROBERT A./THEORELL TÖRES, Healthy work: Stress, productivity and the reconstruction of working life, New York 1990; MOLDSCHL MANFRED, Ressourcenorientierte Analyse von Belastung und Bewältigung, in: Moldaschl Manfred (Hrsg.), Immaterielle Ressourcen, Nachhaltigkeit von Unternehmensführung und Arbeit I, München 2005, S. 243 ff.

30 STEIGER-SACKMANN (Fn 16), Rz 486.

Erkrankte Arbeitnehmende, welche Forderungen aufgrund von Art. 328 OR stellen, müssen u.a. eine **Verletzung der Schutzpflicht** der Arbeitgeberin beweisen. Im Haftpflichtprozess geschieht dies aufgrund einer Vergangenheitsbetrachtung: Hätte man im Betrieb die Gefahr erkannt und/oder die erforderlichen Massnahmen getroffen, wäre der Schaden ausgeblieben. Es ergeben sich daraus jeweils zwei Prozessthemen: die Arbeitsbelastungen (Risiken) und die unterlassenen Massnahmen.<sup>31</sup> Für beide Aspekte trägt die klagende Partei (Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmerin) die Beweislast (Art. 8 ZGB).

Die unterschiedlichen Arbeitsbelastungen und jeweiligen Schutzmassnahmen stellen bei der rechtlichen Beurteilung der Haftungsvoraussetzungen unterschiedliche Anforderungen. Dafür werden **drei Kategorien** vorgeschlagen:

- erstens die sicht- und messbaren ergonomischen Belastungen,
- dann die physischen und psychischen Überbelastungen aufgrund der Arbeitsorganisation, welche keiner objektiven Messung zugänglich sind, und
- drittens die Belastungen aufgrund zwischenmenschlicher Vorgänge.

## II. Arbeitsbelastungen

### 1. Ergonomie

Ein Blick in die Verordnung zur Gesundheitsvorsorge (ArGV 3) zeigt quasi das Pflichtentheft von Arbeitgebenden bei ergonomischen Gesundheitsrisiken. Die verschiedenen **äusseren Arbeitsbedingungen** wie schlechtes Raumklima, Licht, Lärm, Sonneneinwirkung, Heben und Tragen von Lasten etc. werden in über 20 Artikeln dieser Verordnung behandelt.

Die Verantwortung der Arbeitgebenden beschränkt sich auf Umstände im Zusammenhang mit der **Arbeitsausführung**. Da sich die Arbeitsanforderungen immer weniger von Freizeitaktivitäten unterscheiden (z.B. Lesen am Bildschirm), wird es dementsprechend schwieriger, diese beiden Verantwortungsbereiche voneinander abzugrenzen.<sup>32</sup>

Bei den *physischen* Belastungen können meist Grenzwerte für die Belastungstoleranz vorgegeben werden und Belastungen für die jeweiligen Tätigkeiten **objektiv festgestellt** werden. So gibt z.B. die Wegleitung des SECO zu Art. 16 ArGV 3 die minimale und maximale Raumtemperatur in Grad Celsius bei sitzender Tätigkeit im Sommer und im Winter an, wobei Abweichungen bei einzelnen Wetterextremen toleriert werden. Das sind immer-

---

31 PORTMANN, BSK (Fn 8), Art. 328 OR N 1; REHBINDER/STÖCKLI (Fn 10), Art. 328 OR N 2.

32 Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts (A-196/2015, E. 4.3.2) vermag aber nicht zu überzeugen. Danach besteht kein Anspruch auf Kostenübernahme für eine am Arbeitsplatz erforderliche Bildschirmbrille, da diese als «arbeitnehmerseitige Massnahme» nicht in der Verantwortung der Arbeitgeberin liege und der «tendenziell bestehende private Mehrnutzen» dagegen spreche. Eine anteilmässige Kostenübernahme entsprechend dem Nutzen und den Erfordernissen am Arbeitsplatz wurde nicht erwogen.

hin Vorgaben, welche sich beweismässig z.B. mit einem Thermografen am Arbeitsplatz erhärten lassen.

Allerdings gibt es auch bei den ergonomischen Vorgaben einen **Ermessensbereich**. Die Arbeitsplätze einerseits sind zu vielfältig, andererseits können die physikalischen Einwirkungen nicht alle klar definiert werden.<sup>33</sup> Was etwa Schutz der Arbeitnehmenden vor «übermässiger» Sonneneinstrahlung konkret heisst, lässt die Rechtsnorm offen (Art. 20 ArGV 3). Meines Wissens gibt es auch keine technischen Normen, welche hilfsweise beigezogen werden können. Das Risiko (Sonnenexposition) ist nicht objektiv quantifizierbar, aber immerhin sind die Massnahmen, wie Abschirmen der Strahlen, längere Schattpausen bis zu vorübergehendem Einstellen der Arbeiten, sicht- und beweisbar.<sup>34</sup>

Die Gesundheitsbeeinträchtigung kann durch eine einzelne extreme Belastung oder durch eine **Risikoexposition** über eine lange Dauer verursacht sein. Dies sind Tatsachen, welche zwar nicht einem Vollbeweis zugänglich sind, aber solche Beweise können doch in überwiegendem Mass anhand von Indizien erbracht werden. Der Beweis dürfte auch leichter fallen bei einer akuten Erkrankung (z.B. Hirnschlag) als bei einem schleichen den Krankheitsverlauf.

## 2. Arbeitsorganisation

Die zweite Kategorie umfasst Belastungen aufgrund der Arbeitsorganisation, welche physische oder psychische Beanspruchungen auslösen können.<sup>35</sup> Das können die zeitlichen und mengenmässigen Arbeitsanforderungen bzw. Zielvorgaben sein; auch Stellvertretungsregelungen, Unterstützungsangebote, Personalbestand und der Führungsstil<sup>36</sup> zählen dazu.

Der Vorwurf der Sorgfaltspflichtverletzungen bezieht sich hier also auf das **Verhalten der Unternehmensführung**, die Organisation des Betriebes und einzelner Abläufe, aber auch mangelnde Instruktion und Kontrolle.<sup>37</sup> Obwohl eine regelmässige Gefährdungsbeurtei-

---

33 Zum Wissensstand bei Nanomaterialien LIECHTI RACHEL/KARLAGANIS GEORG, Neuartige Nanomaterialien in der Schweiz und im europäischen Umfeld – Sind Haftpflichtrecht und Versicherer bereit?, in: HAVE 2015, S. 15 ff.

34 Vgl. Wegleitung des SECO zu Art. 20 ArGV 3, S. 320–1 ff.

35 BGer 4C.24/2005, E. 7, spricht von «système commercial»; BGer 4C.320/2005; CAPH GE, in: JAR 2006, S. 445 ff.; DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 44 ff.; PORTMANN, BSK (Fn 8), Art. 328 OR N 53; DERS., Stresshaftung im Arbeitsverhältnis, Erfolgreiche Stresshaftungsklagen gegen Arbeitgeber in der Schweiz und in anderen Europäischen Ländern, in: ARV 2008, S. 5; REHBINDER/STÖCKLI (Fn 10), Art. 328 OR N 17; STAEHELIN (Fn 10), Art. 328 OR N 24; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 8), Art. 328 OR N 17a; WYLER RÉMY, Droit du travail, 2. Aufl., Bern 2008, S. 325 f.

36 GREGERSEN SABINE/KUHNERT SASKIA/ZIMMER ANDREAS/NIENHAUS ALBERT, Führungsverhalten und Gesundheit – Zum Stand der Forschung, in: Das Gesundheitswesen 2011, S. 3 ff.

37 BGE 102 II 18, E. 1; BGer 4A\_189/2015, E. 3.4; DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 29; PORTMANN, BSK (Fn 8), Art. 328 OR N 11a.

lung<sup>38</sup> in der Schweiz nicht generell gesetzlich vorgeschrieben ist,<sup>39</sup> kann es eine Pflichtverletzung sein, wenn die Arbeitgeberin überhaupt nie in Betracht gezogen hat, dass ihre Arbeitsorganisation zu einer Überbelastung bei Arbeitnehmenden führen könnte. Diese Gefahrenquelle wird nämlich in Art. 6 Abs. 2 ArG ausdrücklich genannt. Der Beweis für diese Art von Vertragsverletzungen kann mindestens zum Teil anhand von Urkunden (Organigrammen, Zielvereinbarungen, Rapporten, Protokollen etc.) oder Zeugenbefragungen geführt werden.

### 3. Soziale Konflikte

An Arbeitsplätzen begegnen sich Menschen mit ganz unterschiedlichen Eigenschaften und Biografien. Da kann es zu zwischenmenschlichen Spannungen kommen, die sich zu Konflikten ausweiten und letztlich die Gesundheit der Betroffenen angreifen. Aufgrund von Art. 328 OR sind Arbeitgebende verpflichtet, ihre Mitarbeitenden auch vor Gesundheitsgefahren zu schützen, welche nicht von der Arbeitsumgebung oder Unternehmensführung, sondern von **anderen Mitarbeitenden**, Vorgesetzten oder Dritten ausgehen.<sup>40</sup> Prozessthema ist bei dieser dritten Kategorie von Arbeitsbelastungen das Verhalten einer oder mehrerer Personen.<sup>41</sup> Die Beweisführung ist hier besonders schwierig, denn es gilt, äussere Verhaltensweisen von Mitarbeitenden oder Vorgesetzten (u.U. über eine längere Zeitdauer) und bisweilen auch deren innere Beweggründe zu beweisen.

In diese dritte Kategorie gehören auch sexuelle Belästigung, Mobbing und Diskriminierungen. Mit diesen Verhaltensweisen wird die **Persönlichkeit** verletzt. Das fehlbare Verhalten kann aber darüber hinaus Massnahmen zum Schutz der **Gesundheit** erfordern.<sup>42</sup>

Das Bundesgericht definiert **Mobbing** als Verhalten von Arbeitnehmenden,<sup>43</sup> welches über einen längeren Zeitraum andauert und systematisch darauf gerichtet ist, dass eine

---

38 Eine solche ist für die Mitgliedstaaten der EU vorgeschrieben gemäss Art. 9 EU-Richtlinie 89/391/EWG vom 12.06.1989 (ABl. L 183/1989). Vgl. auch DIENSTBÜHL ISABEL, Hopp oder top?, Die Gefährdungsbeurteilung psychischer Belastungen, in: Gute Arbeit – Zeitschrift für Gesundheitsschutz und Arbeitsgestaltung 12/2014, S. 22 ff.

39 Explizit wird eine systematische Risikoanalyse nur bei gewissen Betrieben zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten (Art. 11a VUV und EKAS-Richtlinie 6508) und zum Schutz von schwangeren und stillenden Arbeitnehmerinnen (Art. 62 f. ArGV 1) verlangt. Vgl. LAUTERBURG SPORI STEPHANIE/VANIS MARGOT, Psychosoziale Risiken systematisch erkennen und reduzieren, in: EKAS Mitteilungsblatt 79/2014, S. 5 ff.

40 BGE 126 III 345, E. 4; 125 III 70, E. 2.a; PORTMANN, BSK (Fn 8), Art. 328 OR N 7; REHBINDER/STÖCKLI (Fn 10), Art. 328 OR N 12; STAEHELIN (Fn 10), Art. 328 OR N 6.

41 Unter Umständen geht es aber auch um das Verhalten der klagenden Partei, z.B. bei einem wechselseitigen Eskalationsprozess (LUGNBÜHL JÜRGEN OSKAR, Schikanen am Arbeitsplatz – rechtliche, gesundheitliche und soziale Aspekte, in: ARV 2010, S. 71); ArbeitsGer ZH AN010609 vom 23.01.2002.

42 DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 31.

43 Das beschriebene Verhalten von Vorgesetzten wird «Bossing» genannt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH [Fn 8], Art. 328 OR N 14 und 17).

Person an ihrem Arbeitsplatz isoliert, ausgegrenzt oder gar entfernt wird. Damit wird *eine* Art von zwischenmenschlichen Konflikten<sup>44</sup> beschrieben, welche ein Einschreiten seitens der Arbeitgebenden gebietet. Mit der Begriffsdefinition versucht die Rechtsprechung, eine Abgrenzung vorzunehmen, ab welcher Schwere des Fehlverhaltens eine Arbeitgeberin verpflichtet ist, Schutzmassnahmen zugunsten des Opfers zu ergreifen.<sup>45</sup> Damit wird jedoch bisweilen der Blick verstellt für anders gelagerte zwischenmenschliche Probleme, welche ebenso einen Schutz vor Persönlichkeitsverletzungen oder Gesundheitsschädigungen gebieten,<sup>46</sup> z.B. weil eine zwar einmalige, aber besonders intensive Einwirkung erfolgte.<sup>47</sup> Eine Schutzpflicht wegen Persönlichkeitsverletzung wird z.B. auch verneint, weil typische Merkmale des Mobbings fehlen, wenn sich das Fehlverhalten nicht gegen einzelne, sondern gegen mehrere richtet.<sup>48</sup> Dass das klagende Opfer nicht allein, sondern zusammen mit anderen Mitarbeitenden einer Belastungssituation ausgesetzt war, machen Schutzmassnahmen ja nicht von vornherein obsolet. In diesen Urteilen wird erstaunlicherweise auch nicht thematisiert, ob Massnahmen zum Schutz der *Gesundheit* der klagenden Person zu treffen gewesen wären.<sup>49</sup>

Mit der Mobbing-Rechtsprechung wurde immerhin der Blick dafür geschärft, dass Belastungen am Arbeitsplatz nicht nur bei einer *einmaligen* Einwirkung rechtlich relevant sind, sondern aus einem Bündel von Faktoren bestehen können, welche im Einzelnen eine relativ geringe Intensität aufweisen, aber über einen längeren Zeitraum andauern. Dies kann aber auch bei ergonomischen Belastungen oder bei einzelnen Faktoren der Unternehmensführung (vorne 1. und 2.) der Fall sein. Die Rechtsprechung hat immerhin erkannt, dass bei solchen Beweisthemen den inhärenten **Beweisschwierigkeiten** Rechnung zu tragen ist.<sup>50</sup>

### III. Übermässigkeit der Arbeitsbelastung

Bei allen Belastungsfaktoren am Arbeitsplatz stellt sich die Frage, ob ihre **Intensität** derart ist, dass Schutzmassnahmen erforderlich sind. Denn nur vor *übermässigen* Belas-

---

44 NOVIER MERCEDES/CARREIRA CAMARDA SUSANA, Panorama de la jurisprudence récente du Tribunal de prud'hommes de l'Administration cantonale (TRIPAC), in: JdT 2015 III, S. 4; DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 36.

45 ULRICH (Fn 11), S. 224.

46 PORTMANN, BSK (Fn 8), Art. 328 OR N 21b; DERS., Stresshaftung (Fn 35), S. 4; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 8), Art. 328 OR N 17a; WYLER (Fn 35), S. 324.

47 PORTMANN, BSK (Fn 8), Art. 328 OR N 19c.

48 Z.B. BGer 4A\_714/2014, E. 2.3.1; 4A\_381/2014, E. 5.2.

49 Z.B. KGer Jura ADM 104/2012 vom 11.06.2014, E. 4.2.

50 BGE 130 III 699, E. 4.1 = Pra 94 (2005), Nr. 74; BGer 4A\_680/2012, E. 5.5; 8C\_446/2010, E. 4; HUGENTOBLE MARKUS, in: Fischer Willi/Luterbacher Thierry (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 328 OR N 15; PORTMANN, BSK (Fn 8), Art. 328 OR N 19b; ULRICH (Fn 11), S. 224 f.

tungen sind Arbeitnehmende zu schützen.<sup>51</sup> Die Beweislast für die Übermässigkeit der Arbeitsbelastung liegt bei der klagenden Partei.<sup>52</sup>

Das tolerierbare Mass von Arbeitsbelastungen wird mit Grenz- oder Richtwerten angegeben. Dies ist aber bisher nur bei physischen Einwirkungen erfolgt.<sup>53</sup> Bei Mobbing umschreibt die Rechtsprechung die **Belastungsgrenze** anhand verschiedener Tatumstände.<sup>54</sup> Für die übrigen Arbeitsbelastungen gibt es jedoch noch keine anerkannten Massstäbe, sodass Gerichte die Übermässigkeit im Einzelfall ermitteln müssen.<sup>55</sup>

#### IV. Massnahmen

Ist der Schutzbedarf erstellt, bleibt noch zu klären, welche Massnahmen überhaupt infrage kommen bzw. mit welchen Aktivitäten der Eintritt des Schadens hätte verhindert werden können. Bei vielen Belastungen ergibt sich die **Art der Schutzmassnahme** aus der Feststellung des Risikos.<sup>56</sup> Bei ergonomischen Belastungen (Kat. 1) wie zu tiefer Temperatur ist Heizen oder Wärmedämmung angesagt; zu schwere Lasten sind aufs tolerierbare Mass aufzuteilen, oder es sind Hebehilfen einzusetzen. Bei zwischenmenschlichen Spannungen (Kat. 3) wird es schwieriger. Es kommt auf die konkrete Problemlage an, und es gibt eine breite Palette von Massnahmen wie internes oder externes Konfliktmanagement, Versetzungen, Kündigungen.<sup>57</sup> Ebenso anspruchsvoll ist die Beweisführung bei unternehmerischen Entscheiden (Kat. 2), welche z.B. zum Schutz vor zu grossen Arbeitsmengen, unrealistischen Zielen<sup>58</sup> oder zu viel Zeitdruck hätten getroffen werden müssen. Hier besteht wohl die grösste Unsicherheit, welche Massnahmen im konkreten Unter-

---

51 PORTMANN, BSK (Fn 8), Art. 328 OR N 18; DERS., Stresshaftung (Fn 35), S. 7; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 8), Art. 328 OR N 15.

52 PORTMANN, Stresshaftung (Fn 35), S. 9.

53 Vgl. Wegleitung des SECO zu Art. 22 ArGV 3, S. 322–1.

54 Vorne C.II.3.

55 GÄCHTER THOMAS, Falsche Frage – falsche Antwort, Es geht nicht darum, welches System restriktiver sein soll!, in: HAVE 2013, S. 278; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (Fn 17), S. 434. Siehe z.B. auch BAKER ARNOLD B./DEMEROUTI EVANGELIA/SANZ-VERGEL ANA ISABEL, Burnout and Work Engagement: The JD-R Approach, in: Annual Review of Organizational Psychology and Organizational Behavior 2014, S. 389 ff.

56 DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 25 f.

57 BGer 1C\_245/2008; DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 21 f.; LUGINBÜHL (Fn 41), S. 75 f.; PORTMANN, BSK (Fn 8), Art. 328 OR N 8; REHBINDER/STÖCKLI (Fn 10), Art. 328 OR N 12; WYLER (Fn 35), S. 302.

58 HIRSIGER RENÉ, Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis, Gleichzeitig ein Beitrag zu erfolgs- und leistungsabhängigen Vergütungssystemen und Bonuszahlungen im schweizerischen Arbeitsrecht, Diss. St. Gallen, Bern 2011, Rz 223 und 319; CHEVALIER ANJA/KALUZA GERT, Psychosozialer Stress am Arbeitsplatz: Indirekte Unternehmenssteuerung, selbstgefährdendes Verhalten und die Folgen für die Gesundheit, in: gesundheitsmonitor Newsletter 1/2015, S. 1 ff.

nehmen angezeigt und wirksam sind.<sup>59</sup> Bei dieser Kategorie ist auch im grössten Ausmass die Mitwirkung der Beklagten bei der Sachverhaltsfeststellung nötig.<sup>60</sup>

Bezüglich dem **Umfang** der zu treffenden Massnahmen gibt der Gesetzestext von Art. 328 OR immerhin Leitplanken vor: Arbeitgebende sind nur haftbar, wenn sie Massnahmen unterlassen haben, «die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind», und soweit sie ihnen «mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung billigerweise zugemutet» werden können.<sup>61</sup> Auch um diese Wertungsentscheide und die Abwägung der Interessen<sup>62</sup> vorzunehmen, sind die Parteien und Gerichte auf Sachkenntnisse angewiesen.

## V. Zwischenergebnis

Die drei Kategorien von Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz unterscheiden sich in Bezug auf die rechtliche Durchsetzbarkeit der Haftung: Bei Kategorie 1 (ergonomische Belastungen) kann der Beweis der **Arbeitsbelastung** von den klagenden Arbeitnehmenden<sup>63</sup> meist durch objektive Tatsachen erbracht werden, d.h., es können Messergebnisse oder sichtbare Umstände direkt bewiesen werden.<sup>64</sup> Bei den anderen beiden Kategorien geht das Risiko von menschlichem Verhalten aus, welches einem direkten Beweis viel schwerer zugänglich ist. Weder das Verhalten der Unternehmensführung (Kat. 2) noch der Mitarbeitenden (Kat. 3) wird in Unternehmen lückenlos dokumentiert, und selbst dann ist die menschliche Wahrnehmung lückenhaft und selektiv. Stellte man an die Beweisführung und das Beweismass in allen drei Kategorien dieselben Anforderungen, würde dies dazu führen, dass Arbeitnehmende nur vor objektiv beweisbaren Gefahren geschützt sind. Damit würde aber das Ziel von Art. 328 OR verfehlt. Somit muss die Rechtsprechung die Beweisanforderungen so weit reduzieren, dass es nicht von vornherein ausgeschlossen ist, dass der Beweis überhaupt erbracht werden kann.<sup>65</sup>

Die Grenzziehung zwischen einer zu tolerierenden Arbeitsbelastung und einer **übermässigen Einwirkung** gelingt am besten bei den messbaren Faktoren, denn hier lassen sich

---

59 PORTMANN, Stresshaftung (Fn 35), S. 8 f.; SUBILIA OLIVIER/SCHWEIZER STÉPHANIE, 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, in: ARV 2012, S. 323 ff. Vgl. dazu BRÄUNING DIETMAR/KOHSTALL THOMAS, Wirtschaftlichkeit und Wirksamkeit des betrieblichen Arbeitsschutzes – Zusammenstellung der wissenschaftlichen Evidenz 2006 bis 2012, in: AOK-Bundesverband et al. (Hrsg.), *Wirksamkeit und Nutzen betrieblicher Prävention*, iga.Report 28, Berlin 2015, S. 111 ff.

60 Art. 160 ff. ZPO.

61 Zu allen Kriterien ausführlich STEIGER-SACKMANN (Fn 16), Rz 456 ff.

62 BGE 139 II 7, E. 6; PORTMANN, BSK (Fn 8), Art. 328 OR N 2; STAEHELIN (Fn 10), Art. 328 OR N 20; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 8), Art. 328 OR N 7 a.E.

63 DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 38.

64 DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 25 und 27.

65 BGE 133 III 153, E. 3.3.

am ehesten Grenzwerte festlegen. Bei den anderen Belastungsfaktoren muss die Rechtsprechung im Einzelfall diesen Wertungsentscheid treffen durch Beizug von arbeitswissenschaftlichen und medizinischen Erkenntnissen (Art. 247 ZPO).<sup>66</sup>

Bei ergonomischen Belastungen (Kat. 1) ist es einfacher zu entscheiden, welche **Massnahmen** geeignet und wirksam sind bzw. gewesen wären, weil technische Normen oder ein hoher Konsens in der Arbeitswissenschaft besteht.<sup>67</sup> Auch bei zwischenmenschlichen Spannungen (Kat. 3) können der Rechtsprechung Hinweise entnommen werden.<sup>68</sup> Hingegen geben Urteile noch kaum Auskunft, welche unternehmerischen Massnahmen aus rechtlichen Gründen zum Schutz vor Erkrankungen infolge Belastung aufgrund der Arbeitsorganisation (Kat. 2) getroffen werden müssen.<sup>69</sup> Bei dieser Kategorie ist zudem speziell, dass sowohl die Quelle der *Belastungen* als auch der Handlungsraum für *Schutzmassnahmen* in der Arbeitsorganisation liegen, sodass sich für Unternehmen diese Risiken eigentlich relativ gut steuern liessen.<sup>70</sup> Die Gerichte dürften hier jedoch zurückhaltend sein, um die von der Verfassung garantierte unternehmerische Freiheit nicht zu tangieren.<sup>71</sup>

Wie die Ausführungen zeigen, bestehen bei der Feststellung einer Fürsorgepflichtverletzung als Haftungsvoraussetzung erhebliche Prozessrisiken. Der Beweis von **Tatfragen** (Arbeitsbelastung, natürlicher Kausalzusammenhang, Eignung und Erforderlichkeit von Massnahmen)<sup>72</sup> ist insbesondere bei den nicht messbaren Arbeitsbelastungen nur schwer zu erbringen.<sup>73</sup> Wie **Rechtsfragen** (Übermässigkeit der Belastung, Zumutbarkeit von Schutzmassnahmen) vom Gericht beantwortet werden, ist aufgrund der bisherigen Rechtsprechung nur schwer abzuschätzen.<sup>74</sup>

---

66 BGer 4C.343/2003, E. 5.2.2; DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 39.

67 LUGINBÜHL (Fn 41), S. 68; VON TROTHA JAN, Stress am Arbeitsplatz – Haftung des Arbeitgebers auf Schadenersatz für hieraus resultierende Gesundheitsschäden?, Ein Beitrag zur Entwicklung eines Haftungsmodells unter besonderer Berücksichtigung der britischen Rechtsprechung zu dieser Frage, Diss. Bayreuth, Berlin 2009, S. 229.

68 REHBINDER/STÖCKLI (Fn 10), Art. 328 OR N 12; STAEHELIN (Fn 10), Art. 328 OR N 6. Allerdings besteht ein grosser Ermessensspielraum (BGer 1C\_354/2008, E. 2.4).

69 DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 28.

70 MÜLLER/LIPP/PLÜSS (Fn 17), S. 444.

71 VON TROTHA (Fn 67), S. 114. Vgl. aber zum Verhältnis von Arbeitsschutz und Wirtschaftsfreiheit STEIGER-SACKMANN (Fn 16), Rz 530 ff., und VISCHER (Fn 11), S. 51 f.

72 Das Bundesgericht räumt selber ein, dass eine Abgrenzung von Tat- und Rechtsfragen bei Fürsorgepflichtverletzungen schwierig ist (BGer 4A\_714/2014, E. 2.3.2).

73 BGer 4C.343/2003, E. 6.

74 DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 12 und 40.

## D. Exkulpation

Weil die Haftung von Arbeitgebenden eine *vertragliche* Haftung ist, wird ihr **Verschulden vermutet**. Es steht ihnen aber der Beweis offen, dass ihnen «keinerlei Verschulden zur Last falle» (Art. 97 OR).<sup>75</sup> Aufgrund von Art. 101 OR werden Arbeitgebenden auch die Handlungen ihrer Hilfspersonen (Vorgesetzten und Personalverantwortlichen)<sup>76</sup> angerechnet, was zu einer «Quasi-Kausalhaftung» führt.<sup>77</sup> Die Haftung wird selbst bei leichtem Verschulden der Arbeitgebenden praxisgemäss nicht reduziert.<sup>78</sup>

Offen ist noch, ob sich Arbeitgebende in Analogie zu den Beweisregeln zur sexuellen Belästigung<sup>79</sup> von der **Haftung befreien** können, wenn sie nachweisen, dass sie Präventionsmassnahmen getroffen haben.<sup>80</sup> Auch die Frage ist noch nicht entschieden, ob Arbeitgebende auch dann haften, wenn die Opfer nicht über Schädigungen informiert haben.<sup>81</sup> Die Arbeitnehmenden haben zwar eine Informationspflicht betreffend «Mängel, welche die Gesundheitsvorsorge beeinträchtigen» (Art. 10 Abs. 2 ArGV 3),<sup>82</sup> aber es ist andererseits Aufgabe der Arbeitgebenden, ihre Vorkehrungen regelmässig zu überprüfen (Art. 3 Abs. 1 ArGV 3).<sup>83</sup>

Hier ist freilich wieder nach den oben genannten Kategorien zu unterscheiden: Von Arbeitgebenden kann verlangt werden, dass sie die sicht- und messbaren Mängel (Kat. 1) selber feststellen und nicht auf Hinweise aus der Belegschaft warten. Bei Belastungen aufgrund der Arbeitsorganisation (Kat. 2) und erst recht bei zwischenmenschlichen Problemen (Kat. 3) muss eine Exkulpationsmöglichkeit bestehen, wenn sich die betroffenen Arbeitnehmenden nicht bemerkbar gemacht haben.<sup>84</sup> Allerdings ist je nach der konkreten Situation zu prüfen, ob die Vorgesetzten das Problem bei gebotener Aufmerksamkeit

---

75 Z.B. wegen schwerem Selbstverschulden der geschädigten Person. PORTMANN, BSK (Fn 8), Art. 328 OR N 20; REHBINDER/STÖCKLI (Fn 10), Art. 328 OR N 22; STAEHELIN (Fn 10), Art. 328 OR N 25; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 8), Art. 328 OR N 16; VON TROTHA (Fn 67), S. 223.

76 PORTMANN, BSK (Fn 8), Art. 328 OR N 53a; WYLER (Fn 35), S. 295 f.

77 DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 90 ff.; DERS., Devoirs (Fn 8), S. 112; PORTMANN WOLFGANG, Genugtuungsbegründende Persönlichkeitsverletzungen im Arbeitsverhältnis – Konkretisierung nach Tatbeständen, Zurechnungsgründen und Rechtsgrundlagen, in: recht 2010, S. 13; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 8), Art. 328 OR N 16.

78 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 8), Art. 328 OR N 16.

79 Art. 5 Abs. 3 GIG; BGE 126 III 395, E. 7.

80 LICCI (Fn 18), S. 1180; STAEHELIN (Fn 10), Art. 321a OR N 10 f.; zustimmend jedenfalls bei Mobbing WYLER (Fn 35), S. 327.

81 DUNAND, Devoirs (Fn 8), S. 117; PÄRLI KURT/HUG JULIA, Arbeitsrechtliche Fragen bei Präsentismus (Arbeit trotz Krankheit), in: ARV 2012, S. 11; PETERMANN FRANK TH., Rechte und Pflichten des Arbeitgebers gegenüber psychisch labilen oder kranken Arbeitnehmern, in: ARV 2005, S. 7 ff.

82 Zu den Meldepflichten aufgrund von Codes of Conduct LICCI (Fn 18), S. 1181.

83 PORTMANN, BSK (Fn 8), Art. 328 OR N 21c.

84 BGer 4A\_714/2014, E. 2.4.2; 4A\_381/2014, E. 6; ULRICH (Fn 11), S. 225.

nicht hätten erkennen können<sup>85</sup> und ob andererseits den Betroffenen eine Meldung zugemutet werden konnte.<sup>86</sup>

## E. Kausalzusammenhang

Wer erkrankt ist und mit einer Haftungsklage aufgrund von Art. 328 OR durchdringen will, hat zu beweisen, dass die **Ursache** des Schadens in der **Pflichtverletzung** liegt bzw. der Gesundheitsschaden nicht eingetreten wäre, wenn die Arbeitgeberin die verlangten Schutzmassnahmen ergriffen hätte.<sup>87</sup>

Der **Nachweis** des natürlichen Kausalzusammenhanges zwischen dem wirtschaftlichen Schaden infolge Erkrankungen und den Umständen am Arbeitsplatz ist schwierig.<sup>88</sup> Krankheiten können verschiedene Ursachen haben.<sup>89</sup> Die gesundheitliche Schädigung erfolgt bei Erkrankungen nicht mit einem einmaligen Ereignis wie beim Unfall, sondern meist durch mehrere Faktoren unterschiedlicher Intensität über eine gewisse Dauer. Die betroffenen Arbeitnehmenden haben im Verlauf dieses Vorganges möglicherweise die Stelle gewechselt. Sie haben neben dem Beruf auch ein privates Leben, das nicht immer frei von Belastungen ist.<sup>90</sup>

Diese Komplexität gereicht der beklagten Arbeitgeberin im Haftpflichtprozess zum Vorteil: Sie vermag die Behauptung der klagenden Partei relativ leicht in Zweifel zu ziehen,<sup>91</sup> es sei das Unterlassen der Schutzmassnahme gewesen, welches den Gesundheitsschaden mit dem dadurch resultierenden finanziellen Schaden verursacht habe.<sup>92</sup> Die Beweislast für diese Kausalzusammenhänge liegt bei der klagenden Partei (Art. 8 ZGB). Arbeitswissenschaftliche und medizinische Fakten können bei der Beweisführung unterstützen.<sup>93</sup>

---

85 PORTMANN, Stresshaftung (Fn 35), S. 10; PÄRLI/HUG (Fn 81), S. 9; bezüglich Risikomanagement MÜLLER/LIPP/PLÜSS (Fn 17), S. 434 ff.

86 VISCHER (Fn 11), S. 54.

87 MURER ERWIN, Zur Haftung des Arbeitgebers für den Stress seiner Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, in: Fuhrer Stephan (Hrsg.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 422; PORTMANN, Stresshaftung (Fn 35), S. 9; SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ, Stress et épuisement professionnel: l'employeur et le contrôle médical annuel, in: Kahil-Wolff Bettina/Greber Pierre-Yves/Çaçi Mirela (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc, Lausanne 2001, S. 300; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 8), Art. 328 OR N 16; VON TROTHA (Fn 67), S. 197 f.

88 DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 82; PORTMANN, BSK (Fn 8), Art. 328 OR N 21e.

89 MURER (Fn 87), S. 426; PORTMANN, Stresshaftung (Fn 35), S. 9; VON TROTHA (Fn 67), S. 219.

90 VON TROTHA (Fn 67), S. 199.

91 BGE 130 III 321, E. 3.4.

92 VON TROTHA (Fn 67), S. 222.

93 BGer 4A\_381/2014, E. 4.3; DUNAND JEAN-PHILIPPE, La «prédisposition constitutionnelle» de la victime d'un harcèlement psychologique (mobbing), Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral, 1<sup>re</sup> Cour civile, du 20 mars 2006, recours en réforme (4C.320/2005), consid. 2.5, in: ARV 2007, S. 18; PORTMANN, Stresshaftung (Fn 35), S. 9.

Freilich entziehen sich Krankheitsgeschehen in ihrer Ursächlichkeit immer noch weitgehend den menschlichen Erkenntnissen.<sup>94</sup> Zudem muss man sich davor hüten, signifikante Korrelationen als kausale Beziehungen zu beurteilen.<sup>95</sup> Es wirkt sich somit zum Nachteil der erkrankten Arbeitnehmenden aus, dass bezüglich Evidenz von Kausalzusammenhängen noch «grössere Forschungslücken» bestehen.<sup>96</sup> Wenn Gerichte aber auch hier der **Beweisnot** Rechnung tragen,<sup>97</sup> ist es nicht ausgeschlossen, dass Arbeitnehmende mit überwiegender Wahrscheinlichkeit<sup>98</sup> darlegen können,<sup>99</sup> dass keine anderen Ursachen für die Erkrankung vorliegen oder dass diese gegenüber der Arbeitsbelastung in den Hintergrund treten.<sup>100</sup>

Ein Fehlverhalten der geschädigten Person vermag den Kausalzusammenhang kaum je zu **unterbrechen**.<sup>101</sup> Sind Arbeitsbelastungen nur Teilursachen einer Erkrankung, besteht zwar ein Kausalzusammenhang, aber die Haftungssumme kann vom Gericht der Mitursache entsprechend reduziert werden.<sup>102</sup>

## F. Rechtsfolgen

### I. Schadenersatz

#### 1. Schaden

Die finanziellen Folgen der Erkrankung hat bei Vorliegen aller Haftungsvoraussetzungen die Arbeitgeberin zu tragen (Art. 97 OR).<sup>103</sup> Die Höhe solcher Schäden dürfte von Unternehmen unterschätzt werden, da Arbeitnehmende jeweils nur den **Direkttschaden** einfordern können.<sup>104</sup> Den grösseren Teil der Kosten der erkrankten Arbeitnehmenden tragen zunächst Versicherungen. Dass in der Folge Krankenpflege- und Invalidenversicherung aber **Regress** nehmen könnten oder die Krankentaggeldversicherung und Pensionskasse mit **Prämienerhöhungen** reagieren werden, wird kaum bedacht.<sup>105</sup>

Auch wenn Versicherer heute nur Schadenersatz bei Unfällen und nicht bei Krankheiten auf dem **Regressweg** einfordern, könnte sich dies in Zukunft ändern. Wenn die Finan-

---

94 GÄCHTER (Fn 55), S. 277.

95 LÄUBLI (Fn 2), S. 17; MURER (Fn 87), S. 423.

96 LÄUBLI (Fn 2), S. 17; LIECHTI/KARLAGANIS (Fn 33), S. 23 f.

97 VON TROTHA (Fn 67), S. 220.

98 BGE 132 III 715, E. 3.1 m.w.H.; PORTMANN, Stresshaftung (Fn 35), S. 9.

99 BGE 130 III 699, E. 4.1 = Pra 94 (2005), Nr. 74.

100 BGer 4A\_189/2015, E. 4.1; VON TROTHA (Fn 67), S. 214.

101 BGer 4A\_189/2015, E. 4.3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 8), Art. 328 OR N 16.

102 Siehe hinten F.I.2.

103 DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 79.

104 DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 103; MURER (Fn 87), S. 420.

105 MURER (Fn 87), S. 420; PETERMANN, Rechte und Pflichten (Fn 81), S. 6; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 8), Art. 328 OR N 16.

zierung infolge der Zunahme von Leistungen immer mehr an Grenzen stösst, könnte öffentlicher Druck auf die Krankenkassen und auf die IV zukommen, «schwarze Schafe» bei den Arbeitgebenden zu eruieren und diese (für z.B. Burnout-Fälle) «zur Kasse zu bitten». Die Arbeitgebenden geniessen gegenüber diesen Sozialversicherern für Krankheitsfälle kein Regressprivileg, wie dies bei Berufsunfällen gem. Art. 75 Abs. 2 ATSG gilt,<sup>106</sup> d.h., sie haften für die von den Sozialversicherungen erbrachten Kosten auch bei leichtem Verschulden.<sup>107</sup> Dies kann beispielsweise bei langjährigen Rentenleistungen zu hohen Regressforderungen führen.

Als **Schadenspositionen** kommen bei Krankheitsfällen insbesondere die Heilungskosten, Einkommensersatz,<sup>108</sup> Haushaltführungsschaden und Abgeltung für die Erschwerung des beruflichen Fortkommens oder anderer entgangener Gewinn in Betracht.<sup>109</sup> Die Beweislast liegt bei der klagenden Partei.<sup>110</sup> Beim Erwerbsausfall sind auch die Lohnentwicklung und der Rentenschaden zu berücksichtigen.<sup>111</sup> Das Bundesgericht hat unter diesem Titel eine Arbeitgeberin zur Bezahlung von 273 000 Franken zuzüglich Zins verurteilt.<sup>112</sup> Gerade bei jüngeren Geschädigten können die gerichtlich zugesprochenen Summen in die Millionenbeträge gehen. Das Bundesgericht hat zum Beispiel einer 38-jährigen (Unfall-)Geschädigten als Haushalts- und Erwerbsschaden etwa 1 Mio. Franken bei einer Haftungsquote von 80 % zugesprochen.<sup>113</sup> Für die Bemessung des «Karriereschadens» fehlen empirische Daten für verlässliche Schätzungen. Jedenfalls begeben sich Geschädigte mit diesen Forderungen auf einen «steinigen Weg».<sup>114</sup>

## 2. Bemessung des Schadenersatzes

Die Ermittlung des Haftungsumfanges ist bei Forderungen infolge Gesundheitsbeeinträchtigung ein «delikates Problem».<sup>115</sup> Haben nämlich andere Ursachen als die Belas-

---

106 Ausdrücklich bezüglich medizinischen Leistungen aus der Grundversicherung Art. 79 KVG; MOSIMANN HANS-JAKOB, in: Fischer Willi/Luterbacher Thierry (Hrsg.), *Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen*, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 75 ATSG N 8.

107 DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 102; STEIGER-SACKMANN (Fn 16), Rz 819; a.M. MURER (Fn 87), S. 421.

108 D.h. Einbussen, welche durch Lohnfortzahlung oder Versicherungsleistungen nicht gedeckt sind (CAPH GE, in: JAR 2006, S. 445); DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 42 und 81; HUGENTOB-  
LER (Fn 50), Art. 328 OR N 26; REHBINDER/STÖCKLI (Fn 10), Art. 328 OR N 12.

109 BGE 135 III 405, E. 3; BGer 4A\_25/2014, Sachverhalt A (OGer ZH LA130 029 vom 02.12.2013); BGer 2C.2/2000, E. 3.

110 DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 80.

111 BGer 4C.343/2003, E. 5.3; DUNAND, *Devoirs* (Fn 8), S. 112 f.

112 BGer 4C.343/2003, E. 5 und Sachverhalt B; DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 42.

113 BGE 131 III 12, E. 8.

114 BGer 8C\_1053/2009, E. 6; 4C.343/2003, E. 5.2.2; LUGINBÜHL (Fn 41), S. 70 m.w.H.

115 DUNAND, *Devoirs* (Fn 8), S. 117.

tungen am Arbeitsplatz zur Erkrankung beigetragen, kann das Gericht eine quantitative Aufteilung vornehmen.<sup>116</sup> Die Beweispflicht liegt dafür bei der Arbeitgeberin.<sup>117</sup>

Umstritten ist, ob und in welchem Umfang dies bei einer **konstitutionellen Prädisposition** zulässig bzw. gerechtfertigt ist.<sup>118</sup> Nicht unwidersprochen blieb, dass das Bundesgericht eine Haftungsreduktion vornahm bei einem Arbeitnehmer, welcher im Verlauf einer früheren Anstellung bereits Opfer einer Überbeanspruchung geworden war und an Depressionen litt.<sup>119</sup>

Eine Haftungsreduktion können Arbeitgebende freilich nicht geltend machen<sup>120</sup> mit Berufung auf die **Schadenminderungspflicht** von Arbeitnehmenden. Diesen kann nicht vorgeworfen werden, sie hätten von ihrem Recht auf Arbeitsverweigerung wegen unzumutbaren Arbeitsbedingungen nicht Gebrauch gemacht.<sup>121</sup> Schadensmindernd kann sich aber das Verhalten der Arbeitgeberin *nach* Kenntnis der Gesundheitsgefährdung auswirken.<sup>122</sup>

## II. Genugtuung

Soweit sich die Rechtsprechung überblicken lässt, werden in Haftpflichtprozessen aufgrund von Art. 328 OR häufig Genugtuungssummen gefordert, z.T. ausschliesslich oder zusammen mit Schadenersatzforderungen. Genugtuung können erkrankte Arbeitnehmende als Ausgleich der immateriellen Unbill aufgrund von Art. 47 OR (bei

---

116 BGer 4A\_189/2015, E. 4 (Reduktion um einen Drittel bei einem Arbeitsunfall durch Mitverschulden); DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 94; HUGENTOBLE (Fn 50), Art. 328 OR N 26; MURER (Fn 87), S. 423 f.; PORTMANN, BSK (Fn 8), Art. 328 OR N 21e; VON TROTHA (Fn 67), S. 215.

117 BGer 4A\_189/2015, E. 5; DUNAND, Prédiposition (Fn 93), S. 18; REHBINDER/STÖCKLI (Fn 10), Art. 328 OR N 23.

118 BGE 131 III 12, E. 4; DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 99 ff.; DERS., Prédiposition (Fn 93), S. 19; PETERMANN, Rechte und Pflichten (Fn 81), S. 9 f.; PORTMANN, BSK (Fn 8), Art. 328 OR N 53c; DERS., Genugtuung (Fn 77), S. 4; VON TROTHA (Fn 67), S. 184; differenzierend HÜRZELER MARC, Prävention im Gesundheitsrecht – Ein Überblick, in: Schaffhauser René/Kieser Ueli (Hrsg.), Neueste Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung – Vorarbeiten zum Präventionsgesetz, Referate der Tagung vom 3. September 2009 in Luzern, 1. St. Galler Tagung zum Gesundheitsrecht, St. Gallen 2010, S. 157; WYLER (Fn 35), S. 325; PÄRLI/HUG (Fn 81), S. 11 f. bezüglich Anspruch auf Lohnfortzahlung.

119 BGer 4C.320/2005, E. 2.5; NOVIER/CARREIRA CAMARDA (Fn 44), S. 5; dazu kritisch aber DUNAND, Prédiposition (Fn 93), S. 17 ff.

120 Die Beweislast liegt bei den Arbeitgebenden gem. BGer 4A\_189/2015, E. 5.

121 PORTMANN, BSK (Fn 8), Art. 328 OR N 18; DERS., Genugtuung (Fn 77), S. 4; VISCHER (Fn 11), S. 54; VON TROTHA (Fn 67), S. 215.

122 BGer 8C\_900/2013, E. 5.2.2; BVGer A-7441/2014, E. 4.2; DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 96; NOVIER/CARREIRA CAMARDA (Fn 44), S. 4; ULRICH (Fn 11), S. 226.

Körperverletzungen)<sup>123</sup> und/oder<sup>124</sup> Art. 49 OR (bei schweren Persönlichkeitsverletzungen) geltend machen.<sup>125</sup> Die Höhe der Genugtuung setzt das Gericht nach Ermessen fest.

Die zugesprochenen Genugtuungssummen wegen Verletzungen des Gesundheitsschutzes sind in der Schweiz relativ tief.<sup>126</sup> Sie hängen primär von der Schwere der erlittenen Unbill ab<sup>127</sup> und bewegen sich zwischen 5000 und 25 000 Franken,<sup>128</sup> allerdings mit einer zunehmenden Tendenz.<sup>129</sup>

### III. Weitere Sanktionen

#### 1. Pönalentschädigungen bei Kündigungen

Die Verletzung der Fürsorgepflicht wird häufig im Zusammenhang mit Kündigungen thematisiert. **Missbräuchlichkeit** einer Kündigung liegt insbesondere vor, wenn die Arbeitgeberin selber eine Ursache für das dem Mitarbeiter vorgeworfene Verhalten gesetzt hat<sup>130</sup> oder sie bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit des Klägers nichts unternommen hatte.<sup>131</sup> Eine Kündigung aufgrund eines Konfliktes am Arbeitsplatz, ausgelöst durch das eine unregelmäßige und unklare Kompetenzabgrenzung des Arbeitgebers, wurde vom Bundesgericht als missbräuchlich erachtet.<sup>132</sup> Auch eine **fristlose Kündigung** war nicht gerechtfertigt, weil durch das Verhalten seines Chefs wie Provokationen und Beleidigungen die Gesundheit des Arbeitnehmers geschädigt wurde, was sein Fehlverhalten (Zerbrechen von Geschirr in Panik) erklärte.<sup>133</sup>

Missbräuchliche Kündigungen und ungerechtfertigte fristlose Entlassungen werden mit einer Pönalentschädigung<sup>134</sup> im Umfang von maximal 6 Monatslöhnen sanktioniert (Art. 336a OR und Art. 337c OR), die zugesprochenen Summen erreichen dieses Maximum aber sehr selten. Auch wenn sich für Arbeitgebende die Pönalentschädigungen

---

123 PORTMANN, BSK (Fn 8), Art. 328 OR N 53b; DERS., Genugtuung (Fn 77), S. 4; VISCHER (Fn 11), S. 55.

124 PORTMANN, Genugtuung (Fn 77), S. 14 f.; REHBINDER/STÖCKLI (Fn 10), Art. 328 OR N 22.

125 HUGENTOBLER (Fn 50), Art. 328 OR N 28; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 8), Art. 328 OR N 16.

126 DUNAND, Devoirs (Fn 8), S. 115 f.; PORTMANN, Stresshaftung (Fn 35), S. 12.

127 BGE 130 III 699, E. 5.1 = Pra 94 (2005), Nr. 74; 125 III 70, E. 3.a; DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 42.

128 BGer 4C.343/2003, E. 5.3 f. (für eine minderjährige Arbeitnehmerin, welche über ein Jahr sklavennähnliche Arbeitsbedingungen zu erdulden hatte und in der Folge vollumfänglich arbeitsunfähig wurde).

129 Überblick bei DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 87; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 8), Art. 328 OR N 16 (Gesundheitsschäden), 17 (Mobbing) und 17a (Stress).

130 BGE 132 III 115, E. 5; BGer 4A\_102/2008; 4P.329/2005, E. 3.4.

131 BGer 4A\_2/2014, E. 3.2.

132 BGer 8C\_594/2010, E. 5.3.3.

133 BGer 4A\_60/2014, E. 3.3 ff.

134 BGE 133 III 657, E. 3.4; 123 III 391, E. 3.c.

recht gut kalkulieren lassen, besteht daneben dennoch ein *zusätzliches* Haftungsrisiko aufgrund von Art. 328 OR.<sup>135</sup>

## 2. Gewinnherausgabe

Die Herausgabe eines unrechtmässigen Gewinnes könnte für geschädigte Arbeitnehmende infrage kommen, wenn ihre Überbeanspruchung dem Unternehmen höhere Gewinne beschert hat. Ob dafür die derzeitigen gesetzlichen Grundlagen genügen, ist jedoch fraglich.<sup>136</sup>

## 3. Öffentlich-rechtliche Sanktionen

Neben den Sanktionen des ArG (Art. 52 ff. ArG), sollten Unternehmen bei der Risikoanalyse berücksichtigen, dass das Einhalten der Vorschriften über den Gesundheitsschutz Voraussetzung für die Erteilung öffentlicher Aufträge (Art. 6 BöB) und für europäische Unternehmen Voraussetzung für die Erbringung von Dienstleistungen in der Schweiz ist (Art. 9 Abs. 2 EntsG).<sup>137</sup>

## IV. Vergleich über Ansprüche

Obwohl Art. 328 OR relativ zwingend ist,<sup>138</sup> sind Vergleiche über die Höhe des konkreten Schadenersatzanspruchs gem. Art. 341 OR gültig, wenn kein genereller Haftungsverzicht abgegeben wurde. Solche einvernehmliche Lösungen dürften eine grosse praktische Bedeutung haben.<sup>139</sup>

## G. Schlussbetrachtung

Wer in Unternehmen **Risikomanagement** betreibt, wird die verschiedenen Risiken priorisieren.<sup>140</sup> Das Risikopotenzial eines einzelnen Risikos wird ermittelt, indem die *Eintrittswahrscheinlichkeit* mit dem *Schaden* multipliziert wird.<sup>141</sup> Die Zahlungen für Direktschäden zugunsten einer erkrankten Person können beträchtliche Beträge erreichen. Regressforderungen der Sozialversicherungen dürften i.d.R. noch höher ausfallen.

Die **Eintrittswahrscheinlichkeit** von erfolgreichen Klagen erkrankter Arbeitnehmender ist in Anbetracht der wenigen publizierten Rechtsfälle hingegen als eher gering einzustu-

---

135 BGer 4C.343/2003, E. 8.1.

136 Dazu ausführlicher STEIGER-SACKMANN (Fn 16), Rz 795 ff.

137 BGE 140 II 447, E. 4 = Pra 104 (2015), Nr. 43.

138 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 8), Art. 328 OR N 16.

139 BGer 4A\_25/2014, E. 6.1.

140 MÜLLER/LIPP/PLÜSS (Fn 17), S. 438 f.

141 MÜLLER/LIPP/PLÜSS (Fn 17), S. 439.

fen.<sup>142</sup> Der im Verhältnis zum Ausland schwache Kündigungsschutz dürfte viele Arbeitnehmende davon abhalten. Zudem bestehen für Geschädigte hohe prozessuale Hürden, wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben. Schon länger wird aber eine Verstärkung der Rechte der Betroffenen diskutiert.<sup>143</sup>

Es fragt sich auch, wie lange «krankmachende» Arbeitsbedingungen von der Öffentlichkeit noch als **Kollateralschäden** des heutigen Wirtschaftens hingenommen werden angesichts der vielen gesundheitlich beeinträchtigten Beschäftigten in der Schweiz.<sup>144</sup> Immerhin hat sich der Schutzbereich von Art. 328 OR in den letzten zwei Jahrzehnten ausgeweitet,<sup>145</sup> und insbesondere Arbeitsbelastungen, welche zu Erkrankungen geführt haben, sind zunehmend vor Gericht getragen worden. Dies ist einerseits mit der Verlagerung der Arbeitsplätze in den Dienstleistungssektor zu erklären, aber auch mit einem Verlust von menschlicher Wärme im Arbeitsumfeld.

Falls Sozialversicherer auch bei *Krankheitsfällen* von ihrem **Regressrecht** Gebrauch machen,<sup>146</sup> könnte sich das Haftungsrisiko für Unternehmen merklich erhöhen. Denn ihnen könnte dann ein Versicherer gegenüber stehen, der für *mehrere* erkrankte Arbeitnehmende regressiert (Art. 90 ZPO). Wenn sich deren Arbeitsbelastungen und Leidensgeschichten gleichen, dürfte der heikle Beweis der Übermässigkeit von Arbeitsbelastungen und des Kausalzusammenhanges eher gelingen. Möglicherweise machen in Zukunft auch Verbände vermehrt von ihrem Verbandsklagerecht Gebrauch (Art. 89 Abs. 2 ZPO) und ebnen mit Feststellungsurteilen den Weg zu individuellen Schadenersatzklagen.<sup>147</sup> Nicht zu unterschätzen sind zudem allfällige Reputationschäden.<sup>148</sup>

Ob der Schadensausgleich letztlich der Prävention dient, ist in der Rechtswissenschaft noch nicht geklärt.<sup>149</sup> Dennoch wäre zu wünschen, dass der Gesundheitsschutz der Mitarbeitenden in den Unternehmen stärkeres Gewicht bekommt, damit Arbeit nicht krank macht und es gar nicht zu Haftpflichtprozessen kommen muss.

---

142 LUGINBÜHL (Fn 41), S. 70.

143 BBI 1982 II 636 ff.; LIECHTI/KARLAGANIS (Fn 33), S. 25 f.; LUGINBÜHL (Fn 41), S. 71; VISCHER (Fn 11), S. 57 ff.

144 Siehe oben A.; vgl. auch PETERMANN FRANK, Die wirtschaftliche Dimension des Burnout-Syndroms – Ist die Vogel-Strauss-Politik angesichts des wachsenden Schadens die richtige Antwort?, in: NZZ vom 03.06.2006, S. 75.

145 PORTMANN, Stresshaftung (Fn 35), S. 4; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 8), Art. 328 OR N 7.

146 Viele arbeitsrechtliche Streitigkeiten werden erst aufgrund der Reaktionen der Arbeitslosenversicherung (Art. 29 und 30 AVIG) vor Gericht getragen und haben eine umfangreiche Rechtsprechung z.B. zur Missbräuchlichkeit von Kündigungen ermöglicht.

147 Z.B. BGE 114 II 345; DUNAND, SHK (Fn 9), Art. 328 OR N 67; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 8), Art. 328 OR N 19.

148 VISCHER (Fn 11), S. 60 f.

149 HÜRZELER (Fn 118), S. 154 f.

