

Roger Andres

Geboren in Bern, aufgewachsen in Bremgarten b. Bern. Ab 2005 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Freiburg (Schweiz) und an Københavns Universitet (Kopenhagen, Dänemark). 2010 Master of Law. 2010 bis 2012 Gerichts- und Anwaltspraktikum im Kanton Bern. Erwerb des Anwaltspatents im Oktober 2012. Seither wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Zivil- und Handelsrecht sowie am Institut für Schweizerisches und Internationales Bau-recht der Universität Freiburg.

Zivilgerichte, Verwaltungs- und Strafbehörden sind regelmässig mit der Frage befasst, welche Schutzmassnahmen bei der Arbeit geboten sind. Diese Frage stellt sich sowohl im Rahmen der Verhütung von Arbeitsunfällen als auch bei deren rechtlichen Abwicklung. Auf der Suche nach einer Antwort stösst man auf ein heterogenes, nur schwer durchschaubares Normenkonglomerat.

Diese Freiburger Dissertation systematisiert und analysiert die «Normen der Arbeitssicherheit» am Beispiel des Bauens, wobei sie den Bauunternehmer als Arbeitgeber in den Mittelpunkt rückt. Der Autor unterscheidet zwei Hauptgruppen von Normen:

Den Kern der Verhaltensnormen bilden drei Gesetzesbestimmungen, die dem Arbeitgeber die Pflicht auferlegen, zugunsten seines Arbeitnehmers Schutzmassnahmen zu treffen (Art. 328 Abs. 2 OR, Art. 82 Abs. 1 UVG und Art. 6 Abs. 1 ArG). Für die notwendige Konkretisierung dieser gesetzlichen Arbeitgeberpflicht stellt die Praxis zum einen auf Rechtsnormen, zum anderen auf nachgelagerte Normen ab. Dieses Vorgehen hinterfragt der Autor kritisch.

Die Sanktionsnormen befassen sich mit den Konsequenzen, die den Arbeitgeber bei Verstössen gegen Verhaltensnormen in sämtlichen Rechtsgebieten treffen. So wird ein fehlbarer Arbeitgeber möglicherweise zivilrechtlich haftpflichtig, die SUVA verfügt verwaltungsrechtlich etwa eine Prämienhöhung und der Arbeitgeber wird allenfalls strafrechtlich verurteilt. Weiter deckt der Autor im geltenden Recht ein Koordinationsproblem bei Strafanzeigen durch die SUVA auf.

ISBN 978-3-7255-7599-2



www.schulthess.com

AISUF
363

ANDRES

Die Normen der Arbeitssicherheit

ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR
DER UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

Herausgegeben von
PETER GAUCH

ROGER ANDRES

Die Normen der Arbeitssicherheit

System und Kritik am Beispiel des Bauens

UNI
FR
UNIVERSITÉ DE FRIBOURG
UNIVERSITÄT FREIBURG



ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR
DER UNIVERSITÄT FREIBURG

*Begründet von Max Gutzwiller – Fortgesetzt von Felix Wubbe
Herausgegeben von Peter Gauch*

FREIBURGER DISSERTATION
bei Professor Dr. Hubert Stöckli

ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR
DER UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

Herausgegeben von Peter Gauch

363

ROGER ANDRES

Die Normen der Arbeitssicherheit

System und Kritik am Beispiel des Bauens

Schulthess § 2016

Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte, vorgelegt der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg in der Schweiz.

Genehmigt von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg am 29. August 2016 auf Antrag von Herrn Professor Dr. Hubert Stöckli (erster Referent) und Herrn Professor Dr. Christof Riedo (zweiter Referent). Rechtsprechung, Gesetz- und Normgebung sowie Literatur berücksichtigt bis Ende Mai 2016.

Mit der Annahme einer Dissertation beabsichtigt die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg nicht, zu den darin enthaltenen wissenschaftlichen Meinungen des Verfassers Stellung zu nehmen (Fakultätsratsbeschluss vom 1. Juli 1916).

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2016
ISBN 978-3-7255-7599-2

www.schulthess.com

Dank

Viele Menschen waren mir während der Entstehung der vorliegenden Doktorarbeit eine Stütze. Ihnen allen gebührt grosser Dank: fürs interessierte Nachfragen genauso wie fürs Nichtnachfragen, vor allem aber für die gelegentliche Ablenkung.

Meinem Doktorvater und Erstgutachter, Professor Hubert Stöckli, danke ich herzlich für seine stets inspirierende Art und seine Geduld, mit der er meine Arbeit betreut hat, sowie für die überaus lehrreiche Zeit am Lehrstuhl für Zivil- und Handelsrecht der Universität Freiburg.

Professor Christof Riedo hat rasch das Zweitgutachten übernommen und mir wertvolle Hinweise gegeben, wofür ich ihm sehr dankbar bin.

Professor emeritus Peter Gauch danke ich für die Aufnahme meiner Arbeit in die AISUF-Reihe.

Mit Professorin Alexandra Jungo, den Professoren Martin Beyeler und Bernhard Waldmann sowie mit Heinz Müller, Carlo Peer und Dr. Thomas Schweizer konnte ich anregende Gespräche zu einzelnen Themen führen. Vielen Dank dafür.

Dank gebührt weiter meinen Arbeitskollegen, mit denen ich mich am Lehrstuhl für Zivil- und Handelsrecht sowie am Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht der Universität Freiburg austauschen durfte. Es waren dies: Lisa Aeschmann, Franziska Felber, Angela Messerli, Philip Moebius, Patrick Schurtenberger, Dr. Nadja Schwery und Marlen Stöckli. Ihnen allen vielen Dank für das Interesse, das sie meiner Arbeit entgegengebracht haben.

Shirin Grünig, Stefan Maeder, Andrin Studer, Beat Wicki und meine Frau Corinne haben grössere Teile der Arbeit gelesen und zahlreiche Verbesserungen angeregt. Ihnen danke ich für die aufrichtige Kritik.

Gewidmet ist die Doktorarbeit meinen Eltern Anita und Fritz.

Inhaltsübersicht

<i>Inhaltsverzeichnis</i>	<i>IX</i>
<i>Literaturverzeichnis</i>	<i>XIX</i>
<i>Verzeichnis der EKAS- und SUVA-Normen</i>	<i>LIII</i>
<i>Materialienverzeichnis</i>	<i>LV</i>
<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	<i>LIX</i>

Einleitung	1
I. Das Untersuchungsinteresse	1
II. Der Gegenstand der Untersuchung: Die «Normen der Arbeitssicherheit»	6
III. Der Gang der Untersuchung	24

Erster Teil: Grundlagen der Arbeitssicherheit beim Bauen	25
I. Begriffe	25
II. Die Akteure im Bereich der Arbeitssicherheit	32
III. Rechtliche Einbettung des Themas	65

Zweiter Teil: Die Verhaltensnormen	91
I. Die drei Kernnormen der Arbeitssicherheit	93
II. Die Konkretisierung der Kernnormen	152
III. Zwei Regulierungsansätze zur Ausgestaltung von Verhaltensnormen	187

Dritter Teil: Die Sanktionsnormen	197
I. Zivilrechtliche Sanktionierung	199
II. Verwaltungsrechtliche Sanktionierung	262
III. Strafrechtliche Sanktionierung	312
Vierter Teil: Ein Koordinationsproblem bei Strafanzeigen durch den SUVA-Inspektor	351
I. Die Strafanzeige durch den SUVA-Inspektor	352
II. Die Strafbarkeit wegen Verletzung der Schweigepflicht	360
III. Postulat für eine Gesetzesrevision	389
Schluss: Die wesentlichen Erkenntnisse	395
<i>Verzeichnis der zitierten Rechtsnormen</i>	403
<i>Sachverzeichnis</i>	417

Inhaltsverzeichnis

<i>Inhaltsübersicht</i>	<i>VII</i>
<i>Literaturverzeichnis</i>	<i>XIX</i>
<i>Verzeichnis der EKAS- und SUVA-Normen</i>	<i>LIII</i>
<i>Materialienverzeichnis</i>	<i>LV</i>
<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	<i>LIX</i>

Einleitung	1
I. Das Untersuchungsinteresse	1
II. Der Gegenstand der Untersuchung: Die «Normen der Arbeitssicherheit»	6
A. Die gängige Terminologie und die mit ihr verbundenen Missverständnisse	6
B. Vier Beispielfälle	9
1. Beispielfall 1	9
2. Beispielfall 2	10
3. Beispielfall 3	10
4. Beispielfall 4	11
C. Die Fokussierung auf das Bauen	11
1. Bauarbeiten als risikoreiche Arbeiten	11
2. Auswirkungen dieser Fokussierung auf die Untersuchung	14
D. Thematische Eingrenzungen	17
1. Eingrenzungen genereller Natur	18
2. Eingrenzungen innerhalb des Bauens	21
III. Der Gang der Untersuchung	24

Erster Teil: Grundlagen der Arbeitssicherheit beim Bauen	25
I. Begriffe	25
A. Normen der Arbeitssicherheit	25
1. Normen der «Arbeitssicherheit»	26
2. «Normen» der Arbeitssicherheit	27
3. Verhaltens- und Sanktionsnormen	30
B. Schutzpflicht des Arbeitgebers	31
C. Bauarbeiten	31
II. Die Akteure im Bereich der Arbeitssicherheit	32
A. Die am Arbeitsverhältnis Beteiligten	32
1. Der Arbeitgeber als für die Arbeitssicherheit Hauptverantwortlicher	32
2. Der zur Mitwirkung berechtigte und verpflichtete Arbeitnehmer	35
B. Institutionelle Akteure	38
1. Die Akteure auf Bundesebene	39
a) Die eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit (EKAS)	39
b) Die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA)	44
aa) Grundlegendes zur SUVA	44
bb) Die SUVA als soziale Unfallversicherung	46
cc) Die SUVA als Durchführungsorgan der Arbeitssicherheit	46
c) Die Sozialversicherungen	52
aa) Übersicht über die Leistungen aus den verschiedenen Zweigen der Sozialversicherung	52
bb) Subrogation, Regress und Direktschaden	53
d) Die eidgenössische Arbeitsinspektion	55
2. Die kantonalen Arbeitsinspektorate	55
3. Die Fachorganisationen	56

a)	Fachinspektorate	59
b)	Beratungsstellen	60
C.	Weitere bedeutsame Akteure	61
1.	Betriebshaftpflichtversicherungen	61
2.	Gewerkschaften	64
3.	Produktehersteller	65
III.	Rechtliche Einbettung des Themas	65
A.	Die internationalen Einflüsse	66
1.	Überblick: Die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz	66
2.	Die völkerrechtlichen Verpflichtungen nach den IAO-Übereinkommen im Besonderen	68
3.	Der Einfluss des EU-Rechts und weitere internationale Bezugspunkte	72
B.	Innerstaatliche Rechtsquellen	75
1.	Die verfassungsrechtliche Verankerung der drei Kernnormen der Arbeitssicherheit	76
2.	Die Regelung in Bundesgesetzen	77
a)	Zivilrecht	77
b)	Dualismus im öffentlichen Recht	78
aa)	Der sechste Titel des Unfallversicherungsgesetzes	79
bb)	Arbeitsgesetz	80
c)	Strafrecht	81
3.	Verordnungen des Bundesrats	81
4.	Die verschiedenen Instrumente der EKAS	84
a)	Die Wegleitung durch die Arbeitssicherheit	84
b)	Die EKAS-Richtlinien im Allgemeinen	85
c)	Die ASA-Richtlinie im Besonderen	86
d)	Der Leitfaden für das Durchführungsverfahren in der Arbeitssicherheit	88
5.	Weitere «nachgelagerte» Normen	90

Zweiter Teil: Die Verhaltensnormen	91
I. Die drei Kernnormen der Arbeitssicherheit	93
A. Die Kernnormen im Wortlaut	94
B. Ein historischer Rückblick	98
1. Zivilrechtliche Kernnorm (Art. 328 Abs. 2 OR)	99
2. Öffentlich-rechtliche Kernnormen (Art. 82 Abs. 1 UVG und Art. 6 Abs. 1 ArG)	103
C. Die gesetzlichen Messlatten: Erfahrung, Stand der Technik, Angemessenheit	112
1. Die Vorzüge und Nachteile der Unbestimmtheit der Kernnormen der Arbeitssicherheit	116
a) Vorzüge	116
b) Nachteile	119
2. Die drei Messlatten im Einzelnen	121
a) «nach der Erfahrung notwendig»	123
b) «nach dem Stand der Technik anwendbar»	129
aa) Annäherung an den Begriff	130
bb) Rechtliche Bedeutung technischer Normen	132
cc) Abgrenzung zu weiteren Formulierungen mit Bezug auf die Technik	136
c) Angemessenheit	139
aa) Angemessenheit als Synonym für die Verhältnismässigkeit	140
bb) Bedeutung des Kriteriums der «wirtschaftlichen Tragbarkeit»	141
cc) Nutzbarmachung der «wirtschaftlichen Tragbarkeit» für die Kernnormen der Arbeitssicherheit?	143
3. «mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung billigerweise zumutbar»	149
D. Zwischenfazit	151

II. Die Konkretisierung der Kernnormen	152
A. Die Ausgangslage	152
1. Die Konkretisierung in der Rechtsanwendung	152
2. Kein kohärentes Regulierungskonzept	154
B. Die drei konkretisierenden Normengruppen	156
1. Konkretisierung durch Rechtsnormen	156
a) Gesetzesvorschriften	156
b) Verordnungsvorschriften	157
2. Konkretisierung durch Richtlinien der EKAS	161
3. Konkretisierung durch «nachgelagerte» Normen	163
C. Die «Scharniere» zwischen den Normengruppen	166
1. Erstes Scharnier: Gesetz und Verordnung	166
a) Die Delegationsnormen	166
b) Die Rechtswirkungen der Einhaltung einer Verordnungsvorschrift	167
2. Zweites Scharnier: Verwaltungsrecht und EKAS-Richtlinie	171
a) Der Regulierungsansatz: «New Approach»	173
b) Die Bedeutung der Vermutungen nach der VUV	176
3. Drittes Scharnier: Verwaltungsrecht und Bedienungsanleitung	180
4. Viertes Scharnier: EKAS-Richtlinie und SUVA-Merkblatt	182
D. Keine Konkretisierung anhand des Gefahrensatzes	182
E. Zwischenfazit	186
III. Zwei Regulierungsansätze zur Ausgestaltung von Verhaltensnormen	187
A. Der Enumerationsansatz	189
B. Der risikobasierte Regulierungsansatz	190
C. Charakterisierung der Verhaltensnormen im Schweizer Recht der Arbeitssicherheit	192

Dritter Teil: Die Sanktionsnormen	197
I. Zivilrechtliche Sanktionierung	199
A. Relevanz der Verhaltensnormen für die zivilrechtliche Sanktionierung	210
B. Exekutorische Mittel des Arbeitnehmers	214
1. Das Arbeitsverweigerungsrecht	214
a) Begriff	215
b) Dogmatische Begründung des Arbeitsverweigerungsrechts	216
c) Konsequenzen unrechtmässig verweigerter Arbeit	223
2. Die Erfüllungsklage	225
a) Erfüllungsklage gestützt auf Art. 328 Abs. 2 OR	226
b) Erfüllungsklage gestützt auf Art. 342 Abs. 2 OR	228
3. Die negatorischen Klagen nach Art. 28a ZGB	239
4. Whistleblowing durch den Arbeitnehmer	241
a) Das Phänomen «Whistleblowing» im Allgemeinen	241
b) Whistleblowing wegen Missständen im Bereich der Arbeitssicherheit im Besonderen	244
c) Die Teilrevision des Arbeitsvertragsrechts	245
C. Kompensatorische Mittel des Arbeitnehmers	248
1. Die Haftung des Arbeitgebers für seine Hilfspersonen nach Art. 101 OR	251
a) Wortlaut von Art. 101 OR	252
b) Bedeutung der Hilfspersonenhaftung im Bereich der Arbeitssicherheit	252
c) Beschränkte Freizeichnungsmöglichkeit für den Arbeitgeber	255
2. Die Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung	255
a) Die Klage auf Schadenersatz	255
b) Die Klage auf Genugtuung	257
aa) Zum Begriff und Zweck der Genugtuung	258
bb) Die beiden Anspruchsgrundlagen	258

cc)	Verhältnis der Genugtuung zur Integritätsentschädigung	261
II.	Verwaltungsrechtliche Sanktionierung	262
A.	Relevanz der Verhaltensnormen für die verwaltungsrechtliche Sanktionierung	264
B.	Das Verwaltungsverfahren in der Arbeitssicherheit (Durchführungsverfahren)	266
1.	Einleitung des Durchführungsverfahrens	269
2.	Anwendbares Verfahrensrecht	270
a)	Durchführungsverfahren als sozialversicherungsrechtliches Verfahren	271
b)	Kaskade der anwendbaren Gesetze und Verordnungen	275
3.	Eskalation von der Bestätigung zur Verfügung	278
a)	Bestätigung als letzte Stufe der Beratung	278
b)	Die Sanktionen nach Verordnungsrecht: von der Ermahnung zur Verfügung	280
aa)	Ermahnung (Art. 62 VUV)	280
bb)	Verfügung (Art. 64 VUV)	282
4.	Prämienhöhung (Art. 92 Abs. 3 UVG)	286
C.	Das Einspracheverfahren vor der SUVA	289
D.	Das Beschwerdeverfahren	295
1.	Zum Anfechtungsobjekt	295
2.	Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht	297
3.	Beschwerde an das Bundesgericht	303
E.	Das Vollstreckungsverfahren	304
1.	Exekutorische Sanktionen	306
a)	Unmittelbarer Zwang	307
b)	Ersatzvornahme	309
2.	Repressive Sanktionen	309
a)	Strafanzeige	310
b)	Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB	310

III. Strafrechtliche Sanktionierung	312
A. Relevanz der Verhaltensnormen für die strafrechtliche Sanktionierung	321
B. Straftatbestände, die keinen Unfall voraussetzen (Gefährungsdelikte)	325
1. Kernstrafrecht	326
a) Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde (Art. 229 StGB)	326
b) Beseitigung oder Nichtanbringung von Sicherheitsvorrichtungen (Art. 230 StGB)	330
c) Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB)	331
d) Sonderfall: Ungehorsamsstrafe (Art. 292 StGB)	335
2. Nebenstrafrecht	335
a) Art. 112 UVG	336
aa) Rechtslage bis 31. Dezember 2016	336
bb) Rechtslage ab 1. Januar 2017	340
cc) Würdigung der Revision aus der Perspektive der Arbeitssicherheit	341
b) Art. 59 ArG	343
C. Straftatbestände, die einen Unfall voraussetzen (Verletzungsdelikte)	344
1. Fahrlässige Tötung (Art. 117 StGB)	345
2. Fahrlässige Körperverletzung (Art. 125 StGB)	345
D. Zur Einleitung des Strafverfahrens gegen den fehlbaren Arbeitgeber	346
Vierter Teil: Ein Koordinationsproblem bei Strafanzeigen durch den SUVA-Inspektor	351
I. Die Strafanzeige durch den SUVA-Inspektor	352
A. Drei Verhaltensoptionen	352
B. Die Vorgaben der EKAS betreffend Strafanzeigen und die Umsetzung durch die SUVA	356

1.	«Anzeigepraxis» der EKAS	356
2.	Umsetzung der EKAS-Vorgaben durch die SUVA	359
II.	Die Strafbarkeit wegen Verletzung der Schweigepflicht	360
A.	Das Amtsgeheimnis des SUVA-Inspektors	362
B.	Die Strafbarkeit wegen Amtsgeheimnisverletzung (Tatbestandsmässigkeit)	365
1.	Die Strafbarkeit nach Kernstrafrecht	366
2.	Die Strafbarkeit nach Nebenstrafrecht (Art. 112 UVG)	370
3.	Zwischenergebnis zur Tatbestandsmässigkeit	371
C.	Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des SUVA-Inspektors	372
1.	Zur dogmatischen Einteilung der Rechtfertigungsgründe	372
2.	Prüfung der einzelnen Rechtfertigungsgründe	375
a)	Strafgesetzliche Rechtfertigungsgründe	376
b)	Ausserstrafgesetzliche Rechtfertigungsgründe	378
c)	Gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtfertigungsgründe	383
3.	Zwischenergebnis zur Rechtfertigung	385
D.	Der Rechtsirrtum als möglicher Ausweg auf der Schuldebene	386
III.	Postulat für eine Gesetzesrevision	389
A.	Der Revisionsbedarf	389
B.	Ein Revisionsvorschlag	391
Schluss:	Die wesentlichen Erkenntnisse	395
	<i>Verzeichnis der zitierten Rechtsnormen</i>	403
	<i>Sachverzeichnis</i>	417

Literaturverzeichnis

Die nachfolgend aufgeführten Werke werden im Buch mit dem Namen des Autors bzw. der Autoren und mit einem kennzeichnenden Hinweis zitiert.

A

- ABEGG ANDREAS, Bearbeitung der Art. 319–362 OR, in: Gauch Peter/Aeppli Viktor/Stöckli Hubert (Hrsg.), Präjudizienbuch OR – Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875–2015), 9. Aufl., Zürich 2016 (zit. ABEGG, Präjudizienbuch OR).
- ABEGG ANDREAS, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts – Ein Beitrag zu Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit, Diss. Freiburg 2003, Zürich 2004 (zit. ABEGG, Zwingende Inhaltsnormen).
- AMAN RICHARD, Die Gefährdung durch Unbrauchbarmachung oder Nichtanbringen von Sicherheitsvorrichtungen (Art. 230 EStGB), Diss. Zürich 1944, Stans 1945 (zit. AMAN, Sicherheitsvorrichtungen).
- AMSTUTZ MARC, Normative Kompatibilitäten: Zum Begriff der Europakompatibilität und seiner Funktion im Schweizer Privatrecht, in: Epiney Astrid/Rivière Florence/Progin-Theuerkauf Sarah/Wyssling Markus (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/05, Bern 2005, S. 235–251 (zit. AMSTUTZ, Europakompatibilität).
- AUBERT GABRIEL, Kommentar zu Art. 319–362 OR, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), Commentaire romand, Code des Obligations I, Art. 1–529 CO, Basel 2012 (zit. CoRO CO I-AUBERT).
- AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Santé et sécurité au travail: étude de droit suisse et communautaire, Diss. Genf, Zürich 1995 (zit. AUBRY GIRARDIN, Santé et sécurité).

B

- BÄHLER WILLY, Die Arbeitgeberhaftpflicht gemäß Art. 339 des Schweizerischen Obligationenrechts – unter besonderer Berücksichtigung der Praxis des Bundesgerichts, Diss. Bern 1960, Olten 1961 (zit. BÄHLER, Arbeitgeberhaftpflicht).
- BENDEL FELIX, Die fahrlässige Tötung und Körperverletzung beim Bauen, in: ZStrR 1963, S. 25–64 (zit. BENDEL, Bauen).
- BENDEL FELIX, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei der Verletzung der Regeln der Baukunde (Art. 229 StGB), Diss. Genf, Winterthur 1960 (zit. BENDEL, Regeln der Baukunde).
- BERIGER JULIAN-IVAN/GLASER ANDREAS, Rechtsschutz gegen Realakte: Bundesgericht schafft Klarheit, in: SJZ 7/2015, S. 169–176 (zit. BERIGER/GLASER, Realakte).
- BEUSCH MICHAEL, Rechtsschutz durch das Bundesverwaltungsgericht, in: Jusletter 18. Dezember 2006 (zit. BEUSCH, Rechtsschutz).
- BIERI ROGER, Lagebericht zur entsenderechtlichen Ausfallhaftung, in: BR/DC 3/2014, S. 124–127 (zit. BIERI, Ausfallhaftung).
- BINDER ANJA MARTINA, Technisches Fachwissen am Bundesverwaltungsgericht, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 4/2015 (zit. BINDER, Technisches Fachwissen).
- BINDER ANJA MARTINA, Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts bei Prozessen mit fachtechnischen Fragen, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 3/2014 (zit. BINDER, Kognition).
- BOMMER FELIX, Privatklägerische Rechte im Strafpunkt – ein Überblick, in: recht 4/2015, S. 183–196 (zit. BOMMER, Strafpunkt).
- BOMMER FELIX, Vorbemerkungen zu Art. 19 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I – Art. 1–110 StGB und Jugendstrafgesetz, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB I-BOMMER).
- BRÄUNIG DIETMAR/KOHNSTALL THOMAS, Berechnung des internationalen «Return on Prevention» für Unternehmen: Kosten und Nutzen von Investitionen in den betrieblichen Arbeits- und Gesundheitsschutz, Abschlussbericht, 2. Fassung, herausgegeben von der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung e.V. (DGUV), Berlin 2013 (zit. BRÄUNIG/KOHNSTALL, Return on Prevention).

- BREHM ROLAND, Kommentar zu Art. 41–61 OR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 4. Aufl., Bern 2013 (zit. BK OR-BREHM).
- BRÜHWILER JÜRIG, Einzelarbeitsvertrag – Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. Aufl., Basel 2014 (zit. BRÜHWILER, Kommentar).
- BRUNNER ANDREAS, Möglichkeiten der Nutzbarmachung von technischen Normen in Rechtssätzen und Vollzugshilfen – Rechtsgutachten erstellt im Auftrag des Bundesamtes für Umwelt BAFU, Reinach 16. September 2008 (zit. BRUNNER, Gutachten).
- BRUNNER ANDREAS, Die technischen Baunormen, in: Seminar für Schweizerisches Baurecht (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 1993, Band II: Wahlveranstaltungen, Freiburg 1993, S. 20–42 (zit. BRUNNER, Baunormen).
- BRUNNER ANDREAS, Technische Normen in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Diss. Basel, Basel 1991 (zit. BRUNNER, Technische Normen).
- BRUNNER CHRISTIANE/BÜHLER JEAN-MICHEL/WAEBER JEAN BERNARD/BRUCHEZ CHRISTIAN, Commentaire du contrat de travail (selon le Code des obligations), 3. Aufl., Lausanne 2010 (zit. BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire).
- BRUNNER URSULA, Rechtsetzung durch Private – Private Organisationen als Verordnungsgeber, Diss. Zürich, Zürich 1982 (zit. BRUNNER, Rechtsetzung durch Private).
- BÜHLER THEODOR, Die Produktesicherheit als Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung, Zürich 2012 (zit. BÜHLER, Bestandteil).
- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden – Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 3. Aufl., Bern 2007 (zit. BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden).
- BURKHALTER RUDOLF, Unfallverhütung im Baugewerbe – Probleme und Möglichkeiten der betrieblichen Unfallverhütung im schweizerischen Baugewerbe, Bern 1987 (zit. BURKHALTER, Unfallverhütung).
- BÜSSER ANDRES, Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten – Eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des Zwecks der

Bankgarantie, Diss. Freiburg, Freiburg 1997 (zit. BÜSSER, Einreden und Einwendungen).

BYDLINSKI FRANZ, System und Prinzipien des Privatrechts, Wien 1996; unveränderter Nachdruck 2013 (zit. BYDLINSKI, System und Prinzipien).

C

CAPODISTRIAS JOHANNIS, Streik und Zurückbehaltung der Arbeitsleistung, in: Dietz Rolf/Hübner Heinz (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey – Zum 70. Geburtstag, 21. Januar 1965, Bd. II, München/Berlin 1965, S. 105–127 (zit. CAPODISTRIAS, Streik).

CARRARD MICHEL, La responsabilité pénale en matière d'accidents du travail, in: ZStrR 1987, S. 279–309 (zit. CARRARD, Responsabilité pénale).

CARRUZZO PHILIPPE, Le contrat individuel de travail – Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zürich 2009 (zit. CARRUZZO, Commentaire).

CASSANI URSULA, Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise, in: Chapuis Christine/Winiger Bénédict (Hrsg.), Responsabilité civile – Responsabilité pénale, Journée de la responsabilité civile 2014, Zürich 2014, S. 103–135 (zit. CASSANI, Responsabilité pénale).

D

DEGEN BERNHARD, Entstehung und Entwicklung des schweizerischen Sozialstaates, in: Schweizerisches Bundesarchiv (Hrsg.), Geschichte der Sozialversicherungen | L'histoire des assurances sociales, Zürich 2006, S. 17–48 (zit. DEGEN, Entwicklung).

DETTWILER STEFAN A., Asbest – grosse Herausforderung für die Suva, in: HAVE 2/2009, S. 190–192 (zit. DETTWILER, Asbest).

DOLGE ANNETTE, Kommentar zu Art. 122 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zur

- Schweizerischen Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung, Art. 1–195 StPO, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK StPO I-DOLGE).
- DONATSCH ANDREAS, Die Selbstgefährdung des Verletzten im Strafrecht, in: ZStrR 1988, S. 361–384 (zit. DONATSCH, Selbstgefährdung).
- DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE, Strafrecht I – Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich 2013 (zit. DONATSCH/TAG, Verbrechenslehre).
- DONATSCH ANDREAS/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV – Delikte gegen die Allgemeinheit, 4. Aufl., Zürich 2011 (zit. DONATSCH/WOHLERS, Delikte gegen die Allgemeinheit).
- DONAUER DANIEL/MÖRI BARBARA A., Die privatrechtliche Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und rechtliche Konsequenzen (unter besonderer Berücksichtigung des Gesundheitsschutzes bei Auslandsentsätzen), in: AJP 7/2015, S. 1049–1067 (zit. DONAUER/MÖRI, Fürsorgepflicht).
- DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Basel 2014 (zit. DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général).
- DUC JEAN-MICHEL/FIVIAN LORENZ, Der Rückgriff auf den haftpflichtigen Dritten im Bereich der beruflichen Vorsorge, in: AJP 9/2015, S. 1074–1082 (zit. DUC/FIVIAN, Berufliche Vorsorge).
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, Kommentar zu Art. 328 OR, in: Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal (Hrsg.), Commentaire du contrat de travail, Commentaire Stämpfli, Bern 2013 (zit. CS OR-DUNAND).

E

- EMMEL FRANK, Kommentar zu Art. 319–362 OR, in: Huguenin Claire/Müller-Chen Markus (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. EMMEL, Handkommentar).
- EMMENEGGER SUSAN/TSCHENTSCHER AXEL, Kommentar zu Art. 1 ZGB, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Artikel 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER).

- EMMERICH VOLKER, Kommentar zu § 320 BGB/DE, in: Säcker Franz Jürgen/Rixecker Roland/Oetker Hartmut/Limberg Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241–432, 7. Aufl., München 2016 (zit. MüK BGB/DE-EMMERICH).
- EQUEY DAVID, La responsabilité solidaire des entrepreneurs de la construction dans le cadre des détachements de travailleurs étrangers, in: Jusletter 15. Juli 2013 (zit. EQUEY, Responsabilité).
- ERNI TONY, Die Entwicklung des Schweizerischen Kranken- und Unfallversicherungswesens – dargestellt anhand der Schaffung und Entwicklung des KUVG, Diss. Freiburg, Freiburg 1980 (zit. ERNI, Entwicklung).

F

- FAVRE KATIA/BAUMANN ROBERT, Sorgfalt als Massstab behördlichen Ermessens, in: ZBl 1/2015, S. 3–16 (zit. FAVRE/BAUMANN, Sorgfalt).
- FELLER RETO/MÜLLER MARKUS, Die Prüfungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts – Probleme in der praktischen Umsetzung: Dargestellt am Urteil BVGer A-109/2008 vom 12. Februar 2009, in: ZBl 8/2009, S. 442–464 (zit. FELLER/MÜLLER, Prüfungszuständigkeit).
- FELLMANN WALTER, Produktesicherheitsgesetz – neue Pflichten der Bauteiligten, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2013, Freiburg 2012, S. 103–121 (zit. FELLMANN, BRT 2013).
- FELLMANN WALTER, Haftungsrisiken im neuen Produktesicherheitsgesetz, in: Anwaltsrevue 4/2012, S. 192–197 (zit. FELLMANN, Haftungsrisiken).
- FELLMANN WALTER, Produktebeobachtungs- und Rückrufpflicht nach dem Produktesicherheitsgesetz vom 12. Juni 2009, in: Fuhrer Stephan (Hrsg.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich 2010, S. 117–131 (zit. FELLMANN, Produktesicherheitsgesetz).
- FELLMANN WALTER/FURRER ANDREAS (Hrsg.), Produktsicherheit und Produkthaftung – Neue Herausforderungen für schweizerische Unter-

- nehmen, Tagungsband vom 31. März 2011, Bern 2011 (zit. FELLMANN/FURRER, Herausforderungen).
- FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012 (zit. FELLMANN/KOTTMANN, Haftpflichtrecht).
- FIKENTSCHER WOLFGANG/HEINEMANN ANDREAS, Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 2006 (zit. FIKENTSCHER/HEINEMANN, Schuldrecht).
- FIOLKA GERHARD, Das Rechtsgut als Massstab des Verschuldens in Art. 47 StGB, in: ZStrR 2/2007, S. 133–156 (zit. FIOLOKA, Massstab).
- FIOLKA GERHARD, Das Rechtsgut – Strafgesetz versus Kriminalpolitik, dargestellt am Beispiel des Allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches, des Strassenverkehrsgesetzes (SVG) und des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG), Diss. Freiburg, Basel 2006 (in zwei Bänden; zit. FIOLOKA, Rechtsgut).
- FIOLKA GERHARD/RIEDO CHRISTOF, Kommentar zu Art. 8 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung, Art. 1–195 StPO, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK StPO I-FIOLOKA/RIEDO).
- FLÜCKIGER ALEXANDRE, Soft Law im Öffentlichen Recht, in: Ladner Andreas/Chappelet Jean-Loup/Emery Yves/Knoepfel Peter/Mader Luzius/Soguel Nils/Varone Frédéric (Hrsg.), Handbuch der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Zürich 2013, S. 301–316 (zit. FLÜCKIGER, Soft Law im öffentlichen Recht).
- FLÜELER THOMAS/SEILER HANSJÖRG, Risk-based regulation of technical risks: Lessons learnt from case studies in Switzerland, in: Journal of Risk Research 6 (3)/2003, S. 213–231 (zit. FLÜELER/SEILER, Lessons learnt).
- FORSTMOSER PETER/VOGT HANS-UELI, Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012 (zit. FORSTMOSER/VOGT, Einführung).
- FREI THOMAS, Die Integritätsentschädigung nach Art. 24 und 25 des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung, Diss. Freiburg 1997, Freiburg 1998 (zit. FREI, Integritätsentschädigung).

- FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Le recours subrogatoire de l'assurance-accidents sociale contre le tiers responsable ou son assureur, Diss. Freiburg, Zürich 2007 (zit. FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire).
- FRICKER ULRICH/PÜRRO SERGE, Ein Meilenstein: Die revidierte ASA-Richtlinie ist da!, in: EKAS-Mitteilungsblatt Nr. 63, Juni 2007, S. 3–5 (zit. FRICKER/PÜRRO, ASA-Richtlinie).
- FUHRER STEPHAN, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich 2011 (zit. FUHRER, Privatversicherungsrecht).
- FUHRER STEPHAN, Der Regress der Sozialversicherer auf den haftpflichtigen Dritten (Teil 1 und 2), in: SVZ 1992, S. 83–95 und S. 116–136 (zit. FUHRER, Regress).

G

- GÄCHTER THOMAS/EGLI PHILIPP, Kommentar zu Art. 41 VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008 (zit. GÄCHTER/EGLI, VwVG-Kommentar).
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011 (zit. GAUCH, Werkvertrag).
- GAUCH PETER, Juristisches Denken. Wie denken Juristen?, in: Honsell Heinrich/Zäch Roger/Hasenböhler Franz/Harrer Friedrich/Rhinow René (Hrsg.), Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel 2004, S. 169–191 (zit. GAUCH, Juristisches Denken).
- GAUCH PETER, Der vernünftige Mensch – Ein Bild aus dem Obligationenrecht, in: Steinauer Paul-Henri (Hrsg.), L'image de l'homme en droit | Das Menschenbild im Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur Hundertjahrfeier der Universität Freiburg, Freiburg 1990, S. 177–203 (zit. GAUCH, Der vernünftige Mensch).
- GAUCH PETER/PRADER DURI, Kommentar zu Art. 124 SIA-Norm 118 (1977/1991), in: Gauch Peter (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, Artikel 38–156 (Ausgabe 1977/1991) – Vergütung, Beststellungsänderung, Bauausführung, Ausmass, Abschlagszahlungen, Sicherheitsleistungen und Schlussabrechnungen, Zürich 1992 (zit. GAUCH/PRADER, Kommentar SIA-Norm 118 [1977/1991]).

- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil – ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 10. Aufl., Zürich 2014:
- Band I (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT);
 - Band II (zit. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT).
- GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2015 (zit. GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht).
- GEISSELER ROBERT, Fragen der zivilrechtlichen Haftung für Bauunfälle, BR/DC 2/1986, S. 27–32 (zit. GEISSELER, Haftung für Bauunfälle).
- GEISSELER ROBERT, Fragen der zivilrechtlichen Haftung für Bauunfälle (Fortsetzung), BR/DC 3/1986, S. 52–57 (zit. GEISSELER, Haftung für Bauunfälle [Fortsetzung]).
- GERMANN RONALD, Die strafrechtliche Verantwortung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei Verletzung von Vorschriften der Arbeitssicherheit, Diss. Zürich, Zürich 1984 (zit. GERMANN, Strafrechtliche Verantwortung).
- GRAUER DIETER, Die Verweisung im Bundesrecht, insbesondere auf technische Verbandsnormen – Untersuchung über eine verbreitete Figur der Gesetzestechnik, Diss. Basel 1979, Zürich 1980 (zit. GRAUER, Verweisung auf technische Verbandsnormen).
- GREEVE GINA/LEIPOLD KLAUS (Hrsg.), Handbuch des Baustrafrechts, München 2004 (zit. GREEVE/LEIPOLD, Baustrafrecht).
- GRIEDER THOMAS, Die unsorgfältige Unsorgfalt – Ein Beitrag zur Abgrenzungsproblematik zwischen Vertragswidrigkeit und Verschulden, in: AJP 8/2002, S. 959–967 (zit. GRIEDER, Unsorgfalt).
- GRIFFEL ALAIN, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Habil. Zürich, Zürich 2001 (zit. GRIFFEL, Grundprinzipien).
- GROSSMANN ANNA MARIA, Die Verletzung des Amtsgeheimnisses auf Grund des Art. 320 des schweizerischen Strafgesetzbuches, Diss. Bern, Zürich 1946 (zit. GROSSMANN, Amtsgeheimnisverletzung).
- GRUNDMANN STEFAN, Kommentar zu § 278 BGB/DE, in: Säcker Franz Jürgen/Rixecker Roland/Oetker Hartmut/Limperc Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241–432, 7. Aufl., München 2016 (zit. MüK BGB/DE-GRUNDMANN).

GÜNGERICH ANDREAS/WALPEN ADRIAN, Rechtliche Aspekte eines risiko- und effizienzbasierten Sicherheitskonzepts, in: *Sicherheit & Recht* 2/2011, S. 105–117 (zit. GÜNGERICH/WALPEN, Sicherheitskonzept).

GYSIN ARNOLD, Privatrecht und öffentliches Recht im Arbeitsrecht, in: *ZBJV* 2/1987, S. 49–89 (zit. GYSIN, Privatrecht und öffentliches Recht).

H

HAAS JOHANN, Wie eine ASA-Lösung im Betrieb umgesetzt werden kann, in: *EKAS-Mitteilungsblatt* Nr. 80, Mai 2015, S. 9–13 (zit. HAAS, ASA-Lösung).

HÄFELIN ULRICH, Vermutungen im öffentlichen Recht, in: Müller Georg/Rhinow René A./Schmid Gerhard/Wildhaber Luzius (Hrsg.), *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel – Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, Basel/Frankfurt am Main 1982, S. 625–643 (zit. HÄFELIN, Vermutungen).

HAGENSTEIN NADINE, Kommentar zu Art. 302 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung*, Art. 196–457 StPO und Art. 1–54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK StPO II-HAGENSTEIN).

HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Die haftpflicht- und privatversicherungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2002–2005, in: *ZBJV* 2/2007, S. 103–139 (zit. HAUSHEER/JAUN, Rechtsprechung).

HENSSLER MARTIN, Kommentar zu § 618 BGB/DE, in: Säcker Franz Jürgen/Rixecker Roland/Oetker Hartmut/Limberg Bettina (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 4: Schuldrecht Besonderer Teil II, §§ 611–704, EFZG, TzBfG, KSchG, 6. Aufl., München 2012 (zit. MüK BGB/DE-HENSSLER).

HESS HANS-JOACHIM, *Produktesicherheitsgesetz (PrSG)*, Stämpflis Handkommentar, Bern 2010 (zit. SHK PrSG-HESS).

HESS-ODONI URS, Der Bauherr ist nicht verantwortlich, in: *Safety-Plus* 1/2006, S. 19 und 21 (zit. HESS-ODONI, Safety).

- HETTICH PETER, Kooperative Risikovorsorge – Regulierte Selbstregulierung im Recht der operationellen und technischen Risiken, Habil. St. Gallen, Zürich 2014 (zit. HETTICH, Risikovorsorge).
- HOBİ EMİL, Entwicklung der Fabrikgesetzgebung im Kanton Glarus, Diss. Bern, Bern 1920 (zit. HOBİ, Entwicklung).
- HOLLIGER-HAGMANN EUGÉNIE, Produktesicherheitsgesetz (PrSG) – Produktsicherheit und Haftpflicht, Zürich 2011 (zit. HOLLIGER-HAGMANN, Produktesicherheit und Haftpflicht).
- HOLLIGER-HAGMANN EUGÉNIE, Produktesicherheitsgesetz PrSG, Produkt Risiken im Griff – rechtliche Fallstricke vermeiden, Zürich 2010 (zit. HOLLIGER-HAGMANN, PrSG).
- HOLLIGER-HAGMANN EUGÉNIE, Das Produktesicherheitsgesetz – eine Büchse der Pandora, in: Sicherheit & Recht 3/2010, S. 186–198 (zit. HOLLIGER-HAGMANN, Büchse der Pandora).
- HONSELL HEINRICH, Römisches Recht, 8. Aufl., Berlin 2015 (zit. HONSELL, Römisches Recht).
- HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Kommentar zu Art. 4 ZGB, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Artikel 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK ZGB-HRUBESCH-MILLAUER).
- HUBER LUCIUS, Kommentar zu Art. 262 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. HUBER, ZPO-Kommentar).
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. HUGUENIN, OR AT & BT).
- HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/SCHMID JÖRG, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Einleitungsartikel und Personenrecht).
- HÜRZELER MARC/TAMM NIKOLAUS/BIAGGI RAFFAELLA, Personenschadensrecht – Ein Grundriss für Studium und Praxis, Basel 2010 (zit. HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, Personenschadensrecht).
- HUSMANN DAVID, Arbeitsrecht und EMRK – «Affaire Howald Moor et Autres c. Suisse» – eine Odyssee durch Gerichte und Politik, in: AJP 4/2016, S. 487–495 (zit. HUSMANN, Arbeitsrecht und EMRK).

- HUSMANN ERICH, Die Betriebsschutzvorschriften im schweizerischen Arbeitsrecht – unter Berücksichtigung des Entwurfes zu einem Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Handel, Verkehr und verwandten Wirtschaftszweigen vom Jahre 1950, Diss. Freiburg 1958, Emmenbrücke 1959 (zit. HUSMANN, Betriebsschutzvorschriften).
- HÜTTE KLAUS/DUCKSCH PETRA/GUERRERO KAYUM, Die Genugtuung – Eine tabellarische Übersicht über Gerichtsentscheide aus den Jahren 1990–2005, 3. Aufl., Zürich 2005 (zit. HÜTTE/DUCKSCH/GUERRERO, Genugtuung).

J

- JAAG TOBIAS, Verwaltungsrechtliche Sanktionen: Einführung, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich 2010 (zit. JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen).
- JAAG TOBIAS/HÄGGI FURRER RETO, Kommentar zu Art. 41 VwVG, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. JAAG/HÄGGI FURRER, Praxiskommentar VwVG).
- JAAG TOBIAS/HÄGGI RETO, Kommentar zu Art. 41 VwVG, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), VwVG – Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009 (zit. JAAG/HÄGGI, Voraufgabe Praxiskommentar VwVG).
- JAAG TOBIAS/HÄNNI JULIA, Europarecht – Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, 4. Aufl., Zürich 2015 (zit. JAAG/HÄNNI, Europarecht).
- JANSER JACQUELINE, «Im Takt der Maschinen» – Das Arbeitsrecht des Kantons Glarus im 19. Jahrhundert unter besonderer Berücksichtigung der Fabrikgesetzgebung, Diss. St. Gallen 2009, Zürich 2010 (zit. JANSER, Im Takt der Maschinen).
- JANUTIN ERICH, Erfolg im Arbeitnehmerschutz als gemeinsame Aufgabe, in: EKAS-Mitteilungsblatt Nr. 75, November 2012, S. 4–6 (zit. JANUTIN, Gemeinsame Aufgabe).

- JANUTIN ERICH, Gesundheit im Arbeitsrecht, Diss. Zürich, Zürich 1991 (zit. JANUTIN, Gesundheit).
- JAUN MANUEL, Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung – Von der Willensschuld zum Schutz legitimer Integritätserwartungen, Habil. Bern, Bern 2007 (zit. JAUN, Sorgfaltspflichtverletzung).
- JAUN MANUEL, Der Gefahrensatz – Gefahr oder Chance?, in: ZBJV 3/2003, S. 141–179 (zit. JAUN, Gefahrensatz).
- JOSITSCH DANIEL/SPIELMANN SARAH, Die Verfolgungsverjährung bei fahrlässigen Erfolgsdelikten, in: AJP 2/2007, S. 189–196 (zit. JOSITSCH/SPIELMANN, Verfolgungsverjährung).
- JOSEN DANIEL, Strafrechtliche Garantenstellung und Sorgfaltspflicht des Lehrers – unter besonderer Berücksichtigung der Urteilsfähigkeit des Schülers, Diss. Freiburg 2014, Basel 2015 (zit. JOSEN, Sorgfaltspflicht).

K

- KASER MAX/KNÜTEL ROLF, Römisches Privatrecht – Ein Studienbuch, 20. Aufl., München 2014 (zit. KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht).
- KIESER UELI, ATSG-Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2015 (zit. KIESER, ATSG-Kommentar).
- KÖBRICH TIM, Rechtsetzung durch Private – unter besonderer Berücksichtigung der Verweisungspraxis im kantonalen Rettungswesen, in: LeGes 1/2014, S. 57–74 (zit. KÖBRICH, Rechtsetzung durch Private).
- KOHNSTALL THOMAS, Betriebswirtschaftlicher Erfolg durch Prävention, in: EKAS-Mitteilungsblatt Nr. 76, April 2013, S. 12–13 (zit. KOHNSTALL, Betriebswirtschaftlicher Erfolg).
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil – Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Aufl., Bern 2009 (zit. KOLLER, OR AT).
- KOLLER ALFRED, Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen, in: AJP 12/1992, S. 1483–1500 (zit. KOLLER, Positive Vertragsverletzungen).

- KOLLER ALFRED, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Diss. Freiburg, Zürich 1980 (zit. KOLLER, Erfüllungsgehilfen).
- KOLLER THOMAS, Kommentar zu Art. 6 ZGB, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Artikel 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK ZGB-KOLLER).
- KOLLER THOMAS, Das Regressprivileg und der Rückgriff des Sozialversicherers auf einen nicht privilegierten haftpflichtigen Dritten, in: HAVE 1/2005, S. 25–29 (zit. KOLLER, Regressprivileg).
- KOLLER THOMAS, Die sozial sensiblen Bereiche des Vertragsrechts in der schweizerischen Zivilrechtskodifikation, in: Malý Karel V./Caroni Pio (Hrsg.): Kodifikace a dekodifikace soukromého práva v dnešním právním vývoji (sborník) | Kodifikation und Dekodifikation des Privatrechts in der heutigen Rechtsentwicklung (Sammelband), Prag 1998, S. 49–89 (zit. KOLLER, Sozial sensible Bereiche).
- KOLLER THOMAS, Die Haftung des Arbeitgebers und das Sozialversicherungsrecht, in: AJP 4/1997, S. 428–442 (zit. KOLLER, Haftung des Arbeitgebers).
- KOLLER THOMAS, «Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe»? – Zur Ordnungsfunktion des Privatrechts, dargestellt anhand eines Beispiels aus dem Arbeitsrecht, in: AJP 1/1997, S. 94–98 (zit. KOLLER, Ordnungsfunktion).
- KOLLER THOMAS, Ordentliche, fristlose und missbräuchliche Kündigung des Arbeitsvertrages, in: AJP 10/1995, S. 1251–1269 (zit. KOLLER, Kündigung).
- KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013 (zit. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren).
- KÖRNER MARITA, Zur Aufgabe des Haftungsrechts – Bedeutungsgewinn präventiver und punitiver Elemente, in: NJW 2000, S. 241–246 (zit. KÖRNER, Präventive und punitive Elemente).
- KRAMER ERNST A., Arbeitsvertragliche Verbindlichkeiten neben Lohnzahlung und Dienstleistung: zur Stellung der Fürsorge- und Treuepflicht im österreichischen Arbeitsvertragsrecht, Wien 1975 (zit. KRAMER, Arbeitsvertragliche Verbindlichkeiten).

- KRAMER ERNST A./PROBST THOMAS, *Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. KRAMER/PROBST, OR AT).
- KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, *Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband*, Bern 1986 (zit. BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN).
- KRATZ BRIGITTA, *Kommentar der Art. 143–150 OR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Solidarität, Art. 143–150 OR*, Bern 2015 (zit. BK OR-KRATZ).
- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, *EMRK-widriges Verjährungsrecht! – Die Schweiz muss die Verjährung im Schadensrecht überdenken*, in: *Jusletter* 24. März 2014 (zit. KRAUSKOPF, Verjährungsrecht).
- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, *Der Regressprozess – Der Regress der Sozialversicherung und der privaten Schadensversicherung*, in: *Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2013 – Heuristics and Biases, Persönlichkeitsschutz, Regressprozess, Substanziierung, Parteibefragung und Gutachten, Beiträge zur Tagung vom 5. Juni 2013 in Luzern, Zürich 2013*, S. 69–105 (zit. KRAUSKOPF, Regressprozess).
- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/BITTEL EMANUEL, *Der Adhäsionsprozess aus der Sicht des Haftpflichtrechts – Grundlagen und Gedanken zu Strategie und Taktik*, in: *Institut für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht (Hrsg.), Schnittstellen zwischen Zivilprozess und Strafverfahren – Prozessuale Besonderheiten und beweisrechtliche Strategien des Adhäsionsverfahrens sowie Zusammenspiel zwischen zivil- und strafprozessualer Sicherung national und international*, Bern 2014, S. 21–44 (zit. KRAUSKOPF/BITTEL, Adhäsionsprozess).
- KRÜGER WOLFGANG, *Kommentar zu § 273 BGB/DE*, in: *Säcker Franz Jürgen/Rixecker Roland/Oetker Hartmut/Limberg Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241–432, 7. Aufl.*, München 2016 (zit. MüK BGB/DE-KRÜGER).
- KUHN HANSPETER, *Der Fenstersturz und das Bundesgericht*, in: *SÄZ* 23/2006, S. 1015–1017 (zit. KUHN, Fenstersturz).
- KUNZ KARL-LUDWIG, *Kriminologie*, 6. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2011 (zit. KUNZ, Kriminologie).

L

- LANDOLT HARDY, Zürcher Kommentar zu Art. 45–49 OR, 3. Aufl., Zürich 2007 (zit. ZK OR-LANDOLT).
- LEHDER GÜNTER, Taschenbuch Arbeitssicherheit, 12. Aufl., Berlin 2011 (zit. GÜNTER, Taschenbuch Arbeitssicherheit).
- LOCHER THOMAS/GÄCHTER THOMAS, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. Aufl., Bern 2014 (zit. LOCHER/GÄCHTER, Grundriss).
- LOISTL ALEXANDER, Technische Normen und Good-Practices im Haftpflichtrecht, in: LeGes 3/2006, S. 75–84 (zit. LOISTL, Technische Normen).
- LONGCHAMP GUY, Kommentar zu Art. 324 OR, in: Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal (Hrsg.), Commentaire du contrat de travail, Commentaire Stämpfli, Bern 2013 (zit. CS OR-LONGCHAMP).
- LUHMANN NIKLAS, Die Moral der Gesellschaft, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2012 (zit. LUHMANN, Moral).

M

- MADER LUZIUS, Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung: Anmerkungen aus legistischer Sicht, in: ZSR II/1/2004, S. 3–156 (zit. MADER, Regulierung).
- MAEDER STEFAN, Kommentar zu Art. 129 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II – Art. 111–392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB II-MAEDER).
- MAFFIOLETTI WALTER, Technische Normen des SIA und vertragliche Pflicht zu deren Einhaltung seitens des Auftragsnehmers: ein Rätsel oder doch nicht?, in: Jusletter 13. Juni 2005 (zit. MAFFIOLETTI, Technische Normen).
- MAIANI FRANCESCO, Die Internationalisierung des Schweizer Rechts, in: Ladner Andreas/Chappelet Jean-Loup/Emery Yves/Knoepfel Peter/Mader Luzius/Soguel Nils/Varone Frédéric (Hrsg.), Handbuch der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Zürich 2013, S. 285–300 (zit. MAIANI, Internationalisierung).

- MARTI ARNOLD, Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten auf dem Gebiet der Rechtsetzung – Ende des staatlichen Rechtsetzungsmonopols?, in: AJP 10/2002, S. 1154–1162 (zit. MARTI, Rechtsetzungsmonopol).
- MAURER ALFRED, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Bern 1985 (zit. MAURER, Unfallversicherungsrecht).
- MAURER ALFRED, Recht und Praxis der schweizerischen obligatorischen Unfallversicherung – Mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, 2. Aufl., Bern 1963 (zit. MAURER, Recht und Praxis).
- MAZZUCHELLI GORAN/POSTIZZI MARIO, Kommentar zu Art. 121 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung, Art. 1–195 StPO, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK StPO I-MAZZUCHELLI/POSTIZZI).
- MEIER PETER, Kantonale Arbeitsinspektorate mit vielfältigen Aufgaben, in: EKAS-Mitteilungsblatt Nr. 75, November 2012, S. 10–13 (zit. MEIER, Kantonale Arbeitsinspektorate).
- MEIER PETER, Arbeitssicherheit bei Temporärarbeit, in: EKAS-Mitteilungsblatt Nr. 60, Dezember 2005, S. 13–14 (zit. MEIER, Arbeitssicherheit bei Temporärarbeit).
- MEILI ANDREAS, Kommentar zu Art. 28–28f ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I – Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-MEILI).
- MERZ HANS, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Erster Teilband, in: von Greyerz Christoph/Gutzwiller Max/Hinderling Hans/Meier-Hayoz Arthur/Merz Hans/Piotet Paul/Secrétan Roger/von Steiger Werner/Vischer Frank (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Zürich 1984 (zit. MERZ, SPR VI/1).
- METTLER CHRISTOPH, Technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar – Ökologie versus Ökonomie – Die Anforderungen an den Stand der Technik im Gewässerschutz am Beispiel der Industrieabwasserentsorgung, in: Sicherheit & Recht 1/2010, S. 37–41 (zit. METTLER, Gewässerschutz).

- METTLER CHRISTOPH/AEBY ANTON, Arbeitssicherheit, Arbeitshygiene und Gesundheitsschutz bei Sanierungsarbeiten – am Beispiel der Sondermülldeponie Bonfol, in: *Sicherheit & Recht* 2/2013, S. 106–111 (zit. METTLER/AEBY, Sondermülldeponie).
- MOHLER MARKUS H.F., *Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz*, Basel 2012 (zit. MOHLER, Polizeirecht).
- MORENO IGNACIO, Das Regressprivileg des Arbeitgebers, in: *HAVE* 4/2015, S. 367–374 (zit. MORENO, Regressprivileg).
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3. Aufl., Zürich 2013 (zit. MÜLLER/UHLMANN, Rechtssetzungslehre).
- MÜLLER MARKUS, *Verhältnismässigkeit – Gedanken zu einem Zauberwürfel*, Bern 2013 (zit. MÜLLER, Zauberwürfel).
- MÜLLER MARKUS, *Bernische Verwaltungsrechtspflege*, 2. Aufl., Bern 2011 (zit. MÜLLER, Verwaltungsrechtspflege).
- MÜLLER ROLAND, *Betriebliches Disziplinarwesen*, Diss. Zürich, Bern 1983 (zit. MÜLLER, Disziplinarwesen).
- MÜLLER ROLAND A., *Kommentar Arbeitsgesetz (ArG)*, 7. Aufl., Zürich 2009 (zit. OFK ArG-MÜLLER).
- MÜLLER ROLAND A., Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz – unter besonderer Berücksichtigung der Mitwirkung der Arbeitnehmer(vertretung), in: *ArbR* 1997, S. 143–177 (zit. MÜLLER, Arbeitssicherheit).
- MÜLLER ROLAND/INAUEN DAVID, Die Haftung des Arbeitgebers bei Berufsunfällen und Berufskrankheiten, in: *AJP* 2/2016, S. 173–183 (zit. MÜLLER/INAUEN, Haftung).
- MÜLLER-CHEN MARKUS, Haftpflichtrecht in der Krise?, in: *BJM* 6/2002, S. 289–309 (zit. MÜLLER-CHEN, Krise).
- MÜLLER-FOELL MARTINA, Die Bedeutung technischer Normen für die Konkretisierung von Rechtsvorschriften, Diss. Heidelberg, Heidelberg 1987 (zit. MÜLLER-FOELL, Technische Normen).
- MÜLLER-PETZER SABINE, Fürsorgepflichten des Arbeitgebers nach europäischem und nationalem Arbeitsschutzrecht, Diss. Bochum 2002, Frankfurt am Main 2003 (zit. MÜLLER-PETZER, Fürsorgepflichten).

N

- NICKLISCH FRITZ, Wechselwirkungen zwischen Technologie und Recht – Zur kontrollierten Rezeption wissenschaftlich-technischer Standards durch die Rechtsordnung, in: NJW 47/1982, S. 2633–2644 (zit. NICKLISCH, Wechselwirkungen).
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Strafrecht: Von der Repression zur Prävention, in: plädoyer 2/2014, S. 28–39 (zit. NIGGLI, Prävention).
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Vom Repressions- zum Präventionsstrafrecht: Die Abkehr von der Ahndung begangener hin zur Verhinderung befürchteter Delikte, in: Forum Strafverteidigung (CH)/Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen (Ö)/Organisationsbüro Strafverteidigervereinigungen (D)/Arbeitsgemeinschaft Strafrecht im DAV (D) (Hrsg.), Strafverteidigung und Sicherheitswahn – 3. Dreiländerforum Strafverteidigung Zürich, 14./15. Juni 2013, Wien/Zürich 2014, S. 13–51 (zit. NIGGLI, Abkehr).
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Ultima ratio? – Über Rechtsgüter und das Verhältnis von Straf- und Zivilrecht bezüglich der sogenannt «subsidiären oder sekundären Natur» des Strafrechts, in: ZStrR 3/1993, S. 236–363 (zit. NIGGLI, Ultima ratio).
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/GFELLER DIEGO R., Kommentar zu Art. 102 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I – Art. 1–110 StGB und Jugendstrafgesetz, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER).
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MAEDER STEFAN, Was unterscheidet Haftpflichtrecht von Strafrecht?, in: Böhme Anna/Gähwiler Fabian/Theus Simoni Fabiana/Zuberbühler Ivo (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung – Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht, Festschrift für Willi Fischer zum 65. Geburtstag, Zürich 2016, S. 379–397 (zit. NIGGLI/MAEDER, Unterschied).
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MAEDER STEFAN, Hausverbote und gewerkschaftliche Tätigkeit, in: AJP 11/2014, S. 1463–1475 (zit. NIGGLI/MAEDER, Hausverbote).
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MAEDER STEFAN, Die funktionale Stellung der Schuld in absoluten und relativen Straftheorien, in: Queloz Nicolas/Niggli Marcel/Riedo Christof (Hrsg.), Droit pénal et diversités culturelles – Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo, Zürich 2012, S. 297–314 (zit. NIGGLI/MAEDER, Straftheorien).

- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MAEDER STEFAN, Sicherheit als Ziel des Strafrechts, in: Brägger Benjamin F./Steiner Silvia/Vuille Joëlle (Hrsg.), *Bedrohte oder bedrohende Sicherheit?/Une sécurité menacée ou menaçante?*, Bern 2012, S. 3–33 (zit. NIGGLI/MAEDER, Sicherheit als Ziel).
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MAEDER STEFAN, Was schützt eigentlich Strafrecht (und schützt es überhaupt etwas)?, in: *AJP* 4/2011, S. 443–455 (zit. NIGGLI/MAEDER, Schutz).
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/RIEDO CHRISTOF, Quasi-Strafrecht, Strafrecht im engeren und weiteren Sinne und «Sozialethisches Unwerturteil», in: Amstutz Marc/Hochreutener Inge/Stoffel Walter (Hrsg.), *Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie*, Zürich 2011, S. 91–114 (zit. NIGGLI/RIEDO, Quasi-Strafrecht).
- NIPPERDEY HANS CARL, Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeiterschutzes, in: Schreiber Otto (Hrsg.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben – Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (I. Oktober 1929)*, Bd. 4, Berlin 1929, S. 203–230 (zit. NIPPERDEY, Arbeiterschutzes).
- NOLL PETER, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg 1973 (zit. NOLL, Gesetzgebungslehre).

O

- OBERHOLZER NIKLAUS, Kommentar zu Art. 320 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar Strafrecht II – Art. 111–392 StGB*, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB II-OBERHOLZER).
- OFTINGER KARL/STARK EMIL W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht – Erster Band: Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Zürich 1995 (zit. OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht [Bd. I]).
- OGG MARCEL, *Die verwaltungsrechtlichen Sanktionen und ihre Rechtsgrundlagen*, Diss. Zürich 2001, Zürich 2002 (zit. OGG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen).

OSWALD CHRISTOPH, Analyse der Sorgfaltspflichtverletzung im vertraglichen wie im ausservertraglichen Bereich, Diss. Zürich 1987, Zürich 1988 (zit. OSWALD, Sorgfaltspflichtverletzung).

P

PICHONNAZ PASCAL, Les fondements romains du droit privé, Zürich 2008 (zit. PICHONNAZ, Fondements romains).

PIEPER RALF, Arbeitsschutzgesetz – Basiskommentar zum ArbSchG, 6. Aufl., Frankfurt am Main 2014 (zit. PIEPER, Arbeitsschutzgesetz).

PLAGEMANN HERMANN/TIETZSCH RAINER, «Stand der Wissenschaft» und «Stand der Technik» als unbestimmte Rechtsbegriffe, Tübingen 1980 (zit. PLAGEMANN/TIETZSCH, Unbestimmte Rechtsbegriffe).

PORTMANN DOMINIQUE, Der Wegfall des Haftungsprivilegs des Arbeitgebers gemäss dem neuen Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, in: ARV 2/2003, S. 73–81 (zit. PORTMANN, Haftungsprivileg).

PORTMANN WOLFGANG, Kommentar zu Art. 328–342 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I – Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH).

PORTMANN WOLFGANG, Genugtuungsbegründende Persönlichkeitsverletzungen im Arbeitsverhältnis – Konkretisierung nach Tatbeständen, Zurechnungsgründen und Rechtsfolgen, in: recht 1/2010, S. 1–15 (zit. PORTMANN, Genugtuung).

PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich 2013 (zit. PORTMANN/STÖCKLI, Arbeitsrecht).

PÜRRO SERGE, 30 Jahre EKAS (1983–2013) – Meilensteine und Persönlichkeiten, in: EKAS-Mitteilungsblatt Nr. 77, November 2013, S. 4–11 (zit. PÜRRO, Meilensteine).

PÜRRO SERGE, Die EKAS – Drehscheibe für Koordination und Information, in: EKAS-Mitteilungsblatt Nr. 75, November 2012, S. 7–9 (zit. PÜRRO, Drehscheibe).

PÜRRO SERGE, Fachorganisationen übernehmen Spezialaufgaben, in: EKAS-Mitteilungsblatt Nr. 75, November 2012, S. 21–23 (zit. PÜRRO, Fachorganisationen).

R

RADTKE HENNING, Vorbemerkungen zu §§ 38 ff. StGB/DE, in: Joecks Wolfgang/Miebach Klaus (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38–79b StGB, 2. Aufl., München 2012 (zit. MüK StGB/DE-RADTKE).

REBMANN FRÉDÉRIC/MACH ANDRÉ, Die ausserparlamentarischen Kommissionen des Bundes, in: Ladner Andreas/Chappelet Jean-Loup/Emery Yves/Knoepfel Peter/Mader Luzius/Soguel Nils/Varone Frédéric (Hrsg.), Handbuch der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Zürich 2013, S. 167–182 (zit. REBMANN/MACH, Ausserparlamentarische Kommissionen).

REHBINDER MANFRED, Annahmeverzug im Arbeitsverhältnis?, in: SJZ 22/1982, S. 353–356 (zit. REHBINDER, Annahmeverzug).

REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Kommentar zu Art. 319–362 OR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband: Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, 1. Abschnitt: Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Bern 2010 (zit. BK OR-REHBINDER/STÖCKLI).

RICHARD ALBERT, Les rapports entre le contrat de travail et la législation protectrice du travail, in: ZSR 1933, S. 105a–140a (zit. RICHARD, Rapports).

RICHOZ PASCAL, Das SECO ist bereit für neue Herausforderungen, in: EKAS-Mitteilungsblatt Nr. 75, November 2012, S. 14–16 (zit. RICHOZ, Herausforderungen).

RIEDER STEFAN, Der Umgang mit Whistleblowing aus arbeitsrechtlicher Sicht, in: Jusletter 22. Dezember 2014 (zit. RIEDER, Whistleblowing).

RIEDER STEFAN, Whistleblowing als interne Risikokommunikation – Ausgestaltung eines unternehmensinternen Whistleblowing-Systems aus ar-

- beits- und datenschutzrechtlicher Sicht, Diss. St. Gallen, Zürich 2013 (zit. RIEDER, Risikokommunikation).
- RIEDO CHRISTOF, Der Strafantrag, Diss. Freiburg, Basel 2004 (zit. RIEDO, Strafantrag).
- RIEDO CHRISTOF/BONER BARBARA, Kommentar zu Art. 301–303 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung, Art. 196–457 StPO und Art. 1–54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK StPO II-RIEDO/BONER).
- RIEDO CHRISTOF/BONER BARBARA, Kommentar zu Art. 292 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II – Art. 111–392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB II-RIEDO/BONER).
- RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011 (zit. RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Strafprozessrecht).
- RIEDO CHRISTOF/MAEDER STEFAN, Das Schuldprinzip in Zeiten der Überregulation – Über die unausgesprochene Pflicht des Einzelnen, ein Jura-Studium zu absolvieren, in: Belser Eva Maria/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat? – Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, S. 83–95 (zit. RIEDO/MAEDER, Schuldprinzip).
- RIKLIN FRANZ, Die strafrechtliche Verantwortung des Planers, in: Stöckli Hubert/Siegenthaler Thomas (Hrsg.), Die Planerverträge – Verträge mit Architekten und Ingenieuren, Zürich 2013, S. 949–986 (zit. RIKLIN, Planerverträge).
- RIKLIN FRANZ, Zum Straftatbestand des Art. 229 StGB (Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde), in: BR/DC 3/1985, S. 44–51 (zit. RIKLIN, Art. 229 StGB).
- ROBERTO VITO/GRECHENIG KRISTOFFEL, Rückschaufehler («Hindsight Bias») bei Sorgfaltspflichtverletzungen, in: ZSR I/1/2011, S. 5–26 (zit. ROBERTO/GRECHENIG, Rückschaufehler).
- ROELLI BRUNO/FLEISCHANDERL PETRA, Vorbemerkungen und Kommentar zu Art. 229 und 230 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II – Art. 111–392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB II-ROELLI/FLEISCHANDERL).

- ROTH ANDREAS/KESHELAVA TORNIKE, Kommentar zu Art. 125 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II – Art. 111–392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB II-ROTH/KESHELAVA).
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Unfälle auf der Baustelle, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 1999, Freiburg 1999, Band II: Wahlveranstaltungen, S. 48–77 (zit. RUMO-JUNGO, Baustelle).
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Haftpflicht und Sozialversicherung, Habil. Freiburg, Freiburg 1998 (zit. RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung).
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das Verwaltungsverfahren in der Unfallversicherung, in: Schaffhauser René/Schlauri Franz (Hrsg.), Verfahrensfragen in der Sozialversicherung, Referate der Tagung des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurs vom 24. Oktober 1995 in Luzern, St. Gallen 1996, S. 179–207 (zit. RUMO-JUNGO, Verwaltungsverfahren).
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Die Leistungskürzung oder -verweigerung gemäss Art. 37–39 UVG, Diss. Freiburg, Freiburg 1993 (zit. RUMO-JUNGO, Leistungskürzung).
- RUSER JOHN/BUTLER RICHARD, The Economics of Occupational Safety and Health, Boston 2010 (zit. RUSER/BUTLER, Economics).

S

- SAXER URS, Behördliche Informationen im Spannungsfeld von Informationsbedürfnis und (strafrechtlichem) Vertraulichkeitsschutz, in: ZSR I/2/2004, S. 233–275 (zit. SAXER, Behördliche Informationen).
- SCARTAZZINI GUSTAVO/HÜRZELER MARC, Bundessozialversicherungsrecht, 4. Aufl., Basel 2012 (zit. SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht).
- SCHEIDEGGER HANS-ULRICH/PITTELOUD CHRISTINE/SIEGENTHALER PIERRE, Kommentar zu Art. 6 ArG, in: Geiser Thomas/von Kaenel Adrian/Wyler Rémy (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Arbeitsgesetz – Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Indust-

- rie, Gewerbe und Handel, Bern 2005 (zit. SHK ArG-SCHIEDEGGER/PITTELOUD/SIEGENTHALER).
- SCHMID EDGAR, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Betriebsunfällen, in: ZStrR 1987, S. 310–322 (zit. SCHMID, Strafrechtliche Verantwortlichkeit).
- SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT/KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, OR BT – Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT).
- SCHÖNENBERGER WILHELM, Das Verhältnis des Arbeitnehmerschutzrechts zum Dienstvertrag, in: ZSR 1933, S. 1a–104a (zit. SCHÖNENBERGER, Verhältnis).
- SCHRADE ANDRÉ/LORETAN THEO, Kommentar zu Art. 11 USG, in: Vereinigung für Umweltrecht/Keller Helen (Hrsg.), Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl., Zürich 2004 (zit. SCHRADE/LORETAN, USG-Kommentar).
- SCHUMACHER RAINER, Sicheres Bauen und sichere Bauwerke – Wer haftet? Alle!, Zürich 2010 (zit. SCHUMACHER, Sicheres Bauen).
- SCHUMACHER RAINER, Arbeitssicherheit auf dem Bau, in: TEC21 36/2010, S. 31 (zit. SCHUMACHER, Arbeitssicherheit).
- SCHUMACHER RAINER, Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz bei Bauarbeiten, in: BR/DC 4/2005, S. 200–202 (zit. SCHUMACHER, Arbeitssicherheit).
- SCHUMACHER RAINER/MIDDENDORF PATRICK, Kommentar zu Art. 104 SIA-Norm 118, in: Gauch Peter/Stöckli Hubert (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118 – Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten (im Erscheinen, voraussichtlich Zürich 2016; zit. SCHUMACHER/MIDDENDORF, Kommentar SIA-Norm 118 [2013]).
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Kommentar zu Art. 117 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II – Art. 111–392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB II-SCHWARZENEGGER).
- SCHWEIZER RAINER J., Kommentar zu Art. 8 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. SGK BV-SCHWEIZER).

- SCHWEIZER RAINER J./BAUMANN JÉRÔME/SCHEFFLER JAN, Der Anspruch an die Verständlichkeit von Erlassen in der Schweiz, in: Schweizer Rainer J./Borghi Marco (Hrsg.), Mehrsprachige Gesetzgebung in der Schweiz – Juristisch-linguistische Untersuchungen von mehrsprachigen Rechtstexten des Bundes und der Kantone, S. 335–388 (zit. SCHWEIZER/BAUMANN/SCHEFFLER, Verständlichkeit von Erlassen).
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012 (zit. SCHWENZER, OR AT).
- SCHWERY NADJA, Die Korrelation von Nutzen und Haftung im Vertragsrecht, Diss. Freiburg 2013, Zürich 2014 (zit. SCHWERY, Nutzen und Haftung).
- SECO, Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, Bern 2001, 6. Überarbeitung 2011 (zit. SECO, Wegleitung ArG).
- SECO, Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz – Bericht der Studienkommission «Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz» an das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD), Publikation Arbeitsbedingungen N°1 (11.99), Bern 1999 (zit. SECO, Bericht).
- SEELMANN KURT, Kommentar zu Art. 17 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I – Art. 1–110 StGB und Jugendstrafgesetz, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB I-SEELMANN).
- SEELMANN KURT, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Basel 2012 (zit. SEELMANN, StGB AT).
- SEELMANN KURT, Nichtstun als Straftat – Bedeutungszuwachs und Problempotenzial der unechten Unterlassungsdelikte, in: ZStrR 3/2007, S. 262–279 (zit. SEELMANN, Nichtstun).
- SEIBEL MARK, «Stand der Technik», «allgemein anerkannte Regeln der Technik» und «Stand von Wissenschaft und Technik», in: BauR 2/2004, S. 266–274 (zit. SEIBEL, Technikstandards).
- SEILER HANSJÖRG, Risk Engineering und Verhältnismässigkeit: Schnittstelle zwischen Technik und Recht, in: BR/DC 6/2013, S. 293–300 (zit. SEILER, Risk Engineering).
- SEILER HANSJÖRG, Wie viel Sicherheit wollen wir und was ist sie uns wert?, in: Safety-Plus 3/2010, S. 15–18 (zit. SEILER, Safety).

- SEILER HANSJÖRG, Wie viel Sicherheit wollen wir? – Sicherheitsmassnahmen zwischen Kostenwirksamkeit und Recht, in: ZBJV 2/2007, S. 140–150 (zit. SEILER, Kostenwirksamkeit).
- SEILER HANSJÖRG, Risikobasiertes Recht – Wieviel Sicherheit wollen wir?, Abschlussbericht des Gesamtprojekts Nr. 1113-52163.97 des Schweizerischen Nationalfonds, Bern 2000 (zit. SEILER, Abschlussbericht).
- SEILER HANSJÖRG, Risikobasierte Gesetzgebung: ein Projekt des Schweizerischen Nationalfonds, in: EKAS-Mitteilungsblatt Nr. 39, September 1998, S. 8 f. (zit. SEILER, Risikobasierte Gesetzgebung).
- SEILER HANSJÖRG, Recht und technische Risiken – Grundzüge des technischen Sicherheitsrechts, Zürich 1997 (zit. SEILER, Technische Risiken).
- SEILER HANSJÖRG, Risk Based Regulation – ein taugliches Konzept für das Sicherheitsrecht?, Konzept, Stand der Diskussion, Rechtliche Fragen, Projektbericht Phase I, Münsingen 1997 (zit. SEILER, Phase I).
- SENTI MARTIN, Die Schweiz in der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO): der Einfluss der internationalen Sozialstandard-Regimes auf den nationalstaatlichen Handlungsspielraum, Studie im Rahmen des NFP «Aussenpolitik», Synthesebericht vom 29. Dezember 1999, Bern 2000 (zit. SENTI, Die Schweiz in der ILO).
- SÖLLNER ALFRED, Das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers, in: ZfA 1/1973, S. 1–28 (zit. SÖLLNER, Zurückbehaltungsrecht).
- SOMMER JÜRGEN H., Das Ringen um soziale Sicherheit in der Schweiz – Eine politisch-ökonomische Analyse der Ursprünge, Entwicklungen und Perspektiven sozialer Sicherung im Widerstreit zwischen Gruppeninteressen und volkswirtschaftlicher Tragbarkeit, Diss. St. Gallen, Diesenhofen 1978 (zit. SOMMER, Soziale Sicherheit).
- SONNENBERG CAROLE, La protection de la personnalité du travailleur: sauvegarde de sa santé et sécurité au travail, Diss. Lausanne 2009, Lausanne 2010 (zit. SONNENBERG, Protection).
- SPIRO KARL, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984 (zit. SPIRO, Erfüllungsgehilfen).
- STAEHELIN ADRIAN, Kommentar zu Art. 319–330a OR, in: Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag – Art. 319–330a OR, 4. Aufl., Zürich 2006 (zit. ZK OR-STAEHELIN).

- STEIGER ROBERT ALWIN, Neue Wege der technischen Unfallverhütung, Diss. ETHZ, Zürich 1928 (zit. STEIGER, Technische Unfallverhütung).
- STEIGER-SACKMANN SABINE, Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz – Rechtliche Möglichkeiten zur Verbesserung der Prävention, Diss. Zürich 2012, Zürich 2013 (zit. STEIGER-SACKMANN, Psychische Gesundheitsrisiken).
- STÖCKLI HUBERT, Kritik an einem ungewöhnlichen Deckungsausschluss – Zugleich eine Aufforderung zur aufsichtsrechtlichen AVB-Kontrolle, in: Fuhrer Stephan (Hrsg.), Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen der Schweizerischen Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Zürich 2010, S. 591–600 (zit. STÖCKLI, Deckungsausschluss).
- STÖCKLI HUBERT, Private Baunormung – ein Streifzug, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2005, Freiburg 2005, S. 1–31 (zit. STÖCKLI, Streifzug).
- STÖCKLI HUBERT, Das Synallagma im Vertragsrecht, Begründung | Abwicklung | Störungen, Habil. Freiburg 2006, Zürich 2008 (zit. STÖCKLI, Synallagma).
- STÖCKLI HUBERT/BIERI ROGER, Neue Ausfallhaftung von Unternehmen – Teilrevision des Entsendegesetzes vom 14. Dezember 2012, in: Jusletter 24. Juni 2013 (zit. STÖCKLI/BIERI, Ausfallhaftung).
- STÖCKLI HUBERT/SIEGENTHALER THOMAS (Hrsg.), Die Planerverträge – Verträge mit Architekten und Ingenieuren, Zürich 2013 (zit. STÖCKLI/SIEGENTHALER, Planerverträge).
- STÖCKLI HUBERT/STOFFEL BERTRAND, Kommentar zu Art. 101 OR 2020, in: Huguenin Claire/Hilty Reto M., Schweizer Obligationenrecht 2020, Zürich 2013 (zit. STÖCKLI/STOFFEL, OR 2020).
- STRATENWERTH GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013 (zit. STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar StGB).
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012 (zit. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar).
- STÜRNER ROLF, Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflichten, in: JZ 13/1976, S. 384–392 (zit. STÜRNER, Erfüllung).

- STUTZ HANS W., Schweizerisches Abwasserrecht, Diss. Zürich, Zürich 2008 (zit. STUTZ, Abwasserrecht).
- SUMMERMATTER DANIEL, Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen, in: ZSR I/3/2014, S. 289–317 (zit. SUMMERMATTER, Tun und Unterlassen).
- SUTTER-SOMM THOMAS/VON ARX GREGOR, Kommentar zu Art. 58 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. SUTTER-SOMM/VON ARX, ZPO-Kommentar).

T

- TERCIER PIERRE, Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse, Diss. Freiburg, Freiburg 1971 (zit. TERCIER, Tort moral).
- TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL G./EIGENMANN ANTOINE, Le contrat individuel de travail, in: Tercier Pierre/Favre Pascal G. (Hrsg.), Les contrats spéciaux, 4. Aufl., Zürich 2009, S. 469–583 (zit. TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, Contrats spéciaux).
- TRECHSEL STEFAN/NOLL PETER, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I – Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 6. Aufl., Zürich 2004 (zit. TRECHSEL/NOLL, StGB AT).
- TSCHANNEN GEORG EMANUEL, Vorbeugender Rechtsgüterschutz durch Privatrecht – Eine Bestandesaufnahme überkompensatorischer Rechtsfolgen im Vertragsrecht der Schweiz, Diss. Bern 2008, Bern 2009 (zit. TSCHANNEN, Rechtsgüterschutz).
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014 (zit. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht).
- TSCHUDI HANS PETER, Entstehung und Entwicklung der schweizerischen Sozialversicherungen, Basel 1989 (zit. TSCHUDI, Entstehung und Entwicklung).

- TSCHUDI HANS PETER, Schweizerisches Arbeitsschutzrecht, Bern 1985 (zit. TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht).
- TUCKER PHILIP/FOLKARD SIMON/MACDONALD IAN, Rest breaks and accident risk, in: *The Lancet* 361/2003, S. 680 (zit. TUCKER/FOLKARD/MACDONALD, Rest breaks).
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015 (zit. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, Zivilgesetzbuch).
- TVERSKY AMOS/KAHNEMAN DANIEL, Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases – Biases in judgments reveal some heuristics of thinking under uncertainty, *Science* Nr. 5157, 27. September 1974, S. 1124–1131 (zit. TVERSKY/KAHNEMAN, Judgment under Uncertainty).

U

- UHLMANN FELIX, «Die Normen können bei ... bezogen werden» – Gedanken zur Publikation und Verbindlichkeit privater Normen, in: *LeGes* 1/2013, S. 89–104 (zit. UHLMANN, Verbindlichkeit).
- UHLMANN FELIX/HOFSTETTER DAVID, Die Verordnung aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre, in: *ZBl* 8/2012, S. 455–479 (zit. UHLMANN/HOFSTETTER, Verordnung).
- UHLMANN FELIX/KASPAR JUDITH, Meldepflichten im Verwaltungsrecht, in: *recht* 3/2013, S. 135–141 (zit. UHLMANN/KASPAR, Meldepflichten).
- USTER HANSPETER, Kommentar zu Art. 12–17 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung*, Art. 1–195 StPO, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK StPO I-USTER).

V

- VISCHER FRANK, Der Arbeitsvertrag, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Obligationenrecht – Besonderer Teil, Schweizerisches Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2005 (zit. VISCHER, SPR VII/4).
- VISCHER FRANK, Kommentar zu Art. 37–39 ArG, in: Geiser Thomas/von Kaenel Adrian/Wyler Rémy (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Arbeitsgesetz – Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, Bern 2005 (zit. SHK ArG-VISCHER).
- VISCHER FRANK/MÜLLER ROLAND M., Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2015 (zit. VISCHER/MÜLLER, Arbeitsvertrag).
- VISCUSI W. KIP/HARRINGTON JOSEPH E./VERNON JOHN M., Economics of Regulation and Antitrust, Kapitel 23: Regulation of Workplace Health and Safety, 4. Aufl., Cambridge (Massachusetts)/London 2005, S. 827–864 (zit. VISCUSI/HARRINGTON/VERNON, Workplace Health and Safety).
- VON GIERKE OTTO, Die Wurzeln des Dienstvertrages, in: Juristenfakultät der Universität Berlin (Hrsg.), Festschrift für Heinrich Brunner zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum am 8. April 1914, München 1914, S. 37–68 (zit. VON GIERKE, Wurzeln).
- VON KAENEL ADRIAN, Unfall am Arbeitsplatz – Arbeitgeberhaftung, in: Weber Stephan/Münch Peter (Hrsg.), Haftung und Versicherung – Beraten und Prozessieren im Haftpflicht und Versicherungsrecht, 2. Aufl., Basel 2015 (zit. VON KAENEL, Arbeitgeberhaftung).
- VON KAENEL ADRIAN, Whistleblowing: Unjuristisches und Juristisches zur Einführung, in: von Kaenel Adrian (Hrsg.), Whistleblowing – Multidisziplinäre Aspekte, Bern 2012 (zit. VON KAENEL, Whistleblowing).
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, 3. Aufl., Zürich 1974 (zit. VON TUHR/ESCHER, OR AT).

W

- WALDER HANS, Probleme bei Fahrlässigkeitsdelikten, in: ZBJV 5/1968, S. 161–189 (zit. WALDER, Fahrlässigkeitsdelikte).

- WALTER HANS PETER, Abgrenzung von Verschulden und Vertragsverletzung bei Dienstleistungsobligationen, in: Koller Alfred (Hrsg.), Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998, S. 43–73 (zit. WALTER, Abgrenzung).
- WEBER ROLF H., Kommentar zu Art. 68–96 OR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilband, Artikel 68–96, 2. Aufl., Bern 2005 (zit. BK OR-WEBER 2005).
- WEBER ROLF H., Kommentar zu Art. 97–109 OR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109, Bern 2000 (zit. BK OR-WEBER 2000).
- WEBER ROLF H., Schutzpflichten – Ein Sozialstaatsgedanke?, in: Habscheid Walter J./Hoffmann-Nowotny Hans-Joachim/Linder Willy/Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), Freiheit und Zwang – Rechtliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte, Festschrift zum 60. Geburtstag von Professor Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger, Bern 1989, S. 735–760 (zit. WEBER, Schutzpflichten).
- WEISSENBERGER PHILIPPE, Kommentar zu Art. 29 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I – Art. 1–110 StGB und Jugendstrafgesetz, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB I-WEISSENBERGER).
- WERRO FRANZ, La responsabilité civile, 2. Aufl., Bern 2011 (zit. WERRO, Responsabilité civile).
- WERRO FRANZ, Le mandat et ses effets – Une étude sur le contrat d’activité indépendante selon le Code suisse des obligations – Analyse critique et comparative, Habil. Freiburg, Freiburg 1993 (zit. WERRO, Le mandat).
- WERRO FRANZ, La distinction entre l’obligation de résultat et l’obligation de moyens, une nouvelle approche de la répartition du fardeau de la preuve de la faute dans la responsabilité contractuelle, in: ZSR I/1989, S. 253–299 (zit. WERRO, Distinction).
- WERZ JEAN-CLAUDE, Die Haftpflichtversicherung des Planers, in: Stöckli Hubert/Siegenthaler Thomas (Hrsg.), Die Planerverträge – Verträge mit Architekten und Ingenieuren, Zürich 2013, S. 823–880 (zit. WERZ, Planerverträge).

- WIDMER PIERRE, Gefahren des Gefahrensatzes – zur Problematik einer allgemeinen Gefährdungshaftung im italienischen und schweizerischen Recht, in: ZBJV 8/1970, S. 289–323 (zit. WIDMER, Gefahren des Gefahrensatzes).
- WILDHABER ISABELLE, Möglichkeiten und Grenzen der Mindestlohnregulierung in der Schweiz, in: ARV online 2014, Nr. 1 (zit. WILDHABER, Mindestlohnregulierung).
- WILHELM URS/FORSBLOM URSULA, Risikobasiertes Recht – Fallstudie «Arbeitssicherheit», Schlussbericht, Projekt Nr. 1113-52163.97 des Schweizerischen Nationalfonds, Bern 2000 (zit. WILHELM/FORSBLOM, Fallstudie).
- WILLFRATT MAX, Gefährdung des Lebens nach Art. 129 StrGB, in: ZStrR 1968, S. 225–317 (zit. WILLFRATT, Gefährdung des Lebens).
- WYLER MARK, Betriebsrisiko und Arbeitskampsrisiko nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen, Bern 1985 (zit. WYLER, Betriebsrisiko).
- WYLER RÉMY, La responsabilité civile de l'employeur, y compris en ce qui concerne les actes de ses organes et auxiliaires, in: ARV 4/2011, S. 249–259 (zit. WYLER, Responsabilité civile).
- WYSS LUKAS, Technische Normen und Vorschriften im Spannungsfeld zwischen Haftpflicht- und Produktesicherheitsrecht, in: AJP 1/2006, S. 53–73 (zit. WYSS, Technische Normen).

Z

- ZEHNDER HANNES, Der Bauherrenberater, in: Stöckli Hubert/Siegenthaler Thomas (Hrsg.), Die Planerverträge – Verträge mit Architekten und Ingenieuren, Zürich 2013, S. 581–608 (zit. ZEHNDER, Planerverträge).
- ZELLER ERNST, Auslegung von Gesetz und Vertrag – Methodenlehre für die juristische Praxis, Habil. Zürich, Zürich 1989 (zit. ZELLER, Auslegung).
- ZIMMERLI ULRICH, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht – Versuch einer Standortbestimmung, in: ZSR II/1978, S. 1–131 (zit. ZIMMERLI, Standortbestimmung).

- ZIMMERMANN ARMIN, «STOP dem Manipulieren von Schutzeinrichtungen.», in: EKAS-Mitteilungsblatt Nr. 65, Juni 2008, S. 24–25 (zit. ZIMMERMANN, Schutzeinrichtungen).
- ZURBRÜGG MATTHIAS, Kommentar zu Art. 98 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I – Art. 1–110 StGB und Jugendstrafgesetz, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB I-ZURBRÜGG).

Verzeichnis der EKAS- und SUVA-Normen

Nachfolgend sind die wichtigsten Publikationen der EKAS (I.) und der SUVA (II.) verzeichnet, die ich als «nachgelagerte Normen» bezeichne (vgl. Rz. 267 und 459 ff.). Ich zitiere sie im Buch jeweils mit dem Namen der herausgebenden Organisation (EKAS oder SUVA) sowie mit einem zusätzlichen Stichwort. Weitere nachgelagerte Normen, die hier nicht aufgeführt sind, erwähne ich dort, wo sie abgehandelt werden.

I. Normen der EKAS

Diese Normen sind elektronisch abrufbar unter <www.ekas.admin.ch> (besucht am 23. Mai 2016).

Leitfaden für das Durchführungsverfahren in der Arbeitssicherheit, 5. Aufl., Ausgabe Mai 2013, Bestellnummer 6030 (zit. EKAS, Leitfaden).

Richtlinie Nr. 6508 über den Beizug von Arbeitsärzten und anderen Spezialisten der Arbeitssicherheit (ASA-Richtlinie), Ausgabe Januar 2007 (zit. EKAS, ASA-Richtlinie).

Richtlinie Nr. 6512, Arbeitsmittel, Ausgabe Oktober 2011 (zit. EKAS, Richtlinie Arbeitsmittel).

Richtlinie Nr. 6514, Untertagarbeiten, Ausgabe Oktober 2005 (zit. EKAS, Richtlinie Untertagarbeiten).

Wegleitung durch die Arbeitssicherheit (Version vom 28. Oktober 2015; zit. EKAS, Wegleitung).

Wegleitung für die Herausgabe von Richtlinien und das Vorbereiten von Verordnungen im Bereich Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, Ausgabe November 2002 (zit. EKAS, Wegleitung Richtlinien).

II. Normen der SUVA

Diese Normen sind elektronisch abrufbar unter <www.suva.ch> (besucht am 23. Mai 2016).

75 Jahre – Das Menschenmögliche (Sonderausgabe SUVA-Bulletin), März 1993, abrufbar unter <www.suva.ch> und dort unter Die Suva/Über uns/Die Suva im Überblick/Geschichte (zit. SUVA, 75 Jahre).

Checkliste STOP dem Manipulieren von Schutzeinrichtungen, Ausgabe Juli 2007 (zit. SUVA, Manipulieren).

Explosionsschutz – Grundsätze, Mindestvorschriften, Zonen, 7. Aufl. , Juli 2014 (zit. SUVA, Explosionsschutz).

Gemeinsam für mehr Sicherheit am Arbeitsplatz – Die Sicherheits-Charta, Ausgabe Oktober 2014 (zit. SUVA, Sicherheits-Charta).

Prävention – Versicherung – Rehabilitation – Ein Porträt der Suva, 8. Aufl., 2006 (zit. SUVA, Porträt).

Wegleitung der Suva durch die Unfallversicherung, 2008 (zit. SUVA, Wegleitung Unfallversicherung).

Welches sind Ihre Pflichten auf dem Gebiet der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes?, 14. Auflage, 2006 (zit. SUVA, Pflichten).

Materialienverzeichnis

- Bericht RK-N
2005 Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 18. August 2005 zur Parlamentarischen Initiative Schutz vor Gewalt im Familienkreis und in der Partnerschaft
BBl 2005 6871
- Bericht
SR-
Kommission
ATSG 1990 Parlamentarische Initiative Allgemeiner Teil Sozialversicherung, Bericht der Kommission des Ständerats vom 27. September 1990
BBl 1991 II 185
- Botschaft
ArG 1960 Botschaft des Bundesrats an die Bundesversammlung vom 30. September 1960 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz)
BBl 1960 II 909
- Botschaft
ATSG-
Anhang 2001 Botschaft des Bundesrats vom 7. November 2001 über die Anpassung des Anhangs zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; Revision des Anhangs)
BBl 2002 803
- Botschaft
BPG 1999 Botschaft des Bundesrats vom 14. Dezember 1998 zum Bundespersonalgesetz (BPG)
BBl 1999 I 1597

- Botschaft
EAV 1967 Botschaft des Bundesrats an die Bundesversammlung vom 25. August 1967 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels^{bis} des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag)
BBl 1967 II 241
- Botschaft
FG 1910 Botschaft des Bundesrats an die Bundesversammlung vom 6. Mai 1910 betreffend die Revision des Fabrikgesetzes
BBl 1910 III 575
- Botschaft
PrSG 2008 Botschaft vom 25. Juni 2008 zum Produktesicherheitsgesetz (Totalrevision des Bundesgesetzes über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten)
BBl 2008 7407
- Botschaft
THG 2008 Botschaft des Bundesrats vom 15. Februar 1995 zu einem Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG)
BBl 1995 II 521
- Botschaft
UVG 1976 Botschaft des Bundesrats vom 18. August 1976 zum Bundesgesetz über die Unfallversicherung
BBl 1976 III 141
- Botschaft
UVG 2008 Botschaft vom 30. Mai 2008 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (Unfallversicherung und Unfallverhütung; Organisation und Nebentätigkeiten der SUVA)
BBl 2008 5359

Botschaft
Whistleblowing 2013

Botschaft vom 20. November 2013 über die Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz)

BBl 2013 9513

Stellungnahme
Bundesrat
zum ATSG

Parlamentarische Initiative Sozialversicherungsrecht, Stellungnahme des Bundesrats vom 17. April 1991

BBl 1991 II 910

Zusatzbotschaft UVG
2014

Zusatzbotschaft vom 19. September 2014 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (Unfallversicherung und Unfallverhütung; Organisation und Nebentätigkeiten der Suva)

BBl 2014 7911

Abkürzungsverzeichnis

In diesem Verzeichnis figurieren einzig jene Abkürzungen, die ich selbst verwende, nicht aber diejenigen, die sich in den Wortziten oder Werktiteln finden.

AB-NR	Amtliches Bulletin des Nationalrats
AB-SR	Amtliches Bulletin des Ständerats
ABAG/BE	Bernisches Gesetz vom 4. November 1992 über die Arbeit, Betriebe und Anlagen (ABAG; BSG 832.01)
ABGB/Ö	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
ABl.	Amtsblatt (der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Europäischen Union)
Abs.	Absatz
aBV (1848)	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. Herbstmonat 1848
aBV (1874)	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
aBVO	Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union <i>Fassung aufgrund des am 1. Dezember 2009 in Kraft getretenen Vertrags von Lissabon (konsolidierte Fassung bekanntgemacht im ABl. EU Nr. C 115 vom 9. Mai 2008, S. 47)</i>
aFG (1877)	Bundesgesetz vom 23. März 1877 betreffend die Arbeit in den Fabriken
aFG (1914)	Bundesgesetz vom 18. Juni 1914 betreffend die Arbeit in den Fabriken
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
agriss	Stiftung AgriSicherheit Schweiz
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung

AHVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
aKUVG (1911)	Bundesgesetz vom 13. Juni 1911 über die Kranken- und Unfallversicherung
aOR (1881)	Bundesgesetz vom 14. Brachmonat [Juni] 1881 über das Obligationenrecht von 1881
aOR (1911)	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) <i>Wenn ich auf das aOR (1911) Bezug nehme, so handelt es sich nur insofern um altes Recht, als der Titel über den Dienstvertrag 1972 totalrevidiert wurde.</i>
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht (Zürich)
ArbSchG/DE	Arbeitsschutzgesetz (Deutschland)
ArG	Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz; SR 822.11)
ArGV 3	Verordnung 3 vom 18. August 1993 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge; SR 822.113)
Art.	Artikel
ARV	Arbeitsrecht – Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (Zürich)
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASA-Richtlinie	Richtlinie der EKAS über den Beizug von Arbeitsärzten und anderen Spezialisten der Arbeitssicherheit (ASA-Richtlinie), Ausgabe Januar 2007
aSTEG	Bundesgesetz vom 19. März 1976 über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten
ATSG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1)
ATSV	Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.11)

Aufl.	Auflage
AuG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz; SR 142.20)
aUVG	Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung <i>Ich verweise hier jeweils auf einzelne Artikel, die in der Zwischenzeit revidiert wurden; im Text gebe ich die entsprechend Fundstellen der Amtlichen Sammlung (AS) an.</i>
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
AVEG	Bundesgesetz vom 28. September über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311)
AVG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz; SR 823.11)
aVUV	Verordnung vom 19. Dezember 1983 über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (Verordnung über die Unfallverhütung [VUV]) <i>Ich verweise hier jeweils auf einzelne Artikel, die in der Zwischenzeit revidiert wurden; im Text gebe ich die entsprechend Fundstellen der Amtlichen Sammlung (AS) an.</i>
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BAMG/FR	Freiburgisches Gesetz vom 6. Oktober 2010 über die Beschäftigung und den Arbeitsmarkt (SGF 866.1.1)
BauAV	Verordnung vom 29. Juni 2005 über die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Bauarbeiten (Bauarbeitenverordnung; SR 832.311.141)
BauG/BE	Bernisches Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BSG 721.0)
BauR	baurecht – Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht (Köln)
BauV/BE	Bernische Bauverordnung vom 6. März 1985 (BSG 721.1)
BAV	Bundesamt für Verkehr
BAZL	Bundesamt für Zivilluftfahrt
BBl	Bundesblatt

Bd.	Band
beco	Amt für Berner Wirtschaft (Kanton Bern)
BfA	Beratungsstelle für Arbeitssicherheit des Schweizerischen Baumeisterverbands
BFS	Bundesamt für Statistik
BGB/DE	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)
BGE	Bundesgerichtsentscheid (amtlich publiziert)
BGer	Bundesgerichtsentscheid (amtlich nicht publiziert)
BGF	Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über die Fischerei (SR 923.0)
BGFA	Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz; SR 935.61)
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110)
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BJM	Basler juristische Mitteilungen (Basel)
BK	Berner Kommentar
BöB	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1)
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1)
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen / Revue du droit de la construction et des marchés publics (Zürich)
BRT	Schweizerische Baurechtstagung (Freiburg)
BSG	Bernische systematische Gesetzessammlung
BSK	Basler Kommentar
BUL	Beratungsstelle für Unfallverhütung in der Landwirtschaft
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40)

BVGE	Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (amtlich publiziert)
BVGer	Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (amtlich nicht publiziert)
bzw.	beziehungsweise
CEN	Comité Européen de Normalisation
CENELEC	Comité Européen de Normalisation Electrotechnique
CIRRNETH	Critical Incident Reporting & Reacting Network <i><www.cirrneth.ch>; von der Stiftung für Patientensicherheit betriebenes Netzwerk lokaler Fehlermeldesysteme in der Schweiz (besucht am 23. Mai 2016)</i>
CoRo	Commentaire romand
CS	Commentaire Stämpfli
dB(A)	Dezibel (nach der sogenannten A-Bewertung)
DBG	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (SR 642.11)
DGUV	Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung
d.h.	das heisst
Die Volkswirtschaft	Das Magazin für Wirtschaftspolitik (Bern)
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EAV	Einzelarbeitsvertrag (nach Art. 319 ff. OR)
EBG	Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957 (SR 742.101)
EDI	Eidgenössisches Departement des Innern
EG	Europäische Gemeinschaften
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
E-KUVG	Entwurf vom 13. Juni 1911 betreffend ein Bundes- gesetz über die Kranken- und Unfallversicherung (BBl 1911 III 523)
EKAS	Eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit
electrosuisse	Verband für Elektro-, Energie- und Informationstechnik

EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101) <i>Der französischsprachige Originaltext ist in der SR unter derselben Nummer verzeichnet.</i>
EntsG	Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz; SR 823.20)
EntsV	Verordnung vom 21. Mai 2003 über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (SR 823.201)
E-OR	Entwurf des Obligationenrechts, unter Berücksichtigung der Änderung vom 20. November 2013 (Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz; BBl 2013 9589)
EOSS	Europäische Ordnung der Sozialen Sicherheit (SR 0.831.104) <i>Der französischsprachige Originaltext ist in der SR unter derselben Nummer verzeichnet.</i>
ESTI	Eidgenössisches Starkstrominspektorat
ETHZ	Eidgenössische Technische Hochschule Zürich
ETSI	European Telecommunications Standards Institute
EU	Europäische Union
EU-OSHA	Europäische Agentur für Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz (European Agency for Safety and Health at Work)
e.V.	eingetragener Verein
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
f.	folgende (Seite, Randziffer, Note und dergleichen)
FF	Feuille Fédérale (Bundesblatt [BBl] in französischer Sprache)
ff.	fortfolgende (Seiten, Randziffern, Noten und dergleichen)
FIS	Fédération Internationale de Ski (Internationaler Ski Verband)
FMG	Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (SR 784.10)
Fn.	Fussnote

FZR	Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung (Freiburg)
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GIG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz; SR 151.1)
GOG/ZH	Zürcherisches Gesetz vom 10. Mai 2000 über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (LS 211.1)
GSchG	Bundesgesetz vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz; SR 814.20)
GSchV	Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (SR 814.201)
GUMV	Verordnung vom 14. Februar 2007 über genetische Untersuchungen beim Menschen (SR 810.122.1)
Habil.	Habilitationsschrift
HAVE	Haftung und Versicherung (Zürich)
HMG	Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz; SR 812.21)
Hrsg.	Herausgeber
IAO-Verfassung	Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation vom 28. Juni 1919 (in der Fassung der Urkunde über die Abänderung der Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation vom 9. Oktober 1946; SR 0.820.1) <i>Der Originaltext der IAO-Verfassung ist in Englisch und Franzö- sisch. Ich zitiere den französischsprachigen Originaltext, wie er unter der angegebenen Nummer in der Systematischen Rechts- sammlung des Bundesrechts (SR) publiziert ist.</i>
IVG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (SR 831.20)
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts (Bern)
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
Jusletter	juristische Online-Zeitschrift (www.jusletter.ch)
JZ	Juristenzeitung (Tübingen)
KEG	Kernenergiegesetz vom 21. März 2003 (SR 732.1)
KGer FR	Kantonsgericht Freiburg

KGer GR	Kantonsgericht Graubünden
KGer SG	Kantonsgericht St. Gallen
KGer VS	Kantonsgericht Wallis
KHG	Kernenergiehaftpflichtgesetz vom 18. März 1983 (SR 732.44)
KOPAS	Kontaktperson Arbeitssicherheit
Kranverordnung	Verordnung vom 27. September 1999 über die sichere Verwendung von Kranen (SR 832.312.15)
KSUV	Koordinationsgruppe für die Statistik der Unfallversicherung UVG
LeGes	Gesetzgebung und Evaluation; Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung (SGG) und der Schweizerischen Evaluationsgesell- schaft (SEVAL), herausgegeben von der Schweizeri- schen Bundeskanzlei (Bern)
lit.	litera(e)
LMG	Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz; SR 817.0)
LMV 2012–2015	Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe <i>verlängert bis 2018 (siehe Rz. 231 und die dazugehörige Fn. 295).</i>
LRV	Luftreinhalte-Verordnung vom 16. Dezember 1985 (LRV; SR 814.318.142.1)
LS	Loseblattsammlung (Ordnungsnummer für Erlasse des Kantons Zürich)
MAK-Werte	Maximale Arbeitsplatz-Konzentrationswerte
MaschV	Verordnung vom 2. April 2008 über die Sicherheit von Maschinen (Maschinenverordnung; SR 819.14)
m.E.	meines Erachtens
m.H.	mit (einem) Hinweis
Mio.	Million(en)
Mitwirkungsgesetz	Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz; SR 822.14)

MüK	Münchener Kommentar
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note(n)
NAV	Normalarbeitsvertrag
NISV	Verordnung vom 23. Dezember 1999 über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (SR 814.710)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München)
NOGA	Nomenclature Générale des Activités économiques (Allgemeine Systematik der Wirtschaftszweige)
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
ÖBG/BE	Bernisches Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (BSG 731.2)
OFK	Orell Füssli Kommentar
OGer AG	Obergericht des Kantons Aargau
OGer BL	Obergericht des Kantons Basel-Landschaft
OGer TG	Obergericht des Kantons Thurgau
OGer ZH	Obergericht des Kantons Zürich
OHG	Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz; SR 312.5)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220)
OR 2020	Schweizer Obligationenrecht 2020 (von Akademikern ausgearbeiteter Entwurf eines neuen Allgemeinen Teils des Obligationenrechts)
OrV VOL/BE	Bernische Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Volkswirtschaftsdirektion (BSG 152.221.111)
ParlG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz; SR 171.10)
PatG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente (Patentgesetz; SR 232.14)
PG/BE	Bernisches Personalgesetz vom 16. September 2004 (BSG 153.01)

Pra	Praxis des Bundesgerichts (Basel)
PrHG	Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über die Produktehaftpflicht (Produktehaftpflichtgesetz; SR 221.112.944)
PrSG	Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über die Produktesicherheit (SR 930.11)
PrSV	Verordnung vom 19. Mai 2010 über die Produktesicherheit (SR 930.111)
PSA	Persönliche Schutzausrüstung
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Bern)
REKU	Eidgenössische Rekurskommission für die Unfallversicherung (bis 31. Dezember 2006)
revLMG	Bundesgesetz vom 20. Juni 2014 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz, LMG) <i>Bei Abschluss des Manuskripts ist das revLMG vom Parlament verabschiedet (BBl 2014 5079), während der Bundesrat das Datum des Inkrafttretens noch nicht bestimmt hat.</i>
revUVG	Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (unter Berücksichtigung der Änderung vom 25. September 2015) <i>Bei Abschluss des Manuskripts ist das revUVG vom Parlament verabschiedet (BBl 2015 7139), während der Bundesrat das Datum des Inkrafttretens noch nicht bestimmt hat.</i>
RK-N	Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats
ROP	Return on Prevention
RTVG	Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (SR 784.40)
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010)
RVOV	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (SR 172.010.1)
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
s.	siehe
SafeguardsV	Safeguardsverordnung vom 21. März 2012 (SR 732.12)

Safety-Plus	Schweizer Fachzeitschrift für Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz (Zürich)
SÄZ	Schweizerische Ärztezeitung (Muttenz)
SBV	Schweizerischer Baumeisterverband
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
Science	Fachzeitschrift der American Association for the Advancement of Science (Washington, D.C.)
SGF	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Freiburg
SGK	St. Galler Kommentar
SGUV	Schweizerischer Gerüstbau-Unternehmer-Verband
SHK	Stämpflis Handkommentar
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
SIA-Norm 118 (1977/91)	Norm Nr. 118 des SIA «Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten» (Ausgabe 1977/91)
SIA-Norm 118 (2013)	Norm Nr. 118 des SIA «Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten» (Ausgabe 2013)
SIA-Norm 261	Norm Nr. 261 des SIA «Einwirkung auf Tragwerke» (Ausgabe 2014)
SIA-Ordnung 102	Ordnung Nr. 102 des SIA «für Leistungen und Honorare der Architektinnen und Architekten» (Ausgabe 2014)
SIA-Ordnung 103	Ordnung Nr. 103 des SIA «für Leistungen und Honorare der Bauingenieurinnen und Bauingenieure (Ausgabe 2014)
Sicherheit & Recht	Sicherheit & Recht (Zürich)
SJ	Semaine judiciaire (Genf)
SNV	Schweizerische Normen-Vereinigung
SprstG	Bundesgesetz vom 25. März 1977 über explosionsgefährliche Stoffe (Sprengstoffgesetz; SR 941.41)
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundesrechts
STATENT	Statistik der Unternehmensstruktur (geführt vom Bundesamt für Statistik)
StfV	Verordnung vom 27. Februar 1991 über den Schutz vor Störfällen (Störfallverordnung; SR 814.012)

StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StGB/DE	Strafgesetzbuch (Deutschland)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung; SR 312.0)
StSG	Strahlenschutzgesetz vom 22. März 1991 (SR 814.50)
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
SVGW	Schweizerischer Verein des Gas- und Wasserfaches
SVS	Schweizerischer Verein für Schweisstechnik
SVTI	Schweizerischer Verein für technische Inspektionen
SVV	Schweizerischer Versicherungsverband
SVZ	Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift (Bern)
TEC21	Fachzeitschrift für Architektur, Ingenieurwesen und Umwelt (offizielles Publikationsorgan des SIA in deutscher Sprache; Zürich)
THG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse (SR 946.51)
TSchG	Tierschutzgesetz vom 16. Dezember 2005 (SR 455)
UNO-Pakt I	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, von der Bundesversammlung genehmigt am 13. Dezember 1991 (SR 0.103.1) <i>Der französischsprachige Originaltext ist in der SR unter derselben Nummer verzeichnet.</i>
USA	United States of America (Vereinigte Staaten von Amerika)
USG	Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz; SR 814.01)
UVG	Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (SR 832.20)
UVV	Verordnung vom 20. Dezember 1982 über die Unfallversicherung (SR 832.202)
UWG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241)

VG	Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz; SR 170.32)
VGer BE	Verwaltungsgericht des Kantons Bern
VGer SG	Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen
VGer ZH	Verwaltungsgericht des Kantons Zürich
VGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz; SR 173.32)
vgl.	vergleiche
VöB	Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.11)
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VUV	Verordnung vom 19. Dezember 1983 über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (Verordnung über die Unfallverhütung; SR 832.30)
VVG	Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz; SR 221.229.1)
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz; SR 17.021)
WHO	World Health Organization (Weltgesundheitsorganisation)
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Zürich)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zürich)
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Köln)
ZG	Zollgesetz vom 18. März 2005 (SR 631.0)

ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZK	Zürcher Kommentar
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung; SR 272)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung (Sitten)

Einleitung

Die vorliegende Untersuchung handelt von den Normen der Arbeitssicherheit. In dieser Einführung gilt es zunächst, das Untersuchungsinteresse darzulegen (Rz. 2 ff.). Danach umreisse ich den Gegenstand der Untersuchung (Rz. 16 ff.), um dann ihren Gang zu skizzieren (Rz. 67 ff.). 1

I. Das Untersuchungsinteresse

1. Arbeitsunfälle, die auf Missstände im Bereich der Arbeitssicherheit zurückzuführen sind, rücken mit einer gewissen Regelmässigkeit in den Fokus der breiten Öffentlichkeit. Dabei sorgen auf internationaler Ebene häufig Bauarbeiten im Zusammenhang mit Grossveranstaltungen wie Olympischen Spielen oder Fussballweltmeisterschaften für negative Schlagzeilen.¹ Auch in der Schweiz ereignen sich regelmässig Arbeitsunfälle, und auch hierzu-lande erweist sich die Baubranche im Vergleich zu anderen Branchen als besonders unfallträchtig (Rz. 34 ff.). 2

2. In einer Arbeitswelt, die in hohem Masse durch Arbeitsteilung geprägt ist, haben verschiedene Akteure – insbesondere Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Behörden – dazu beizutragen, dass Arbeit in einer sicheren Umgebung verrichtet werden kann. Arbeitsunfälle sind dabei regelmässig auf eine Verkettung unglücklicher äusserer Umstände zurückzuführen, die von verschiedenen Personen gesetzt werden. Unter all den Akteuren besteht dabei insofern ein Konsens, als dass **Arbeitsunfälle möglichst zu vermeiden** sind.² Nebst persönlichem Leid verursacht ein Unfall häufig auch finanzielle Schwierigkeiten. Obwohl der Unfallverhütung durchwegs hohe Bedeutung zugemessen wird, verunfallen – auch in der Schweiz – immer wieder Menschen bei der Arbeit: Sie ziehen sich Verbrennungen oder Schnittwunden zu, stolpern oder stürzen auf einer Baustelle in die Tiefe. 3

¹ Erwähnt seien hier einzig die tödlichen Bauunfälle im Vorfeld der Fussball Weltmeisterschaft in Brasilien 2014 (vgl. etwa «Fluch über Brasiliens Fussballstadien», in: NZZ vom 29. November 2013, S. 44).

² Insofern gilt der weitverbreitete Satz: «Vorbeugen ist besser als heilen.»

- 4 **3.** Obgleich nach dem Gesagten Arbeitssicherheit stets Kooperation voraussetzt, **weist das Gesetz die Hauptverantwortung dem Arbeitgeber zu** (Rz. 104 ff.). Er trifft aus verschiedenen Gründen Massnahmen, um seine Arbeitnehmer vor Unfällen zu schützen:
- 5 **a.** Zu erwähnen sind zunächst *moralische* Gründe. Ein Unfall verursacht bei den Betroffenen – vorweg dem Verunfallten und seinen Angehörigen – viel Leid und Schmerz. Der Schutz des menschlichen Lebens ist ein kategorischer Imperativ, der alle Mitmenschen (auch den Arbeitgeber) verpflichtet.³ Oder mit den Worten von MAURER ausgedrückt: «Unfälle vermögen unsagbares Elend in zahllose Familien zu tragen, ein Elend, das mit Geld oft nur gelindert, nicht aber behoben werden kann. Man denke an Schwerinvalide, denen das Schicksal ständiges Siechtum beschieden hat. In einer Zeit der fortschreitenden Industrialisierung mit ihrer vielfältigen Gefährdung von Leib und Leben bildet deshalb die Unfallverhütung ein humanitäres und soziales Postulat ersten Ranges.»⁴
- 6 **b.** Zu den moralischen Gründen kommen *rechtliche*: Die Bundesverfassung garantiert in Art. 10 Abs. 2 ein Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit. Das Gesetz auferlegt dem Arbeitgeber sodann gleich in drei verschiedenen Regelungszusammenhängen eine Schutzpflicht zugunsten seines Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber ist kraft Gesetz verpflichtet, den Arbeitnehmer möglichst vor Unfällen zu bewahren (vgl. Rz. 104 ff.). Was die hier interessierenden Bauarbeiten im Besonderen betrifft, ist auch auf die SIA-Norm 118 zu verweisen, welche für das Bauvertragsrecht von zentraler Bedeutung ist. Wird die Norm vom Bauherrn und vom Unternehmer in ihren Werkvertrag übernommen, ist der Unternehmer zufolge Art. 104 SIA-Norm 118 verpflichtet, «die Sicherheit der am Bauwerk Beschäftigten zu gewährleisten», indem er «die notwendigen Schutzmassnahmen zur Unfallverhütung und Gesundheitsvorsorge [trifft]».⁵

³ Vgl. SCHUMACHER, Sichereres Bauen, Rz. 4 f. m.w.H.

⁴ MAURER, Recht und Praxis, S. 334 f.

⁵ Vgl. zu dieser Bestimmung einlässlich SCHUMACHER/MIDDENDORF, Kommentar SIA-Norm 118 (2013), N 1 ff. zu Art. 104.

c. Hinzuweisen ist sodann auf *ökonomische* Gründe.⁶ Neben Personenschäden verursachen Arbeitsunfälle nicht selten auch Sachschäden oder Produktionsunterbrüche.⁷ Gemäss einer international breit angelegten Studie sprechen schon rein wirtschaftliche Gründe dafür, im Bereich Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz in die Prävention zu investieren: Der Studie zufolge beträgt der sogenannte Return on Prevention (ROP)⁸ durchschnittlich 2,2. Das bedeutet: Jeder Franken, den der Arbeitgeber in die Prävention investiert, zahlt sich in einem ökonomischen Erfolgspotenzial von CHF 2.20 aus.⁹

4. Wo gearbeitet wird, ereignen sich zuweilen Unfälle. Wollte man etwa auf Baustellen sämtlichen Unfällen vorbeugen, liesse sich dies nur durch eine gänzliche Einstellung der Bauarbeiten erreichen. Der Gesetzgeber müsste das Bauen verbieten, und dieses Verbot wäre dann rigoros durchzusetzen. Wie in vielen Lebensbereichen, ist bei der Arbeit und auch auf Baustellen «das Risiko ein normales Begleitphänomen alltäglichen Handelns geworden»¹⁰. Wenn eine bestimmte, gefährliche Tätigkeit wie das Bauen nicht schlechterdings verboten wird, so handelt es sich um eine «grundsätzliche Entscheidung der Rechtsordnung, daß eine bestimmte Technologie oder Technik trotz der mit ihr verbundenen Risiken genutzt werden darf»¹¹. Damit ist überall, wo gearbeitet wird, **Unfallfreiheit eine Illusion**. Im Anschluss an diese Erkenntnis öffnen sich zwei Fragenkomplexe, denen ich in dieser Untersuchung nachgehe:

⁶ Neben dem hier erwähnten betriebswirtschaftlichen Interesse besteht ein volkswirtschaftliches Interesse an der Unfallverhütung (vgl. LEHDER, Arbeitssicherheit, S. 21). Für eine ökonomische Analyse des Themengebiets Arbeitssicherheit in den USA siehe RUSER/BUTLER, Economics, passim.

⁷ Vgl. LEHDER, Arbeitssicherheit, S. 20; MAURER, Recht und Praxis, S. 335.

⁸ Der ROP wird definiert als «Verhältnis des monetären Präventionsnutzens zu den Präventionskosten» (BRÄUNIG/KOHOSTALL, Return on Prevention, S. 17).

⁹ Vgl. BRÄUNIG/KOHOSTALL, Return on Prevention, S. 12 und 34. Die Studie ist in Deutsch und Englisch abrufbar unter <publikationen.dguv.de> und dort unter Weitere DGUV Medien/Prävention (besucht am 23. Mai 2016). Vgl. auch KOHOSTALL, Betriebswirtschaftlicher Erfolg, passim. Beim ROP handelt es sich um ein Erfolgspotenzial (nicht um eine Erfolgsgarantie), das auf Mittelwerten berechnet ist (im Einzelnen BRÄUNIG/KOHOSTALL, Return on Prevention, S. 18). Die «absolute Wirkung von Prävention [hängt] vom Entwicklungsstand im Bereich Arbeitnehmerschutz in einem Land oder einem Unternehmen [ab]» (KOHOSTALL, Betriebswirtschaftlicher Erfolg, S. 13).

¹⁰ LUHMANN, Moral, S. 362.

¹¹ NICKLISCH, Wechselwirkungen, S. 2633.

- 9 – Dem Recht kommt die Aufgabe zu, «zwischen zulässigen und unzulässigen Risiken abzugrenzen»¹². Wo ist im Bereich der Arbeitssicherheit die Grenze zwischen dem unerlaubten Risiko¹³ auf der einen und dem noch hinzunehmenden Risiko (Restrisiko) auf der anderen Seite zu ziehen? Wer hat welche Schutzmassnahmen zu treffen, damit Arbeit unter «sicheren» Bedingungen verrichtet werden kann? Für eine Antwort auf diese Fragen ist bei jener Normengruppe anzusetzen, die ich als «Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit» bezeichne (Rz. 268 ff.).
- 10 – Welche Möglichkeiten sieht das Recht vor, wenn im Bereich der Arbeitssicherheit ein Missstand vorliegt, wenn also die einschlägigen Vorschriften nicht eingehalten werden? Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus jener Normengruppe, die ich «Sanktionsnormen der Arbeitssicherheit» nenne (Rz. 564 ff.).
- 11 **5.** Wer sich anschickt, im Zusammenhang mit der Arbeitssicherheit Antworten auf diese (Rz. 9 f.) und weitere Fragen rechtlicher Natur zu finden, sieht sich mit einer **regelrechten Normenflut** konfrontiert. In ihr nicht unterzugehen und in der Rechtsanwendung die einschlägigen, fallrelevanten Regeln zu finden, ist kein Leichtes,¹⁴ zumal es bisher an Versuchen fehlt, die einschlägigen Normen zu systematisieren. Hier setzt meine Arbeit an: Ziel ist es, die Normen der Arbeitssicherheit zu systematisieren und die Orientierung in der Normenflut zu vereinfachen.

¹² SEILER, Risk Engineering, S. 293. Bei der Umschreibung des zulässigen Risikos spielen technischen Normen eine zentrale Rolle (MÜLLER-FOELL, Technische Normen, S. 31 ff.).

¹³ Mit der Verwendung des Begriffs Risiko (statt Gefahr) wird zum Ausdruck gebracht, «dass sich das künftige Problem», hier also der Bauunfall, «durch menschliches Zutun beeinflussen lässt» (STEIGER-SACKMANN, Psychische Gesundheitsrisiken, Rz. 212 m.w.H. zu den Begriffen «Risiko» und «Gefahr» [Rz. 212 f.]). Vgl. in Deutschland PIEPER, Arbeitsschutzgesetz, N 3 zu § 4 ArbSchG/DE, der das Wort «Gefährdung» verwendet und darunter ein «nicht mehr akzeptables Risiko» versteht. Für eine soziologische Annäherung an die Begriffe Risiko und Gefahr siehe LUHMANN, Moral, S. 362 ff.

¹⁴ Vgl. SONNENBERG, Protection, S. 52 Fn. 228: «En privilégiant les instruments sans force de loi par rapport aux règles de droit, il devient de plus en plus difficile de dessiner les contours normatifs du système.»

Obgleich das Streben nach einer sinnvollen, systematischen Ordnung für das Denken der Juristen typisch ist,¹⁵ muss indes auf einige grundsätzliche Schwierigkeiten hingewiesen werden, die sich meinem «Systematisierungsvorhaben» entgegenstellen: 12

- Erstens existiert in der Schweiz *keine in sich abgeschlossene Rechtsmaterie*, die als «Recht der Arbeitssicherheit» bezeichnet werden könnte. Der Gesetzgeber hat die Regeln, welche die Arbeitssicherheit betreffen, nicht als einheitliches und kohärentes Ganzes konzipiert. Die «Normen der Arbeitssicherheit» lassen sich denn auch weder einem einzigen Erlass noch einem Teilrechtsgebiet ausschliesslich zuordnen. Insofern ist Arbeitssicherheit ein gebietsübergreifendes Thema, zu dem Zugänge über alle drei klassischen Teilrechtsgebiete – Zivilrecht, öffentliches Recht (Verwaltungsrecht) und Strafrecht – bestehen.¹⁶ Überall dort finden sich Normen, die im weitesten Sinne als «Normen der Arbeitssicherheit» verstanden werden können. Diese Normen sind äusserst zahlreich, was spätestens klar wird, wenn man sich vor Augen führt, dass es bei der Arbeitssicherheit (im hier verstandenen, weiten Sinne; Rz. 80) sowohl um die Unfallverhütung (Prävention) als auch um Verantwortlichkeits- und Haftungsfragen geht, die sich im Nachgang zu einem Unfall stellen. 13
- Zweitens handelt es sich bei den Normen der Arbeitssicherheit *nicht nur um staatliche Normen* (Rechtsnormen), sondern zu einem grossen Teil um Normen, die von halb- oder nichtstaatlichen Akteuren (etwa von der SUVA oder von Produkteherstellern) aufgestellt werden und den Rechtsnormen in diesem Sinne nachgelagert sind (Rz. 84). 14

¹⁵ Zur Denkweise von Juristen grundlegend GAUCH, Juristisches Denken, passim. Er warnt zurecht davor, «die Systematisierung so weit zu treiben, dass sie, von aussen betrachtet, geradezu zum Selbstzweck wird» (S. 184).

¹⁶ Der Rechtsstoff wird gemeinhin in verschiedene Gebiete eingeteilt. Gestützt auf diese Einteilung wird etwa der Unterricht an Universitäten gegliedert; weiter spielt sie für die Organisation der Gerichtsbehörden eine Rolle. Auch die Spezialisierung in den juristischen Berufen erfolgt mit Blick auf die verschiedenen Gebiete (vgl. FORSTMOSER/VOGT, Einführung, § 5 Rz. 21 ff.). Meiner Arbeit lege ich die Dreiteilung in Zivilrecht, Verwaltungsrecht und Strafrecht zugrunde, die ich als klassisch bezeichne. Anzumerken habe ich diesbezüglich zweierlei: Erstens verwende ich die Begriffe Verwaltungsrecht und öffentliches Recht synonym, obwohl ersteres auch als Unterkategorie des letzteren bezeichnet werden kann. Zweitens kann man auch das Strafrecht als Unterkategorie des öffentlichen Rechts auffassen. Hier verstehe ich das Strafrecht jedoch als eigenständiges Teilrechtsgebiet. Für eine schematische Übersicht über die verschiedenen Gebiete des positiven Rechts siehe FORSTMOSER/VOGT, Einführung, § 5, nach Rz. 27 (S. 162).

- 15 – Drittens enthalten *sowohl das Bundes- als auch das kantonale Recht* Bestimmungen, die «Normen der Arbeitssicherheit» sind. Meine Untersuchung konzentriert sich indessen auf das Recht des Bundes; kantonales Recht ist von der Untersuchung ausgenommen (Rz. 62).

II. Der Gegenstand der Untersuchung: Die «Normen der Arbeitssicherheit»

A. Die gängige Terminologie und die mit ihr verbundenen Missverständnisse

- 16 **1. Gegenstand der Untersuchung** bilden die im Titel der Arbeit erwähnten **Normen der Arbeitssicherheit**. Auf den Begriff der «Arbeitssicherheit» sowie auf die Frage, was unter «Normen» zu verstehen ist, gehe ich im ersten Teil der Arbeit ein (Rz. 73 ff.). Schon hier ist aber auf eine grundsätzliche Beobachtung terminologischer Natur hinzuweisen: In Rechtsnormen, in Gerichtsurteilen und in der Lehre werden für die hier interessierenden Normen *mannigfache Bezeichnungen* verwendet:
- 17 **a.** Anzutreffen sind etwa die Formulierungen «Vorschriften der Arbeitssicherheit»¹⁷, «Regeln der Arbeitssicherheit»¹⁸, «Sicherheitsvorschriften zur

¹⁷ Art. 28 Abs. 1 lit. a SafeguardsV. Siehe in der Rechtsprechung etwa BVGE 2010/37 E. 2.4.2.2, wo das Bundesverwaltungsgericht den Ausdruck «Arbeitssicherheitsvorschriften» verwendet. In der Verordnung über die Unfallverhütung (VUV) taucht der Ausdruck «Vorschriften über die Arbeitssicherheit» gleich mehrfach auf, und zwar in folgenden Artikeln: Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 und 3, Art. 3 Abs. 1, Art. 47, Art. 48 Abs. 2, Art. 52a Abs. 1 bis 3, Art. 57 lit. c sowie in der Titelüberschrift vor Art. 60 ff. VUV. Auch in verschiedenen Musterdokumenten, welche die EKAS den Durchführungsorganen der Arbeitssicherheit zur Verfügung stellt, ist von den «Vorschriften über die Arbeitssicherheit» die Rede (vgl. etwa das Muster für eine erste Ermahnung, abgedruckt in EKAS, Wegleitung, S. 81). Vgl. auch SCHUMACHER/MIDDENDORF, Kommentar SIA-Norm 118 (2013), N 9.3 zu Art. 104; VON KAENEL, Arbeitgeberhaftung, Rz. 14.75. Im kantonalen Recht siehe Art. 55 Abs. 1 BAMG/FR, der dem kantonalen Arbeitsinspektorat als Vollzugsorgan für die «Vorschriften über die Arbeitssicherheit» bezeichnet. Im Entsenderecht findet sich der Ausdruck «Vorschriften zur Arbeitssicherheit» (Art. 8b Abs. 2 lit. a Ziff. 3 EntsV): Ein Erstunternehmer kann, um seiner entsenderechtlichen Sorgfalt nachzuleben, sich die Einhaltung der minimalen Arbeitsbedingungen durch eine vom Subunternehmer unterzeichnete Selbstdeklaration darlegen lassen. Mit dieser Selbstdeklaration bestätigt der Subunternehmer, er halte die «Vorschriften zur Arbeitssi-

Unfallverhütung»¹⁹, «SUVA-Vorschriften»²⁰, «SUVA-Normen»²¹ oder «SUVA-Bestimmungen»²². Diese uneinheitliche Terminologie erschwert die Orientierung für all jene, die in der Rechtsanwendung mit den Normen der Arbeitssicherheit befasst sind.

b. Obschon die Terminologie uneinheitlich ist (Rz. 16 f.), meinen die verschiedenen Ausdrücke regelmässig dasselbe: Mit ihnen wird auf jene Normen der Arbeitssicherheit Bezug genommen, die sich darüber aussprechen, wer sich wie zu verhalten hat, damit sich Arbeitssicherheit, verstanden als Zustand (Rz. 80 f.), einstellt. Diese Gruppe von Normen bezeichne ich in der Untersuchung als «*Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit*». Ihnen ist der zweite Teil der Arbeit gewidmet (Rz. 268 ff.).

Sogleich ist dem nachzuschreiben, dass die Verhaltensnormen bloss eine von zwei hier interessierenden Untergruppen von Normen darstellen. Gegenstand der Untersuchung sind auch jene Normen, die sich mit der Frage befassen, welche Sanktionen die Rechtsordnung für den Fall eines Verstosses gegen Verhaltensnormen vorsieht. Ich nenne sie «*Sanktionsnormen der Arbeitssicherheit*» und analysiere sie im dritten Teil der Arbeit (Rz. 564 ff.).

2. Die uneinheitliche Terminologie (Rz. 16 f.) ist nicht nur unpräzise, sondern führt zu **Missverständnissen**.²³ Aufzeigen lässt sich dies an den zwei den Alltag prägenden²⁴ Termini «SUVA-Vorschriften» und «SUVA-

cherheit» ein. Siehe zu der per 1. Juli 2013 verschärften Haftung des Erstunternehmers, die gemeinhin – aber unzutreffend (BK OR-KRATZ, N 310 Vorbem. zu Art. 143–150) – als «Solidarhaftung» bezeichnet wird, grundlegend STÖCKLI/BIERI, Ausfallhaftung, passim; weiter BIERI, Ausfallhaftung, passim; EQUEY, Responsabilité, passim.

¹⁸ Art. 13 Abs. 1 lit. d Kranverordnung; STÖCKLI, Suva-Klausel, S. 374.

¹⁹ BGer 6B_287/2014 vom 30. März 2015 E. 3.2.

²⁰ Aus der Rechtsprechung etwa BGer 6B_179/2013 vom 29. August 2013 E. 2.2; OGer ZH SB150298 vom 17. Dezember 2015 E. 2.4.2; OGer ZH SB120370 vom 15. März 2013 E. 1.3 und E. 2.3; OGer TG SG 1995 Nr. 128 vom 17. Oktober 1995 E. 2c. Auch in der Literatur ist von den «SUVA-Vorschriften» die Rede (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 6 zu Art. 328 OR; ZEHNDER, Planerverträge, Rz 12.50). Vgl. im kantonalen Recht Art. 70 Abs. 1 BauV/BE, der auf die «Vorschriften ... der SUVA» Bezug nimmt.

²¹ BGer 6P.58/2003, 6S.159/2003 und 6S.160/2003 (vereinigte Verfahren) vom 3. August 2004 E. 5.2.

²² Vgl. GAUCH/PRADER, Kommentar SIA-Norm 118 (1977/1991), N 4 lit. a zu Art. 124 Abs. 1.

²³ Dazu und zum Folgenden SCHUMACHER, Sicheres Bauen, Rz. 372.

²⁴ SCHUMACHER, Sicheres Bauen, Rz. 372.

Bedingungen». Sie suggerieren gleich dreierlei Unzutreffendes:

- 21 – Erstens legen sie nahe, dass ausschliesslich die SUVA Normen der Arbeitssicherheit aufstellt. Zutreffend ist zwar, dass das Normenwerk der SUVA für Belange der Arbeitssicherheit sehr bedeutsam ist (Rz. 462). Jedoch stammen die Normen der Arbeitssicherheit zu einem gewichtigen Teil nicht von der SUVA, sondern von anderen, im Bereich der Arbeitssicherheit tätigen Akteuren, nicht zuletzt von der Bundesversammlung und dem Bundesrat, die im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen Rechtsnormen (Gesetzes- und Verordnungsrecht) erlassen und im weitesten Sinne auch zu den im Bereich der Arbeitssicherheit tätigen Akteuren zu zählen sind (Rz. 102 ff.).
- 22 – Zweitens könnte ob den Bezeichnungen der Eindruck entstehen, die entsprechenden Vorschriften seien einzig auf Personen anwendbar, die bei der SUVA obligatorisch gegen die Folgen von Unfällen versichert sind. Dem ist jedoch nicht so: Die Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit gelten zufolge Art. 81 Abs. 1 UVG gerade nicht nur für Betriebe, deren Arbeitnehmer bei der SUVA versichert sind, sondern generell «für alle Betriebe, die in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen»^{25, 26}
- 23 – Drittens suggeriert die Bezeichnung des Normenwerks der SUVA als «SUVA-Vorschriften», dass es sich um verbindliche Rechtsnormen handelt. Auch das Bundesgericht hat schon mit dem Ausdruck «Vorschriften der SUVA» operiert.²⁷ Damit hat es jedenfalls nichts zur Schärfung der Terminologie beigetragen. Zu unterstreichen ist nämlich, dass es sich beim Normenwerk der SUVA (z.B. bei ihren Broschüren, Checklisten, Factsheets und Merkblätter) um grundsätzlich nichtverbindliches Recht –

²⁵ Zum voraussichtlich per 1. Januar 2017 in Kraft tretenden, leicht abgeänderten Gesetztext siehe Rz. 980.

²⁶ SCHUMACHER, *Sicheres Bauen*, Rz. 372; vgl. EKAS, *Leitfaden*, S. 1 (Ziff. 1): «Das UVG unterstellt alle Betriebe den gleichen Vorschriften über die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten.» Zum arbeitsrechtlichen Begriff des Betriebs siehe HUSMANN, *Betriebsschutzvorschriften*, S. 5 ff.

²⁷ Vgl. BGer 6P.58/2003, 6S.159/2003 und 6S.160/2003 vom 3. August 2004 (vereinigte Verfahren), wo im Sachverhalt (unter Buchstabe A.) von den «Vorschriften der SUVA» die Rede ist und in Klammern die Bauarbeitenverordnung (BauAV) darunter subsumiert wird. Nach SCHUMACHER, *Sicheres Bauen*, Rz. 372, wird «routinemässig übersehen», dass die Verordnungen im Bereich der Arbeitssicherheit, darunter insbesondere die Bauarbeitenverordnung, «formell vom Bundesrat und nicht von der SUVA erlassen worden sind, auch wenn sie faktisch die «Handschrift» der SUVA verraten».

und damit nicht um «Vorschriften» im Sinne von Rechtsnormen – handelt (Rz. 155).

B. Vier Beispielfälle

1. In meiner Arbeit greife ich immer wieder auf Beispielfälle zurück. Dabei geht es nicht um Falllösungen. Die Fälle dienen vielmehr dazu, die Ausführungen möglichst plastisch und verständlich darzustellen. Die Beispielfälle stammen aus dem Bereich des Bauens. Inwiefern Fragen der Arbeitssicherheit gerade bei Bauarbeiten besonders wichtig sind, werde ich noch dartun (Rz. 34 ff.). 24

2. Der Beispielfall 1 ist dabei als Ausgangsfall zu verstehen, während die Beispielfälle 2, 3 und 4 Ergänzungen dazu sind. 25

1. Beispielfall 1

1. Ein Bauarbeiter wird von seinem Arbeitgeber angewiesen, an einem sich im Bau befindlichen Gebäude Arbeiten auszuführen: Er soll sich um Installationsarbeiten an der Aufzugsanlage kümmern. Als der Bauarbeiter auf der Baustelle eintrifft, stellt er fest: Der ihm zugedachte Arbeitsplatz, der sich seiner Einschätzung nach auf ungefähr drei bis vier Metern über Boden befindet, ist weder mit einem Fassadengerüst noch anderweitig abgesichert. Der Arbeitnehmer meldet dies seinem Arbeitgeber telefonisch, weil er sich unsicher ist, ob der Arbeitsplatz mit einem Gerüst gesichert werden müsste. Der Arbeitgeber wiederum ist ratlos. Zwar weiss er, dass ihn grundsätzlich eine Pflicht trifft, Massnahmen zum Schutz seines Arbeitnehmers zu treffen. Hingegen ist auch er unsicher, ob er im konkreten Fall verpflichtet ist, für die Erstellung eines Fassadengerüsts zu sorgen, bevor sein Arbeitnehmer dort die vorgesehenen Arbeiten ausführen kann. 26

2. Die Antwort auf die Frage nach den gebotenen Schutzmassnahmen, wie sie sich im Beispielfall 1 stellt, liefern jene Normen, die ich als «Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit» bezeichne. Von ihnen handelt der zweite Teil meiner Arbeit (Rz. 268 ff.). 27

2. Beispielfall 2

- 28 1. Im Beispielfall 2 wird der Beispielfall 1 im Sinne einer Hypothese dahingehend ergänzt, als angenommen wird, den Arbeitgeber treffe im konkreten Fall tatsächlich die Pflicht, ein Fassadengerüst zu errichten. Aus der Sicht des Arbeitnehmers fragt sich nun, wie er sich verhalten soll, wenn der Arbeitgeber sich weigert, für die Erstellung des gebotenen Gerüsts zu sorgen. Angenommen wird weiter, dass der Arbeitnehmer nicht bereit ist, seine Arbeit in einer solch «unsicheren» Umgebung zu verrichten. Von Interesse ist in dieser Situation etwa, welche zivilrechtlichen Behelfe dem Arbeitnehmer aus seinem Arbeitsvertrag gegenüber seinem Arbeitgeber zustehen. Von Interesse ist aber auch, ob und gegebenenfalls welche Konsequenzen das Fehlverhalten des Arbeitgebers in verwaltungs- und in strafrechtlicher Sicht zeitigt: Hat die SUVA aktiv zu werden? Und ist die Staatsanwaltschaft gehalten, eine Strafuntersuchung zu eröffnen, um zu eruieren, ob ein strafbares Verhalten des Arbeitgebers vorliegt?
- 29 2. Die Antworten auf die sich im Beispielfall 2 stellenden Fragen liefern jene Normen, die ich als «Sanktionsnormen der Arbeitssicherheit» bezeichne. Von ihnen handelt der dritte Teil meiner Arbeit (Rz. 564 ff.).

3. Beispielfall 3

- 30 1. Im Beispielfall 3 kommt es wegen der Unterlassung des Arbeitgebers, das gebotene Gerüst zu errichten, zum Arbeitsunfall: Der Bauarbeiter (und Arbeitnehmer) stolpert und stürzt in die Tiefe. Er zieht sich schwere Verletzungen zu und muss hospitalisiert werden. Auch hier fragt sich, welche verwaltungs- und strafrechtlichen Sanktionen den fehlbaren Arbeitgeber treffen. Zivilrechtlich geht es um die Frage, wer für den durch den Unfall entstandenen Schaden einzustehen hat.
- 31 2. Wiederum sind es (wie bereits im Beispielfall 2) die «Sanktionsnormen der Arbeitssicherheit», welche die Antworten auf diese Fragen liefern. Diese Normen sind Gegenstand des dritten Teils meiner Arbeit (Rz. 564 ff.).

4. Beispielfall 4

1. Auch im Beispielfall 4 unterstelle ich dem Arbeitgeber ein Fehlverhalten, das darin besteht, nicht für die Errichtung des gebotenen Fassadengerüsts zu sorgen.²⁸ Zwar führt diese Unterlassung im Beispielfall 4 nicht zum Unfall, doch aber dazu, dass ein Inspektor der SUVA anlässlich einer Baustellenkontrolle auf diesen Missstand aufmerksam wird. Der SUVA-Inspektor fragt sich, ob er – zusätzlich zu den verwaltungsrechtlichen Sanktionen, die er ergreifen kann – Strafanzeige gegen den fehlbaren Arbeitgeber einreichen soll. 32

2. Die Frage, inwiefern der SUVA-Inspektor zur Strafanzeige berechtigt und allenfalls gar verpflichtet ist, diskutiere ich im vierten Teil meiner Arbeit (Rz. 1005 ff.). 33

C. Die Fokussierung auf das Bauen

1. Bauarbeiten als risikoreiche Arbeiten

1. Wie aus dem Untertitel der Arbeit hervorgeht, gilt Bauarbeiten bei der Untersuchung der Normen der Arbeitssicherheit besonderes Augenmerk. So betreffen auch die Beispielfälle (Rz. 24 ff.) das Bauen. Meiner Einschätzung nach eignet sich die Baubranche²⁹ besonders, um rechtliche Fragen der Arbeitssicherheit zu diskutieren. Was mich zu dieser Einschätzung bringt, lege ich nachfolgend dar. 34

2. Bauen ist in verschiedener Hinsicht und aus der Perspektive aller Beteiligten ein risikoreiches Unterfangen. Vorliegend interessiert ausschliesslich das Risiko des Arbeitnehmers, bei der Arbeit zu verunfallen und einen Personenschaden zu erleiden. Bauarbeiten sind Arbeiten, «denen erhebliche und ... nicht voll beherrschbare Gefahren anhaften»³⁰. Im Branchenvergleich ist das 35

²⁸ Vgl. Art. 18 BauAV. Für die Zwecke des Beispielfalls 4 gehe ich davon aus, dass der Arbeitgeber den Verstoss gegen die Vorschrift zu verantworten hat. Ausgeklammert wird damit die potenzielle Verantwortlichkeit weiterer Akteure (etwa der Bauleitung).

²⁹ Hier werden die Begriffe «Baubranche» und «Baugewerbe/Bau» synonym verwendet. Vgl. zur Definition von «Baugewerbe/Bau» Fn. 32.

³⁰ WIDMER, Gefahren, S. 299.

Unfallrisiko³¹ beim Bauen hoch. Dies ist mit Bezug auf die Unfallhäufigkeit als auch auf die Unfallfolgen zu erläutern.

- 36 a. Beim Bauen ereignen sich im Vergleich zu anderen Branchen, also in relativen Zahlen ausgedrückt, *vielen Arbeitsunfälle*. Der Statistik der Unfallversicherung ist zu entnehmen, dass sich im Jahr 2013 im Zweig «Baugewerbe/Bau»³² 173,4 Berufsunfälle pro 1'000 Vollbeschäftigten ereigneten.³³ Einzig im Zweig «Kunst, Unterhaltung und Erholung» haben sich im Verhältnis noch mehr Unfälle zugetragen (175,7 pro 1'000 Vollbeschäftigten).³⁴ Proportional am wenigsten Unfälle haben sich im Berichtsjahr im Zweig «wissenschaftliche und technische Dienstleistungen» ereignet (23,1 pro 1'000 Vollzeitbeschäftigten).³⁵
- 37 Bei Betrachtung der absoluten Zahlen wird die hohe Bedeutung der Arbeitssicherheit beim Bauen noch augenscheinlicher: Im Zweig «Baugewerbe/Bau» ereignen sich jährlich gut 50'000 Arbeitsunfälle; rund 25 davon enden tödlich.³⁶ Im Zweig «Kunst, Unterhaltung und Erholung», wo relativ

³¹ Den Risikobegriff verstehe ich hier in einem mathematischen Sinne: als Produkt von Unfallwahrscheinlichkeit und dem dadurch entstehenden Gesamtschaden. Vgl. zu dieser Definition, die auch dem risikobasierten Regulierungsansatz (Rz. 545 ff.) zugrunde liegt, SEILER, Abschlussbericht, S. 37 ff.

³² Die Unfallstatistik UVG, die jährlich von der «Koordinationsgruppe für die Statistik der Unfallversicherung UVG» (KSUV) herausgegeben wird (vgl. <www.unfallstatistik.ch> [besucht am 23. Mai 2016]), weist die Unfallzahlen nach «Wirtschaftsabschnitten» aus. Einen solchen Abschnitt stellt «Baugewerbe/Bau» dar. Für die Einteilung der Wirtschaftsabschnitte stellt die Unfallstatistik auf die «Allgemeine Systematik der Wirtschaftszweige» (kurz «NOGA»: Nomenclature Générale des Activités économiques) ab. Die aktuell gültige Version stammt aus dem Jahr 2008 («NOGA 2008»). Unter dem Abschnitt F ist «Baugewerbe/Bau» verzeichnet, worunter die Abteilungen Nr. 41 (Hochbau), 42 (Tiefbau) und 43 (vorbereitende Baustellenarbeiten, Bauinstallation und sonstiges Ausbaugewerbe) fallen. Vgl. zu NOGA die Informationen auf der Homepage des Bundesamts für Statistik unter <www.bfs.admin.ch> und dort unter Infothek/Nomenklaturen/Allgemeine Systematik der Wirtschaftszweige (NOGA), besucht am 23. Mai 2016.

³³ KSUV, Unfallstatistik 2015 (Fn. 32), S. 29. Zur Pflicht, im Bereich der Unfallversicherung einheitliche Statistiken zu führen, siehe Art. 79 Abs. 1 UVG, Art. 105 UVV sowie die Verordnung des EDI vom 15. August 1994 über die Statistiken der Unfallversicherung (SR 431.835).

³⁴ KSUV, Unfallstatistik 2015 (Fn. 32), S. 29.

³⁵ KSUV, Unfallstatistik 2015 (Fn. 32), S. 29.

³⁶ EKAS, Jahresbericht 2013, S. 64. Die von der EKAS angegebene absolute Zahl von ungefähr 50'000 Arbeitsunfällen lässt sich anhand der Unfallstatistik überprüfen: Multipliziert man die geschätzte Anzahl Vollzeitbeschäftigte im Zweig «Baugewerbe/Bau»

ein höheres Risiko zu verzeichnen ist als beim Bauen (Rz. 36), sind es absolut gut 5'000 Arbeitsunfälle.³⁷ Im Zweig «wissenschaftliche und technische Dienstleistungen», für den die Statistik das in relativen Zahlen ausgedrückt tiefste Unfallrisiko ausweist (Rz. 36), verunfallen jährlich ungefähr 6'500 Personen bei der Arbeit.³⁸

b. Unfälle bei Bauarbeiten sind nicht nur zahlreich, sondern führen regelmässig zu komplexen Personenschäden und damit zu *hohen Kosten*.³⁹ Nicht selten hat ein Bauunfall Invalidität oder gar den Tod zur Folge. Entsprechend hoch fallen die Kosten bei Bauunfällen aus: Während gemäss Unfallstatistik im unfallträchtigsten Zweig «Kunst, Unterhaltung und Erholung» die Kosten gerademal CHF 830.– pro Vollzeitbeschäftigten betragen, sind es im Zweig «Baugewerbe/Bau» CHF 1'489.–, mithin fast doppelt so viel.⁴⁰

3. Statistisch ist demnach erhärtet, dass Unfälle bei Bauarbeiten nicht nur häufig sind, sondern auch hohe Kosten verursachen. Damit lässt sich erklären, weshalb verschiedene Akteure im Bereich des Bauens einen **Präventionsschwerpunkt** setzen. So wirken etwa die EKAS und die SUVA besonders auf die Unfallverhütung und damit auf die Vermeidung von menschlichem Leid und von Kosten hin, die durch Bauunfälle im Besonderen entstehen.⁴¹ Bei der Frage, in welchen Bereichen in der Prävention Schwerpunkte zu setzen sind (z.B. beim Stolpern oder beim Einsatz von Lehrlingen) ist die statistische Erfassung und Auswertung von Unfällen eminent wichtig.⁴²

4. Bauarbeiten eignen sich für die hier interessierende konzeptionelle Frage besonders, weil sie im Vergleich zu anderen Arbeiten relativ **stark reguliert** sind: So handelt es sich beim Bauen um die einzige Branche, für die der Bundesrat im Zusammenhang mit der Arbeitssicherheit eine eigene Verordnung erlassen hat: die *Bauarbeitenverordnung* (BauAV; Rz. 247). Sie legt die grundlegenden Sicherheitsmassnahmen fest, die bei Bauarbeiten zu treffen

(309'000; KSUV, Unfallstatistik 2015 [Fn. 32], S. 15) mit der entsprechenden Zahl der anerkannten Fälle (173,4 pro 1'000 Vollzeitbeschäftigte; KSUV, Unfallstatistik 2015 [Fn. 32], S. 29), ergibt dies 53'580,6 (309'000x173,4/1'000).

³⁷ Zur Berechnung dieser Zahl siehe Fn. 36. Die so ermittelte Zahl ist 5'271.

³⁸ Zur Berechnung dieser Zahl siehe Fn. 36. Die so ermittelte Zahl ist 6'675,9.

³⁹ Für eine Zusammenstellung von Fällen, welche die Schwere von Körperverletzungen bei Bauunfällen zeigen, siehe BENDEL, Bauen, S. 28 f.

⁴⁰ KSUV, Unfallstatistik 2015 (Fn. 32), S. 29.

⁴¹ Vgl. <www.suva.ch> unter Prävention/Sichere Baustelle (besucht am 23. Mai 2016).

⁴² SUVA, Fünfjahresbericht, S. 51.

sind. Sofort ist aber darauf hinzuweisen, dass die Bauarbeitenverordnung nur eine von mehreren Quellen ist, die Normen der Arbeitssicherheit enthält, die sich spezifisch mit Bauarbeiten befassen. So sind verschiedene Richtlinien der EKAS (Rz. 254 ff.) sowie weitere den Rechtsnormen «nachgelagerte Normen» (Rz. 267) eigens auf Bauarbeiten ausgerichtet.

- 41 **5. Hingewiesen sei auf die grosse Bedeutung der Baubranche für die Schweizer Wirtschaft:** Gemessen an der Anzahl Beschäftigter handelt es sich um die grösste Branche des sekundären⁴³ Wirtschaftssektors und gesamtwirtschaftlich (über alle drei Sektoren hinweg) um die drittgrösste Branche.⁴⁴ Im Wirtschaftsabschnitt «Baugewerbe/Bau»⁴⁵ sind insgesamt rund 350'000 Personen beschäftigt; sie verteilen sich auf gut 45'000 Unternehmen.⁴⁶

2. Auswirkungen dieser Fokussierung auf die Untersuchung

- 42 **1. Wie aufgezeigt, halte ich Bauarbeiten vor allem deshalb für besonders geeignet, um die «Normen der Arbeitssicherheit» zu systematisieren, weil sie risikoreich sind (Rz. 34 ff.). Wenn ich dem Bauen in dieser Untersuchung entsprechend viel Platz einräume, will ich gleichzeitig unterstreichen, dass es einzig als Anschauungsbeispiel dient. Die aufgeworfenen Fragen stellen sich bei anderen Arbeiten als Bauarbeiten vielfach ebenso. Deshalb sind die Überlegungen grundsätzlich auch auf Arbeiten ausserhalb des Bauens übertragbar, was umso mehr gilt, als die drei «Kernnormen der Arbeitssicherheit» (Rz. 45 ff.), die den Ausgangspunkt für die Verhaltensnormen bilden, für**

⁴³ Zur Einteilung der Wirtschaft in drei Sektoren vgl. Fn. 47.

⁴⁴ Das ergibt sich aus dem Branchenporträt, das vom Bundesamt für Statistik (BFS) gestützt auf die Betriebszählung 2008 erstellt und im Juli 2010 publiziert wurde. Das Porträt ist elektronisch abrufbar unter <www.bfs.admin.ch> und dort unter Dienstleistungen/Publicationen Statistik Schweiz/Publicationskatalog Statistik der Schweiz (Suche im Titel nach «Betriebszählung 2008»), besucht am 23. Mai 2016. Die angeführten Aussagen finden sich auf S. 2 des Porträts.

⁴⁵ Siehe Fn. 32.

⁴⁶ Diese Zahlen sind der Statistik der Unternehmensstruktur «STATENT» aus dem Jahr 2013 entnommen. Sie sind abrufbar unter <www.bfs.admin.ch> und dort unter Themen/06-Industrie, Dienstleistungen/Unternehmen/Detaillierte Daten – Beschäftigung, Unternehmen/STATENT Statistik der Unternehmensstruktur/Marktwirtschaftliche Unternehmen nach Wirtschaftsabteilungen und Grössenklasse (besucht am 23. Mai 2016).

sämtliche Arten von Arbeit massgebend sind. Auch die Verordnung über die Unfallverhütung (VUV) ist nicht auf das Bauen beschränkt.

2. Der Schwerpunkt auf Bauarbeiten hat nichtsdestotrotz gewisse Auswirkungen auf die Untersuchung. Eine *erste Auswirkung* ergibt sich aus der Zuordnung des Bauens zum sekundären Wirtschaftssektor.⁴⁷ Nach den vom Bundesamt für Statistik (BFS) erhobenen Zahlen handelt es sich um den Sektor, in dem am zweitmeisten Personen (1,1 Mio.) beschäftigt sind. Zum Vergleich: Im tertiären Sektor sind es gut 3 Mio.⁴⁸

Insbesondere im tertiären Sektor verlagert sich der Arbeitnehmerschutz zunehmend auf den Schutz der psychischen Gesundheit;⁴⁹ Themen wie Stress oder Mobbing stehen dabei oftmals im Zentrum.⁵⁰ Im sekundären Sektor hingegen, und insbesondere beim Bauen, findet diese Verlagerung nicht im gleichen Masse statt. Vielmehr steht bei Bauarbeiten der **Schutz vor Beeinträchtigungen der physischen Integrität** weiterhin im Vordergrund. Innerhalb des sekundären Sektors ist zu konstatieren, dass Arbeitsunfälle mit Todesfolge oft auf Ursachen zurückzuführen sind, wie sie typischerweise bei Bauarbeiten auftreten. Zu nennen sind (in absteigender Reihenfolge ihrer Häufigkeit): Absturz, Instandhaltung, Kraneinsatz, Stolpern, Gerüste, Forstarbeiten, Leitern, Stapler und Elektrizität.⁵¹

⁴⁷ Gemeinhin werden drei Wirtschaftssektoren unterschieden: Der primäre Sektor erfasst die Land- und Forstwirtschaft sowie die Fischerei. Zum sekundären Sektor gehören die Industrie, das verarbeitende Gewerbe sowie der Hoch-, der Tief- und der Bergbau. Den tertiären Sektor bilden Dienstleistungsbranchen wie Handel, Gastgewerbe, Finanz- und Versicherungsdienstleistungen, Gesundheitswesen sowie die öffentliche Verwaltung (vgl. zu dieser Dreiteilung der Wirtschaftssektoren etwa die Eidgenössische Betriebszählung 2008, Wirtschaftsstruktur, S. 7; abrufbar unter <www.bfs.admin.ch> und dort unter Dienstleistungen/Publikationen Statistik Schweiz/Publikationskatalog Statistik der Schweiz [Suchbegriff «Wirtschaftsstruktur»], besucht am 23. Mai 2016).

⁴⁸ Diese Zahlen sind der Statistik der Unternehmensstruktur STATENT aus dem Jahr 2013 entnommen (siehe Fn. 46). Der Vollständigkeit halber sei hier angefügt, dass im primären Sektor gut 150'000 Personen beschäftigt sind.

⁴⁹ Zum Gesundheitsbegriff siehe KIESER, ATSG-Kommentar, N 1 ff. zu Art. 3 m.w.H.; vgl. auch die Ottawa-Charta der Weltgesundheitsorganisation (WHO) vom 21. November 1986.

⁵⁰ Zum Schutz der Arbeitnehmer vor psychischen Gesundheitsrisiken einlässlich STEIGER-SACKMANN, Psychische Gesundheitsrisiken, passim.

⁵¹ Siehe die Übersicht unter <www.sicherheits-charta.ch> und dort unter Vision 250 Leben/Tödliche Berufsunfälle nach Tätigkeitsbereich (besucht am 23. Mai 2016).

- 45 **3.** Wenngleich die physische Integrität im Vordergrund steht, betreffen die hier dargestellten Normen zumindest **teilweise auch den psychischen Gesundheitsschutz**. Das trifft insbesondere auf die drei Gesetzesvorschriften zu, die ich als «Kernnormen der Arbeitssicherheit» bezeichne (einlässlich Rz. 276 ff.): Sie sind nicht auf den Schutz der physischen Gesundheit beschränkt, sondern zielen ebenso auf den Schutz der psychischen Gesundheit ab. Dies sei für jede Kernnorm in gebotener Kürze erläutert:
- 46 **a.** Die erste öffentlich-rechtliche Kernnorm, *Art. 82 Abs. 1 UVG*, dient dem Schutz vor Berufsunfällen und Berufskrankheiten. Beide dieser Begriffe betreffen sowohl die psychische als auch die physische Gesundheit:
- 47 – Die Definition des Berufsunfalls (*Art. 7 UVG*) baut auf der in *Art. 4 ATSG* enthaltenen Definition des Unfalls auf: «Unfall ist die plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung auf den menschlichen Körper, die eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit oder den Tod zur Folge hat.»
- 48 – Entsprechendes ergibt sich auch aus der Definition der Berufskrankheit (*Art. 9 UVG*). Für sie ist auf die in *Art. 3 Abs. 1 ATSG* enthaltene Definition der Krankheit zurückzugreifen: «Krankheit ist jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.»
- 49 **b.** Die zweite öffentlich-rechtliche Kernnorm, *Art. 6 Abs. 1 ArG*, ist auf den allgemeinen Gesundheitsschutz ausgerichtet. Indem nicht an die spezifischen Begriffe des Berufsunfalls und der Berufskrankheit angeknüpft wird, bietet *Art. 6 Abs. 1 ArG* einen umfassenderen Schutz als *Art. 82 Abs. 1 UVG*.⁵² Die beiden Vorschriften sind indes in dem Sinne gleichgelagert, als auch das Arbeitsgesetz sowohl die psychische als auch die physische Gesundheit schützt (vgl. *Art. 2 Abs. 1 ArGV 3*).
- 50 **c.** Die zivilrechtliche Kernnorm, *Art. 328 Abs. 2 OR*, schützt das Leben, die Gesundheit und die persönliche Integrität des Arbeitnehmers. Geschützt ist nebst der physischen auch die psychische Gesundheit.⁵³

⁵² OFK ArG-MÜLLER, N 3 zu *Art. 6*.

⁵³ CoRO CO I-AUBERT, N 5 zu *Art. 328*; ZK OR-STAEHELIN, N 16 zu *Art. 328*. Vgl. auch BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, N 11a zu *Art. 328*; BRÜHWILER, Kommentar, N 2 zu *Art. 328 OR*; weiter SONNENBERG, Protection, S. 182.

4. Der Schwerpunkt auf Bauarbeiten führt weiter dazu, dass vorwiegend **bauspezifische Anwendungsfälle** erwähnt werden. Insbesondere ist, wenn es um verwaltungsrechtliche Aspekte geht, regelmässig von der SUVA als zuständiges Durchführungsorgan die Rede. Sie ist nach Art. 49 Abs. 1 Ziff. 11 VUV für den Gesetzesvollzug zuständig in «Betriebe[n] des Bauhauptgewerbes, des Ausbaus und der Gebäudehülle sowie andere[n] Betriebe[n], die auf deren Baustellen Arbeiten ausführen».

Auch ausserhalb des Bauens ist die SUVA in vielen (aber nicht in allen)⁵⁴ Betrieben für den Vollzug der Vorschriften über die Unfallverhütung zuständig (vgl. Art. 49 Abs. 1 Ziff. 1–26 VUV). Für den Vollzug der Vorschriften über die Verhütung von Berufskrankheiten ist sie gar ausschliesslich zuständig (Art. 50 Abs. 1 VUV). Sie kann demnach als «hauptsächliche[s] Durchführungsorgan»⁵⁵ bezeichnet werden.

D. Thematische Eingrenzungen

Vorliegend geht es, wie schon erwähnt (Rz. 11), um eine Systematisierung der Normen der Arbeitssicherheit. Es geht nicht darum, in abschliessender Weise alle Normen zu identifizieren, welche die Arbeitssicherheit im weiteren Sinne betreffen. Es ist deshalb angezeigt, an dieser Stelle auf die wichtigsten thematischen Eingrenzungen hinzuweisen. Dabei gehe ich zuerst auf die Eingrenzungen genereller Natur ein (Rz. 54 ff.), bevor ich erläutere, inwiefern ich selbst innerhalb des Bauens Eingrenzungen vornehme (Rz. 63 ff.). Darüber hinaus weise ich jeweils dort auf einzelne, von der Untersuchung ausgenommene Themenbereiche hin, wo sich entsprechende Ausführungen aufdrängen würden.

⁵⁴ In Art. 47 VUV ist die Auffangregel enthalten, wo die Zuständigkeit der kantonalen Durchführungsorgane des Arbeitsgesetzes für jene Fälle begründet wird, in denen nicht ein anderes Durchführungsorgan (insbesondere nicht die SUVA) zuständig ist.

⁵⁵ Vgl. Vernehmlassungsvorlage des Eidgenössischen Departements des Innern (EDI) zur Revision des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung vom November 2006, S. 9, abrufbar unter <www.bag.admin.ch> und dort unter Themen/Unfall- und Militärversicherung/Unfallversicherung/Projekte/Revision des UVG (besucht am 23. Mai 2016).

1. Eingrenzungen genereller Natur

- 54 1. Die Untersuchung erfolgt aus einer ausschliesslich juristischen Perspektive. Das ist deshalb zu betonen, weil **verschiedene Wissenschaften** einen jeweils eigenen Zugang zum Thema Arbeitssicherheit entwickelt haben: etwa die Medizin, die Psychologie, die Soziologie oder die Ökonomie. Jede Disziplin trägt dazu bei, neue Lösungsansätze für die regelmässig komplexen Fragestellungen zu entwickeln. Interdisziplinarität ist in der Arbeitssicherheit eminent wichtig.⁵⁶ Zwei Beispiele aus der *Arbeitspsychologie* sollen dies veranschaulichen:
- 55 – Die Autoren einer englischen Studie fordern eine konsequente Umsetzung von Mikropausen, um die Unfallzahlen zu senken. Hinter der Forderung steht die Erkenntnis, dass Unaufmerksamkeit oft eine Unfallursache darstellt und echte Daueraufmerksamkeit nur über eine relativ kurze Zeitspanne von ungefähr 30 bis 45 Minuten möglich ist. Die Umsetzung von Mikropausen wirke der Unachtsamkeit eines Arbeitnehmers entgegen und vermindere das Unfallrisiko nachweislich.⁵⁷
- 56 – Psychosoziale Risiken sind Faktoren, die Unfälle begünstigen können. Stress etwa führt tendenziell zur Umgehung von Sicherheitsvorschriften; die ständige Erreichbarkeit, wie sie unsere Zeit prägt, kann zu Stress und schliesslich zu einem Burnout führen. Die EKAS setzt einen Präventionsschwerpunkt bei den psychosozialen Risiken, zu denen nebst Stress auch Mobbing gehört. Was das angetönte Phänomen der ständigen Erreichbarkeit betrifft, ist ein Blick nach Deutschland interessant. Dort sind Unternehmen vereinzelt zu Massnahmen geschritten, um der erweiterten Erreichbarkeit ihrer Arbeitnehmer einen Riegel zu schieben.⁵⁸ So wird Arbeitnehmern etwa durch technische Massnahmen verunmöglicht, zu bestimmten Zeiten – etwa während den Ferien oder nach Feierabend – über das Smartphone E-Mails abzurufen.

⁵⁶ Zur Bedeutung der Interdisziplinarität bei psychischen Gesundheitsrisiken insbesondere STEIGER-SACKMANN, Psychische Gesundheitsrisiken, Rz. 209.

⁵⁷ Vgl. TUCKER/FOLKARD/MACDONALD, Rest breaks, passim. Die Studie wurde anhand eines grossen Industrieunternehmens mit Schichtarbeit durchgeführt.

⁵⁸ Vgl. etwa «Deutsche Konzerne kämpfen gegen den Handy-Wahn», in: SpiegelOnline vom 17. Februar 2014 (besucht am 23. Mai 2016).

2. Mit der Einschränkung auf eine rechtliche Sichtweise erhält das weite Feld der Arbeitssicherheit bereits schärfere Konturen. Selbst die rechtlichen Aspekte, bei denen man für eine Untersuchung der Arbeitssicherheit ansetzen könnte, sind aber äusserst zahlreich; die Liste jener **Rechtsgebiete**, welche die Arbeitssicherheit (verstanden in einem weiten Sinne; Rz. 80) unmittelbar oder mittelbar tangiert, ist lang.⁵⁹ Dazu gehören etwa das Bauwerkvertragsrecht,⁶⁰ das Recht der Planerverträge,⁶¹ das Vergaberecht,⁶² das Lauterkeitsrecht,⁶³ das Produktesicherheitsrecht⁶⁴ oder das Entsenderecht.⁶⁵

⁵⁹ Vgl. JANUTIN, Gesundheit, S. 96.

⁶⁰ Vgl. etwa Art. 3 Abs. 4 BauAV: «Überträgt der Arbeitgeber die Umsetzung des Werkvertrags einem anderen Arbeitgeber, so muss er sicherstellen, dass dieser die im Werkvertrag enthaltenen Sicherheits- und Gesundheitsschutzmassnahmen realisiert.» Zu Art. 3 BauAV vgl. SCHUMACHER, Sicheres Bauen, Rz. 323 ff., der diese Verordnungsbestimmung als «merkwürdige Baunorm» bezeichnet; DERSELBE, Arbeitssicherheit, passim; weiter GAUCH, Werkvertrag, Rz. 145a Fn. 343. Zur Bedeutung der SIA-Norm 118 für die Arbeitssicherheit vgl. Rz. 65.

⁶¹ Vgl. die SIA-Ordnungen 102 und 103, deren jeweilige Art. 1.2.5 unter dem Titel «Arbeitssicherheit» stehen. Sie halten die folgende Pflicht des Architekten bzw. Ingenieurs fest: Bei der Erbringung seiner vertraglichen Leistungen gewährleistet ... der Beauftragte die Sicherheit der am Bauwerk Beschäftigten, indem er als Arbeitgeber die einschlägigen Sicherheitsvorschriften (insbesondere VUV und BauAV) einhält und mit den Arbeitgebern anderer Betriebe, deren Arbeitnehmer auf der Baustelle tätig sind, die erforderlichen Absprachen trifft (VUV, Art. 9, Abs. 1)» (Art. 1.2.51 der SIA-Ordnungen 102 und 103).

⁶² Vgl. Rz. 64.

⁶³ Art. 7 UWG (Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen) lautet: «Unlauter handelt insbesondere, wer Arbeitsbedingungen nicht einhält, die durch Rechtssatz oder Vertrag auch dem Mitbewerber auferlegt, oder berufs- oder ortsüblich sind.»

⁶⁴ Das Produktesicherheitsgesetz (PrsG), das am 1. Juli 2010 in Kraft trat und das Bundesgesetz über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (aStEG; AS 1977 2370) ablöste (Art. 20 Abs. 1 PrsG), kann als «Basis für die Arbeitssicherheit und auch für die Sicherheit der Konsumentinnen und Konsumenten» verstanden werden, weil unter «den Begriff <Verwenderinnen und Verwender> ... nebst den Konsumentinnen und Konsumenten auch die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer fallen» (AB-SR 2009 86 [Votum Sommaruga in der ständerätlichen Detailberatung von Art. 3 PrsG]). Wer sich für Fragen des Produktesicherheitsgesetzes interessiert, sollte in einer der zahlreichen Publikation fündig werden: Siehe etwa FELLMANN, BRT 2013, passim; DERSELBE, Haftungsrisiken, passim; DERSELBE, Produktesicherheitsgesetz, passim; FELLMANN/FURRER, Herausforderungen, passim; HOLLIGER-HAGMANN, Büchse der Pandora, passim; DIESELBE, Produktesicherheit und Haftpflicht, passim; DIESELBE, PrsG, passim; BÜHLER, Bestandteil, passim.

- 58 **3.** Das Thema Arbeitssicherheit leuchte ich in der Untersuchung aus allen drei klassischen Teilrechtsgebieten aus: Zivilrecht, Verwaltungsrecht und Strafrecht.⁶⁶ Was die zivilrechtliche Betrachtung im Besonderen angeht, liegt der Schwerpunkt auf dem **Einzelarbeitsvertrag**, wie er in den Art. 319 ff. OR geregelt ist. Dort (in Art. 328 Abs. 2 OR) ist die Pflicht des Arbeitgebers, zugunsten seines Arbeitnehmers Schutzmassnahmen zu treffen, verankert. Wenn es im dritten Teil der Arbeit mitunter um die zivilrechtliche Sanktionierung des Arbeitgebers geht (Rz. 575 ff.), interessiert einzig, welche vertraglichen Mittel der Arbeitnehmer ergreifen kann, wenn sein Arbeitgeber gegen eine Verhaltensvorschrift verstösst. Damit klammere ich zweierlei aus:
- 59 – erstens Ansprüche, die der Arbeitnehmer zwar gegen seinen Arbeitgeber hat, die jedoch nicht in den Art. 319 ff. OR gründen. Als weitere Anspruchsgrundlagen kommen insbesondere die Art. 41 Abs. 1, Art. 55 und Art. 58 OR sowie spezialgesetzliche Regelungen, etwa Art. 58 SVG, infrage. Sie alle sind nicht Gegenstand der Untersuchung.
- 60 – zweitens Ansprüche, die dem Arbeitnehmer in der Folge eines Arbeitsunfalls gegen andere Personen als den Arbeitgeber zustehen. Zum Kreis der potenziell Haftpflichtigen gehören etwa Arbeitskollegen,⁶⁷ Planer⁶⁸ oder Werkigentümer.

⁶⁵ Ein Arbeitgeber muss «den entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens die Arbeits- und Lohnbedingungen garantieren, die ... in den folgenden Bereichen vorgeschrieben sind: Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz» (Art. 2 Abs. 1 lit. d EntsG). Wird im Bauhaupt- und Baunebengewerbe gegen solche Vorschriften verstossen, haftet allenfalls nicht nur der betroffene Arbeitgeber (Subunternehmer), sondern auch der Erstunternehmer, insbesondere ein Generalunternehmer (Art. 5 Abs. 2 und 3 EntsG). Vgl. zu dieser Haftung, die per 15. Juli 2013 verschärft wurde, BIERI, Lagebericht, passim; EQUEY, Responsabilité, passim; STÖCKLI/BIERI, Ausfallhaftung, passim.

⁶⁶ Zu dieser Einteilung des Rechtsstoffs vgl. Fn. 16.

⁶⁷ Gemeint ist hier eine direkte Haftung des Arbeitskollegen gegenüber dem Verunfallten. Für Verfehlungen des Arbeitskollegen haftet gegebenenfalls auch der Arbeitgeber (Art. 101 Abs. 1 OR; Rz. 700 ff.).

⁶⁸ STÖCKLI/SIEGENTHALER, Planerverträge, Erläuterung von Grundbegriffen, definieren den Planer folgendermassen: «Selbständige Fachleute der Bauwirtschaft, die planen, leiten, prüfen, überwachen und/oder koordinieren, nicht aber selber bauen. Darunter fallen namentlich Architektinnen und Architekten sowie Ingenieure und Ingenieurinnen, die als solche tätig sind.»

4. Die Normen der Arbeitssicherheit haben eine **Vielzahl von Adressaten**. Das führt dazu, dass der Kreis all jener Personen, welche durch die Normen verpflichtet werden und bei einem Bauunfall möglicherweise zur Verantwortung gezogen werden können, äusserst gross ist.⁶⁹ Zu denken ist etwa an einen Architekten, der einen Bauplan anfertigt und darüber hinaus möglicherweise die Bauleitung auf der Baustelle übernimmt: In beiden Fällen macht er sich allenfalls strafbar, wenn er gegen die Normen der Arbeitssicherheit verstösst und so einen Planungs- oder Bauleitungsfehler begeht.⁷⁰ Zu denken ist aber auch an einen Vorgesetzten (z.B. ein Baupolier), der zivil- und strafrechtlich für den Unfall eines anderen Arbeitnehmers einzustehen hat.⁷¹ Für die Zwecke meiner Arbeit interessiert einzig der Arbeitgeber. Der Fokus liegt, wie in den Beispielfällen (Rz. 24 ff.), auf dem Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber trägt die Hauptverantwortung dafür, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung in einem sicheren Umfeld verrichten kann (Rz. 104 ff.).

5. Wie schon angetönt, enthält auch das **kantonale Recht** Normen, welche die Arbeitssicherheit im weiteren Sinne beschlagen (Rz. 15). Ein Beispiel ist die Bauverordnung des Kantons Bern. Darin findet sich eine Vorschrift betreffend die Hygiene und Unfallverhütung auf Bauplätzen, wonach für «Arbeitnehmerunterkünfte, die Verpflegung am Arbeitsplatz, die Bauplatzeinrichtungen und alle Bauvorgänge ... die nachstehenden Bestimmungen [der Verordnung] sowie die Vorschriften des Bundes und der SUVA [gelten]. Ergänzend sind die Normen des SIA zu beachten» (Art. 70 Abs. 1 BauV/BE). Solche kantonalrechtliche Vorschriften sind von der Untersuchung ausgeklammert; berücksichtigt werden einzig Rechtsnormen des Bundes.

2. Eingrenzungen innerhalb des Bauens

1. Nebst den erwähnten thematischen Eingrenzungen genereller Natur (Rz. 54 ff.) schliesse ich auch innerhalb des Bauens einige Teilaspekte, welche für das Thema Arbeitssicherheit bedeutsam sind, von der Untersuchung

⁶⁹ So stellt etwa SCHUMACHER im Untertitel seines Buchs die Frage: «Wer haftet?», um seine Antwort gleich beizufügen: «Alle!» (SCHUMACHER, *Sicheres Bauen*, Titelseite).

⁷⁰ Zur strafrechtlichen Verantwortung des Planers einlässlich RIKLIN, *Planerverträge*, passim.

⁷¹ Vgl. SCHUMACHER, *Bauplatz*, S. 793.

aus. Es handelt sich insbesondere um die folgenden:

- 64 **a.** Ein erster thematischer Ausschluss betrifft das *öffentliche Vergaberecht*. Auch hier liessen sich Bezugspunkte zur Arbeitssicherheit herstellen. Eine öffentliche Bauherrin als Auftraggeberin hat nach dem in Art. 8 Abs. 1 lit. b BöB verankerten Verfahrensgrundsatz «den Auftrag für Leistungen in der Schweiz nur an einen Anbieter oder eine Anbieterin [zu vergeben], welche die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen gewährleisten», wobei die «Bestimmungen am Ort der Leistung» massgebend sind. Die Auftraggeberin kann «die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen ... kontrollieren oder kontrollieren ... lassen», der Anbieter hat auf Verlangen «deren Einhaltung nachzuweisen» (Art. 8 Abs. 2 BöB).⁷² Nebst dem Bundesrecht spielt die Arbeitssicherheit auch in den Vergabegesetzen der Kantone eine Rolle.⁷³
- 65 **b.** Ein zweiter thematischer Ausschluss innerhalb des Bauens besteht hinsichtlich der *SIA-Norm 118*. Ein Bauprojekt, das nicht in den Anwendungsbereich des öffentlichen Vergaberechts fällt, schreibt ein Bauherr möglicherweise freiwillig – nach Massgabe der SIA-Norm 118 – aus.⁷⁴ Im Leistungsverzeichnis, das bei Einheitspreisverträgen vorzusehen ist (Art. 8 Abs. 1 SIA-Norm 118), ist für «baustellenspezifische Schutzmassnahmen» sowie für «Fassaden- und Putzgerüste» jeweils eine separate Position vorzusehen (Art. 9 Abs. 1 erster und zweiter Satz SIA-Norm 118). In Art. 104 SIA-Norm 118 ist zudem die gemeinsame Verpflichtung des Bauunterneh-

⁷² Vgl. auch Art. 6 f. VöB sowie die Ausführungen zum Vergaberecht bei STEIGER-SACKMANN, Psychische Gesundheitsrisiken, Rz. 186.

⁷³ Siehe etwa im Kanton Bern Art. 8 Abs. 1 lit. d ÖBG/BE (Sanktionen): «Verletzt die Zuschlagsempfängerin oder der Zuschlagsempfänger die Vergabebestimmungen, so kann die Auftraggeberin oder der Auftraggeber die Zuschlagsverfügung widerrufen, insbesondere wenn die Zuschlagsempfängerin oder der Zuschlagsempfänger ... ihrem oder seinem Personal nicht Arbeitsbedingungen bietet, welche namentlich hinsichtlich Entlohnung, Lohnleichheit für Mann und Frau sowie Sozialleistungen der Gesetzgebung und dem Gesamtarbeitsvertrag der Branche entsprechen». Die gesetzliche Aufzählung der Arbeitsbedingungen ist nicht abschliessend («namentlich»); auch die Nichteinhaltung der Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit ist meiner Meinung nach unter den zitierten Passus einzuordnen. In schweren Fällen kann die Vergabestelle einen Zuschlagsempfänger gar «für eine Dauer von bis zu fünf Jahren von ihren ... künftigen Vergabeverfahren ausschliessen» (Art. 8 Abs. 2 ÖBG/BE).

⁷⁴ Vgl. zur Ausschreibung Art. 4 ff. SIA-Norm 118.

mers und des Bauherrn⁷⁵ verankert, «die Sicherheit der am Bauwerk Beschäftigten zu gewährleisten». Arbeitssicherheit ist beim Bauen mithin schon in der Projektierungsphase relevant, nicht erst bei der Bauausführung.⁷⁶

2. Von Belang ist ausschliesslich die Sicherheit des Arbeitnehmers bei der Ausführung der Arbeit, also die Sicherheit *bei der Arbeit*. Diese ist abzugrenzen von der **Sicherheit der Arbeit**, die nicht Gegenstand dieser Untersuchung ist. Darunter ist die Sicherheit des (vollendeten)⁷⁷ Bauwerks zu verstehen. Erweist sich dieses etwa deshalb als unsicher, weil bei der Planung die massgebenden technischen Normen nicht berücksichtigt wurden,⁷⁸ ist dies vorab ein zivilrechtliches Problem. Es geht dann um die Frage, ob das Werk mangelhaft sei und der Bauherr gegen den Unternehmer nach den Regeln über die Mängelhaftung (Art. 367 ff. OR) vorgehen könne.⁷⁹ Das Nichteinhalten einer technischen Norm ist jedoch nicht nur zivilrechtlich von Interesse: Ein Planungsfehler kann auch dazu führen, dass ein Bauwerk einstürzt und dadurch Personen zu Schaden kommen: etwa ein Arbeitnehmer, der am noch unfertigen Bauwerk Arbeiten verrichtet. Es kann aber auch sein, dass die Benutzer eines vollendeten Werks (z.B. eines Schwimmbads)⁸⁰ oder Angehörige von Blaulichtdiensten, die bei einem Unglück (etwa einem Brand in einer Tiefgarage)⁸¹ Hilfe leisten, verunfallen. Alle diese Konstellationen sind ebenfalls von der Untersuchung ausgenommen.

⁷⁵ Zwar spricht Art. 104 SIA-Norm 118 von der «Bauleitung», doch ist damit der Bauherr gemeint (SCHUMACHER/MIDDENDORF, Kommentar SIA-Norm 118 [2013], N 5.1 zu Art. 104).

⁷⁶ SCHUMACHER, Sicheres Bauen, Rz. 27.

⁷⁷ Zur Vollendung des Werks siehe GAUCH, Werkvertrag, Rz. 101 ff.

⁷⁸ Man denke hier etwa an die SIA-Norm 261 «Einwirkungen auf Tragwerke».

⁷⁹ Zu den Mängelrechten des Bestellers im Werkvertrag einlässlich GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1486 ff.

⁸⁰ Im Jahr 1985 stürzte die Decke eines Hallenbads in Uster ein. Zwölf Menschen starben, neunzehn wurden verletzt. Grund für den Einsturz waren insbesondere Fehler in der Planung des Bauwerks. Vgl. BGE 115 IV 199; RIKLIN, Planerverträge, Rz. 19.72; SCHUMACHER, Sicheres Bauen, Rz. 230.

⁸¹ Im Jahr 2004 waren Feuerwehrleute dabei, einen Brand in einer Tiefgarage in Gretzenbach zu löschen. Dabei stürzte die Decke ein, wodurch sieben Feuerwehrleute ihr Leben verloren und drei verletzt wurden. In der Folge wurden verschiedene Personen strafrechtlich angeklagt. Ihnen wurde insbesondere vorgeworfen, bei der Planung die Möglichkeit des Einsturzes der Decke nicht genügend berücksichtigt zu haben. Vgl. BGE 1B_61/2010, 1B_63/2010 und 1B_65/2010 vom 28. Mai 2010 (vereinigte Verfahren); vgl. auch RIKLIN, Planerverträge, Rz. 19.73.

III. Der Gang der Untersuchung

- 67 Auf diese Einleitung, mit der ich den Zugang zu den «Normen der Arbeitssicherheit» als Gegenstand der Untersuchung erleichtern will, folgen **fünf Teile**:
- 68 – Den Anfang macht ein erster Teil (Rz. 73 ff.), in dem ich die *Grundlagen der Arbeitssicherheit beim Bauen* darstelle. Eingegangen wird auf die zentralen Begriffe, die verschiedenen Akteure sowie auf die rechtliche Einbettung des Themas.
- 69 – Der zweite Teil (Rz. 268 ff.) ist jenen Normen gewidmet, die ich als «*Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit*» bezeichne. Ich untersuche die drei Kernnormen der Arbeitssicherheit und insbesondere die sich aufdrängende Frage, welche Normen sich zur Konkretisierung der den Kernnormen eingeschriebenen unbestimmten Rechtsbegriffe anbieten.
- 70 – Im dritten Teil (Rz. 564 ff.) untersuche ich jene Normen, die ich «*Sanktionsnormen der Arbeitssicherheit*» nenne. Dabei zeige ich – Teilrechtsgebiet für Teilrechtsgebiet – auf, welche Konsequenzen es für den Arbeitgeber hat, wenn er gegen eine Verhaltensvorschrift verstösst.
- 71 – Im vierten Teil (Rz. 1005 ff.) mache ich auf ein *Koordinationsproblem* aufmerksam, das besteht, wenn ein Inspektor der SUVA gegen einen fehlbaren Arbeitgeber Strafanzeige einreicht. Gleichzeitig schlage ich eine Lösung für dieses Problem vor.
- 72 – Der fünfte Teil (Rz. 1145 ff.) bildet den Schluss der Arbeit. Er dient mir dazu, die *wesentlichen Erkenntnisse* meiner Untersuchung hervorzuheben.

Erster Teil: Grundlagen der Arbeitssicherheit beim Bauen

Der erste Teil meiner Untersuchung ist den Grundlagen der Arbeitssicherheit beim Bauen gewidmet. Nach der Definition einiger Begriffe (Rz. 74 ff.) gehe ich auf die verschiedenen Akteure ein, die im Zusammenhang mit Fragen der Arbeitssicherheit bei Bauarbeiten bedeutsam sind (Rz. 102 ff.). Zum Schluss des ersten Teils biete ich das Thema in seinen rechtlichen Kontext ein, indem ich die massgebenden Rechtsquellen darstelle (Rz. 199 ff.). 73

I. Begriffe

Zu Beginn des ersten Teils will ich drei für die Untersuchung zentrale Begriffe definieren: Es handelt sich erstens um die im Titel der Arbeit figurierenden «Normen der Arbeitssicherheit» (Rz. 75 ff.), zweitens um die «Schutzpflicht des Arbeitgebers» (Rz. 96 f.) und drittens um «Bauarbeiten» (Rz. 98 ff.). Weitere Ausführungen zu der verwendeten Begrifflichkeit bringe ich jeweils dort an, wo die entsprechenden Begriffe Verwendung finden. 74

A. Normen der Arbeitssicherheit

Schon in der Einleitung habe ich betreffend die Normen der Arbeitssicherheit aufgezeigt, welche schwer überblickbare Vielfalt in der Terminologie besteht, was all jene fehlleiten kann, die sich mit den entsprechenden Normen befassen (Rz. 16 ff.). Es scheint mir deshalb wichtig, an dieser Stelle den Begriff «Normen der Arbeitssicherheit», wie ich ihn in meiner Untersuchung verwende, zu definieren. Hierzu gehe ich zunächst auf den Begriff «Arbeitssicherheit» ein (Rz. 76 ff.), um dann auf jenen der «Normen» zu sprechen zu kommen (Rz. 82 ff.). 75

1. Normen der «Arbeitssicherheit»

- 76 1. Versuche, den Begriff der Arbeitssicherheit zu definieren, sind verschiedene unternommen worden.⁸² Die hier verwendete Begrifflichkeit baut auf jener Definition auf, welche die EKAS in ihrer «Wegleitung durch die Arbeitssicherheit» (Rz. 252 f.) aufgestellt hat. Danach ist «Arbeitssicherheit» der zusammenfassende Begriff «für den Zustand, welcher nach dem Treffen von Massnahmen zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten erreicht ist»⁸³. Diese Definition entspricht, nach der hier verwendeten Terminologie, der **Arbeitssicherheit im engeren Sinne**. Sie ist für die Zwecke meiner Arbeit jedoch zu eng, weshalb ich sie erweitere (Rz. 80 f.). Zu eng ist die Definition, weil sie *auf das Recht der Unfallversicherung beschränkt* ist: Erfasst wird ausschliesslich die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten: zwei Begriffe, die das Unfallversicherungsrecht prägen (vgl. Art. 7 und 9 UVG).
- 77 Das Wort «Arbeitssicherheit» taucht im Recht der Unfallversicherung sowohl im Unfallversicherungsgesetz (UVG) als auch in der Verordnung über die Unfallverhütung (VUV) auf:
- 78 – Das Verordnungsrecht enthält in Art. 1 Abs. 1 VUV die folgende Legaldefinition von Arbeitssicherheit: «Die Vorschriften über die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten (Arbeitssicherheit) gelten für alle Betriebe, die in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen.»⁸⁴ Im Vergleich zur Definition der EKAS (Rz. 76), die Arbeitssicherheit als Zustand

⁸² Für Definitionen in Deutschland siehe LEHDER, Arbeitssicherheit, S. 25: «Zustand der Arbeitsbedingungen, bei dem keine oder nur vertretbare arbeitsbedingte Gesundheitsgefährdungen und Belastungen auftreten»; weiter die Definition der deutschen Beratungsgesellschaft für Arbeits- und Gesundheitsschutz (BfGA): «Arbeitssicherheit ist ein anzustrebender gefahrenfreier Zustand bei der Berufsausübung. Die auf den Menschen bezogenen Auswirkungen von Gefahren sind Personenschäden als Folge von Verletzungen (Unfällen), Berufskrankheiten und sonstigen schädigenden Einflüssen auf die Gesundheit» (<www.bgfa.de> unter Glossar/Fachbegriffe A–B/Arbeitssicherheit; besucht am 23. Mai 2016).

⁸³ EKAS, Wegleitung, S. 3. Siehe auch den Leitfaden der Finanzdirektion des Kantons Bern, abrufbar unter <www.fin.be.ch> und dort unter Personal/Betriebliches Gesundheitsmanagement/Arbeitssicherheit (besucht am 23. Mai 2016). Auf S. 2 des Anhangs wird Arbeitssicherheit folgendermassen definiert: «Zusammenfassender Begriff für den Zustand, in welchem die nach der allgemeinen Erfahrung mögliche Sicherheit zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten erreicht ist.»

⁸⁴ Vgl. bereits die Titelüberschrift vor Art. 1 VUV: «Vorschriften über die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten (Arbeitssicherheit)».

umschreibt, werden hier die Vorschriften der Arbeitssicherheit umschrieben.

- Die zitierte Ordnungsbestimmung (Rz. 78) ist eine wortgetreue Wiederholung dessen, was bereits auf Stufe Gesetz – in *Art. 81 Abs. 1 UVG* sowie in der davorstehenden Kapitelüberschrift – steht. Anders als die Verordnung enthält das Gesetz jedoch keine eigentliche Definition: Im erwähnten *Art. 81 Abs. 1 UVG* selbst taucht das Wort Arbeitssicherheit nicht auf, und an anderen Stellen, wo das Gesetz von «Arbeitssicherheit» spricht, wird keine Definition nachgeschoben.⁸⁵ 79

2. Wie schon angetönt, lege ich meiner Arbeit den Begriff der **Arbeitssicherheit im weiteren Sinne** zugrunde. Er geht über den im Unfallversicherungsrecht definierten, engen Begriff hinaus; insbesondere löse ich mich von den Begriffen Berufsunfall und Berufskrankheit. Arbeitssicherheit ist für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung zu verstehen als *Zustand, der sich einstellt, wenn der Arbeitgeber die gebotenen Massnahmen zum Schutz der Gesundheit seines Arbeitnehmers getroffen hat*. Welche Schutzmassnahmen geboten sind, beurteilt sich primär nach jenen drei «Messlatten», welche die Kernnormen der Arbeitssicherheit (Rz. 276 ff.) vorgeben: Erfahrung, Stand der Technik und Angemessenheit. 80

Mit der Definition der Arbeitssicherheit als Zustand stellt sich nicht nur die Frage, wie er vom Arbeitgeber (Rz. 104 ff.) herzustellen ist, sondern auch, welche Konsequenzen es hat, wenn dieser Zustand nicht erreicht wird. Damit wird klar: Arbeitssicherheit ist nicht nur ein Thema der Prävention (im Sinne des engen Begriffs). Von der Arbeitssicherheit im weiteren Sinne erfasst sind auch die rechtlichen Konsequenzen, die sich bei einem Verstoss gegen die Vorschriften der Arbeitssicherheit ergeben. Gerade die juristische Praxis wird oft erst dann mit Fragen der Arbeitssicherheit befasst, wenn sich ein Unfall ereignet hat und es darum geht, diesen in all seinen zivil-, verwaltungs- und strafrechtlichen Facetten abzuwickeln. 81

2. «Normen» der Arbeitssicherheit

1. Auch der Begriff der «Normen» ist **weit zu verstehen**, indem er staatliche und nichtstaatliche Normen umfasst: 82

⁸⁵ Vgl. *Art. 83 Abs. 2* sowie *Art. 97 Abs. 5* und *10 UVG*.

- 83 **a.** Primär fallen *staatliche Vorschriften* unter den Normenbegriff. Sie stellen verbindliche Rechtsnormen dar. Dazu gehören etwa die in der Verordnung über die Unfallverhütung (VUV) und in der Bauarbeitenverordnung (BauAV) enthaltenen Bestimmungen.
- 84 **b.** Nebst den Vorschriften (Rechtsnormen) fallen weitere, ihnen *nachgelagerte Normen* unter den Normenbegriff. Gemeint sind verschiedene nicht-staatliche Normen, etwa Merkblätter der SUVA oder Bedienungsanleitungen von Produkteherstellern. Diesen Normen kommt in der Rechtsanwendung regelmässig eine wichtige Konkretisierungsfunktion zu. Die Vorschriften selbst sind nämlich vielfach vage formuliert und können nur dann auf einen Einzelfall angewendet werden, wenn sie für ihn konkretisiert werden können.
- 85 **2.** Wer aus einem juristischen Blickwinkel an das Thema Arbeitssicherheit herantritt, mag es spontan dem öffentlichen Recht zuschlagen. Dies hängt unter anderem damit zusammen, dass die SUVA – eine der Hauptakteurinnen im Bereich der Arbeitssicherheit (Rz. 137 ff.) – im Unfallversicherungsgesetz und damit im öffentlichen Recht ihre Grundlage findet. Die Zuordnung zum öffentlichen Recht gründet aber auch darin, dass der Ausdruck «Arbeitssicherheit» sofort mit Unfällen und damit mit Leistungen der Sozialversicherungen assoziiert wird, auf die ein verunfallter Arbeitnehmer Anspruch hat.⁸⁶ Bei der hier gewählten Betrachtungsweise handelt es sich bei der Arbeitssicherheit jedoch mitnichten um ein ausschliesslich öffentlich-rechtliches, sondern vielmehr um ein **rechtsgebietsübergreifendes Thema**. Die zu untersuchenden Normen der Arbeitssicherheit sind über alle drei klassischen Rechtsgebiete⁸⁷ – Zivilrecht,⁸⁸ Verwaltungsrecht und Strafrecht⁸⁹ – verstreut.
- 86 **3.** Ich unterteile die Normen der Arbeitssicherheit in **zwei Hauptgruppen**: einerseits in Verhaltensnormen, andererseits in Sanktionsnormen.

⁸⁶ So die Erkenntnis von RUMO-JUNGO, Baustelle, S. 51.

⁸⁷ Zu dieser Einteilung des Rechtsstoffs siehe Fn. 16.

⁸⁸ Zur Bedeutung des Zivilrechts im Bereich der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes vgl. AUBRY GIRARDIN, Santé et sécurité, S. 35: «Le survol de notre législation fait apparaître que la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs n'est pas l'apanage du droit public, mais que le droit privé en traite également.»

⁸⁹ Zur Bedeutung des Strafrechts im Bereich der Arbeitssicherheit vgl. etwa JANUTIN, Gesundheit, S. 97: «Zweifellos sind zur Durchsetzung der einschlägigen Vorschriften zum Schutze der Gesundheit der Arbeitnehmer auch Strafnormen wichtig.»

- a. Diese Zweiteilung wird in der Struktur der Untersuchung abgebildet: Jeder Normengruppe ist *je ein Teil der Arbeit* gewidmet; den Verhaltensnormen der zweite Teil und den Sanktionsnormen der dritte Teil. 87
- b. Die Unterscheidung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnormen ist *für den Bereich der Arbeitssicherheit neu*. Zwar hat auch das Bundesgericht den Ausdruck «Verhaltensnorm» in einem Fall der Arbeitssicherheit schon verwendet (BGE 106 IV 80). Das Gericht hat aber weder den Begriff der Arbeitssicherheit definiert noch den Verhaltensnormen eine zweite Normengruppe gegenübergestellt. Ausserhalb der Arbeitssicherheit ist die Unterscheidung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnormen indes in gewissen Bereichen bekannt, wobei die Terminologie schwankt: Anstatt von Verhaltens- und Sanktionsnormen ist bisweilen die Rede von Primär- und Sekundärnormen.⁹⁰ 88
- c. Was die Gruppe der Sanktionsnormen im Besonderen anbelangt, ist zu verdeutlichen, was in dieser Untersuchung unter «Sanktion» zu verstehen ist. Ich lege einen *weiten Sanktionsbegriff* zugrunde. Er umfasst sämtliche Mittel, welche die Rechtsordnung bereitstellt, um auf den Verstoss des Arbeitgebers gegen eine Verhaltensvorschrift der Arbeitssicherheit zu reagieren. «Sanktion» meint dementsprechend nicht bloss die strafrechtliche Sanktion, sondern erfasst auch verwaltungs- und zivilrechtliche Sanktionen.⁹¹ Für die Qualifikation als Sanktion ist nicht von Bedeutung, ob eine Reaktion vom Arbeitnehmer ausgeht (wie im Zivilrecht) oder ob vielmehr der Staat tätig wird (wie im Verwaltungs- und im Strafrecht). Der fehlbare Arbeitgeber bewertet eine Sanktion in den allermeisten Fällen negativ: etwa, wenn er in der Folge eines Unfalls vom Arbeitnehmer auf Bezahlung von Schadenersatz und Genugtuung belangt wird (Rz. 719 ff.), wenn die SUVA gegen ihn eine 89

⁹⁰ Vgl. TSCHANNEN, Rechtsgüterschutz, S. 79. WALTER geht davon aus, eine «vollständige Rechtsnorm» kombiniere eine Verhaltensnorm mit einer Sanktionsnorm (BK ZGB-WALTER, N 11 zu Art. 8). In diesem Sinne sei jede «vollständige» Rechtsnorm gleichzeitig sowohl Verhaltens- als auch Sanktionsnorm. Zur Unterscheidung im deutschen Strafrecht vgl. MüK StGB/DE-RADTKE, N 1 Vorbem. zu §§ 38 ff.

⁹¹ Im Zivilrecht wird der Sanktionsbegriff weniger häufig verwendet als im Verwaltungs- und im Strafrecht. Vgl. jedoch BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, N 95 Allgemeine Einleitung: Die Verletzung der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) könne «keineswegs nur durch Schadenersatzansprüche, sondern unter Umständen auch durch Leistungs- und Unterlassungsklagen *sanktioniert*» sein (Hervorhebung hinzugefügt). Vgl. weiter SCHUMACHER, Sicheres Bauen, Rz. 133 ff., der nebst verwaltungsrechtlichen (Rz. 135 ff.) und strafrechtlichen Sanktionen (Rz. 146 ff.) von «Sanktionen des Privatrechts» spricht (Rz. 140 ff.).

Prämienerhöhung verfügt (Rz. 807 ff.) oder wenn er im Nachgang zu einem Unfall mit Todesfolge wegen fahrlässiger Tötung verurteilt wird (Rz. 993 f.).

90 In Ausnahmefällen wertet der Arbeitgeber eine hier als «Sanktion» bezeichnete Massnahme möglicherweise gar positiv. Vorstellbar ist etwa, dass ein Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag auflöst, weil sein Arbeitgeber unzureichende Schutzmassnahmen trifft. Handelt es sich um einen Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis der Arbeitgeber ohnehin auflösen wollte, kommt ihm die Kündigung möglicherweise gelegen.

91 **d.** In Erinnerung zu rufen ist, dass der Begriff der «Normen» sowohl Vorschriften als auch ihnen nachgelagerte Normen erfasst (Rz. 82 ff.). Diese Unterscheidung wird sowohl innerhalb der Verhaltens- als auch innerhalb der Sanktionsnormen abgebildet.

3. Verhaltens- und Sanktionsnormen

92 **1.** Zum Zwecke der Systematisierung teile ich die Normen der Arbeitssicherheit in **zwei Hauptgruppen** ein: in Verhaltensnormen und Sanktionsnormen. Jeder dieser Normengruppe widme ich jeweils einen Teil der Untersuchung: den Verhaltensnormen den zweiten (Rz. 268 ff.) und den Sanktionsnormen den dritten Teil (Rz. 564 ff.).

93 **2.** Auf die im zweiten Teil einlässlich untersuchten **Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit** ist zurückzugreifen, um die im Beispielfall 1 (Rz. 26 f.) aufgeworfene Frage nach den vom Arbeitgeber zu treffenden Schutzmassnahmen zu beantworten. Thema der Verhaltensnormen ist der Gehalt der Schutzpflicht des Arbeitgebers, wie sie in den drei Kernnormen der Arbeitssicherheit zum Ausdruck gelangt.

94 **3.** Die im dritten Teil untersuchten **Sanktionsnormen der Arbeitssicherheit** betreffen die Beispielfälle 2–4 (Rz. 28 ff.). Es geht mithin um die Frage, welche Reaktionsmöglichkeiten das Recht vorsieht, um gegen einen fehlbaren Arbeitgeber vorzugehen. Entsprechende Instrumente finden sich in allen drei klassischen Teilrechtsgebieten: Zivilrecht, Verwaltungsrecht und Strafrecht.⁹²

95 **4.** Verhaltens- und Sanktionsnormen sind insofern **miteinander verknüpft**, als erstere in allen drei Teilrechtsgebieten, wo es um die Sanktionierung des

⁹² Zu dieser Einteilung des Rechtsstoffs siehe Fn. 16.

Arbeitgebers (verstanden im weiten Sinne; Rz. 80), eine zentrale Rolle spielen.

B. Schutzpflicht des Arbeitgebers

1. Meine Untersuchung der Normen der Arbeitssicherheit setzt bei der Pflicht des Arbeitgebers an, seinen Arbeitnehmer möglichst vor Unfällen zu schützen. Der Arbeitgeber ist jener Akteur, der für das Erreichen des Zustands Arbeitssicherheit die Hauptverantwortung trägt (Rz. 104 ff.). 96

2. Ein Arbeitgeber trifft zwar nicht bloss aus rechtlichen Gründen Schutzmassnahmen; auch moralische und ökonomische Überlegungen können mitspielen (Rz. 4 ff.). Dennoch war der Schutz des Arbeitnehmers für den Gesetzgeber von primordialer Bedeutung, weshalb er gleich in drei unterschiedlichen Regelungszusammenhängen die gesetzliche Pflicht des Arbeitgebers verankert hat, Unfällen seiner Arbeitnehmer vorzubeugen. Diese Schutzpflicht kommt zum Ausdruck in: Art. 328 Abs. 2 OR, Art. 82 Abs. 1 UVG und Art. 6 Abs. 1 ArG. Diese Vorschriften halte ich für so zentral, dass ich sie als die drei «Kernnormen der Arbeitssicherheit» bezeichne (Rz. 276 ff.). 97

C. Bauarbeiten

1. Wie bereits im Titel der Arbeit angezeigt, untersuche ich die Normen der Arbeitssicherheit am Beispiel des Bauens. Weshalb die Arbeitssicherheit gerade in diesem Bereich besonders wichtig ist, habe ich in der Einleitung erläutert (Rz. 34 ff.). 98

2. Die Bauarbeitenverordnung (BauAV) enthält die folgende Legaldefinition von Bauarbeiten: 99

Art. 2 lit. a BauAV: «Bauarbeiten: die Herstellung, die Instandstellung, die Änderung, der Unterhalt, die Kontrolle und der Rückbau oder der Abbruch von Bauwerken, einschliesslich der vorbereitenden und abschliessenden Arbeiten; weiter gelten als Bauarbeiten Arbeiten in Gräben, Schächten, Baugruben, Steinbrüchen und Kiesgruben, Arbeiten an wärmetechnischen Anla- 100

gen und Hochkaminen, am hängenden Seil, an und in Rohrleitungen, Untertagarbeiten sowie Steinbearbeitung.»⁹³

101 Diese Definition lege ich auch meiner Untersuchung zugrunde.

II. Die Akteure im Bereich der Arbeitssicherheit

102 Schon an den Beispielfällen (Rz. 24 ff.) wird deutlich, dass in der Arbeitssicherheit zahlreiche Akteure von Bedeutung sind. Es handelt sich zunächst um die am Arbeitsverhältnis Beteiligten, mithin den Arbeitgeber und den Arbeitnehmer (Rz. 103 ff.). Weiter gehe ich auf die institutionellen Akteure ein (Rz. 120 ff.). Sie treten einerseits als Normgeber auf, andererseits als Vollzugsorgane. Schliesslich lote ich die Rolle weiterer Akteure, die in den Beispielfällen nicht explizit Erwähnung finden, aus (Rz. 187 ff.).

A. Die am Arbeitsverhältnis Beteiligten

103 Am Arbeitsverhältnis beteiligt ist auf der einen Seite der Arbeitgeber. Er trägt für die Arbeitssicherheit die Hauptverantwortung (Rz. 104 ff.). Auf der anderen Seite ist der Arbeitnehmer am Arbeitsverhältnis beteiligt. Ihn trifft eine Mitwirkungspflicht (Rz. 111 ff.).

1. Der Arbeitgeber als für die Arbeitssicherheit Hauptverantwortlicher

104 1. Verschiedene Akteure haben zu einer sicheren Arbeitsumgebung beim Bauen beizutragen. Arbeitsteilung und Spezialisierung führen dazu, dass auf einer Baustelle regelmässig mehrere Personen gleichzeitig Arbeiten verrichten. Diese Arbeiten gilt es nicht nur mit Bezug auf den baulichen Fortschritt, sondern auch mit Bezug zur Arbeitssicherheit zu koordinieren. Zu den verschiedenen Akteuren gehören insbesondere Planer, Bauleiter und Bauunternehmer. Der Unternehmer steht im Fokus meiner Untersuchung, und zwar in seiner Funktion als Arbeitgeber. Der Bauunternehmer ist als Arbeitgeber für

⁹³ Die Definition ist in dieser Fassung seit dem 1. November 2011 in Kraft (AS 2011 3537). Vgl. die frühere, engere Definition (AS 2000 1403). Zum zentralen Begriff «Bauwerk», den Art. 2 lit. a BauAV aufnimmt, siehe GAUCH, Werkvertrag, Rz. 32.

die Arbeitssicherheit hauptverantwortlich.⁹⁴ Die Rechtsordnung auferlegt dem Arbeitgeber in verschiedenen Regelungszusammenhängen eine Pflicht, zugunsten seines Arbeitnehmers Schutzmassnahmen zu treffen (Rz. 96 f.).

a. Im Vordergrund stehen in dieser Untersuchung jene drei Vorschriften, in denen dem Arbeitgeber in praktisch identischem Wortlaut eine Schutzpflicht auferlegt wird: *Art. 328 Abs. 2 OR, Art. 82 Abs. 1 UVG und Art. 6 Abs. 1 ArG*. Auf die Tragweite dieser drei Artikel, die ich als «Kernnormen der Arbeitssicherheit» bezeichne, gehe ich im zweiten Teil ein (Rz. 268 ff.). 105

b. Nicht nur die Kernnormen dienen als Beleg dafür, dass dem Arbeitgeber die Hauptverantwortung für eine sichere Arbeitsausführung obliegt. Eine weitere Gesetzesvorschrift, die für diese Rollenzuweisung an den Arbeitgeber spricht, ist *Art. 81 Abs. 1 UVG*. Er legt den Geltungsbereich der Vorschriften über die Verhütung von Berufsunfällen fest und stellt klar, dass die Vorschriften «für alle Betriebe [gelten], die in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen».⁹⁵ Das Unfallversicherungsgesetz spricht hier zwar vom Betrieb, nicht vom Arbeitgeber. Unter den Begriff des Betriebs fällt aber im Wesentlichen der Arbeitgeber; er ist primärer Adressat der Art. 81 ff. UVG,⁹⁶ sowie auch der Art. 3 ff. VUV (wo dann wiederum ausdrücklich vom Arbeitgeber die Rede ist). Die Gleichstellung von «Betrieb» und «Arbeitgeber» lässt sich auch aus der Betriebsdefinition des Arbeitsgesetzes herleiten. Danach liegt ein Betrieb vor, «wenn ein Arbeitgeber ... einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt» (Art. 6 Abs. 1 erster Satz ArG). 106

2. Der Arbeitgeber kann die ihm auferlegte Schutzpflicht vollumfänglich selbst erfüllen. Dies ist etwa der Fall, wenn der Inhaber einer Einzelfirma mit seinem Arbeitnehmer auf einer Baustelle Arbeiten ausführt. In grösseren Strukturen jedoch, und insbesondere, wenn der Arbeitgeber als juristische Person organisiert ist, wird er die aus der Schutzpflicht fliessenden **Aufgaben delegieren**. Allenfalls ist die Delegation gar eine eigentliche Rechtspflicht des Arbeitgebers. Zu unterscheiden ist zwischen einer unternehmensinternen und einer unternehmensexternen Delegation: 107

⁹⁴ Vgl. STEIGER-SACKMANN, Psychische Gesundheitsrisiken, Rz. 47 und Rz. 184.

⁹⁵ Art. 81 Abs. 1 UVG wird derzeit revidiert. Die Änderung tritt voraussichtlich am 1. Januar 2017 in Kraft. In der vom Parlament beschlossenen revidierten Fassung lautet die Bestimmung: «Die Vorschriften über die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten gelten für alle Betriebe, deren Arbeitnehmer in der Schweiz Arbeiten ausführen.»

⁹⁶ Dazu und zum Folgenden BVGer C-5198/2012 vom 13. Mai 2013 E. 5.4.

- 108 – Denkbar ist zunächst, dass der Arbeitgeber entsprechende Aufgaben an eine Person *innerhalb des Unternehmens* delegiert. Der Arbeitgeber teilt einem seiner Arbeitnehmer, etwa einem Baupolier, die Aufgabe zu, die Erfüllung der Schutzpflicht im Bereich der Arbeitssicherheit sicherzustellen. Dabei steht es nicht im Belieben des Arbeitgebers, ob er auf der Baustelle eine für Fragen der Arbeitssicherheit zuständige Person bezeichnet. Vielmehr wird er durch Art. 4 Abs. 1 BauAV dazu verpflichtet.⁹⁷ Zu unterstreichen ist, dass eine solche Übertragung von Aufgaben «an einen Arbeitnehmer ... den Arbeitgeber nicht von seinen Verpflichtungen zur Gewährleistung der Arbeitssicherheit [entbindet]» (Art. 7 Abs. 2 VUV).⁹⁸ Was dies für den Arbeitgeber im Einzelnen bedeutet, erläutere ich so gleich (Rz. 110).
- 109 – Die Delegation kann auch eine *externe* sein in dem Sinne, dass der Arbeitgeber eine Person ausserhalb des Unternehmens, etwa einen Spezialisten der Arbeitssicherheit (oft kurz: ASA; vgl. Rz. 131), bezieht. Auch die externe Delegation ist unter gewissen Voraussetzungen (Art. 11a VUV) Pflicht. Wie bereits die interne Delegation, entbindet auch sie «den Arbeitgeber nicht von seiner Verantwortung für die Arbeitssicherheit» (Art. 11a Abs. 3 VUV).
- 110 **3.** Wie gesehen, ist die Delegation mitunter als gesetzliche Pflicht ausgestaltet (Art. 4 Abs. 1 BauAV bzw. Art. 11a VUV). Für die Grundverantwortung des Arbeitgebers spielt jedoch keine Rolle, ob er zusätzlich (intern oder extern) weitere Personen mit Aufgaben der Arbeitssicherheit betraut: Eine Delegation bewahrt ihn nicht vor zivilrechtlichen, öffentlich-rechtlichen (verwaltungsrechtlichen) oder gar strafrechtlichen Sanktionen.⁹⁹ Im Zivilrecht etwa wird der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer nach Art. 101 Abs. 1 OR haftpflichtig, wenn letzterer zufolge des Fehlverhaltens des Vorarbeiters verunfallt und daraus einen Schaden erleidet (Rz. 702 ff.).¹⁰⁰

⁹⁷ Art. 4 Abs. 1 BauAV lautet: «Der Arbeitgeber muss auf jeder Baustelle eine Person bezeichnen, die für die Arbeitssicherheit und den Gesundheitsschutz zuständig ist; diese Person kann den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern diesbezügliche Weisungen erteilen.»

⁹⁸ Vgl. REKU 556/03 vom 17. Juni 2004 E. 6d, publiziert in: VPB 68.170.

⁹⁹ Auf die Sanktionierung des fehlbaren Arbeitgebers in den einzelnen Teilrechtsgebieten (Zivilrecht, Verwaltungsrecht und Strafrecht) gehe ich im dritten Teil der Untersuchung ein (Rz. 564 ff.).

¹⁰⁰ Vgl. KOLLER, Erfüllungsgehilfen, Rz. 148. Der Vorarbeiter selbst haftet dem Verunfallten allenfalls gestützt auf Art. 41 Abs. 1 OR. Insbesondere kommt dem Arbeitnehmer,

2. Der zur Mitwirkung berechnigte und verpflichtete Arbeitnehmer

1. Das Erreichen des Zustands Arbeitssicherheit setzt das Zusammenwirken verschiedener Akteure voraus.¹⁰¹ Nebst dem Arbeitgeber, der für die Arbeitssicherheit die Hauptverantwortung trägt (Rz. 104 ff.), ist insbesondere der Arbeitnehmer zur Mitwirkung verpflichtet: Er hat daran mitzuwirken, dass er nicht verunfällt. Selbst die ausgeklügeltesten Massnahmen technischer und organisatorischer Natur nützen nämlich nichts, wenn der Arbeitnehmer sie nicht umsetzt. Die Mitwirkung des Arbeitnehmers ist sowohl im öffentlichen Recht als auch im Zivilrecht gesetzlich geregelt. 111

a. Im *öffentlichen Recht* enthalten das Unfallversicherungs- und das Arbeitsgesetz Vorschriften zur Mitwirkung. Dabei ist sie zunächst als Pflicht des Arbeitgebers formuliert: Dieser hat den Arbeitnehmer «zur Mitwirkung heranzuziehen» (Art. 82 Abs. 2 UVG und Art. 6 Abs. 3 ArG). Dieser Arbeitgeberpflicht entspricht ein Recht des Arbeitnehmers, in Fragen der Arbeitssicherheit mitwirken zu dürfen: In diesem Sinne ist auch die Mitwirkung in Art. 9 und Art. 10 Mitwirkungsgesetz ausgestaltet, welche die «Mitwirkungsrechte»¹⁰² der Arbeitnehmer bzw. ihrer Vertretung betreffen. Im vorliegenden Kontext von Belang ist Art. 10 lit. a Mitwirkungsgesetz, der folgendermassen lautet: «Der Arbeitnehmervertretung stehen ... besondere Mitwirkungsrechte» insbesondere in «Fragen der Arbeitssicherheit im Sinne von Artikel 82 des Unfallversicherungsgesetzes ... sowie in Fragen des Arbeitnehmerschutzes im Sinne von Artikel 48 des Arbeitsgesetzes» zu. Auch in der Verordnung über die Unfallverhütung erscheint die Mitwirkung an zentraler Stelle: Nach Art. 6a VUV steht den «Arbeitnehmern oder deren Vertretung im Betrieb ... in allen Angelegenheiten der Arbeitssicherheit ein Mitspracherecht zu». 112

dem der Arbeitgeber Aufgaben im Bereich der Arbeitssicherheit delegiert, keine Organstellung im Sinne von Art. 55 ZGB zu (WYLER, Responsabilité civile, S. 254). Anderer Ansicht ist hier das Bundesgericht: Es nimmt faktische Organschaft an (BGE 128 III 76 E. 1b und BGer 4A_132/2010 vom 5. Mai 2011 E. 3.2).

¹⁰¹ Vgl. etwa JANUTIN, Gemeinsame Aufgabe, S. 4, nach dem Prävention nur erfolgreich sein kann, «wenn alle beteiligten Akteure – Arbeitgeber wie Mitarbeitende, Spezialisten der Arbeitssicherheit, Durchführungsorgane und viele mehr – ihre Ziele und Tätigkeiten aufeinander abstimmen».

¹⁰² Abschnittstitel vor Art. 9 Mitwirkungsgesetz.

- 113 Die genannten Vorschriften verstehen die Mitwirkung jeweils als Recht des Arbeitnehmers bzw. als Pflicht des Arbeitgebers. Das greift indes zu kurz. Die Mitwirkung ist nicht nur ein Recht, sondern ebenso eine *Pflicht des Arbeitnehmers*: Er hat «den Arbeitgeber in der Durchführung der Vorschriften [der Arbeitssicherheit] ... zu unterstützen» (Art. 82 Abs. 3 erster Satz UVG und Art. 6 Abs. 3 zweiter Satz ArG). Auch im Verordnungsrecht ist abgebildet, dass es sich bei der Mitwirkung um eine Pflicht des Arbeitnehmers handelt: Art. 11 VUV, der unter dem Abschnittstitel «Pflichten des Arbeitnehmers» steht, verpflichtet den Arbeitnehmer insbesondere, «Weisungen des Arbeitgebers in Bezug auf die Arbeitssicherheit [zu] befolgen und die allgemein anerkannten Sicherheitsregeln [zu] berücksichtigen» (Art. 11 Abs. 1 erster Satz VUV). Darüber hinaus hat er festgestellte Mängel wenn immer möglich direkt zu beheben oder – wenn er «dazu nicht befugt oder nicht in der Lage» ist – dem Arbeitgeber Meldung davon zu machen (Art. 11 Abs. 2 VUV).¹⁰³ Er «darf sich nicht in einen Zustand versetzen, in dem er sich selbst oder andere Arbeitnehmer gefährdet. Dies gilt insbesondere für den Genuss alkoholischer Getränke oder von anderen berauschenden Mitteln» (Art. 11 Abs. 3 VUV).
- 114 **b.** Die Mitwirkung des Arbeitnehmers ist nicht nur Thema des öffentlichen Rechts, sondern lässt sich auch im *Zivilrecht*, als Ausfluss der Treuepflicht des Arbeitnehmers, festmachen. Nach Art. 321a Abs. 1 OR hat der Arbeitnehmer «die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren». Daraus ergibt sich für den Arbeitnehmer nicht nur die Pflicht, dem Arbeitgeber Missstände im Bereich der Arbeitssicherheit zu melden,¹⁰⁴ sondern eine generelle Pflicht, zur Wahrung seiner eigenen körperlichen Integrität Sorge zu tragen und seine Arbeitskraft so zu erhalten.
- 115 **2.** Gesetzes- und Verordnungsrecht teilen dem Arbeitnehmer also eine aktive Rolle zu. Zurückzuführen ist dieser Einbezug des Arbeitnehmers auch auf die **Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO; Rz. 204 f.)**, insbesondere auf Art. 20 des Übereinkommens Nr. 155 über Ar-

¹⁰³ Verletzt der Arbeitnehmer diese Pflicht, indem er einen entdeckten Missstand nicht meldet, ist Folgendes zu beachten: Führt der Missstand dazu, dass ein anderer Arbeitnehmer verunfallt, wird der Arbeitgeber diesem allenfalls haftpflichtig (Art. 101 Abs. 1 OR; Rz. 699 ff.). Der Arbeitgeber könnte sich dann gegen den fehlbaren Arbeitnehmer wenden, der den Missstand nicht gemeldet hat. Zivilprozessual besteht für den Arbeitgeber, gegen den der Verunfallte eine Schadenersatzklage anhebt die Möglichkeit, dem vertragsbrüchigen Arbeitnehmer den Streit zu verkünden (Art. 78 ff. ZPO).

¹⁰⁴ Vgl. SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, Rz. 1435 m.H.

beitsschutz und Arbeitsumwelt sowie auf Art. 10 des Übereinkommens Nr. 167 über den Arbeitsschutz im Bauwesen.¹⁰⁵ Zwar hat die Schweiz keines der genannten Übereinkommen ratifiziert. Indes dürften sie die Ausgestaltung des innerstaatlichen Rechts zumindest mitbeeinflusst haben (vgl. Rz. 211).

3. Eine Verletzung der Mitwirkungspflicht hat für den Arbeitnehmer potenziell weitreichende Folgen, und zwar in sämtlichen Rechtsgebieten: 116

a. Zivilrechtlich droht dem Arbeitnehmer, der sich weigert, eine Schutzmassnahme umzusetzen (etwa einen Schutzhelm zu tragen) die Kündigung, die eine fristlose sein kann.¹⁰⁶ Verunfallt der Arbeitnehmer, und trifft ihn ein Mitverschulden, führt dies möglicherweise zur Herabsetzung des Schadenersatzes (Art. 44 Abs. 1 OR); ein grobes Selbstverschulden unterbricht allenfalls gar den Kausalzusammenhang, womit die Haftung des Arbeitgebers gänzlich entfällt (vgl. Rz. 588 f.). Bei den zivilrechtlichen Sanktionen ist auch auf das Instrument der Betriebsordnung hinzuweisen, die zwar in Art. 37–39 ArG (mithin im öffentlichen Recht) geregelt ist, die aber unmittelbar zivilrechtliche Wirkungen entfaltet.¹⁰⁷ Sie ermöglicht es dem Arbeitgeber grundsätzlich, eine Ordnungsstrafe in Form einer Geldbusse vorzusehen für den Fall, dass ein Arbeitnehmer gegen die Vorschriften der Arbeitssi- 117

¹⁰⁵ AUBRY GIRARDIN, Santé et sécurité, Rz. 43, die von «volonté de placer le travailleur sur pied d'égalité avec l'employeur pour les questions touchant à la santé et à la sécurité» spricht. Art. 20 des Übereinkommens Nr. 155 hat folgenden Wortlaut: «Die Zusammenarbeit zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern und/oder ihren Vertretern im Betrieb hat ein wesentlicher Bestandteil der ... getroffenen organisatorischen und sonstigen Maßnahmen zu sein.» Art. 10 des Übereinkommens Nr. 167 lautet: «Die innerstaatliche Gesetzgebung hat vorzusehen, daß die Arbeitnehmer an jedem Arbeitsplatz das Recht und die Pflicht haben, im Rahmen ihrer Befugnisse im Bereich der Ausrüstung und der Arbeitsmethoden an der Gewährleistung der Arbeitssicherheit mitzuwirken und sich zu den eingeführten Arbeitsverfahren zu äussern, soweit sie die Sicherheit und Gesundheit berühren können.»

¹⁰⁶ Vgl. für Anwendungsfälle, in denen der Arbeitnehmer sich weigerte, seinen Schutzhelm zu tragen, und daraufhin fristlos entlassen wurde: BGER 4A_167/2009 vom 10. Juni 2009; 4C.161/2000 vom 28. Juli 2000; BVGer C-2363/2012 vom 11. November 2013 E. 4.1.2.

¹⁰⁷ VISCHER/MÜLLER, Arbeitsvertrag, § 6 Rz. 20. Vor der Totalrevision des Arbeitsvertragsrechts in den 1970er-Jahren (Rz. 292) war im Obligationenrecht das Institut der «Arbeitsordnung» geregelt (Art. 321 aOR [1911]; AS 27 317); vgl. OFK ArG-MÜLLER, Vorbem. zu Art. 37 Abs. 1.

cherheit verstösst.¹⁰⁸ Das Aufstellen einer Betriebsordnung ist für industrielle Betriebe zwingend, während nichtindustrielle Betriebe auf freiwilliger Basis eine solche Ordnung erlassen können (Art. 37 Abs. 1 und 3 ArG). Allerdings: Wird eine Betriebsordnung aufgestellt (ob zwingend oder freiwillig), muss sie «Bestimmungen über den Gesundheitsschutz und die Unfallverhütung» enthalten (Art. 38 Abs. 1 ArG).

- 118 **b.** Im Bereich des *öffentlichen Rechts* wirkt sich eine Verletzung der Mitwirkungspflicht in der Regel nicht so stark aus wie im Zivilrecht. Hinzuweisen ist jedoch auf die Möglichkeit der sozialen Unfallversicherung, dem Arbeitnehmer die Leistungen bei Unfall gänzlich zu verweigern (Art. 37 Abs. 1 UVG). Dies ist jedoch nur in jenen (seltenen) Fällen möglich, in denen der Arbeitnehmer den Unfall absichtlich herbeigeführt hat. Fahrlässiges Verhalten (auch grobfahrlässiges) darf in der Berufsunfallversicherung weder zu einer Leistungskürzung noch zu einem Leistungsausschluss führen (Rz. 735). Entsprechend hoch ist die Hürde dafür, dass ein Arbeitnehmer wegen Verletzung seiner Mitwirkungspflicht öffentlich-rechtliche Nachteile erleidet.
- 119 **c.** In *strafrechtlicher* Hinsicht ist eine Zuwiderhandlung des Arbeitnehmers gegen Vorschriften der Arbeitssicherheit, insbesondere jene des Unfallversicherungsgesetzes, unter geltendem Recht nach den Übertretungsstraftatbeständen in Art. 113 Abs. 1 und 2 UVG strafbar.¹⁰⁹ Werden Personen ernstlich gefährdet, liegt gar ein Vergehen nach Art. 112 Abs. 4 UVG vor (zum Wortlaut Rz. 968).¹¹⁰ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die Revision des Unfallversicherungsgesetzes, die voraussichtlich am 1. Januar 2017 in Kraft tritt. De lege ferenda ergibt sich die Strafbarkeit des Arbeitnehmers aus Art. 112 revUVG (zum Wortlaut Rz. 980).

B. Institutionelle Akteure

- 120 Nachfolgend gehe ich auf die auf Bundesebene angesiedelten Akteure (Rz. 121 ff.), auf die kantonalen Arbeitsinspektorate (Rz. 165 ff.) sowie auf die Fachorganisationen (Rz. 169 ff.) ein.

¹⁰⁸ Vgl. OFK ArG-MÜLLER, N 2 zu Art. 38; SHK ArG-VISCHER, N 23 f. und N 25 ff. zu Art. 38.

¹⁰⁹ Zum Wortlaut von Art. 113 UVG siehe Fn. 1355.

¹¹⁰ Für einen Anwendungsfall von Art. 112 Abs. 4 UVG auf einen Arbeitnehmer (Kranführer) siehe OGer ZH SB 140211 vom 25. September 2014.

1. Die Akteure auf Bundesebene

Auf eidgenössischer Ebene angesiedelt sind die eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit (EKAS; Rz. 122 ff.), die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA; Rz. 137 ff.), weitere Sozialversicherer (Rz. 156 ff.) und die eidgenössische Arbeitsinspektion (Rz. 163 f.). Nebst diesen können auch die Bundesversammlung sowie der Bundesrat als Akteure im Bereich der Arbeitssicherheit verstanden werden, erlassen sie doch Gesetzes- bzw. Verordnungsrecht. Beide werden hier aber nicht unter separaten Titeln aufgeführt. 121

a) *Die eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit (EKAS)*

1. Mit dem Inkrafttreten des Unfallversicherungsgesetzes am 1. Januar 1984¹¹¹ wurde die gesetzliche Grundlage für die eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit (EKAS) geschaffen. Dem Auftrag, eine «Koordinationskommission» zu bestellen (Art. 85 Abs. 2 erster Satz UVG), ist der Bundesrat in den Art. 52 ff. VUV nachgekommen.¹¹² Der Bundesrat ist es denn auch, der die Aufsicht über die EKAS ausübt (Art. 85 Abs. 5 UVG).¹¹³ 122

2. Die EKAS ist eine **ausserparlamentarische Kommission** des Bundes.¹¹⁴ 123 Ihre Finanzierung wird durch einen Prämienzuschlag sichergestellt, den der Arbeitgeber dem Unfallversicherungsträger zu entrichten hat (Art. 87 UVG). Dieser Zuschlag dient unter anderem dazu, «die Kosten der Koordinationskommission» zu decken (Art. 91 lit. d VUV i.V.m. Art. 87 Abs. 3 UVG). Nach geltendem Recht besteht die EKAS aus neun bis elf vom Bundesrat bestimmten Mitgliedern, wobei die SUVA den Vorsitz inne hat.¹¹⁵ Die Kom-

¹¹¹ AS 1982 1724.

¹¹² Zu den Meilensteinen und Persönlichkeiten der gut 30-jährigen Geschichte der EKAS siehe PÜRRO, Meilensteine, passim.

¹¹³ Art. 76 ATSG.

¹¹⁴ Als solche wird sie durch die Art. 57a–57g RVOG sowie durch die Art. 8a–8i^{bis} RVOV geregelt. Vgl. auch <www.admin.ch/bundesrecht> unter Ausserparlamentarische Kommissionen (besucht am 23. Mai 2016). Wer sich für Grundlegendes zu den ausserparlamentarischen Kommissionen interessiert, sei die Lektüre von REBMANN/MACH, Ausserparlamentarische Kommissionen, passim, empfohlen.

¹¹⁵ Während den Gesetzgebungsarbeiten zum Unfallversicherungsgesetz wurden Bedenken geäußert, die EKAS könnte zu einem «fügsamen Anhängsel der SUVA» verkommen (BBl 1979 I 249 NR S. 275 [Votum Ammann]).

mission setzt sich zur einen Hälfte aus Vertretern der Versicherer, zur anderen aus Vertretern der Durchführungsorgane des Arbeitsgesetzes zusammen (Art. 82 Abs. 2 UVG). An den Kommissionssitzungen nehmen nebst den Mitgliedern zwei Delegierte der Arbeitgeberseite, zwei Delegierte der Arbeitnehmerseite sowie ein Delegierter des Bundesamtes für Gesundheit (BAG), allesamt mit beratender Stimme, teil.¹¹⁶

- 124 Das Unfallversicherungsgesetz befindet sich derzeit in Revision; das Parlament hat die revidierte Fassung beschlossen; sie tritt voraussichtlich am 1. Januar 2017 in Kraft treten. Im Zuge dieser Änderung wird auch die Zusammensetzung der EKAS neu geregelt: Nach Art. 85 Abs. 2 revUVG wird sie sich fix aus 15 Mitgliedern zusammensetzen (drei Vertreter der Versicherer, acht Vertreter der Durchführungsorgane, zwei Arbeitgebervertreter sowie zwei Arbeitnehmervertreter). Am Präsidium ändert sich nichts: Es wird weiterhin von einem Vertreter der SUVA bekleidet (Art. 85 Abs. 2^{bis} revUVG).
- 125 **3.** Die Bundesversammlung hat in Art. 85 UVG die **Kompetenzen** der EKAS im Grundsatz festgelegt; der Bundesrat hat sie in Art. 53 VUV näher definiert.
- 126 **a.** Nach *Art. 85 Abs. 3 UVG* hat die Koordinationskommission die «einzelnen Durchführungsbereiche aufeinander [abzustimmen]» und «für eine einheitliche Anwendung der Vorschriften über die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten [zu sorgen]». Die EKAS fungiert gewissermassen als «Drehscheibe für Koordination und Information»¹¹⁷. Dieser Koordinationsbedarf ergibt sich aus dem Umstand, dass für den Vollzug der Vorschriften der Arbeitssicherheit verschiedene Durchführungsorgane zuständig sind:¹¹⁸ die SUVA, die Eidgenössische Arbeitsinspektion, die kantonalen Arbeitsinspektorate und – soweit vertraglich vorgesehen (Rz. 171 ff.) – die Fachorganisationen.
- 127 **b.** Die Aufgabe der EKAS erschöpft sich in der Koordination der Tätigkeit der verschiedenen Durchführungsorgane. Ihr kommen indes *keine Vollzugs-*

¹¹⁶ EKAS, Jahresbericht 2014, S. 10. Die Namen der Mitglieder sowie der Delegierten sind aufgeführt unter <www.ekas.admin.ch> dort unter Die EKAS/EKAS Mitglieder (beseht am 23. Mai 2016).

¹¹⁷ PÜRRO, Drehscheibe, passim.

¹¹⁸ EKAS, Wegleitung, S. 3 (zum Begriff «Durchführungsorgan für die Arbeitssicherheit»).

aufgaben zu, weshalb sie selbst kein Durchführungsorgan der Arbeitssicherheit ist (Art. 85 Abs. 1 UVG).¹¹⁹

c. Zur Erfüllung ihrer Koordinationsaufgabe setzt die EKAS verschiedene Instrumente ein (Rz. 251 ff.). Besonders bedeutsam sind die Richtlinien, die sie in Anwendung von Art. 11b und Art. 52a VUV aufgestellt hat. Obwohl die EKAS-Richtlinien kein objektives Recht darstellen, ist ihre Befolgung für den Arbeitgeber vorteilhaft (Rz. 254 und 487 ff.). 128

d. Auf die Kompetenz der EKAS, «das Verfahren [zu] bestimmen, das die Durchführungsorgane bei den Kontrollen, den Anordnungen und der Vollstreckung beachten müssen» (Art. 53 lit. a VUV), gehe ich bei der verwaltungsrechtlichen Sanktionierung des Arbeitgebers näher ein (Rz. 732 ff.). Vorausgeschickt sei indes, dass die Kommission gestützt auf diese Norm ihren «Leitfaden für das Durchführungsverfahren in der Arbeitssicherheit»¹²⁰ aufgestellt hat (Rz. 262 ff.).¹²¹ Er regelt – in für die Durchführungsorgane wie der SUVA verbindlicher Weise – Einzelfragen des Vollzugs. Beispielsweise sind Strafanzeigen gegen einen fehlbaren Arbeitgeber, der sich «unbelehrbar zeigt», nicht beim ersten Verstoß, sondern «zusammen mit der zweiten Prämienerrhöhung einzureichen»¹²². 129

e. Die EKAS kann dem Bundesrat Anregungen zum Erlass von Vorschriften der Arbeitssicherheit unterbreiten.¹²³ Dafür sowie zur «Vorbereitung besonderer Fragen» (Art. 55 Abs. 1 VUV) hat die EKAS neun Fachkommissionen eingesetzt.¹²⁴ Für das Bauen, das hier im Zentrum des Interesses steht, besteht eine solche Kommission (Fachkommission Nr. 12). 130

4. Eine wichtige Rolle spielt die EKAS bei der Pflicht des Arbeitgebers, Arbeitsärzte und andere **Spezialisten der Arbeitssicherheit beizuziehen** (Art. 11a VUV). Diese Spezialisten werden oft kurz als ASA-Spezialisten bezeichnet. Als solche gelten «Arbeitsärzte, Arbeitshygieniker, Sicherheitssingenieure und Sicherheitsfachleute, welche die Anforderungen der Verordnung ... erfüllen»¹²⁵. Die Anforderungen, von denen hier die Rede ist, sind in 131

¹¹⁹ Anders die Darstellung bei MÜLLER/INAUEN, Haftung, S. 176.

¹²⁰ So der Titel von EKAS, Leitfaden, passim.

¹²¹ BVGer C-852/2013 vom 17. Dezember 2015 E. 3.1.

¹²² EKAS, Leitfaden, S. 50 (Ziff. 7.6.2).

¹²³ Art. 85 Abs. 3 zweiter Satz UVG.

¹²⁴ Siehe für eine Übersicht über die einzelnen Fachkommissionen <www.ekas.admin.ch> unter Die EKAS/EKAS Fachkommissionen (besucht am 23. Mai 2016).

¹²⁵ Art. 11d Abs. 1 VUV.

der bundesrätlichen Verordnung vom 25. November 1996 über die Eignung der Spezialistinnen und Spezialisten der Arbeitssicherheit¹²⁶ festgelegt. Ihre Aufgaben ergeben sich aus Art. 11e VUV. Die Pflicht des Arbeitgebers, einen ASA-Spezialisten beizuziehen, besteht gemäss Art. 11a Abs. 1 VUV, wenn «es zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer und für ihre Sicherheit erforderlich ist». Die Erforderlichkeit wiederum ergibt sich grundsätzlich aus drei Elementen, die in Art. 11a Abs. 2 VUV festgehalten sind: aus dem vorhandenen Risiko, aus der Anzahl der in einem Unternehmen beschäftigten Personen sowie aus dem im Betrieb vorhandenen Fachwissen. Der Bundesrat ist mit dem Erlass dieser Verordnungsvorschriften dem Rechtsetzungsauftrag in Art. 83 Abs. 2 UVG nachgekommen.¹²⁷

- 132 **5.** Dem Arbeitgeber ist es grundsätzlich anheimgestellt, ob er seine Pflicht mit einer **individuellen oder mit einer überbetrieblichen Lösung** erfüllt.¹²⁸
- 133 **a.** Im Rahmen einer *individuellen Lösung* schliesst der Arbeitgeber mit einem ASA-Spezialisten einen Vertrag ab.¹²⁹ Ob der Arbeitgeber seiner Beizugspflicht nach Art. 11a VUV nachkommt, wird im Einzelfall durch das zuständige Durchführungsorgan überprüft.¹³⁰
- 134 **b.** Bei den *überbetrieblichen Lösungen*, hinter denen jeweils eine Trägerschaft steht,¹³¹ werden drei Arten unterschieden: Branchenlösungen¹³², Betriebsgruppenlösungen¹³³ und Modelllösungen¹³⁴. Gemein ist all diesen Un-

¹²⁶ SR 822.116.

¹²⁷ Art. 83 Abs. 2 UVG: «Der Bundesrat erlässt Vorschriften über die Mitwirkung von Arbeitsärzten und andern Spezialisten der Arbeitssicherheit in den Betrieben.»

¹²⁸ Zur den praktischen Umsetzungsmöglichkeiten der Arbeitgeberpflicht nach Art. 11a VUV generell siehe HAAS, ASA-Lösung, passim.

¹²⁹ Die EKAS stellt einen Muster-Vertrag zur Verfügung; Abrufbar ist er unter <www.ekas.admin.ch> und dort unter ASA/Individuelle Lösungen/Muster-Vertrag für den Beizug eines ASA (besucht am 23. Mai 2016). Der Mustervertrag kommt, zumindest seiner Bezeichnung nach, als Auftrag daher.

¹³⁰ HAAS, ASA-Lösung, S. 12.

¹³¹ Zu den Trägerschaften vgl. EKAS, ASA-Richtlinie, S. 6 (Ziff. 5).

¹³² Eine Branchenlösung stellt «den Unternehmen ein branchenspezifisches Sicherheitssystem (Handbuch) und Checklisten zur Verfügung, stellt den Zugang zu Spezialisten der Arbeitssicherheit sicher und bietet Schulungen und andere Dienstleistungen an» (EKAS, ASA-Richtlinie, S. 16).

¹³³ Eine Betriebsgruppenlösung «ist vor allem für Grossunternehmen mit Zweigstellen an verschiedenen Standorten geeignet oder für Unternehmen, die gemeinsam eine lokale Stelle für Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz betreiben wollen» (EKAS, ASA-Richtlinie, S. 16).

terarten, dass sie einer *Genehmigung durch die ASA-Fachstelle der EKAS* zugänglich sind (die alle fünf Jahre erneuert werden muss; sogenannte Re-zertifizierung).¹³⁵ Ein Betrieb, der sich einer genehmigten überbetrieblichen Lösung anschliesst und diese umsetzt, verfügt über das für die Gewährleistung im Betrieb erforderlichen Fachwissen im Sinne von Art. 11a Abs. 2 lit. c VUV.¹³⁶ Das befreit ihn von seiner Pflicht, im Sinne einer individuellen Lösung einen ASA-Spezialisten beizuziehen.¹³⁷ Das Instrument der überbetrieblichen Lösungen, das kollektive Risikoanalysen und branchenweite Sicherheitskonzepte zulässt, wurde vom Gesetzgeber «insbesondere im Hinblick auf die Bedürfnisse und Probleme von KMU eingeführt»¹³⁸.

Im Kontext des Bauens ist auf die Branchenlösung hinzuweisen, der sich 135 Unternehmen des Bauhauptgewerbes seit 1997 anschliessen können. Bekannt ist sie unter dem Namen «sicuro»¹³⁹ und wird vom Verein «Trägerschaft «sicuro»» getragen. Mitglieder des Vereins sind der Schweizerische Baumeisterverband (als Arbeitgeberverband) sowie die Gewerkschaften Unia und Syna, Baukader Schweiz und die Schweizerische Kader-Organisation (als Arbeitnehmerverbände).¹⁴⁰

6. Bedeutsam ist die EKAS weiter, wenn es um die verwaltungsrechtlichen 136 Verträge geht, welche die SUVA mit den einzelnen Fachorganisationen abschliesst, um diese mit besonderen Durchführungsaufgaben zu betrauen. Ein entsprechender Vertragsschluss setzt die Zustimmung der EKAS voraus (Art. 85 Abs. 3 zweiter Satz UVG). Auf die Einzelheiten gehe ich bei den Fachorganisationen ein (Rz. 169 ff.).

¹³⁴ Bei einer Modelllösung «übernimmt das Unternehmen von einer Beraterfirma ein Sicherheits- oder Qualitätssicherungssystem, in dem die Arbeitssicherheit- und Gesundheitsaspekte integriert sind» (EKAS, ASA-Richtlinie, S. 16).

¹³⁵ HAAS, ASA-Lösung, S. 12. Vgl. auch EKAS, ASA-Richtlinie, S. 6 (Ziff. 5). Eine Liste der aktuell genehmigten überbetrieblichen Lösungen findet sich unter <www.ekas.admin.ch> und dort unter ASA/Branchenlösungen (besucht am 23. Mai 2016).

¹³⁶ EKAS, ASA-Richtlinie, S. 14 (Anhang 4).

¹³⁷ EKAS, ASA-Richtlinie, S. 4 (Ziff. 2).

¹³⁸ WILHELM/FORSBLOM, Fallstudie, S. 44.

¹³⁹ Vgl. <www.sicuro.ch> (besucht am 23. Mai 2016). Die etwas umständlichere Bezeichnung lautet «Branchenlösung Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz für das Bauhauptgewerbe».

¹⁴⁰ Art. 3 Abs. 1 der Vereinsstatuten von der Trägerschaft «sicuro», abrufbar unter <www.sicuro.ch> und dort unter Über sicuro (besucht am 23. Mai 2016).

b) *Die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA)*

- 137 Die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) erfüllt im Bereich der Arbeitssicherheit vielseitige Aufgaben.¹⁴¹ Sie ist die wohl bedeutendste institutionelle Akteurin. Nachfolgend gehe ich auf einige Grundlagen (Rz. 138 ff.) und sodann auf die beiden grundverschiedenen Rollen der SUVA ein, welche diese im Bereich der Arbeitssicherheit ausübt (Rz. 145 ff.).

aa) *Grundlegendes zur SUVA*

- 138 **1.** Die SUVA ist eine **öffentlich-rechtliche Anstalt** mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 61 Abs. 1 UVG). Sie wurde durch das aKUVG (1911) ins Leben gerufen¹⁴² und nahm ihre Tätigkeit am 1. April 1918 auf.¹⁴³ Organisation und Kompetenzen der SUVA sind in den Art. 61 ff. UVG sowie in einem gestützt auf Art. 63 Abs. 5 UVG aufgestellten Organisationsreglement¹⁴⁴ geregelt.
- 139 **2.** Die SUVA ist **finanziell selbsttragend** (Art. 89 Abs. 3 UVG) und nicht gewinnorientiert. Sie erhält keine Gelder der öffentlichen Hand und liefert ihr keine ab. Ihre Einnahmen setzen sich aus den Prämien der Versicherten, den Erträgen der zur Rentensicherung angelegten Kapitalien und aus Regressforderungen zusammen. Die Aufgaben, welche die SUVA in ihrer Rolle als Durchführungsorgan der Arbeitssicherheit wahrnimmt (Rz. 146 ff.), werden durch einen Prämienzuschlag finanziert, der von der sozialen Unfallversicherung erhoben und von der SUVA verwaltet wird (Art. 82 Abs. 2 UVG). Der Bundesrat hat betreffend die Finanzierung der Arbeitssicherheit in *Art. 90 ff. VUV* detaillierte Vorschriften erlassen. Erwähnt seien hier einzig drei:

¹⁴¹ Für ein Selbstporträt siehe SUVA, Porträt, passim.

¹⁴² Siehe Art. 41 ff. aKUVG (1911).

¹⁴³ Auf eine historische Darstellung verzichte ich an dieser Stelle verzichtet und verweise stattdessen auf die Spezialliteratur: Siehe zur Geschichte der sozialen Unfallversicherung generell und der SUVA im Besonderen <www.suva.ch> unter Die Suva/Über uns/Die Suva im Überblick (besucht am 23. Mai 2016). Dort ist insbesondere die zum 75-jährigen Bestehen (1993) herausgegebene Broschüre abrufbar (SUVA, 75 Jahre, passim). Siehe auch ERNI, Entwicklung, passim; SOMMER, Soziale Sicherheit, passim (zur Unfallversicherung insbesondere S. 71 ff.).

¹⁴⁴ Reglement des Verwaltungsrats der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt vom 14. Juni 2002 über die Organisation der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SR 832.207).

- a. Der Prämienzuschlag «dient dazu, die Kosten zu decken, die den Durchführungsorganen aus der Tätigkeit zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten entstehen. Der Bundesrat ordnet die Einzelheiten» (Art. 87 Abs. 3 UVG). Welche Kosten aus dem Prämienzuschlag im Einzelnen zu decken sind, ergibt sich aus Art. 91 VUV. Dazu gehören auch die Kosten, die der SUVA aus der Wahrnehmung ihrer Beratungsaufgabe (Art. 60 VUV) entstehen.¹⁴⁵ 140
- b. Die SUVA ist verpflichtet, über die Verwendung des Prämienzuschlags betreffend die Unfallverhütung eine gesonderte Rechnung zu führen. Diese ist dem Bundesrat alljährlich zur Genehmigung vorzulegen (Art. 92 VUV). 141
- c. Der Prämienzuschlag wird vom Bundesrat festgelegt und «in der Regel alle fünf Jahre den Verhältnissen angepasst» (Art. 94 VUV). Die Festsetzung erfolgt in einer eigenen Verordnung: der Verordnung vom 6. Juli 1983 über die Festsetzung der Prämienzuschläge für die Unfallverhütung.¹⁴⁶ 142
3. Die SUVA präsidiert die Eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit (EKAS) und schliesst mit Fachorganisationen Verträge ab (Art. 85 Abs. 3 UVG; Rz. 171). 143
4. Im Bereich der Arbeitssicherheit tritt die SUVA in **zwei verschiedenen Rollen** auf, die es klar zu trennen gilt:¹⁴⁷ einerseits als soziale Unfallversicherung (Rz. 145), andererseits als Durchführungsorgan der Arbeitssicherheit (Rz. 146 ff.). Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass bei den Gesetzgebungsarbeiten zum Unfallversicherungsgesetz diskutiert wurde, die beiden Rollen der SUVA – Versicherung einerseits, Durchführungsorgan andererseits – institutionell zu trennen und ein eigentliches Unfallverhütungsinstitut zu schaffen.¹⁴⁸ Entsprechende Bemühungen scheiterten indessen. 144

¹⁴⁵ Art. 91 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 60 Abs. 1 VUV.

¹⁴⁶ SR 832.208.

¹⁴⁷ Man könnte auch von einer doppelten Zuständigkeit sprechen (Urteil REKU 556/03 vom 17. Juni 2004 E. 5a, publiziert in: VPB 68.170).

¹⁴⁸ Zu diesen Bemühungen vgl. BBl 1979 I 249 NR S. 274 f. (Votum Ammann); BBl 1979 I 278 NR S. 279 (Votum Hürlimann).

bb) Die SUVA als soziale Unfallversicherung

- 145 Die erste Rolle, in der die SUVA im Bereich Arbeitssicherheit auftritt, ist jene der sozialen Unfallversicherung (siehe auch Rz. 157 f.).¹⁴⁹ Arbeitnehmer von Betrieben nach Art. 66 Abs. 1 UVG sind zwingend bei der SUVA – nicht bei einer anderen Trägerin der sozialen Unfallversicherung – versichert. Darunter fallen jene Betriebe, in denen ein erhebliches Risiko für Berufsunfälle oder Berufskrankheiten besteht. Das trifft hauptsächlich auf Betriebe des zweiten Wirtschaftssektors, mithin Industrie- und Gewerbebetriebe, zu.¹⁵⁰ Mit Blick auf das Bauen gilt es festzuhalten, dass insbesondere Arbeitnehmer von Betrieben des Baugewerbes¹⁵¹ sowie von Betrieben, die temporäre Arbeitskräfte zur Verfügung stellen,¹⁵² bei der SUVA unfallversichert sind. In der Rolle der Versicherung richtet die SUVA einem Verunfallten die gesetzlichen Leistungen gemäss Unfallversicherungsgesetz aus, etwa Taggelder (Art. 16 f. UVG), eine Invalidenrente (Art. 18 ff. UVG) oder eine Integritätsentschädigung (Art. 24 f. UVG).¹⁵³ Im Umfang der ausgerichteten Leistungen steht der SUVA dann die Möglichkeit offen, sich gegen allfällige Haftpflichtige (etwa den Arbeitgeber des Verunfallten) zu wenden und diese im Wege des Regresses zu belangen (vgl. Rz. 160 f.).

cc) Die SUVA als Durchführungsorgan der Arbeitssicherheit

- 146 **1.** Die zweite Rolle, die der SUVA in Angelegenheiten der Arbeitssicherheit zukommt, ist jene des **Durchführungsorgans**: Als eine von mehreren Stellen ist sie für den Vollzug der Vorschriften über die Arbeitssicherheit im Sinne des Unfallversicherungsgesetzes zuständig (Art. 85 Abs. 1 UVG).¹⁵⁴ Diese Rolle ist in der vorliegenden Untersuchung von besonderem Interesse,

¹⁴⁹ Vgl. Art. 58 UVG. Eine Liste der Unfallversicherer ist abrufbar unter <www.bag.admin.ch> und dort unter Themen/Unfall- und Militärversicherung/Unfallversicherung/Liste der Unfallversicherer (besucht am 23. Mai 2016).

¹⁵⁰ Vgl. die statistischen Angaben zu den Unfallzahlen in der Baubranche im Besonderen Rz. 34 ff.

¹⁵¹ Art. 66 Abs. 1 lit. b UVG; vgl. zur Definition des Baugewerbes Rz. 34 ff.

¹⁵² Art. 66 Abs. 1 lit. o UVG. Das Risiko von temporären Arbeitskräften, bei der Arbeit zu verunfallen, ist überdurchschnittlich hoch. Vgl. <www.suva.ch> unter Prävention/Arbeit/Branchen und Themen/Ausleihe von Betriebspersonal/Temporärmitarbeitende und unter den Suchergebnissen «Temporärarbeit: Unterschätzen Sie die Unfallrisiken nicht» (besucht am 23. Mai 2016).

¹⁵³ Zu den verschiedenen Leistungen der Unfallversicherung siehe Art. 10 ff. UVG.

¹⁵⁴ Vgl. Botschaft UVG 1976, S. 181: Der Bundesrat betonte, der Vollzug des Unfallversicherungsgesetzes obliege «grundsätzlich und primär der SUVA».

wenn es um die verwaltungsrechtliche Sanktionierung des Arbeitgebers geht (Rz. 732 ff.). Der Terminus «Durchführungsorgan» ist auf Art. 85 Abs. 1 UVG zurückzuführen, nach dem die «Durchführungsorgane des ArG und die SUVA ... die Bestimmungen über die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten [vollziehen]». Die Durchführungsorgane (des Arbeitsgesetzes) und die SUVA werden zusammen als Durchführungsorgane – nun nicht des Arbeitsgesetzes, sondern des Unfallversicherungsgesetzes – bezeichnet. Das Verfahren, in dem die SUVA die Vorschriften der Arbeitssicherheit vollzieht, wird als «Durchführungsverfahren in der Arbeitssicherheit» bezeichnet (Rz. 743 ff.).

2. Wenn von den beiden Rollen der SUVA die Rede ist, muss Eines hervorgehoben werden: Die SUVA ist nach Art. 49 Abs. 1 VUV auch in Betrieben für den Vollzug des Unfallversicherungsgesetzes zuständig, deren Arbeitnehmer nicht bei ihr (sondern bei einer anderen Versicherungsträgerin) obligatorisch gegen die Folgen von Unfällen versichert sind (Art. 66 UVG).¹⁵⁵ Die Zuständigkeit für die Unfallverhütung ist mit anderen Worten **nicht deckungsgleich** mit der Zuständigkeit für die Versicherung.¹⁵⁶ 147

3. Als Durchführungsorgan der Arbeitssicherheit ist die SUVA für den **hoheitlichen Gesetzesvollzug** zuständig. In diesem Rahmen kann sie insbesondere – mit oder ohne vorgängige Anmeldung – *Betriebsbesuche* abstatten (Art. 61 VUV).¹⁵⁷ Der Arbeitgeber ist verpflichtet, der SUVA «Zutritt zu allen Arbeitsräumen und Arbeitsplätzen ... sowie die Vornahme der Feststellungen und die Entnahme von Proben ... zu gestatten» (Art. 61 Abs. 1 VUV). Stellt die SUVA anlässlich eines Betriebsbesuchs einen Verstoss gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit fest, verhängt sie gegenüber dem fehlbaren Arbeitgeber verwaltungsrechtliche Sanktionen, verfügt beispielsweise eine Prämienhöhung (Rz. 807 ff.). Betriebsbesuche zielen auf die Unfallverhütung ab. Verstösse gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit sollen möglichst erkannt und mit dem gesetzlichen Instrumentarium getadelt werden, bevor es zu einem Unfall kommt. 148

¹⁵⁵ SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 17 Rz. 208.

¹⁵⁶ Vgl. den «Bericht der Expertenkommission UVG-Revision» vom 27. Februar 2006, S. 54. Der Bericht ist abrufbar unter <www.bag.admin.ch> und dort unter Themen/Unfall- und Militärversicherung/Unfallversicherung/Projekte/Revision des UVG (besucht am 23. Mai 2016).

¹⁵⁷ So ausdrücklich Art. 61 Abs. 1 erster Satz VUV. In die Kategorie der angemeldeten Betriebsbesuche fallen etwa die regelmässigen Baustellenkontrollen, die Generalunternehmer bisweilen mit der SUVA vereinbaren.

- 149 Anlass zu einem Betriebsbesuch können insbesondere Hinweise durch Dritte geben. Zu denken ist etwa an eine verwaltungsrechtliche Anzeige, die bei der SUVA auch anonym eingehen kann (Art. 63 VUV). Die SUVA ist verpflichtet, Anzeigen «wegen Nichtbefolgung von Vorschriften über die Arbeitssicherheit» – also auch anonyme¹⁵⁸ – «zu prüfen und, falls sie begründet sind, nach den Artikeln 62 sowie 64–69 zu verfahren» (Art. 63 VUV). Insbesondere kann die SUVA eine Anzeige zum Anlass nehmen, einen Betriebsbesuch vorzunehmen.
- 150 **4.** In ihrer Rolle als Durchführungsorgan der Arbeitssicherheit hat die SUVA indessen nicht bloss für den hoheitlichen Gesetzesvollzug (Rz. 148) zu sorgen und nötigenfalls verwaltungsrechtliche Sanktionen zu ergreifen. Im Rahmen der Unfallverhütung kommt ihr auch eine **Beratungsaufgabe** zu: Sie hat «die Arbeitgeber und die Arbeitnehmer ... in zweckmässiger Weise über ihre Pflichten und Möglichkeiten zur Wahrung der Arbeitssicherheit» zu informieren (Art. 60 Abs. 1 VUV).¹⁵⁹
- 151 **a.** Der Beratungspflicht entspricht aus Sicht des Arbeitgebers ein *Beratungsrecht*: Er ist «berechtigt, hinsichtlich der von ihm zu treffenden Sicherheitsmassnahmen den Rat des zuständigen Durchführungsorgans [im Beispielfall 1, Rz. 26 f.: den Rat der SUVA] einzuholen» (Art. 60 Abs. 2 VUV). Eine solche Beratung wird von der SUVA nicht direkt verrechnet, ist deshalb aber keineswegs «kostenlos»¹⁶⁰: Finanziert wird sie durch den Zuschlag, den der Arbeitgeber für die Unfallverhütung entrichtet (vgl. Rz. 142). Bei Bauarbeiten wird von diesem Beratungsrecht jedenfalls bei grösseren Projekten regelmässig Gebrauch gemacht. Einem Unternehmer etwa steht es offen, mit der SUVA periodische Sicherheitskontrollen auf der Baustelle zu vereinba-

¹⁵⁸ Im Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes sind die «zuständigen Behörden ... verpflichtet, Anzeigen wegen Nichtbefolgung des Gesetzes [gemeint ist das Arbeitsgesetz], einer Verordnung oder einer Verfügung zu prüfen und, falls sie begründet sind, gemäss den Artikeln 51–53 zu verfahren» (Art. 54 Abs. 1 ArG). In der Lehre herrscht indessen Uneinigkeit hinsichtlich der Frage, ob eine solche Pflicht auch bei anonymen Anzeigen bestehe. Dazu OFK ArG-MÜLLER, N 2 zu Art. 54 Abs. 1 m.w.H.

¹⁵⁹ RUMO-JUNGO, Baustelle, S. 67, bezeichnet die Beratung gar als «primäre Aufgabe» der SUVA. Die Beratungspflicht ist in Art. 60 VUV verankert und besteht aus zwei grundsätzlich verschiedenen Aspekten: einer «spontanen» Beratung (Art. 60 Abs. 1 VUV), welche die SUVA aus eigenem Antrieb zu erbringen hat, und einer Beratung «auf Anfrage» (Art. 60 Abs. 2 VUV).

¹⁶⁰ So jedoch MÜLLER/INAUEN, Haftung, S. 173.

ren.¹⁶¹ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist es einem Arbeitgeber nicht zuzumuten, eine weitere Expertin beizuziehen, wenn schon die SUVA «eine Anlage oder einen Teil einer Anlage» umfassend geprüft hat. Hingegen «entbindet ... auch eine umfassende Prüfung die Arbeitgeberin nicht von einer sorgfältigen Instruktion und Überwachung der Arbeitnehmer»¹⁶². Das Bundesgericht hält hier den Grundsatz fest, wonach eine umfassende Arbeitsplatzkontrolle durch die SUVA diesem zwar attestiert, die erforderlichen technischen Schutzmassnahmen getroffen zu haben; die Kontrolle attestiert dem Arbeitgeber aber nicht, alle notwendigen organisatorischen Schutzmassnahmen (insbesondere hinsichtlich Instruktion und Überwachung) getroffen zu haben.¹⁶³

b. Es führte im vorliegenden Zusammenhang zu weit, einlässlich auf Fragen der *Staatshaftung* einzugehen, die sich im Zusammenhang mit der Beratungstätigkeit der SUVA aufdrängen. An dieser Stelle genügt der Hinweis, dass eine Staatshaftungsklage eines verunfallten Arbeitnehmers gegen die SUVA grundsätzlich denkbar ist. Die Haftung der SUVA richtet sich dabei nach Art. 78 Abs. 1, 2 und 4 ATSG.¹⁶⁴ Die SUVA hat über Schadenersatzforderungen durch Verfügung zu entscheiden (Absatz 2), wobei sich das Beschwerdeverfahren nach den Bestimmungen «dieses Gesetzes» (gemeint sind Art. 56–62 ATSG) richtet. Diese Vorschriften gehen jenen des Verantwortlichkeitsgesetzes vor,¹⁶⁵ wobei letztere teilweise (insbesondere Art. 20

¹⁶¹ Vgl. EKAS, Jahresbericht 2013, S. 40: «Grundsätzlich wird das Fachwissen der Arbeitsinspektoren sehr geschätzt. Insbesondere wird ihr Wissen von Bauherren, Architekten und Unternehmen häufig beansprucht. ... Arbeitsinspektoren sind meist sehr früh in geplante Projekte involviert».

¹⁶² BGer 4A_189/2015 vom 6. Juli 2015 E. 3.2.

¹⁶³ Zur Unterscheidung zwischen technischen und organisatorischen Schutzmassnahmen siehe Rz. 322 ff.

¹⁶⁴ Dazu und zum Folgenden BGE 136 II 187 E. 3.1; HUSMANN, Arbeitsrecht und EMRK, S. 489 ff.; MÜLLER/INAUEN, Haftung, S. 178 Fn. 24. Die eigentliche Haftungsbestimmung findet sich in Art. 78 Abs. 1 ATSG: «Für Schäden, die von Durchführungsorganen oder einzelnen Funktionären von Versicherungsträgern einer versicherten Person oder Dritten widerrechtlich zugefügt wurden, haften die öffentlichen Körperschaften, privaten Trägerorganisationen oder Versicherungsträger, die für die Organe verantwortlich sind».

¹⁶⁵ Art. 3 Abs. 2 VG: «Bei Tatbeständen, welche unter die Haftpflichtbestimmungen anderer Erlasse fallen, richtet sich die Haftung des Bundes nach jenen besonderen Bestimmungen.» Die Rede ist hier vom Grundsatz der subsidiären Anwendung des Verantwortlichkeitsgesetzes (KIESER, ATSG-Kommentar, N 19 f. zu Art. 78).

Abs. 1 VG betreffend die Verwirkung) sinngemäss anwendbar sind (Art. 78 Abs. 4 ATSG).

153 Zur Begründung seines Haftungsanspruchs könnte der verunfallte Arbeitnehmer anführen, die SUVA habe den Arbeitgeber falsch beraten – etwa, indem sie es unterlassen habe, vor einer spezifischen Gefahr rechtzeitig zu warnen. Diese Fehlberatung, die in einer unterlassenen Warnung bestehe, sei für den eingetretenen Unfall kausal, weshalb die SUVA gestützt auf Art. 78 Abs. 1 ATSG Schadenersatz zu leisten habe.¹⁶⁶ In der Rechtsprechung des Bundesgerichts finden sich zwei Fälle, denen ein entsprechender Sachverhalt zugrunde lag. Beide Fälle betrafen ehemals asbestexponierte Arbeiter. Hinzuweisen ist besonders auf BGE 136 II 187.¹⁶⁷ Die Witwe eines Verstorbenen forderte von der SUVA Schadenersatz und Genugtuung. Zwar wurde der geltend gemachte Anspruch von den Schweizer Gerichten materiell noch nicht geprüft, weil sie ihn für absolut verwirkt hielten. Nachdem jedoch der EGMR mit Urteil vom 11. März 2014 das Urteil des Bundesgerichts für konventionswidrig erklärte,¹⁶⁸ wird der Fall wohl bald neuerlich aufgerollt und alsdann materiell zu prüfen sein. Bei Abschluss des Manuskripts ist das Revisionsverfahren, was die Forderung gegen die SUVA betrifft,¹⁶⁹ vom Bundesgericht sistiert.¹⁷⁰

154 **5.** Wie bereits angetönt (Rz. 146), ist der Vollzug der Art. 81 ff. UVG über die Unfallverhütung nicht ausschliesslich eine Kompetenz der SUVA. Sie teilt

¹⁶⁶ Im Zusammenhang mit Nanomaterialien, über deren Schädlichkeit heute noch weitgehend Ungewissheit besteht, sind künftig analoge Haftungsfälle denkbar. Eine Haftungsklage dürfte sich regelmässig auf den Direktschaden des Arbeitnehmers (Rz. 162) beschränken. Konstellationen, in denen die soziale Unfallversicherung für die ausgerichteten Leistungen auf ein Durchführungsorgan Regress zu nehmen versucht, dürften hingegen selten sein. In Fällen, in denen die SUVA Durchführungsorgan ist (wie in meinen Beispielfällen; Rz. 24 ff.) würde dies nämlich zur paradoxen Situation führen, dass sie – als Sozialversicherung, die im Rahmen der ausgerichteten Leistungen nach Art. 72 ATSG in die Ansprüche des Verunfallten eingetreten ist – auf sich selbst (als Durchführungsorgan) zu regressieren hätte.

¹⁶⁷ Der zweite Fall findet sich in BGer 2A.402/2000 vom 23. August 2001.

¹⁶⁸ Nebst der Klage gegen die SUVA wurde auch eine Klage gegen den ehemaligen Arbeitgeber des Verstorbenen angestrengt (dazu BGE 137 III 16 sowie das Revisionsurteil BGE 142 I 42). Vgl. die Urteile des EGMR, Beschwerden Nr. 52067/10 und 41072/11, *Affaire Howald Moor et autres c. Suisse*. Zu diesem Fall einlässlich HUSMANN, Arbeitsrecht und EMRK, passim; weiter KRAUSKOPF, Verjährungsrecht, passim.

¹⁶⁹ Anders verhält es sich betreffend die Forderung gegen den ehemaligen Arbeitgeber (vgl. Fn. 168).

¹⁷⁰ HUSMANN, Arbeitsrecht und EMRK, S. 494.

sich diese Aufgabe mit den Durchführungsorganen des Arbeitsgesetzes (Art. 41 ff. ArG). In dieser Untersuchung ist grossmehrheitlich nur von der SUVA die Rede, während die übrigen Durchführungsorgane vielerorts unerwähnt bleiben. Dies hat mit dem gewählten thematischen Schwerpunkt, der Unfallverhütung in der Baubranche, zu tun. In «Betriebe[n] des Bauhauptgewerbes, des Ausbaus und der Gebäudehülle sowie andere[n] Betriebe[n], die auf deren Baustellen Arbeiten ausführen», ist die SUVA nämlich das zuständige Durchführungsorgan (Art. 49 Abs. 1 Ziff. 11 VUV). Hinzu kommt, dass beim Bauen regelmässig Arbeitsmittel zum Einsatz gelangen, welche für sich alleine, also auch ausserhalb des Bauens, die Zuständigkeit der SUVA begründen (Art. 49 Abs. 2 VUV).¹⁷¹ Schliesslich ist die SUVA in sämtlichen Betrieben für den Vollzug der Vorschriften über die Verhütung von Berufskrankheiten zuständig (Art. 50 VUV; sogenannte Alleinzuständigkeit der SUVA).

6. Die Betriebsbesuche, welche die SUVA in ihrer Rolle als Durchführungsorgan vornimmt (Rz. 148), sowie der Umstand, dass sie in Schadenfällen als Versicherung auftritt, führen zu einem **umfassenden Einblick in die Unternehmen**. Nach Unfällen wertet sie (als Versicherung) die getroffenen Abklärungen¹⁷² aus und «zieht die erforderlichen Schlüsse daraus»¹⁷³. Dazu gehört auch die Information von Arbeitgebern und Arbeitnehmern über neue Risiken, die sich in einem Fall konkret realisiert haben.¹⁷⁴ Entsprechend ist die SUVA im Bereich der Prävention aktiv und publiziert eine Vielzahl von Dokumenten. Betitelt sind sie etwa als Broschüren¹⁷⁵, Checklisten¹⁷⁶, Factsheets¹⁷⁷ oder Merkblätter. Obwohl es sich dabei nicht um Rechtsnormen

¹⁷¹ So begründet etwa der Einsatz eines Drehkrans die Zuständigkeit der SUVA (Art. 49 Abs. 2 Ziff. 3 VUV) soweit es um den Einsatz dieses Krans geht.

¹⁷² Vgl. Art. 43 ATSG. Im Jahr 2014 etwa hat die SUVA bei 942 Berufsunfällen eine Abklärung vorgenommen (EKAS, Jahresbericht 2014, S. 64).

¹⁷³ EKAS, Jahresbericht 2013, S. 60.

¹⁷⁴ Die SUVA stellt Unfallbeispiele zusammen, um auf neuralgische Punkte aufmerksam zu machen, im Bereich des Bauens etwa «21 Meter Sturz in Schacht» (Nr. 13041), «Bagger abgerutscht, Baggerführer tot» (Nr. 13066) oder «Bauarbeiter von abgestürztem Betonelement erschlagen» (Nr. 13044). Diese und weitere Unfallbeispiele sind elektronisch abrufbar unter <www.suva.ch> und dort über die Suchmaske unter Prävention/Arbeit/Schwerpunkte Prävention/Aus Unfällen lernen.

¹⁷⁵ Vgl. etwa die Broschüren «Die Sicherheit organisieren – eine zentrale Aufgabe für jedes Unternehmen» (Nr. 66101) und «Welches sind Ihre Pflichten auf dem Gebiet der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes?» (Nr. SBA 140).

¹⁷⁶ Vgl. etwa die Checkliste «Lüftung im Untertagbau» (Nr. 67120).

¹⁷⁷ Vgl. etwa das Factsheet «Deckenschalungen bei grossen Raumhöhen» (Nr. 33033).

handelt und ihnen folglich die Rechtsverbindlichkeit abgeht, liefern solche Informationsmittel den verschiedenen Akteuren praktisch wichtige Informationen. Insbesondere bieten sich Merkblätter der SUVA an, um die unbestimmten Rechtsbegriffe «Erfahrung» und «Stand der Technik», welche die drei Kernnormen der Arbeitssicherheit prägen (Rz. 277 ff.), zu konkretisieren (Rz. 422 ff.). Auch in der Aus- und Weiterbildung ist die SUVA aktiv.¹⁷⁸ So ist sie etwa für die Ausbildung der Spezialisten der Arbeitssicherheit (ASA) und der Fachspezialisten bei besonderen Gefahren (z.B. Strahlenschutz) zuständig.¹⁷⁹

c) *Die Sozialversicherungen*

156 Nach einer Übersicht über die Leistungen aus den verschiedenen Zweigen der Sozialversicherung (Rz. 157 f.) gehe ich auf drei zentrale Begriffe ein: Subrogation, Regress und Direktschaden (Rz. 159 ff.).

aa) *Übersicht über die Leistungen aus den verschiedenen Zweigen der Sozialversicherung*

157 **1.** Im Nachgang zu einem Arbeitsunfall richten, abhängig von den konkreten Umständen des Einzelfalls, verschiedene Zweige der Sozialversicherung Leistungen an den Verunfallten – oder, bei Unfall mit Todesfolge, an seine Hinterlassenen – aus. In dieser Untersuchung liegt der Schwerpunkt auf der **sozialen Unfallversicherung**. Sie richtet Geldleistungen in verschiedenen Formen aus: Taggelder (Art. 16 f. UVG), Invalidenrenten (Art. 18 ff. UVG), Integritätsentschädigungen (Art. 24 f. UVG), Hilflosenentschädigungen (Art. 26 f. UVG) sowie – bei Unfall mit Todesfolge – Hinterlassenenrenten an den überlebenden Ehegatten und die Kinder (Art. 28 ff. UVG).

158 **2.** Auf eine Darstellung sämtlicher möglicher Leistungen aus den verschiedenen Zweigen der Sozialversicherung sowie auf die regelmässig hochgradig komplexen koordinationsrechtlichen Fragen verzichte ich an dieser Stelle. Wenn in der Folge ausschliesslich von der sozialen Unfallversicherung die Rede ist, darf nicht in Vergessenheit geraten, dass nach einem Arbeitsunfall allenfalls auch **andere Sozialversicherer** leistungspflichtig werden. Zu denken ist insbesondere an die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV), die eine Witwenrente (Art. 23 ff. AHVG) oder eine Waisenrente (Art. 25 ff. AHVG) ausrichtet, an die Invalidenversicherung, die bei Invalidi-

¹⁷⁸ Vgl. die Übersicht auf <www.suva.ch/kurse> (besucht am 23. Mai 2016).

¹⁷⁹ SUVA, Porträt, S. 13.

tät im Sinne von Art. 8 ATSG Taggelder bezahlt (Art. 22 ff. IVG), oder an die berufliche Vorsorge, die Hinterlassenenleistungen (Art. 18 ff. BVG) oder Invalidenleistungen (Art. 23 ff. BVG) ausrichtet.

bb) Subrogation, Regress und Direktschaden

1. Für jene Leistungen, die ein Sozialversicherer an den Verunfallten ausrichtet, kann er auf den haftpflichtigen Arbeitgeber Rückgriff nehmen. Nach Art. 72 Abs. 1 ATSG «tritt der Versicherungsträger im Zeitpunkt des Ereignisses [hier des Unfalls] bis auf die Höhe der gesetzlichen Leistungen in die Ansprüche der versicherten Person [des verunfallten Arbeitnehmers] und ihrer Hinterlassenen ein».¹⁸⁰ Bei dieser Anordnung handelt es sich um einen Forderungsübergang kraft Gesetzes im Sinne von Art. 166 OR¹⁸¹. Die Rede ist von einer **Subrogation** oder einer Legalzession.¹⁸² 159

a. Die Sozialversicherung bleibt folglich auf den von ihr ausgerichteten Leistungen nicht zwingend sitzen. Nachdem sie zum Zeitpunkt des Unfalls in die Ansprüche des Verunfallten eingetreten ist, kann sie sich gegen haftpflichtige Dritte, insbesondere gegen den fehlbaren Arbeitgeber, wenden und auf sie *Regress* nehmen.¹⁸³ Mit dem Regress werden das Haftpflicht- und das Sozialversicherungsrecht insofern aufeinander abgestimmt, als die Sozialversicherung haftpflichtige Dritte ins Recht fassen und so Ersatz für die ausgerichteten Leistungen verlangen kann.¹⁸⁴ Damit wird sichergestellt, dass pri- 160

¹⁸⁰ Im Bereich der beruflichen Vorsorge besteht in Art. 34b BVG eine eigene Regelung. Vgl. dazu DUC/FIVIAN, Berufliche Vorsorge, passim.

¹⁸¹ Art. 166 OR lautet: «Bestimmen Gesetz oder richterliches Urteil, dass eine Forderung auf einen andern übergeht, so ist der Übergang Dritten gegenüber wirksam, ohne dass es einer besondern Form oder auch nur einer Willenserklärung des bisherigen Gläubigers bedarf.»

¹⁸² Zum Vorgang der Subrogation siehe FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, Rz. 242 ff.; weiter KOLLER, Haftung des Arbeitgebers, S. 433 ff.; MAURER, Unfallversicherungsrecht, S. 545 ff. Der dort jeweils angeführte Art. 41 aUVG (AS 1982 1676) wurde mit dem Inkrafttreten des ATSG in dieses überführt (Art. 72 ff. ATSG). Mitunter verfügt der Arbeitgeber über eine Betriebshaftpflichtversicherung, die im Rahmen des passiven Rechtsschutzes (Rz. 192) auch versucht, allenfalls unberechtigte Ansprüche abzuwehren.

¹⁸³ Für eine grundlegende Darstellung des Regresses der Sozialversicherer auf haftpflichtige Dritte siehe FUHRER, Regress, passim; vgl. auch KRAUSKOPF, Regressprozess, passim.

¹⁸⁴ Vgl. MAURER, Unfallversicherungsrecht, S. 545. Zum Zusammenwirken von Arbeitgeberhaftung und Sozialversicherungsrecht KOLLER, Haftung des Arbeitgebers, passim.

mär der Haftpflichtige für einen von ihm verursachten Schaden eintreten muss. Gäbe es das Instrument des Regresses nicht, müsste der Schaden, den der Arbeitnehmer infolge des Unfalls erleidet, vom Sozialversicherer getragen werden.

- 161 **b.** Dem Instrument des Regresses sind durch das *Regressprivileg des Arbeitgebers* Grenzen gesetzt.¹⁸⁵ Der Sozialversicherung steht das Regressrecht nur zu, wenn der Arbeitgeber den Unfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat (Art. 75 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 ATSG)¹⁸⁶. Hat sich der Arbeitgeber hingegen nur leicht fahrlässig verhalten, muss die Sozialversicherung dem Verunfallten Leistungen ausrichten, ohne sich im Regress an den Arbeitgeber halten zu können. Diese Privilegierung des Arbeitgebers greift indessen einzig im Verhältnis zur Sozialversicherung (beim Regress); dem Verunfallten gegenüber hat der Arbeitgeber auch für leichte Fahrlässigkeit einzustehen.¹⁸⁷
- 162 **2.** Der verunfallte und nunmehr geschädigte Arbeitnehmer erhält zumindest einen Teil seines Schadens durch die Sozialversicherungen ersetzt. Bisweilen decken die sozialversicherungsrechtlichen Leistungen jedoch nicht den gesamten Schaden.¹⁸⁸ In diesen Fällen steht dem Verunfallten die Möglichkeit offen, seinerseits den haftpflichtigen Arbeitgeber ins Recht zu fassen und von diesem (oder seiner Betriebshaftpflichtversicherung; Rz. 188 ff.) Deckung für die ungedeckten Schadenspositionen zu verlangen. Die Rede ist dann gemeinhin vom **Direktschaden**. Indem der Geschädigte ausschliesslich

Zum Regressrecht der SUVA unter altem Recht (vor Inkrafttreten des ATSG) MAURER, Recht und Praxis, S. 341 ff.

¹⁸⁵ Zum Regressprivileg allgemein KOLLER, Regressprivileg, passim; MORENO, Regressprivileg, passim.

¹⁸⁶ Nur am Rande sei erwähnt, dass dieselbe Privilegierung insbesondere auch für den Arbeitskollegen des Verunfallten gilt, wenn Ersterer aus Art. 41 Abs. 1 OR haftpflichtig wird. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz (Art. 75 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 ATSG).

¹⁸⁷ Bis zum Inkrafttreten des ATSG am 1. Januar 2003 war der Arbeitgeber auch gegenüber dem Verunfallten privilegiert, indem Art. 44a UVG (AS 1982 1676) ein Haftungsprivileg des Arbeitgebers vorsah. Vgl. PORTMANN, Haftungsprivileg, passim; für einen Anwendungsfall KGer VS vom 26. September 1990, publiziert in: ZWR 2/1991, S. 227 (Anwendbarkeit des Haftungsprivilegs in casu verneint, da der Arbeitgeber sich grobfahrlässig verhalten hatte).

¹⁸⁸ ZK OR-LANDOLT, N 192 zu Art. 45/46, spricht vom «Bruttoschaden» und meint damit die «Summe der einzelnen Schadensposten, die als rechtserhebliche Folge der Körperverletzung eintreten».

diese Positionen geltend machen kann,¹⁸⁹ wird eine Überentschädigung vermieden.

d) *Die eidgenössische Arbeitsinspektion*

1. Für den Vollzug der Vorschriften der Arbeitssicherheit sind auch die eidgenössischen Durchführungsorgane des Arbeitsgesetzes zuständig (Art. 48 VUV i.V.m. Art. 42 ArG). Angesprochen ist damit das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO): In seiner Direktion für Arbeit, und dort im Leistungsbereich Arbeitsbedingungen, ist die **eidgenössische Arbeitsinspektion** angesiedelt.¹⁹⁰ 163

2. Die Vollzugszuständigkeit der eidgenössischen Arbeitsinspektion ist begrenzt auf die Bundesverwaltung, -betriebe sowie -anstalten und ist auch nur gegeben, «soweit dafür die SUVA nicht zuständig ist» (Art. 48 Abs. 3 VUV). Im Übrigen besteht ihre Aufgabe darin, «für die einheitliche Anwendung der Vorschriften über die Arbeitssicherheit [nach UVG] durch die kantonalen Organe sowie für die Koordination dieser Tätigkeit mit dem Vollzug der Vorschriften des ArG über die Gesundheitsvorsorge und Plangenehmigung» zu sorgen (Art. 48 Abs. 2 erster Satz VUV). Im vorliegenden Zusammenhang kommt der eidgenössischen Arbeitsinspektion eine marginale Bedeutung zu, weshalb ich nicht weiter auf sie eingehe. 164

2. Die kantonalen Arbeitsinspektorate

1. Nach Massgabe von Art. 47 VUV beaufsichtigen die kantonalen Arbeitsinspektorate (KAI)¹⁹¹ des Arbeitsgesetzes «die Anwendung der Vorschriften über die Arbeitssicherheit ..., sofern dafür nicht ein anderes Durchführungsorgan zuständig ist». Es handelt sich um eine Auffangregel, die vor dem Hintergrund der unübersichtlichen Zuständigkeitsregelung äusserst wichtig 165

¹⁸⁹ Vgl. BGE 134 III 489 E. 4.4; HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, Personenschadensrecht, Rz. 443; RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, Rz. 949 f.

¹⁹⁰ Vgl. zur Organisation und zu den Aufgaben des Leistungsbereichs Arbeitsbedingungen RICHÖZ, Herausforderungen, passim; weiter <www.seco.admin.ch> und dort unter Das SECO/Staatssekretariat für Wirtschaft SECO/Direktion für Arbeit/Arbeitsbedingungen (besucht am 23. Mai 2016).

¹⁹¹ Die Adressen der einzelnen kantonalen Arbeitsinspektorate finden sich unter <www.ekas.admin.ch> und dort unter Die EKAS/Durchführungsorgane/Adressen der Durchführungsorgane (besucht am 23. Mai 2016).

ist: Sie stellt sicher, dass die Vorschriften der Arbeitssicherheit in jedem Betrieb behördlich vollzogen werden.

- 166 **2.** Der Aufgabenbereich der kantonalen Arbeitsinspektorate (KAI) ist sehr breit. Nebst dem Vollzug der Vorschriften der Arbeitssicherheit (Art. 47 VUV) sind sie auch zuständig für den Vollzug der Bestimmungen über den allgemeinen Gesundheitsschutz, insbesondere des Arbeitsgesetzes und seiner fünf Verordnungen (ArGV 1–5). Damit sind die KAI etwa zuständig, wenn es um Fragen betreffend Ergonomie, Lasten, Licht, Klima, Fluchtwege, Ruhezeiten, Sonntags- und Nachtarbeit, Schutz von Jugendlichen und Schwangeren, psychosoziale Beschwerden wie Mobbing, Stress etc. geht. Weiter gehört die Plangenehmigung und Betriebsbewilligung (Art. 7 ArG) zum Aufgabenkreis der KAI.¹⁹²
- 167 **3.** Den insgesamt 26 kantonalen Arbeitsinspektoraten sind ungefähr 340'000 Betriebe mit rund 2,7 Mio. Arbeitnehmern unterstellt.¹⁹³ Zum Vergleich: Der SUVA unterstehen (im Bereich Berufsunfälle) ungefähr 60'000 Betriebe mit 1,3 Mio. Arbeitnehmern.¹⁹⁴
- 168 **4.** Je nach Kanton kommen den kantonalen Arbeitsinspektoraten weitere Aufgaben zu, etwa in den Bereichen Chemiesicherheit, Lebensmittelverordnung, Lärmschutzverordnung etc.

3. Die Fachorganisationen

- 169 **1.** Nebst den Akteuren auf Bundesebene (Rz. 121 ff.) und den kantonalen Arbeitsinspektoraten (Rz. 165 ff.) sind **spezialisierte Organisationen** in Angelegenheiten der Arbeitssicherheit mit Vollzugsaufgaben betraut.¹⁹⁵ Sie werden als Fachorganisationen bezeichnet (Art. 51 VUV).¹⁹⁶ Es handelt sich

¹⁹² Vgl. zum Aufgabenbereich der kantonalen Arbeitsinspektorate MEIER, Kantonale Arbeitsinspektorate, passim.

¹⁹³ EKAS, Jahresbericht 2014, S. 7 und 38.

¹⁹⁴ EKAS, Jahresbericht 2014, S. 7.

¹⁹⁵ Eine Übersicht über die Vollzugstätigkeit der einzelnen Fachorganisationen findet sich in EKAS, Jahresbericht 2014, S. 81 (Tabelle 16).

¹⁹⁶ Zu den Fachorganisationen PÜRRO, Fachorganisationen, passim (insbesondere S. 23, wo sich eine tabellarische Zusammenstellung der verschiedenen Fachorganisationen findet).

um beliebige Private, mithin «Personen des Zivilrechts, an denen das Gemeinwesen nicht beteiligt ist»¹⁹⁷.

2. Die Kompetenzen der Fachorganisationen ergeben sich aus **Verträgen**,¹⁷⁰ welche die SUVA in ihrer Rolle als Durchführungsorgan der Arbeitssicherheit mit den einzelnen Organisationen abschliesst.

a. Gesetzlich verankert sind die Fachorganisationen in Art. 85 Abs. 3 UVG.¹⁷¹ Nach dieser Bestimmung kann die EKAS die SUVA «ermächtigen, mit geeigneten Organisationen Verträge über besondere Durchführungsaufgaben auf dem Gebiete der Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten abzuschliessen». Im jeweiligen Vertrag festzulegen ist insbesondere der «Zuständigkeitsbereich [der Fachorganisation] ... sowie deren Befugnis, Verfügungen zu erlassen» (Art. 51 VUV).

b. Der Hauptgrund, weshalb die SUVA Fachorganisationen mit bestimmten¹⁷² Aufgaben des Vollzugs betraut, ist das *besondere Fachwissen*, wie es der SUVA und den übrigen Durchführungsorganen fehlt.¹⁹⁸ Die Kompetenzen der jeweiligen Fachorganisation – insbesondere die Frage der Verfügungsberechtigung – sind je nach Vertrag unterschiedlich ausgestaltet.¹⁹⁹ Eine Übersicht über die Vollzugstätigkeit findet sich jeweils im Jahresbericht der EKAS.²⁰⁰

c. Rechtsprechung und Lehre haben sich bisher nicht zur Rechtsnatur der Verträge geäußert, welche die SUVA mit den Fachorganisationen abschliesst.¹⁷³ Meiner Einschätzung nach handelt es sich um *verwaltungsrechtliche Verträge*:²⁰¹ Die SUVA überträgt den Fachorganisationen bestimmte Vollzugsaufgaben betreffend die Vorschriften über die Unfallverhütung nach UVG. Der Vollzug dieser Vorschriften stellt eine unmittelbare Verwaltungsaufgabe dar, womit die zugrunde liegenden Verträge den verwaltungsrechtlichen Verträ-

¹⁹⁷ Dazu und generell zur Beleihung Privater mit Verwaltungsaufgaben TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rz. 12 ff.

¹⁹⁸ EKAS, Jahresbericht 2014, S. 78. Erwähnt werden dort auch die mangelnden personellen Mittel.

¹⁹⁹ EKAS, Wegleitung, S. 155 (Ziff. 357.4); vgl. auch Art. 51 VUV.

²⁰⁰ Die Jahresberichte der EKAS sind abrufbar unter <www.ekas.admin.ch> und dort unter Die EKAS/EKAS Jahresbericht (besucht am 23. Mai 2016).

²⁰¹ Der verwaltungsrechtliche Vertrag ist eine von mehreren Handlungsformen der Verwaltung. Siehe einlässlich DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, § 19; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 33 ff., sowie die dort verzeichnete Literatur.

gen zuzuordnen sind.²⁰² In dieser Meinung wird man bestärkt durch einen Vergleich mit der Produktesicherheit: Auch dort sind bestimmten «Fachorganisationen», die teilweise mit den in der Arbeitssicherheit aktiven Organisationen übereinstimmen, Vollzugsaufgaben übertragen (Art. 9 PrsG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 lit. c PrSV). Entsprechendes galt bereits unter der Herrschaft des Vorgängergesetzes: Der Vollzug des aSTEG oblag unter anderem «den ermächtigten Fachorganisationen»²⁰³. Deren Zuständigkeit wiederum ergab sich aus einem Vertrag zwischen dem zuständigen Departement und der einzelnen Fachorganisation.²⁰⁴ Solche Verträge wurden von der Lehre den verwaltungsrechtlichen Verträgen zugeordnet.²⁰⁵

- 174 Die Rechtsnatur der Verträge zwischen der SUVA und den Durchführungsorganen ist nachfolgend nicht weiter von Bedeutung. Hingewiesen sei indes auf die Zuständigkeit für die Beurteilung von Streitigkeiten, die sich aus einem Vertrag ergeben können: Sie liegt in erster Instanz beim Bundesverwaltungsgericht.²⁰⁶ Gegen dessen Urteil ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 85 BGG an das Bundesgericht möglich.²⁰⁷
- 175 **d.** Die Kosten, die den Fachorganisationen durch die Erfüllung ihrer mittels verwaltungsrechtlichem Vertrag übertragenen Aufgaben entstehen, werden durch den Prämienzuschlag nach Art. 87 UVG *finanziert* (Art. 91 lit. c VUV).
- 176 **e.** Die SUVA hat mit insgesamt *sechs Fachorganisationen* verwaltungsrechtliche Verträge abgeschlossen. Die verschiedenen Vertragspartner der SUVA

²⁰² Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 33 Rz. 12; weiter BGE 134 II 297 E. 2.2.

²⁰³ Art. 6 aSTEG (AS 1977 2370). Vgl. auch Art. 11 Abs. 1 lit. c aSTEV (AS 1995 2770).

²⁰⁴ Art. 11 Abs. 2 aSTEV (AS 1995 2770).

²⁰⁵ Zur Qualifikation solcher Vereinbarungen zwischen dem SECO und Fachorganisationen nach aSTEG und aSTEV siehe SHK PrSG-HESS, N 57 Fn. 206 der Einleitung; SECO, Kommentar aSTEG, S. 29 Ziff. 8.3.2.4: «Gewisse Fachorganisationen sind ebenfalls mit Vollzugsaufgaben betraut. Die Kompetenzen werden in einem *verwaltungsrechtlichen Vertrag* zwischen dem SECO und den Fachorganisationen festgelegt» (Hervorhebung hinzugefügt). Nachdem die Vollzugsregelung des aSTEG für jene Produkte, die unter den fünften Abschnitt der PrSV fallen, für das PrSG übernommen wurde (Botschaft PrSG, S. 7429 f.), lassen sich die zitierten Ausführungen des SECO auch auf das geltende Recht der Produktesicherheit übertragen.

²⁰⁶ Vgl. Art. 35 lit. a VGG.

²⁰⁷ Vgl. DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, Rz. 1127.

werden in der Praxis in zwei Kategorien eingeteilt: Fachinspektorate (Rz. 177 ff.) und Beratungsstellen (Rz. 183 ff.).

a) *Fachinspektorate*

1. Die Fachinspektorate verfügen (wie die Beratungsstellen) über besonderes Fachwissen. Der Unterschied zu den Beratungsstellen besteht in der **wirtschaftlichen Unabhängigkeit** der Fachinspektorate. Soweit im Vertrag zwischen den Fachinspektoraten und der SUVA vorgesehen, können Fachinspektorate im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Sanktionierung (Rz. 732 ff.) Verfügungen nach Art. 64 VUV erlassen.²⁰⁸ 177

2. Die SUVA hat mit **insgesamt vier Fachinspektoraten** Leistungsverträge abgeschlossen. Die Inspektorate sind alle als Vereine nach Schweizer Recht (Art. 60 ff. ZGB) organisiert und im Handelsregister eingetragen. Im Einzelnen handelt es sich um folgende Vereine: 178

– Im Bereich der Stark- und Schwachstromanlagen besteht ein Vertrag mit dem Verband *electrosuisse*.²⁰⁹ 179

– Im Bereich der netzgebundenen Gase sowie der Flüssiggase besteht ein Vertrag mit dem *Schweizerischen Verein des Gas- und Wasserfaches (SVGW)*. 180

– Im Bereich Schweißen, Schneiden und verwandte Verfahren, technische Gase sowie Gase im Medizinalbereich besteht ein Vertrag mit dem *Schweizerischen Verein für Schweisstechnik (SVS)*. Seit dem 1. Januar 2015 gilt der neue Vertrag zwischen der SUVA und dem SVS.²¹⁰ Im vorliegenden Zusammenhang ist besonders erwähnenswert, dass der SVS auch «Regeln der Technik» publiziert (zur normativen Bedeutung dieser Regeln siehe Rz. 383).²¹¹ 181

²⁰⁸ EKAS, Wegleitung, S. 155 (Ziff. 357.2); EKAS, Jahresbericht 2014, S. 80; PÜRRO, Fachorganisationen, S. 21.

²⁰⁹ Der offizielle, im Handelsregister eingetragene Vereinsname ist «Electrosuisse, Verband für Elektro-, Energie und Informationstechnik».

²¹⁰ EKAS, Jahresbericht 2014, S. 80. Der neue Vertrag hat jenen aus dem Jahr 1990 ersetzt.

²¹¹ Ein Verzeichnis dieser Regeln der Technik ist abrufbar unter <www.svsxass.ch> unter Dienstleistungen/Arbeitssicherheit/Regeln der Technik für Schweißen und Technische Gase (besucht am 23. Mai 2016).

182 – Im Bereich Druckbehälter besteht ein Vertrag mit dem *Schweizerischen Verein für technische Inspektionen (SVTI)*.

b) *Beratungsstellen*

183 **1.** Die Beratungsstellen unterscheiden sich von den Fachinspektoraten durch ihre **wirtschaftliche Abhängigkeit**.²¹² Deshalb kommt den Beratungsstellen zum Vornherein keine Befugnis zu, Verfügungen nach Art. 64 VUV zu erlassen.

184 **2.** Die SUVA hat mit **zwei Beratungsstellen** einen Vertrag abgeschlossen, die sich auf besondere Branchen konzentrieren:

185 – In der Baubranche, die vorliegend besonders interessiert, ist mit der *Beratungsstelle für Arbeitssicherheit (BfA)* eine spezialisierte Fachorganisation aktiv. Geführt wird sie vom Schweizerischen Baumeisterverband (SBV). Die BfA sieht sich als «Anlaufstelle» in der Beratung zu Fragen der Arbeitssicherheit und dem Gesundheitsschutz.²¹³ Daneben gibt sie zum Thema Arbeitssicherheit auf dem Bau zwei- bis dreimal jährlich die Broschüre «BfA-Info» heraus.²¹⁴ In dieser Broschüre wird in Bildersprache und mit kurzen Texten über aktuelle Fragen der Arbeitssicherheit auf dem Bau informiert (beispielsweise betreffend die Benutzung von Fassadengerüsten)²¹⁵.

186 – Mit der Stiftung «*agriss*»²¹⁶ existiert auch für die Landwirtschaft eine eigene Beratungsstelle, mit der die SUVA einen Vertrag abgeschlossen hat. Sie hat insbesondere eine der Unfallverhütung dienende «Checkliste Maschinen» herausgegeben. *agriss* ist der Beratungsstelle für Unfallverhütung in der Landwirtschaft (BUL), ebenfalls eine Stiftung, angegliedert.

²¹² EKAS, Wegleitung, S. 155 (Ziff. 357.3); EKAS, Jahresbericht 2014, S. 80; PÜRRO, Fachorganisationen, S. 22.

²¹³ Siehe <www.b-f-a.ch> unter Vorstellung (besucht am 23. Mai 2016).

²¹⁴ Die BfA-Info ist auch elektronisch abrufbar: <www.b-f-a.ch> und dort unter BfA INFO (besucht am 23. Mai 2016).

²¹⁵ Vgl. die im Herbst 2008 herausgegebenen BfA-Info «Fassadengerüste benutzen» (Nr. 48), abrufbar unter <www.b-f-a.ch> und dort unter BfA INFO (besucht am 23. Mai 2016).

²¹⁶ Die Kurzform «*agriss*», unter der die Stiftung im Handelsregister eingetragen ist, steht für «AgriSicherheit Schweiz» (<www.bul.ch> unter Über uns/*agriss*, besucht am 23. Mai 2016).

C. Weitere bedeutsame Akteure

Nebst den am Arbeitsverhältnis Beteiligten (Rz. 103 ff.) und den institutionellen Akteuren (Rz. 120 ff.) beschäftigen sich zahlreiche weitere Akteure mit Fragen der Arbeitssicherheit. Ohne Anspruch, sie alle abschliessend aufzulisten, gehe ich auf drei Gruppen weiterer Akteure ein: Betriebshaftpflichtversicherungen (Rz. 188 ff.), Gewerkschaften (Rz. 194 ff.) sowie Produkthersteller (Rz. 198). 187

1. Betriebshaftpflichtversicherungen

1. Versicherungen sind zentrale Akteurinnen, wenn es um Fragen der Arbeitssicherheit und insbesondere um die Abwicklung eines Schadens nach einem Unfall geht. Im Vordergrund stehen die Sozialversicherungen und dort insbesondere die soziale Unfallversicherung. Daneben sind regelmässig auch private Versicherungen in die Schadensabwicklung involviert. Die Arbeitstätigkeit gehört zu jenen Aktivitäten, die «aus Risikoüberlegungen eingestellt werden [müssten], wenn sich die nachteiligen Folgen, die mit dem Eintritt des Risikos verbunden sind, nicht zumindest teilweise umlenken liessen»²¹⁷. Im vorliegenden Zusammenhang sind **Betriebshaftpflichtversicherungen** von Interesse. Das Gesetz zwingt den Arbeitgeber zwar nicht, eine solche abzuschliessen. Nicht selten schliessen Arbeitgeber jedoch freiwillig eine Betriebshaftpflichtversicherung ab. Ihr kommen im Schadenfall verschiedene Funktionen zu: 188

2. Zunächst besteht die Funktion der Haftpflichtversicherung darin, **berechtigte Haftpflichtansprüche zu befriedigen**, etwa bei einem tödlichen Arbeitsunfall den Angehörigen eine Genugtuung auszurichten.²¹⁸ 189

a. Was zwischen dem Versicherungsnehmer (Arbeitgeber) und der Versicherung im Einzelnen gilt, ergibt sich in erster Linie aus dem Versicherungsvertrag. In diesem Rahmen spielen Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB)²¹⁹ eine zentrale Rolle. Hier stelle ich zur Illustration auf die Muster- 190

²¹⁷ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, Rz. 2608.

²¹⁸ Vgl. SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, Rz. 2632. Für einen Anwendungsfall siehe BGer 4C.194/1999 vom 18. Januar 2000 (Sachverhalt A.): Die Haftpflichtversicherung bezahlte an die Hinterbliebenen des Verunfallten einen Gesamtbetrag von CHF 60'000.–

²¹⁹ Unter AVB verstehe ich hier branchenspezifische allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB). Zur zentralen Rolle, die AVB bei Versicherungsverträgen zukommt, siehe SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, Rz. 2600 ff.

bedingungen für die Betriebshaftpflichtversicherung ab, wie sie der Schweizerischen Versicherungsverband (SVV) herausgibt (hiernach «SVV-Musterbedingungen»).²²⁰ Gemäss den SVV-Musterbedingungen ist insbesondere die «auf gesetzlichen Haftpflichtbestimmungen beruhende Haftpflicht ... wegen Tötung, Verletzung oder sonstiger Gesundheitsschädigung von Personen (Personenschäden)»²²¹ versichert.²²² Ob die Haftung den Arbeitgeber gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR oder gestützt auf Art. 101 Abs. 1 OR trifft, spielt für die Frage der Versicherungsdeckung keine Rolle. Die Betriebshaftpflichtversicherung deckt also im Grundsatz den gesamten Schaden, der dem Arbeitgeber aus der Haftung für einen Unfall mit Personenschaden entsteht.²²³ Diese Erkenntnis ist auch für die Sozialversicherung bedeutsam, die sich im Wege des Regresses gegen den haftpflichtigen Arbeitgeber richtet. Ihr steht die Möglichkeit offen, so auf das bei der Versicherung liegende Haftungssubstrat zuzugreifen. Vorausgesetzt ist jedoch, dass den Arbeitgeber ein schweres Verschulden in Form von Absicht oder Grobfahrlässigkeit trifft, da sonst das Regressprivileg greift (Rz. 161).²²⁴

- 191 **b.** Der Abschluss einer Betriebshaftpflichtversicherung ist für den Arbeitgeber nicht Pflicht. Für den Fall aber, dass er eine solche Versicherung abschliesst, schreibt das Gesetz vor, dass sich die Versicherungsdeckung zwingend auf «die Vertreter des Versicherungsnehmers [Arbeitgebers] sowie auf die Haftpflicht der mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes betrauten Personen» zu erstrecken hat (Art. 59 VVG). In diese Richtung gehen zunächst auch die SVV-Musterbedingungen. Versichert ist nämlich nicht bloss die Haftpflicht des «Versicherungsnehmers»²²⁵ selbst, sondern auch

²²⁰ Allgemeine Bedingungen (AVB) des Schweizerischen Versicherungsverbands (SVV) für die Betriebshaftpflichtversicherung, (Ausgabe 2012), abrufbar unter <www.svv.ch> und dort unter Politik und Recht/Musterbedingungen/ Musterbedingungen für die Haftpflichtversicherung/AVB Betriebshaftpflichtversicherung Ausgabe 2012 (besucht am 23. Mai 2016).

²²¹ Art. 1 lit. a erstes Lemma SVV-Musterbedingungen (Fn. 220).

²²² Ein Deckungsausschluss besteht indes für «Ansprüche im Zusammenhang mit Asbest» (Art. 7 lit. h SVV-Musterbedingungen).

²²³ Hat der Arbeitgeber den Unfall absichtlich herbeigeführt, haftet der Versicherer nicht (Art. 14 Abs. 1 VVG). Hat er sich grobfahrlässig verhalten, kann die Versicherung ihre Leistungen entsprechend dem Grad des Verschuldens kürzen (Art. 14 Abs. 2 VVG).

²²⁴ Gegenüber dem Verunfallten (das heisst: für den Direktschaden) hat der Arbeitgeber indessen auch für bloss leichtes Verschulden einzustehen. Das Haftungsprivileg, wie es für den Arbeitgeber nach Art. 44 aUVG (AS 1982 1676) galt, wurde mit dem Inkrafttreten des ATSG am 1. Januar 2003 aufgehoben.

²²⁵ Art. 2 lit. a SVV-Musterbedingungen (Fn. 220).

jene «der Arbeitnehmer und übrigen Hilfspersonen des Versicherungsnehmers aus ihren Verrichtungen für den versicherten Betrieb»²²⁶. In eine ganz andere Richtung zielt dann aber die Ergänzung, wonach von dieser Versicherungsdeckung «Regress- und Ausgleichsansprüche Dritter für Leistungen, die sie den Geschädigten ausgerichtet haben»²²⁷, ausgeschlossen sind («SUVA-Klausel»). Im Beispielfall 3 (Rz. 30 f.) wird dieser Deckungsausschluss dann bedeutsam, wenn der Arbeitgeber selbst nicht nach Art. 101 Abs. 1 OR haftet, weil er sich entlasten kann. Das dürfte zwar nicht allzu häufig vorkommen, ist aber denkbar.²²⁸ In einem solchen Fall bliebe der Sozialversicherung zwar die Möglichkeit, auf den fehlbaren Arbeitnehmer (den Arbeitskollegen des Verunfallten) zuzugreifen, soweit dieser aus Art. 41 Abs. 1 OR haftet. Der Zugriff auf das Regresssubstrat bei der Betriebshaftpflichtversicherung des Arbeitgebers aber bliebe ihr wohl verwehrt.²²⁹

3. Die Funktion der Betriebshaftpflichtversicherung erschöpft sich indes nicht in der Deckung berechtigter Haftungsansprüche. Die Versicherung ist auch dafür besorgt, unbegründete oder überhöhte Ansprüche abzuwehren. Die Rede ist von der **passiven Rechtsschutzfunktion** der Haftpflichtversicherung.²³⁰ Von der Haftpflichtversicherung grundsätzlich nicht versichert sind die Aufwendungen für die Verteidigung des fehlbaren Arbeitgebers in einem allfälligen Strafverfahren. Eine entsprechende Zusatzdeckung kann indes vertraglich vereinbart werden.²³¹ 192

4. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Betriebshaftpflichtversicherung auch «aktiven»²³² Rechtsschutz gewährt. Damit ist der Umstand gemeint, dass die Versicherung den Regress gegen **weitere Haftpflichtige** übernimmt, die dem verunfallten Arbeitnehmer allenfalls neben dem Versicherungsnehmer (Arbeitgeber) solidarisch haften würden. Auf eine 193

²²⁶ Art. 2 lit. c erster Satz SVV-Musterbedingungen (Fn. 220).

²²⁷ Art. 2 lit. c zweiter Satz der SVV-Musterbedingungen (Fn. 220).

²²⁸ STÖCKLI, Suva-Klausel, S. 374 Fn. 5.

²²⁹ Vgl. für eine Möglichkeit, die SUVA-Klausel anzugreifen, STÖCKLI, Deckungsausschluss, passim.

²³⁰ Vgl. SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, Rz. 2632; FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 20.2; WERZ, Planerverträge, Rz. 16.3.

²³¹ Wird infolge eines Arbeitsunfalls gegen den Arbeitgeber «ein Polizei- oder Strafverfahren eingeleitet», hat er die Betriebshaftpflichtversicherung «unverzüglich zu benachrichtigen» (Art. 21 SVV-Musterbedingungen).

²³² Vgl. WERZ, Planerverträge, Rz. 16.3 Fn. 3.

Auseinandersetzung mit Fragen der Solidarität verzichte ich jedoch vorliegend.

2. Gewerkschaften

- 194 **1.** In Angelegenheiten der Arbeitssicherheit sind auch Gewerkschaften aktiv. Ein erstes Betätigungsfeld betrifft die **Mitwirkungspflicht** des Arbeitnehmers. Insbesondere steht der Gewerkschaft ein Recht auf Mitwirkung zu (Art. 10 lit. a Mitwirkungsgesetz; Rz. 112).
- 195 **2.** Ein anderer Bereich, in dem Gewerkschaften eine bedeutsame Rolle zukommt, ist die zivilrechtliche Sanktionierung des Arbeitgebers: Verletzt der Arbeitgeber seine Schutzpflicht nach Art. 328 Abs. 2 OR gegenüber einem Arbeitnehmer, ist unter Umständen nicht nur der Arbeitnehmer, sondern auch eine Gewerkschaft **zur Klage legitimiert**.²³³ Im Einzelnen ergeben sich die Voraussetzungen aus Art. 89 Abs. 1 ZPO über die Verbandsklage. Demnach können «Vereine und andere Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die nach ihren Statuten zur Wahrung der Interessen bestimmter Personengruppen befugt sind, ... in eigenem Namen auf Verletzung der Persönlichkeit der Angehörigen dieser Personengruppen klagen». Die Klage der Gewerkschaft kann nur Unterlassungs-, Beseitigungs- oder Feststellungsklage sein (Art. 82 Abs. 2 ZPO). Hingegen sind Gewerkschaften nicht legitimiert, an der Stelle eines verunfallten Arbeitnehmers Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche einzuklagen.²³⁴
- 196 **3.** Weiter können Gewerkschaften auch **Anzeigen** an die SUVA oder die Strafbehörden erstatten und so die verwaltungs- oder die strafrechtliche Sanktionierung des Arbeitgebers anstossen.²³⁵ Im Bereich des Bauens kommt

²³³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire, N 17 zu Art. 328; CARRUZZO, Commentaire, N 29 zu Art. 328; CS OR-DUNAND, N 67 zu Art. 328; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Einleitungsartikel und Personenrecht, Rz. 919; VISCHER/MÜLLER, Arbeitsvertrag, Rz. 60.

²³⁴ BGE 86 II 18 E. 2; weiter BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire, N 17 zu Art. 328; CARRUZZO, Commentaire, N 29 zu Art. 328; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, S. 56 ff. (Der Arbeitsprozess).

²³⁵ Für einen Fall (allerdings ausserhalb der Arbeitssicherheit), in dem eine Gewerkschaft bei einer Verwaltungsbehörde Anzeige wegen der Missachtung von Arbeitsbedingungen einreichte, siehe BVGer A-3434/2015 vom 15. Dezember 2015. Die Gewerkschaft monierte beim Bundesamt für Verkehr (BAV), die Crossrail AG verstosse gegen Art. 8d Ziff. 1 lit. d EBG, wonach «die arbeitsrechtlichen Vorschriften und Arbeitsbedingungen» einzuhalten sind.

in diesem Zusammenhang insbesondere die Frage auf, ob eine Gewerkschaft jederzeit Bauplätze betreten darf und ob der Arbeitgeber einem grundsätzlichen Zutrittsrecht durch ein Hausverbot im Sinne von Art. 186 StGB entgegenwirken kann. Die Frage kann nur im Einzelfall entschieden werden. In der Tendenz aber ist davon auszugehen, dass ein Verstoß eines Gewerkschaftsangehörigen gegen ein vom Arbeitgeber ausgesprochenes Hausverbot durch den gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen gedeckt wäre.²³⁶

4. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Gewerkschaften als Arbeitnehmervertreter voraussichtlich ab dem 1. Januar 2017 mit zwei Sitzen **in der EKAS vertreten** sind. Bisher nahmen sie an den Sitzungen bloss mit beratender Stimme teil (Rz. 123). 197

3. Produktehersteller

Zu den Normen der Arbeitssicherheit, wie sie in der vorliegenden Arbeit systematisiert werden, gehören auch Bedienungsanleitungen von Produkteherstellern. Sie enthalten mitunter Sicherheitshinweise betreffend die Verwendung eines Produkts, etwa von auf Baustellen eingesetzten Arbeitsmitteln (Geräte, Maschinen etc.). Das Verordnungsrecht nimmt an verschiedenen Stellen Bezug auf Bedienungsanleitungen. Auf ihre rechtliche Bedeutung gehe ich bei den Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit ein (Rz. 268 ff.). 198

III. Rechtliche Einbettung des Themas

1. Die Gesetzgebung im Bereich der Arbeitssicherheit ist zersplittert.²³⁷ 199
Nachfolgend geht es nicht darum, diese Zersplitterung vollumfänglich darzustellen. Von Interesse ist einzig die rechtliche Einbettung des vorliegenden Themas, bei dem die Pflicht des Arbeitgebers und gleichzeitig Bauunternehmers, zugunsten seines Arbeitnehmers Schutzmassnahmen zu treffen, im Vordergrund steht.

²³⁶ Diese Meinung vertreten, jedenfalls betreffend Vorschriften des Arbeitsgesetzes, NIGGLI/MAEDER, Hausverbote, S. 1472.

²³⁷ So das Fazit von RUMO-JUNGO, Baustelle, S. 55.

- 200 **2.** Nachfolgend stelle ich die Schutzpflicht des Arbeitgebers in ihrem rechtlichen Kontext dar. Zu diesem Zwecke gehe ich in zwei Schritten vor: In einem ersten Schritt skizziere ich die internationalen Verpflichtungen der Schweiz im Bereich der Arbeitssicherheit sowie die faktischen Einflüsse internationaler Entwicklungen, insbesondere des Rechts der Europäischen Union (Rz. 201 ff.). In einem zweiten Schritt umreisse ich das «Schweizer Recht der Arbeitssicherheit» (Rz. 220 ff.). Letzteres bedingt nicht nur eine Darstellung der einschlägigen Rechtsnormen (Gesetzes- und Verordnungsrecht), sondern auch eine Auslegeordnung jener Normen, die nicht rechtsverbindlich sind (etwa eine Norm der SUVA). Sämtliche Ausführungen sind auf die vier Beispielfälle zugeschnitten, wie ich sie in der Einleitung (Rz. 24 ff.) beschrieben habe.

A. Die internationalen Einflüsse

- 201 Das Schweizer Recht der Arbeitssicherheit (dazu Rz. 13) wird massgeblich durch internationale Entwicklungen beeinflusst.²³⁸ Nach einem Überblick über die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz (Rz. 202 f.) gehe ich besonders auf die Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (Rz. 204 ff.) sowie schliesslich auf das Recht der Europäischen Union ein (Rz. 212 ff.). Auch wenn diese Instrumente sich hinsichtlich ihrer Verbindlichkeit unterscheiden, ist ihnen gemein, dass sie das Schweizer Recht der Arbeitssicherheit beeinflussen.

1. Überblick: Die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz

- 202 **1.** Die Schweiz ist beim Legiferieren im Bereich der Arbeitssicherheit nicht gänzlich frei, sondern hat insbesondere die von ihr eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen zu beachten.²³⁹ In einer globalisierten Welt erscheint die Schaffung von **Mindeststandards** auf internationaler Ebene, zu

²³⁸ Treffend TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht, S. 9: «Unser Arbeitsrecht weist eigenständige Züge auf, doch steht es nicht isoliert in der Welt, sondern wird stark beeinflusst durch die Entwicklung in den anderen industrialisierten Staaten».

²³⁹ Diese Verpflichtungen binden nicht bloss den Gesetzgeber, sondern auch die rechtsanwendenden Behörden (STEIGER-SACKMANN, Psychische Gesundheitsrisiken, Rz. 133 m.H.).

deren Einhaltung sich möglichst viele Staaten verpflichten, als vordringlich.²⁴⁰

2. Die völkerrechtlichen Verpflichtungen gründen im Wesentlichen im UNO-Pakt I über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte,²⁴¹ in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK),²⁴² in Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO)²⁴³ sowie in der Europäischen Ordnung der Sozialen Sicherheit (EOSS)²⁴⁴. Nachfolgend finden einzig die Verpflichtungen der Schweiz nach den IAO-Übereinkommen besondere Erwähnung. Sie hatten und haben einen beträchtlichen Einfluss auf die Rechtsentwicklung in der Schweiz und fungieren gewissermassen «als Rahmen und Motor der nationalen Gesetzgebung»²⁴⁵.

²⁴⁰ STEIGER-SACKMANN, Psychische Gesundheitsrisiken, Rz. 132 ff.

²⁴¹ In Art. 7 UNO-Pakt I hat die Schweiz (gemäss dem verbindlichen französischen Wortlaut) das Recht auf «conditions de travail justes et favorables» anerkannt. In der exemplifikativen Enumeration wird die «sécurité ... du travail» ausdrücklich erwähnt (lit. b). In Art. 12 Ziff. 1 UNO-Pakt I hat die Schweiz zudem das Recht anerkannt «qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique ... qu'elle soit capable d'atteindre». Ein Arbeitnehmer kann sich indessen nicht direkt auf diese ihm im UNO-Pakt I zugedachten Rechte berufen. Die Schweiz hat sich jedoch verpflichtet, «d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous le moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives» (Art. 2 Ziff. 1 UNO-Pakt I; vgl. einlässlich STEIGER-SACKMANN, Psychische Gesundheitsrisiken, Rz. 133 ff.).

²⁴² Vgl. die Ausführungen bei STEIGER-SACKMANN, Psychische Gesundheitsrisiken, Rz. 145. Auf die in der EMRK verankerten Rechte kann sich ein Arbeitnehmer direkt berufen.

²⁴³ Verbreitet ist – auch im deutschen Sprachraum – die englische Abkürzung ILO (International Labour Organization). Gegründet wurde die Organisation im Jahr 1919 im Rahmen des Versailler Friedensvertrags zum Ende des ersten Weltkriegs. Heute ist sie eine Sonderorganisation der Vereinten Nationen und hat ihren Sitz in Genf. Zur Entwicklung des europäischen Arbeitsschutzrechts TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht, S. 9 ff.; vgl. auch MÜLLER-PETZER, Fürsorgepflichten, S. 53 ff. Für eine Darstellung der Rolle der Schweiz in der ILO siehe SENTI, Die Schweiz in der ILO, passim.

²⁴⁴ Die EOSS wurde von den Mitgliedstaaten des Europarates im Bestreben darum aufgestellt, in Angelegenheiten der sozialen Sicherheit einen Mindeststandard zu schaffen, der über den Standard des IAO-Übereinkommens Nr. 102 (dazu Rz. 208) hinausgeht (fünfter Abschnitt der Präambel der EOSS).

²⁴⁵ GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht, Rz. 2 und 2a, die auch darauf hinweisen, dass die Übereinkommen nur selten unmittelbar zum Tragen kommen.

2. Die völkerrechtlichen Verpflichtungen nach den IAO-Übereinkommen im Besonderen

- 204 **1.** Das grundlegende Ziel der IAO,²⁴⁶ einer Spezialorganisation der Vereinten Nationen, ist es, auf internationaler Ebene auf die Verbesserungen von Arbeitsbedingungen hinzuwirken,²⁴⁷ wobei sie sich zur Erreichung dieses Globalziels einer breiten Palette von Anliegen verschrieben hat,²⁴⁸ darunter auch die Arbeitssicherheit: Die IAO-Verfassung nennt als Ziel u.a. «la protection des travailleurs contre les maladies générales ou professionnelles et les accidents résultant du travail»²⁴⁹.
- 205 **2.** Die Schweiz hat knapp einen Drittel aller IAO-Übereinkommen **ratifiziert**.²⁵⁰ Neue Ratifikationen erfolgen nach derzeitiger schweizerischer Handhabung nur, wenn die innerstaatliche Rechtslage dem Übereinkommen bereits entspricht.²⁵¹ Unter den ratifizierten Übereinkommen finden sich auch solche, welche die Arbeitssicherheit betreffen.²⁵² Im Folgenden stelle ich die Bezüge her, die im Zusammenhang des Bauens besonders wichtig erscheinen. Vorauszuschicken ist, dass Verpflichtungen aus IAO-

²⁴⁶ Die IAO wurde 1919 gegründet; die Schweiz ist seit 1920 Mitglied. Seit 1946 ist die IAO eine Spezialorganisation der UNO.

²⁴⁷ Vgl. Präambel IAO-Verfassung: «attendu qu'il existe des conditions de travail impliquant pour un grand nombre de personnes l'injustice, la misère et les privations, ... et attendu qu'il est urgent d'améliorer ces conditions ...».

²⁴⁸ In der Präambel der Verfassung der IAO findet sich eine beispielhafte Aufzählung, etwa die Regelung einer maximalen täglichen und wöchentlichen Höchstarbeitszeit, der Schutz vor Arbeitslosigkeit, der Schutz von Kindern, Jugendlichen und Frauen, die Vereinigungsfreiheit etc.

²⁴⁹ IAO-Verfassung, Präambel, zweiter Abschnitt.

²⁵⁰ Insgesamt hat die IAO 189 Übereinkommen ausgearbeitet. 60 davon wurden von der Schweiz ratifiziert; 47 sind derzeit in Kraft (Stand: August 2015). Für eine Übersicht siehe <www.seco.admin.ch> unter Arbeit/Internationale Arbeitsfragen/IAO (besucht am 23. Mai 2016). In der systematischen Sammlung des Bundesrechts (SR) sind die ratifizierten Übereinkommen unter der Ziffer 0.822 (Arbeitnehmerschutz) verzeichnet.

²⁵¹ Zu dieser «Ratifikationspraxis» AUBRY GIRARDIN, Santé et sécurité, Rz. 141; STEIGER-SACKMANN, Psychische Gesundheitsrisiken, Rz. 137.

²⁵² STEIGER-SACKMANN, Psychische Gesundheitsrisiken, Rz. 138, zählt insgesamt 14 Übereinkommen, im Themenfeld Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz (Nr. 115, 120, 121, 129, 139, 152, 155, 161, 162, 167, 170, 174, 176 und 185), von denen die Schweiz indessen lediglich fünf unterzeichnet hat (Nr. 115, Nr. 120, Nr. 136, Nr. 139, Nr. 162). Diese Liste ist mindestens um zwei (von der Schweiz ratifizierte) Übereinkommen zu ergänzen: Nr. 62 über Unfallverhütungsvorschriften bei Bauarbeiten und Nr. 119 über den Maschinenschutz.

Übereinkommen nur äusserst selten unmittelbar anwendbar (self-executing) sind. Entsprechend bedürfen sie regelmässig einer Umsetzung im innerstaatlichen Recht.²⁵³ Ob eine bestimmte Norm self-executing ist, ergibt sich aus ihrer Auslegung. Im Umfeld des Bauens sind insbesondere²⁵⁴ folgenden Übereinkommen bedeutsam:²⁵⁵

a. Von Interesse ist etwa das Übereinkommen *Nr. 62 über die Unfallverhütungsvorschriften bei Hochbauarbeiten*.²⁵⁶ Der Teil II dieses Übereinkommens enthält «Allgemeine Bestimmungen über Gerüste», nach deren Massgabe für «alle Arbeiten, die nicht mit einer Leiter oder mit anderen Mitteln gefahrlos ausgeführt werden können, ... den Arbeitern zweckmässige Gerüste zur Verfügung zu stellen»²⁵⁷ sind. Die Schweiz hat insbesondere in der Bauarbeitenverordnung diverse gerüstspezifische Vorschriften aufgestellt.²⁵⁸ 206

b. Auch das Übereinkommen *Nr. 81 über die Arbeitsaufsicht in Gewerbe und Handel*²⁵⁹ betrifft die Arbeitssicherheit unmittelbar: Es enthält in seinem Artikel 16 die Verpflichtung, «Betriebe so oft und so gründlich zu besichtigen, als zur Sicherung einer wirksamen Durchführung der einschlägigen 207

²⁵³ GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht, Rz. 2a; STEIGER-SACKMANN, Psychische Gesundheitsrisiken, Rz. 136, erwähnt als Beispiel für ein IAO-Übereinkommen, dessen Bestimmungen direkt anwendbar sind, das Übereinkommen Nr. 120 über den Gesundheitsschutz im Handel und in Büros (SR 0.822.722.0). Zum Unterschied zwischen unmittelbar und mittelbar anwendbaren Bestimmungen vgl. etwa den Bericht des Bundesrats vom 16. April 1969 an die Bundesversammlung über die 52. Tagung der Internationalen Arbeiterkonferenz (BB1 1969 I 713, S. 721).

²⁵⁴ Weitere Bezüge liessen sich etwa Herstellen zu den IAO-Übereinkommen Nr. 176 über den Arbeitsschutz in Bergwerken (1995); Nr. 155 über Arbeitsschutz und Arbeitsumwelt (1981); Nr. 161 über die betriebsärztlichen Dienste (1985) sowie Nr. 187 über den Förderungsrahmen für den Arbeitsschutz (2006).

²⁵⁵ Deutsch ist keine offizielle Sprache der IAO. Ich gebe die Übereinkommen hier jedoch jeweils mit dem Titel an, den sie in der deutschsprachigen Ausgabe der systematischen Sammlung des Bundesrechts (SR) tragen. Die Originaltexte sind unter der entsprechenden Nummer in der französischsprachigen Ausgabe der SR verzeichnet. Soweit von der Schweiz nicht ratifizierte und demnach in der SR nicht publizierte Übereinkommen betroffen sind, werden die deutschen Übersetzungen angeführt, wie sie auf <www.ilo.org> publiziert sind (besucht am 23. Mai 2016).

²⁵⁶ SR 0.832.311.10. Das Übereinkommen enthält Allgemeine Bestimmungen über Gerüste (Teil II), über Hebevorrichtungen (Teil III) sowie über Schutzausrüstung und erste Hilfe (Teil IV).

²⁵⁷ Art. 7 Ziff. 1 IAO-Übereinkommen Nr. 62.

²⁵⁸ Vgl. Art. 18 und 37 ff. BauAV.

²⁵⁹ SR 0.822.719.1.

gesetzlichen Vorschriften notwendig ist». In diesem Zusammenhang statuiert es die Befugnis der «mit den erforderlichen Ausweisen versehenen Aufsichtsbeamten, ... jederzeit bei Tag und Nacht jeden unterstellten Betrieb frei und unangemeldet zu betreten»²⁶⁰. Die Schweiz hat diese Verpflichtung insbesondere in Art. 84 Abs. 1 UVG und in Art. 60 ff. VUV umgesetzt, wo sie die Kompetenzen der SUVA sowie der übrigen Durchführungsorgane der Arbeitssicherheit festgelegt hat.

- 208 **c.** Im Zusammenhang mit der Möglichkeit insbesondere der sozialen Unfallversicherung, bei einem vom Arbeitnehmer mitverschuldeten Unfall ihre Leistungen zu kürzen, ist das Übereinkommen *Nr. 102 über die Mindestnormen der Sozialen Sicherheit*²⁶¹ von Bedeutung. Nach Art. 69 lit. f des Übereinkommens – eine unmittelbar anwendbare Bestimmung (Rz. 205)²⁶² – darf eine «Leistung ... in einem vorgeschriebenen Ausmass ruhen [sprich: gekürzt oder verweigert werden²⁶³], wenn der Fall von der betreffenden Person vorsätzlich herbeigeführt worden ist». Im Umkehrschluss und angewandt auf den Beispielfall 3 (Rz. 30 f.) bedeutet dies: Verunfallt der Arbeitnehmer, darf die soziale Unfallversicherung ihre Leistungen an den verunfallten Arbeitnehmer nur kürzen, wenn dieser den Berufsunfall absichtlich herbeigeführt hat. Bloss grobfahrlässiges Verhalten rechtfertigt hingegen keine Leistungskürzung oder gar -verweigerung. Die frühere Regelung, nach der in der Unfallversicherung eine Grobfahrlässigkeitskürzung auch bei Berufsunfällen zulässig war,²⁶⁴ versties – wie das Bundesgericht feststellte – gegen die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz.²⁶⁵
- 209 **d.** Das Übereinkommen *Nr. 119 über den Maschinenschutz*²⁶⁶ ist in zweierlei Hinsicht erwähnenswert: Erstens sieht es vor, dass die «Verwendung von Maschinen, bei denen irgendein gefährliches Element ... nicht mit geeigneten Schutzvorrichtungen versehen ist, durch innerstaatliche Gesetzgebung zu verbieten oder durch andere, ebenso wirksame Massnahmen zu verhindern

260 Art. 12 Ziff. 1 lit. a IAO-Übereinkommen Nr. 81.

261 SR 0.831.102.

262 BGE 121 V 40 E. 2a; 119 V 171 E. 4b.

263 BGE 120 V 128 E. 2a; 119 V 171 E. 4b.

264 Vgl. Fn. 1059.

265 BGE 120 V 128 E. 2a und 2b. Das Bundesgericht verortete einen Verstoß von Art. 37 Abs. 2 aUVG (AS 1982 1676) nicht nur gegen Art. 69 lit. f. des IAO-Übereinkommens Nr. 102, sondern auch gegen Art. 68 lit. f. EOSS. Art. 37 Abs. 2 UVG wurde daraufhin per 1. Januar 2003 geändert (AS 2002 3371).

266 SR 0.822.721.9.

[ist]»²⁶⁷. Diese Verpflichtung hat die Schweiz insbesondere im Produktsicherheitsgesetz umgesetzt. Zweitens gibt das Übereinkommen vor, dass die innerstaatliche Gesetzgebung diese Pflicht dem Arbeitgeber aufzuerlegen hat.²⁶⁸ Hervorzuheben ist im Übrigen die ausdrückliche Anerkennung des Restrisikos: Ein Verwendungsverbot ist nur so weit anzuordnen, «als die Verwendung der Maschinen dies zulässt»²⁶⁹. Darin kommt der Gedanke zum Ausdruck, dass es nicht um die Risikoelimination, sondern einzig um dessen Reduktion auf ein zulässiges Mass geht.

e. Ein letztes IAO-Übereinkommen, das es im Bereich der Arbeitssicherheit zu erwähnen gilt, ist das Übereinkommen *Nr. 162 über die Sicherheit bei der Verwendung von Asbest*.²⁷⁰ Darin ist die Verpflichtung des Arbeitgebers enthalten, beim Abbruch von Bauten, «die bröckliges Asbestisoliertes Material enthalten, ... den Arbeitnehmern jeglichen erforderlichen Schutz zu gewährleisten»²⁷¹. Die Schweiz hat diese Verpflichtung in der Bauarbeitenverordnung umgesetzt, wo verschiedenen Vorschriften auf den Schutz vor Asbest Bezug nehmen.²⁷²

3. Zahlreiche weitere IAO-Übereinkommen, welche die Schweiz jedoch **nicht ratifiziert** hat, betreffen die Arbeitssicherheit.²⁷³ Erwähnt sei hier bloss das Übereinkommen *Nr. 155 über Arbeitsschutz und Arbeitsumwelt*. Die Verpflichtung, «Maßnahmen zur Anleitung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu treffen, um ihnen bei der Erfüllung ihrer gesetzlichen Verpflichtungen

²⁶⁷ Art. 6 Ziff. 1 erster Satz IAO-Übereinkommen Nr. 119.

²⁶⁸ Art. 7 IAO-Übereinkommen Nr. 119.

²⁶⁹ Art. 6 Ziff. 1 zweiter Satz IAO-Übereinkommen Nr. 119.

²⁷⁰ SR 0.822.726.2.

²⁷¹ Art. 17 Ziff. 1 lit. i und Ziff. 2 lit. a IAO-Übereinkommen Nr. 162. STEIGER-SACKMANN, Psychische Gesundheitsrisiken, Rz. 141 f., erwähnt auch das Übereinkommen Nr. 187 über den Förderungsrahmen für den Arbeitsschutz. Die Schweiz hat sich als einziger von total 178 Mitgliedstaaten der IAO gegen dieses Übereinkommen ausgesprochen.

²⁷² Vgl. insbesondere Art. 3 Abs. 1^{bis}, Art. 60 Abs. 2 lit. c und Art. 60a BauAV.

²⁷³ Vgl. zur Ratifikationspraxis den Bericht und die Botschaft des Bundesrats vom 20. September 1999 über die von der Internationalen Arbeitskonferenz anlässlich ihrer 85., 86. und 87. Tagung 1997, 1998 und 1999 genehmigten Instrumente und zum Übereinkommen (Nr. 144) über dreigliedrige Beratungen zur Förderung der Durchführungen internationaler Arbeitsnormen, 1976 (BBl 2000 330, S. 352): «Gemäss langjähriger Ratifikationspraxis werden Übereinkommen der IAO nur ratifiziert, wenn deren Bestimmungen mit der geltenden Gesetzgebung vereinbar sind» (mit Hinweis auf BBl 1969 I 713, S. 721).

tungen zu helfen»²⁷⁴, gilt für die Schweiz nicht. Das bedeutet wohl verstanden nicht, dass die Schweiz in dieser Hinsicht untätig geblieben wäre. Die Durchführungsorgane des UVG sind nämlich verpflichtet, «die Arbeitgeber und die Arbeitnehmer ... in zweckmässiger Weise über ihre Pflichten und Möglichkeiten zur Wahrung der Arbeitssicherheit [zu informieren]» (Art. 60 Abs. 1 VUV). An diesem Beispiel lässt sich exemplarisch festmachen, dass auch nicht ratifizierte Übereinkommen (hier das erwähnte Übereinkommen Nr. 155) die Schweizer Gesetzgebung beeinflussen können: «même les conventions auxquelles la Suisse n'est pas partie ont exercé des effets sur le législateur»²⁷⁵. Weitere Beispiele lassen sich im Bereich der Mitwirkung des Arbeitnehmers ausmachen (Rz. 115).

3. Der Einfluss des EU-Rechts und weitere internationale Bezugspunkte

- 212 1. In der Schweiz gewinnt die sogenannte **eurokompatible Gesetzgebung** in verschiedenen Bereichen an Bedeutung, auch im Arbeitsrecht.²⁷⁶ Obgleich die Schweiz nicht Mitglied der Europäischen Union ist und deren Recht sie demnach nicht bindet,²⁷⁷ erlässt der Schweizer Gesetzgeber bisweilen Vorschriften, die auf eine Angleichung an das Recht der EU abzielen.²⁷⁸ Der Einfluss des Unionsrechts lässt sich sowohl in der Rechtsetzung als auch in der Rechtsanwendung ausmachen.

²⁷⁴ Art. 10 IAO-Übereinkommen Nr. 155.

²⁷⁵ AUBRY GIRARDIN, Santé et sécurité, Rz. 141 m.w.H.; STEIGER-SACKMANN, Psychische Gesundheitsrisiken, Rz. 137.

²⁷⁶ MAIANI, Internationalisierung, S. 296.

²⁷⁷ Vgl. STEIGER-SACKMANN, Psychische Gesundheitsrisiken, Rz. 147 m.H. in Fn. 128.

²⁷⁸ Die Rede ist vom «autonomen Nachvollzug», wobei dieses Phänomen schwer zu konturieren ist. Zur Politik des autonomen Nachvollzugs und zur Europakompatibilitätsprüfung vgl. etwa AMSTUTZ, Europakompatibilität, passim; weiter MAIANI, Internationalisierung, m.H. auf das Postulat Nordmann 06.3839 vom 20. Dezember 2006 und die entsprechende Antwort des Bundesrats vom 14. Februar 2007. Bei näherer Betrachtung sind zwei unterschiedliche Phänomene zu unterscheiden: Auf der einen Seite steht der autonome Nachvollzug, auf der anderen Seite das, was man als «Inspiration durch europäische Regelungsmodelle» bezeichnen könnte (vgl. MAIANI, Internationalisierung, S. 297). Von Bedeutung ist diese Unterscheidung bei der Auslegung: Von der Schweiz autonom nachvollzogenes Recht ist europarechtskonform auszulegen (vgl. BGE 137 II 199 E. 4.3.1).

- a. Im Rahmen eines *Rechtsetzungsprojekts* hat der Bundesrat die Erlassentwürfe, die er dem Parlament vorlegt, auf «das Verhältnis zum europäischen Recht» zu prüfen. Diese sogenannte Europaverträglichkeitsprüfung ist in Art. 141 Abs. 2 ParlG vorgeschrieben.²⁷⁹ Diese Anordnung ist allgemeiner Natur und gilt für Rechtsetzungsprojekte mit Bezug zur Arbeitssicherheit ebenso wie für andere. Der Einfluss des EU-Rechts lässt sich nicht nur bei der Gesetzgebung, sondern auch bei der nichtstaatlichen Normgebung durch die EKAS ausmachen.²⁸⁰ Die EKAS ist nämlich gehalten, beim Erlass ihrer Richtlinien das «internationale Recht» zu berücksichtigen (Art. 52 Abs. 1 zweiter Satz VUV).²⁸¹ Zum angesprochenen internationalen Recht gehören auch die EU-Arbeitsschutzrichtlinien. 213
- b. Das Recht der EU ist auch in der *Rechtsanwendung* bedeutsam. So ist, wenn die Schweiz Recht der EU nachvollzogen hat, dieses gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als Auslegungshilfe beizuziehen.²⁸² 214
2. Welche Regelungsschwerpunkte und Entwicklungen also sind im Recht der Europäischen Union auszumachen, die für das Schweizer Recht der Arbeitssicherheit bedeutsam sind? Der Arbeitnehmerschutz gehört zu jenen Gebieten, in denen die EU eine **harmonisierte Gesetzgebung** anstrebt.²⁸³ Entsprechend hat sie diverse Richtlinien, Leitlinien und Normen erlassen.²⁸⁴ Zwei EU-Richtlinien – mithin sekundäres²⁸⁵, für die EU-Mitgliedstaaten 215

²⁷⁹ Vgl. STEIGER-SACKMANN, Psychische Gesundheitsrisiken, Rz. 147; MAIANI, Internationalisierung, S. 296. Ausführungen zur Europaverträglichkeit sind nach dem Gesetzeswortlaut indessen nur erforderlich, «sofern substantielle Angaben dazu möglich sind».

²⁸⁰ Zur EKAS ausführlich Rz. 122 ff.

²⁸¹ Art. 52a Abs. 1 zweiter Satz VUV. Vgl. auch EKAS, Wegleitung, Ziff. 360.2: «Für Maschinen bestehen und entstehen laufend Europäische Sicherheits-Normen.»

²⁸² BGE 129 III 335 E. 6; vgl. auch STEIGER-SACKMANN, Rz. 148 m.H.

²⁸³ Vgl. MAIANI, Internationalisierung, S. 291. Zum Begriff des Arbeitnehmerschutzrechts bzw. des Arbeitsschutzrechts vgl. HUSMANN, Betriebsschutzvorschriften, S. 14 ff. Für eine Darstellung der Beziehungen zwischen dem Arbeitnehmerschutzrecht und dem Arbeitsvertragsrecht RICHARD, Rapports, passim.

²⁸⁴ Eine Übersicht findet sich unter <www.osha.europa.eu> und dort unter Rechtsvorschriften (besucht am 23. Mai 2016).

²⁸⁵ Innerhalb des Rechts der Europäischen Union ist zu unterscheiden zwischen primärem und sekundärem (auch: abgeleitetem) Unionsrecht. Zu ersterem gehören insbesondere die völkerrechtlichen Verträge zur Gründung der Europäischen Union, zu letzterem insbesondere das Verordnungs- und Richtlinienrecht. Vgl. einlässlich JAAG/HANNI, Europarecht, Rz. 2001 ff.

verbindliches Unionsrecht (Art. 288 Abs. 3 AEUV²⁸⁶) – seien an dieser Stelle erwähnt:

- 216 – Die Richtlinie 89/391/EWG des Rates vom 12. Juni 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit²⁸⁷ ist als *Rahmenrichtlinie* konzipiert, die den Erlass von Einzelrichtlinien vorsieht. Sie war insbesondere auch Vorbild für die von der EKAS aufgestellte ASA-Richtlinie (Rz. 258 ff.). Gestützt auf Art. 16 der Rahmenrichtlinie wurden verschiedene Einzelrichtlinien erlassen.
- 217 – Eine davon ist die sogenannte *Baustellen-Richtlinie*, die im Volltitel lautet: Richtlinie 92/57/EWG des Rates vom 24. Juni 1992 über die auf zeitlich begrenzte oder ortsveränderliche Baustellen anzuwendenden Mindestvorschriften für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz (Achte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG; Abl. L 245 vom 26. August 1992, S. 6). Die EU-Kommission hat im Jahr 2011 dazu einen umfassenden, nicht verbindlichen «Leitfaden für bewährte Verfahren zum Verständnis und zur Durchführung der Baustellen-Richtlinie» herausgegeben.²⁸⁸
- 218 **3. Einfluss auf die Schweizer Gesetzgebung im Bereich der Arbeitssicherheit hat auch der sogenannte *New Approach*.** Es handelt sich dabei um einen Regulierungsansatz, den die Europäische Union im Bereich der Produkteregulierung erstmals einsetzte, der aber heute in weiteren Bereichen zur Anwendung gelangt. In der Schweiz wird er nicht nur für die Zwecke des Produktesicherheitsgesetzes übernommen, sondern auch im Bereich der Arbeitssicherheit. Der Bundesrat hat in der Verordnung über die Unfallverhütung zu einem Vermutungskonstrukt gegriffen, um zu regeln, welchen rechtlichen Stellenwert die Einhaltung einer EKAS-Richtlinie hat. Diese Frage – und damit auch den *New Approach* – greife ich im zweiten Teil auf (Rz. 491 ff.).

²⁸⁶ Die Bestimmung steht unter dem Titel «Die Rechtsakte der Union» und lautet: «Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel». Abzugrenzen ist die Richtlinie insbesondere von der Verordnung, die «unmittelbar in jedem Mitgliedstaat» gilt (Art. 288 Abs. 2 AEUV).

²⁸⁷ ABl. EG Nr. L 183 vom 29. Juni 1989, S. 1.

²⁸⁸ Der Leitfaden ist abrufbar über die Suchmaske unter <www.ec.europa.eu/social> und dort unter Veröffentlichungen und Dokumente (Suchbegriff: «Baustellen-Richtlinie»; besucht am 23. Mai 2016).

4. Eine letzte, weniger augenfällige Art des Einflusses europäischer Entwicklungen auf das Schweizer Recht betrifft die **Kernnormen der Arbeitssicherheit**.²⁸⁹ Sie verweisen auf die «Erfahrung» und den «Stand der Technik» und damit auf zwei Grössen, die keine territoriale Beschränkung kennen. Entsprechend ist der Arbeitgeber verpflichtet, ausländisches Erfahrungswissen und den ausländischen Stand der Technik zu berücksichtigen. Diese gelangen im geschriebenen Recht der EU zum Ausdruck, darüber hinaus aber auch in den Publikationen der Europäischen Agentur für Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz (EU-OSHA²⁹⁰), wo die Schweiz Beobachterstatus hat. Sie informiert unter anderem über neu auftretende Risiken,²⁹¹ womit ein direkter Bezug zum unbestimmten Rechtsbegriff der «Erfahrung», wie ihn die Kernnormen verwenden, hergestellt ist. 219

B. Innerstaatliche Rechtsquellen

1. Zu den Rechtsquellen des innerstaatlichen Rechts – gewissermassen des «Schweizer Rechts der Arbeitssicherheit» – gehören nach der hier verwendeten Begrifflichkeit zweierlei: einerseits die Vorschriften der Arbeitssicherheit (Rz. 221), andererseits die ihnen nachgelagerten Normen der Arbeitssicherheit (Rz. 222). Sie beide fasse ich unter dem **Oberbegriff «Normen der Arbeitssicherheit»** zusammen. 220

a. Die *Vorschriften der Arbeitssicherheit* zeichnen sich dadurch aus, dass sie vom Staat erlassen werden und stellen demnach Gesetzes- oder Verordnungsrecht dar. Es handelt sich mit anderen Worten um Rechtsnormen, wobei ich diesen Begriff deshalb vermeide, weil er zu einer Verwechslung mit den zwei anderen Begriffen führen könnte, in denen das Wort «Norm» ebenfalls vorkommt und die für die Untersuchung zentral sind: Verhaltensnormen und Sanktionsnormen. Es verhält sich nämlich so, dass nicht alle Verhaltens- und Sanktionsnormen auch Rechtsnormen (Vorschriften) sind. Zu den Vorschriften der Arbeitssicherheit gehören insbesondere die drei Normen, die ich als Kernnormen der Arbeitssicherheit bezeichne (Rz. 276 ff.), darüber hinaus aber auch das Verordnungsrecht, etwa die Verordnung über die Un- 221

²⁸⁹ Zu den drei Kernnormen einlässlich Rz. 276 ff.

²⁹⁰ Die Abkürzung EU-OSHA beruht auf dem englischen Namen der Agentur: European Agency for Safety and Health at Work. Die Agentur wurde 1996 errichtet und hat Sitz in Bilbao (STEIGER-SACKMANN, Psychische Gesundheitsrisiken, Rz. 149 m.w.H.).

²⁹¹ Siehe <www.osha.europa.eu> unter Neu auftretende Risiken (besucht am 23. Mai 2016).

fallverhütung (VUV) oder die spezifisch auf die Unfallverhütung beim Bauen ausgerichtete Bauarbeitenverordnung (BauAV).

- 222 **b.** Die *nachgelagerten Normen der Arbeitssicherheit* sind keine Vorschriften, weshalb ihnen die Rechtsverbindlichkeit abgeht. In der Praxis aber sind sie von primordialer Bedeutung. Sie stellen wichtige Instrumente dar, die zur Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe «Erfahrung» und «Stand der Technik» herangezogen werden können.²⁹² Zur Gruppe der nachgelagerten Normen gehören insbesondere die Instrumente der EKAS (Rz. 251 ff.) und das Normenwerk der SUVA (Rz. 462).
- 223 **2.** Für die Darstellung der innerstaatlichen Rechtsquellen setze ich bei der Bundesverfassung an (Rz. 224 ff.). Danach gehe ich auf die Bundesgesetze (Rz. 228 ff.) und auf das einschlägige Ordnungsrecht (Rz. 245 ff.) ein. Sodann leuchte ich die verschiedenen von der EKAS erarbeiteten Instrumente aus (Rz. 251 ff.), bevor ich auf weitere nachgelagerte Normen eingehe (Rz. 267).

1. Die verfassungsrechtliche Verankerung der drei Kernnormen der Arbeitssicherheit

- 224 Verschiedene Verfassungsbestimmungen beschlagen das Thema Arbeitssicherheit. Es würde im vorliegenden Zusammenhang indes zu weit führen, alle relevanten Bezugspunkte herzustellen. Deshalb beschränke ich mich auf die Identifikation jener Verfassungsbestimmungen, welche die Grundlagen für die drei Kernnormen der Arbeitssicherheit – Art. 328 Abs. 2 OR, Art. 82 Abs. 1 UVG und Art. 6 Abs. 1 ArG – bilden:
- 225 – Die erste, zivilrechtliche Kernnorm, Art. 328 Abs. 2 OR, stützt sich auf die generelle Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich des Zivilrechts, wie sie *Art. 122 Abs. 1 BV* festhält.
- 226 – Die zweite Kernnorm, Art. 82 Abs. 1 UVG, ist auf die in *Art. 117 Abs. 1 BV* festgehaltene Kompetenz des Bundes zurückzuführen, im Bereich der Kranken- und Unfallversicherung zu legiferieren.

²⁹² Diese beiden unbestimmten Rechtsbegriffe prägen die drei Kernnormen der Arbeitssicherheit (Art. 328 Abs. 2 OR, Art. 82 Abs. 1 UVG und Art. 6 Abs. 1 ArG).

- Der dritten Kernnorm schliesslich, Art. 6 Abs. 1 ArG, liegt die Legiferierungskompetenz des Bundes in Angelegenheiten des Arbeitnehmerschutzes zugrunde, wie sie sich aus *Art. 110 Abs. 1 lit. a BV* ergibt. 227

2. Die Regelung in Bundesgesetzen

Das Thema Arbeitssicherheit lässt sich keinem Rechtsgebiet exklusiv zuordnen, sondern weist wichtige Bezugspunkte zu sämtlichen klassischen Rechtsgebieten (Fn. 16) auf: Zivilrecht (Rz. 229 ff.), Verwaltungsrecht bzw. öffentliches Recht (Rz. 234 ff.) und Strafrecht (Rz. 242 ff.). 228

a) *Zivilrecht*

1. Die Anzahl an Gesetzesvorschriften, die in den Beispielfällen 2 und 3 (Rz. 28 ff.) zivilrechtlich von Bedeutung sein könnten, ist gross. Dies zeigt sich schon an den **verschiedenen Haftungsgrundlagen**, auf die sich ein verunfallter Arbeitnehmer stützen kann, um gegen seinen Arbeitgeber einen Schadenersatzanspruch geltend zu machen. Zu ihnen gehören mehrere Bestimmungen des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, etwa Art. 41 Abs. 1, Art. 55 und Art. 58 OR. Hinzu kommen Haftungstatbestände, wie sie in Spezialgesetzen geregelt sind. Verunfallt der Arbeitnehmer, während er auf der Baustelle ein Motorfahrzeug führt, dessen Halter der Bauunternehmer (Arbeitgeber) ist, ist etwa eine Haftung gestützt auf Art. 58 Abs. 1 SVG zu prüfen. 229

2. In den Beispielfällen (Rz. 24 ff.) steht der Bauarbeiter in einem Arbeitsverhältnis zum Unternehmer (Arbeitgeber). Das zivilrechtliche Augenmerk ist demnach auf das **Arbeitsvertragsrecht**, und dort auf Art. 328 Abs. 2 OR, gerichtet. Diese Vorschrift statuiert die Pflicht des Arbeitgebers, zugunsten seines Arbeitnehmers Schutzmassnahmen zu treffen. Ich bezeichne sie als eine der drei «Kernnormen der Arbeitssicherheit» (Rz. 276 ff.). 230

3. Teil des Arbeitsvertragsrechts nach Art. 319 ff. OR sind auch die Vorschriften über den Gesamtarbeitsvertrag (GAV).²⁹³ In ihrem normativen Teil, der Arbeitgeber und Arbeitnehmer unmittelbar verpflichtet,²⁹⁴ enthält ein 231

²⁹³ Beim GAV handelt es sich um eine Vereinbarung zwischen Arbeitgebern oder deren Verbänden und Arbeitnehmerverbänden zur Regelung der einzelnen Arbeitsverhältnisse (Art. 356 Abs. 1 OR; GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht, Rz. 777).

²⁹⁴ GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht, Rz. 803. Dem normativen Teil wird gemeinhin der schuldrechtliche Teil gegenübergestellt.

GAV bisweilen auch Bestimmungen zur Arbeitssicherheit. So verhält es sich etwa im Baugewerbe, wo im Rahmen des LMV 2012–2015, der bis Ende 2018 verlängert wurde,²⁹⁵ eine «Mitwirkungsvereinbarung» gilt.²⁹⁶ In ihr wurden die gesetzlichen Pflichten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Bauhauptgewerbe weiter ausgeformt und konkretisiert.²⁹⁷

232 Die Konkretisierungen der Arbeitgeberpflicht, die sich in Gesamtarbeitsverträgen allenfalls finden, bleiben im Weiteren unberücksichtigt. Klarzustellen ist hier einzig das Verhältnis solcher Konkretisierungen zur zivilrechtlichen Kernnorm der Arbeitssicherheit. Im Wege einer gesamtarbeitsvertraglichen Vereinbarung darf von Art. 328 Abs. 2 OR nur zugunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden.²⁹⁸

233 **4.** Aus den Reihen der Bestimmungen über den Einzelarbeitsvertrag ist **Art. 342 Abs. 2 OR** – die sogenannten Rezeptionsklausel – für den Bereich der Arbeitssicherheit besonders bedeutsam: Gestützt auf sie kann der Arbeitnehmer insbesondere eine zivilrechtliche Erfüllungsklage anstrengen, wenn der Arbeitgeber eine ihm obliegende öffentlich-rechtliche Pflicht verletzt (Rz. 646 ff.).

b) Dualismus im öffentlichen Recht

234 **1.** Das öffentliche Arbeitnehmerschutzrecht ist **dualistisch konzipiert**.²⁹⁹ Es besteht einerseits aus den Art. 81 ff. UVG, die sich der Arbeitssicherheit im Sinne der «Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten» verschrieben haben.³⁰⁰ Auf der anderen Seite gehört zum öffentlichen Arbeitnehmerschutzrecht auch das Arbeitsgesetz, das sich generell mit dem Gesundheitsschutz befasst (Art. 6 ff. ArG).

²⁹⁵ Vgl. <www.baumeister.ch> unter Gesamtarbeitsverträge/Landesmantelvertrag LMV (besucht am 23. Mai 2016).

²⁹⁶ Die Mitwirkungsvereinbarung ist eine Zusatzvereinbarung im Sinne von Art. 9 LMV 2012–2015 und als solche integrierender Bestandteil des LMV.

²⁹⁷ Zu den Arbeitgeberpflichten siehe Art. 6, zu den Arbeitnehmerpflichten Art. 7 der Mitwirkungsvereinbarung.

²⁹⁸ Art. 328 Abs. 2 OR ist relativ zwingend, was sich aus Art. 362 Abs. 1 OR ergibt.

²⁹⁹ Vgl. zum Dualismus allgemein AUBRY GIRARDIN, Santé et sécurité, Rz. 191 ff.; SONNENBERG, Protection, S. 171 ff.

³⁰⁰ Während das UVG den Ausdruck «Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten» verwendet (Art. 81 Abs. 1 UVG sowie Kapitelüberschrift vor Art. 81 ff. UVG), spricht die VUV von den «Vorschriften über die Arbeitssicherheit» (Art. 1 Abs. 1 VUV).

2. Dieser dualistische Ansatz führt zu einer **gespaltenen Vollzugszuständigkeit** je nachdem, ob Vorschriften über die Arbeitssicherheit (nach UVG) oder solche über den allgemeinen Gesundheitsschutz (nach ArG) zu vollziehen sind (Rz. 154). Das folgende, in der Lehre häufig angeführte Beispiel,³⁰¹ vermag dies zu veranschaulichen: Ein Bauarbeiter ist bei der Verrichtung seiner Arbeit Lärm ausgesetzt. Je nachdem, wie laut dieser ist, hat man es entweder mit der Verhütung einer Berufskrankheit oder mit dem allgemeinen Gesundheitsschutz zu tun. Ist der Lärm so stark, dass er das Gehör erheblich schädigen kann – 85 dB(A) oder mehr –, geht es um die Verhütung einer Berufskrankheit i.S.v. Art. 9 Abs. 1 UVG (vgl. Ziff. 2 lit. a Anhang 1 UVV), womit für den Vollzug die Zuständigkeit der SUVA begründet ist. Erreicht der Lärm hingegen nicht eine Lautstärke, die zu einer erheblichen Schädigung des Gehörs führen kann, fällt der Lärmschutz unter den allgemeinen Gesundheitsschutz nach dem Arbeitsgesetz (Art. 6 Abs. 1 ArG), weshalb die kantonalen Arbeitsinspektorate für den Vollzug zuständig sind (Art. 42 ArG). Erschwerend kommt hinzu, dass nicht nur die Lautstärke massgebend ist für die Frage, ob eine erhebliche Gehörsschädigung droht. Mitentscheidend ist auch die Dauer der Lärmexposition. Entsprechend schwierig ist es, die Zuständigkeitsbereiche der verschiedenen Vollzugsstellen prospektiv festzulegen.³⁰² Mit dieser Schwierigkeit zu kämpfen hat auch der pflichtbewusste Arbeitgeber, der sich von einem Durchführungsorgan betreffend Fragen der Arbeitssicherheit beraten lassen möchte (vgl. Art. 60 Abs. 2 VUV).

3. Die gespaltene Zuständigkeit für den Vollzug geht mit einer **Spaltung bei der Aufsicht** einher: Das Bundesamt für Gesundheit (BAG) nimmt die Aufsicht über den Vollzug des UVG wahr, das SECO jene über den Vollzug des ArG (Rz. 303).

aa) *Der sechste Titel des Unfallversicherungsgesetzes*

1. Das Unfallversicherungsgesetz (UVG) befasst sich nicht ausschliesslich mit der Unfallversicherung, sondern widmet sich in seinem sechsten Titel auch der «Unfallverhütung». Einschlägig sind die Art. 81–88 UVG, die de lege lata auf alle Betriebe Anwendung finden, «die in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen» (Art. 81 Abs. 1 UVG). Von besonderem Interesse ist im vorliegenden Zusammenhang **Art. 82 Abs. 1 UVG**. Diese Norm hält, wie Art. 328 Abs. 2 OR und Art. 6 Abs. 1 ArG, die grundsätzliche Schutzpflicht

³⁰¹ Vgl. etwa AUBRY GIRARDIN, Santé et sécurité, Rz. 192; RUMO-JUNGO, Baustelle, S. 55 Fn. 14 m.H.; SONNENBERG, Protection, S. 184.

³⁰² RUMO-JUNGO, Baustelle, S. 55 Fn. 14.

des Arbeitgebers fest. Deshalb bezeichne ich auch sie als Kernnorm der Arbeitssicherheit.

- 238 **2.** Das Unfallversicherungsgesetz wird voraussichtlich am 1. Januar 2017 in revidierter Fassung in Kraft treten. Dann wird insbesondere geklärt sein, dass die Art. 81–88 UVG betreffend die Unfallverhütung auch Anwendung finden, wenn ein **Arbeitgeber mit Sitz im Ausland** Arbeitnehmer für beschränkte Zeit in die Schweiz entsendet. De lege ferenda kommt es nur noch darauf an, dass «Arbeitnehmer in der Schweiz Arbeiten ausführen» (Art. 81 Abs. 1 revUVG). Insbesondere trifft auch den ausländischen Arbeitgeber die Schutzpflicht, wie sie in der Kernnorm in Art. 82 Abs. 1 UVG festgehalten ist. Die verwaltungsrechtlichen Sanktionierungsmöglichkeiten der SUVA sind gegenüber einem ausländischen Arbeitgeber jedoch insofern eingeschränkt, als die Anordnung einer Prämienerrhöhung (Art. 92 Abs. 3 UVG; vgl. Rz. 807 ff.) als Sanktion nicht möglich ist. Das hat damit zu tun, dass die entsandten Arbeitnehmer nicht obligatorisch unfallversichert sind (Art. 2 Abs. 2 UVG); entsprechend hat ihr ausländischer Arbeitgeber in der Schweiz keine Unfallversicherungsprämie zu entrichten.

bb) Arbeitsgesetz

- 239 **1.** Das Arbeitsgesetz (ArG) enthält verschiedene Vorschriften über den Gesundheitsschutz.³⁰³ Im vorliegenden Zusammenhang interessiert insbesondere **Art. 6 Abs. 1 ArG**,³⁰⁴ den ich – wie Art. 328 Abs. 2 OR und Art. 82 Abs. 1 UVG – als Kernnorm der Arbeitssicherheit bezeichne.
- 240 **2.** Wie bereits erwähnt, dient das Arbeitsgesetz dem allgemeinen Gesundheitsschutz. Dass ich in der vorliegenden Untersuchung auch Art. 6 Abs. 1 ArG unter dem Titel der Arbeitssicherheit behandle, rechtfertigt sich, weil der weitere Begriff des Gesundheitsschutzes den engeren der Arbeitssicherheit mitumfasst. Der Miteinbezug des Arbeitsgesetzes ist aber auch deshalb angezeigt, weil Art. 6 Abs. 1 ArG weitgehend identisch formuliert ist wie Art. 82 Abs. 1 UVG.
- 241 **3.** Art. 6 Abs. 1 ArG ist als Gesundheitsschutzvorschrift teilweise auch auf Betriebe und Personen anwendbar, die nach Art. 2 und 3 ArG an sich vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausgenommen sind. Das trifft etwa für

³⁰³ Nach Art. 3a ArG gehören drei Artikel dazu: Art. 6, Art. 35 und Art. 36a ArG.

³⁰⁴ Die Arbeitssicherheit beschlagen auch die Art. 7 und 8 ArG betreffend die Plangenehmigung. Diese stehen indessen ausserhalb der Arbeitgeber–Arbeitnehmer–Beziehung, weshalb ich sie nicht weiter berücksichtige.

Arbeitnehmer in einer höheren leitenden Tätigkeit zu. Sie sind zwar vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes nicht erfasst (Art. 3 lit. d ArG), doch muss der Arbeitgeber auch ihnen gegenüber die Schutzmassnahmen nach Art. 6 Abs. 1 ArG treffen (Art. 3a lit. b ArG).

c) *Strafrecht*

Verschiedene Straftatbestände, die sowohl dem Kernstrafrecht als auch dem Nebenstrafrecht entspringen, ahnden Verstösse gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit. Die strafbaren Verhaltensweisen bestehen vorwiegend aus Unterlassungen. Auf die einzelnen Delikte gehe ich im dritten Teil ein (Rz. 897 ff.). An dieser Stelle genügen zwei Hinweise: 242

- In strafrechtlicher Hinsicht sind in der Arbeitssicherheit vor allem Verhaltensweisen zu beurteilen, die ein *fahrlässiges Unterlassungsdelikt* darstellen könnten. Es geht mithin um Konstellationen, in denen der Arbeitgeber pflichtwidrig untätig geblieben ist (Rz. 923 ff.). 243
- Die Strafbarkeit setzt nicht notwendigerweise einen Unfall voraus: Nach Massgabe von Art. 112 Abs. 4 UVG etwa ist *grundsätzlich jeder Verstoss des Arbeitgebers gegen Vorschriften der Arbeitssicherheit strafbar*, einer konkreten Gefährdung weiterer Personen bedarf es (*de lege lata*; vgl. Rz. 983) nicht. Praktisch wird indes selten ein solches Strafverfahren eingeleitet, weil die Strafverfolgungsbehörden von den Verstössen eines Arbeitgebers nur sporadisch Kenntnis erhalten. Ein potenzieller Weg, auf dem die Strafverfolgungsbehörden unabhängig von einem Unfall Kenntnis von Verstössen erlangen könnten, ist die Strafanzeige durch einen SUVA-Inspektor. Ihn trifft zwar keine Pflicht zur Strafanzeige, doch sehen die EKAS und die SUVA für bestimmte Situationen eine solche Anzeige vor. Nach meiner Einschätzung sind diese Strafanzeigen unter geltendem Recht überaus problematisch, weil sie mit der Schweigepflicht nach Art. 33 ATSG konfliktieren (einlässlich Rz. 1005 ff.). Gleichzeitig aber halte ich es für richtig, dass die SUVA zum Mittel der Strafanzeige greifen kann, weshalb ich eine Gesetzesrevision vorschlage, um den Mangel im geltenden Recht zu beheben (Rz. 1125 ff.). 244

3. **Verordnungen des Bundesrats**

1. Gestützt auf eine Delegationsnorm im Unfallversicherungsgesetz (Art. 83 Abs. 1 UVG) hat der Bundesrat verschiedene Verordnungen erlassen. Sie dienen der **Konkretisierung der Schutzpflicht** des Arbeitgebers, wie sie in 245

den Kernnormen festgehalten ist. Dasselbe gilt für jene Verordnungen, die der Bundesrat im Bereich des allgemeinen Gesundheitsschutzes gestützt auf die Delegationsnorm im Arbeitsgesetz (Art. 6 Abs. 4 ArG) erlassen hat, insbesondere die Verordnungen 1–5 zum Arbeitsgesetz.³⁰⁵ Sie werden hier nicht näher behandelt.

- 246 **2.** Welche Verordnungen ein Arbeitgeber im Einzelfall zu konsultieren hat, bestimmt sich nach den konkret auszuführenden Arbeiten und den dabei eingesetzten Arbeitsmitteln³⁰⁶ Als Ausgangspunkt empfiehlt sich aber die Konsultation der **Verordnungen betreffend die Verhütung von Betriebsunfällen und Betriebskrankheiten**, wie sie in der systematischen Sammlung des Bundesrechts bei der Nr. 832.3 verzeichnet sind. Bei den hier interessierenden Bauarbeiten sind insbesondere folgende Verordnungen einschlägig:³⁰⁷
- 247 **a.** Im Zentrum steht die spezifische, für Bauarbeiten erlassene *Bauarbeitenverordnung (BauAV)*. Sie legt die Sicherheitsmassnahmen fest, die bei Bauarbeiten getroffen werden müssen (Art. 1 Abs. 1 BauAV). Wer aus einer bestimmten Vorschrift verpflichtet wird, ergibt sich meist nicht aus dem Wortlaut der Verordnung.³⁰⁸ Der Arbeitgeber aber wird (als Hauptverantwortlicher für die Arbeitssicherheit; Rz. 104 ff.) stets verpflichtet. Als Beispiel sei auf die Schutzhelmtragepflicht nach Art. 5 Abs. 1 BauAV verwiesen. Er sieht vor, dass «Arbeitnehmer ... bei allen Arbeiten, bei denen sie durch herunterfallende Gegenstände oder Materialien gefährdet werden können, einen Schutzhelm tragen [müssen]». Obgleich sich die Vorschrift ihrem Wortlaut nach ausschliesslich an den Arbeitnehmer richtet, auferlegt sie auch dem Arbeitgeber Pflichten: Er hat die Schutzhelmtragepflicht durchzusetzen

³⁰⁵ In der systematischen Rechtssammlung des Bundesrechts (SR) sind diese Verordnungen unter den Nummern 822.111–822.115 verzeichnet.

³⁰⁶ Unter den Begriff Arbeitsmittel fallen «Maschinen, Anlagen, Apparate und Werkzeuge, die bei der Arbeit benutzt werden», darüber hinaus aber auch «Produkte, die nicht unmittelbar zum Arbeiten benutzt werden, aber zur Arbeitsumgebung gehören (z.B. Lüftung, Heizung, Beleuchtung), sowie die persönliche Schutzausrüstung (PSA)» (EKAS, Richtlinie Arbeitsmittel, S. 5).

³⁰⁷ Für die Konkretisierung von Art. 6 Abs. 1 ArG und somit den Gesundheitsschutz im weiteren Sinne sind die zahlreichen Verordnungen zum Arbeitsgesetz zu beachten, die hier keine Erwähnung finden.

³⁰⁸ Vgl. SCHUMACHER, Arbeitssicherheit, S. 31, nach dem sich die Bauarbeitenverordnung «an alle» richtet. Damit gemeint sind Architekten und Ingenieure (als Planer oder Bauleiter), Bauunternehmer (als Arbeitgeber) und weitere.

und wird bei Unterlassung strafbar.³⁰⁹ Weigert sich ein Arbeitnehmer wiederholt, seinen Schutzhelm zu tragen, rechtfertigt sich allenfalls eine fristlose Kündigung seitens des Arbeitgebers (Rz. 117).

b. Der Geltungsbereich der *Verordnung über die Unfallverhütung (VUV)* ist 248 weiter als jener der Bauarbeitenverordnung. Die VUV ist auf sämtliche Betriebe anwendbar, die in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen (Art. 1 Abs. 1 VUV). Auf die Art der auszuführenden Arbeiten oder auf die eingesetzten Arbeitsmittel kommt es nicht an: Das Bauunternehmen wird durch die Verordnung gleichermassen verpflichtet wie die Anwaltskanzlei. Beide haben demnach etwa dafür zu sorgen, dass die Fussböden am Arbeitsplatz «nach Möglichkeit rutschhemmend» sind «und keine Stolperstellen aufweisen»³¹⁰. Verschiedentlich bestehen Ausnahmen vom Geltungsbereich (Art. 2 VUV). Nicht anwendbar ist die VUV etwa auf Privathaushalte oder auf die Anlagen und Ausrüstungen der Armee.³¹¹

c. *Weitere Verordnungen* sind für Bauarbeiten zu konsultieren, bei denen 249 Krane,³¹² Maschinen,³¹³ Farben bzw. Lacke³¹⁴ oder Sprengstoffe³¹⁵ eingesetzt werden oder die unter Druckluft³¹⁶ ausgeführt werden.

d. Auf ein und denselben Arbeitsvorgang können Vorschriften verschiedener 250 Verordnungen *gleichzeitig Anwendung* finden. So hat ein Bauunternehmen, das in einem Tunnel mittels Sprengvortrieb ausbricht, in jedem Fall die Ver-

³⁰⁹ Vgl. BGer 6S.41/2005 vom 17. März 2006 E. 4.2.

³¹⁰ Art. 14 Abs. 1 VUV.

³¹¹ Art. 2 Abs. 1 lit. a und b VUV. Vgl. jedoch die Gegenausnahmen in Art. 2 Abs. 3 VUV.

³¹² Die Kranverordnung «legt fest, welche Massnahmen für die Sicherheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei der Verwendung von Kranen getroffen werden müssen» (Art. 1 Abs. 1 Kranverordnung).

³¹³ Die Maschinenverordnung (MaschV) «regelt das Inverkehrbringen und die Marktüberwachung betreffend Maschinen nach der Richtlinie 2006/42/EG (EU-Maschinenrichtlinie)» (Art. 1 Abs. 1 MaschV).

³¹⁴ Vgl. die Verordnung vom 5. April 1966 über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten bei der Erstellung und dem Betrieb von Lacktrocken- und Lackeinbrennöfen (SR 832.312.17) und die Verordnung vom 5. April 1966 über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten beim Spritzen von Farben oder Lacken (SR 832.314.12).

³¹⁵ Für Arbeiten mit Sprengstoff ist die Verordnung vom 27. November 2000 über explosionsgefährliche Stoffe, kurz Sprengstoffverordnung (SprstV; SR 941.411), einschlägig.

³¹⁶ Einschlägig für die Arbeiten unter Druckluft ist etwa die Verordnung vom 20. Januar 1961 über die technischen Massnahmen zur Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten bei Arbeiten unter Druckluft (SR 832.311.12).

ordnung über die Unfallverhütung (VUV), die Bauarbeitenverordnung (BauAV) und die Sprengstoffverordnung (SprstV) zu beachten.³¹⁷

4. Die verschiedenen Instrumente der EKAS

251 Der Eidgenössischen Koordinationskommission für Arbeitssicherheit (kurz EKAS: Rz. 122 ff.) kommt die Aufgabe zu, die einzelnen Vollzugsbereiche aufeinander abzustimmen und «für eine einheitliche Anwendung der Vorschriften über die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten» zu sorgen (Art. 85 Abs. 3 UVG). Zur Umsetzung ihrer Koordinationsaufgabe setzt die EKAS verschiedene Instrumente ein: etwa Checklisten, Sicherheitsprogramme, Broschüren für bestimmte Branchen und ein periodisch erscheinendes Mitteilungsblatt³¹⁸ mit Schwerpunktthemen. Nachfolgend gehe ich auf viererlei ein: auf die Wegleitung durch die Arbeitssicherheit (Rz. 252 f.), auf die EKAS-Richtlinien im Allgemeinen (Rz. 254 ff.) sowie die ASA-Richtlinie im Besonderen (Rz. 258 ff.) und auf den Leitfaden für das Durchführungsverfahren (Rz. 262 ff.).

a) *Die Wegleitung durch die Arbeitssicherheit*

- 252 1. Die EKAS publiziert eine umfassende Wegleitung durch die Arbeitssicherheit. Sie wird regelmässig überarbeitet; die aktuelle Version datiert vom 28. Oktober 2015 und ist elektronisch abrufbar.³¹⁹ Die Wegleitung fungiert gewissermassen als Kommentar zu Gesetzen, Verordnungen, Richtlinien und Normen im Bereich der Arbeitssicherheit.³²⁰
- 253 2. Wie auf der Titelseite der Wegleitung angegeben, wurde diese nicht von der EKAS, sondern von der SUVA verfasst. Es ist zu begrüßen, dass der Praxis die Orientierung in den unzähligen Informationsquellen, die im Bereich der Arbeitssicherheit existieren, erleichtert wird. Kritisch anzumerken ist jedoch, dass die Auslegung von Gesetzes- und Verordnungstexten nicht durch die SUVA, sondern durch Gerichte erfolgt.

³¹⁷ Vgl. Art. 1 Abs. 2 BauAV, der explizit festhält, dass die VUV neben der BauAV gilt.

³¹⁸ Die Mitteilungsblätter sind elektronisch verfügbar unter <www.ekas.admin.ch> und dort unter Dokumentation/EKAS Mitteilungsblatt (besucht am 23. Mai 2016).

³¹⁹ Siehe <www.ekas.admin.ch> (besucht am 23. Mai 2016).

³²⁰ Nach Darstellung der EKAS enthält die Wegleitung «Erläuterungen der Vorschriften über die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten» (<www.ekas.admin.ch> unter EKAS Wegleitung durch AS, besucht am 23. Mai 2016).

b) Die EKAS-Richtlinien im Allgemeinen

1. Von den verschiedenen Instrumenten, welche die EKAS zur Erfüllung ihrer Aufgaben einsetzt, stehen die Richtlinien im Vordergrund. Sie werden bisweilen übersehen, wenn versucht wird, die «Vorschriften der Arbeitssicherheit» zusammenzustellen.³²¹ Die Verordnung über die Unfallverhütung nimmt auf sie direkt Bezug: Sie räumt der EKAS die Kompetenz ein, Richtlinien zu erlassen (Art. 11b und 52a VUV). An die Befolgung einer EKAS-Richtlinie knüpft das Verordnungsrecht eine **Vermutungswirkung**, auf die ich noch näher eingehen werde (Rz. 487 ff.). An dieser Stelle genügen einige generelle Bemerkungen zu den EKAS-Richtlinien.

2. Was den **normativen Charakter** der Richtlinien anbelangt, ist zu unterstreichen, dass sie den Arbeitgeber nicht direkt verpflichten.³²² Vielmehr dienen sie den Durchführungsorganen der Arbeitssicherheit, die für den Gesetzesvollzug vollziehen, als Anleitung für ein einheitliches und rechtsgleiches Vorgehen in der Praxis. Insofern haben die Richtlinien den gleichen Charakter wie der Leitfaden (Rz. 264).³²³ Mit den 19 derzeit existierenden EKAS-Richtlinien³²⁴ will die EKAS «die Gesetzesvorschriften [konkretisieren] und ... somit das Gesetz (namentlich UVG) und die Verordnungen (insbesondere VUV) [erläutern]»³²⁵. Auf diese konkretisierende Funktion gehe ich bei den Verhaltensnormen, mithin im zweiten Teil der Arbeit, näher ein.

3. Wenn die EKAS eine bestimmte Materie für regelungsbedürftig hält, stehen ihr **grundsätzlich zwei Wege** offen: Entweder sie erlässt im entsprechenden Bereich eine Richtlinie, oder aber sie unterbreitet dem Bundesrat «Anregungen» zum Erlass von Vorschriften über die Arbeitssicherheit (Art. 85 Abs. 3 zweiter Satz UVG). Oft ist nicht von Anfang an klar, auf welcher Stufe (EKAS-Richtlinie oder Verordnung) eine neue Regelung verankert wird.³²⁶ Betreffend die Herausgabe von Richtlinien und die Vorbereitung von Verordnungen hat die EKAS eine Wegleitung aufgestellt.³²⁷ Der

³²¹ So etwa wäre die wertvolle «Checkliste» über Vorschriften der Arbeitssicherheit bei VON KAENEL, Arbeitgeberhaftung, Rz. 14.75, um die EKAS-Richtlinien zu ergänzen.

³²² Dazu und zum Folgenden BVGer C-852/2013 vom 17. Dezember 2015 E. 4.2.6.2.

³²³ Vgl. auch EKAS, Leitfaden, Ziff. 1.

³²⁴ Zu den aktuell gültigen Richtlinien siehe <www.ekas.admin.ch> unter Dokumentation/EKAS Richtlinien (besucht am 23. Mai 2016).

³²⁵ So die EKAS selbst zu Sinn und Zweck ihrer Richtlinien unter <www.ekas.admin.ch> und dort unter Dokumentation/EKAS Richtlinien (besucht am 23. Mai 2016).

³²⁶ Vgl. EKAS, Wegleitung Richtlinien, S. 4 Ziff. 1.1.

³²⁷ Einschlägig ist EKAS, Wegleitung Richtlinien, passim.

Erlass einer Richtlinie durch die EKAS stellt einen «wichtigen Beschluss» nach Art. 57 lit. a VUV dar, weshalb die Pflicht besteht, eine Vernehmlassung durchzuführen und in diesem Rahmen die «interessierten Organisationen» anzuhören.

257 **4.** Auf eine Aufzählung der einzelnen Richtlinien verzichte ich, um einzig die praktisch besonders bedeutsame ASA-Richtlinie zu erwähnen.

c) Die ASA-Richtlinie im Besonderen

258 **1.** Der EKAS ist es grundsätzlich freigestellt, ob und in welchen Bereichen sie das Instrument der Richtlinie einsetzt: Art. 52a Abs. 1 VUV räumt der Kommission die Kompetenz zum Aufstellen von Richtlinien ein, ohne sie aber dazu anzuhalten.³²⁸ Eine Ausnahme gilt indes für die **ASA-Richtlinie**³²⁹. Art. 11b Abs. 1 VUV statuiert eine Pflicht der EKAS, Richtlinien zur Beizugspflicht des Arbeitgebers nach Art. 11a VUV aufzustellen.³³⁰ Dieser Pflicht ist die EKAS mit der ASA-Richtlinie nachgekommen. Die Abkürzung «ASA» steht für die Pflicht des Arbeitgebers, Arbeitsärzte und andere Spezialisten der Arbeitssicherheit beizuziehen (zu dieser Pflicht Rz. 131).

259 **2.** Als Vorbild für die ASA-Richtlinie diene die **EU-Rahmenrichtlinie**³³¹. Mit der ASA-Richtlinie wurde in der Schweiz eine im Verhältnis zum Recht der Europäischen Union «analoge Regelung»³³² eingeführt.

³²⁸ Das ergibt sich direkt aus dem Wortlaut von Art. 52a Abs. 1 erster Satz VUV: «Die Koordinationskommission *kann* ... Richtlinien aufstellen» (Hervorhebung hinzugefügt).

³²⁹ Richtlinie Nr. 6508. Die Originalversion wurde im A4-Format publiziert. Indessen existiert die Richtlinie aber auch im handlichen A5-Format. Wenn ich in meiner Untersuchung mit Angabe einer Seitenzahl auf die ASA-Richtlinie verweise, bezieht sich dieser Verweis auf das A5-Format. Die Richtlinie wurde erstmals 1995 aufgestellt und 2007 überarbeitet; vgl. zum Erscheinen der revidierten Fassung FRICKER/PÜRRO, ASA-Richtlinie, passim.

³³⁰ Nach Art. 11b Abs. 1 VUV «erlässt» die EKAS in diesem Bereich Richtlinien. Der Wortlaut unterscheidet sich deutlich von Art. 52a Abs. 1 erster Satz VUV, der als Kann-Bestimmung ausgestaltet ist (Fn. 328).

³³¹ RL 89/391/EWG des Rates vom 12. Juni 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit (ABl. EG L 183 vom 29. Juni 1989, S. 1).

³³² WILHELM/FORSBLOM, Fallstudie, S. 42.

3. Der ASA-Richtlinie kommt eine **wichtige Konkretisierungsfunktion** zu. 260 Gemäss ihrer Ziff. I konkretisiert die Richtlinie zweierlei: einerseits die Pflicht des Arbeitgebers nach Art. 11a Abs. 1 und 2 VUV betreffend den Beizug eines ASA-Spezialisten, andererseits «die Massnahmen zur Förderung der systemorientierten Prävention von Berufsunfällen und Berufskrankheiten (Arbeitssicherheit) sowie des Gesundheitsschutzes»³³³. Eine Definition des Begriffs «systemorientierte Prävention» stellt die ASA-Richtlinie selbst auf: Gemeint ist diejenige Prävention, die «über die Behebung eines einmal erkannten Mangels ... [hinausgeht] und ... zum Ziel [hat], die Wiederholung oder Entstehung eines ähnlichen Mangels im gesamten Betrieb nachhaltig zu verhindern»³³⁴. Die systemorientierte Prävention besteht in der Regel aus einer Kombination von technischen, organisatorischen und personenbezogenen Massnahmen.³³⁵ Was die ASA-Richtlinie als systemorientierte Prävention versteht, ist auf Gesetzesstufe nicht vorgezeichnet. Es fragt sich, welche Verordnungsvorschriften die ASA-Richtlinie diesbezüglich konkretisieren will. Angesprochen sind, worauf die SUVA auf ihrer Website hinweist,³³⁶ die Art. 3–10 VUV. Dort werden verschiedene Arbeitgeberpflichten festgehalten. Der Gedanke einer systematischen Herangehensweise, die über die Behebung einzelner Mängel hinausgeht, kommt in Art. 3 Abs. 2 VUV zum Ausdruck, wonach der Arbeitgeber dafür zu sorgen hat, «dass die Schutzmassnahmen und Schutzeinrichtungen in ihrer Wirksamkeit nicht beeinträchtigt werden», wobei er dies «in angemessenen Zeitabständen zu überprüfen» hat.

4. Befolgt ein Arbeitgeber die ASA-Richtlinie, so wird «vermutet, dass er seiner Verpflichtung zum Beizug von Spezialisten der Arbeitssicherheit [nach Art. 11a VUV] nachgekommen»³³⁷ ist. Auch wenn die Befolgung der Richtlinie für den Arbeitgeber durchaus vorteilhaft ist, besteht **keine eigentliche Rechtspflicht zur Befolgung**. Art. 11b Abs. 3 VUV sieht die Möglichkeit vor, dass der Arbeitgeber seiner Verpflichtung zum Beizug von Spezialisten der Arbeitssicherheit stets «auf andere Weise nachkommen [kann], als dies die Richtlinien vorsehen, wenn er nachweist, dass der Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer und ihre Sicherheit gewährleistet ist». 261

³³³ Ziff. 1 ASA-Richtlinie.

³³⁴ ASA-Richtlinie, Anhang 4 (S. 19).

³³⁵ ASA-Richtlinie, Anhang 4 (S. 19).

³³⁶ Vgl. die Informationen zur systemorientierten Prävention unter <www.suva.ch> unter Prävention/Arbeit/ASA: Sicherheit mit System/Sicherheitssystem (besucht am 23. Mai 2016).

³³⁷ Art. 11b Abs. 2 VUV.

d) *Der Leitfaden für das Durchführungsverfahren
in der Arbeitssicherheit*

- 262 1. Die EKAS hat die Kompetenz, «das Verfahren [zu] bestimmen, das die Durchführungsorgane bei den Kontrollen, den Anordnungen und der Vollstreckung *beachten müssen*» (Art. 53 lit. a VUV³³⁸). Gestützt darauf hat sie einen umfassenden «Leitfaden für das Durchführungsverfahren in der Arbeitssicherheit» ausgearbeitet. Dieser Leitfaden ist **für die Durchführungsorgane der Arbeitssicherheit verbindlich**: Wie aus dem Verordnungstext eindeutig hervorgeht, «müssen» die Durchführungsorgane diese Vorgaben beachten.³³⁹
- 263 2. Der EKAS-Leitfaden ist als **Verwaltungsverordnung** zu qualifizieren. Es handelt sich um «verallgemeinerte Dienstbefehle, also generell-abstrakte Handlungsanweisungen der vorgesetzten Behörde an die unterstellten Behörden und Personen über die Besorgung ihrer Verwaltungsangelegenheiten»³⁴⁰. Zum EKAS-Leitfaden führt das Bundesverwaltungsgericht aus, er solle «wie Verwaltungsverordnungen ... eine einheitliche, gleichmässige und sachrichtige Praxis des Gesetzesvollzugs sicherstellen»³⁴¹. Aus dieser Formulierung («wie») könnte geschlossen werden, das Gericht lehne eine Einordnung des Leitfadens unter die Verwaltungsverordnungen ab. Indessen ist nicht ersichtlich, was einer solchen Einordnung entgegensteht. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich entsprechend um eine Verwaltungsverordnung.
- 264 Als Verwaltungsverordnung ist der Leitfaden einzig für die Durchführungsorgane, nicht aber für den Arbeitgeber verbindlich. Grundlagen seiner Rechte und Pflichten bleiben die Rechtsnormen (Gesetze und Verordnungen).³⁴² Der EKAS-Leitfaden vermag für sich alleine genommen weder Verwaltungsrechtsverhältnisse zum Bürger zu regeln noch Gerichte zu binden. Insofern gilt für ihn das Gleiche wie für die schon erwähnten EKAS-

³³⁸ Hervorhebung hinzugefügt; vgl. zum Auftrag der EKAS Art. 85 Abs. 3 UVG.

³³⁹ BVGE 2010/37 E. 2.5.1. Vgl. auch BVGer C-852/2013 vom 17. Dezember 2015 (Sachverhalt E.); Die SUVA berief sich im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht darauf, die von ihr verfügte «Prämienerrhöhung entspreche dem EKAS-Leitfaden».

³⁴⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 41 Rz. 11. Vgl. zum Instrument der Verwaltungsverordnung («*ordonnance administrative*») auch DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, Rz. 836 ff.

³⁴¹ BVGE 2010/37 E. 2.5.1 (Hervorhebung hinzugefügt).

³⁴² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 41 Rz. 13.

Richtlinien (Rz. 255): Er gibt einzig den «Durchführungsorganen ... Anleitungen ... in der Absicht, ein einheitliches und rechtsgleiches Vorgehen in der Praxis zu fördern»³⁴³. Entsprechend ist nicht auszuschliessen, dass ein Gericht die mit dem Leitfaden begründete Vollzugspraxis im Einzelfall für gesetzeswidrig erklärt. Denkbar ist das etwa in Fällen, in denen der Leitfaden den Rechtsschutz in unzulässiger Weise einschränkt.³⁴⁴

3. Obgleich der Leitfaden für die Durchführungsorgane verbindlich ist, verbleibt ihnen bei der Beurteilung des Einzelfalls ein **Ermessensspielraum**. 265
Darauf weist die EKAS im Leitfaden folgendermassen hin: «Der vorliegende Leitfaden will den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Durchführungsorgane Anleitungen geben, in welchem Sinn und Geist sie von den gesetzlichen Möglichkeiten Gebrauch machen sollen. Es kann wohlverstanden nicht darum gehen, jeden Verfahrensschritt bis ins Detail festzulegen. Das ist wegen der Besonderheit jedes Falles nicht möglich. Viele Entscheide bleiben dem Ermessen vorbehalten.»³⁴⁵

4. Im Leitfaden hat die EKAS verschiedene **Musterdokumente** – etwa eine Ermahnung (Art. 62 VUV; Rz. 791 ff.) oder eine Verfügung (Art. 64 VUV; Rz. 796 ff.) – abgedruckt.³⁴⁶ Sie dienen den Durchführungsorganen als Grundlage für den Gesetzesvollzug. 266

³⁴³ BVGer C-852/2013 vom 17. Dezember 2015 E. 4.2.6.2.

³⁴⁴ Vgl. BVGer C-1454/2008 vom 8. Juni 2010 E. 2.5.2: Der EKAS sind «keine Rechtsetzungskompetenzen übertragen, welche sie ermächtigen würden, den Rechtsschutz der betroffenen Betriebe einzuschränken». Auf eine solche Einschränkung aber erkannte das Bundesverwaltungsgericht in BVGE 2010/37. Das Gericht führte aus, eine Ermahnung sei – soweit sie für eine spätere Prämienhöhung berücksichtigt werden könne – mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen.

³⁴⁵ EKAS, Leitfaden, S. 1. Vgl. auch die auf S. 11 (Ziff. 4.3) dieses Leitfadens abgedruckte Hilfsmatrix, die unter Berücksichtigung des potenziellen Schadensausmasses sowie der Eintretenswahrscheinlichkeit, welche verwaltungsrechtliche Sanktion (Rz. 732 ff.) zu ergreifen ist. Ein Beispiel: Besteht eine Gefahrensituation, die zum Tod führen kann, und ist die Eintrittswahrscheinlichkeit «häufig» oder zumindest «gelegentlich», liegt nach Massgabe der Matrix eine «unmittelbare schwere Gefährdung» vor, weshalb Sofortmassnahmen anzuordnen sind. Die EKAS listet in ihrem Leitfaden auf S. 11 ff. (Ziff. 4.3.1 ff.) für verschiedene Branchen beispielhaft Situationen auf, um den Durchführungsorganen das Lesen der Matrix zu vereinfachen; für das Bauen etwa: «Ungesichertes Arbeiten in unmittelbarer Nähe der Absturzkante (Decke oder Bodenöffnung) bzw. der elektrischen Freileitung ohne Schutzvorrichtung» bedeutet «eine unmittelbare, schwere Gefährdung von Leben und Gesundheit» (EKAS, Leitfaden, S. 11 [Ziff. 4.3.1]).

³⁴⁶ Zu den Musterdokumenten siehe im Einzelnen EKAS, Leitfaden, S. 55 ff.

5. Weitere «nachgelagerte» Normen

- 267 Verschiedene weitere Normen spielen für Fragen der Arbeitssicherheit eine praktisch wichtige Rolle. Zu denken ist primär an das Normenwerk der SUVA (Rz. 462), aber auch an Bedienungsanleitungen Privater, etwa der Hersteller von Baugeräten (Rz. 464).

Zweiter Teil: Die Verhaltensnormen

1. Der zweite Teil der Untersuchung handelt von jenen Normen der Arbeitssicherheit, die ich als «Verhaltensnormen» bezeichne. In Rechtsprechung und Lehre ist bisweilen schlicht von den «Vorschriften der Arbeitssicherheit», den «SUVA-Vorschriften», den «SUVA-Bedingungen» und Ähnlichem die Rede (Rz. 16 f.). 268

Ergänzt werden die Verhaltensnormen durch die *Sanktionsnormen* der Arbeitssicherheit. Auf sie gehe ich im dritten Teil der Untersuchung gesondert ein. Vorwegzunehmen ist, dass Verhaltensnormen und Sanktionsnormen ineinander verzahnt sind: Jedes Teilrechtsgebiet – Zivilrecht, Verwaltungsrecht und Strafrecht – kennt Sanktionsnormen. Ein Arbeitgeber, der sich nicht an die Verhaltensnormen hält, hat potenziell Sanktionen aus allen drei Gebieten zu gewärtigen. 269

2. Die Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit bestimmen den **Inhalt der Schutzpflicht des Arbeitgebers**. Diese Pflicht geht weit. Sie geht so weit, dass in der Lehre betreffend die zivilrechtliche Haftung des Arbeitgebers gar die Auffassung vertreten wird, die Verletzung von Art. 328 Abs. 2 OR führe zu einer Haftung, die eine Kausalhaftung sei. Dies korreliere mit der «allgemeinen Tendenz im Haftpflichtrecht ..., das Verschulden als Haftungsgrundlage zurückzudrängen und zu einer generellen Gefährdungshaftung zu kommen»³⁴⁷. Bei Art. 328 Abs. 2 OR ist tatsächlich nicht von der Hand zu weisen, dass dem Arbeitgeber für den Exkulpationsbeweis wenig Raum bleibt; er ist auf den Nachweis der Urteilsunfähigkeit beschränkt (Rz. 607). Aber gerade weil dem Arbeitgeber die Möglichkeit des Exkulpationsbeweises offen steht, ist Art. 328 Abs. 2 OR weiterhin den verschuldensabhängigen Haftungstatbeständen zuzuordnen und insbesondere eine Einordnung unter die Kausalhaftungen abzulehnen.³⁴⁸ 270

Das Gesetz auferlegt dem Arbeitgeber zwar eine weitgehende, nicht aber eine grenzenlose Pflicht: Unfälle, die auf ein «nicht voraussehbares, ein schweres Verschulden darstellendes Verhalten des Verunfallten selber oder Dritter zurückzuführen»³⁴⁹ sind, muss er nicht verhüten. Rechtlich kommen 271

³⁴⁷ BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, N 18 zu Art. 328 m.H.; vgl. auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 16 zu Art. 328 OR.

³⁴⁸ Gegen die generelle Annahme einer Kausalhaftung sprechen sich (wenn auch mit anderer Begründung) auch MÜLLER/INAUEN, Haftung, S. 176, aus.

³⁴⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 14 zu Art. 328 OR.

die Grenzen der Schutzpflicht insbesondere in den drei Gesetzesvorschriften zum Ausdruck, die ich als «Kernnormen der Arbeitssicherheit» (Rz. 276 ff.) bezeichne. Die Kernnormen gehen gerade nicht davon aus, dass sich Risiken bei der Arbeit vollständig eliminieren lassen. Vielmehr konzedieren sie, dass es ein Restrisiko gibt, das abzuwenden nicht dem Arbeitgeber obliegt. Die Verhaltensnormen ziehen mit anderen Worten die Grenze zwischen dem hinzunehmenden Restrisiko und dem unzulässigen Risiko.

- 272 **3.** Die Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit drücken einen Sorgfaltsmassstab aus. Dieser Massstab ist jeweils in Verhaltensanweisungen gekleidet, die typischerweise als **Handlungspflichten** ausgestattet sind (z.B. das Erstellen eines Fassadengerüsts);³⁵⁰ Unterlassungspflichten statuieren die Verhaltensnormen grundsätzlich nicht.³⁵¹
- 273 **4.** Die Verhaltensnormen **unterscheiden sich in ihrem Konkretisierungsgrad** stark. Während die drei Kernnormen der Arbeitssicherheit ein offen formuliertes, abstraktes Schutzziel festlegen, sind andere Verhaltensnormen (etwa Merkblätter der SUVA) bisweilen sehr konkret.
- 274 **5.** Über das Gebiet der Arbeitssicherheit ist ein ganzes Netz von Verhaltensnormen gespannt. Bisher fehlt es an Ansätzen, welche diese Normenfülle in eine Ordnung brächten, um den Normadressaten die **Orientierung in den Verhaltensnormen zu erleichtern**. Vielmehr wird auf das Konglomerat der Verhaltensnormen regelmässig bloss pauschal Bezug genommen; so ist etwa zu lesen, es sei «[s]elbstverständlich ..., dass alle konkreten Schutzvorschriften des Arbeits- und Unfallversicherungsgesetzes und deren Ausführungsbe-

³⁵⁰ Schon nach Massgabe der drei Kernnormen der Arbeitssicherheit hat der Arbeitgeber Massnahmen «zu treffen» (Art. 328 Abs. 2 OR, Art. 82 Abs. 1 UVG und Art. 6 Abs. 1 ArG). Regelungsgegenstand der Bauarbeitenverordnung sind denn auch «Massnahmen», die «getroffen werden müssen» (Art. 1 Abs. 1 BauAV).

³⁵¹ Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen ist indessen keineswegs eine einfache. Findet auf einer Baustelle beispielsweise ein Stahlrohrgerüst Verwendung, dessen Rohre Wandstärken von 2,9 Millimeter aufweisen, liegt darin ein Verstoss gegen Art. 50 Abs. 1 BauAV (der Wandstärken von 3,2 oder 4,0 mm vorschreibt). Dieser Verstoss lässt sich als einerseits als unsorgfältiges Tun, gleichzeitig aber auch als Unterlassung formulieren. SUMMERMATTER kommt zum Schluss, die «eigentliche Crux in der seit mehr als 50 Jahren anhaltenden Diskussion um das richtige Abgrenzungskriterium» zwischen Tun und Unterlassen liege darin, «dass jedes fahrlässige Tun sich immer auch als Unterlassen der gebotenen Sorgfalt formulieren lässt, womit letztlich die Unterschiede zwischen den beiden Verhaltensformen verwischt zu werden drohen» (SUMMERMATTER, Tun und Unterlassen, S. 293).

stimmungen vom Arbeitgeber einzuhalten sind»³⁵². Diese Aussage ist zwar zutreffend, praktisch indessen wenig hilfreich, weil die angesprochenen Schutzvorschriften des Arbeits- und Unfallversicherungsgesetzes hochgradig unbestimmt sind. Entscheidend ist vielmehr, welcher rechtliche Stellenwert jenen Normen zukommt, die den Rechtsnormen «nachgelagert» sind. Dazu gehören etwa die praktisch bedeutsamen SUVA-Normen: Handelt es sich auch um «Ausführungsbestimmungen», die es «selbstverständlich» zu beachten gilt? Diese Frage stellt sich insbesondere dem Arbeitgeber als primärem Normadressaten, darüber hinaus aber auch den rechtsanwendenden Behörden als sekundäre Normadressaten. Im Folgenden systematisiere ich die verschiedenartigen Verhaltensnormen. Dazu lege ich die Anwendungsbereiche der jeweiligen Normen fest, grenze sie voneinander ab und gehe auf ihr Zusammenwirken ein.

6. Der Fokus der Untersuchung liegt, wie schon erwähnt (Rz. 58 und 104 ff.), auf dem Arbeitgeber. Am Ausgang meiner Systematisierung steht denn auch die Pflicht des Arbeitgebers, Schutzmassnahmen zugunsten seines Arbeitnehmers zu treffen. Auf die drei Kernnormen der Arbeitssicherheit gehe ich in einem ersten Schritt ein (Rz. 276 ff.). Die Kernnormen werden ergänzt durch weitere Verhaltensnormen. Dies ist nötig, weil die Kernnormen selbst mit verschiedenen unbestimmten Rechtsbegriffen operieren und entsprechend offen formuliert sind. In einem zweiten Schritt stelle ich die zahlreichen Konkretisierungsbemühungen dar und untersuche, welche rechtliche Bedeutung ihnen zukommt (Rz. 423 ff.). In einem dritten und letzten Schritt charakterisiere ich das dem Schweizer Recht der Arbeitssicherheit zugrunde liegende Regulierungskonzept, indem ich es inmitten zweier verschiedener Regulierungskonzepte ansiedle (Rz. 534 ff.). 275

I. Die drei Kernnormen der Arbeitssicherheit

Im Folgenden gehe ich auf die drei Kernnormen der Arbeitssicherheit ein. 276
Zunächst gebe ich ihren Wortlaut wieder (Rz. 277 ff.). Nach einem historischen Rückblick (Rz. 291 ff.) rücke ich jene unbestimmten Rechtsbegriffe ins Zentrum, welche die Kernnormen prägen: Erfahrung, Stand der Technik und Angemessenheit. Sie stellen gewissermassen die «Messlatten» für das Verhalten des Arbeitgebers dar (Rz. 321 ff.). Sodann ziehe ich ein Zwischenfazit (Rz. 418 ff.).

³⁵² Vgl. etwa STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 15 zu Art. 328 OR.

A. Die Kernnormen im Wortlaut

- 277 **1.** Den Kern der Schutzpflicht des Arbeitgebers bilden **drei Gesetzesartikel**: Art. 328 Abs. 2 OR, Art. 82 Abs. 1 UVG und Art. 6 Abs. 1 ArG. Sie lauten folgendermassen:³⁵³
- 278 **Art. 328 Abs. 2 OR**: «Er [der Arbeitgeber] hat zum Schutz von Leben, Gesundheit und körperlicher Integrität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Massnahmen zu treffen, die *nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar* und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes *angemessen* sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihm *billigerweise zugemutet* werden kann.»
- 279 **Art. 82 Abs. 1 UVG**: «Der Arbeitgeber ist verpflichtet, zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten alle Massnahmen zu treffen, die *nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar* und den gegebenen Verhältnissen *angemessen* sind.»
- 280 **Art. 6 Abs. 1 ArG**: «Der Arbeitgeber ist verpflichtet, zum Schutze der Gesundheit der Arbeitnehmer alle Massnahmen zu treffen, die *nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar* und den Verhältnissen des Betriebes *angemessen* sind.»
- 281 **2.** Ihrem Wortlaut nach sind die drei Kernnormen weitgehend identisch. Insbesondere nehmen alle drei Bezug auf die «Erfahrung», den «Stand der Technik» und die Angemessenheit. Auf diese unbestimmten Rechtsbegriffe werde ich noch näher eingehen (Rz. 321 ff.). Vorerst will ich jedoch einzig festhalten, dass die drei Normen zwar **weitgehend, aber eben nicht komplett identisch lauten**. Folgende Unterschiede sind auszumachen:
- 282 **a.** Die Schutzpflicht des Arbeitgebers ist in Funktion des *Anwendungsbereichs des Gesetzes* zu sehen, in dem die jeweilige Kernnorm verankert ist. So ist der Arbeitgeber im Sinne des Obligationenrechts dem Schutz von «Leben, Gesundheit und körperliche[r] Integrität» des Arbeitnehmers verpflichtet, der Arbeitgeber im Sinne des Unfallversicherungsgesetzes der «Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten» und der Arbeitgeber im Sinne des Arbeitsgesetzes dem allgemeinen «Schutze der Gesundheit»

³⁵³ Sämtliche Hervorhebungen wurden hinzugefügt.

der Arbeitnehmer.³⁵⁴ Für die Anwendbarkeit einer Kernnorm ist freilich stets vorausgesetzt, dass der jeweilige Geltungsbereich eröffnet ist. Dies ist mitunter nicht leicht zu entscheiden. Ist etwa Art. 82 Abs. 1 UVG auf einen Arbeitgeber anwendbar, der seine Arbeitnehmer vom Ausland her in die Schweiz entsendet, um hier Bauarbeiten zu verrichten? Nach Massgabe des geltenden Rechts ist vorausgesetzt, dass der Arbeitgeber «in der Schweiz Arbeitnehmer» beschäftigt (Art. 81 Abs. 1 UVG). Ob darunter auch der Entsendebetrieb mit Sitz im Ausland fällt, war lange Zeit nicht klar.³⁵⁵ Voraussichtlich am 1. Januar 2017 wird diese Frage vom Gesetzgeber geklärt sein: Ab dann haben alle Betriebe die Vorschriften über die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten einzuhalten, «deren Arbeitnehmer in der Schweiz Arbeiten ausführen»³⁵⁶. Unter diese neue gesetzliche Definition fällt auch der Entsendebetrieb mit Sitz im Ausland. Ihn trifft nicht nur die Pflicht, die Vorschriften der Arbeitssicherheit einzuhalten, sondern auch die Pflicht, Unfallverhütungsbeiträge zu leisten (obgleich entsandte Arbeitnehmer der obligatorischen Unfallversicherung nicht unterstehen).³⁵⁷

b. Während die öffentlich-rechtlichen Kernnormen, also jene des Unfallversicherungsgesetzes (Art. 82 Abs. 1 UVG) und des Arbeitsgesetzes (Art. 6 Abs. 1 ArG), die Sorgfaltspflicht des Arbeitgebers mit je drei unbestimmten Rechtsbegriffen umreissen, enthält das Obligationenrecht mit der Zumutbarkeit ein weiteres, viertes Element. Diesem kommt nach meinem Dafürhalten keine eigenständige Bedeutung zu (Rz. 412 ff.). 283

³⁵⁴ Betreffend das Verhältnis von Art. 82 Abs. 1 UVG und Art. 6 Abs. 1 ArG trifft heute noch zu, was der Bundesrat vor gut 50 Jahren schon in seiner Botschaft zum Arbeitsgesetz festgehalten hat: «Artikel 5 des Fabrikgesetzes [heute: Art. 6 Abs. 1 ArG] bezieht sich ... im Unterschied zu Artikel 65 [des Kranken- und Unfallversicherungsgesetzes; heute: Art. 82 Abs. 1 UVG] nicht bloss auf die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten, sondern überdies auf die allgemeine Gesundheitsvorsorge, wie Beleuchtung, Lüftung, Arbeitsplatzgestaltung, Lärmbekämpfung, Verhütung von Überanstrengungen usw.» (Botschaft ArG 1960, S. 958).

³⁵⁵ Vgl. zu dieser Frage auch die Vernehmlassungsvorlage des Eidgenössischen Departements des Innern (EDI) zur Revision des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung vom November 2006, S. 32 f., wo dafür gehalten wird, dass die Art. 81 ff. UVG der ratio legis nach auch den Arbeitgeber mit Sitz im Ausland verpflichten.

³⁵⁶ Art. 81 Abs. 1 revUVG (BBl 2015 7139).

³⁵⁷ Art. 87a revUVG (BBl 2015 7139); siehe auch Botschaft UVG 2008, S. 5419 (Ziff. 2.1.3.8).

- 284 **3.** Die zitierten drei Gesetzesvorschriften bezeichne ich als **Kernnormen der Arbeitssicherheit**.³⁵⁸ Sie sind für die Arbeitssicherheit eminent wichtig.³⁵⁹ Das ist in mehrfacher Hinsicht zu erläutern.
- 285 **a.** Der *Terminus* «Kernnormen» bezeichnet die Stellung und die Funktion der Normen: Es handelt sich um die zentralen Normen auf Stufe Bundesgesetz, welche die Schutzpflicht des Arbeitgebers umreißen. Konkrete Verhaltensgebote lassen sich ihnen aufgrund der vagen Formulierung jedoch nicht entnehmen. Solche Gebote finden sich vielmehr in jenen Normen, die den Kernnormen nachgelagert sind: etwa im Verordnungsrecht des Bundes (für Bauarbeiten im Speziellen etwa in der Bauarbeitenverordnung), in den Richtlinien der EKAS, in den Normen der SUVA und weiteren nachgelagerten Normen. Diese Normen sind es denn auch (nicht die Kernnormen), welche den Arbeitsalltag in Fragen der Arbeitssicherheit prägen. Ein gründliches Verständnis der Kernnormen ist indes unabdingbar, um die rechtliche Bedeutung der mannigfachen Normen zu verstehen, welche darauf angelegt sind, die Kernnormen zu konkretisieren (Rz. 436 ff.).
- 286 **b.** Die Kernnormen sind auch deshalb bedeutsam, weil sie für den Bereich der Arbeitssicherheit die verfassungsrechtliche Vorgabe nach Art. 164 Abs. 1 lit. c BV umsetzen. Nach dieser Vorschrift sind die «wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen ... in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen». Als wichtig gelten, wie die Verfassung gleich selbst beifügt, insbesondere «die grundlegenden Bestimmungen über die Rechte und Pflichten von Personen».
- 287 **4.** Die Kernnormen **richten sich** primär an den Arbeitgeber, sekundär an die rechtsanwendenden Behörden.³⁶⁰

³⁵⁸ Vgl. VON KAENEL, Arbeitgeberhaftung, Rz. 14.75, der in seiner Checkliste der Vorschriften über die Arbeitssicherheit von «Grundnormen» spricht.

³⁵⁹ Vgl. JANUTIN, Gesundheit, S. 96 f.

³⁶⁰ Bei den konkretisierenden Normen verhält es sich teilweise umgekehrt, etwa bei den EKAS-Richtlinien: Mit ihnen wird ein einheitlicher Gesetzesvollzug angestrebt (Art. 52a Abs. 1 VUV), womit die Durchführungsorgane zu primären Normadressaten mutieren. Der Arbeitgeber bleibt aber (als sekundärer Normadressat) mit angesprochen.

- a. Primärer Normadressat ist der *Arbeitgeber*. Er ist für die Arbeitssicherheit zwar nicht ausschliesslich,³⁶¹ aber doch hauptsächlich verantwortlich (Rz. 104 ff.).³⁶² Sofern ein Arbeitgeber in den Anwendungsbereich der jeweiligen Kernnorm fällt,³⁶³ trifft ihn die dort vorgesehene Schutzpflicht zugunsten seines Arbeitnehmers. 288
- b. Nicht nur der Arbeitgeber möchte in Erfahrung bringen, wie weit seine Sorgfaltspflicht nach den Kernnormen geht. Die *rechtsanwendenden Behörden* sind als sekundäre Normadressaten der Kernnormen zu betrachten. Sie haben darüber zu entscheiden, ob ein Arbeitgeber seine Schutzpflicht verletzt und ob deshalb mit Mitteln des Verwaltungsrechts oder gar des Strafrechts einzuschreiten ist.³⁶⁴ 289
5. Aus heutiger Sicht erstaunt wenig, dass drei Normen, die denselben Lebensbereich regulieren, im Wesentlichen gleich lauten. Die geltenden Gesetzestexte wurden **einander jedoch erst im Verlaufe der Zeit angeglichen**. Im historischen Rückblick lässt sich nachzeichnen, wie es zu den praktisch identischen Fassungen kam. 290

³⁶¹ Die Herstellung des «Zustands» Arbeitssicherheit (zum diesem Begriffsverständnis Rz. 80 f.) ist stets als kooperatives Unterfangen zu verstehen: Es müssen mehrere Personen zusammenwirken, damit Arbeit sicher ausgeführt werden kann. Aus diesem Grunde statuiert das öffentliche Recht nicht nur eine Arbeitgeberpflicht, sondern ebenso eine Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers (vgl. Art. 82 Abs. 3 UVG, Art. 6 Abs. 3 zweiter Satz ArG und den Abschnittstitel vor Art. 11 VUV, der lautet: «Pflichten des Arbeitnehmers»). Vgl. auch TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht, S. 40, der von einer «Gemeinschaftsaufgabe» des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers spricht. Auch bei Bauarbeiten trifft den Arbeitnehmer eine Mitwirkungspflicht (vgl. etwa die Schutzhelmtragpflicht nach Art. 5 BauAV). Je nach den konkreten Verhältnissen werden weitere an einem Bauwerk beteiligte Personen von den Verhaltensnormen in die Pflicht genommen, etwa Planer (Architekten und Ingenieure). Grundsätzlich anderer Ansicht sind diesbezüglich wohl METTLER/AEBY, Sondermülldeponie, S. 107 m.w.H. Sie bezeichnen die Arbeitssicherheit als «ausschliesslich ... koordinierte Aufgabe von Arbeitgeber und Arbeitnehmer» und schliessen damit insbesondere eine «Verantwortlichkeit des Bauherrn und seiner Hilfspersonen, wie beispielsweise dem Bauleiter», aus.

³⁶² STEIGER-SACKMANN, Psychische Gesundheitsrisiken, Rz. 42.

³⁶³ Die Anwendungsbereiche der einzelnen Kernnormen sind freilich verschieden, weshalb im Einzelfall bald alle drei, bald bloss eine oder zwei Kernnormen anwendbar sind.

³⁶⁴ Zivilrechtlich hingegen schreiten die Behörden nicht von Amtes wegen ein; hier gilt die Dispositionsmaxime (Rz. 578 und die dazugehörige Fn. 803): Ob es etwa zur Einleitung eines Verfahrens gegen den Arbeitgeber kommt, hängt vom Kläger (Arbeitnehmer) ab.

B. Ein historischer Rückblick

- 291 **1.** Es gilt, im Folgenden die Entstehungsgeschichte der einzelnen Kernnormen in groben Zügen nachzuzeichnen. Auf eine umfassende Darstellung der Geschichte des Arbeitnehmerschutzes verzichte ich. Im vorliegenden Zusammenhang ist einzig von Interesse, wie sich die drei Kernnormen im Verlaufe der Jahre einander angeglichen haben. Zunächst gehe ich auf die zivilrechtliche Kernnorm, Art. 328 Abs. 2 OR, ein (Rz. 295 ff.), danach auf die beiden öffentlich-rechtlichen Kernnormen, Art. 82 Abs. 1 UVG und Art. 6 Abs. 1 ArG (Rz. 303 ff.).³⁶⁵
- 292 **2.** Vorausgeschickt sei, dass in den drei Kernnormen eine «**einheitliche Pflicht**»³⁶⁶ des Arbeitgebers zum Ausdruck kommt. Dies jedenfalls unterstrich der Bundesrat, als er die jüngste der Kernnormen – Art. 328 Abs. 2 OR – in ihre geltende Fassung goss, indem der Wortlaut der Norm an jenen seiner beiden öffentlich-rechtlichen Pendanten angeglichen wurde. Dies geschah vor gut 40 Jahren im Rahmen der Totalrevision des Arbeitsvertragsrechts (nach altem Recht: Dienstvertragsrecht); Art. 328 Abs. 2 OR trat am 1. Januar 1972 in Kraft.
- 293 **a.** Aufgrund des sachlichen Konnexes ist es sicherlich sachgerecht, die Schutzpflicht des Arbeitgebers, wie sie in drei verschiedenen Gesetzen festgehalten ist, als eine einheitliche Pflicht zu verstehen. Indessen darf nicht ausgeblendet werden, dass die drei Kernnormen keineswegs aus einem Guss, mithin gerade nicht Produkte einer Gesamtsicht sind. Vielmehr war der Gesetzgeber stets nur mit der jeweils gerade zur Debatte stehenden Kernnorm

³⁶⁵ Das Zusammenspiel zwischen öffentlich-rechtlichem und zivilrechtlichem Arbeitnehmerschutz beschreibt BÄHLER, Arbeitgeberhaftpflicht, S. 4 Fn. 5, treffend wie folgt: «Zum Arbeitnehmerschutzrecht zählen sowohl die privatrechtlichen als auch die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen. Denn es soll dieses Rechtsgebiet als volkswirtschaftliches Gesamtproblem nach dem Willen des Gesetzgebers nicht wegen seiner öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Seite auseinandergerissen werden. Beide Aspekte hängen ihrer inneren Natur nach eng zusammen und gestalten gemeinsam das Wesen des Arbeiterschutzes. Beide, jedes auf seine Weise und mit seinen Mitteln, erfüllen den gleichen sozialen und wirtschaftlichen Zweck.» Vgl. auch SCHÖNENBERGER, Verhältnis, S. 10a ff. Für eine umfassende Darstellung der Geschichte des Arbeitnehmerschutzrechts in der Schweiz siehe HUSMANN, Betriebsschutzvorschriften, S. 20 ff.

³⁶⁶ So die Botschaft EAV 1967, S. 345 f. (Hervorhebung hinzugefügt).

befasst. Der Gesetzgeber war lange Zeit nicht bestrebt, die drei Kernnormen in ein harmonisches Gesamtgefüge zu bringen.³⁶⁷

b. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass Art. 328 Abs. 2 OR zwar die jüngste Kernnorm ist. Die Schutzpflicht des Arbeitgebers war aber schon vor 1972 im Obligationenrecht enthalten (in Art. 339 aOR [1911]; Rz. 297 ff.), wenn auch in einer anderen Formulierung. Demnach wäre die Ansicht verfehlt, der Arbeitnehmerschutz sei in zeitlicher Hinsicht zuletzt im Zivilrecht umgesetzt worden; das Gegenteil ist der Fall, was ich mit den folgenden Ausführungen aufzeige.

1. Zivilrechtliche Kernnorm (Art. 328 Abs. 2 OR)

1. Zivilrechtlich hat der Arbeitnehmerschutz im Obligationenrecht, und dort in den Art. 328 ff. OR (im Arbeitsvertragsrecht), Niederschlag gefunden. Dort wird der allgemeine Schutz der Persönlichkeit vor Verletzungen durch Dritte, wie ihn das Zivilgesetzbuch in den Art. 28 ff. ZGB regelt,³⁶⁸ für die Zwecke des Arbeitsvertrags konkretisiert.³⁶⁹ Heute ist unbestritten, dass der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer nicht nur Lohn für die geleistete Arbeit

³⁶⁷ Vgl. die Botschaft zur Vorgängernorm des heutigen Art. 6 Abs. 1 ArG, Art. 3 aFG (1914). Darin äusserte sich der Bundesrat zum Dualismus des Arbeitnehmerschutzes im öffentlichen Recht folgendermassen: «Da die eidgenössische Kranken- und Unfallversicherung naturgemäss am Gegenstand [der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes] ebenfalls ein grosses Interesse hat, fragt es sich, wie eine Doppelspurigkeit der Gesetzgebung zu vermeiden sei. Wir nehmen an, dass einstweilen die Gesetzgebungsarbeit auf dem einen Gebiet ihren Weg, unbekümmert um das andere, fortzusetzen habe, und dass die Übereinstimmung in einem spätem Stadium herzustellen sei. Inzwischen verweisen wir auf Art. 45 des Entwurfs über die Versicherung» (Botschaft FG 1910, S. 589). Der Verweis auf «Art. 45 des Entwurfs über die Versicherung» gilt Art. 45 E-KUVG, der Vorgängerbestimmung des heutigen Art. 82 Abs. 1 UVG); vgl. auch SONNENBERG, Protection, S. 171: «[L]’harmonie entre ces normes n’ait préoccupé le législateur outre mesure.»

³⁶⁸ Vgl. dazu einlässlich HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Einleitungsartikel und Personenrecht, Rz. 841 ff.

³⁶⁹ Die Marginalie zu Art. 328 ff. OR lautet: «Persönlichkeit des Arbeitnehmers»; vgl. HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Einleitungsartikel und Personenrecht, Rz. 853; PORTMANN/STÖCKLI, Arbeitsrecht, Rz. 414; weiter CoRO CO I-AUBERT, N 2 zu Art. 328, nach den die Tragweite von Art. 328 OR die Tragweite von Art. 28 ZGB bei weitem («de loin») übersteigt.

schuldet, sondern ihn darüber hinaus eine Pflicht zur Fürsorge trifft.³⁷⁰ Das war nicht immer so;³⁷¹ während langer Zeit wurde eine generelle Fürsorgepflicht des Arbeitgebers verneint.³⁷² Im **Obligationenrecht von 1881** etwa war der «Dienstvertrag», wie der heutige Einzelarbeitsvertrag damals hiess, nur rudimentär geregelt; das Gesetz widmete ihm gerade mal 12 Artikel. Darin war eine einzige Pflicht des Arbeitgebers enthalten: jene zur Bezahlung des Lohns.³⁷³ Im Übrigen wurde die inhaltliche Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses – getreu dem Grundsatz der Vertragsfreiheit – ganz den Parteien überlassen.³⁷⁴ Insbesondere verpflichtete das Obligationenrecht von 1881 den Arbeitgeber noch nicht, in irgendeiner Weise für die Sicherheit seines Arbeitnehmers besorgt zu sein. Das hinderte jedoch das Bundesgericht nicht, aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) eine Schutzpflicht des Arbeitgebers herzuleiten: «Nun hat das Bundesgericht in ständiger Praxis daran festgehalten, daß den Arbeitgeber aus dem Dienstvertrag die Pflicht zur Anwendung der erforderlichen Sorgfalt erwachse, damit seine Angestellten bei Ausübung ihrer dienstlichen Verrichtungen gegen Gefahren für Leben und Gesundheit nach Möglichkeit geschützt seien, und dass die Nichterfüllung dieser Pflicht dem Geschädigten Anspruch auf Schadenersatz ... gebe. ... Allerdings spricht das O.-R. [sic] eine Verpflichtung der Art nicht ausdrücklich aus (wie dies z.B. beim deutsch. Bürgerl. Ges.-Buche,

³⁷⁰ Art. 328 OR stellt den wichtigsten Teil der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers dar (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 2 zu Art. 328 OR); zur Fürsorgepflicht als «für das Arbeitsrecht charakteristisches Prinzip» vgl. BYDLINSKI, System und Prinzipien, S. 564. Vgl. auch KRAMER, Arbeitsvertragliche Verbindlichkeiten, S. 9 f. und 44 ff.

³⁷¹ So unterscheidet sich das heutige Arbeitsvertragsrecht grundlegend von der römischen «locatio conductio operarum». Diese war ein von der Sachmiete abgespaltenes Institut, das hauptsächlich bei der Sklavenmiete zum Tragen kam, allerdings nur wenig entwickelt war. Im Vergleich zum heutigen Arbeitsvertrag, der zweifelsohne auch einen personenrechtlichen Gehalt aufweist, wurde die locatio conductio operarum als ausschliesslich schuldrechtliches Verhältnis verstanden. Vgl. dazu und zur locatio conductio operarum einlässlich VON GIERKE, Wurzeln, passim (insbesondere S. 37 ff., 53 ff. und 68); weiter HONSELL, Römisches Recht, S. 144; KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht, § 42 Rz. 19 ff.; PICHONNAZ, Fondements romains, Rz. 2258 ff.

³⁷² Vgl. auch SUVA, 75 Jahre, S. 40: Im Jahre 1881 hielten weder ein Fabrikbesitzer noch die Arbeiter selbst es für etwas Besonderes, wenn einem von ihnen von einer Kreissäge ein Finger abgetrennt wurde.

³⁷³ BÄHLER, Arbeitgeberhaftpflicht, S. 3 m.H.

³⁷⁴ BOTSCHAFT EAV 1967, S. 241 f.; zwingende Bestimmungen galten betreffend die Lohnzahlungspflicht bei Krankheit und Militärdienst sowie betreffend die Fürsorgepflicht für die in die Hausgemeinschaft aufgenommenen Dienstpflichtigen.

§ 618, der Fall ist); allein dieselbe folgt, wie auch in der Praxis des gemeinen Rechts anerkannt ist ..., nach den Regeln der guten Treue von selbst aus der Natur des gedachten Vertragsverhältnisses.»³⁷⁵

3. Mit dem Inkrafttreten des **Obligationenrechts von 1911** am 1. Januar 1912³⁷⁶ verbesserte sich die Stellung des Arbeitnehmers in mehrfacher Hinsicht massgeblich.³⁷⁷ Damit war auch ein Anwachsen der Anzahl der Gesetzesartikel von 12 (im OR 1881) auf 44 verbunden.³⁷⁸ Gestärkt wurde die Stellung des Arbeitnehmers insbesondere dadurch, dass ein Teil der arbeitsvertraglichen Normen zwingend ausgestaltet wurde.³⁷⁹

a. Zu den angesprochenen zwingenden Normen gehörte auch *Art. 339 aOR (1911)*,³⁸⁰ die Vorgängernorm des heutigen Art. 328 Abs. 2 OR. Die Norm stand neben der Marginalie «Schutzmassregeln und Arbeitsräume» und lautete folgendermassen:

«Der Dienstherr hat, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Dienstverhältnis und die Natur der Dienstleistung ihm billigerweise zugemutet werden darf, für genügende Schutzmassregeln gegen die Betriebsgefahren, für angemessene und gesunde Arbeitsräume und, wo Hausgemeinschaft besteht, für gesunde Schlafräume zu sorgen.»³⁸¹

³⁷⁵ BGE 26 II 56 E. 2; vgl. HUSMANN, Betriebsschutzvorschriften, S. 38 f.; STEIGER-SACKMANN, Psychische Gesundheitsrisiken, Rz. 163 m.H.

³⁷⁶ AS 27 317.

³⁷⁷ BÄHLER, Arbeitgeberhaftpflicht, S. 3 m.H.; BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, N 3 der Einleitung.

³⁷⁸ So auch die Feststellung des Bundesrates in Botschaft EAV 1967, S. 242.

³⁷⁹ Die heutigen Kataloge in Art. 361 und Art. 362 OR wurden jedoch erst im Rahmen der am 1. Januar 1972 in Kraft getretenen Totalrevision des Arbeitsvertragsrechts ins Gesetz aufgenommen. Unter der Geltung des Obligationenrechts von 1911 ergab sich der zwingende Charakter einer Norm – die Unterscheidung in relativ und absolut zwingende Normen war noch unbekannt – entweder aus der Norm selbst oder aus Rechtsprechung und Lehre (BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, N 1 zu Art. 361).

³⁸⁰ Einlässlich zu Art. 339 aOR (1911) BÄHLER, Arbeitgeberhaftpflicht, passim; weiter HUSMANN, Betriebsschutzvorschriften, S. 35 ff.

³⁸¹ BBl 1911 II 355, S. 457 f. (Art. 339). Siehe bereits den Entwurf von 1905 (BBl 1905 II 1), Art. 1385 (Arbeitsräume und Schutzvorrichtungen): «Der Arbeitgeber hat für angemessene, gesunde Arbeitsräume zu sorgen. Er hat für die Schutzvorrichtungen zu sorgen, die der jeweilige Stand der Technik unter Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Dienstleistung an die Hand gibt.» Vgl. weiter den Entwurf von 1909 (BBl 1909 III 757), Art. 1385 (Arbeitsräume und Schutzvorrichtungen): «Der Dienstherr hat für angemessene und gesunde Arbeitsräume und, wo Hausgemeinschaft

- 299 Mit dieser Vorschrift war die zivilrechtliche Pflicht, für die Arbeitssicherheit besorgt zu sein, ausdrücklich im Dienstvertragsrecht verankert. Es musste nun nicht mehr auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben zurückgegriffen werden (Rz. 295).³⁸²
- 300 **b.** Bereits unter Geltung von Art. 339 aOR (1911) wurde in der Literatur der Vorbehalt angebracht, dass dem zivilrechtlichen Arbeitnehmerschutz wegen der weitgehenden Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers *praktisch keine grosse Bedeutung* zukäme. Selbst Arbeitnehmer, die um ihre Rechte wüssten, sähen in den meisten Fällen davon ab, Ansprüche gegen ihre Arbeitgeber geltend zu machen; zu gross sei die Furcht, der Arbeitgeber könnte mit der Kündigung (oder anderen Repressalien) reagieren.³⁸³ Diese Überlegungen spielen heute noch mit, wenn ein Arbeitnehmer vor der Entscheidung steht, ob er gegen seinen Arbeitgeber Ansprüche geltend macht. Darauf komme ich bei der zivilrechtlichen Sanktionierung zurück (Rz. 577 ff.). An dieser Stelle genügt die Feststellung, dass ein fehlbarer Arbeitgeber meist nur dann konsequent nach zivilrechtlicher Massgabe ins Recht gefasst wird, wenn sich ein Unfall ereignet hat und es in der Folge um die zivilrechtliche Abwicklung des Schadens geht. Kaum je macht ein Arbeitnehmer einen Erfüllungsanspruch geltend, um den Arbeitgeber anzuhalten, die gebotenen Schutzmassnahmen zu treffen.
- 301 **4.** Art. 339 aOR (1911), der bis Ende 1971 in Kraft war, hielt den Arbeitgeber einzig dazu an, «genügende Schutzmassregeln» zu treffen. Von den Generalklauseln, wie sie den geltenden Art. 328 Abs. 2 OR prägen – Stand der Technik, Erfahrung, Zumutbarkeit, Billigkeit – war damals noch nicht die Rede. Diese fanden erst mit der Totalrevision des Titels über den Dienstvertrag von 1972³⁸⁴ – der seither nicht mehr Dienst-, sondern Arbeitsvertrag heisst, Eingang ins Gesetz. Mit der neuen Formulierung wurde die Rechtslage materiell jedoch nicht verändert. Es ging dem Gesetzgeber um eine Angleichung an die beiden im öffentlichen Recht verankerten Kernnormen.³⁸⁵

besteht, für gesunde Schlafräume zu sorgen. Er hat für die Schutzvorrichtungen zu sorgen, die mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Dienstleistung als genügend erscheinen.»

³⁸² Das Bundesgericht hatte sich kurz nach dem Inkrafttreten zur Tragweite der Schutzpflicht des Arbeitgebers nach Art. 339 aOR (1911) zu äussern. Siehe BGE 45 II 425 und 89 II 222.

³⁸³ SCHÖNENBERGER, Verhältnis, S. 11a.

³⁸⁴ In Kraft gesetzt wurde der totalrevidierte Titel per 1. Januar 1972 (AS 1971 1465). Zum Verlauf der Totalrevision siehe Botschaft EAV 1967, S. 252 ff.

³⁸⁵ Botschaft EAV 1967, S. 345 f.

Am Rande erwähnt sei, dass im Rahmen der Totalrevision nicht nur Art. 328 Abs. 2 OR in seiner geltenden Fassung erlassen wurde, sondern auch Art. 342 Abs. 2 OR (sogenannte Rezeptionsklausel). Auf sie gehe ich bei der zivilrechtlichen Sanktionierung ein (Rz. 646 ff.). An dieser Stelle genügt der Hinweis, dass mit ihrer Einführung die Frage, ob die öffentlich-rechtlichen Normen der Arbeitssicherheit Doppelnormcharakter zukomme, obsolet wurde.³⁸⁶

2. Öffentlich-rechtliche Kernnormen (Art. 82 Abs. 1 UVG und Art. 6 Abs. 1 ArG)

1. Der öffentlich-rechtliche Arbeitnehmerschutz wird seit jeher doppelspurig geführt; die Rede ist gemeinhin von einem gesetzlichen «Dualismus»³⁸⁷. Damit ist der Umstand gemeint, dass die Arbeitssicherheit (im Sinne der Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten) im Unfallversicherungsgesetz, der allgemeine Gesundheitsschutz hingegen im Arbeitsgesetz geregelt wird.³⁸⁸ Diese Zweiteilung erscheint «largement artificiel»³⁸⁹ und führt in der Praxis zu zahlreichen Problemen, etwa zu zwei verschiedenen Vollzugssystemen sowie zur aufsichtsrechtlichen Zuständigkeit zweier verschiedener Behörden: Die Aufsicht über die Arbeitssicherheit im engen Sinne (geregelt im Unfallversicherungsgesetz) liegt beim Bundesamt für Gesundheit (BAG), das wiederum dem Eidgenössischen Departement des Innern (EDI) angegliedert ist. Die Aufsicht über den allgemeinen Gesundheitsschutz (geregelt im Arbeitsgesetz) hingegen liegt beim SECO, das dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement (EVD) angegliedert ist.

³⁸⁶ VISCHER/MÜLLER, Arbeitsvertrag, § 3 Rz. 3 f.

³⁸⁷ So etwa die Botschaft UVG 2006, S. 5410 (Ziff. 1.1.6); vgl. auch SONNENBERG, Protection, S. 171 ff.

³⁸⁸ Die zivilrechtliche Kernnorm hingegen erfasst sowohl die Unfallverhütung als auch den Gesundheitsschutz (BGE 132 III 257 E. 5.2; vgl. auch SONNENBERG, Protection, S. 182).

³⁸⁹ SONNENBERG, Protection, S. 171.

304 In der ersten Hälfte der 1990er-Jahre wurden deshalb eine parlamentarische Initiative³⁹⁰ und gestützt darauf eine Kommissionsmotion³⁹¹ eingereicht, die auf eine Koordination der beiden sachlich stark ineinander verflochtenen Bereiche³⁹² abzielten.³⁹³ Die eingesetzte Studienkommission vermochte indes keine grundlegende Neuordnung vorschlagen, womit die intendierte Vereinheitlichung scheiterte.³⁹⁴ Momentan bestehen keine Anzeichen für neuerliche Bestrebungen, die auf eine Vereinheitlichung abzielten.

³⁹⁰ Parlamentarische Initiative Nr. 93.424 «Gesundheitsschutz bei der Arbeit. Bundesgesetz», eingereicht von Nationalrat Werner Carobbio am 17. März 1993. Die Initiative wollte «die ganze Materie strenger ... regeln», insbesondere die «Vorschriften über den Gesundheitsschutz ... sowie die Sicherheit bei der Arbeit, die bisher entweder im Unfallversicherungsgesetz ... oder im Arbeitsgesetz ... enthalten sind, ... in einem einzigen Gesetz über den Gesundheitsschutz und die Sicherheit am Arbeitsplatz» zusammenfassen.

³⁹¹ Motion Nr. 94.3312 «Sicherheit am Arbeitsplatz», eingereicht von der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats am 19. Mai 1994, in beiden Räten angenommen. Mit dieser Kommissionsmotion wurde der Bundesrat beauftragt «die Bestimmungen über die Gesundheitsförderung, den Gesundheitsschutz und die Sicherheit am Arbeitsplatz zu koordinieren und zusammenzufassen» sowie «bestehende Lücken zu schliessen».

³⁹² Vgl. auch SECO, Bericht, S. 2 und 5: Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz bilden sachlich eine Einheit. Zur mangelnden Koordination der Kernnormen vgl. Botschaft zu Art. 3 aFG (zit. in Fn. 367). Aufschlussreich ist auch das folgende Votum aus der Beratung des Unfallversicherungsgesetzes: «Wer einen Fabrikationsbetrieb zu führen hat und dabei erst noch Produkte herstellt, deren Benützung ebenfalls irgendwie in den Bereich der Unfallverhütung hineinreicht, ist sehr enttäuscht über die ausserordentlich grosse Zahl an Stellen, welche für einzelne Teilgebiete zuständig sind, augenscheinlich unabhängig voneinander operieren und in ihren verbindlichen Vorschriften und Weisungen des Bewilligungs-, Abnahme- und Ueberprüfungsverfahrens sich meistens überschneiden und oft in krassen Widerspruch zueinander geraten. Das geht manchmal sogar so weit, dass wir solche Vorschriften zurückweisen müssen mit der Bitte, die verschiedenen Stellen sollten sich gefälligst zuerst einmal selbst einigen, was eigentlich gelten solle» (BBl 1979 I 249 NR 274 [Votum Ammann]).

³⁹³ Am 19. Mai 1994 reichte die Kommission des Nationalrats für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK-NR) die Motion «Sicherheit am Arbeitsplatz» (Geschäfts-Nr. 94.3312) ein. Mit dieser forderte sie den Bundesrat auf, «die Bestimmungen über die Gesundheitsförderung, den Gesundheitsschutz und die Sicherheit am Arbeitsplatz zu koordinieren und zusammenzufassen» sowie «bestehende Lücken zu schliessen».

³⁹⁴ Die Studienkommission prüfte verschiedene Modelle, ohne sich jedoch auf ein bestimmtes Modell festlegen zu können. Vgl. eingehend SECO, Bericht, passim.

2. In der Folge zeige ich auf, weshalb in der Arbeitssicherheit heute nicht nur eine, sondern gleich zwei öffentlich-rechtliche Kernnormen Bestand haben.³⁹⁵ Der Dualismus ist auf die **Übertragung der Gesetzgebungskompetenzen** von den Kantonen zum Bund zurückzuführen, die sich nicht auf einmal, sondern in mehreren Schritten vollzog. Die *Bundesverfassung von 1848* übertrug dem Bund noch keine Gesetzgebungskompetenzen auf dem Gebiet des Arbeitnehmerschutzes.³⁹⁶ Folglich lag es in der Kompetenz der Kantone, in diesem Bereich Vorschriften zu erlassen.³⁹⁷

Tatsächlich hatte sich in verschiedenen *Kantonen* bereits seit Beginn des 19. Jahrhunderts eine Gesetzgebung entwickelt, die sich den Anliegen des Arbeitnehmerschutzes annahm. Die «eigentliche Vorarbeit»³⁹⁸ für den Arbeitnehmerschutz, wie er später auf Stufe Bund verankert wurde, leisteten somit die Kantone. Die kantonalen Gesetze waren zunächst auf den Schutz von Frauen und Jugendlichen ausgerichtet; erwachsene Männer kamen erst später in den Genuss des öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutzes.³⁹⁹ Eine Vorreiterrolle nahm dabei der Kanton Glarus ein:⁴⁰⁰ 1864 erliess er das «erste umfassende Fabrikgesetz für Erwachsene»⁴⁰¹. Es enthielt unter anderem folgende Vorschrift: «Jeder Fabrikbesitzer ist verpflichtet, bei der Einrichtung und dem Betriebe seiner Fabrik die erforderlichen Vorkehren im

³⁹⁵ Nicht berücksichtigt werden allfällige Regelungen in öffentlich-rechtlichen Personalgesetzen, die in einem Zusammenhang zur Arbeitssicherheit stehen. Indessen dürften solche Vorschriften nicht sehr zahlreich sein (vgl. STEIGER-SACKMANN, Psychische Gesundheitsrisiken, Rz. 162). Verweisen will ich aber etwa auf das Bundespersonalgesetz: Es verpflichtet den Arbeitgeber, «zum Schutz der Persönlichkeit und der Gesundheit sowie zur Arbeitssicherheit ihres Personals» geeignete Massnahmen zu treffen und «Massnahmen und Leistungen zu Gunsten eines ... gesundheitsbewussten und sicherheitsfördernden Verhaltens bei der Arbeit» zu treffen (Art. 32 lit. d BPG).

³⁹⁶ Vgl. HOBİ, Entwicklung, S. 2, mit der Feststellung, dass die Bundesverfassung von 1848 «keinen Unterschied zwischen Arbeitern und andern Bürgern» machte.

³⁹⁷ Vgl. den damaligen Art. 3 aBV (1848): «Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist, und üben als solche alle Rechte aus, welche nicht der Bundesgewalt übertragen sind.»

³⁹⁸ HOBİ, Entwicklung, S. 2.

³⁹⁹ Botschaft ArG 1960, S. 911 f.

⁴⁰⁰ Vgl. einlässlich HOBİ, Entwicklung, passim (insbesondere S. 2: «[A]llen andern Kantonen voran ging der industriereiche Kanton Glarus»). Vgl. zu den Glarner Arbeitsschutzgesetzen auch JANSER, Im Takt der Maschinen, S. 35 ff.

⁴⁰¹ DEGEN, Entwicklung, S. 21. Dem glarnerischen Fabrikgesetz von 1864 war das Fabrikgesetz von 1848 vorausgegangen, durch das zwei Verordnungen zum Gesetz erhoben wurden. Vgl. zum Werdegang des Fabrikgesetzes 1848 einlässlich HOBİ, Entwicklung, S. 16 ff.

Interesse der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeiter zu treffen, insbesondere bei mechanischen Werken alle nach dem jeweiligen *Stande der Technik* möglichen Schutzmittel anzubringen und für die Aufrechterhaltung der Ordnung, der Reinlichkeit und der guten Sitten in den Fabriklokalen zu sorgen.»⁴⁰² Abgelöst wurde das Gesetz von 1864 durch das Fabrikgesetz von 1872. Die zitierte Vorschrift betreffend die Schutzpflicht des Arbeitgebers wurde unverändert übernommen.⁴⁰³ Diese Formulierung beeinflusste sodann auch das erste eidgenössische Fabrikgesetz (vgl. Rz. 308). Der «Stand der Technik», auf den nicht nur der geltende Art. 6 Abs. 1 ArG, sondern sämtliche der drei Kernnormen verweisen, ist demnach unmittelbar auf die glarnerische Fabrikgesetzgebung zurückzuführen.

- 307 **3.** Die Totalrevision der **Bundesverfassung von 1874** stellt den «Wendepunkt in der Entwicklung des schweizerischen Arbeitsschutzes»⁴⁰⁴ dar. Dem Bund wurde im Zuge dieser Revision die Kompetenz übertragen, «einheitliche Bestimmungen über die Verwendung von Kindern in den Fabriken, über die Dauer der Arbeit erwachsener Personen und über den Schutz der Arbeiter gegen einen die Gesundheit und Sicherheit der Arbeiter gefährdenden Gewerbebetrieb zu erlassen» (Art. 34 Abs. 1 aBV[1874])⁴⁰⁵. Damit wurde dem Bund in einem grossen Teil des Arbeitnehmerschutzes eine Gesetzgebungskompetenz eingeräumt. Kurz darauf nahm er verschiedene Gesetzgebungsarbeiten im Bereich des allgemeinen Gesundheitsschutzes, wie er heute im Arbeitsgesetz geregelt ist, an die Hand.⁴⁰⁶
- 308 **a.** Das erste eidgenössische Gesetz, das sich den Anliegen des Arbeitnehmerschutzes annahm, war das *Bundesgesetz vom 23. März 1877 betreffend die Arbeit in den Fabriken*.⁴⁰⁷ Das Gesetz wurde in nur drei Jahren erarbeitet und

⁴⁰² § 8 des Gesetzes des Kantons Glarus vom 10. August 1864 über die Fabrikpolizei (zitiert nach HOBI, Entwicklung, S. 55; Hervorhebung hinzugefügt).

⁴⁰³ § 9 des Gesetzes des Kantons Glarus von 29. September 1872 (zitiert bei HOBI, Entwicklung, S. 84 f. und JANSER, Im Takt der Maschinen, S. 154).

⁴⁰⁴ Vgl. auch Botschaft ArG 1960, S. 911.

⁴⁰⁵ Zit. nach Botschaft ArG 1960, S. 911. Diese Gesetzgebungskompetenz des Bundes war indessen nicht umfassend. Den Kantonen verblieb ein «ansehnliches Wirkungsfeld» (Botschaft ArG 1960, S. 911), etwa beim Schutz von Frauen und Lehrlingen.

⁴⁰⁶ Zu dieser Entwicklung einlässlich die Botschaft ArG 1960, S. 911.

⁴⁰⁷ AS 1877 III 241. Dieses Gesetz bezeichne ich hier als «Fabrikgesetz von 1877» oder in der Abkürzung als «aFG (1877)». Vgl. dazu den NZZ-Beitrag «Übergriffe am Markt und Blut der Bürger», in: NZZ vom 11. August 2014, S. 8. Vgl. auch JANSER, Im Takt der Maschinen, S. 41 ff.

verabschiedet.⁴⁰⁸ Als Vorbild für dieses erste eidgenössische Fabrikgesetz diente das schon erwähnte glarnerische Fabrikgesetz von 1864.⁴⁰⁹ So fand insbesondere § 9 des glarnerischen Fabrikgesetzes von 1872 Eingang in Art. 2 Abs. 4 aFG (1877).⁴¹⁰ Das Gesetzgebungsvorhaben war kein Selbstläufer: Gegen die Vorlage wurde das Referendum ergriffen,⁴¹¹ doch setzte sich das Gesetz in der Volksabstimmung (knapp) durch.⁴¹² Das Fabrikgesetz von 1877 trat am 1. Januar 1878 in Kraft und hatte sodann fast 30 Jahre lang unverändert Bestand. In Art. 2 Abs. 4 aFG (1877) – der Vorgängernorm der Kernnorm in Art. 6 Abs. 1 ArG – wurde die Schutzpflicht des Arbeitgebers erstmals auf eidgenössischer Ebene festgehalten. Sie beschränkte sich auf die Fabriken und war folgendermassen formuliert: «Zum Schutze der Gesundheit und zur Sicherheit gegen Verletzungen sollen überhaupt alle erfahrungsgemäß und durch den jeweiligen Stand der Technik, sowie durch die gegebenen Verhältnisse ermöglichten Schutzmittel angewendet werden.»⁴¹³

Der heute geltende Dualismus (Rz. 234 ff.) findet hier seinen Ursprung. In Art. 5 aFG (1877) wurde betreffend die «Haftpflicht aus Fabrikbetrieb»³⁰⁹ bestimmt, dass ein noch zu erlassendes «Bundesgesetz [sic] das Erforderliche verfügen» werde (Abs. 1). Für die Überbrückungsphase bis zum Inkrafttreten des entsprechenden Bundesgesetzes (Rz. 314) wurden in Art. 5 Abs. 2 aFG (1877) einige Grundsätze zur Haftung aufgestellt, so etwa, dass der «Fabrikant haftet ..., wenn, auch ohne ein ... spezielles Verschulden, durch den Betrieb der Fabrik Körperverletzung oder Tod eines Arbeiters oder Angestellten herbeigeführt wird, sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch

⁴⁰⁸ Der Bundesgesetzgeber machte von seiner Legiferierungskompetenz mithin rasch Gebrauch, was vor allem mit der «beschleunigten Industrialisierung» sowie mit dem Fehlen von kantonalen Schutzbestimmungen für Erwachsene zu tun hatte (JANSER, Im Takt der Maschinen, S. 41 ff.).

⁴⁰⁹ TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht, S. 5. Auch dem «nahezu identische[n] basel-städtische[n] Fabrikgesetz von 1869» kam eine Vorbildfunktion zu. Vgl. auch DEGEN, Entwicklung, S. 22, und HOBI, Entwicklung, S. 117 ff.

⁴¹⁰ Vgl. HOBI, Entwicklung, S. 119 f. Für den Wortlaut von Art. 2 Abs. 4 aFG (1877) siehe Rz. 308.

⁴¹¹ Namentlich Unternehmer aus der Textilbranche wehrten sich gegen die Beschränkung ihrer unternehmerischen Freiheit durch das eidgenössische Fabrikgesetz von 1877. Stein des Anstosses war insbesondere, dass der Arbeitstag auf elf Stunden beschränkt wurde (DEGEN, Entwicklung, S. 22).

⁴¹² Die Volksabstimmung fand am 21. Oktober 1877 statt und endete mit einem Resultat von 181'204 Ja- zu 170'857 Nein-Stimmen (Botschaft ArG 1960, S. 911).

⁴¹³ AS 1877 III 241; hier zitiert nach dem von der Bundesversammlung am 23. März 1877 beschlossenen Text (BBl 1877 II 483, S. 484).

höhere Gewalt oder eigenes Verschulden des Verletzten oder Getöteten erfolgt ist. Fällt dem Verletzten oder Getöteten eine Mitschuld zur Last, so wird dadurch die Ersatzpflicht des Fabrikanten angemessen reduziert»⁴¹⁴.

- 310 **b.** Das Fabrikgesetz von 1877 wurde im Rahmen einer Totalrevision abgelöst durch das *Bundesgesetz vom 18. Juni 1914 betreffend die Arbeit in den Fabriken*.⁴¹⁵ Die Schutzpflicht des Arbeitgebers wurde in Art. 5 Abs. 1 aFG (1914) enthalten und lautete folgendermassen: «Der Fabrikhaber hat zur Verhütung von Krankheiten und Unfällen alle Schutzmittel einzuführen, die nach der Erfahrung notwendig und nach dem Stande der Technik und den gegebenen Verhältnissen anwendbar sind.»⁴¹⁶
- 311 **c.** Im Jahr 1947 wurden die *Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung revidiert*. Der in diesem Zuge neu eingeführte Art. 34^{ter} Abs. 1 lit. a aBV (1874) verlieh dem Bund eine umfassende Kompetenz im Bereich des Arbeitsschutzes, die nicht länger auf Fabriken beschränkt war. Gestützt darauf wurden die Gesetzgebungsarbeiten zum Arbeitsgesetz an die Hand genommen.⁴¹⁷
- 312 **d.** Gestützt auf die ihm neu eingeräumte Kompetenz nach Art. 34^{ter} Abs. 1 lit. a aBV (1874) erliess der Bund insbesondere das *Arbeitsgesetz von 1964*, das am 1. Februar 1966 in Kraft trat.⁴¹⁸ Der Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes war umfassender als jener des Fabrikgesetzes von 1914, das mit Inkrafttreten des Arbeitsgesetzes aufgehoben wurde.⁴¹⁹ Die Arbeitsschutzgesetzgebung galt fortan für «sämtliche Arbeitnehmer der Industrie, des Han-

⁴¹⁴ Zur Auswirkung eines Mitverschuldens des Arbeitgebers auf die Haftung des Arbeitgebers de lege lata siehe Rz. 586 ff.

⁴¹⁵ Dieses Gesetz bezeichne ich hier als «Fabrikgesetz von 1914» oder abgekürzt als «aFG (1914)». Dieses zweite eidgenössische Fabrikgesetz trat indessen erst nach dem Ende des Ersten Weltkriegs in Kraft, nämlich am 1. Januar 1920. Verbesserungen brachte es «vor allem beim Kündigungsschutz sowie bei der Gesundheitsvorsorge und der Unfallverhütung» (DEGEN, Entwicklung, S. 28).

⁴¹⁶ Hier zitiert nach dem von der Bundesversammlung am 18. Juni 1914 beschlossenen Text (BBl 1914 III 567, S. 568).

⁴¹⁷ Botschaft ArG 1960, S. 913: «Seit der Revision der Wirtschaftsartikel ... ist dem Bund die Möglichkeit gegeben, den Arbeitsschutz im denkbar weitesten Umfang zu ordnen, indem ihm in Absatz 1, Buchstabe a des neuen Artikels 34^{ter} [der Bundesverfassung] die Kompetenz zur Gesetzgebung über den Schutz der Arbeitnehmer schlechthin übertragen wurde. Die Umschreibung des Geltungsbereichs der Arbeitsschutzgesetzgebung des Bundes ist somit an keinerlei verfassungsmässige Schranken mehr gebunden.»

⁴¹⁸ Bundesratsbeschluss vom 14. Jan. 1966.

⁴¹⁹ Art. 72 Abs. 1 lit. b ArG.

dels und des Gewerbes»⁴²⁰. Das Arbeitsgesetz enthielt einen Art. 6 Abs. 1, wonach der Arbeitgeber verpflichtet war, «zum Schutz von Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer sowie zum Schutz der Umgebung des Betriebes vor schädlichen Auswirkungen die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar sowie den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind». Der Wortlaut dieser Kernnorm der Arbeitssicherheit ist seither unverändert geblieben.

4. Damit ist nachgezeichnet, wie die Kernnorm in Art. 6 Abs. 1 ArG entstanden ist. Um dasselbe für Art. 82 Abs. 1 UVG und die Regelung der **Arbeitssicherheit** zu tun, ist etwas auszuholen. 313

a. Der sozialen Unfallversicherung ging die private Haftpflicht des Arbeitgebers (Fabrikbetreibers) voraus. Wie beschrieben (Rz. 309), regelte das Fabrikgesetz von 1877 diese Frage nur provisorisch und verwies für die «endgültige» Lösung auf ein noch zu erlassendes Bundesgesetz. Das entsprechende *Bundesgesetz über die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb*⁴²¹ wurde 1881 erlassen. Eine soziale Unfallversicherung kannte dieses Gesetz freilich noch nicht, auch wenn in den Beratungen darauf aufmerksam gemacht wurde, dass betreffend die Haftung die «für die Arbeiter ... weitaus günstigste» Lösung nicht in einer privaten Haftpflicht des Arbeitgebers, sondern in einer «allgemeinen Zwangsversicherung» bestünde.⁴²² Es wurde eine private Haftpflicht des Arbeitgebers (Fabrikbetreibers) für Arbeitsunfälle vorgesehen, die als Kausalhaftung ausgestaltet war.⁴²³ Ein verunfallter Arbeitnehmer hatte den Ersatz seines Schadens demnach bei seinem Arbeitgeber einzufordern, wobei dieser höchstens bis CHF 6'000.– haftete.⁴²⁴ 314

⁴²⁰ Botschaft ArG 1960, S. 914. Die Ausdehnung des Geltungsbereichs war eines von zwei Hauptanliegen, die mit der Schaffung des Arbeitsgesetzes bezweckt wurden. Das zweite Anliegen war die materielle Anpassung, um den Arbeitsschutz «in Industrie, Handel und Gewerbe ... zu einem übersichtlichen, geschlossenen Ganzen zusammenzufassen» (Botschaft ArG 1960, S. 915).

⁴²¹ Dieses Gesetz bezeichne ich hier als «Haftpflichtgesetz von 1881».

⁴²² So die Ansicht jedenfalls einer Kommissionsminderheit (BBl 1881 483, S. 491).

⁴²³ Art. 1 und 2 des Haftpflichtgesetzes von 1881. Siehe für den von der Bundesversammlung am 26. April 1887 beschlossenen Text BBl 1887 III 1, S. 1 f. Vgl. auch TSCHUDI, Entstehung und Entwicklung, S. 10.

⁴²⁴ In der Praxis vermochte diese Lösung jedoch nicht zu befriedigen. Dies aus zwei Gründen: (i) Erstens sahen viele Arbeiter wegen der Furcht vor einer Kündigung von der Geltendmachung ihres Anspruchs ab. (ii) Zweitens erwies sich die betragsmässige Obergrenze für den Ersatz jedenfalls «bei einem schweren Unfall eines Familienvaters [als] ungenügend» (TSCHUDI, Entstehung und Entwicklung, S. 10).

- 315 **b.** Dieses System der «oft unsicheren und prozessträchtigen Haftpflichtansprüche»⁴²⁵ wurde durch das *Kranken- und Unfallversicherungsgesetz von 1911*⁴²⁶, mit dem die soziale Unfallversicherung eingeführt wurde, abgelöst.⁴²⁷ Das Gesetz trat nach Annahme durch das Volk⁴²⁸ am 1. Januar 1918 in Kraft. Mit dem Gesetz wurde in der Unfallversicherung ein Versicherungsobligatorium eingeführt.⁴²⁹ Das bedeutete für den versicherten Arbeitnehmer eine wesentliche Verbesserung, weil er bei einem Unfall von der Unfallversicherung Leistungen ausgerichtet erhielt⁴³⁰ und nicht länger den haftpflichtigen Arbeitgeber ins Recht fassen musste.⁴³¹ Hervorzuheben ist jedoch, dass sich das Obligatorium nicht auf sämtliche Arbeitnehmer erstreckte, sondern auf bestimmte Gruppen beschränkt war. Obligatorisch versichert waren beispielsweise Arbeitnehmer, die in Fabriken⁴³² oder bei Bauunternehmen⁴³³ beschäftigt waren. Das generelle Versicherungsobligatorium, wie es heute für sämtliche Arbeitnehmer besteht, wurde erst mit dem Erlass des Unfallversicherungsgesetzes im Jahre 1984 eingeführt.⁴³⁴
- 316 Im Kranken- und Unfallversicherungsgesetz von 1911 war auch die Vorgängernorm des heutigen Art. 82 Abs. 1 UVG enthalten: *Art. 65 Abs. 1 aKUVG (1911)*. Er lautete folgendermassen:

⁴²⁵ Vgl. den im Jahr 2002 erschienenen Bericht der Arbeitsgruppe «Zukunft der SUVA» an das EDI, S. 5. Der Bericht ist abrufbar unter <www.suva.ch/bericht-zukunft.pdf> (besucht am 23. Mai 2016).

⁴²⁶ Dieses Gesetz bezeichne ich hier – angelehnt an die ehemals gängige Abkürzung – als «aKUVG (1911)».

⁴²⁷ Den Gesetzgebungsauftrag hatte der Bund bereits über 20 Jahre früher erhalten. Art. 34^{bis} aBV (1874), der im Jahr 1890 in die Bundesverfassung aufgenommen wurde, lautete: «¹ Der Bund wird auf dem Weg der Gesetzgebung die Kranken- und Unfallversicherung einrichten unter Berücksichtigung der bestehenden Krankenkassen. ² Er kann den Beitritt allgemein oder für einzelne Bevölkerungsklassen obligatorisch erklären.»

⁴²⁸ An der Volksabstimmung vom 4. Februar 1912 stimmten 287'565 Personen für und 241'416 gegen das Gesetz (Botschaft UVG 1976, S. 143).

⁴²⁹ Art. 60 aKUVG (1911).

⁴³⁰ Vgl. zu den Leistungen Art. 72 ff. aKUVG (1911).

⁴³¹ Ganz nach dem bekannten Satz: «Haftpflicht bedeutet den Streit, Versicherung den Frieden.»

⁴³² Art. 60 Abs. 1 Ziff. 2 aKUVG (1911).

⁴³³ Art. 60 Abs. 1 Ziff. 3 lit. a KUVG (1911).

⁴³⁴ Siehe für die per 1. Januar 1984 in Kraft getretene Fassung von Art. 1 UVG AS 1982 1676.

«In jedem der in Art. 60 [aKUVG(1911)⁴³⁵] bezeichneten Betriebe hat der Betriebsinhaber oder sein Stellvertreter zur Verhütung von Krankheiten und Unfällen alle Schutzmittel einzuführen, die nach der Erfahrung notwendig und nach dem Stande der Technik und den gegebenen Verhältnissen anwendbar sind.»⁴³⁶ 317

Mit dem Inkrafttreten des Kranken- und Unfallversicherungsgesetzes war der öffentlich-rechtliche Arbeitnehmerschutz nun dualistisch aufgegleist: Die Pflicht des Arbeitgebers, für Schutzmassnahmen zu sorgen, war nicht länger nur im Fabrikgesetz, sondern jetzt auch im aKUVG (1911) enthalten. 318

c. Im Jahr 1966 trat das Arbeitsgesetz in Kraft (Rz. 312). In diesem Zuge wurde der Wortlaut von Art. 65 Abs. 1 aKUVG (1911) an jenen von Art. 6 Abs. 1 ArG angepasst. Fortan hatte der «Betriebsinhaber oder sein Stellvertreter zur Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar sowie den Verhältnissen des Betriebes angemessen»⁴³⁷ waren. 319

d. Am 1. Januar 1984 trat das *Bundesgesetz über die Unfallversicherung* (UVG) in Kraft,⁴³⁸ das aKUVG (1911) wurde aufgehoben. Der Wechsel vom aKUVG (1911) zum UVG brachte verschiedene grundlegende Veränderungen:⁴³⁹ So wurden neu sämtliche Arbeitnehmer dem Versicherungsobligatorium unterstellt, nachdem die Einschränkung auf bestimmte Kategorien «immer fragwürdiger geworden»⁴⁴⁰ war. Eine wesentliche Neuerung im Bereich der Arbeitssicherheit war die Schaffung der Eidgenössischen Koordinationskommission für Arbeitssicherheit (EKAS). Von ihr versprach sich 320

⁴³⁵ In Art. 60 aKUVG (1911) wurden die dem Versicherungsobligatorium unterliegenden Arbeitnehmer bezeichnet.

⁴³⁶ Hier zitiert nach dem von der Bundesversammlung am 13. Juni 1911 beschlossenen Text (BBl 1911 III 523, S. 547). Vgl. bereits Art. 45 E-KUVG (BBl 1906 VI 229, S. 420 f.): «In allen in Art. 38 bezeichneten Betrieben hat der Arbeitgeber, zum Schutz der Gesundheit und zur Sicherheit gegen Verletzungen, alle erfahrungsgemäss und durch den jeweiligen Stand der Technik, sowie durch die gegebenen Verhältnisse ermöglichten Schutzmittel anzuwenden. Der Vorstand der schweizerischen Unfallversicherungsanstalt ist befugt, entsprechende Vorschriften und Verbote zu erlassen; der Entscheid des Bundesrates, im Beschwerdefall, bleibt vorbehalten.»

⁴³⁷ AS 1966 57; hier zitiert nach der Botschaft ArG 1960, S. 1051 (Art. 61).

⁴³⁸ AS 1982 1724.

⁴³⁹ Vgl. Botschaft UVG 1976, S. 160 ff.

⁴⁴⁰ Botschaft UVG 1976, S. 161.

der Bundesrat «eine wirksamere Ausgestaltung der Unfallverhütung»⁴⁴¹. Die Kernnorm in Art. 82 Abs. 1 UVG blieb seither unverändert.

C. Die gesetzlichen Messlatten: Erfahrung, Stand der Technik, Angemessenheit

- 321 **1.** Nach dem Überblick über die Entstehungsgeschichte der drei Kernnormen wende ich mich der Gegenwart zu. Einzugehen ist auf die Begrifflichkeit, wie sie die drei Kernnormen prägt. Alle nehmen Bezug auf die Erfahrung, auf den Stand der Technik und die Angemessenheit. Diese drei Begriffe bezeichne ich in der Folge als **Messlatten**, da sich konkretisierende Normen an ihnen messen lassen müssen.⁴⁴²
- 322 **2.** In den Kernnormen ist die Schutzpflicht des Arbeitgebers festgehalten. Er hat zugunsten seines Arbeitnehmers **Schutzmassnahmen** zu treffen.⁴⁴³ Die Massnahmen können nach verschiedenen Kriterien gruppiert werden – etwa nach dem «STOP-Prinzip», das von der SUVA propagiert wird und einen Versuch darstellt, die Schutzmassnahmen in eine Prioritätenreihenfolge zu bringen.⁴⁴⁴ Eine andere Gruppierung, auf die ich hier näher eingehe, ist jene

⁴⁴¹ Botschaft UVG 1976, S. 163. Zur EKAS vgl. auch S. 181 f.

⁴⁴² Vgl. dazu einlässlich Rz. 423 ff.

⁴⁴³ Die Kernnormen sprechen schlicht von «Massnahmen». Ich verwende hier den Begriff der Schutzmassnahmen, um zu betonen, dass die Kernnormen als Konkretisierungen des allgemeinen Schutzes der Persönlichkeit vor Verletzungen durch Dritte im Sinne von Art. 28 ff. ZGB zu verstehen sind (vgl. bereits Rz. 295).

⁴⁴⁴ Dies gilt insbesondere für die Arbeit mit potenziell gefährlichen Stoffen (etwa Asbest, Nanomaterialien, Sondermüll etc.). Nach dem STOP-Prinzip sind zunächst gefährliche Stoffe durch weniger gefährliche zu substituieren («S»). Sodann sind technische («T»), dann organisatorische («O») und schliesslich persönliche («P») Massnahmen zu treffen. Zum STOP-Prinzip siehe SUVA, Alles, was Sie über PSA wissen müssen – Eine Dokumentation für Betriebe zum Thema Persönliche Schutzausrüstung (PSA), Überarbeitete Ausgabe Februar 2015, Bestellnummer 44091, S. 7 (Ziff. 3.3); weiter METTLER/AEBY, Sondermülldeponie, S. 108 f. Die dem STOP-Prinzip zugrundeliegende Idee kommt schon in der Verfügung des EDI vom 26. Dezember 1960 über die technischen Massnahmen zur Verhütung von Berufskrankheiten, die durch chemische Stoffe verursacht werden (SR 832.321.11), zum Ausdruck (Art. 2–4 dieser Verfügung). Bisweilen ist statt von «STOP» auch nur von «TOP» die Rede (vgl. etwa den Leitfaden Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz für Vorgesetzte und Koordinationspersonen/Zuständige für Arbeitssicherheit des Personalamts des Kantons Bern, Version 2008, S. 7. Der Leitfaden ist elektronisch auffindbar unter <www.fin.be.ch> und dort unter Personal/Betriebliches Gesundheitsmanagement/Arbeitssicherheit [besucht am 23. Mai 2016]). Das STOP-

zwischen technischen und organisatorischen Massnahmen, wie sie von Rechtsprechung⁴⁴⁵ und Lehre⁴⁴⁶ regelmässig vorgenommen wird.⁴⁴⁷

a. Das Gesetz verlangt vom Arbeitgeber schwergewichtig *technische Massnahmen*, etwa das Anbringen von Schutzvorrichtungen an Maschinen oder das Aufstellen eines Fassadengerüsts auf einer Baustelle.⁴⁴⁸ Davon zeugen insbesondere die Verordnung über die Unfallverhütung und die Bauarbeitenverordnung, aber auch die bisweilen äusserst umfangreichen nachgelagerten Normen (etwa technische Merkblätter der SUVA). Diese technischen Normen werden rechtlich – wohl gerade wegen ihrer Technizität – relativ stiefmütterlich behandelt.⁴⁴⁹ Obgleich gewisse Berührungspunkte durchaus verständlich sind, sollte nicht in Vergessenheit geraten, dass technische Normen grundlegende Wertungen über die Zulässigkeit von Risiken für die Gesundheit auch des Arbeitnehmers enthalten. Sie anerbieten sich, um den unbestimmten Rechtsbegriff des Stands der Technik im Einzelfall mit Gehalt zu füllen. Damit sind sie von zentraler Bedeutung für die Frage, wo die Schutzpflicht des Arbeitgebers ihre Grenzen findet. 323

Prinzip ist auch in Deutschland bekannt, wo im Arbeitsschutzgesetz eine allgemeine Rangfolge von Schutzmassnahmen festgelegt wird (siehe im Einzelnen § 4 ArbSchG/DE sowie die Kommentierung von PIEPER, Arbeitsschutzgesetz, N 4 ff. zu § 4 ArbSchG/DE).

⁴⁴⁵ Unter Geltung von Art. 339 aOR (1911) – der Vorgängernorm des heutigen Art. 328 Abs. 2 OR – sprach das Bundesgericht von «double devoir», wonach der Arbeitgeber einerseits verpflichtet sei, «[de] munir les installations et les machines dangereuses de dispositifs de sécurité adéquats selon l'état de la technique», andererseits aber auch, «[d']instruire les employés des risques auxquelles ils sont exposés et de leur prescrire le comportement à adopter pour les éviter» (BGE 100 II 352 E. 2a.).

⁴⁴⁶ Anstelle vieler STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 4 zu Art. 328 OR.

⁴⁴⁷ Auch die hier besonders interessierende Bauarbeitenverordnung enthält überwiegend technische (Bau-)Normen. Sie hat indessen insofern hybriden Charakter, als sie sich nicht auf das Festlegen sogenannter «technischer» Massnahmen beschränkt, sondern darüber hinaus mit Art. 3 BauAV eine Vorschrift enthält, welche die Vertragsgestaltung betrifft (SCHUMACHER, Sicheres Bauen, Rz. 336).

⁴⁴⁸ Vgl. STEIGER, Technische Unfallverhütung, passim, der die technische Unfallverhütung aus Sicht eines Ingenieurs einlässlich untersucht hat.

⁴⁴⁹ Vgl. aber MÜLLER-FOELL, Technische Normen, passim; zur Bedeutung der vom SIA herausgegebenen technischen Normen MAFFIOLETTI, Technische Normen, passim; für eine Darstellung der Bedeutung technischer Normen im Haftpflicht- und Produktesicherheitsrecht WYSS, Technische Normen, passim.

- 324 **b.** Es greift nach der hier vertretenen Meinung zu kurz, die Unfallverhütung als ausschliesslich technisches Problem darzustellen; unsichere technische Einrichtungen stellen nämlich bloss eine von vielen Unfallursachen dar.⁴⁵⁰ Nebst technischen Massnahmen hat der Arbeitgeber verschiedene weitere Massnahmen zu treffen, die ich als *organisatorische Massnahmen* bezeichne.⁴⁵¹ Das Spektrum der in diese Kategorie fallenden Massnahmen ist äusserst breit gefächert: Es handelt sich insbesondere um solche «der Arbeitsorganisation, der Instruktion, des Einsatzes an geeigneter Stelle, der zweckmässigen Festlegung des Stundenplanes und des Arbeitsablaufes, der Überwachung, der Leitung, der Ergonomie, des Raumklimas, aber auch Massnahmen gegen psychische Belastungen wie ausufernder Stress und Überbelastung, Mobbing ... usw.»⁴⁵² Wie diese lange, nicht abschliessende Liste an Massnahmen zeigt, wird dem Arbeitgeber äusserst viel abverlangt.⁴⁵³
- 325 **c.** Die Trennlinie zwischen technischen und organisatorischen Schutzmassnahmen ist nicht scharf.⁴⁵⁴ Das verursacht indes in der Praxis kaum Schwierigkeiten, da die Unterscheidung dort ohnehin von geringem Nutzen ist. Insbesondere kann auch sie keinen wesentlichen Beitrag zur Beantwortung der Frage leisten, *wie weit die Schutzpflicht im Einzelfall reicht* – und wo ihre Grenzen liegen. Über diese Frage kann Streit entstehen; gerade nach einem Arbeitsunfall, etwa wenn es (zivilrechtlich) um den Schadenausgleich, (verwaltungsrechtlich) um eine von der SUVA verfügte Prämienerrhöhung oder (strafrechtlich) um eine Anklage geht.⁴⁵⁵

⁴⁵⁰ BURKHALTER, Unfallverhütung, S. 269.

⁴⁵¹ Die Unterscheidung zwischen technischen und nichttechnischen Massnahmen kommt auch in Art. 3 Abs. 2 VUV zum Ausdruck, wo von den (organisatorischen) Schutzmassnahmen und den (technischen) Schutzeinrichtungen die Rede ist. Vgl. auch EKAS, Leitfaden, S. 43 (Ziff. 7.2), wo eine Unterscheidung zwischen technischen und organisatorischen Mängeln getroffen wird. Als Beispiel eines technischen Mangels wird dort eine fehlende Schutzvorrichtung erwähnt, als Beispiel eines organisatorischen Mangels der fehlende Beizug eines Spezialisten der Arbeitssicherheit.

⁴⁵² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 4 zu Art. 328 OR.

⁴⁵³ Viele dieser organisatorischen Schutzmassnahmen kann der Arbeitgeber im Rahmen seines Weisungsrechts gegenüber dem Arbeitnehmer ausüben. Vgl. VISCHER/MÜLLER, Arbeitsvertrag, § 16 Rz. 36 (allgemein zu Weisungsrecht und -pflicht: § 13 Rz. 1 ff., insbesondere Rz. 7).

⁴⁵⁴ Welcher Kategorie ist etwa die Instruktion des Arbeitgebers an seinen Arbeitnehmer, er dürfe im Tunnel-Sprengvortrieb seine Arbeit erst 15 Minuten nach der Sprengung wieder aufnehmen (vgl. Art. 72 Abs. 2 BauAV)?

⁴⁵⁵ Für einen Anwendungsfall aus dem Zivilrecht siehe BGer 4A_189/2015 vom 6. Juli 2015: Ein Arbeitgeber wehrte sich bis vor Bundesgericht gegen die ihm von der Vor-

3. Auf Baustellen werden im Arbeitsalltag viele konkrete Fragen nicht unter Zuhilfenahme der vage formulierten Kernnormen, sondern mittels konkreteren Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit – etwa der Bauarbeitenverordnung oder den Merkblättern der SUVA – beantwortet. Daran ist nichts auszusetzen, im Gegenteil: Es ist zu begrüßen, dass ein Bauunternehmer, der Arbeitnehmer beschäftigt, möglichst konkrete Normen (etwa ein Merkblatt der SUVA) zur Hand hat, die ihm konkrete Fragen des Alltags beantworten. 326

Dem ist jedoch beizufügen, dass sich nach meinem Dafürhalten auch das SUVA-Merkblatt an den drei Grössen messen lassen muss, welche die Kernnormen der Arbeitssicherheit vorgeben: Erfahrung, Stand der Technik und Angemessenheit. Diese drei unbestimmten Rechtsbegriffe geben eine Messlatte dafür vor, wie weit die Schutzpflicht des Arbeitgebers reicht – und wo sie ihre Grenzen findet. Möglich ist, dass ein bestimmtes Merkblatt entweder hinter den gesetzlichen Vorgaben zurückbleibt. Dies hat zur Folge, dass der Arbeitgeber seiner **gesetzlichen Schutzpflicht gegebenenfalls nicht nachkommt, obwohl er sich an das Merkblatt hält**. Ein konkreter Fall kann aber auch gerade umgekehrt liegen, indem das Merkblatt über die gesetzlichen Vorgaben hinausschiesst. Dies ist etwa dann der Fall, wenn es einen neuen Stand der Technik ausdrückt, dieser sich aber in der Praxis (noch) nicht bewährt hat. 327

4. Obgleich die Kernnormen für die Arbeitssicherheit von zentraler Bedeutung sind, haben sich Rechtsprechung und Lehre bisher kaum mit der Frage auseinandergesetzt, was die ihnen eingeschriebenen Messlatten (Erfahrung, Stand der Technik und Angemessenheit) im Einzelnen bedeuten.⁴⁵⁶ Genau darum aber geht es im Folgenden: Zunächst gehe ich auf die Vorzüge und Nachteile ein, die mit der Verwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe in den Kernnormen verbunden sind (Rz. 329 ff.), bevor ich die Tragweite jedes einzelnen unbestimmten Rechtsbegriffs untersuche (Rz. 339 ff.). 328

instanz auferlegte Haftung nach Art. 328 Abs. 2 OR. Eine zentrale Rüge, die der Arbeitgeber im bundesgerichtlichen Verfahren vorbrachte, war, die Vorinstanz habe «das Mass der von der Arbeitgeberin zu garantierenden Sicherheit völlig falsch bemessen» (E. 3).

⁴⁵⁶ Bisweilen werden die Begriffe auch miteinander vermengt. So sprechen etwa DONAUER/MÖRI, Fürsorgepflicht, S. 1057, von der «Erfahrung der Technik». Eine solche Vermengung ist zu vermeiden.

1. Die Vorzüge und Nachteile der Unbestimmtheit der Kernnormen der Arbeitssicherheit

329 Die Erfahrung, der Stand der Technik und die Angemessenheit sind jene drei zentralen Begriffe, mit denen die drei Kernnormen der Arbeitssicherheit operieren.⁴⁵⁷ Es handelt sich dabei um **unbestimmte Rechtsbegriffe**.⁴⁵⁸

a) *Vorzüge*

330 1. Die Unbestimmtheit der Kernnormen bietet in mehrfacher Hinsicht Vorzüge. Ein erster liegt im **Raum für einzelfallgerechte Beurteilungen**, die das Gesetz zu Gunsten der rechtsanwendenden Behörden schafft.⁴⁵⁹ Der Gesetzgeber begnügt sich damit, in allgemeiner Weise jene Grössen vorzugeben, an denen ein konkreter Sachverhalt zu messen ist. Er verzichtet damit bewusst auf eine Detailregulierung.⁴⁶⁰ In konzeptioneller Hinsicht kommt

⁴⁵⁷ Nebst den Kernnormen bestehen in der Arbeitssicherheit weitere Normen, die mit diesen oder ähnlichen Begriffen operieren. In der Verordnung über die Unfallverhütung etwa ist die Rede von «anerkannten sicherheitstechnischen und arbeitsmedizinischen Regeln» (Art. 3 Abs. 1 VUV) sowie von «allgemein anerkannten Sicherheitsregeln» (Art. 11 Abs. 1 VUV). Vgl. auch Art. 15 Abs. 1 Kranverordnung, wonach «Krane regelmässig nach den anerkannten Regeln der Technik» kontrolliert werden müssen.

⁴⁵⁸ Vgl. die beispielhaften Listen unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht sowie im Zivilrecht MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz 265. Die in der Lehre verwendete Terminologie ist uneinheitlich. Bisweilen wird anstelle von unbestimmten Rechtsbegriffen von Generalklauseln gesprochen. Wie MÜLLER/UHLMANN jedoch zu recht festhalten, lassen sich die beiden Begriffe kaum auseinanderhalten (MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz 264 Fn. 685; vgl. auch ZELLER, Auslegung, § 8 Rz. 279). Deshalb wurde auch schon vorgeschlagen, auf den Begriff der Generalklausel gänzlich zu verzichten (NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 264 ff.).

⁴⁵⁹ Vgl. KRAMER, Arbeitsvertragliche Verbindlichkeiten, S. 136; MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz 264, sprechen von der Gelegenheit der Behörden zu «einzelfallgerechten, wirkungsorientierten Entscheidungen».

⁴⁶⁰ Für die Kernnormen trifft zu, was in BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHECHSCHER, N 370, zu Art. 1 betreffend Lücken intra verba legis (Delegationslücken) ausgeführt wird: «Es ist ja gerade die Absicht des Gesetzgebers, die inhaltliche Konkretisierung den Gerichten zu überlassen. Insoweit handelt es sich nicht um eine planwidrige Unvollständigkeit [eine Lücke], sondern um eine planmässige Offenheit des Gesetzes.» Vgl. auch BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, Ziff. 936; FAVRE/BAUMANN, Massstab, S. 5; MADER, Regulierung, S. 69 f.; weiter die Ausführungen des Bundesrates in seiner Botschaft zum Fabrikgesetz von 1914 (BB1 1910 III 575, S. 588): Das Gesetz beschränkt sich darauf «gewisse Grundsätze aufzustellen und die Einzelheiten dem Vollzuge zu überlassen. Gerade dieses System erweist sich als vorteilhaft; es gestattet, die administrativen Vorschriften für die verschiedenen Betriebsarten, sowie die zahlreichen

darin der Verzicht auf eine Umsetzung des Enumerationsansatzes in reiner Form zum Ausdruck (zu diesem Regulierungsansatz einlässlich Rz. 540 ff.).

2. Ein zweiter Vorzug der unbestimmten Rechtsbegriffe ist deren **Beständigkeit**. Sie sind auf Dauer angelegt, indem sie es erlauben, künftigen Entwicklungen – etwa neues Erfahrungswissen oder einen fortschreitenden Stand der Technik – zu berücksichtigen.⁴⁶¹ Dieser Vorzug erscheint umso gewichtiger, als die Kernnormen der Arbeitssicherheit auf Gesetzesstufe angesiedelt sind. Revisionsvorhaben haben gerade auf Gesetzesstufe, wo die Möglichkeit des Referendums offen steht, ein förmliches und relativ langwieriges Verfahren zu durchlaufen. Müssten das Gesetz ständig an neues Erfahrungswissen und an einen neuen Stand der Technik angepasst werden, ergäbe sich bis zum Inkrafttreten einer Änderung möglicherweise schon wieder Revisionsbedarf.⁴⁶² In diesem Sinne sind die unbestimmten Rechtsbegriffe ein «eigentliches Vehikel der Anpassung von Bedeutungen an die jeweilige Gegenwart»⁴⁶³. Gesetzesrevisionen erübrigen sich,⁴⁶⁴ weil die unbestimmten Rechtsbegriffe es erlauben, schnell auf Fortschritte in Wissenschaft und Technik reagieren zu können. Dies führt nicht zuletzt auch zu einer Entlastung des Gesetzgebungsverfahrens.⁴⁶⁵

3. Der dritte Vorzug wirkt sich besonders in technisch geprägten Regelungsgebieten wie der Arbeitssicherheit aus.⁴⁶⁶ Eine wirksame Regulierung technischer Sachbereiche erfordert besonderen Sachverstand, über den der Gesetzgeber typischerweise nicht verfügt. Aus diesem Grund ist entscheidend, das

Anweisungen im einzelnen Falle den so mannigfaltigen Verhältnissen und den Fortschritten der Technik und der Wissenschaft anzupassen. Schablonenhafte Behandlung wäre auch hier vom Übel. Gewisse Anforderungen eignen sich für den Gross-, nicht aber für den Kleinbetrieb, und die eine oder andere teure Einrichtung kann wohl dem gut, nicht aber dem schlecht situierten Unternehmer auferlegt werden».

⁴⁶¹ BRUNNER, Baunormen, S. 27 Fn. 11.

⁴⁶² Vgl. TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht, S. 39.

⁴⁶³ ZELLER, Auslegung, § 8 Rz. 279. Vgl. auch Botschaft ArG 1960, S. 962: «Das Gesetz selbst kann diese [konkretisierenden] Bestimmungen nicht aufstellen, weil sie technische Einzelheiten betreffen, die überdies dem Wandel der technischen Entwicklung unterworfen sind.»

⁴⁶⁴ Dies stimmt freilich nur unter der Prämisse, dass die jetzigen Messlatten (unbestimmten Rechtsbegriffe) dieselben bleiben.

⁴⁶⁵ MARTI, Rechtsetzungsmonopol, S. 1161; BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, Rz. 894.

⁴⁶⁶ Vgl. auch die in Fn. 463 zitierte Passage aus der bundesrätlichen Botschaft zum Arbeitsgesetz.

Fachwissen der in den jeweiligen Bereichen tätigen Fachleute in die Regulierung miteinbeziehen zu können.⁴⁶⁷ Im Bereich der Arbeitssicherheit schlägt sich dieses Fachwissen regelmässig in von der EKAS, der SUVA oder von Fachorganisationen aufgestellten Normen nieder. Es kann auch sein, dass Private zum Normenwerk beitragen (etwa, wenn ein Hersteller einer Maschine eine Bedienungsanleitung aufstellt).⁴⁶⁸ Die Kernnormen der Arbeitssicherheit verweisen zwar nicht explizit auf solche «nachgelagerte» Normen. Durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie der Erfahrung und dem Stand der Technik aber verleiht der Gesetzgeber den nachgelagerten Normen eine rechtliche Bedeutung, die ihnen sonst nicht zukäme. Bei dieser Gesetzgebungstechnik handelt es sich um eine **indirekte Verweisung**, die aus rechtsstaatlicher Sicht grundsätzlich unproblematisch ist. Unproblematisch, weil mit ihr – im Gegensatz zur direkten Verweisung⁴⁶⁹ – Normen privater Verbände nicht per se als verbindlich erklärt, sondern einzig im Rahmen der Auslegung herangezogen werden.⁴⁷⁰

- 333 4. Der letzte Vorzug, den ich erwähnen will, ist ein rein formaler. Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe führt zur **Verkürzung der Kernnormen**. Selbst wenn der nötige Sachverstand beim Gesetzgeber vorhanden wäre und die Trägheit von Gesetzen ausgeblendet würde: Eine detaillierte

⁴⁶⁷ BRUNNER, Baunormen, S. 24.

⁴⁶⁸ Vgl. KÖBRICH, Rechtsetzung durch Private, S. 62; zum Phänomen «Rechtsetzung durch Private» einlässlich BRUNNER, Rechtsetzung durch Private, passim.

⁴⁶⁹ Zwei Beispiele von direkten Verweisungen will ich im Bereich der Arbeitssicherheit erwähnen: (i) Nach Art. 3 Abs. 1 der am 1. Januar 2016 in Kraft getretenen Verordnung vom 15. April 2015 über die Sicherheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Arbeiten im Überdruck (SR 832.311.12) sind während der «gesamten Dauer der Arbeiten im Überdruck ... die nach dem Stand der Technik anerkannten Regeln einzuhalten». Der darauffolgende Abs. 2 enthält dann folgende Legaldefinition: «Als nach dem Stand der Technik anerkannte Regeln für ein sicheres Arbeiten im Überdruck gelten insbesondere die von der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (Suva) gestützt auf Artikel 50 Abs. 3 VUV veröffentlichten Richtlinien über Grenzwerte für physikalische Einwirkungen, namentlich Dekompressionstabellen. Sollen andere Dekompressionstabellen als diejenigen der Suva zur Anwendung kommen, so ist dies vor Aufnahme der Arbeiten mit der Suva abzusprechen.» (ii) Nach Massgabe der Bauverordnung des Kantons Bern sind die «Normen des SIA» ergänzend zu beachten (Art. 70 zweiter Satz BauV/BE). Vgl. schliesslich VGer SG B 201/18 vom 24. März 2015, in dem es im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens um einen Verweis eines kommunalen Reglements auf eine Norm der Schweizerischen Normen-Vereinigung (SNV) betreffend Parkplätze ging.

⁴⁷⁰ Zur Verweisungstechnik allgemein siehe BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, Ziff. 8251.

Ausgestaltung der Kernnormen liefe zwangsläufig auf eine unübersichtliche Verlängerung des Gesetzestextes hinaus, was unter dem Gesichtspunkt der Verständlichkeit der Gesetze negativ zu Buche schliege.

b) Nachteile

1. Trotz all dieser Vorzüge und der Flexibilität, welche die unbestimmten Rechtsbegriffe im Ergebnis für die Rechtsanwendung schaffen, haften ihnen auch Nachteile an. Der gewichtigste beschlägt die **Rechtsunsicherheit**: Die «inhaltliche Leere»⁴⁷¹ der Kernnormen verunmöglicht es auch dem sorgfältigsten Arbeitgeber, in Erfahrung zu bringen, welche Schutzmassnahmen das Gesetz ihm im Einzelnen abverlangt.⁴⁷² Gerade im Bereich des Strafrechts steht die inhaltliche Leere in einem Spannungsverhältnis zur bundesgerichtlichen Formel zum Legalitätsprinzip nach Art. 1 StGB. Danach muss eine «Strafnorm ... so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann»⁴⁷³.

Bei den Kernnormen der Arbeitssicherheit ist der «Grad an Gewissheit» klein: Der Arbeitgeber erhält erst durch eine Konkretisierung des Gesetzes (der Kernnormen) Hinweise auf die Frage, wie die Schutzpflicht im Einzelfall zu erfüllen ist (oder, in retrospektiver Betrachtung: wie er sie zu erfüllen gehabt hätte).⁴⁷⁴ Eine verbindliche Antwort liefern aber auch die Konkretisierungen nicht.⁴⁷⁵ Wer diesen (negativen) Aspekt der Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen in den Vordergrund rücken will, wird von einer «Flucht in die Generalklauseln», vom «Gummiparagraf», von «Komplementärgesetzgebung durch Richterrecht» oder von «symbolische[r] Gesetzge-

⁴⁷¹ BRUNNER, Baunormen, S. 27 Fn. 11.

⁴⁷² Vgl. BK ZGB-HRUBESCH-MILLAUER, N 62 zu Art. 4, die den Begriff der Rechtssicherheit in Teilgehalte der Verbindlichkeit, der Stabilität und der Kalkulabilität unterteilt; TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht, S. 39, mit der Feststellung, dass die «Grenzen der Verpflichtungen nicht klar abgesteckt sind». Bloss am Rande verweise ich hier auf den Schöpfer des Zivilgesetzbuches, Eugen Huber. Ihm war es ein grosses Anliegen, dass das Gesetz nicht nur dogmatischen Ansprüchen genügt, sondern vor allem für jedermann verständlich ist (vgl. zu diesem Gedachten UHLMANN/HOFSTETTER, Verordnung, S. 468; SCHWEIZER/BAUMANN/SCHEFFLER, Verständlichkeit von Erlassen, S. 378 ff.).

⁴⁷³ BGE 141 IV 279 E. 1.3.3; 138 IV 13 E. 4.1.

⁴⁷⁴ Vgl. STEIGER-SACKMANN, Psychische Gesundheitsrisiken, Rz. 185, die zurecht darauf hinweist, dass die Auslegungsbedürftigkeit sowohl als Vorteil als auch als Nachteil gewertet werden kann.

⁴⁷⁵ Vielmehr müssen sich die Konkretisierungen an den Kernnormen messen lassen.

bung» sprechen.⁴⁷⁶

- 336 **2.** Die Unbestimmtheit der Kernnormen steht nicht nur in einem Spannungsverhältnis zur Rechtssicherheit, sondern auch zum **Grundsatz der Rechtsgleichheit**, wie er in Art. 8 BV festgehalten ist. Er gebietet, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln.⁴⁷⁷ Eine Gefahr ungleicher Behandlung gleichgelagerter Fälle besteht in der Arbeitssicherheit, weil die unbestimmten Rechtsbegriffe entweder auslegungsbedürftig sind (was die Erfahrung und den Stand der Technik betrifft) oder den rechtsanwendenden Behörden ein erhebliches Ermessen zugestehen (was die Angemessenheit betrifft).
- 337 Dieser erhebliche Ermessensspielraum wird bisweilen als «rechtspolitisch unerfreulich» kritisiert, weil er aus zivilrechtlicher Perspektive zu Prozessen auffordere.⁴⁷⁸ Ob diese empirische Aussage zutrifft, bleibe hier dahingestellt. Eine gewisse Skepsis ist ihr gegenüber aber angebracht, denn: Selbst wenn dem Begriff der Angemessenheit eine solche «Ermunterungsfunktion» zukäme, stellt die weitgehende Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers (Rz. 581) ein Gegengewicht dazu dar.
- 338 **3.** Soweit für die Bestimmung der Erfahrung und des Stands der Technik auf nichtstaatliche Normenwerke zurückgegriffen wird, kommen zwangsläufig **rechtsstaatliche Bedenken** auf. Zustimmung verdient zunächst die Ansicht, wonach es problematisch ist, wenn Private «in einem weitgehenden und unkontrolliertem Masse den Inhalt von Rechtsnormen bestimmen»⁴⁷⁹. Die Gesetzgebung ist grundsätzlich eine staatliche Aufgabe, die vom Staat umfassend selbst zu erfüllen ist. Bei den Kernnormen der Arbeitssicherheit sind diese Rechtsstaatlichkeitsbedenken allerdings deshalb nicht angebracht, weil die Kernnormen nicht direkt eine private Norm für anwendbar erklären. Die Verweisung der Kernnormen ist vielmehr eine indirekte (Rz. 332). Von den verschiedenen Verweisungsarten ist sie aus rechtsstaatlicher Sicht am we-

⁴⁷⁶ Vgl. die Nachweise bei BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, N 3 zu Art. 4 (Fn. 5–8).

⁴⁷⁷ Nach der bundesgerichtlichen Formulierung ist die «Rechtsgleichheit ist insbesondere verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird» (BGE 132 I 157 E. 4.1). Diese Formel geht auf Aristoteles zurück: In seinen Überlegungen zur Gerechtigkeit steht das Gleichheitsprinzip im Zentrum (SGK BV-SCHWEIZER, N 5 ff. zu Art. 8 m.H.).

⁴⁷⁸ Betreffend das Ermessen im Rahmen der zivilrechtlichen Kernnorm siehe BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, N 19 zu Art. 328.

⁴⁷⁹ BRUNNER, Gutachten, S. 6.

nigsten bedenklich.⁴⁸⁰ Das hat vor allem damit zu tun, dass die Verknüpfung zwischen Rechtsnorm und technischem Standard nicht (wie bei der direkten Verweisung)⁴⁸¹ im Rahmen der Gesetzgebung, sondern erst bei der Rechtsanwendung geschieht. Dem Gesetzgeber ist die Existenz privater Normen möglicherweise bekannt, doch wahrt er, indem er diese nicht explizit nennt, eine gewisse Distanz.⁴⁸²

2. Die drei Messlatten im Einzelnen

1. Nachfolgend wende ich mich den unbestimmten Rechtsbegriffen, die ich auch als Messlatten bezeichne, einzeln zu: zunächst der Erfahrung (Rz. 352 ff.), dann dem Stand der Technik (Rz. 365 ff.) und der Angemessenheit (Rz. 392 ff.). Schliesslich gehe ich auf die Zumutbarkeit, die einzig in der zivilrechtlichen Kernnorm enthalten ist, ein (Rz. 412 ff.). Zunächst aber eine einleitende Bemerkung. 339

2. Die unbestimmten Rechtsbegriffe interessieren vorliegend einzig im Umfeld der Arbeitssicherheit. Hinzuweisen ist aber grundsätzlich darauf, dass das Bundesrecht nicht nur in den drei Kernnormen der Arbeitssicherheit, sondern ebenso in anderen Bereichen auf Grössen wie Erfahrung, Stand der Technik und Angemessenheit verweist. Entsprechend führe ich, wenn von den unbestimmten Rechtsbegriffen im Einzelnen die Rede ist, auch Rechtsprechung und Literatur aus **anderen Regelungszusammenhängen** als der Arbeitssicherheit an. Angesprochen sind etwa: 340

⁴⁸⁰ BRUNNER, Baunormen, S. 28. Vgl. auch BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, Ziff. 902, das eine indirekte Verweisung wie «anerkannte Regeln der Technik» oder «Stand von Wissenschaft und Technik» deshalb für zulässig erklärt, weil «sie nicht dazu verpflichtet, eine bestimmte technische Norm einzuhalten». Für eine Übersicht der verschiedenen Verweisungsarten siehe BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, Ziff. 892 ff.

⁴⁸¹ In der Arbeitssicherheit kommen auch direkte Verweisungen vor. Vgl. etwa Art. 70 Abs. 1 BauV/BE (Hygiene und Unfallverhütung auf Bauplätzen im Allgemeinen): «Für ... alle Bauvorgänge gelten die nachstehenden Bestimmungen sowie die Vorschriften des Bundes und der SUVA. Ergänzend sind die Normen des SIA zu beachten.»

⁴⁸² BRUNNER, Gutachten, S. 68.

- 341 – das Produktesicherheitsgesetz (PrSG);⁴⁸³
- 342 – das Produkthaftpflichtgesetz (PrHG);⁴⁸⁴
- 343 – das Umweltschutzrecht;⁴⁸⁵
- 344 – das Eisenbahngesetz (EBG);⁴⁸⁶
- 345 – das Heilmittelgesetz (HMG);⁴⁸⁷

⁴⁸³ Nach Art. 3 Abs. 2 PrSG haben Produkte mangels Festlegung grundlegender Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen durch den Bundesrat dem *Stand des Wissens und der Technik* zu entsprechen. Die Vorgängernorm – Art. 4b Abs. 4 aSTEG (AS 1977 2370) – verwendete noch den Ausdruck «anerkannte Regeln der Technik». Damit verlangt das Bundesgesetz über die Produktesicherheit einen höheren Sicherheitsstandard als sein Vorgänger (Botschaft PrSG 2008, S. 7436).

⁴⁸⁴ Die Haftung der Herstellerin eines Produkts entfällt nach Art. 5 Abs. 1 lit. e PrHG, wenn ihr der Beweis gelingt, dass «der Fehler nach dem *Stand der Wissenschaft und Technik* im Zeitpunkt, in dem das Produkt in Verkehr gebracht wurde, nicht erkannt werden konnte» (Hervorhebung hinzugefügt).

⁴⁸⁵ Erwähnen will ich drei Beispiele: (i) Das Umweltschutzgesetz (USG) legt in seinem Art. 11 Abs. 2 lit. a den Grundsatz fest, dass Emissionen «[u]nabhängig von der bestehenden Umweltbelastung im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen [sind], als dies *technisch und betrieblich möglich* und *wirtschaftlich tragbar* ist» (Hervorhebungen hinzugefügt). Weiter sind die «Immissionsgrenzwerte für Luftverunreinigungen ... so festzulegen, dass nach dem *Stand der Wissenschaft* oder der *Erfahrung* Immissionen unterhalb dieser Werte» etwa Bauwerke nicht beschädigen (lit. c; Hervorhebungen hinzugefügt). (ii) Das zweite Beispiel ist das Gewässerschutzgesetz (GSchG), nach dessen Art. 13 Abs. 1 Abwasser «[a]usserhalb des Bereichs öffentlicher Kanalisationen ... entsprechend dem *Stand der Technik* zu beseitigen» ist (Hervorhebung hinzugefügt). Zu den Anforderungen an den Stand der Technik im Gewässerschutz insbesondere METTLER, Gewässerschutz, passim. (iii) Auch das dritte Beispiel stammt aus dem Bereich des Gewässerschutzes, diesmal allerdings aus dem Verordnungsrecht: Nach Ziff. 1 Abs. 2 erster Satz des Anhangs 3.2 GSchV muss, wer Industrieabwasser ableitet, «bei Produktionsprozessen und bei der Abwasserbehandlung die *nach dem Stand der Technik notwendigen* Massnahmen treffen, um Verunreinigungen der Gewässer zu vermeiden» (Hervorhebungen hinzugefügt).

⁴⁸⁶ Nach Art. 17 Abs. 1 erster Satz EBG sind «Eisenbahnanlagen und Fahrzeuge ... nach den Anforderungen des Verkehrs, des Umweltschutzes und gemäss dem *Stand der Technik* zu erstellen, zu betreiben, zu unterhalten und zu erneuern» (Hervorhebung hinzugefügt).

⁴⁸⁷ Nach Art. 3 HMG muss jeder, der mit Heilmitteln umgeht, «alle Massnahmen treffen, die *nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderlich* sind, damit die Gesundheit von Mensch und Tier nicht gefährdet wird» (Hervorhebung hinzugefügt).

- das Kernenergiegesetz (KEG),⁴⁸⁸ 346
- das Strahlenschutzgesetz (StSG),⁴⁸⁹ 347
- das Risikoaktivitätengesetz,⁴⁹⁰ 348
- das Gleichstellungsgesetz (GlG),⁴⁹¹ 349
- die Störfallverordnung (StFV),⁴⁹² und 350
- die Verordnung über genetische Untersuchungen am Menschen (GUMV).⁴⁹³ 351

a) *«nach der Erfahrung notwendig»*

1. Der Arbeitgeber hat von vornherein nur jene Schutzmassnahmen zu treffen, die «nach der Erfahrung notwendig» sind. Das schränkt seine Schutzpflicht ein. In der Literatur wird bisweilen dafür gehalten, diese Wendung

⁴⁸⁸ Bei der Nutzung von Kernenergie sind nach Art. 4 Abs. 3 KEG «[i]m Sinne der Vorsorge alle Vorkehren zu treffen, die ... *nach der Erfahrung* und *dem Stand von Wissenschaft und Technik notwendig* sind» (lit. a; Hervorhebungen hinzugefügt) und die «zu einer weiteren Verminderung der Gefährdung beitragen, soweit sie *angemessen* sind» (lit. b; Hervorhebung hinzugefügt).

⁴⁸⁹ Nach Art. 9 StSG müssen zur «Begrenzung der Strahlenexposition jeder einzelnen Person sowie der Gesamtheit der Betroffenen ... alle Massnahmen ergriffen werden, die *nach der Erfahrung* und *dem Stand von Wissenschaft und Technik* geboten sind» (Hervorhebungen hinzugefügt).

⁴⁹⁰ Nach Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Bergführerwesen und Anbieten weiterer Risikoaktivitäten (SR 935.91; keine offizielle Abkürzung, informell bisweilen «RiskG») hat, wer eine dem Gesetz unterstellte Aktivität anbietet, «die Massnahmen [zu] treffen, die *nach der Erfahrung erforderlich*, *nach dem Stand der Technik möglich* und *nach den gegebenen Verhältnissen angemessen* sind ...» (Hervorhebung hinzugefügt).

⁴⁹¹ Nach Art. 5 Abs. 3 erster Satz GlG kann das Gericht der durch sexuelle Belästigung diskriminierten Person eine Entschädigung zusprechen, wenn der Arbeitgeber nicht beweisen kann, dass er diejenigen Massnahmen getroffen hat, «die zur Verhinderung sexueller Belästigungen *nach der Erfahrung notwendig* und *angemessen* sind und die ... *billigerweise zugemutet* werden können» (Hervorhebungen hinzugefügt).

⁴⁹² Nach Art. 3 Abs. 1 StFV müssen «alle zur Verminderung des Risikos geeigneten Massnahmen» getroffen werden, «die *nach dem Stand der Sicherheitstechnik verfügbar*, *aufgrund seiner Erfahrung ergänzt* und *wirtschaftlich tragbar* sind» (Hervorhebungen hinzugefügt).

⁴⁹³ Nach Art. 3 GUMV müssen «[z]yto- und molekulargenetische Untersuchungen sowie Reihenuntersuchungen ... nach dem *Stand von Wissenschaft und Technik* durchgeführt werden» (Hervorhebung hinzugefügt).

biere keine fundamentalen Probleme.⁴⁹⁴ Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden, stellen sich doch auch in Bezug zur Erfahrung grundlegende Fragen.

- 353 **2.** Das Bundesgericht hat, ohne den Gesetzeswortlaut «nach der Erfahrung notwendig» überhaupt zu erwähnen, diese erste Messlatte auch schon dahingehend übersetzt, als das für eine bestimmte Schutzmassnahme ein **«praktisches Bedürfnis»** bestehen müsse.⁴⁹⁵ Dies ist bezeichnend für den stiefmütterlichen Umgang der Rechtsprechung mit den unbestimmten Rechtsbegriffen. Die Loslösung vom Gesetzeswortlaut führt insbesondere dazu, dass das Kriterium der Erfahrung zunehmend an Kontur verliert. Dieser Tendenz halte ich mit folgenden Ausführungen entgegen.
- 354 **3.** Um näher zu bestimmen, was mit der Erfahrung gemeint ist, lässt sich bei der Wegleitung der EKAS ansetzen. Danach umschreibt die Erfahrung «all das, was Wissenschaftler, Forscher und Spezialisten der Arbeitssicherheit sowie der Betriebe erfahren haben und was in der Praxis Eingang gefunden hat»⁴⁹⁶. Bei der Beurteilung, ob eine bestimmte Massnahme «nach der Erfahrung notwendig» sei, gelangt nach der hier vertretenen Ansicht ein **doppelter Massstab** zur Anwendung: Zu berücksichtigen ist neben der objektiven (Rz. 355 ff.) auch die subjektive Erfahrung (Rz. 359 ff.).⁴⁹⁷
- 355 **4.** Ausgangspunkt bildet das **objektive Erfahrungswissen**, das betreffend die Arbeitssicherheit für den infrage stehenden Arbeitsvorgang in einer Branche vorhanden ist. Was objektiv zur Erfahrung gehört, stellt die Untergrenze der zu beachtenden Erfahrung dar.

⁴⁹⁴ SHK ArG-SCHWEIDEGGER/PITTELOUD/SIEGENTHALER, N 16 zu Art. 6; TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht, S. 36; anderer Ansicht. STEIGER-SACKMANN, Psychische Gesundheitsrisiken, Rz. 495 ff.

⁴⁹⁵ BGE 132 III 257 E. 5.4.4 (Hervorhebung hinzugefügt).

⁴⁹⁶ EKAS, Wegleitung, S. 3 (zum Begriff «Erfahrung»).

⁴⁹⁷ SONNENBERG, Protection, S. 122; TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht, S. 37; vgl. auch EKAS, Wegleitung, S. 16 (Ziff. 306.2). Andere Autoren verstehen die Erfahrung eindimensional (im Sinne der hier beschriebenen objektiven Erfahrung); vgl. etwa RUMO-JUNGO, Baustelle, S. 57: «Der Stand der Erfahrung bezeichnet die auf einem bestimmten Gebiet bestehende allgemeine Erfahrung, nicht die individuelle Erfahrung eines konkreten Betriebes.» Ähnlich EKAS, Wegleitung, S. 16 (Ziff. 306.2): «Nicht auf die subjektive Erfahrung Einzelner wird abgestellt, sondern auf die allgemeine Erfahrung bei gleichen oder gleichartigen Gefahren schlechthin, ausgewiesen z.B. durch die Unfallstatistik. Dabei genügt es aber nicht, dass eine Massnahme von der Theorie gefordert wird; vielmehr muss die Überzeugung davon in die Praxis eingedrungen sein. Wem entsprechende Kenntnisse fehlen, der hat sich diese durch Information z.B. durch Beizug eines Spezialisten der Arbeitssicherheit (ASA) ... zu beschaffen.»

a. Erforderlich ist grundsätzlich eine gewisse *Publizität*. Verschiedene Akteure verbreiten mit Informationskampagnen Erfahrungswissen. Geradezu berufen dazu scheint die SUVA: Sie sammelt in ihrer Funktion als Versicherung verschiedenste Informationen über Unfallhergänge, woraus sich mitunter wertvolle Erkenntnisse für die Prävention ergeben. Diese verbreitet sie dann über verschiedene Kanäle (z.B. mittels Kampagnen) und reichert damit das objektive Erfahrungswissen an.⁴⁹⁸ Auch die an Fachtagungen gehaltenen Referate reichern das objektive Erfahrungswissen an.⁴⁹⁹ Erwähnen will ich das Beispiel sogenannter Schnellwechseleinrichtungen auf Baustellen,⁵⁰⁰ vor denen an einer Tagung der EKAS gewarnt wurde.⁵⁰¹ Auch die SUVA hat zu diesem Thema eine Warnung publiziert.⁵⁰² Konkrete Unfallsituationen hatten gezeigt, dass mit Schnellwechseleinrichtungen eine besondere Gefahr verbunden ist.

⁴⁹⁸ Um es mit den Worten TSCHUDI auszudrücken: «Die Versicherungsanstalt lerne auf Grund der Unfallmeldungen die Risiken kennen; sie kann somit rasch Verhütungsmassnahmen anordnen, und sie wird ihre besondere Aufmerksamkeit häufigen Unfallursachen zuwenden» (TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht, S. 37). Die SUVA stellt Unfallbeispiele zur Verfügung, die teilweise als Präsentation heruntergeladen und für Schulungen eingesetzt werden können. Vgl. <www.suva.ch> unter Prävention/ Arbeit/Schwerpunkte Prävention/Aus Unfällen lernen (besucht am 23. Mai 2016). Für den Baubereich (Bauhaupt- und Baunebengewerbe) sind derzeit 22 Unfallbeispiele verfügbar.

⁴⁹⁹ OFK ArG-MÜLLER, N 7 zu Art. 6; SONNENBERG, Protection, S. 122; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar N 4 zu Art. 328 OR. Als Fachtagung gilt etwa die Schweizerische Tagung für Arbeitssicherheit (STAS), die alle zwei Jahre stattfindet (siehe <www.ekas.ch/stas> [besucht am 23. Mai 2016]). Vgl. auch EKAS, Wegleitung, S. 3 (zum Begriff «Erfahrung»): «Diese Erfahrung kann sich in Gesetzen, Verordnungen, Vorschriften, sicherheitstechnischen und arbeitsmedizinischen Regeln sowie in der Fachliteratur niederschlagen.»

⁵⁰⁰ Schnellwechseleinrichtungen erlauben es «Baumaschinenführern ..., selbständig verschiedene Anbaugeräte bis hin zu ganzen Bagger-Auslegerteilen an ihren Maschinen zu wechseln». Diese Definition habe ich der Homepage der SUVA entnommen; vgl. «Vorsicht bei Schnellwechseleinrichtungen für Baumaschinen!», abrufbar unter <www.suva.ch> und dort unter Prävention/Arbeit/Branchen und Themen/Bau (Haupt- und Nebengewerbe)/Krane und Baumaschinen (besucht am 23. Mai 2016).

⁵⁰¹ Vgl. die Unterlagen zum Referats von Adrian Bloch anlässlich der Trägerschaftstagung der EKAS vom 5. November 2014, elektronisch abrufbar unter <www.ekas.admin.ch> und dort unter Aktuell/EKAS Tagungen/EKAS Trägerschaftstagung (besucht am 23. Mai 2016).

⁵⁰² Siehe «Vorsicht bei Schnellwechseleinrichtungen für Baumaschinen!», abrufbar unter <www.suva.ch> und dort unter Prävention/Arbeit/Branchen und Themen/Bau (Haupt- und Nebengewerbe)/Krane und Baumaschinen (besucht am 23. Mai 2016). Diese Warnung erfolgte in Anwendung von Art. 10 Abs. 2 lit. b PrSG.

- 357 **b.** Das vom Arbeitgeber zu berücksichtigende objektive Erfahrungswissen ist zwar in der Regel, aber *nicht notwendigerweise schriftlich* festgehalten. Gerade für Bauarbeiten gibt es auf viele Sicherheitsfragen Antworten, die als bekannt zu gelten haben, weil die Gefahren in der Branche bekannt und die entsprechenden Sicherheitsmassnahmen üblich sind. In diesem Zusammenhang kann auf ein Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahr 1964 betreffend den Umgang mit Gas verwiesen werden. Das Gericht führte unter anderem aus: Die «Erfahrung zeigt, dass bei Gas die kleinste Unaufmerksamkeit schwerwiegende Folgen zeitigen kann»⁵⁰³. Das Gericht bezog sich hier auf die objektive Erfahrung.
- 358 **c.** Nicht von Belang ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, ob ein Arbeitgeber das objektive Erfahrungswissen *tatsächlich zur Kenntnis genommen* hat (ob er etwa Fachzeitschriften konsultiert, Newsletter liest oder Fachtagungen besucht). Entsprechend verfängt das Argument des Arbeitgebers, ihm sei die objektive Erfahrung nicht bekannt gewesen, zum Vornherein nicht. Aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers fliesst, dass dieser sich regelmässig über das objektive Erfahrungswissen (und auch über den Stand der Technik) in seiner Branche zu informieren hat. Fehlt einem Arbeitgeber das Fachwissen, so hat er einen Spezialisten der Arbeitssicherheit beizuziehen.⁵⁰⁴ Von Belang ist im Übrigen auch nicht, ob die objektive Erfahrung in der Praxis überall umgesetzt wird. Folglich ist auch das Vorbringen des Arbeitgebers, nicht alle Betriebe in der Branche setzten die gebotenen Schutzmassnahmen um, unbehelflich.⁵⁰⁵
- 359 **5.** Allenfalls geht die vom Arbeitgeber zu berücksichtigende Erfahrung über die erwähnte objektive Erfahrung (Rz. 355 ff.) hinaus. Der Arbeitgeber hat sich nämlich auch **subjektives Erfahrungswissen** anrechnen zu lassen. Damit ist jenes Wissen angesprochen, das der Arbeitgeber spezifisch in seinem eigenen Betrieb sammelt.

⁵⁰³ BGE 90 IV 246 E. 1c.

⁵⁰⁴ Vgl. Art. 11a Abs. 2 lit. c VUV: «Die Bezugsspflicht richtet sich namentlich nach dem für die Gewährleistung der Arbeitssicherheit im Betrieb erforderlichen Fachwissen.» Vgl. auch OGer AG ZVE.2014.40 vom 27. Januar 2015 E. 5.5.2.2.2: «Fehlt es einem Arbeitgeber persönlich an einschlägigem sicherheitstechnischem Know-how, d.h. dem Wissen und entsprechender Erfahrung, muss er sich diese durch Lektüre, Erkundigung bei Dritten oder Beizug eines Fachmanns aneignen»; dazu im bundesgerichtlichen Verfahren BGer 4A_189/2005 vom 6. Juli 2015 E. 3.2.

⁵⁰⁵ BGE 90 II 227 E. 2b: «Il est indifférent qu'en 1961 encore, de nombreuses blanchisseries lausannoises n'aient pas muni leurs essoreuses d'un couvercle.»

a. Ein und derselbe Arbeitsvorgang spielt sich in zwei verschiedenen Betrieben nicht immer in derselben Umwelt ab. Entsprechend können betriebsspezifische Besonderheiten dazu führen, dass ein Arbeitsvorgang nach objektiver Erfahrung zwar ungefährlich, aufgrund von *im Betrieb gesammelten Erfahrungen* aber gefährlich ist. In dieser Konstellation hat der Arbeitgeber diese subjektiven Erfahrungen zu berücksichtigen. 360

b. Was die Berücksichtigung der subjektiven Erfahrung bedeutet, illustriere ich an einem *Beispiel aus der Gerichtspraxis*:⁵⁰⁶ Ein Vorarbeiter (Erfüllungsgehilfe des Arbeitgebers nach Art. 101 OR; vgl. Rz. 699 ff.) hatte mehrfach beobachtet, wie es an einer Maschine fast zu einem Unfall – man könnte in Anlehnung an die in der Luftfahrt gebräuchliche Terminologie für kritische Zwischenfälle von einem «near miss» sprechen⁵⁰⁷ – gekommen war. Das Rohr, das einer Maschine Pressluft zuführte, hatte sich gelöst, wild in der Luft «getanzt». Der Arbeitgeber war gegen diesen Missstand nicht eingeschritten. Schliesslich kam es, wie es kommen musste: Das Rohr löste sich wieder einmal und traf einen Arbeitnehmer am Kopf; dieser verlor in der Folge das Gehör auf einem Ohr. Das Bundesgericht bejahte eine Haftung des Arbeitgebers gestützt auf die zivilrechtliche Kernnorm in Art. 328 Abs. 2 OR (in Verbindung mit Art. 101 OR)⁵⁰⁸. 361

Die Bedienung dieser Maschine war objektiv – unter normalen Voraussetzungen – wohl wenig gefährlich. In diesem spezifischen Fall aber hätte die subjektive Erfahrung des Arbeitgebers zur Behebung des Problems mit dem Pressluftschlauch führen müssen. Freilich: Das Bundesgericht unterschied in seinem Urteil nicht explizit zwischen objektiver und subjektiver Erfahrung. Nach meinem Dafürhalten hat das Gericht hier auf subjektives Erfahrungswissen betreffend eine Gefahrenquelle abgestellt, um die Haftung des Arbeitgebers zu bejahen. 362

⁵⁰⁶ BGE 110 II 163.

⁵⁰⁷ In der Luftfahrt bezeichnet dieser Begriff einen Beinahe-Zusammenstoss von zwei Flugzeugen. Im Bereich der Luftfahrt als auch im Gesundheitswesen sind inzwischen Systeme weitgehend etabliert, welche die anonymisierte Erfassung solch kritischer Ereignisse fördern sollen (sogenannte Critical Incident Reporting Systems, kurz CIRS). Grundlegendes Ziel dieser Systeme ist es, aus Zwischenfällen zu lernen. Vgl. etwa die von der Stiftung für Patientensicherheit betriebene Plattform CIRNET unter <www.cirnet.ch> (besucht am 23. Mai 2016).

⁵⁰⁸ Für den Wortlaut von Art. 101 Abs. 1 OR siehe Rz. 701.

- 363 **6.** Die Erfahrung ist – wie der noch darzustellende Stand der Technik⁵⁰⁹ auch – ein **dynamischer Begriff**.⁵¹⁰ Das Erfahrungswissen wandelt sich kontinuierlich. Diese Dynamik unterstreicht die grosse praktische Bedeutung der Publikationen von EKAS, SUVA und Fachorganisationen. In all diesen Publikationen kommt die objektive Erfahrung zum Ausdruck. Dabei liegt in der Natur der Sache, dass diese Publikationen künftige Entwicklungen und Erfahrungen nicht zu antizipieren vermögen. Festgehalten wird in ihnen mithin einzig die objektive Erfahrung, die *zum Zeitpunkt ihres Erscheinens* besteht.⁵¹¹ Damit sie nicht unbemerkt veralten, müssen sie stetig evaluiert und angepasst werden. Insbesondere wenn neue Gefahren bekannt werden (etwa im Zusammenhang mit der Nanotechnologie), die das Ergreifen von Schutzmassnahmen seitens des Arbeitgebers erfordern, bedarf es einer Anpassung bestehender bzw. die Ausarbeitung neuer Normen.
- 364 **7.** Ereignet sich ein Unfall, so wird – aus einer **ex-post-Betrachtung** – das theoretisch Mögliche regelmässig auch als nach der objektiven Erfahrung notwendig betrachtet. Im Nachgang zum Unfall stellt sich die Frage des hypothetischen Kausalzusammenhangs:⁵¹² Hätte der Unfall vermieden werden können, wenn der Arbeitgeber die in Frage stehende Massnahme getroffen hätte? Illustrativ dazu ist das Beispiel der Schutzhelmtragpflicht (Art. 5 BauAV). Sie verpflichtet zunächst den Arbeitnehmer dazu, den Helm zu tragen. Darüber hinaus wird aber auch der Arbeitgeber verpflichtet: Er hat die Schutzhelmtragpflicht durchzusetzen, indem er auf das Tragen des Schutzhelms besteht.⁵¹³ Die Schutzhelmtragpflicht besteht im Grundsatz nur bei Arbeiten, bei denen der Arbeitnehmer «durch herunterfallende Gegenstände oder Materialien gefährdet werden» kann (Art. 5 Abs. 1 BauAV).⁵¹⁴ Wird ein Bauarbeiter, der den Helm nicht trägt, von einem Gegenstand am Kopf getroffen, wird man in der Retrospektive immer fordern, er hätte einen

⁵⁰⁹ Zum Stand der Technik Rz. 365 ff.

⁵¹⁰ BGer 2C_462/2011 vom 9. Mai 2012 E. 4.2: Sowohl der Stand der Technik als auch die Erfahrung «évoluent en permanence».

⁵¹¹ Vgl. auch SONNENBERG, Protection, S. 51. Da auch die Ausarbeitung von Merkblättern und dergleichen stets eine Vorlaufzeit benötigt, ist bei raschem Fortschreiten der Erfahrung möglich, dass eine bestimmte Publikation bereits zum Zeitpunkt ihres Erscheinens veraltet ist. Vgl. auch Rz. 379 (betreffend den Stand der Technik).

⁵¹² Die Frage der adäquaten Kausalität wird retrospektiv geprüft. Vgl. BGer 4C.324/2005 vom 5. Januar 2006 E. 2.2; 4C.422/2004 vom 13. September 2005 E. 5.2.2.1.

⁵¹³ BGer 6S.41/2005 vom 17. März 2006 E. 4.1.

⁵¹⁴ In den von Art. 5 Abs. 1 BauAV erwähnten Fällen kommt es hingegen nicht darauf an, ob tatsächlich eine Gefahr besteht. Der Schutzhelm ist dann in «jedem Fall» zu tragen.

Schutzhelm tragen müssen.⁵¹⁵ Dieses Phänomen wird auch als Rückschau-
fehler bezeichnet (vgl. Rz. 525).

b) *«nach dem Stand der Technik anwendbar»*

1. Der Arbeitgeber hat jene (nach der Erfahrung notwendigen) Schutzmass- 365
nahmen zu treffen, die «nach dem Stand der Technik anwendbar» sind. Der
unbestimmte Rechtsbegriff «Stand der Technik» fungiert als zweite⁵¹⁶ Mess-
latte für die Bestimmung der gebotenen Massnahmen.⁵¹⁷

2. Der Stand der Technik ist **abzugrenzen von der Erfahrung**. Die Erfah- 366
rung beschlägt die Gefahrenermittlung und damit die Frage, gegen welche
Gefahren überhaupt Schutzmassnahmen zu treffen sind.⁵¹⁸ Der Stand der
Technik ist der Gefahrenermittlung gedanklich nachgelagert: Ist eine Gefahr
einmal identifiziert, beschlägt der Stand der Technik die Frage, welche tech-
nischen Lösungen bestehen, um die Wahrscheinlichkeit zu verringern, dass
sich die identifizierte Gefahr realisiert.

3. Nach einer Definition des Stands der Technik (Rz. 368 ff.) gehe ich auf 367
die Frage ein, ob «Stand der Technik» gleichzusetzen sei mit Technikstan-
dards, auf die in verschiedenen anderen Normen verwiesen wird
(Rz. 386 ff.).

⁵¹⁵ RUMO-JUNGO, Baustelle, S. 57. Je nach den konkreten Verhältnissen wird dieser Vor-
wurf direkt an den Arbeitgeber gerichtet, der hätte dafür sorgen müssen, dass sein Ar-
beitnehmer einen Schutzhelm trägt.

⁵¹⁶ Die Reihenfolge der unbestimmten Rechtsbegriffe variiert je nach Sprachfassung –
jedenfalls was die Kernnorm in Art. 328 Abs. 2 OR betrifft: In der deutsch- und in der
französischsprachigen Fassung ist sie identisch, während in der italienischsprachigen
Fassung zuerst der Stand der Technik erwähnt wird, dann die Angemessenheit und erst
danach die Erfahrung.

⁵¹⁷ Indem die Kernnormen auf den Stand der Technik verweisen, geraten sie «in das Schuß-
feld der Kritik: Wer garantiert uns, daß die der Entscheidung zugrunde liegenden wis-
senschaftlichen Expertisen auch zutreffen? Wie gelingt es der zur Entscheidung berufen-
en Behörde, die maßgeblichen wissenschaftlichen Erkenntnisse oder Regeln der Tech-
nik zu ermitteln? Wie gelingt es dem Gericht, im Streitfall die vom Gesetz gemeinte Er-
kenntnis von der unbeachtlichen Außenseitermeinung zu unterscheiden?»
(PLAGEMANN/TIETZSCH, Unbestimmte Rechtsbegriffe, S. 6, betreffend die «Stand der
wissenschaftlichen Erkenntnisse» und «Regeln der Technik» im deutschen Recht).

⁵¹⁸ Die französisch- und die italienischsprachigen Fassungen der Kernnormen sind in dieser
Hinsicht aufschlussreicher als die deutschsprachige: Der französischsprachige Text
spricht von den «mesures dont l'expérience a démontré la nécessité», der italienische
von den «provvedimenti, che l'esperienza ha dimostrato necessari».

aa) *Annäherung an den Begriff*

- 368 **1.** Das Gesetz enthält **keine Definition** des Stands der Technik, weder für die Zwecke der Arbeitssicherheit noch für andere Regelungsbereiche.⁵¹⁹ Diverse den Rechtsnormen nachgelagerte Normen erlauben jedoch eine Annäherung an den Begriff.
- 369 **a.** Eine erste Annäherung ergibt sich aus der *Wegleitung der EKAS*. Danach ist der Stand der Technik «im weitesten Sinne aufzufassen»⁵²⁰, wobei sich die Schutzmassnahmen dem technischen Fortschritt anzupassen hätten.
- 370 **b.** Eine zweite Annäherung ergibt sich aus der *ASA-Richtlinie der EKAS*. Definiert wird dort, spezifisch für die Zwecke der Arbeitssicherheit, zwar nicht der «Stand» der Technik, sondern die «anerkannten Regeln» der Technik.⁵²¹ Nach dieser spezifisch für die Arbeitssicherheit aufgestellten Definition gelten als «anerkannte Regeln der Technik» ... dokumentierte, allgemein akzeptierte, in der Praxis erprobte und bewährte Bestimmungen bezüglich Technik, Organisation und Verhalten, die auf einer risikoorientierten Betrachtungsweise basieren. Solche Regeln sind z.B. Richtlinien, Normen, Merkblätter, Checklisten, Sicherheitsdatenblätter oder Bedienungsanleitungen»⁵²².
- 371 **c.** Eine eigentliche Definition des Stands der Technik hat das *Europäische Komitee für Normung* (Comité Européen de Normalisation, kurz CEN) aufgestellt. Demnach ist der Stand der Technik ein «entwickeltes Stadium der technischen Möglichkeiten zu einem bestimmten Zeitpunkt, soweit Produkte, Prozesse und Dienstleistungen betroffen sind, basierend auf entsprechenden gesicherten Erkenntnissen von Wissenschaft, Technik und Erfahrung»⁵²³.

⁵¹⁹ Vgl. SHK PrSG-HESS, N 26 zu Art. 3. Vgl. aber das Patentrecht, wo eine Erfindung nach Massgabe des Gesetzes als neu gilt, wenn sie nicht zum Stand der Technik gehört (Art. 7 Abs. 1 PatG). Stand der Technik bildet dabei «alles, was ... der Öffentlichkeit durch schriftliche oder mündliche Beschreibung, durch Benützung oder in sonstiger Weise zugänglich gemacht worden ist» (Art. 7 Abs. 2 PatG).

⁵²⁰ EKAS, *Wegleitung*, Ziff. 306.2.

⁵²¹ Fraglich ist, ob zwischen dem «Stand» und den «Regeln» der Technik ein Unterschied besteht, ob also Gesetz und Verordnung mit den verschiedenen Formulierungen auf unterschiedliche Technikstandards verweisen. Auf diese Frage komme ich zurück (Rz. 386 ff.).

⁵²² ASA-Richtlinie, Anhang 4.

⁵²³ Ziff. 1.4 EN 45020:2006 (zitiert nach SHK PrSG-HESS, N 27 zu Art. 3).

2. In Bezug auf die Kernnormen ist der Stand der Technik im Sinne jener Definition zu verstehen, welche die EKAS in der ASA-Richtlinie für die «anerkannten Regeln der Technik» aufgestellt hat. Demnach ist der Stand der Technik zu verstehen als Summe der **in der Berufspraxis erprobten und bewährten Bestimmungen bezüglich Technik, Organisation und Verhalten**.⁵²⁴ Präzisierungen drängen sich in verschiedener Hinsicht auf:

a. Was sich erst im *Versuchsstadium* befindet, bildet (noch) nicht Stand der Technik. Vorausgesetzt ist nach richtiger Auffassung nicht nur das theoretische Wissen über ein Verfahren bzw. eine technische Lösung, sondern vielmehr eine Erprobung und Bewährung in der Berufspraxis.⁵²⁵ Mit dem Stand der Technik sind somit «alle *anerkannten* Regeln der Technik im fraglichen Fachgebiet»⁵²⁶ gemeint. Abzustellen ist auf das Wissen des durchschnittlichen Fachmanns.⁵²⁷

b. Der Stand der Technik ist – wie bereits die Erfahrung – ein dynamischer Begriff, der stetem Wandel unterliegt.⁵²⁸ Mit dem «Stand der Technik» ist der *jeweilige, gerade herrschende, aktuelle*⁵²⁹ Stand der Technik gemeint.⁵³⁰

⁵²⁴ Vgl. Rz. 370.

⁵²⁵ OFK ArG-MÜLLER, N 3 f. und N 7 zu Art. 6 Abs. 1; METTLER/AEBY, Sondermülldeponie, S. 108; TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht, S. 37; anderer Ansicht RUMO-JUNGO, Baustelle, S. 57: Vom Stand der Technik würden «alle Massnahmen» erfasst, «die nach wissenschaftlicher Erkenntnis unfallverhütend wirken». Insbesondere sei eine praktische Erprobung oder Anerkennung nicht notwendig. Vgl. auch SEIBEL, Technikstandards, S. 269: Mit der Verweisung auf den «Stand der Technik» verlagere der Gesetzgeber den Massstab «für das Erlaubte und Gebotene an die Front des technischen Fortschritts». Vgl. weiter den sogenannten Kalkar-Beschluss des deutschen Bundesverfassungsgerichts (Rz. 388): Mit dem gesetzlichen Verweis auf den «Stand der Technik» werde der Massstab «für das Erlaubte oder Gebotene ... an die Front der technischen Entwicklung verlagert, da die allgemeine Anerkennung und die praktische Bewährung allein für den Stand der Technik nicht ausschlaggebend sind».

⁵²⁶ Anstelle vieler STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 4 zu Art. 328 OR (Hervorhebung hinzugefügt); vgl. auch EMMEL, Handkommentar, N 3 zu Art. 328 OR; SONNENBERG, Protection, S. 122.

⁵²⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar N 4 zu Art. 328 OR; SONNENBERG, Protection, S. 122 («les connaissances que possède le spécialiste moyen»).

⁵²⁸ BGer 2C_462/2011 vom 9. Mai 2012 E. 4.2: Sowohl der Stand der Technik als auch die Erfahrung «évoluent en permanence»; SHK ArG-SCHIEDEGGER/PITTELOU/SIEGENTHALER, N 17 zu Art. 6; STUTZ, Abwasserrecht, S. 166.

⁵²⁹ Vom «aktuellen Stand der Technik» ist etwa in BGE 132 III 257 E. 5.4.4 die Rede.

⁵³⁰ Tunlichst zu vermeiden sind weitere Begriffe, etwa der «Stand der aktuellen Technik» (DONAUER/MÖRI, Fürsorgepflicht, S. 1052).

Um dem technischen Fortschritt Rechnung zu tragen, hat sich der Gesetzgeber – wie bereits bei der Erfahrung – der indirekten Verweisung bedient.⁵³¹ Der Gesetzgeber weiss, dass technische Normen bestehen, erwähnt diese aber nicht explizit.⁵³²

bb) Rechtliche Bedeutung technischer Normen

- 375 **1.** Der «Stand der Technik», auf den die Kernnormen der Arbeitssicherheit verweisen, wird in **technischen Normen** reflektiert.⁵³³ Das ist in mehrfacher Hinsicht zu erläutern:
- 376 **a.** Technischen Normen kommt primär die *Funktion* zu, «unbestimmte Gesetzesbegriffe für das Verwaltungsverfahren operabel zu machen. Sie können insbesondere Rechtsvorschriften, die auf den «Stand der Technik» ... Bezug nehmen, präzisieren»⁵³⁴. Diese Funktion erfüllen technische Normen auch im Bereich der Arbeitssicherheit: Sie konkretisieren den Stand der Technik – und damit eine der Messlatten, die es nach Massgabe der Kernnormen anzuwenden gilt.
- 377 **b.** Die technischen Normen sind *teilweise Rechtsnormen* (Verordnungsrecht), *teilweise aber auch private Normen* (wozu ich auch die Normen der SUVA zähle)⁵³⁵. In diesem Sinne ist die Verweisung gleichzeitig Binnen- als auch

⁵³¹ BRUNNER, Gutachten, S. 52.

⁵³² So verhält es sich auch bei den Bezugnahmen auf technische Normen im Umweltschutzrecht; dazu BRUNNER, Gutachten, S. 49.

⁵³³ Technische Normen werden freilich nicht ausschliesslich für die Zwecke der Arbeitssicherheit aufgestellt. Vielmehr «fördern [sie] die Rationalisierung, ermöglichen die Qualitätssicherung, sollen Handelshemmnisse abbauen helfen, ... vereinheitlichen Prüfmethoden etwa im Umweltschutz und erleichtern generell die Verständigung in Wirtschaft, Technik, Wissenschaft, Verwaltung und Öffentlichkeit» (BRUNNER, Gutachten, S. 13). Zum Begriff der technischen Norm allgemein BRUNNER, Technische Normen, S. 4 ff.; vgl. auch LOISTL, Technische Normen, passim.

⁵³⁴ BRUNNER, Gutachten, S. 13.

⁵³⁵ Vgl. KGer SG vom 22. September 2008, publiziert in: JAR 2009, S. 603 ff. E. III.1 Der Stand der Technik kann sich nicht nur aus Rechtsnormen, sondern auch aus «Informationen von Seminaren, Vorträgen, Messen und Ausstellungen» ergeben. Sie alle sind «mögliche Erkenntnisquellen für den technologischen Standard» (SHK PrSG-HESS, N 27 zu Art. 3 PrSG [vgl. Fn. 483]). Für eine Untersuchung zur Verweisungstechnik im Bereich technischer Normen siehe GRAUER, Verweisung auf technische Verbandsnormen.

Aussenverweisung.⁵³⁶ Bei der Bestimmung der im konkreten Fall gebotenen Schutzmassnahmen ist demnach nicht nur das Verordnungsrecht zu prüfen, sondern auch die technischen Normen anderer konkretisierender «Gefässe».⁵³⁷

c. Der Stand der Technik ergibt sich *nicht in allen Fällen aus geschriebenen Normen*.⁵³⁸ Deshalb ist die Ansicht, wonach ein Arbeitgeber mit «dem Befolgen und Umsetzen der Richtlinien ... seinen Pflichten bezüglich Sicherheit und Gesundheit der Mitarbeiter [nachkommt]»⁵³⁹, in ihrer Absolutheit unzutreffend. Zwar wird das Umsetzen von EKAS-Richtlinien und anderen konkretisierenden Normen in vielen Fällen genügen, aus folgenden Gründen jedoch nicht in allen:

- Erstens können sämtliche konkretisierenden Normen den Stand der Technik zum vornherein nur für den Zeitpunkt festhalten, in dem sie aufgestellt werden; künftige Entwicklungen vermögen sie nicht zu antizipieren. Und auch das gilt nur für den Idealfall, weil nicht auszuschliessen ist, dass eine bestimmte Norm bereits zum Zeitpunkt ihres Erscheinens hinter dem Stand der Technik zurückbleibt. 379
- Zweitens existieren Bereiche, in denen keinerlei konkretisierende Normen bestehen. Aus dem Fehlen von konkreten Normen darf aber nicht automatisch geschlossen werden, dass der Arbeitgeber keine Schutzmassnahmen zu treffen hätte. Ihn trifft immer noch die generelle Pflicht, wie sie in den Kernnormen zum Ausdruck gelangt. 380

d. Der Stand der Technik ist kein «nationaler», schweizerischer Begriff. 381 Vielmehr ist der jeweilige Stand im In- und Ausland zu berücksichtigen.⁵⁴⁰ Dieser Gedanke gelangt auch in der Verordnung über die Unfallverhütung zum Ausdruck: Nach Art. 52a Abs. 1 VUV hat die EKAS beim Aufstellen von Richtlinien das internationale Recht zu berücksichtigen.

⁵³⁶ Binnenverweisungen sind Verweisungen innerhalb desselben Erlasses oder Verweisungen auf andere Rechtsnormen des Bundesrechts. Von einer Aussenverweisung ist demgegenüber die Rede, wenn das Verweisungsobjekt ausserhalb der Rechtsnormen des Bundes liegt (BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, Ziff. 895).

⁵³⁷ Vgl. auch BGER 2C_462/2011 vom 9. Mai 2012 E. 4.2.

⁵³⁸ SONNENBERG, Protection, S. 122 m.H.

⁵³⁹ EKAS, Wegleitung, S. 156 (Ziff. 360.2 zu Art. 52a Abs. 2 VUV).

⁵⁴⁰ Vgl. METTLER, Gewässerschutz, S. 38; STUTZ, Abwasserrecht, S. 166.

- 382 e. Publikationen der EKAS, der SUVA und der Fachorganisationen sowie die weiteren nachgelagerten Normen wie Bedienungsanleitungen können – müssen aber nicht – den «Stand der Technik» wiedergeben.⁵⁴¹ Hält ein Arbeitgeber solche Normen ein, greift grundsätzlich eine *tatsächliche Vermutung*:^{542:543} Es wird dann vermutet, dass er den Stand der Technik eingehalten hat.⁵⁴⁴ Die Lehre setzt indessen voraus, dass die entsprechenden Normen «unter repräsentativer Mitwirkung führender Fachleute ausgearbeitet wur-

⁵⁴¹ Vgl. GERMANN, Strafrechtliche Verantwortung, S. 60; SONNENBERG, Protection, S. 51. Die EKAS hält in ihrer Definition des Stands der Technik in der ASA-Richtlinie (vgl. Rz. 370) fest: «Solche Regeln sind z.B. Richtlinien, Normen, Merkblätter, Checklisten, Sicherheitsdatenblätter oder Bedienungsanleitungen.» Vgl. für die im Bereich des Baurechts massgebenden technischen Normen, etwa jene des SIA, GAUCH, Werkvertrag, Rz. 850.

⁵⁴² Vgl. STÖCKLI, Streifzug, S. 14 Fn. 66 (zu den anerkannten Regeln der Baukunde); BRUNNER, Gutachten, S. 19: «Nach verbreiteter Auffassung begründet die Beachtung technischer Normen die tatsächliche Vermutung, dass dem Stand der Technik nachgelebt, die anerkannten Regeln der Baukunde und auch Sorgfaltspflichten eingehalten sind; diese Vermutung kann allerdings durch den Beweis des Gegenteils oder durch die Darlegung besonderer Umstände widerlegt werden.»

⁵⁴³ Im Umgang mit Vermutungen ist hinsichtlich der Terminologie Vorsicht geboten. Hier verwende ich die tatsächliche (auch: natürliche oder richterliche) Vermutung als Gegenstück zur gesetzlichen Vermutung. Der Unterschied zwischen diesen beiden Vermutungsarten liegt darin, dass die gesetzliche Vermutung zu einer Beweislastumkehr führt (so vermutet Art. 97 Abs. 1 OR das Verschulden, was im Vergleich zu Art. 41 Abs. 1 OR zu einer Umkehr der Beweislast betreffend dieser Haftungsvoraussetzung führt); die tatsächliche Vermutung hingegen führt nicht zu einer Umkehr der Beweislast, sondern einzig dazu, dass das Gericht im konkreten Einzelfall von einer bekannten Tatsache auf eine unbekannte schliesst, ohne aber durch eine Rechtsnorm dazu verpflichtet zu sein (HÄFELIN, Vermutungen, S. 626). Entsprechend beschlägt eine tatsächliche Vermutung nicht die Frage der Beweislast (wie die gesetzliche Vermutung), sondern jene der Beweiswürdigung (HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Einleitungsartikel und Personenrecht, Rz. 481; BK ZGB-WALTER, N 476 zu Art. 8). Es handelt sich um «Wahrscheinlichkeitsfolgerungen, die auf Grund der Lebenserfahrung gezogen werden» (BGE 130 II 482 E. 3.2; vgl. auch HÄFELIN, Vermutungen, S. 626). Zu gesetzlichen Vermutungen einlässlich BK ZGB-WALTER, N 387 ff. zu Art. 8, vgl. auch MÜLLER/UHLMANN, Rechtssetzlehre, Rz. 375 ff.

⁵⁴⁴ BRUNNER, Technische Normen, S. 161. Zu Fall gebracht wird die tatsächliche Vermutung durch einen Gegenbeweis, der sich gegen die Vermutungsbasis oder gegen die Vermutungsfolge richten kann; dabei reicht aus, «beim Gericht fallbezogen hinreichende Zweifel an der Wahrheit der Vermutungsbasis oder an der Schlüssigkeit des Erfahrungssatzes in der konkreten Konstellation» zu erwecken (BK ZGB-WALTER, N 476 zu Art. 8).

den»⁵⁴⁵. Bei alledem kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine konkretisierende Norm im Moment der Rechtsanwendung überholt ist, den Stand der Technik also nicht (mehr) wiedergibt.⁵⁴⁶ Dieser kann vielmehr über das hinausgehen, was in der Norm (noch) zum Ausdruck gelangt. Aus diesem Grunde ist es zu begrüßen, wenn die EKAS es zu ihrem Ziel macht, technisch überholte Normen aufzuheben bzw. anzupassen.⁵⁴⁷

f. Die Normenwerke von Akteuren wie der SUVA und der Fachorganisationen sind nicht automatisch mit dem Stand der Technik gleichzusetzen,⁵⁴⁸ und dies selbst dann nicht, wenn sie als «Regeln der Technik» bezeichnet werden (so die Regeln des SVS; vgl. Rz. 181). Die jeweiligen Normen können einerseits hinter ihm zurückbleiben, andererseits aber auch weitergehen. Praktisch findet dieser Gedanke indes kaum Berücksichtigung, und es wird, wo eine nachgelagerte Norm besteht, zur Bestimmung des Stands der Technik regelmässig ohne Weiteres und unreflektiert darauf abgestellt (Rz. 517). 383

2. Der Arbeitgeber hat den Stand der Technik zu kennen.⁵⁴⁹ Fehlt es ihm «an einschlägigem sicherheitstechnischem Know-how, d.h. dem Wissen und entsprechender Erfahrung, muss er sich diese durch Lektüre, Erkundigung bei Dritten oder Beizug eines Fachmanns aneignen»⁵⁵⁰. Nachdem der Stand der Technik kein nationaler Begriff ist (Rz. 381), muss der Arbeitgeber auch 384

⁵⁴⁵ GAUCH, Werkvertrag, Rz. 850; vgl. auch BRUNNER, Technische, Normen, S. 161: «Die [tatsächliche] Vermutung beruht unter anderem auf der Annahme, dass in den die technische Norm schaffenden Gremien die massgeblichen Fachkreise angemessen vertreten sind. Kann aufgezeigt werden, dass diese Annahme nicht zutrifft, so fällt auch die Vermutung dahin.»

⁵⁴⁶ Einprägsam BRUNNER, Baunormen, S. 36: «Technische Normen und Sorgfaltspflicht können ... auseinanderklaffen.»

⁵⁴⁷ EKAS, Wegleitung Richtlinien, S. 9 (Ziff. 3.5). So wurde beispielsweise im Jahr 2013 der Anhang B zur EKAS-Richtlinie Nr. 6506 über «Arbeiten auf hölzernen Masten von Freileitungen» auf Vorschlag der SUVA hin – und nach Abklärungen mit dem Eidgenössischen Starkstrominspektorat (ESTI) – angepasst (vgl. EKAS, Jahresbericht 2013, S. 19). Vgl. auch den Hinweis in der ASA-Richtlinie (Anhang I, S. 15), nach der die EKAS die Liste betreffend besondere Gefährdungen regelmässig überprüft und neuen Erkenntnissen anpasst.

⁵⁴⁸ Dazu und zum Folgenden STÖCKLI, Streifzug, S. 14 Fn. 66. Er hält dort (betreffend die anerkannten Regeln der Baukunde) insbesondere fest: «Technische Normen ... können ihrer Zeit voraus oder aber schlicht veraltet sein.»

⁵⁴⁹ Vgl. BRUNNER, Technische Normen, S. 162.

⁵⁵⁰ OGer AG ZVE.2014.40 (VZ.2013.34) vom 27. Januar 2015 E. 5.5.2.2.2. Die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde hat das Bundesgericht abgewiesen (BGer 4A_189/2015 vom 6. Juli 2015); vgl. auch BGE 72 II 311 E. 4.

die Entwicklungen auf internationaler Ebene, insbesondere in der EU, verfolgen.⁵⁵¹ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf das Recht eines Arbeitgebers, sich von der SUVA beraten zu lassen (Art. 60 Abs. 2 VUV). Inwiefern dem Arbeitgeber nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung allenfalls trotz Beratung durch die SUVA eine Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann, habe ich bereits aufgezeigt (Rz. 151).

- 385 **3.** Naturgemäss kann eine Schutzmassnahme nur dann ergriffen werden, wenn eine **technische Lösung überhaupt realisierbar** ist.⁵⁵² Es ist denkbar, dass eine Gefahr zwar identifiziert ist, dass für ihre Eindämmung (bzw. zur Minimierung des Unfallrisikos) aber noch keine technischen Lösungen bekannt sind. Dies gelangt in der deutschsprachigen Wendung, nach welcher der Stand der Technik «anwendbar» sein muss, nicht mit wünschbarer Klarheit zum Ausdruck. Die lateinischen Sprachfassungen sind in dieser Hinsicht zu bevorzugen. Sowohl in Art. 82 Abs. 1 UVG als auch in Art. 6 Abs. 1 ArG hat der Arbeitgeber nach der französischen Sprachfassung nur diejenigen Massnahmen zu treffen, «que l'état de la technique permet d'appliquer». Die italienische Sprachfassungen von Art. 328 Abs. 2 OR und Art. 6 Abs. 1 ArG (nicht aber derjenige von Art. 82 Abs. 1 UVG) sprechen von den Massnahmen, die «*realizzabili secondo lo stato della tecnica*» sind.⁵⁵³

*cc) Abgrenzung zu weiteren Formulierungen
mit Bezug auf die Technik*

- 386 **1.** Das Bundesrecht verwendet in den gemeinhin dem «Technikrecht»⁵⁵⁴ zugeordneten Bereichen (z.B. Nuklearsicherheit, Umweltschutz) nebst dem «Stand der Technik» **verschiedene andere Ausdrücke, um auf die Technik zu verweisen**. Selbst in der Arbeitssicherheit ist bald der «Stand der Technik» massgebend (wie in den Kernnormen), bald die «anerkannten sicher-

⁵⁵¹ So informiert etwa die Europäische Agentur für Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, die auch auf Deutsch oft kurz als EU-OSHA (Occupational Safety and Health Agency) bezeichnet wird, über neu auftretende Risiken. Siehe dazu <www.osha.europa.eu/de> und dort unter Neu auftretende Risiken (besucht am 23. Mai 2016).

⁵⁵² RUMO-JUNGO, Baustelle, S. 57.

⁵⁵³ Die Hervorhebungen im französischsprachigen und im italienischsprachigen Gesetzestext wurden hinzugefügt.

⁵⁵⁴ Dieser Terminus bezeichnet freilich kein in sich abgeschlossenes Rechtsgebiet, sondern (einzig) den Umstand, dass in den entsprechenden Gebieten technischen Fragen eine grosse Bedeutung zukommt.

heitstechnischen und arbeitsmedizinischen Regeln»⁵⁵⁵ (wie in der VUV). Die Palette an weiteren Ausdrücken, die sich im Bundesrecht finden, ist äusserst breit, sodass ein «gewisses Unbehagen über die Uneinheitlichkeit der Terminologie und damit auch des materiellen Inhaltes der unbestimmten Gesetzesbegriffe ... nicht zu bestreiten»⁵⁵⁶ ist. Verwendung finden etwa folgende Ausdrücke: «anerkannte Regeln der Technik»⁵⁵⁷, «Stand des Wissens und der Technik»⁵⁵⁸, «Stand von Wissenschaft und Technik»⁵⁵⁹, «nach dem Stand der Technik anerkannten Regeln»⁵⁶⁰, «anerkannten Regeln der Baukunde»⁵⁶¹ oder «anerkannten sicherheitstechnischen ... Regeln»⁵⁶². Fraglich ist angesichts der verschiedenen Bezeichnungen insbesondere, ob der Gesetzgeber auf unterschiedliche Technikstandards verweist oder ob – ungeachtet der mannigfaltigen Bezeichnungen – ein und derselbe Standard gemeint ist.⁵⁶³

2. Aus dem Konglomerat der erwähnten Begrifflichkeit lassen sich **drei** **Formulierungen herausdestillieren**, die besonders wichtig sind: der «Stand der Technik», die «Regeln der Technik» und der «Stand von Wissenschaft und Technik».⁵⁶⁴ 387

a. In Deutschland wird versucht, diese drei Standards in eine Ordnung zu bringen: Nach der *3-Stufen-Theorie*,⁵⁶⁵ zurückzuführen auf den «Kalkar-Beschluss» des Bundesverfassungsgerichts,⁵⁶⁶ handelt es sich bei den verschiedenen (im deutschen Recht verwendeten) Verweisungen nicht um «ein Zufallsprodukt, sondern [um] eine gewollte inhaltliche Abstufung der Si- 388

⁵⁵⁵ Art. 3 Abs. 1 VUV.

⁵⁵⁶ BRUNNER, Technische Normen, S. 141.

⁵⁵⁷ Art. 15 Abs. 1 Kranverordnung.

⁵⁵⁸ Art. 3 Abs. 2 PrSG (vgl. Fn. 483); interessanterweise war im Vorgängergesetz des Produktesicherheitsgesetzes (in Art. 3 und 4b Abs. 4 aSTEG [AS 1977 2370]) noch von den «anerkannten Regeln der Technik» die Rede.

⁵⁵⁹ Vgl. etwa Art. 4 Abs. 3 KEG (Fn. 488).

⁵⁶⁰ Art. 3 Abs. 1 der Verordnung vom 15. April 2015 über die Sicherheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Arbeiten im Überdruck (SR 832.311.12).

⁵⁶¹ Art. 229 Abs. 1 StGB; zu diesem Straftatbestand siehe Rz. 936 ff.

⁵⁶² Art. 3 Abs. 1 VUV.

⁵⁶³ Vgl. auch BRUNNER, Gutachten, S. 51 (bezogen auf das Umweltschutzrecht), der die Frage offen lässt. Zum Begriff des Technikstandards SEIBEL, Technikstandards, S. 266.

⁵⁶⁴ SHK PrSG-HESS, N 24 Fn. 48 zu Art. 3.

⁵⁶⁵ SEIBEL, Technikstandards, S. 269 f.; vgl. SHK PrSG-HESS, N 24 Fn. 48 zu Art. 3 m.w.H.

⁵⁶⁶ Siehe den sogenannten Kalkar-Beschluss des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 8. August 1978, insbesondere die Gründe 114 ff. Vgl. BRUNNER, Technische Normen, S. 140 ff.

cherheitsanforderungen».⁵⁶⁷ Die oberste Stufe bildet der «Stand von Wissenschaft und Technik»: Dieser Standard erfordert die Berücksichtigung neuester Erkenntnisse.⁵⁶⁸ Weiter vom aktuellen Kenntnisstand entfernt ist der «Stand der Technik», der die zweite Stufe bildet. Auf dritter Stufe – und somit am weitesten vom aktuellen Kenntnisstand entfernt – stehen die «anerkannten Regeln der Technik».⁵⁶⁹

- 389 **b.** In der Schweiz hat sich bisher kein kohärentes System herausgebildet. Die Frage der Bedeutung der unterschiedlichen Formulierungen wurde in Rechtsprechung und Literatur erstaunlicherweise kaum behandelt,⁵⁷⁰ insbesondere hat die skizzierte deutsche 3-Stufen-Theorie hierzulande kaum Einfluss gehabt.⁵⁷¹
- 390 **c.** Nach meinem Dafürhalten ist im Bereich der Arbeitssicherheit davon auszugehen, dass der schweizerische Gesetzgeber mit der Verwendung unterschiedlicher unbestimmter Rechtsbegriffe *keine unterschiedliche Technikstandards bezeichnet*.⁵⁷² Eine Anwendung der 3-Stufen-Theorie, wie sie in Deutschland vertreten wird (Rz. 388), ist für das Schweizer Recht demnach abzulehnen. In dieser Ansicht sehe ich mich durch die *französischen Sprachfassungen* der Gesetze gestützt. Während die drei Kernnormen heute übereinstimmend vom «état de la technique» (Stand der Technik) sprechen – und folglich mit dem deutschen Wortlaut übereinstimmen –, gab es in den Vorgängerversionen zwischen der deutsch- und der französischen Sprachfas-

⁵⁶⁷ SEIBEL, Technikstandards, S. 274.

⁵⁶⁸ BRUNNER, Technische Normen, S. 140; vgl. auch BRUNNER, Gutachten, S. 51 m.H. Gerade weil der «Stand von Wissenschaft und Technik» die Berücksichtigung neuester Erkenntnisse erfordert, geht er «in jedem Fall weiter ..., als er sich in einer technischen Norm widerspiegelt. Grund hierfür ist unter anderem der lange Zeitabschnitt, bis eine Norm entwickelt und veröffentlicht werden kann» (SHK PrsG-HESS, N 7 zu Art. 6; vgl. auch N 24 ff. zu Art. 3, wo er die Begriffe Regeln der Technik, Stand der Technik, Stand von Wissenschaft und Technik und Stand des Wissens und der Technik voneinander abgrenzt).

⁵⁶⁹ Kritisch zur deutschen 3-Stufen-Theorie BRUNNER, Technische Normen, S. 141 f. Fn. 32.

⁵⁷⁰ Vgl. immerhin SHK PrsG-HESS, N 24 Fn 48 zu Art. 3. Funktionell ziehen die Technikstandards die Grenze zwischen erlaubtem und unerlaubtem Risiko; vgl. MÜLLER-FOELL, Technische Normen, S. 31 ff.; SEIBEL, Technikstandards, S. 266 f. m.H.

⁵⁷¹ BRUNNER, Technische Normen, S. 141; BRUNNER, Gutachten, S. 51.

⁵⁷² Für den Bereich der Umweltschutzgesetzgebung BRUNNER, Gutachten, S. 51. Vgl. auch BRUNNER, Baunormen, S. 27 Fn. 12: Eine solche Begriffsdifferenzierung sei im Schweizer Recht «kaum sinnvoll».

sung Differenzen. Art. 2 Abs. 4 aFG (1877), die Vorgängernorm des heutigen Art. 6 Abs. 1 ArG, verwies in seiner deutschsprachigen Version bereits damals auf den «Stand der Technik».⁵⁷³ In der französischsprachigen Fassung hingegen galt der Verweis den «progrès de la science», also den Fortschritten der Wissenschaft. Dieselbe Divergenz bestand zwischen der deutsch- und der französischsprachigen Fassung von Art. 65 aKUVG (1911), der Vorgängernorm des heutigen Art. 82 Abs. 2 UVG.⁵⁷⁴ Dies zeigt, dass sich jedenfalls der Gesetzgeber nicht bewusst für die Formulierung «Stand der Technik» entschied; er übernahm jene Formulierung, die bereits das glarnerische Fabrikgesetz kannte (Rz. 306).

3. Wünschenswert wäre, die bestehende Vielfalt in der **Terminologie in einem einzigen Begriff zu konsolidieren** (z.B. im «Stand der Technik»). Der entsprechende «Einheitsbegriff» wäre dann je «nach Regelungsbereich ... differenziert auszulegen»⁵⁷⁵. Obgleich wünschenswert, ist in absehbarer Zukunft nicht damit zu rechnen, dass sich in der Schweiz eine einheitliche, differenzierende Terminologie durchsetzen wird.⁵⁷⁶ Es besteht gar die Tendenz, neue Termini einzuführen: Erst kürzlich (auf den 1. Januar 2016 hin) wurde eine Verordnungsvorschrift in Kraft gesetzt, mit den «nach dem Stand der Technik anerkannten Regeln»⁵⁷⁷ eine Formulierung aufnimmt, die im Bundesrecht bisher nirgends verwendet wurde. 391

c) *Angemessenheit*

Schutzmassnahmen, die nach der Erfahrung notwendig und nach dem Stand der Technik anwendbar sind, hat der Arbeitgeber nach Massgabe der Kernnormen einzig zu treffen, wenn sie den Verhältnissen angemessen sind.⁵⁷⁸ 392

⁵⁷³ Zitiert in der von der Bundesversammlung am 23. März 1877 beschlossenen Fassung (BBl 1877 II 483, S. 484 [Art. 2 Abs. 4]). Vgl. bereits den Gesetzesentwurf vom 2. November 1875 (BBl 1875 IV 573, S. 574 [Art. 2 Abs. 3]).

⁵⁷⁴ Im deutschen Gesetzestext hiess es «Stand der Technik» (BBl 1911 III 523, S. 547 [Art. 65]), im französischen «progrès de la science» (FF 1911 III 815, S. 837 [Art. 65]).

⁵⁷⁵ BRUNNER, Technische Normen, S. 141, der den Einheitsbegriff «règle de l'art» im französischen Recht erwähnt.

⁵⁷⁶ Vgl. BRUNNER, Technische Normen, S. 141.

⁵⁷⁷ Art. 3 Abs. 1 der Verordnung vom 15. April 2015 über die Sicherheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Arbeiten im Überdruck.

⁵⁷⁸ Vgl. TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht, S. 36: «Das Ausmass der erforderlichen Schutzmassnahmen wird durch drei Faktoren bestimmt: die Erfahrung, den Stand der Technik sowie die Verhältnisse des Betriebs. Die beiden ersten Faktoren sind relativ leicht zu bestimm-

aa) *Angemessenheit als Synonym
für die Verhältnismässigkeit*

- 393 1. Der Ausdruck «angemessen», wie ihn die drei Kernnormen verwenden, ist als Synonym für die **Verhältnismässigkeit** zu verstehen.⁵⁷⁹
- 394 a. Die Verhältnismässigkeit ist ein *Verfassungsgrundsatz*. Seit der Totalrevision von 1999 ist er in der Bundesverfassung explizit verankert.⁵⁸⁰ Art. 5 Abs. 2 BV hält fest: «Staatliches Handeln muss ... verhältnismässig sein.»
- 395 b. Wie kann der Grundsatz der Verhältnismässigkeit für die Arbeitssicherheit operabel gemacht werden? Insbesondere hat eine von der SUVA gegenüber dem Arbeitgeber getroffene Anordnung verhältnismässig zu sein. In Erinnerung rufe ich das aus dem Verwaltungsrecht bekannte, dreistufige Prüfschema: Eignung – Erforderlichkeit – Zumutbarkeit (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne).⁵⁸¹
- 396 c. Die von den Kernnormen verlangte Verhältnismässigkeitsprüfung läuft im Wesentlichen auf die Prüfung der Zumutbarkeit (als einem der Teilgehalte der Verhältnismässigkeit) hinaus. Bei der Revision des Arbeitsgesetzes in den 1960er-Jahren wurde die zentrale Bedeutung der Zumutbarkeit unterstrichen: Mit der seither geltenden Formulierung wollte der Gesetzgeber «klarer ... zum Ausdruck [bringen], dass auf die konkreten und besonderen Verhältnisse des Betriebes in wirtschaftlicher und technischer Beziehung Rücksicht

men, weil hinsichtlich Erfahrung und Stand der Technik objektive Kriterien bestehen, wogegen die Berücksichtigung der Betriebsverhältnisse einen erheblichen Ermessensspielraum gewährt»; weiter SONNENBERG, Protection, S. 123; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 7 zu Art. 328 OR (am Ende).

⁵⁷⁹ Das Bundesgericht geht bei der Angemessenheitsprüfung davon aus, dass eine Schutzmassnahme «angesichts der Eigenheit des Betriebes verhältnismässig» sein muss (BGE 132 III 257 E. 5.4.4). In diesem Leitentscheid erstaunt, dass das Bundesgericht (inhaltlich) alle drei Messlatten der Kernnormen anspricht, dabei aber von der gesetzlichen Formulierung abweicht. Einzig den «Stand der Technik» entnimmt es direkt dem Gesetzeswortlaut, während es die Angemessenheit durch «verhältnismässig» und die Erfahrung durch die Wendung ersetzt, es müsse für die Anordnung einer Schutzmassnahme «ein praktisches Interesse bestehen». Zur Verhältnismässigkeit vgl. auch MÜLLER, Zauberwürfel, S. 87; EKAS, Wegleitung, S. 17 Ziff. 306.4, wonach es sich bei der Angemessenheit «um die Konkretisierung des allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismässigkeit» handelt.

⁵⁸⁰ Vor der Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 wurde das Verhältnismässigkeitsprinzip aus Art. 4 Abs. 1 aBV (1874) abgeleitet (BGE 116 Ia 323).

⁵⁸¹ Zum Dreischritt allgemein MÜLLER, Zauberwürfel, S. 28 ff.

zu nehmen ist»⁵⁸². Die *Zumutbarkeitsprüfung erfolgt also aus der subjektiven Sicht des betroffenen Arbeitgebers*. Die Prüfung der beiden anderen Teilschritte – Eignung und Erforderlichkeit – erfolgt hingegen aus einer objektiven Perspektive.⁵⁸³

2. Die Zumutbarkeitsprüfung beinhaltet eine Abwägung zwischen den Implikationen einer Massnahme und ihren (erhofften) Wirkungen.⁵⁸⁴ Mit anderen Worten ist die Mittel-Zweck-Relation zu eruieren. Was aber bedeutet dies praktisch für die Prüfung der Zumutbarkeit? 397

bb) Bedeutung des Kriteriums der «wirtschaftlichen Tragbarkeit»

1. Im **Umweltrecht** wird die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Verhältnismässigkeitsprinzip auf der einen und dem Kriterium der wirtschaftlichen Tragbarkeit auf der anderen Seite einlässlich diskutiert.⁵⁸⁵ Verschiedene umweltrechtliche Gesetze und Verordnungen beziehen sich nämlich bald auf das Verhältnismässigkeitsprinzip (bzw. auf die Zumutbarkeit als deren Teilgehalt), bald auf die wirtschaftliche Tragbarkeit.⁵⁸⁶ Die wohl prominenteste Vorschrift, in der auf die wirtschaftliche Tragbarkeit verwiesen wird, ist Art. 11 Abs. 2 USG. Er lautet folgendermassen: «Unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung sind Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und *wirtschaftlich* 398

⁵⁸² Botschaft ArG 1960, S. 961.

⁵⁸³ MÜLLER, Zauberwürfel, S. 31 Fn. 103; ZIMMERLI, Standortbestimmung, S. 16 f.

⁵⁸⁴ Zwei Beispiele der Interessenabwägung aus der Rechtsprechung: (i) Bei Tierversuchen ist abzuwägen zwischen dem Interesse der Forschung einerseits und der Würde des Tiers andererseits (BGE 135 II 384). (ii) Strafrechtliche Massnahmen machen eine Abwägung zwischen dem Sicherheitsinteresse der Öffentlichkeit und dem Interesse des Täters an Freiheit notwendig (BGE 139 IV 57 E. 1.3.2). Beide Beispiele habe ich entnommen bei SEILER, Risk Engineering, S. 293. Vgl. auch ZIMMERLI, Standortbestimmung, S. 16.

⁵⁸⁵ Vgl. insbesondere GRIFFEL, Grundprinzipien, Rz. 146 ff., SCHRADER/LORETAN, USG-Kommentar, N 30 ff. zu Art. 11.

⁵⁸⁶ Zum Vorkommen der beiden Termini im Umweltrecht siehe GRIFFEL, Grundprinzipien, Rz. 149 ff. Auch in anderen Regelungszusammenhängen taucht das Kriterium der wirtschaftlichen Tragbarkeit auf; vgl. etwa Art. 3 Abs. 1 StFV (für dessen Wortlaut siehe Fn. 492).

tragbar ist.»⁵⁸⁷ Das Kriterium der wirtschaftlichen Tragbarkeit wird im Verordnungsrecht weiter konkretisiert.⁵⁸⁸

399 Es ist hier nicht der Ort, der Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Verhältnismässigkeitsprinzip und dem Kriterium der wirtschaftlichen Tragbarkeit für das Umweltrecht auf den Grund zu gehen, zumal «ernsthafte Zweifel» daran bestehen, «ob die Unterscheidung in der Praxis überhaupt eine Rolle spielt»⁵⁸⁹. Prüfwert ist im vorliegenden Zusammenhang indessen, ob sich das Kriterium der wirtschaftlichen Tragbarkeit für die Zwecke der Kernnormen der Arbeitssicherheit fruchtbar machen lässt.

400 2. Erwähnen will ich jedoch, zu welchem Schluss GRIFFEL im Bereich des Umweltrechts kommt. Er vertritt die Ansicht, «dass das objektivierte Kriterium der wirtschaftlichen Tragbarkeit das subjektive Kriterium der Zumutbarkeit nicht verdrängt»⁵⁹⁰. Gleichzeitig hält er fest, dass eine für ein Standardunternehmen wirtschaftlich tragbare Massnahme «in der Mehrzahl der Fälle eine gewisse faktische Vermutung»⁵⁹¹ auslöst, wonach die Massnahme zumutbar ist. Damit verwirft er explizit die Auffassung von SCHRADER/LORETAN, wonach im Anwendungsbereich von Art. 11 Abs. 2 USG ein «rechtlicher Ansatz» gelte.⁵⁹² Danach ist für die Beurteilung der wirtschaftlichen Tragbarkeit weder auf einen betriebswirtschaftlichen noch auf einen volkswirtschaftlichen Ansatz abzustellen, sondern auf ein sogenanntes Standardunternehmen, einem «wirtschaftlich gesunden Unternehmen, das mit zeitgemässen Produktionsanlagen arbeitet und kompetent geführt wird»⁵⁹³.

⁵⁸⁷ Die Hervorhebung wurde hinzugefügt.

⁵⁸⁸ Erwähnt seien hier zwei Beispiele: (i) Art. 4 Abs. 3 LRV: «Für die Beurteilung der wirtschaftlichen Tragbarkeit von Emissionsbegrenzungen ist auf einen mittleren und wirtschaftlich gesunden Betrieb der betreffenden Branche abzustellen. Gibt es in einer Branche sehr unterschiedliche Klassen von Betriebsgrössen, so ist von einem mittleren Betrieb der entsprechenden Klasse auszugehen.» (ii) Art. 3 Abs. 5 NISV: «Wirtschaftlich tragbar sind Massnahmen zur Emissionsbegrenzung, die für einen mittleren und wirtschaftlich gesunden Betrieb der betreffenden Branche zumutbar sind. Gibt es in einer Branche sehr unterschiedliche Klassen von Betriebsgrössen, so ist von einem mittleren Betrieb der entsprechenden Klasse auszugehen.»

⁵⁸⁹ GRIFFEL, Grundprinzipien, Rz. 159.

⁵⁹⁰ GRIFFEL, Grundprinzipien, Rz. 157; anderer Ansicht SCHRADER/LORETAN, USG-Kommentar, N 30 ff. zu Art. 11.

⁵⁹¹ GRIFFEL, Grundprinzipien, Rz. 157.

⁵⁹² SCHRADER/LORETAN, USG-Kommentar, N 34 zu Art. 11.

⁵⁹³ SCHRADER/LORETAN, USG-Kommentar, N 34 zu Art. 11.

cc) *Nutzbarmachung der «wirtschaftlichen Tragbarkeit» für die Kernnormen der Arbeitssicherheit?*

1. Die Verhältnismässigkeitsprüfung, die nach den Kernnormen der Arbeitssicherheit angezeigt ist, läuft im Wesentlichen auf eine **Abwägung zwischen den Kosten und dem Nutzen von Schutzmassnahmen** hinaus.⁵⁹⁴ Diese wirtschaftliche Betrachtungsweise ergibt sich in der Arbeitssicherheit zwar nicht unmittelbar aus dem Gesetzestext. Es entspricht jedoch der bundesgerichtlichen Praxis, wonach die «auferlegten Massnahmen ... wirtschaftlich tragbar sein und deren Kosten in einem vernünftigen Verhältnis zu deren Wirksamkeit stehen»⁵⁹⁵ müssen. Auch in der Literatur wird bisweilen direkt auf ein Wirtschaftlichkeitskriterium abgestellt.⁵⁹⁶ 401

2. Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise mag im Bereich des Arbeitnehmerschutzes stossend wirken, läuft sie doch auf eine Monetarisierung des menschlichen Lebens und damit schliesslich auf die Frage nach dem **Kosten-Nutzen-Verhältnis einer bestimmten Schutzmassnahme** hinaus.⁵⁹⁷ 402
Der Gesetzgeber verfolgt im Arbeitnehmerschutz denn auch nicht primär ökonomische, sondern gesundheits- und sozialpolitische Ziele. Ökonomische

⁵⁹⁴ TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht, S. 37; vgl. auch MÜLLER/INAUEN, Haftung, S. 175. Anderer Ansicht ist – freilich nicht im Bereich der Arbeitssicherheit, sondern im Umweltrecht – insbesondere GRIFFEL. Nach ihm ist die Zumutbarkeit (als Teilgehalt des Verhältnismässigkeitsprinzips) gerade nicht mit der wirtschaftlichen Tragbarkeit gleichzusetzen. Die Zumutbarkeitsprüfung habe vielmehr «nach sämtlichen individuellen Gesichtspunkten des konkreten Einzelfalls» zu erfolgen (GRIFFEL, Grundprinzipien, Rz. 155; gleicher Meinung METTLER, Gewässerschutz, S. 39 f.; STUTZ, Abwasserrecht, S. 171).

⁵⁹⁵ BGE 132 III 257 E. 5.4.4.

⁵⁹⁶ Vgl. etwa MÜLLER/INAUEN, Haftung, S. 175, nach denen «gemäss Gesetzestext» unter anderem das «wirtschaftlich angemessene» eine Grenze der Schutzpflicht des Arbeitgebers bildet. Diese wirtschaftliche Betrachtungsweise ergibt sich indes nicht aus dem Gesetzestext.

⁵⁹⁷ SEILER, Risk Engineering, S. 296, entkräftet den Einwand grundsätzlicher Natur, wonach Menschenleben nicht in Geldwert ausgedrückt werden dürften, überzeugend wie folgt: «Die gesamtgesellschaftliche verfügbaren finanziellen Ressourcen sind immer begrenzt. Es kann nicht unendlich viel Geld für Sicherheitsmassnahmen aufgewendet werden. Es ist deshalb auch rechtlich anerkannt, dass nicht alle denkbaren, sondern nur die angemessenen Sicherheitsmassnahmen getroffen werden müssen. Das impliziert zwangsläufig, dass es Sicherheitsmassnahmen gibt, die – weil zu aufwändig – nicht mehr zumutbar sind. Der Grenzkostenansatz drückt bloss diese Selbstverständlichkeit in quantitativer Form aus. Zugleich erlaubt er ein insgesamt höheres Sicherheitsniveau, indem die verfügbaren Ressourcen so eingesetzt werden, dass damit möglichst viele Risiken vermieden werden können.» Zum Grenzkostenansatz siehe SEILER, Abschlussbericht, S. 46 f.

Bezugspunkte lassen sich bei der risikogerechten Prämie, die der Arbeitgeber in der Unfallversicherung zu entrichten hat, und bei der zivilrechtlichen Haftung ausmachen.⁵⁹⁸

- 403 Auch wenn ökonomische Überlegungen fremd anmuten mögen, so sind Kosten-Nutzen-Abwägungen dem Recht auch im Zusammenhang mit dem Schutz menschlichen Lebens nicht fremd: Vielerorts wird dem Leben für juristische Zwecke ein in Frankenbeträgen ausgedrückter Wert beigemessen. Insbesondere bei Unfällen wird (aus einer ex-post-Betrachtung) die Frage aufgeworfen, ob es unter finanziellen Gesichtspunkten verhältnismässig gewesen wäre, weitere oder bessere Schutzmassnahmen zu treffen. Diese Frage verneinte das Bundesgericht etwa in BGer 4C.45/2005 vom 18. Mai 2005: Bei einem Lawinnenniedergang auf eine ungeschützte Strasse starben im Kanton Wallis elf Menschen. Im Nachgang zu dieser Tragödie wurde der Kanton Wallis (als Eigentümer der Strasse) gestützt auf Art. 58 OR auf Zahlung von Schadenersatz und Genugtuung belangt. Das Bundesgericht verneinte in letzter Instanz eine Haftung des Kantons. Es hielt die vorinstanzlichen Erwägungen für bundesrechtskonform, wonach der Kanton bereits viele Ressourcen für die Sicherung der Strassen einsetze. Eine Absicherung sämtlicher Strassen im Kanton «würde jedoch das Zehnfache dieses Budgets» in Anspruch nehmen, was für den Kanton – der vom Bund zudem keine Subventionen für die Sicherung des kantonalen Strassennetzes mehr erhalte – finanziell nicht tragbar sei.⁵⁹⁹

- 404 **3.** Die Rechtsprechung zeugt kaum von Fällen, in denen ein Gericht das Verhältnis zwischen den Kosten einer Schutzmassnahme und ihrem Nutzen konkret berechnete. Aus dem Bereich der Arbeitssicherheit ist kein Urteil bekannt. Ein Fall, in dem eine solche konkrete Berechnung angestellt wurde (allerdings ausserhalb der Arbeitssicherheit), ist der **Berner Fenstersturzfall**. Er beschäftigte sowohl das Berner Verwaltungsgericht als auch das Bundesgericht je zweimal.⁶⁰⁰ Der Sachverhalt war folgender: Ein Patient wurde im Berner Inselspital am Herzen operiert; die Operation an sich verlief problemlos. Als der Patient auf die Normalstation verlegt wurde, zeigte er Anzeichen von Verwirrtheit (sogenanntes Delir), ein nach herzchirurgi-

⁵⁹⁸ VISCUSI/HARRINGTON/VERNON, Workplace Health and Safety, S. 827; HETTICH, Risikoversorge, Rz. 387.

⁵⁹⁹ BGer 4C.45/2005 vom 18. Mai 2005 E. 3.1.

⁶⁰⁰ Vgl. zum Berner Fenstersturzfall im Einzelnen die Urteile VGer BE 21084 vom 15. März 2004; BGE 130 I 337; VGer BE 22214U vom 25. Juli 2005; BGer 4P.244/2005 vom 6. Februar 2006 (in der Reihenfolge der Behandlung des Falls durch die beiden Gerichte).

schen Eingriffen «nahezu alltägliches Problem». Deshalb wurde im Zimmer des Patienten die Balkontüre verriegelt. In der Nacht begab sich der Patient jedoch ins Zimmer eines Nachbarn und stürzte sich dort vom Balkon in die Tiefe. Er erlag seinen Verletzungen. Im darauffolgenden Prozess verlangten die Angehörigen des Verstorbenen vom Insepsital Schadenersatz und Genugtuung mit der Begründung, die getroffenen Sicherheitsmassnahmen seien unzureichend gewesen. Umstritten war vor Gericht vor allem die Frage, ob es dem Spital finanziell zuzumuten gewesen wäre, eine Sitzwache vor der Zimmertür des Patienten zu positionieren, um zu verhindern, dass dieser sich vom Balkon des Nachbarzimmers stürze.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern verneinte die finanzielle Zumutbarkeit einer Sitzwache, die es aus einer ex-ante-Betrachtung zu beurteilen gelte. In Erwägung 5.4 berechnete das Gericht die Risikoreduktion, die sich durch eine Sitzwache ergeben hätte, und setzte diese sodann in Bezug zu den Kosten, die eine einwöchige Sitzwache verursacht hätte. Das Verwaltungsgericht kam zum Schluss: Es «ergeben sich pro gerettetes Menschenleben Kosten von mindestens ca. 1,7 Milliarden Franken, oder – umgerechnet auf die durchschnittliche Lebenserwartung des damals 75-jährigen Patienten von ca. 11.5 Jahren [...] – pro gerettetes Menschenlebensjahr Kosten von mindestens 150 Mio. Franken»⁶⁰¹. Das Bundesgericht lehnte diese Berechnung des Verwaltungsgerichts aus mehreren Gründen ab; unter anderem deshalb, weil die Vorinstanz damit gegen den Grundsatz der Bindung an den Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts verstossen habe.⁶⁰² Das Bundesgericht stellte auch eine eigene Berechnung an: Es multiplizierte den mittleren Wert der jährlich im Insepsital vorkommenden Delirfälle (305) mit den Kosten einer einwöchigen Sitzwache (CHF 1'680.–) und gelangte so zum Betrag von CHF 512'400.–⁶⁰³. Das seien die dem Spital jährlich entstehenden «Gesamtkosten ... für Sitznachtwachen in Delirfällen»⁶⁰⁴. Diese seien dem Spital zumutbar. Entsprechend hiess das Bundesgericht im Ergebnis die Beschwerde gut und bejahte damit die Haftung des Spitals.⁶⁰⁵ Dieses Urteil des Bundesgerichts ist in der Lehre auf berechtigte Kritik gestossen,⁶⁰⁶ weil

⁶⁰¹ VGer BE 22214U vom 25. Juli 2005 E. 5.4.6.

⁶⁰² BGer 4P.244/2005 vom 6. Februar 2006 E. 4.2.

⁶⁰³ BGer 4P.244/2005 vom 6. Februar 2006 E. 4.

⁶⁰⁴ BGer 4P.244/2005 vom 6. Februar 2006 E. 4.1.

⁶⁰⁵ BGer 4P.244/2005 vom 6. Februar 2006.

⁶⁰⁶ Siehe HAUSHEER/JAUN, Rechtsprechung, S. 121 ff.; KUHN, Fenstersturz, passim; SEILER, Kostenwirksamkeit, S. 148 ff. Hinzuweisen ist für die Diskussion des Berner Fenster-

die bundesgerichtliche Berechnung die Wahrscheinlichkeit, dass es zum Delir kommt, nicht berücksichtigt: Das Bundesgericht stellte ausschliesslich auf jene Kosten ab, die durch Sitzwachen für Patienten, bei denen tatsächlich ein Delir vorkommt, verursacht werden. Gerade die Frage, bei welchen Patienten dies der Fall ist, lässt sich jedoch nicht zum Vornherein beantworten; nach richtiger Betrachtung – und in Übereinstimmung mit dem Urteil des Verwaltungsgerichts – sind die Kosten einer Sitzwache für alle Fälle, bei denen die Gefahr eines Delirs besteht, in die «Gesamtkosten» einzukalkulieren.⁶⁰⁷

- 406 **4.** Im Zusammenhang mit der Kosten-Nutzen-Abwägung muss auch die im Bereich der Arbeitssicherheit häufig anzutreffende Formulierung relativiert werden, dem Schutz der körperlichen Integrität komme «stets erste Priorität»⁶⁰⁸ zu. Dieser Satz verwirrt mehr, als er klärt. Für sich alleine betrachtet könnte er nämlich dahingehend interpretiert werden, finanzielle Überlegungen spielten keine Rolle, weil der Schutz der körperlichen Integrität keine finanziellen Grenzen kenne.⁶⁰⁹ Es führt also zu einer gewissen Spannung, wenn das Bundesgericht auf der einen Seite unterstreicht, dass «dem Gesundheitsschutz stets erste Priorität» zukomme, auf der anderen Seite aber auch dafür hält, dass die auferlegten Massnahmen «für den Betrieb wirtschaftlich tragbar sein» müssen und so die Kosten-Nutzen-Abwägung für notwendig erklärt.⁶¹⁰
- 407 **5.** Wie aufgezeigt, ist die in den Kernnormen enthaltene Messlatte der Angemessenheit als Synonym für die Verhältnismässigkeit zu verstehen (Rz. 393 ff.). Rechtsprechung und Lehre gehen zu Recht davon aus, dass die Prüfung der Verhältnismässigkeit eine Prüfung der wirtschaftlichen Tragbarkeit bedeutet. Oder mit anderen Worten: «angemessen» ist für die Zwecke der Kernnormen als «wirtschaftlich tragbar» zu lesen.⁶¹¹ Nach der hier ver-

sturzfalls darauf, dass SEILER im betreffenden Fall als Instruktionsrichter am Verwaltungsgericht des Kantons Bern amete.

⁶⁰⁷ SEILER, Kostenwirksamkeit, S. 149 f. Vgl. auch Fn. 606.

⁶⁰⁸ BGE 132 III 257 E. 5.4.4; vgl. auch TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht, S. 37.

⁶⁰⁹ So sind wohl auch die Ausführungen von SONNENBERG zu deuten: Sie will wirtschaftliche Überlegungen zwar nicht a priori ausschliessen, unterstreicht aber, dass sie nicht zu rechtfertigen vermöchten, «que l'employeur renonce à des mesures qui, sur la base de l'expérience et selon l'état de la technique, s'avèrent nécessaires» (SONNENBERG, Protection, S. 123).

⁶¹⁰ BGE 132 III 257 E. 5.4.4.

⁶¹¹ HETTICH, Risikoversorge, Rz. 387.

tretenen Auffassung ist deshalb für die Frage, ob eine bestimmte Schutzmassnahme im Bereich der Arbeitssicherheit angemessen ist, eine Kosten-Nutzen-Abwägung anzustellen. Schutzmassnahmen müssen nur getroffen werden, «solange ihre Kosten geringer sind als der Erwartungswert des damit vermiedenen Schadens»⁶¹².

Im Anschluss an die gemachte Feststellung stellt sich die Frage, ob eine Revision der Kernnormen angezeigt sei, mit der das Kriterium der wirtschaftlichen Tragbarkeit *explizit ins Gesetz aufgenommen* würde. Diese Frage ist zu verneinen. Zu dieser Ansicht gelange ich, nachdem im Umweltrecht – wo das Kriterium bisweilen ausdrücklich verankert ist (Rz. 398 f.) – konstatiert wird, dass die wirtschaftliche Tragbarkeit in der Rechtsanwendung gleichermaßen Mühe bereitet wie der Umgang mit dem unbestimmten Rechtsbegriff «angemessen».⁶¹³ Eine Revision der Kernnormen brächte deshalb wohl kaum einen praktischen Nutzen, weshalb auf sie zu verzichten ist. 408

6. Ungeachtet der Terminologie sind die **Probleme** nicht von der Hand zu weisen, die mit der anzustellenden Kosten-Nutzen-Abwägung verbunden sind. 409

a. Während die Kosten einer Schutzmassnahme in vielen Fällen relativ einfach eruiert sein dürften (z.B. das Ausrüsten von Maschinen mit zusätzlichen Sicherheitsvorrichtungen oder das Beschaffen persönlicher Schutzausrüstung), ist der *Nutzen einer Sicherheitsmassnahme kaum prognostizierbar*.⁶¹⁴ Hier liegt die Hauptschwierigkeit einer wirtschaftlichen Betrachtung. Sie verlangt «in hohem Masse nach prognostischen Wirkungsannahmen»⁶¹⁵. Mit welchem Betrag ist etwa ein vermiedener Unfall in Anschlag zu bringen.⁶¹⁶ Und: Wie viele Unfälle haben durch eine bestimmte Sicherheitsmassnahme überhaupt vermieden werden können? 410

⁶¹² SEILER, Risk Engineering, S. 293.

⁶¹³ GRIFFEL, Grundprinzipien, Rz. 159.

⁶¹⁴ Vgl. SEILER, Safety, S. 18; WILHELM/FORSBLOM, Fallstudie, S. 67. Zu einem Versuch, den ökonomischen Nutzen von Präventionsmassnahmen im Bereich der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes zu bestimmen, siehe Rz. 7.

⁶¹⁵ MÜLLER, Zauberwürfel, S. 28 f.

⁶¹⁶ Abgestellt werden könnte grundsätzlich auf den Schaden, den ein Arbeitnehmer bei einem Unfall erleiden würde. Dieser hängt nicht nur massgeblich von den kaum vorhersehbaren Schädigungen ab, die ein Arbeitnehmer bei einem Unfall erleidet. Der Schaden hängt auch stark von der Person des Arbeitnehmers ab: Ob ein mehrfacher Familienvater oder ein alleinstehender Arbeitnehmer verunfallt, wirkt sich insbesondere beim Versorger- und Haushaltsschaden äusserst stark aus. Eine solche Herangehensweise

- 411 **b.** Selbst wenn man die Schwierigkeiten der Bezifferung des Nutzens einer Schutzmassnahme ausblendet, kommt das folgende Problem hinzu: Für *welchen Betrieb* wird die wirtschaftliche Tragbarkeit einer Massnahme beurteilt: für den konkreten Betrieb oder für ein fiktives Standardunternehmen? Für die erste Variante – das Abstellen auf den konkreten Betrieb – spricht der Wortlaut der Kernnormen.⁶¹⁷ Die Formulierung des Angemessenheitskriteriums ist nach der hier vertretenen Auffassung indessen missglückt, denn: Wollte man tatsächlich auf den konkreten Betrieb abstellen, würde dies dazu führen, dass dieser in wirtschaftlich schwierigen Zeiten auf Massnahmen der Arbeitssicherheit verzichten könnte.⁶¹⁸ Das wäre höchst stossend und entspräche nicht der *ratio legis*.⁶¹⁹ Es ist vielmehr davon auszugehen, dass betriebswirtschaftliche Engpässe den Arbeitgeber keinesfalls davon dispensieren, nach der Erfahrung notwendige und nach dem Stand der Technik anwendbare Schutzmassnahmen zu treffen.⁶²⁰ Die Angemessenheit ist demnach nicht konkret (für den einzelnen Betrieb) zu beurteilen, sondern für ein Standardunternehmen. Nach diesem Ansatz (auch rechtlicher Ansatz genannt)⁶²¹ ist die wirtschaftliche Tragbarkeit nicht bezogen auf die betriebswirtschaftli-

würde etwa zum absurden Ergebnis führen, dass bei einem Familienvater schon alleine deshalb bessere (und teurere) Schutzmassnahmen angezeigt sind, weil der potenziell vermiedene Schaden höher ausfiele, als wenn ein alleinstehender Arbeitnehmer verunfallt.

- ⁶¹⁷ Die Rede ist von den «Verhältnissen des Betriebes» (Art. 328 Abs. 2 OR und Art. 6 Abs. 1 ArG) bzw. von den «gegebenen Verhältnissen» (Art. 82 Abs. 1 UVG). Nebst dem Wortlaut legt auch die Botschaft zum Arbeitsgesetz ein Abstellen auf die konkreten Verhältnisse nahe. Dort führte der Bundesrat aus, es sei «auf die konkreten und besonderen Verhältnisse des Betriebes in wirtschaftlicher und technischer Beziehung Rücksicht zu nehmen» (Botschaft ArG 1960, S. 961).
- ⁶¹⁸ Vgl. GRIFFEL, Grundprinzipien, S. 124, der (allerdings für das Umweltrecht) darauf hinweist, dass die Verhältnismässigkeitsprüfung es ermöglichen müsse, auf finanzielle Schwierigkeiten eines Betriebs Rücksicht zu nehmen.
- ⁶¹⁹ Vgl. auch BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, N 19 zu Art. 328, die jedoch festhalten, dass kaum eine Rechtsänderung zu erwarten sei, da ein «Vorgehen gegen diese Zustände die Gefahr des Verlustes von Arbeitsplätzen mit sich bringen würde». Vgl. auch OFK-ArG MÜLLER, N 8 zu Art. 6.
- ⁶²⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 4 und N 7 zu Art. 328 OR, vertreten diese Ansicht jedenfalls für Situationen, in denen «eine besonders starke Gefährdung für Leben oder Gesundheit des Arbeitnehmers auftritt»; vgl. auch RUMO-JUNGO, Baustelle, S. 64, die sich gegen die Berücksichtigung der konkreten finanziellen Verhältnisse ausspricht.
- ⁶²¹ SCHRADE/LORETAN, USG-Kommentar, N 33 zu Art. 11; METTLER, Gewässerschutz, S. 38 ff.

che Situation des konkret infrage stehenden Unternehmens oder die volkswirtschaftliche Situation, sondern vielmehr für sämtliche Unternehmen einer bestimmten Branche zu prüfen.⁶²²

3. «mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung billigerweise zumutbar»

1. Der zivilrechtliche Art. 328 Abs. 2 OR ist die einzige der Kernnormen, die einen **vierten unbestimmten Rechtsbegriff** verwendet. Sie verlangt vom Arbeitgeber einzig jene (nach der Erfahrung notwendigen, nach dem Stand der Technik anwendbaren und den gegebenen Verhältnissen angemessenen) Massnahmen, die ihm «mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ... billigerweise zugemutet werden» können. 412

2. Die Zumutbarkeit war bereits in Art. 339 aOR (1911) enthalten. Er war in der vorberatenden Kommission und sodann im Parlament **Gegenstand ausführlicher Debatten**.⁶²³ 413

a. Widerstand erfuhr Art. 339 aOR (1911) insbesondere von Seiten der Landwirtschaft und des Kleingewerbes. Die Norm wurde in den Beratungen als *unnützlich und gefährlich* bezeichnet.⁶²⁴ Schliesslich erhielt sie aus diesen Kreisen nur deshalb Unterstützung, weil das Kriterium der Zumutbarkeit explizit ins Gesetz aufgenommen wurde.⁶²⁵ 414

⁶²² MÜLLER, Arbeitssicherheit, S. 157 Fn. 31; OFK ArG-MÜLLER, N 8 zu Art. 6. SHK ArG-SCHWEIDEGGER/PITTELOUD/SIEGENTHALER, N 19 zu Art. 6; TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht, S. 37, spricht von «leistungsfähigen, gut geführten Unternehmen»; METTLER, Gewässerschutz, S. 39. Vgl. auch SONNENBERG, Protection, S. 123: «Cette évaluation doit être effectuée. Non pas au niveau de la situation de fait d'une entreprise donnée, mais sur un plan plus global, telle la branche économique.»

⁶²³ Zur parlamentarischen Beratung im Nationalrat siehe AB 1909 III 611 NR, S. 637; 1909 III 655 NR, S. 658 ff.; 1909 IV 735 NR, S. 747 ff.; 1909 IV 755 NR, S. 755 ff. Zur parlamentarischen Beratung im Ständerat siehe AB 1910 II 197 SR, S. 210 f.

⁶²⁴ AB 1909 III 655, S. 658 ff. (Votum v. Planta zu Art. 1385); weiter AB 1909 IV 735 NR, S. 748 ff. (Voten v. Planta und de Lavallaz zu Art. 1385). Die Landwirtschaft störte sich insbesondere an der Verpflichtung, bei Hausgemeinschaft «gesunde Schlafräume» zur Verfügung stellen zu müssen.

⁶²⁵ AB 1909 III 655, S. 661 (Votum Huber): «Das Entscheidende bei der Aufstellung dieser ... Bestimmung liegt in den Worten, die erst auf Grund der einlässlichen Beratungen in der Expertenkommission aufgenommen worden sind, dass nämlich Rücksicht genommen werden soll auf das einzelne Arbeitsverhältnis und auf die Natur der Dienstleistung.»

- 415 **b.** Moniert wurde in den parlamentarischen Beratungen auch, dass mit der Einführung von Art. 339 aOR (1911) in haftungsrechtlicher Hinsicht eine Schlechterstellung der «kleinen Leute» im Vergleich zu den «grossen, kapitalkräftigen Fabrikbetriebe[n]»⁶²⁶ bewerkstelligt werde. Begründet wurde diese Ansicht mit dem Fabrikgesetz von 1877, das – für die ihm unterstellten Betriebe – die maximale Haftungssumme bei Unfällen auf CHF 6'000.– festlegte.⁶²⁷ Im Gegensatz dazu würden vom Fabrikgesetz nicht erfasste Betriebe nach Massgabe des zu beratenden Art. 339 aOR (1911) unbeschränkt haften. Entsprechend wurde beantragt, die Vorschrift dahingehend zu ergänzen, dass auch die dem Fabrikgesetz nicht unterstellten Betriebe – die «kleinen Leute» – in den Genuss einer Haftungsobergrenze («in den schwersten Fällen 3000 Franken»⁶²⁸) gelangten. Der Antrag fand bei einer Mehrheit im Nationalrat indessen kein Gehör.
- 416 **c.** Art. 339 aOR (1911) wurde trotz dieses Widerstands in das Obligationenrecht von 1911 aufgenommen. In der Beratung im Nationalrat wurde unterstrichen, dass die Berücksichtigung des einzelnen Dienstverhältnisses und der Natur der Dienstleistung als *Einschränkung der Schutzpflicht* des Arbeitgebers zu verstehen ist, *nicht etwa als Verschärfung*.⁶²⁹ So etwa ist nach meinem Dafürhalten die gesteigerte Schutzpflicht gegenüber besonders sensiblen Arbeitnehmern (wie Lehrlingen oder Behinderten, die besonderer Instruktion und Überwachung bedürfen) nicht auf das Billigkeitskriterium zurückzuführen.⁶³⁰ Sie ergibt sich indessen bereits aus der (objektiven) Erfahrung, die zeigt, dass insbesondere Lehrlinge einem erhöhten Unfallrisiko ausgesetzt sind.
- 417 **3.** Meiner Ansicht nach ist die vierte Messlatte obsolet und entsprechend **aus Art. 328 Abs. 2 OR zu streichen**. Dieses Ergebnis habe ich zu begründen: Wie aufgezeigt, läuft die Angemessenheitsprüfung im Wesentlichen auf eine Prüfung der (wirtschaftlichen) Zumutbarkeit hinaus. Schon in diesem Rahmen steht der rechtsanwendenden Behörde ein erheblicher Ermessensspielraum zu, was ihnen ermöglicht, Spezifitäten des konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen. Der vierten Messlatte kommt neben der dritten (der Angemessenheit) *keine eigenständige Bedeutung* mehr zu. Anders verhielt es sich

⁶²⁶ AB 1909 IV 735 NR, S. 751 (Votum Jenny).

⁶²⁷ Zum (eidgenössischen) Fabrikgesetz von 1877 siehe Rz. 308 f.

⁶²⁸ AB 1909 IV 735 NR, S. 751 (Votum Jenny).

⁶²⁹ AB 1909 IV 735 NR, S. 747 f. (zu Art. 1385).

⁶³⁰ Anderer Ansicht DONAUER/MÖRI, Fürsorgepflicht, S. 1057, nach denen sich die gesteigerte Schutzpflicht aus «billigerweise zumutbar» ergibt.

unter Geltung des altrechtlichen Art. 339 aOR (1911): Eine Schutzmassnahme musste dem Arbeitgeber zwar schon damals «mit Rücksicht auf das einzelne Dienstverhältnis und die Natur der Dienstleistung ... billigerweise zugemutet werden» können. Er hatte insbesondere «genügende Schutzmassregeln» zu treffen sowie «angemessene ... Arbeitsräume» zur Verfügung zu stellen. In dieser Formulierung bezog sich die Angemessenheit jedoch einzig auf die Arbeitsräume, nicht aber auf die «Schutzmassregeln». Deshalb hatte das Zumutbarkeitskriterium unter altem Recht eine eigenständige Bedeutung. Mit der Totalrevision des Arbeitsvertragsrechts wurde der Wortlaut von Art. 328 Abs. 2 OR an die öffentlich-rechtlichen Kernnormen angeglichen. Damit verlor das Zumutbarkeitserfordernis seine eigenständige Bedeutung.

D. Zwischenfazit

1. Die isolierte Betrachtung der drei Kernnormen der Arbeitssicherheit hat 418
zunächst gezeigt, dass sie zwar einen praktisch identischen Wortlaut tragen,
dass die Gesetzestexte einander aber erst im Verlaufe der Zeit angeglichen
wurden.
2. Weiter hat die Untersuchung gezeigt, dass das Kriterium der Angemessenheit 419
zwar im Sinne der wirtschaftlichen Tragbarkeit zu verstehen ist, dass
eine entsprechende Modifikation des Gesetzeswortlauts (Ersetzen von «an-
gemessen» durch «wirtschaftlich tragbar») indessen nicht angezeigt ist
(Rz. 408). In diesem Zusammenhang habe ich auf die beträchtlichen Schwierig-
keiten hingewiesen, welche eine solche Prüfung mit sich bringt
(Rz. 401 ff.).
3. Das einzig in Art. 328 Abs. 2 OR enthaltene Kriterium der Zumutbarkeit 420
ist hingegen ersatzlos zu streichen, da ihm praktisch keine eigenständige
Bedeutung (mehr) zukommt.
4. Nach der Ausleuchtung der Kernnormen der Arbeitssicherheit und der 421
ihnen eingeschriebenen unbestimmten Rechtsbegriffe wende ich mich nun
den verschiedenen Normen zu, die sich in der Praxis anbieten, um den
offen formulierten Gesetzestext mit Inhalt zu füllen.

II. Die Konkretisierung der Kernnormen

- 422 Nach der Schilderung der Ausgangslage (Rz. 423 ff.), stelle ich die drei Normengruppen dar, die konkretisierende Normen enthalten (Rz. 436 ff.). Danach leuchte ich die verschiedenen «Scharniere» aus, die zwischen diesen Gruppen bestehen (Rz. 469 ff.). Sodann lege ich dar, weshalb sich der Gefahrensatz nicht eignet, um die Schutzpflicht, wie sie die Kernnormen statuieren, zu konkretisieren (Rz. 517 ff.).

A. Die Ausgangslage

1. Die Konkretisierung in der Rechtsanwendung

- 423 1. Was meint das Gesetz, wenn es auf die «Erfahrung», den «Stand der Technik» oder auf die Angemessenheit verweist? Die Offenheit in der Formulierung führt dazu, dass die Kernnormen nicht *tel quel* auf einen Einzelfall angewendet werden können; darauf sind sie nicht angelegt. Zu unterschiedlich und unvorhersehbar sind die Fälle, auf die sie dereinst anzuwenden sind. Es bedarf deshalb einer Konkretisierung im Hinblick auf den zu beurteilenden Einzelfall.⁶³¹ Diese Konkretisierung stellt in der Praxis eine **grosse Herausforderung** dar: Der sorgfältige Arbeitgeber möchte nämlich möglichst konkret wissen, was er vorzukehren hat, um seinen Arbeitnehmer zu schützen – schon alleine aus ethisch-moralischen Gründen, sicher aber auch, um seiner gesetzlichen Pflicht nachzukommen und so jene Sanktionen zu vermeiden, die ihm in den verschiedenen Teilrechtsgebieten drohen.⁶³²
- 424 2. Versuche, die Kernnormen zu konkretisieren, sind für besonders **risikoträchtige Arbeiten** unternommen worden. Es handelt sich dabei um Arbeiten, in denen das potenzielle Schadensausmass, die Unfallhäufigkeit oder beides relativ hoch sind. Mein Fokus liegt auf der Arbeitssicherheit bei Bau-

⁶³¹ Hinweisen will ich darauf, dass Gesetzesbestimmungen regelmässig unbestimmt und entsprechend konkretisierungsbedürftig sind. Der Abstraktionsgrad der Kernnormen ist indes äusserst hoch, da die Normen gleich mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten. Vgl. auch AUBRY GIRARDIN, *Santé et sécurité*, S. 108: Man könne sich fragen, «si le législateur suisse, dans sa volonté de se limiter à l'essentiel, n'a pas simplifié à l'excès la formulation des principes de base.»

⁶³² Siehe zu diesen Sanktionen den dritten Teil meiner Arbeit (Rz. 564 ff.).

arbeiten. Gerade die Arbeitssicherheit beim Bauen ist von einem nur schwer durchschaubaren Normengeflecht geprägt. Aufgrund der zahllosen Normen, die für einzelne Arbeitsvorgänge bestehen, könnte der Schluss gezogen werden, das Recht der Arbeitssicherheit sei «weitgehend vorschriftenbasiert»⁶³³. Dieser Befund ist an sich nicht zu kritisieren, bedarf jedoch in mehrfacher Hinsicht der Verdeutlichung:

a. Zutreffend ist, dass eine Vielzahl von Verhaltensnormen besteht, die bisweilen sehr detailliert ausgestaltet sind. So umfasst das Merkblatt der SUVA zum Explosionsschutz beispielsweise 128 Seiten.⁶³⁴ 425

b. Zuvorkommen will ich einem möglichen Missverständnis, das durch den Ausdruck «weitgehend vorschriftenbasiert» entstehen könnte. Es verhält sich so, dass viele Verhaltensnormen, die in der Berufspraxis verbreitet sind (wie etwa das Normenwerk der SUVA) keine Rechtsnormen und damit keine eigentlichen Vorschriften sind. Der Ausdruck «vorschriftenbasiert» ist in diesem Zusammenhang mithin zu vermeiden. 426

c. Sämtliche Konkretisierungsbemühungen sind an jenen Grössen zu messen, welche die Kernnormen der Arbeitssicherheit vorgeben: Erfahrung, Stand der Technik und Angemessenheit (Rz. 321 ff.). Die normative Wirkung eines Merkblatts der SUVA ergibt sich nicht daraus, dass es von der SUVA aufgestellt wurde. Vielmehr ergibt sie sich daraus, dass im Merkblatt (möglicherweise) die «Erfahrung» oder der «Stand der Technik» zum Ausdruck gelangen, was indessen in jedem Fall zu prüfen ist.⁶³⁵ 427

d. Die verschiedenen Verhaltensnormen, die ich nachfolgend darstelle, unterscheiden sich in ihrem Konkretisierungsgrad massgeblich: Das Spektrum reicht von den relativ unbestimmten Kernnormen bis hin zu äusserst detaillierten Normen wie etwa einer Bedienungsanleitung einer Maschine. Vor diesem Hintergrund muss unterstrichen werden, dass *der Arbeitgeber seiner Schutzpflicht möglicherweise selbst dann nicht genügt, wenn er alle konkreten Vorschriften umsetzt*. Und noch mehr: Selbst wo keine konkreten Normen bestehen (etwa in der Form einer EKAS-Richtlinie oder eines SUVA- 428

⁶³³ SEILER, Safety, S. 16.

⁶³⁴ SUVA, Explosionsschutz, passim.

⁶³⁵ Ein Blick in die Rechtsprechung des Bundesgerichts bestätigt diesen Befund: Das Gericht interpretierte eine Rüge des Beschwerdeführers dahingehend, dass eine Richtlinie der SUVA Schutzmassnahmen vorsehe, die (so die Ansicht des Beschwerdeführers) «nach der Erfahrung» nicht notwendig seien (BGer 4A_106/2007 vom 31. Juli 2007 E. 3; Frage offen gelassen).

Merkblatts), ist der Arbeitgeber möglicherweise – gestützt auf den Gefahrensatz (Rz. 517 ff.) – zum Handeln verpflichtet.

- 429 Aufschlussreich sind in dieser Hinsicht die Überlegungen der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts: «Wo besondere Normen ein bestimmtes Verhalten gebieten, bestimmt sich das Mass der zu beachtenden Sorgfalt in erster Linie nach diesen Vorschriften. Dies schliesst nicht aus, dass der Vorwurf der Fahrlässigkeit auch auf allgemeine Rechtsgrundsätze wie etwa den allgemeinen Gefahrensatz gestützt werden kann. Denn einerseits begründet nicht jeder Verstoss gegen eine gesetzliche oder für bestimmte Tätigkeiten allgemein anerkannte Verhaltensnorm den Vorwurf der Fahrlässigkeit, und andererseits kann ein Verhalten sorgfaltswidrig sein, auch wenn nicht gegen eine bestimmte Verhaltensnorm verstossen wurde.»⁶³⁶

2. Kein kohärentes Regulierungskonzept

- 430 1. Vordergründig präsentiert sich der rechtsanwendenden Behörde und dem Arbeitgeber ein **angeblich kohärentes Regulierungskonzept**: offene Kernnormen, die in der Praxis durch verschiedene Normen mit Inhalt gefüllt (konkretisiert) werden, sodass die konkretisierenden Normen stufenweise aufeinander aufbauen. Verstärkt wird dieses Bild durch Normen, die vorgeben, das Verhältnis zwischen den verschiedenen «Gefässen» konkretisierender Normen – etwa jenes zwischen einer Verordnungsvorschrift und einer EKAS-Richtlinie – zu ordnen. Diese Normen bezeichne ich als «Scharniernormen» (Rz. 469 ff.).
- 431 2. Bei näherer Betrachtung, die ich in der Folge anstelle, zeigt sich indessen, dass die bildhafte Vorstellung eines kohärenten Regulierungskonzepts – wonach sich für jeden Einzelfall irgendwo (im Verordnungsrecht oder aber in den nachgelagerten Normen) eine konkrete Norm findet – nicht stimmt. Entsprechend kann es vorkommen, dass es **für einen bestimmten Arbeitsschritt keine konkretisierenden Normen** gibt.⁶³⁷ Das bedeutet freilich

⁶³⁶ BGE 135 IV 56 E. 2.1; vgl. auch BGer 6B_903/2014 vom 9. Februar 2015 E. 1.1.1. Unter die «besonderen Normen» fallen dabei nicht nur Rechtsnormen (Vorschriften); vielmehr fallen auch «allgemein anerkannte Verhaltensregeln, auch wenn diese von einem privaten oder halböffentlichen Verband erlassen wurden und keine Rechtsnormen darstellen» (BGE 130 IV 7 E. 3.3). Entwickelt wurde diese Rechtsprechung anhand der Sorgfalt, welche Benutzer von Skipisten aufbringen müssen. Diese wird grundsätzlich durch die Regeln eines privaten Verbands – des Internationalen Ski Verbands (Fédération Internationale de Ski, kurz FIS) – bestimmt (BGE 106 IV 350 E. 3a).

⁶³⁷ Vgl. auch TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht, S. 36.

nicht, dass der Arbeitgeber in keinem Fall Schutzmassnahmen zu treffen hat: Vielmehr ist er durch die Kernnormen dazu verpflichtet, die Gefahrensituation zu evaluieren und die nach der Erfahrung notwendigen, nach dem Stand der Technik anwendbaren sowie angemessenen Massnahmen zu treffen. Mit anderen Worten: Die Kernnormen statuieren unmittelbar eine Arbeitgeberpflicht.

3. Die Kernnormen verlangen dem Arbeitgeber folglich eine **hohe Eigenverantwortung** ab und weisen ihm eine aktive Rolle zu. Er darf aus dem Umstand, dass keine konkreten Normen bestehen, nicht ohne Weiteres schliessen, dass keinerlei Schutzmassnahmen zu treffen sind. Gerade in solchen Fällen ist der Arbeitgeber gehalten, die Gefahrensituation aus eigenem Antrieb (allenfalls mit Konsultation der SUVA)⁶³⁸ zu evaluieren und gestützt darauf zu entscheiden, welche Schutzmassnahmen zu treffen sind. Dazu kommt, dass der Arbeitgeber selbst bei Arbeitsvorgängen, für die sich konkretisierende Normen finden, seiner Schutzpflicht möglicherweise nicht genügt, indem er die entsprechende Norm (z.B. ein SUVA-Merkblatt) umsetzt. Vielmehr sind sämtliche Konkretisierungen stets an den Vorgaben der Kernnormen zu messen: Erfahrung, Stand der Technik und Angemessenheit. 432

4. Jene Normen, die darauf angelegt sind, die in den Kernnormen verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe der Erfahrung und des Stands der Technik zu konkretisieren, sind äusserst zahlreich und entspringen verschiedenen «Gefässen»: Das Spektrum reicht von Rechtsnormen (etwa einer Verordnungsvorschrift) über EKAS-Richtlinien und SUVA-Merkblätter bis hin zu den Vorgaben eines Produkteherstellers, wie sie in einer Bedienungsanleitung enthalten sind. All diese Normen können – müssen aber nicht – rechtlich relevante Konkretisierungen der Schutzpflicht des Arbeitgebers darstellen. 433

Zu betonen ist, dass nicht jedes Dokument, das sich zu Sicherheitsmassnahmen äussert, eine rechtlich relevante Konkretisierung der Kernnormen darstellt. Um zu prüfen, ob einer (scheinbar) konkretisierenden Norm diese rechtliche Konkretisierungswirkung auch tatsächlich zukommt, ist sie **an den Messlatten der Kernnormen zu testen**. Rechtlich relevant ist eine Konkretisierungsbemühung demnach einzig, wenn sie einer Überprüfung an den Kernnormen standhält, wenn in ihr also insbesondere die Erfahrung und der Stand der Technik zum Ausdruck gelangen. Zu verneinen ist das etwa, wenn ein SUVA-Merkblatt überholt ist, weil es die Erfahrung oder den Stand 434

⁶³⁸ Zum Recht des Arbeitgebers, sich von der SUVA in Fragen der Arbeitssicherheit beraten zu lassen, siehe Art. 60 Abs. 2 VUV.

der Technik nicht mehr wiedergibt (vgl. Rz. 482 ff.). In diesem Sinne ist jedes schriftliche Dokument, das eine Konkretisierung zu sein scheint, vorerst einzig als Konkretisierungs*versuch* zu verstehen. Richtet der Arbeitgeber sein Verhalten nach einem solchen Dokument, so greift jedoch grundsätzlich eine tatsächliche Vermutung (Rz. 382), wonach er die Erfahrung berücksichtigt und den Stand der Technik eingehalten hat, wie es ihm die Kernnormen abverlangen. Diese Vermutung kann von der beweisbelasteten Partei umgestossen werden.

- 435 **5.** Die Konkretisierungsbemühungen, auf die ich im Folgenden näher eingehen, können in **drei Normengruppen** eingeteilt werden: in *Rechtsnormen* (Rz. 436 ff.), in *Richtlinien der EKAS* (Rz. 453 ff.) und schliesslich in die Gruppe der praktisch wohl bedeutsamsten (weil detailliertesten) Konkretisierungen, die ich unter dem Sammelbegriff der *nachgelagerten Normen* zusammenfasse (Rz. 459 ff.).

B. Die drei konkretisierenden Normengruppen

1. Konkretisierung durch Rechtsnormen

- 436 Die erste Gruppe konkretisierender Verhaltensnormen findet sich in Rechtsnormen, und zwar sowohl auf Gesetzesstufe (Rz. 437 ff.) als auch auf Verordnungsstufe (Rz. 440 ff.).

a) Gesetzesvorschriften

- 437 **1.** Die drei Kernnormen der Arbeitssicherheit sind in Bundesgesetzen verankert. Entsprechend nahe liegt es, Konkretisierungen in Gefässen zu suchen, die hierarchisch unterhalb der Gesetzesstufe – insbesondere im Verordnungsrecht – angesiedelt und den Kernnormen in diesem Sinne nachgelagert sind. In der Tat finden sich die allermeisten Konkretisierungen in solchen Gefässen, sodass von einer «**vertikalen Konkretisierung**» gesprochen werden könnte.
- 438 **2.** Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass es auch die «**horizontale Konkretisierung**» gibt. Mit anderen Worten bestehen bereits auf Gesetzesstufe Vorschriften, die als Konkretisierungen der Kernnormen verstanden werden können. Im Rahmen der Auslegung sind die Gesetzssystematik sowie der

Zweck einer Vorschrift zu berücksichtigen.⁶³⁹ Daraus ergibt sich, dass für eine Konkretisierung auch Gesetzesvorschriften in Betracht zu ziehen sind, die eine besondere Nähe zur auszulegenden Kernnorm aufweisen.

3. Ein Beispiel der horizontalen Konkretisierung ist Art. 327 OR betreffend 439
Arbeitsgeräte und Material. Nach dieser Gesetzesvorschrift hat der Arbeitgeber (bei fehlender anderweitiger Abrede) «den Arbeitnehmer mit den Geräten und dem Material auszurüsten, die dieser zur Arbeit benötigt». Die Vorschrift konkretisiert die zivilrechtliche Kernnorm in Art. 328 Abs. 2 OR. Gemünzt auf die Arbeitssicherheit, ergibt sich aus dieser (wenn auch dispositiven) Gesetzesvorschrift die Pflicht des Arbeitgebers, seinen Arbeitnehmer mit der notwendigen persönlichen Schutzausrüstung (PSA) – etwa einem Schutzhelm, einer Schutzbrille, Gehörschutzmitteln, einer Schnittschutzhose etc. – auszustatten.⁶⁴⁰

b) *Verordnungsvorschriften*

1. Der Bundesrat verfügt im Bereich der Arbeitssicherheit über eine weitgehende 440
Kompetenz, im Wege der Verordnung Vorschriften zu erlassen. Gestützt auf **Delegationsnormen im Unfallversicherungs- und im Arbeitsgesetz** hat der Bundesrat denn auch verschiedene Verordnungen erlassen.⁶⁴¹ In ihnen haben wichtige Konkretisierungen der Kernnormen ihren Niederschlag gefunden.⁶⁴²

⁶³⁹ Vgl. zum vom Bundesgericht praktizierten «pragmatischen Methodenpluralismus» BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, N 194 ff. zu Art. 1.

⁶⁴⁰ Zur Pflicht des Arbeitgebers, seinem Arbeitnehmer persönliche Schutzausrüstung zur Verfügung zu stellen, vgl. Art. 5 VUV sowie EKAS, Wegleitung, S. 110 (Ziff. 337).

⁶⁴¹ Im Unfallversicherungsgesetz findet sich die Delegationsnorm in Art. 83 Abs. 1 UVG, der lautet: «Der Bundesrat erlässt nach Anhören der unmittelbar beteiligten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen Vorschriften über technische, medizinische und andere Massnahmen zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten in den Betrieben. Er bestimmt, wer die Kosten trägt.» Zu ebendiesen Kosten vgl. Art. 90 VUV: «Der Arbeitgeber trägt die Kosten der von ihm zu treffenden Massnahmen zur Wahrung der Arbeitssicherheit sowie diejenigen allfälliger Zwangsmassnahmen.» Im Arbeitsgesetz findet sich die Delegationsnorm in Art. 6 Abs. 4 ArG, der lautet: «Durch Verordnung wird bestimmt, welche Massnahmen für den Gesundheitsschutz in den Betrieben zu treffen sind.» Zwischen Gesetz und Verordnung besteht mit den Delegationsnormen ein erstes von mehreren Scharnieren, welche verschiedene Konkretisierungsgefässe miteinander verbinden. Siehe zu diesen Scharnieren Rz. 469 ff.

⁶⁴² Die Gesetzeskonkretisierung ist – nicht nur in der Arbeitssicherheit – die wichtigste Aufgabe einer Verordnung (UHLMANN/HOFSTETTER, Verordnung, S. 459).

- 441 **2.** Eine rechtsanwendende Behörde, die das Verhalten eines Arbeitgebers zu beurteilen hat, wird demnach zunächst das **Verordnungsrecht** konsultieren und dort nach allfälligen Konkretisierungen der Kernnormen suchen.⁶⁴³ Verläuft diese Suche erfolglos, bedeutet dies jedoch noch nicht, dass der Arbeitgeber keine Schutzmassnahmen zu ergreifen hat. Die Kernnormen statuieren nämlich unmittelbar eine Schutzpflicht des Arbeitgebers.⁶⁴⁴
- 442 **a.** Der Auftrag des Gesetzgebers an den Bundesrat, in der Arbeitssicherheit Verordnungsrecht zu erlassen, ist sehr offen formuliert (vgl. Art. 83 UVG). Insbesondere hat der Gesetzgeber selbst keine neuralgischen Branchen oder Arbeiten identifiziert, die es mittels Verordnungsrecht zwingend zu regulieren gälte. In diesem Sinne besteht zum Vornherein *keine Pflicht des Bundesrats, möglichst viele Bereiche flächendeckend mit Verordnungsrecht zu überziehen*. Der Bundesrat hat sich darauf beschränkt, für Branchen und Arbeiten Verordnungsvorschriften aufzustellen, die besonders unfallträchtig sind oder mit denen ein hohes Schadenpotenzial einhergeht. Dazu gehört auch das Bauen, das im Mittelpunkt meiner Untersuchung steht.⁶⁴⁵
- 443 Für das Verständnis des «Konkretisierungssystems» ist die Erkenntnis zentral, dass selbst in durch Verordnungsrecht nicht abgedeckten Bereichen möglicherweise andere konkrete Verhaltensnormen bestehen. Die Konkretisierung der Kernnormen ist nämlich keine stufenweise in dem Sinne, dass eine konkretisierende Norm stets auf einer anderen, ihr gewissermassen vorgelagerten Norm aufbauen würde. So ist etwa möglich, dass für einen bestimmten Arbeitsablauf ein SUVA-Merkblatt besteht, obwohl er im Verordnungsrecht überhaupt nirgends auch nur ansatzweise geregelt ist.
- 444 **b.** Hinzu kommt, dass selbst für Arbeitsvorgänge, in denen Verordnungsrecht besteht, *oft Bedarf besteht für eine weitergehende Konkretisierung*. Nur selten sind Verordnungsvorschriften nämlich derart konkret ausgestaltet, dass der Arbeitgeber nach ihrer Konsultation über die im Einzelnen zu treffenden Massnahmen im Bilde ist. Ein Beispiel betreffend die Belüftung von Arbeitsplätzen mag das veranschaulichen: Zwar besteht mit Art. 33 VUV eine Verordnungsvorschrift, die den Arbeitgeber verpflichtet, eine genügende Luftqualität am Arbeitsplatz sicherzustellen. Ab wann genau aber die Zu-

⁶⁴³ Für einen Arbeitgeber (einen Bauunternehmer) hingegen ist das Verordnungsrecht möglicherweise nicht die erste Anlaufstelle. Er wird sich tendenziell an den konkreteren Instrumenten orientieren, insbesondere an den Merkblättern der SUVA.

⁶⁴⁴ Vgl. Rz. 531.

⁶⁴⁵ Für Bauarbeiten hat der Bundesrat die Bauarbeitenverordnung (BauAV) erlassen (Rz. 247).

sammensetzung der Luft die Arbeitnehmer gefährdet – und der Arbeitgeber somit für zusätzliche Belüftung zu sorgen hat – ergibt sich aus der Verordnung nicht. Konkrete Antworten auf die Frage der Belüftung liefern erst die konkretisierenden Gefässe unterhalb der Verordnungsstufe.⁶⁴⁶

Art. 33 VUV macht deutlich, dass das Verordnungsrecht regelmässig zwar konkreter ist als die Kernnormen. Gleichzeitig aber ist er ein Beleg dafür, dass Verordnungsvorschriften oftmals weiterer Konkretisierungen bedürfen. Die Verordnung beschränkt sich typischerweise auf die Identifikation spezifischer Gefahren (hier: ungenügende Luftqualität) und gibt in allgemeiner Weise eine Lösung vor (hier: zusätzliche Luftzufuhr). 445

3. Den Versuch, eine abschliessende Liste sämtlicher Verordnungen zu erstellen, die Konkretisierungen der Kernnormen enthalten, unternehme ich nicht. An dieser Stelle genügt die Erinnerung daran, dass es eine **Vielzahl von Verordnungen** gibt, die – je nach der Art der auszuführenden Arbeiten und den eingesetzten Arbeitsmitteln – im Einzelfall zu konsultieren sind. Von ihnen war bereits die Rede (Rz. 246 ff.).⁶⁴⁷ 446

4. Die angesprochenen Verordnungen sind öffentlich-rechtlicher Natur. Ihre **Wirkungen erstrecken sich jedoch auf das Zivilrecht und das Strafrecht:** 447

a. Zunächst zum *Zivilrecht*, wo es an (zivilrechtlichem) Verordnungsrecht fehlt, das unmittelbar zur Konkretisierung von Art. 328 Abs. 2 OR herangezogen werden könnte:⁶⁴⁸ Die öffentlich-rechtlichen Verordnungsvorschriften 448

⁶⁴⁶ Vgl. EKAS, Richtlinie Nr. 6514, Untertagarbeiten (Ausgabe Oktober 2005). Ziff. 7 der Richtlinie befasst sich mit «Lüftung, Luftqualität, Entstaubung». Hinweisen will ich diesem Zusammenhang auch auf die Bauarbeitenverordnung, die mit Blick auf die Belüftung konkreter ausgestaltet ist als der erwähnte Art. 33 VUV: Nach Art. 22 Abs. 1 BauAV hat der «Sauerstoffgehalt der Luft zwischen 19 und 21 Volumenprozent» zu betragen. Vgl. für Untertagarbeiten auch Art. 65 BauAV.

⁶⁴⁷ Es ist kein Leichtes, in den zahlreichen Verordnungen jene Vorschriften aufzuspüren, die auf einen bestimmten Arbeitsvorgang anwendbar sind. Als Ausgangspunkt empfiehlt sich aber die Konsultation der Verordnungen betreffend die Verhütung von Betriebsunfällen und Betriebskrankheiten, wie sie in der systematischen Rechtssammlung des Bundesrechts bei der Nr. 832.3 verzeichnet sind.

⁶⁴⁸ Dass es zur zivilrechtlichen Kernnorm keine konkretisierenden zivilrechtlichen Verordnungsbestimmungen gibt, erstaunt nicht; die Konkretisierung des Gesetzes durch Verordnungsrecht ist ein Charakteristikum vor allem des öffentlichen Rechts. Im Zivil- und im Strafrecht hingegen werden Gesetzesbestimmungen vorwiegend durch die Gerichte konkretisiert (UHLMANN/HOFSTETTER, Verordnung, S. 459, mit detaillierten Hinweisen in Fn. 19).

dienen auch der Konkretisierung der zivilrechtlichen Kernnorm, und zwar in doppelter Hinsicht:

- 449 – Erstens können sie *direkt für die Konkretisierung der zivilrechtlichen Kernnorm fruchtbar gemacht werden*.⁶⁴⁹ Dieser «Gleichschritt» rechtfertigt sich im Lichte der historischen Auslegung: Aus den Materialien zur zivilrechtlichen Kernnorm geht hervor, dass es sich um eine «einheitliche Pflicht» handle.⁶⁵⁰ Wenn also das öffentliche Recht konkretisierende Verordnungsvorschriften aufstellt, so geschieht dies zwar gestützt auf öffentliches Recht, doch mit unmittelbarer Wirkung auch für das Zivilrecht.
- 450 – Zweitens existiert mit Art. 342 Abs. 2 OR eine Rezeptionsklausel (Rz. 646 ff.), die öffentlich-rechtlich auferlegte Arbeitgeber- und Arbeitnehmerpflichten ins Arbeitsvertragsrecht überführt. Die Rezeptionsklausel gewährt einen *zivilrechtlichen Erfüllungsanspruch*, sodass sich öffentlich-rechtliche Pflichten mit zivilrechtlichen Mitteln durchsetzen lassen.⁶⁵¹ Die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen würden hingegen auch einfließen, wenn es die Rezeptionsklausel nicht gäbe, da sie unmittelbar als Konkretisierungen von Art. 328 Abs. 2 OR verstanden werden können.⁶⁵²
- 451 **b.** Die öffentlich-rechtlichen Verordnungsvorschriften wirken sich auch auf das *Strafrecht* aus. Zwar habe ich einzig im Zivil- und im öffentlichen Recht Kernnormen der Arbeitssicherheit identifiziert. Aber auch bei der strafrechtlichen Sanktionierung des Arbeitgebers (Rz. 897 ff.) wird bei der Fahrlässigkeitsprüfung direkt an die öffentlich-rechtlichen Konkretisierungen angeknüpft; in ihnen kommt die anzuwendende Sorgfalt zum Ausdruck.⁶⁵³

⁶⁴⁹ KGer SG vom 22. September 2008 E. III.1., publiziert in: JAR 2009, S. 603 ff.: «Die öffentlich-rechtlichen Vorschriften können ... zur Konkretisierung von Art. 328 Abs. 2 OR herangezogen werden.» Vgl. auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxis-kommentar, N 6 zu Art. 342 OR.

⁶⁵⁰ Zur einheitlichen Pflicht siehe Rz. 292 ff.

⁶⁵¹ Das Bundesgericht spricht bei Art. 342 Abs. 2 OR von der direkten Anwendung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften (BGE 132 III 257 E. 5.4). Die Anwendung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die zur Konkretisierung von Art. 328 Abs. 2 OR herangezogen werden können, könnte demnach als «indirekte» Anwendung bezeichnet werden.

⁶⁵² Vgl. BYDLINSKI, System und Prinzipien, S. 539 f.; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, Rz. 1405 m.H.

⁶⁵³ Vgl. zur Anknüpfung der strafrechtlichen Sanktionierung an die Verhaltensnormen Rz. 923 ff.

5. Eine letzte Frage betreffend die im Verordnungsrecht enthaltenen Konkretisierungen betrifft das **Verhältnis zwischen konkretisierendem Verordnungsrecht und den Kernnormen**. Wie verhält es sich etwa dann, wenn eine Verordnungsvorschrift hinter dem gesetzlichen Massstab zurückbleibt, weil in ihr ein überholter Stand der Technik zum Ausdruck kommt. Genügt der Arbeitgeber in einer solchen Konstellation seiner Schutzpflicht, indem er die Verordnungsvorschrift umsetzt? Auf diese Frage komme ich zurück, wenn es um das «Scharnier» zwischen Gesetz und Verordnung geht (Rz. 471 ff.). 452

2. Konkretisierung durch Richtlinien der EKAS

1. Die Richtlinien der EKAS⁶⁵⁴ haben ihre Grundlage in der Verordnung über die Unfallverhütung. Sie dienen der «Gewährleistung einer einheitlichen und sachgerechten Anwendung der Vorschriften über die Arbeitssicherheit»⁶⁵⁵. Die EKAS-Richtlinien sind eines von zwei Konkretisierungsgefässen, das **in Rechtsnormen explizit erwähnt** wird.⁶⁵⁶ In den Richtlinien werden (so der Anspruch der EKAS) «Wege beziehungsweise technische Lösungen aufgezeigt, mit denen sich die generellen, auf Verordnungsstufe festgehaltenen Vorschriften erfüllen lassen»⁶⁵⁷. 453

a. Im Sinne eines Vorbehalts sei betont, dass das Verordnungsrecht in Richtlinien der EKAS *nicht flächendeckend weiter konkretisiert* wird (Rz. 487). Dies unterstreiche ich an dieser Stelle, weil die Konkretisierung der Verhaltensnormen gerade nicht in einem in sich geschlossenen System erfolgt. 454

b. Genau dieser Eindruck aber könnte entstehen, wenn die EKAS ausführt, dass das «Vorschriften- und Regelwerk im Bereich <Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz> ... als *Zwei-Stufen-Modell* konzipiert»⁶⁵⁸ sei. Nach diesem Modell stehen das Verordnungsrecht auf der ersten und die 455

⁶⁵⁴ Zu den Richtlinien der EKAS einlässlich Rz. 254 ff.

⁶⁵⁵ Art. 52a Abs. 1 VUV. Vgl. betreffend die Pflicht des Arbeitgebers, Spezialisten der Arbeitssicherheit beizuziehen im Besonderen, Art. 11b VUV.

⁶⁵⁶ Beim anderen Konkretisierungsgefäss, das ebenfalls auf Stufe Verordnung Erwähnung findet, handelt es sich um Bedienungsanleitungen. Vgl. Rz. 508 ff.

⁶⁵⁷ EKAS, Wegleitung Richtlinien, S. 5. Vgl. auch die EKAS-Richtlinie Nr. 6514, Untertagarbeiten, Ausgabe Oktober 2005, S. 5: Die Richtlinie «zeigt den Arbeitgebern einen Weg auf, wie sie ihre Verpflichtungen bei der Ausführungen von Untertagarbeiten erfüllen können».

⁶⁵⁸ EKAS, Wegleitung Richtlinien, S. 4 (Ziff. 1.2).

EKAS-Richtlinien auf der zweiten Stufe. Diese Zweistufigkeit will die EKAS optisch zum Ausdruck bringen, indem sie in den Richtlinien jeweils angibt, welche Verordnungsvorschrift konkretisiert wird.⁶⁵⁹ So etwa konkretisiert Ziff. 7 der EKAS-Richtlinie betreffend Untertagarbeiten⁶⁶⁰ den bereits erwähnten Art. 33 VUV betreffend Lüftung (vgl. Rz. 444 f.). Die Richtlinie will konkretisieren, wann die Gesundheit des Arbeitnehmers nicht gefährdet wird. Entsprechend sollen «mindestens 1,5 m³ Frischluft pro Minute und Person»⁶⁶¹ zugeführt werden.

456 Das Zwei-Stufen-Modell der EKAS ist in mehrfacher Hinsicht zu kritisieren: nicht nur, weil es zur Annahme verleiten könnte, das Verordnungsrecht werde flächendeckend in Richtlinien weiter konkretisiert. Kritikwürdig ist das Modell auch deshalb, weil es zahlreiche nachgelagerte Normen (wie das Normenwerk der SUVA) gänzlich unbeachtet lässt und so der Eindruck entsteht, es gäbe nebst den Richtlinien keine weiteren Normen, welche sich zur Konkretisierung der Kernnormen anbieten.

457 c. Die EKAS hat sich zum Ziel gesetzt, in ihren Richtlinien Wege aufzuzeigen, um den im Verordnungsrecht gemachten Vorgaben nachzuleben (Rz. 453). Hinzuweisen ist indes darauf, dass das Verordnungsrecht bereits als Konkretisierung von Gesetzesrecht zu verstehen ist. Entsprechend geht es – übertragen auf die Schutzpflicht des Arbeitgebers – nicht bloss darum, die entsprechenden Vorschriften des Verordnungsrechts, sondern ebenso die auf Gesetzesstufe angesiedelten Kernnormen der Arbeitssicherheit zu konkretisieren.

458 2. In der Lehre sind nur vereinzelt Bestrebungen auszumachen, die Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit zu gruppieren. Dort, wo dieser Versuch unternommen wird, gehen die EKAS-Richtlinien bisweilen vergessen.⁶⁶² Das ist erstaunlich, weil die Richtlinien im geltenden System ein zentrales Konkretisierungsgefäss bilden (weshalb ich sie als eigene Gruppe erwähne). Zwar geht ihnen insofern die Rechtsverbindlichkeit ab, als es sich nicht um

⁶⁵⁹ EKAS, Wegleitung Richtlinien, S. 12 (Ziff. 6.3). Die Zweistufigkeit wird so dargestellt, dass die «in der Richtlinie erläuterten Ordnungsbestimmungen ... jeweils vorangestellt» und grau hinterlegt werden. Die EKAS spricht von einer aggregierten Darstellung (Titel zu Ziff. 6.3).

⁶⁶⁰ EKAS, Richtlinie Nr. 6514, Ausgabe Oktober 2005.

⁶⁶¹ Ziff. 7.2 fünftes Lemma der in Fn. 660 zitierten EKAS-Richtlinie.

⁶⁶² Vgl. die Checkliste der «Vorschriften über die Arbeitssicherheit» bei VON KAENEL, Arbeitgeberhaftung, Rz. 14.75.

Rechtsnormen handelt.⁶⁶³ Indessen hat – und hier liegt die Besonderheit, welche die EKAS-Richtlinien von den übrigen «nachgelagerten Normen» unterscheidet – der Verordnungsgeber an ihre Einhaltung eine **Vermutungswirkung** geknüpft (Rz. 487 ff.). Von dem Arbeitgeber nämlich, der eine EKAS-Richtlinie einhält, wird vermutet, er halte jene Verordnungsvorschriften ein, die durch die Richtlinie konkretisiert werden. Auf die rechtliche Bedeutung dieses «Scharniers» zwischen Verordnung und EKAS-Richtlinie komme ich bei Rz. 487 ff. zurück.

3. Konkretisierung durch «nachgelagerte» Normen

1. Nebst den Rechtsnormen und den EKAS-Richtlinien besteht eine weitere, 459 die Kernnormen potenziell konkretisierende Gruppe von Verhaltensnormen. Ich fasse sie unter dem **Sammelbegriff «nachgelagerte Normen»** zusammen. Von den Rechtsnormen unterscheiden sie sich dadurch, dass sie nicht Vorschriftencharakter haben, mithin nicht rechtsverbindlich sind.⁶⁶⁴ Von den EKAS-Richtlinien wiederum unterscheiden sie sich dadurch, dass ihre Einhaltung nicht mit der Vermutungswirkung im Sinne der Verordnung über die Unfallverhütung verbunden ist.

2. Obwohl die übrigen Normen nichtverbindliche Normen sind, die weder 460 im Gesetzes- noch im Verordnungsrecht ausdrücklich erwähnt werden, sind sie **in der Praxis eminent wichtig**. Das ergibt sich schon alleine aus dem Umstand, dass diese Normen den *höchsten Konkretisierungsgrad* aller Verhaltensnormen aufweisen. Gerade weil sie so konkret sind, lassen sie sich im Berufsalltag ohne Weiteres umsetzen. Sie tragen damit in hohem Masse zur Effizienz von Arbeitsabläufen bei. Müsste ein Arbeitgeber sich bei jedem Arbeitsschritt neu überlegen, was er jetzt wohl (nach der Erfahrung, dem Stand der Technik und der Angemessenheit) zu tun habe, würde dies die allermeisten Arbeitsabläufe blockieren.

3. Die übrigen Normen sind über **verschiedene Konkretisierungsgefässe** 461 **verteilt**. Drei davon sind für Bauarbeiten besonders wichtig.

⁶⁶³ Zur Frage der «Selbstbindung» der SUVA an die von ihr selbst aufgestellten Normen siehe Rz. 468.

⁶⁶⁴ Auch solche (private oder halbprivate) Normen sind auf eine Konkretisierung der Kernnormen der Arbeitssicherheit angelegt.

- 462 **a.** Prominent im Vordergrund steht das *Normenwerk der SUVA*. Gerade bei Bauarbeiten ist regelmässig einzig von den «SUVA-Vorschriften» oder dergleichen die Rede.⁶⁶⁵ Diese Normen sind meist ausgesprochen technischer Natur und zudem sehr umfangreich. Die SUVA-Normen geben bisweilen vor, objektives Recht zu sein und entsprechend wie ein Gesetz oder eine Verordnung zu gelten.⁶⁶⁶ Die SUVA nimmt für sich in Anspruch, mit ihren Normen Sorgfaltsmassstäbe zu setzen.⁶⁶⁷ Illustrieren lässt sich das etwa am SUVA-Merkblatt betreffend Untertagarbeiten. Das Merkblatt schickt sich an aufzuzeigen, «was Bauherr, Planer und Unternehmer in den verschiedenen Phasen des Bauwerks vorzukehren haben, um die Sicherheit und den Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten»⁶⁶⁸. Und noch mehr: Das Merkblatt legt – wie sonst bei Gesetzen üblich – einen «Anwendungsbereich» fest, für den seine «Bestimmungen ... gelten»⁶⁶⁹ sollen.
- 463 **b.** Als Autorin weiterer Normen kommt aber nicht nur die SUVA in Frage, sondern auch die *Fachorganisationen* (Rz. 169 ff.), denen die SUVA vertraglich bestimmte Vollzugsaufgaben übertragen hat. Für Bauarbeiten von besonderer Bedeutung ist die Beratungsstelle für Arbeitssicherheit (BfA; Rz. 185).⁶⁷⁰

⁶⁶⁵ Das Bundesgericht hat unter die «Vorschriften der SUVA» in einem Entscheid gar (wenn auch nur in einer Klammer) die «Verordnung über die Verhütung von Unfällen bei Bauarbeiten» subsumiert (BGer 6P.58/2003, 6S.159/2003 und 6S.160/2003 vom 3. August 2004 [im Sachverhalt unter Buchstabe A.]). Vgl. auch Rz. 16 ff.

⁶⁶⁶ Vgl. etwa das Merkblatt «Explosionsschutz – Grundsätze, Mindestvorschriften, Zonen» (Nr. 2153), S. 3 Fn. 1: «Das Merkblatt konkretisiert die Bestimmungen von Art. 29 «Zündquellen» und Art. 36 «Explosions- und Brandgefahr» der Verordnung des Bundesrates vom 19.12.1983 über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten [VUV].»

⁶⁶⁷ Vgl. generell zu diesem Anspruch normenschaffender Gremien BRUNNER, Technische Normen, S. 164.

⁶⁶⁸ SUVA, Verhütung von Unfällen durch Brände und Explosionen bei der Erstellung von Untertagbauten in Erdgas führenden Gesteinsschichten – Technisches Merkblatt, 1. Aufl., März 2002 (Bestell-Nr. 66102), S. 2.

⁶⁶⁹ Siehe S. 4 (Ziff. 1.2) des in Fn. 668 zitierten SUVA-Merkblatts.

⁶⁷⁰ Die Beratungsstelle für Arbeitssicherheit etwa ist Herausgeberin der Broschüre «BfA INFO», die mehrmals jährlich erscheint. Sie informiert «das Baustellenpersonal in Bildersprache und mit kurzen Texten über aktuelle Fragen der Arbeitssicherheit auf dem Bau», und zwar in Deutsch, Französisch, Italienisch und Portugiesisch (<www.b-f-a.ch> unter BfA INFO, besucht am 23. Mai 2016).

- c. Auch *Produktehersteller* stellen in ihren Bedienungsanleitungen Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit auf. Eine zentrale Voraussetzung dafür, dass ein Produkt rechtmässig in Verkehr gebracht werden kann,⁶⁷¹ ist, dass der Bedienungsanleitung über das produktspezifische Gefährdungspotenzial aufgeklärt wurde.⁶⁷² Auch Bedienungsanleitungen sind (wie alle übrigen Konkretisierungen) an den Kernnormen der Arbeitssicherheit zu messen. 464
4. Trotz ihrer praktisch grossen Bedeutung ist daran zu denken, dass die Gruppe der übrigen Normen – darunter auch die praktisch wichtigen Merkblätter der SUVA – keine Rechtsnormen sind, weshalb ihnen grundsätzlich auch **keine Rechtsverbindlichkeit** zukommt. 465
- a. Entsprechend sind die Konkretisierungsbemühungen, die in diesen Normen erfolgt sind, als *blasse Hilfsmittel* zu verstehen. Setzt ein Arbeitgeber die darin vorgesehenen Massnahmen nicht um, ist dies nicht ohne Weiteres mit einer Verletzung seiner gesetzlichen Schutzpflicht gleichzusetzen.⁶⁷³ Setzt ein Arbeitgeber umgekehrt die Normen um, führt das nicht in jedem Fall automatisch zur Erfüllung der gesetzlichen Schutzpflicht. 466
- b. Die *Gerichtspraxis* ist zur Frage der Verbindlichkeit der übrigen Normen unergiebig. Immerhin findet der Befund, dass eine Konkretisierungsbemühung sich an den in den Kernnormen enthaltenen Messlatten testen lassen muss, Rückhalt in einem Urteil des Bundesgerichts: Ein Arbeitgeber hatte sinngemäss vorgebracht, die in einer SUVA-Richtlinie verlangten Massnahmen seien nach der Erfahrung nicht notwendig.⁶⁷⁴ Materiell musste das Bundesgericht aufgrund des (damals anwendbaren) Haftungsprivilegs diese Rüge des Arbeitgebers nicht entscheiden; das Verschulden des Arbeitgebers war jedenfalls nicht grober Natur, und eine Haftung damit nicht begründet (Art. 44 Abs. 2 aUVG⁶⁷⁵). 467

⁶⁷¹ Zum Begriff des Inverkehrbringens siehe Art. 2 Abs. 3 PrSG.

⁶⁷² Art. 3 Abs. 4 lit. d PrSG. Diese Pflicht trifft primär den Hersteller, subsidiär den Importeur, Händler oder Erbringer von Dienstleistungen (Art. 3 Abs. 6 lit. a und b PrSG).

⁶⁷³ Die Nichtumsetzung kann jedoch ein Indiz dafür sein, dass die Schutzpflicht verletzt wurde (vgl. BK OR-BREHM, N 173 zu Art. 41).

⁶⁷⁴ BGer 4A_106/2007 vom 31. Juli 2007 E. 3: «Cette argumentation revient à contester que lesdites mesures fissent partie de celles dont l'expérience avait démontré la nécessité, aux termes des art. 81 al. 1 LAA ou 6 al. 1 LTr.»

⁶⁷⁵ AS 1982 1676.

- 468 c. Eine Besonderheit gilt meines Erachtens im Verwaltungsrecht: Im Grundsatz genügt der Arbeitgeber dort mit dem Einhalten von den durch die SUVA aufgestellten Normen, soweit sie den betreffenden Arbeitsvorgang regeln, seiner Schutzpflicht.⁶⁷⁶ Mit anderen Worten besteht, wo die SUVA Normen geschaffen hat, im Verwaltungsverfahren eine *Selbstbindung der SUVA* an diese Normen. Die SUVA kann nicht auf der einen Seite Normen aufstellen, sich in einem konkreten Fall dann aber auf den Standpunkt stellen, der Arbeitgeber habe mehr vorzukehren, als die von ihr aufgestellte Norm von ihm verlangt.

C. Die «Scharniere» zwischen den Normengruppen

- 469 1. Nach der isolierten Betrachtung der drei Gruppen konkretisierender Verhaltensnormen distanzieren sich nun einen Schritt von diesem schwer durchdringbaren Normengeflecht, um aus einer breiteren Perspektive das **Verhältnis der verschiedenen Gruppen zueinander** auszuleuchten. Damit will ich aufzeigen, dass die verschiedenen Konkretisierungsversuche sich zu keinem kohärenten Gesamtsystem zusammenfügen.
- 470 2. Einzelne Konkretisierungsgefässe stellen einen Bezug zu einem anderen Gefäss dar. So etwa enthält das Gesetz Delegationsnormen, die den Bundesrat ermächtigen (und verpflichten), im Wege der Verordnung ausführende Bestimmungen zu erlassen. Diesem «Scharnier» wende ich mich zuerst zu (Rz. 471 ff.). Weitere «Scharniernormen», auf die ich eingehe, bestehen zwischen der VUV und den EKAS-Richtlinien (Rz. 487 ff.), zwischen dem Verordnungsrecht allgemein und Bedienungsanleitungen (Rz. 507 ff.) und schliesslich zwischen einer EKAS-Richtlinie und den SUVA-Normen (Rz. 515 ff.).

1. Erstes Scharnier: Gesetz und Verordnung

a) Die Delegationsnormen

- 471 Das erste Scharnier besteht zwischen Gesetz und Verordnung. Im Unfallversicherungsgesetz und im Arbeitsgesetz finden sich, jeweils gleich anschliessend an die Kernnormen der Arbeitssicherheit, Delegationsnormen. Das

⁶⁷⁶ Die SUVA-Normen binden das Zivil- und das Strafgericht hingegen nicht.

Gesetz ermächtigt und verpflichtet den Bundesrat damit,⁶⁷⁷ die vom Arbeitgeber zu treffenden Massnahmen im Wege der Verordnung näher zu bestimmen (Art. 83 Abs. 1 UVG⁶⁷⁸ und Art. 6 Abs. 4 ArG⁶⁷⁹).

b) Die Rechtswirkungen der Einhaltung einer Verordnungsvorschrift

1. Die Frage, welche Rechtswirkungen mit dem Einhalten einer Verordnungsvorschrift verbunden sind, habe ich bereits aufgeworfen.⁶⁸⁰ Um sie zu beantworten, sind **drei Fälle zu unterscheiden**: ein «Idealfall» und zwei «pathologische» Fälle. 472

2. Im **Idealfall** geht die konkretisierende Verordnungsvorschrift in den Kernnormen auf: Was die Verordnung vom Arbeitgeber verlangt, bewegt sich innerhalb der durch die Kernnormen vorgegebenen Grössen, ist mithin nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und angemessen. 473

a. Diese Konstellation ist mit keinen besonderen Schwierigkeiten verbunden: 474
Hält ein Arbeitgeber eine solche Verordnungsvorschrift ein (lässt er also im Beispielfall 1 [Rz. 26 f.] ein Fassadengerüst erstellen), erfüllt er die in den Kernnormen statuierte Schutzpflicht. Hält er sie aber nicht ein, verletzt er seine Pflicht. Zu erinnern ist indessen daran, dass Verordnungsvorschriften nur selten derart konkret ausgestaltet sind, dass ein Verhalten direkt an ihnen gemessen werden kann.⁶⁸¹

b. Da es sich *beim Verordnungsrecht um Rechtsnormen* und somit um verbindliche Vorschriften handelt, sind sie vom Arbeitgeber zwingend einzuhalten. Insbesondere besteht bei einer im Verordnungsrecht enthaltenen Konkretisierung (anders als bei Konkretisierungen in den EKAS-Richtlinien; Rz. 504 ff.) kein «Abweichungsvorbehalt», der es dem Arbeitgeber erlaubte, 475

⁶⁷⁷ Zur Möglichkeit der Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen durch den Gesetzgeber vgl. Art. 164 Abs. 2 BV.

⁶⁷⁸ Zum Wortlaut von Art. 83 Abs. 1 UVG siehe Fn. 641.

⁶⁷⁹ Im Art. 6 Abs. 4 ArG lautet: «Durch Verordnung wird bestimmt, welche Massnahmen für den Gesundheitsschutz in den Betrieben zu treffen sind.»

⁶⁸⁰ Siehe Rz. 447 ff.

⁶⁸¹ Hat der Arbeitgeber etwa die gebotenen Massnahmen getroffen, um dafür zu sorgen, dass «die Zusammensetzung der Luft am Arbeitsplatz ... die Gesundheit der Arbeitnehmer nicht [gefährdet]» (Art. 33 VUV)? Die Antwort auf diese Frage ergibt sich erst aus weiteren konkretisierenden Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit.

seine Schutzpflicht auf andere Weise zu erfüllen, als dies die Verordnung vorschreibt.

- 476 **3.** Soweit der Idealfall, in dem das von der Verordnung Verlangte dem Schutzniveau des Gesetzes – den Kernnormen – entspricht. Denkbar sind jedoch insbesondere drei «pathologische» Fälle. Die Pathologie ergibt sich daraus, dass die Konkretisierung im Verordnungsrecht vom gesetzlichen Massstab abweicht. Im **ersten pathologischen Fall** setzt die Verordnung einen *höheren* Massstab als die Kernnormen. Mit andere Worten: Die Verordnungsvorschrift ist «überschiessend».
- 477 **a.** Rein theoretisch dürfte sich dieses Szenario nicht einstellen, weil der Verordnungsgeber in solchen Fällen seine Rechtsetzungskompetenz überschreitet. Praktisch ist indessen ohne Weiteres vorstellbar, dass eine Verordnung eine technische Lösung für anwendbar erklärt, die zwar rein technisch umsetzbar ist, aber (noch) nicht zum Stand der Technik gehört, weil es ihr noch an der praktischen Bewährung fehlt.⁶⁸² Dasselbe Problem besteht, wenn eine Verordnung vom Arbeitgeber etwas Unangemessenes verlangt. Wie sind diese Fälle rechtlich zu handhaben?
- 478 **b.** Eines scheint mir auf der Hand zu liegen: Hält ein Arbeitgeber eine solche «überschiessende» Verordnungsvorschrift ein, erfüllt er damit seine Schutzpflicht nach den Kernnormen. Problematisch hingegen ist, wenn er sie nicht einhält und dann im Prozess – etwa im Einspracheverfahren gegen eine von der SUVA mittels Verfügung angeordnete Prämienerrhöhung – vorbringt, die Verordnung sei nicht gesetzeskonform. Führt dies, sollte die Verordnung tatsächlich über das Gesetz hinauschiessen, etwa auch zivilrechtlich dazu, dass der Arbeitgeber dem verunfallten Arbeitnehmer nicht haftet?
- 479 In diesen Fällen hat eine *konkrete Normenkontrolle* stattzufinden: Die mit dem Fall befasste Behörde (Zivil-, Verwaltungs- oder Strafbehörde) hat die äusserst schwierige Aufgabe, vorfrageweise zu überprüfen, ob die Verordnung, auf die sich der Rechtsanwendungsakt stützt, mit dem übergeordneten Recht – den Kernnormen, aber auch der Bundesverfassung – vereinbar ist,⁶⁸³

⁶⁸² Zur Bedeutung des Technikstandards «Stand der Technik» siehe Rz. 365 ff.

⁶⁸³ Zur abstrakten Normenkontrolle siehe BGE 136 II 337 E. 5.1: «Das Bundesgericht kann Verordnungen des Bundesrates vorfrageweise auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit prüfen. Bei unselbständigen Verordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, prüft es, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Soweit das Gesetz den Bundesrat nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, befindet das Gericht auch über die Verfassungsmässigkeit der unselbständigen Verordnung. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein

ob also «der Bundesrat sich an den Gesetzeszweck und die Vorgaben im Gesetz gehalten und ob er seine vom Gesetz eingeräumte Kompetenz nicht überschritten hat»⁶⁸⁴.

c. Kommt die Behörde bei ihrer Prüfung zum Schluss, dass eine Verordnungsvorschrift gesetzeswidrig ist, *hebt sie grundsätzlich den angefochtenen Rechtsanwendungsakt (etwa die Verfügung der SUVA) auf*. Zivilrechtlich haftet der Arbeitgeber dem verunfallten Arbeitnehmer in solchen Fällen mangels Vertragsverletzung nicht aus Art. 328 Abs. 2 OR; im Strafverfahren ist der beschuldigte Arbeitgeber allenfalls freizusprechen. Die überschüssende Verordnungsvorschrift selbst bleibt indessen in Kraft, bis sie vom Verordnungsgeber abgeändert oder aufgehoben wird. Praktisch jedoch wird eine vom Bundesgericht als gesetzeswidrig beurteilte Verordnungsvorschrift nicht mehr angewandt. 480

d. Bei Vorliegen einer gesetzeswidrigen Verordnungsvorschrift kann gegen einen Arbeitgeber mithin nicht mehr wegen Verstosses gegen diese Vorschrift vorgegangen werden. Wenn also eine konkrete Normenkontrolle ergibt, dass eine Verordnung etwas Unangemessenes verlangt – und damit über den gesetzlichen Massstab der Kernnormen hinausschiesst –, ist die Verordnung nicht mehr als rechtlich relevante Konkretisierung der Kernnormen zu verstehen. Jedoch darf nicht vergessen werden: Wo einst die (nun für gesetzeswidrig erklärte) Verordnungsvorschrift Bestand hatte, wird der Arbeitgeber weiterhin durch die Kernnormen verpflichtet. 481

4. Der zweite pathologische Fall bildet gewissermassen das Gegenstück zum ersten: Die Verordnungsvorschrift schiesst hier nicht über den Massstab der Kernnormen hinaus (wie beim ersten), sondern bleibt hinter ihm zurück. 482

a. Dieses Szenario stellt sich ein, wenn eine Verordnungsvorschrift überholt ist, weil sie etwa die aktuelle Erfahrung oder den aktuellen Stand der Technik noch nicht wiedergibt. Wie ist rechtlich mit diesem Risiko einer *veralteten Verordnungsvorschrift* umzugehen? 483

sehr weiter Ermessensspielraum für die Regelung auf Verordnungsstufe eingeräumt, so ist dieser Spielraum nach Art. 190 BV für das Bundesgericht verbindlich; es darf in diesem Fall bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern es beschränkt sich auf die Prüfung, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist.»

⁶⁸⁴ BVGer A-1543/2006 vom 14. April 2009 E. 3.4.

484 **b.** Nach der hier vertretenen Ansicht verhält sich ein Arbeitgeber, der eine veraltete Verordnungsvorschrift einhält, nicht sorgfältig. Das mag mit Blick auf die Rechtssicherheit zwar als stossend erscheinen, weil ein Arbeitgeber damit selbst bei Vorliegen einer Verordnungsvorschrift (einer Rechtsnorm) stets zu prüfen hat, ob er vielleicht mehr (oder etwas anderes) vorzukehren hat, als die Verordnung gebietet. Dennoch scheint mir diese Sicht die richtige zu sein. Wollte man dem Arbeitgeber in Fällen der Einhaltung veralteter Verordnungsvorschriften ohne Weiteres sorgfältiges Verhalten attestieren und ihn etwa in zivilrechtlicher Hinsicht von jeglicher Haftung befreien, führte dies für den Arbeitgeber zu einer falschen Anreizstruktur, was schliesslich zulasten der Arbeitssicherheit ausfiele: Der Arbeitgeber könnte dann einfach blind den Vorschriften folgen, ohne diese je auf ihre Zweckmässigkeit hin zu untersuchen. Das Gesetz teilt dem Arbeitgeber nach meinem Verständnis indes eine äusserst aktive Rolle zu, indem es von ihm verlangt, die von ihm getroffenen Schutzmassnahmen kontinuierlich zu evaluieren und gegebenenfalls anzupassen.

485 **5. Der dritte pathologische Fall**, der sich im Verhältnis von Gesetz zu Verordnung ergeben kann, ist eine Unterform des zweiten (Rz. 482 ff.). Auch hier bleibt die Verordnungsvorschrift hinter den Kernnormen zurück. Der Grund dafür ist aber nicht eine «Überalterung» des Verordnungstextes. Vielmehr wird eine *neue* Verordnungsvorschrift erlassen, die nicht den Kernnormen entspricht und rechtlich deshalb nicht als Konkretisierung zu verstanden werden kann. Die tatsächliche Vermutung, die mit der Einhaltung technischer Normen verbunden ist (vgl. Rz. 382 und die zugehörigen Fn. 542 und 543) kann dann entkräftet werden.

486 Eine neue Verordnungsvorschrift kann in bestimmten Konstellationen gar zu einer Erhöhung des Unfallrisikos führen. Aufgetreten ist diese Pathologie etwa im Zusammenhang mit der am 1. Januar 2016 in Kraft getretenen *Verordnung vom 15. April 2015 über die Sicherheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Arbeiten im Überdruck*.⁶⁸⁵ Sie ersetzte eine ältere, seit 1961 geltende Verordnung.⁶⁸⁶ Ziel der Totalrevision war die Anpassung der Vorschriften an neue Erfahrungswerte und an den aktuellen Stand der Technik.⁶⁸⁷ Kaum in Kraft getreten, stiessen bestimmte, in der Verordnung enthal-

⁶⁸⁵ SR 832.311.12; AS 2015 1187.

⁶⁸⁶ Verordnung vom 20. Januar 1961 über die technischen Massnahmen zur Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten bei Arbeiten unter Druckluft (AS 1961 69).

⁶⁸⁷ Vgl. <www.bag.admin.ch> unter Themen/Unfall- und Militärversicherung/Unfallversicherung/Projekte/Arbeiten im Überdruck (besucht am 23. Mai 2016): «Der Gesetzgeber hatte schon vor mehr als 50 Jahren eine Verordnung erlassen, um die Risiken bei

tene Vorschriften jedoch auf harsche Kritik insbesondere der Zürcher Rettungs- und Polizeitaucher.⁶⁸⁸ Die Kritik richtete sich unter anderem gegen sogenannte Vollgesichtsmasken und gegen das Anleinen der Taucher am Patrouillenboot. Beides war – so die Ansicht der Polizeitaucher – in Situationen neu zwingend vorgeschrieben, in denen im Ergebnis für die Taucher eine höhere Gefährdung resultierte. Hinzu kam, dass die Verordnung internationalen Standards widersprach. Der Bundesrat reagierte auf diese Kritik, indem er als Sofortmassnahme eine Übergangsbestimmung beschloss, nach dem einzelne der neuen Vorschriften auf Polizei- und Rettungstaucher nicht anwendbar sind.⁶⁸⁹

2. Zweites Scharnier: Verordnungsrecht und EKAS-Richtlinie

1. Das zweite Scharnier, das verschiedene konkretisierende Normengruppen miteinander verbindet, besteht zwischen dem Verordnungsrecht, insbesondere der Verordnung über die Unfallverhütung (VUV),⁶⁹⁰ und dem Richtli-

487

Arbeiten im Überdruck (Bauarbeiten in Druckluft und Taucherarbeiten) auf ein vertretbares Mass zu senken. Viele der damaligen Regelungen sind nicht mehr aktuell. Sie genügen den heutigen Ansprüchen an die Arbeitssicherheit nur noch teilweise. Insbesondere im Bereich der Technik und der Arbeitsmedizin wurden neue Erkenntnisse gewonnen, weshalb die heute gültige Verordnung der technischen Entwicklung und den veränderten Verhältnissen der heutigen Arbeitswelt angepasst wird.»

⁶⁸⁸ Vgl. «Boycott der Polizeitaucher – Kantons- und Stadtpolizei Zürich legen sich mit dem Bundesamt für Gesundheit an», in: NZZ vom 22. Januar 2016, S. 20; weiter den Beitrag in der Fernsehsendung 10vor10 vom 20. Januar 2016, «Bundesvorschriften behindern Notfalleinsätze von Polizeitauchern».

⁶⁸⁹ AS 2016 1151; vgl. die Medienmitteilung des Bundesamts für Gesundheit (BAG) vom 13. April 2016, «Arbeiten im Überdruck: Bundesrat bewilligt Ausnahmen für Polizei- und Rettungstaucher», abrufbar unter <www.bag.admin.ch> und dort unter Aktuell/Medienmitteilungen (besucht am 23. Mai 2016); weiter «Polizeitaucher beenden Boycott – Bundesamt für Gesundheit verliert Tauziehen um eine umstrittene Verordnung», in: NZZ vom 4. Mai 2016, S. 20.

⁶⁹⁰ In den übrigen Verordnungen der Arbeitssicherheit (etwa in der Bauarbeitenverordnung) sind die EKAS-Richtlinien nicht förmlich eingebunden. Dennoch erheben die EKAS-Richtlinien den Anspruch, auch andere Verordnungen als die Verordnung über die Unfallverhütung zu konkretisieren. Die EKAS-Richtlinie Nr. 6514 betreffend Untertagarbeiten (Ausgabe Oktober 2005) etwa widmet sich in Ziff. 4 dem «Sicherheits- und Gesundheitsschutzkonzept». Dabei hat sie sich zum Ziel gesetzt, nicht nur Art. 6a VUV zu konkretisieren, sondern auch zwei Artikel aus der Bauarbeitenverordnung: Art. 62 BauAV und Art. 20 BauAV.

nienwerk der EKAS. Bevor ich dieses Scharnier darstelle, will ich daran erinnern, dass nicht jede Verordnungsvorschrift in einer EKAS-Richtlinie abgebildet wird (Rz. 454). Verankert ist das angesprochene Scharnier in der VUV, und zwar in Gestalt einer **Vermutung**. Sie ist in der VUV gleich an zwei Orten vorgesehen:

- 488 – Die erste, generelle Scharniernorm zwischen Verwaltungsrecht und EKAS-Richtlinien findet sich in *Art. 52a Abs. 2 VUV*. Dort wird die folgende Vermutung aufgestellt: Vom Arbeitgeber, der das Richtlinienwerk der EKAS befolgt, «wird vermutet, dass er diejenigen Vorschriften über die Arbeitssicherheit erfüllt, welche durch die Richtlinien konkretisiert werden».
- 489 – Die zweite, ältere⁶⁹¹ Scharniernorm findet sich in *Art. 11b Abs. 2 VUV*. Sie beschlägt ausschliesslich die Pflicht des Arbeitgebers, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen Spezialisten der Arbeitssicherheit beiziehen zu müssen.⁶⁹² Während es der EKAS sonst anheimgestellt ist, für welche Bereiche sie Richtlinien erlässt, hatte sie zur Arbeitgeberpflicht nach Art. 11b Abs. 2 VUV zwingend Richtlinien aufzustellen.⁶⁹³ Diesem Auftrag ist sie mit der sogenannten ASA-Richtlinie, die praktisch besonders bedeutsam ist (Rz. 258 ff.), nachgekommen. Für den Arbeitgeber hat die Einhaltung der ASA-Richtlinie den Vorteil, dass «vermutet [wird], dass er seiner Verpflichtung zum Beizug von Spezialisten der Arbeitssicherheit nachgekommen ist»⁶⁹⁴.
- 490 **2.** Die Vermutungswirkung, welche diese beiden Vorschriften vorsehen, ist nicht leicht zu verstehen.⁶⁹⁵ Ich gehe zunächst auf die Grundpfeiler des Regulierungsansatzes ein, der ihm zugrunde liegt: den sogenannten New Approach (Rz. 491 ff.). Sodann stelle ich die Bedeutung der zitierten Vermutungen für die Arbeitssicherheit einlässlich dar (Rz. 499 ff.).

⁶⁹¹ Streng genommen geht die spezifische Vermutung von Art. 11b Abs. 2 VUV in der generellen Vermutung von Art. 52a Abs. 2 VUV auf, sodass erstere mit Inkrafttreten der letzteren wohl hätte aufgehoben werden können.

⁶⁹² Siehe zu dieser Pflicht grundsätzlich Art. 11a VUV.

⁶⁹³ Siehe Art. 11b Abs. 1 VUV: «Die Koordinationskommission ... erlässt Richtlinien ...». Vgl. im Gegensatz dazu Art. 52a Abs. 1 erster Satz VUV: «Die Koordinationskommission kann ... Richtlinien aufstellen».

⁶⁹⁴ Art. 11b Abs. 2 VUV.

⁶⁹⁵ Gerade weil Vermutungskonstrukte oft nur schwer verständlich sind, plädieren MÜLLER/UHLMANN, Rechtssetzungslehre, Rz. 378, trotz aller Vorteile für eine zurückhaltende Verwendung.

a) *Der Regulierungsansatz: «New Approach»*

1. Der New Approach⁶⁹⁶ ist ein Regulierungsansatz, von dem die Europäische Union (EU) 1985 in der Produkteregulierung erstmals Gebrauch machte.⁶⁹⁷ Der Ansatz hat sich dem **Abbau technischer Handelshemmnisse** verschrieben, um so den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu fördern. Der Ansatz regelt insbesondere das Zusammenwirken von durch den Staat erlassenen Rechtsnormen einerseits und technischen, meist von Privaten geschaffenen Normenwerken andererseits.⁶⁹⁸ Der New Approach beruht auf der Idee, dass Rechtsnormen einzig die grundlegenden Anforderungen an Produkte definieren, um für die Einzelheiten auf private Normenwerke zu verweisen.⁶⁹⁹ Durch diese Verweisungstechnik verleiht der Gesetzgeber den privaten Normen «un certain caractère obligatoire»⁷⁰⁰.

2. Obwohl die Schweiz nicht Mitglied der EU ist, bedient auch sie sich der dem New Approach zugrunde liegende Idee⁷⁰¹ – unter anderem für die Zwecke des **Produktesicherheitsgesetzes**.⁷⁰² Anhand dieses Gesetzes zeige ich die Grundpfeiler des New Approach auf.

⁶⁹⁶ Der deutsche Begriff «neue Konzeption» ist weniger gebräuchlich, weshalb ich mich hier an den gängigeren englischen Begriff halte. Vgl. <www.newapproach.org> (besucht am 23. Mai 2016).

⁶⁹⁷ Siehe die Entschliessung des Rates vom 7. Mai 1985 über eine neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung, in: ABl. EG Nr. C 136/1 vom 4. Juni 1985. Der New Approach basiert auf vier Grundprinzipien, die im Anhang II der Entschliessung aufgeführt sind.

⁶⁹⁸ Vgl. BRUNNER, Gutachten, S. 5.

⁶⁹⁹ Bei den Verweisungen auf private Normenwerke, wie sie der New Approach vorsieht, befindet man sich innerhalb der indirekten Verweisungen (vgl. BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, Rz. 902); vgl. auch Rz. 332.

⁷⁰⁰ AUBRY GIRARDIN, Santé et sécurité, Rz. 428. Vgl. auch SEILER, Technische Risiken, S. 186, nach dem den privaten Normen ein «offiziöser Status» beigemessen wird; vgl. weiter UHLMANN, Verbindlichkeit, S. 96.

⁷⁰¹ Für die Schweiz ist eine Umsetzung des New Approach in der Produkteregulierung geboten, um am freien Warenverkehr teilnehmen zu können.

⁷⁰² Die dem New Approach zugrundeliegende Idee wird in der Schweizer Produkteregulierung nicht erst seit Inkrafttreten des Produktesicherheitsgesetzes verwendet: Bereits im Vorgängergesetz, dem aSTEG vom 19. März 1976 (in Kraft bis zum 1. Juli 2010; AS 1977 2370), kam das Gedankengut des New Approach zum Ausdruck (vgl. Botschaft PrSG 2008, S. 7413, Ziff. 1.1.4 und S. 7439, Ziff. 2; SEILER, Abschlussbericht, S. 76 f.). Vgl. Art. 4b Abs. 2 aSTEG: «Werden technische Einrichtungen und Geräte nach den technischen Normen gemäss Artikel 4a hergestellt, so wird vermutet, dass die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen erfüllt sind.» Vgl. auch Art. 4

- 493 **a.** Die Kontrolle von Produkten auf Sicherheitsaspekte erfolgt einzig stichprobenweise im Rahmen der *Marktüberwachung*.⁷⁰³ Auf eine staatliche Zulassung von Produkten vor dem Inverkehrbringen wird verzichtet.⁷⁰⁴ Damit kommt der Eigenverantwortung desjenigen, der ein Produkt in Verkehr bringt, grosses Gewicht zu:⁷⁰⁵ Das Gesetz verlangt von ihm im Kontrollverfahren den Nachweis, dass das Produkt «die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen erfüllt»⁷⁰⁶.
- 494 **b.** Wie ein Inverkehrbringer diesen Nachweis gegenüber der Kontrollbehörde zu erbringen hat, bestimmt das Gesetz nicht. Vielmehr ist es Sache des Inverkehrbringers selbst, sich für einen von zwei Wegen zu entscheiden: Der erste Weg – er kann als «*Regelweg*»⁷⁰⁷ bezeichnet werden – führt über den Nachweis, dass das Produkt nach den technischen Normen hergestellt wurde, die das SECO in Anwendung von Art. 6 PrsG bezeichnet hat.⁷⁰⁸ Gelingt dieser Nachweis der Normkonformität, «so wird vermutet, dass es [das Produkt] die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen erfüllt» (Art. 5 Abs. 2 PrSG). Das Produktesicherheitsgesetz statuiert hier also eine Vermutung nach demselben Konzept wie die VUV (nach dem New Approach).
- 495 **c.** Nebst dem Regelweg kann ein Inverkehrbringer eines Produkts einen zweiten, alternativen Weg einschlagen. Dieser Weg besteht im Nachweis, dass – obwohl die einschlägigen technischen Normen nicht eingehalten wer-

Abs. 5 lit. a–c THG. Für weitere Beispiele siehe BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, Rz. 902.

⁷⁰³ Zur Marktüberwachung siehe Art. 9 PrsG i.V.m. Art. 19 ff. PrSV. Für ein Anwendungsfall BVerfG C-4789/2015 vom 29. Januar 2016 (zum New Approach insbesondere E. 2.1): Nachdem finnische Behörden das Inverkehrbringen eines Produkts verboten hatten, leitete die Schweizerische Beratungsstelle für Unfallverhütung (bfu) Marktabklärungen ein, indem sie ein Testmuster des betreffenden Produkts kaufte und schliesslich – bis zur Behebung der festgestellten Mängel – ein Verkaufsverbot verfügte.

⁷⁰⁴ Botschaft PrSG 2008, S. 7413 Ziff. 1.1.4; Botschaft THG 2008, S. 7329 Ziff. 2.5.2.

⁷⁰⁵ Vgl. Botschaft PrSG 2008, S. 7413 Ziff. 1.1.4.

⁷⁰⁶ Art. 5 Abs. 1 erster Satz PrSG. Dieser Nachweis obliegt nach klarer gesetzlicher Anordnung in Art. 5 Abs. 1 PrSG dem sogenannten Inverkehrbringer: «Wer ein Produkt in Verkehr bringt, muss nachweisen können, ...».

⁷⁰⁷ SEILER, Risk Engineering, S. 297.

⁷⁰⁸ In Frage kommen vorweg Normen europäischer Normungsorganisationen, mithin dem Comité Européen de Normalisation (CEN), dem Comité Européen de Normalisation Electrotechnique (CENELEC) und dem European Telecommunications Standards Institute (ETSI). Vgl. auch den Anhang II der in Fn. 697 angeführten Entschliessung.

den – «die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen auf andere Weise erfüllt» werden (Art. 5 Abs. 3 PrsG). Das Gesetz sieht mithin ausdrücklich eine *Möglichkeit vor, von den technischen Normen abzuweichen*.

d. Der Sicherheitsnachweis, den das Produktesicherheitsgesetz in Umsetzung des New Approach verlangt, obliegt dem Inverkehrbringer eines Produkts.⁷⁰⁹ Entscheidet er sich für den Regelweg und weist er demzufolge nach, dass ein Produkt nach den einschlägigen technischen Normen hergestellt wurde (Vermutungsbasis), so sind auch die «grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen» vermutungsweise eingehalten (Vermutungsfolge).⁷¹⁰ 496

Damit ist freilich noch nicht abschliessend darüber befunden, ob ein Produkt dem gesetzlichen Massstab genügt: Es handelt sich (bloss) um eine *widerlegbare Vermutung*.⁷¹¹ Mit anderen Worten steht der Vollzugsbehörde der Nachweis offen, dass das Produkt trotz Einhaltung der technischen Normen die Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen nicht erfüllt.⁷¹² 497

3. Soweit zu den Grundpfeilern des New Approach. In der Schweiz findet der ihm zugrundeliegende **Gedanke auch in der Arbeitssicherheit Anwendung**.⁷¹³ Insbesondere sind die beiden Vermutungen, welche die VUV enthält, nach dem New Approach konzipiert.⁷¹⁴ 498

⁷⁰⁹ Siehe Fn. 706.

⁷¹⁰ Vgl. auch HÄFELIN, Vermutungen, S. 626: Nachdem die Vermutungsbasis einmal bewiesen ist, gilt «die vermutete Tatsache oder das vermutete Recht [die Vermutungsfolge] als erwiesen ..., solange die Vermutung nicht durch den Gegenbeweis zur Vermutungsbasis oder durch den Beweis des Gegenteils des Vermuteten beseitigt worden ist».

⁷¹¹ Gesetzliche Vermutungen können sowohl widerlegbar als auch unwiderlegbar sein (MÜLLER/UHLMANN, Rechtssetzungslehre, Rz. 377 m.H. in Fn. 972). Unwiderlegbare Vermutungen werden gemeinhin als Fiktionen bezeichnet.

⁷¹² Es handelt sich hier um den Beweis des Gegenteils, der auf die Vermutungsfolge abzielt. Denkbar ist auch, dass die Vollzugsbehörde den auf die Vermutungsbasis gerichteten Gegenbeweis antritt und hier den Nachweis beinhaltet, dass schon die technischen Normen nicht eingehalten wurden. Vgl. für die verwaltungsrechtlichen Folgen für den Fall, dass der Behörde der Beweis des Gegenteils gelingt Art. 10 Abs. 3 PrsG.

⁷¹³ Für weitere Bereiche, in denen der New Approach zum Tragen kommt, vgl. die Hinweise in Fn. 702.

⁷¹⁴ Für Art. 11b Abs. 2 VUV wird dies von der EKAS explizit erwähnt; siehe EKAS, Wegleitung, S. 22 (Ziff. 307A2.2): «Im Sinne des neuen Ansatzes der Gesetzgebung [gemeint ist der New Approach] haben die Durchführungsorgane von der Vermutung auszugehen, dass die gesetzlichen Anforderungen erfüllt sind, wenn eine von der EKAS genehmigte

b) *Die Bedeutung der Vermutungen nach der VUV*

- 499 1. Die Vermutungen der VUV sagen nichts über die Frage aus, wer in welchem Verfahren – Zivil-, Verwaltungs- oder Strafverfahren⁷¹⁵ – beweisbelastet ist, also die Vermutungsbasis nachzuweisen hat.⁷¹⁶ Auf diese **Beweislastfrage** gibt es keine generelle Antwort. Vielmehr ist nach Teilrechtsgebiet⁷¹⁷ zu differenzieren:
- 500 a. Zunächst zum *Zivilrecht*, wo – im hier ausschliesslich interessierenden Arbeitsvertragsrecht⁷¹⁸ – der Arbeitnehmer (bzw. im Regressprozess die Sozialversicherung) die Beweislast dafür trägt, dass der Arbeitgeber die einschlägigen EKAS-Richtlinie verletzt hat. Dies ergibt sich aus Art. 8 ZGB i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR, wonach der Arbeitnehmer den Schaden, die Vertragsverletzung sowie den adäquaten Kausalzusammenhang zu beweisen hat,

Branchen-, Betriebsgruppen- oder Modellösungen vollumfänglich vom Betrieb umgesetzt worden ist. Die Durchführungsorgane müssen dem Betrieb nachweisen, in welchen Punkten die gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllt sind». Ähnliche Überlegungen können für den Bereich des Gesundheitsschutzes angestellt werden. Nach AUBRY GIRARDIN, Santé et sécurité, Rz. 428, kennt die Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz ein «système comparable à celui préconisé par la nouvelle approche». Angesprochen ist damit Art. 38 Abs. 3 ArGV 3. «Werden vom Arbeitgeber die Richtlinien befolgt [gemeint sind die Richtlinien des SECO nach Art. 38 Abs. 1 ArGV 3], so wird vermutet, dass er seinen Verpflichtungen hinsichtlich der Gesundheitsvorsorge nachgekommen ist. Der Arbeitgeber kann diesen Verpflichtungen auf andere Weise nachkommen, wenn er nachweist, dass die gesundheitsvorsorge gewährleistet ist». Vgl. auch SECO, Wegleitung ArGV 3 und 4, S. 338-1: «Den SECO-Richtlinien kommt für den Gesundheitsschutz dieselbe rechtliche Bedeutung zu wie den EKAS-Richtlinien für die Arbeitssicherheit (Art. 53 VUV).»

⁷¹⁵ Die Durchsetzung der Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit erfolgt – wie ich im dritten Teil der Arbeit eingehend aufzeigen werde – in sämtlichen der drei klassischen Teilrechtsgebiete: Zivilrecht, Verwaltungsrecht und Strafrecht (zu dieser Einteilung des Rechtsstoffs vgl. Fn. 16).

⁷¹⁶ Generell äussert sich eine gesetzliche Vermutung nicht zu dieser Frage (BK ZGB-WALTER, N 391 zu Art. 8).

⁷¹⁷ Zu dieser Einteilung des Rechtsstoffs vgl. Fn. 16.

⁷¹⁸ Pro memoria: Ich beschränke mich auf vertragliche Ansprüche. Ausgeschlossen sind damit insbesondere Ansprüche, die ein Geschädigter gestützt auf Art. 41 Abs. 1 OR geltend machen kann. Im ausservertraglichen Haftpflichtrecht liegt die Beweislast für das Verschulden – anders als im vertraglichen Haftpflichtrecht nach Art. 97 Abs. 1 OR – beim Geschädigten.

während das Verschulden des Arbeitgebers vermutet wird.⁷¹⁹ Die Verletzung der Schutzpflicht nach Art. 328 Abs. 2 OR stellt nach herrschender Auffassung «eine Vertragswidrigkeit im Sinne einer positiven Vertragsverletzung»⁷²⁰ dar.

Obgleich der Arbeitnehmer beweisbelastet ist – und er entsprechend die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit zu tragen hat – auferlegt die Rechtsprechung dem Arbeitgeber in dieser Situation «l'obligation de prendre une part active à la procédure probatoire en rapportant elle-même la preuve contraire, l'échec de cette preuve contraire pouvant constituer un indice» (BGE 95 II 132 E. 1). Diese gesteigerte *Pflicht des Arbeitgebers zur Mitwirkung am Beweisverfahren* leitet das Bundesgericht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) ab: Der Arbeitnehmer habe den «regelmässig schwierige[n], wenn nicht unmögliche[n] ... Beweis des Nichtvorhandenseins einer Tatsache anzutreten»; weshalb eine Arbeitgeberin «gehalten [ist], ihrerseits durch Gegenbeweis zur Abklärung der Verhältnisse beizutragen». Das «gänzliche Misslingen dieses Gegenbeweises [darf] als Indiz für die Richtigkeit der Darstellung der grundsätzlich beweispflichtigen Partei gewertet» werden (BGE 66 II 145 E. 1). Für die vorliegende Konstellation bedeutet dies: Der Arbeitgeber ist nach Treu und Glauben dazu aufgerufen nachzuweisen, dass er sich sorgfältig verhalten hat. Dieser Nachweis kann darin bestehen, dass er aufzeigt, inwiefern er die massgebende EKAS-Richtlinie eingehalten hat. Er kann aber auch darin bestehen, dass der Arbeitgeber darlegt, inwiefern er «die Vorschriften der Arbeitssicherheit auf andere Weise» erfüllt hat (Art. 52a Abs. 3 VUV). Gelingt ihm keiner dieser Nachweise, wird das Gericht das bei der Beweismwürdigung berücksichtigen; vermag der Arbeitgeber jedoch die Einhaltung einer EKAS-Richtlinie nachzuweisen, hat er sich damit einer Haftung noch nicht definitiv entledigt: Dem Arbeitnehmer (im Regressprozess der Sozialversicherung) steht immer noch der Beweis offen, dass der Arbeitgeber die Kernnormen der Arbeitssicherheit (trotz Konformität mit der EKAS-Richtlinie) im Ergebnis nicht eingehalten hat (etwa, weil der Arbeitgeber sich Erfahrungswissen anrechnen lassen muss).

⁷¹⁹ BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, N 22 zu Art. 328 m.w.H.; BGE 95 II 132 E. 1: «En vertu de l'art. 8 CC, c'est à l'employé qu'il appartenait de prouver que l'employeur a objectivement omis de prendre une mesure de sécurité qui lui incombait ...».

⁷²⁰ OGer AG ZVE.2014.40 (VZ.2013.34) vom 27. Januar 2015 E. 5.1.1. m.H.; vgl. ABEGG, Präjudizienbuch OR, N 10 zu Art. 328.

- 502 **b.** Im *Verwaltungsrecht und im Strafrecht* liegt es zum Vornherein nicht am Arbeitgeber, seine Sorgfalt nachzuweisen. Vielmehr ist es Sache des Staats (der SUVA oder der Strafbehörden), dem Arbeitgeber die Nichteinhaltung der massgebenden Vorschriften darzutun.⁷²¹ Für das Strafrecht im Besonderen ergibt sich dies aus dem Grundsatz «in dubio pro reo», der in Art. 10 Abs. 3 StPO verankert ist. Als Beweislastregel⁷²² bedeutet der Grundsatz, dass es bundesrechtswidrig wäre, vom beschuldigten Arbeitgeber den Nachweis seiner Unschuld zu verlangen (wobei dieser Nachweis darin bestehen könnte, dass eine EKAS-Richtlinie eingehalten wurde). Hinzu kommt die Aufgabe der Strafbehörden, nach entlastenden Umständen ebenso zu suchen wie nach belastenden (Art. 6 Abs. 2 StPO). Dazu gehört die Einhaltung einer EKAS-Richtlinie, ohne dass damit abschliessend über die Strafbarkeit befunden wäre.
- 503 Gelingt dem Staat der Nachweis der Unsorgfalt nicht, fällt eine Sanktionierung des Arbeitgebers im Wege des Verwaltungsrechts und des Strafrechts ausser Betracht.⁷²³ Entsprechend fragt sich, welche Bedeutung der Vermutung im Verwaltungs- und im Strafverfahren zukommt. Nach meiner Einschätzung handelt es sich um Vollzugshilfen, die den Behörden als Richtschnur bei der Frage dienen, ob gegen einen Arbeitgeber vorgegangen wird. Bei Einhaltung einer Richtlinie besteht für die Behörde (in aller Regel)⁷²⁴ kein Anlass für eine Sanktionierung. Umgekehrt stehen die Dinge bei einer Nichteinhaltung: Hier besteht grundsätzlich Anlass, einzuschreiten. Dies kann sich im Verwaltungsverfahren etwa im Erlass einer Ermahnung manifestieren, im Strafverfahren etwa in der Anklage beim Gericht.
- 504 **2.** Bei dieser Vermutungswirkung, die mit einer Einhaltung einer EKAS-Richtlinie verbunden ist, muss indessen daran erinnert werden, dass den Richtlinien die Rechtsverbindlichkeit abgeht.⁷²⁵ Ihre Einhaltung mag zwar

⁷²¹ Für das Verwaltungsrecht siehe EKAS, *Wegleitung*, S. 22 (Ziff. 307A2.2): «Die Durchführungsorgane müssen dem Betrieb nachweisen, in welchen Punkten die gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllt sind.»

⁷²² Der Grundsatz «in dubio pro reo» ist einerseits Beweislast-, andererseits Beweiswürdigungsregel (vgl. BGE 127 I 38 E. 2a; 120 Ia 31 E. 2c).

⁷²³ Strafrechtlich bedeutet eine Nichteinhaltung der Normen grundsätzlich Fahrlässigkeit (Rz. 923 ff.). Verwaltungsrechtlich macht sich der Arbeitgeber durch die Nichteinhaltung zum Störer (siehe auch Rz. 738 ff.).

⁷²⁴ Vorbehalten bleiben jene Fälle, in denen die Kernnormen der Arbeitssicherheit einen höheren Massstab setzen, als er in einer EKAS-Richtlinie wiedergegeben wird.

⁷²⁵ Treffend drückt es UHLMANN, *Verbindlichkeit*, S. 96, aus: «Einen schwachen Hauch von Verbindlichkeit versprüht der Staat – der natürlich rein praktisch für die betreffenden

den «Regelweg» darstellen, um der gesetzlichen Sorgfalt nachzuleben, nicht aber der einzig mögliche. In diesem Sinne hält die Verordnung über die Unfallverhütung die folgenden **Abweichungsvorbehalt** fest: «Der Arbeitgeber kann die Vorschriften über die Arbeitssicherheit auf andere Weise erfüllen, als dies die Richtlinien [der EKAS] vorsehen, wenn er nachweist, dass die Sicherheit der Arbeitnehmer gleichermaßen gewährleistet ist» (Art. 52a Abs. 3 VUV).⁷²⁶

Auch hier muss wiederum zwischen den verschiedenen Rechtsgebieten differenziert werden: Zivilrechtlich obliegt es dem Arbeitgeber – dies im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht bei der Beweisführung (Rz. 501) – seine Sorgfalt nachzuweisen. Nachweisen kann er entweder die Einhaltung einer EKAS-Richtlinie oder die Gleichwertigkeit der von ihm getroffenen Massnahmen. Straf- und verwaltungsrechtlich bleibt es – auch wenn der Arbeitgeber eine EKAS-Richtlinie nicht einhält – Sache der Straf- bzw. der Verwaltungsbehörde, dem Arbeitgeber Fahrlässigkeit nachzuweisen. 505

3. Eine praktisch wichtige Feststellung betrifft das Konkretisierungsobjekt: Die Vermutung nach Art. 52a Abs. 2 VUV erstreckt sich zum vornherein nämlich **einzig auf die von der Konkretisierung erfassten Elemente**.⁷²⁷ Mit andern Worten: Wo eine Verordnungsvorschrift im Richtlinienwerk der EKAS (noch) nicht abgebildet wurde (etwa, weil sich der Stand der Technik 506

Privaten zu einer steifen Brise anwachsen kann –, wenn er private Normen nur als eine hinreichende oder mögliche Erfüllung verwaltungsrechtlicher Pflichten bezeichnet.»

⁷²⁶ Leicht anders formuliert ist Art. 11b Abs. 3 VUV betreffend die Beizugspflicht: «Der Arbeitgeber kann auf andere Weise der Verpflichtung zum Beizug von Spezialisten der Arbeitssicherheit nachkommen, als dies die Richtlinien vorsehen, wenn er nachweist, dass der Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer und ihre Sicherheit gewährleistet ist.» Interessant ist, dass der Nachweis durch den Arbeitgeber unterschiedlich geartet ist: Im Rahmen des generellen Art. 52a Abs. 3 VUV ist ein Gleichwertigkeitsnachweis gefordert («gleichermaßen»), wobei als Referenzgrösse die EKAS-Richtlinie angesprochen ist. Im Unterschied dazu sieht der spezifischere Art. 11b Abs. 3 VUV keinen Gleichwertigkeitsnachweis vor. Verlangt wird vielmehr der generelle Nachweis, dass «der Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer und ihre Sicherheit gewährleistet ist». Diese Formulierung ist m.E. zu streng ausgefallen; dieser Nachweis dürfte praktisch schon alleine deshalb nie gelingen, weil der Ordnungsgeber hier absolute Sicherheit zu verlangen scheint.

⁷²⁷ Betreffend die Vermutung im Produktesicherheitsgesetz vgl. Botschaft PrSG 2008, S. 7440, Ziff. 2.

rasch fortentwickelt hat), kann die Vermutung zum Vornherein keine Wirkung entfalten.⁷²⁸

3. Drittes Scharnier: Verordnungsrecht und Bedienungsanleitung

- 507 **1.** Auch Bedienungsanleitungen⁷²⁹, die von einem Produkthehersteller ausgearbeitet werden, enthalten regelmässig wichtige Sicherheitshinweise. Solche Hinweise bestehen auch für jene Arbeitsmittel, die beim Bauen zum Einsatz gelangen, etwa für einen Bagger oder für eine Tischkreissäge.
- 508 **2.** Das **Verordnungsrecht erwähnt die Bedienungsanleitung** bisweilen ausdrücklich. Diese Bezugnahmen bezeichne ich hier als drittes Scharnier zwischen den Verhaltensnormen.
- 509 **a.** Die *Verordnung über die Unfallverhütung* gebietet, «Vorgaben des Herstellers über die Verwendung des Arbeitsmittels ... zu berücksichtigen» (Art. 32a Abs. 1 zweiter Satz VUV). Auch für die Instandstellung ist auf die «Angaben des Herstellers» (Art. 32b Abs. 1 VUV) zurückzugreifen.
- 510 **b.** Auch die *Bauarbeitenverordnung* verweist an mehreren Orten auf die Bedienungsanleitung. So ist beim Erstellen eines sogenannten Systemgerüsts die «Montageanleitung des Herstellers ... zu beachten» (Art. 51 Abs. 1 BauAV).⁷³⁰
- 511 **c.** Schliesslich erwähnt auch die *Kranverordnung* das Instrument der Bedienungsanleitung. Beim Aufstellen, der Instandhaltung und Demontage von Kranen sind die «Angaben des Herstellers ... zu beachten» (Art. 4 Abs. 1 Kranverordnung).

⁷²⁸ Zutreffend schliesst HESS zur Vermutung nach dem Produktesicherheitsgesetz: «Die Vermutung erstreckt sich nur auf diejenigen Bereiche, welche von den jeweiligen technischen Normen auch tatsächlich abgedeckt sind. Insbesondere in technologisch sich rasch fortentwickelnden Bereichen kann es somit vorkommen, dass die bestehenden Normen nicht sämtliche sicherheitsrelevanten Aspekte umfassen. So bleibt es möglich, dass trotz Normenkonformität weitere Gefahren bestehen können» (SHK PrsG-HESS, N 18 zu Art. 5).

⁷²⁹ Bedienungsanleitungen werden oft auch Gebrauchsanweisungen genannt. Ich halte mich hier an den Ausdruck der Bedienungsanleitung.

⁷³⁰ Vgl. auch Art. 27 Abs. 3 und Art. 43 Abs. 2 BauAV, wo ebenfalls ein Bezug zur Bedienungsanleitung hergestellt wird.

3. Aus den produktspezifischen Sicherheitshinweisen kann sich für den Arbeitgeber je nach den besonderen Verhältnissen, die in der Person des Arbeitnehmers liegen (etwa Alter oder Arbeitserfahrung), eine **spezifische Instruktions- und Überwachungspflicht** ergeben. 512
4. Welche bedeutende Stellung einer Bedienungsanleitung bei der Beurteilung der erforderlichen Sorgfalt im Einzelfall zukommen kann, lässt sich an einem Fall darstellen, wie er dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich zur Beurteilung vorlag:⁷³¹ Ein Akku eines Modellflugzeugs entzündete sich während des Ladevorgangs in einem Bastelraum, worauf es zu einem Gebäudebrand kam. Die kantonale Gebäudeversicherung kürzte die auszurichtende Entschädigung wegen grobfahrlässigen Verhaltens um rund 20 %.⁷³² Zur Begründung, die das kantonale Verwaltungsgericht in letzter Instanz schützte, führte die Gebäudeversicherung an, der Beschwerdeführer habe sich insoweit grobfahrlässig verhalten, als er den Akku für den Ladevorgang im Modellflugzeug belassen habe. Daraus schloss das Verwaltungsgericht auf Grobfahrlässigkeit. Entscheidend für deren Bejahung waren die in der Bedienungsanleitung enthaltenen Hinweise, wonach bei mangelnder Belüftung Explosions- und Brandgefahr bestehe und der Akku nicht unbeaufsichtigt geladen werden sollte.⁷³³ 513
5. Eine letzte Bemerkung zu Verhaltensnormen, die in Bedienungsanleitungen enthalten sind: Auch sie sind – wie alle anderen Normen, die sich anschicken, die Kernnormen zu konkretisieren – an den drei Messlatten der Kernnormen zu testen. Entsprechend kann auch eine Bedienungsanleitung veraltet sein (weil sie nicht mehr den Stand der Technik widerspiegelt) oder das gesammelte Erfahrungswissen mit dem spezifischen Produkt inadäquat wiedergeben (etwa aufgrund einer mangelhaften Übersetzung). 514

⁷³¹ VGer ZH VB.2012.00410 vom 21. November 2012. Zwar hat das Urteil keinen Bezug zur Arbeitssicherheit; dennoch lässt sich daran exemplarisch darstellen, inwiefern eine Bedienungsanleitung die anzuwendende Sorgfalt in erheblichem Masse mitbeeinflussen kann.

⁷³² Die gesamte Schadensumme belief sich auf CHF 122'659.30 und die Kürzung auf CHF 24'500.– (Ziff. I. des in Fn. 731 angeführten Urteils).

⁷³³ Vgl. insbesondere E. 4.3 und 4.4 des in Fn. 731 angeführten Urteils.

4. Viertes Scharnier: EKAS-Richtlinie und SUVA-Merkblatt

- 515 **1.** Ein letztes Scharnier zwischen den einzelnen Normengruppen besteht zwischen dem Richtlinienwerk der EKAS und den Merkblättern der SUVA. Bisweilen **verweist eine EKAS-Richtlinie explizit auf ein bestimmtes SUVA-Merkblatt.**⁷³⁴
- 516 **2.** In diesem Verhältnis stellt sich insbesondere eine Frage: Erstreckt sich die Vermutungswirkung, die der Verordnungsgeber für die Einhaltung von EKAS-Richtlinien anordnet, auf die Einhaltung des SUVA-Merkblatts (sofern in der EKAS-Richtlinie tatsächlich auf das Merkblatt verwiesen wird)? Dies ist nach meinem Dafürhalten für jene Fälle abzulehnen, in denen die EKAS-Richtlinie dynamisch auf ein SUVA-Merkblatt verweist. Damit ist jene Verweisung angesprochen, die auf das Merkblatt in seiner jeweils geltenden Fassung verweist.⁷³⁵

D. Keine Konkretisierung anhand des Gefahrensatzes

- 517 **1.** Das Bundesgericht hatte sich regelmässig und in verschiedenen Zusammenhängen zur Frage nach konkreten Schutzmassnahmen zu äussern. Betroffen waren bisher vor allem strafrechtliche Angelegenheiten, bei denen es um die Beurteilung fahrlässiger Unterlassungsdelikte ging. Das Gericht ver-

⁷³⁴ Zwei Beispiele solcher Verweise seien hier erwähnt: (i) Das erste Beispiel entnehme ich der EKAS-Richtlinie Nr. 6512, Arbeitsmittel, Ausgabe Oktober 2001. In Ziffer 8.7 geht es um Schutz vor Gefährdung durch Strahlen, wobei die «einzuhaltenden Grenzwerte für diese physikalischen Einwirkungen an Arbeitsplätzen [gemeint sind nicht-ionisierende Strahlen] ... in der Suva-Publikation «Grenzwerte am Arbeitsplatz» (Bestellnummer: 1903) publiziert [sind]». (ii) Das zweite Beispiel entnehme ich der EKAS-Richtlinie Nr. 1825, Brennbare Flüssigkeiten – Lagern und Umgang, Ausgabe Mai 2005. In ihrer Ziffer 4.8 äussert sie sich zum Explosionsschutz und bezieht sich in Absatz 2 auf sogenannt explosionsgefährdete Zonen. Was darunter zu verstehen ist, wird in der Richtlinie nicht weiter erläutert. Vielmehr sind diese Zonen «nach dem Merkblatt «Explosionsschutz – Grundsätze, Mindestvorschriften, Zonen» (Suva-Bestellnummer 2153) zu beurteilen».

⁷³⁵ Für ein Anwendungsbeispiel siehe EKAS-Richtlinie Nr. 6512, Arbeitsmittel, Ausgabe Oktober 2001. In Ziffer 8.7 wird auf die SUVA-Publikation «Grenzwerte am Arbeitsplatz» (Bestellnummer: 1903) verwiesen. Zwar wird dort nicht ausdrücklich erwähnt, dass es die «jeweils geltende Fassung» zu berücksichtigen gäbe. Indessen ist das SUVA-Merkblatt erst im Januar 2015 neu erschienen, womit der Verweis neu dieser Version gilt.

wendete jeweils eine **Standardformulierung**, in der auch der Gefahrensatz vorkommt. In BGE 127 IV 62 E. 2d lautete die bundesgerichtliche Formulierung so: «Wo besondere Normen ein bestimmtes Verhalten gebieten, bestimmt sich das Mass der dabei zu beachtenden Sorgfalt in erster Linie nach diesen Vorschriften. Fehlen solche, kann auf analoge Regeln privater oder halbprivater Vereinigungen abgestellt werden, sofern diese allgemein anerkannt sind. Das schliesst nicht aus, dass der Vorwurf der Fahrlässigkeit auch auf allgemeine Rechtsgrundsätze wie etwa den allgemeinen Gefahrensatz gestützt werden kann.»⁷³⁶

2. Nach Massgabe dieser vom Bundesgericht standardmässig verwendeten Formulierung (Rz. 517) – die sowohl im Zusammenhang mit Arbeitsunfällen⁷³⁷ als auch anderweitig⁷³⁸ verwendet wird – ist für die strafrechtliche Beurteilung von Arbeitsunfällen auf **verschiedene Quellen** zurückzugreifen, um die im Einzelfall massgebende Sorgfalt zu eruieren. Das Gericht geht dabei nach der folgenden Kaskade vor:

a. Zunächst (in «erster Linie»⁷³⁹) beurteilt das Bundesgericht die Sorgfalt nach den *Vorschriften*, die der Unfallverhütung dienen. Bei diesen Vorschriften handelt es sich um das gestützt auf Art. 83 Abs. 1 UVG erlassene Verordnungsrecht, etwa die Verordnung über die Unfallverhütung (VUV) oder die Bauarbeitenverordnung (BauAV). Verstösst der Arbeitgeber gegen in diesen Verordnungen enthaltene Vorschriften, «indiziert [dies] in der Regel eine Sorgfaltswidrigkeit»⁷⁴⁰, womit ein fahrlässiges Verhalten grundsätzlich zu bejahen ist (siehe zu diesem Scharnier Rz. 499 ff.).

b. Wo keine Verhaltensvorschriften im beschriebenen Sinne (Rz. 519) bestehen, bedient sich das Bundesgericht zur Bestimmung der Sorgfalt anderer anerkannter *Normenwerke*, «auch wenn diese von einem privaten oder halböffentlichen Verband erlassen wurden und keine Rechtsnormen darstellen»⁷⁴¹. Darunter fallen im Bereich der Arbeitssicherheit etwa die Normen

⁷³⁶ Vgl. auch BGE 135 IV 56 E. 2.1; 134 IV 193 E. 7.2; 130 IV 7 E. 3.3; 127 IV 62 E. 2d; 118 IV 130 E. 3a; 106 IV 80 E. 4b; BGer 6B_435/2015 vom 15. Dezember 2015 E. 3.1; 6B_903/2014 vom 9. Februar 2015; 6B_305/2012 vom 22. Januar 2013 E. 2.3.

⁷³⁷ Vgl. insbesondere BGer 6B_435/2015 vom 15. Dezember 2015 E. 3.1, wo es um die strafrechtliche Abwicklung eines Bauunfalls (Sturz vom Gerüst) ging.

⁷³⁸ Siehe die Nachweise bei SEELMANN, StGB AT, S. 168.

⁷³⁹ BGE 127 IV 62 E. 2d; BGer 6B_435/2015 vom 15. Dezember 2015 E. 3.1.

⁷⁴⁰ BGE 114 IV 173 E. 2a.

⁷⁴¹ BGE 130 IV 7 E. 3.3; vgl. auch BGE 127 IV 62 E. 2d; BGer 6B_435/2015 vom 15. Dezember 2015 E. 3.

der SUVA (z.B. ihre Merkblätter)⁷⁴², aber auch alle anderen Verhaltensnormen, die den Rechtsnormen nachgelagert sind.

- 521 c. Wo weder Verhaltensvorschriften noch ihnen nachgelagerte Verhaltensnormen bestehen, will das Bundesgericht zur Beurteilung der im Einzelfall anzuwendenden Sorgfalt «auf allgemeine Rechtsgrundsätze, wie etwa den allgemeinen *Gefahrensatz*»⁷⁴³, abstellen. Dies halte ich für kritikwürdig. Um die Kritik zu begründen, ist zunächst etwas auszuholen und zu klären, was der Gefahrensatz besagt.
- 522 3. Der Gefahrensatz ist ein Konstrukt, das seine Wurzeln im Haftpflichtrecht und damit im Zivilrecht hat.⁷⁴⁴ Wie aufgezeigt (Rz. 517), greift aber auch das Strafrecht auf den Gefahrensatz zurück.⁷⁴⁵ Was also ist unter dem **Begriff Gefahrensatz** zu verstehen? In BGE 82 II 25 E. 1 stellte das Bundesgericht die nachstehende Definition auf: «Wer einen Zustand schafft, der einen andern schädigen könnte, ist nach allgemein anerkanntem Rechtssatze verpflichtet, die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Vorsichtsmassnahmen zu treffen.»⁷⁴⁶
- 523 4. Die Lehre hat sich ausgiebig mit den Gefahren und dem Nutzen des Gefahrensatzes auseinandergesetzt. Hingewiesen sei hier auf die äusserst leistungswerten Aufsätze von WIDMER⁷⁴⁷ und JAUN⁷⁴⁸. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert einzig, welche **Funktion dem Gefahrensatz im Bereich der Arbeitssicherheit** zukommt.
- 524 a. Das Bundesgericht scheint den Gefahrensatz zur Bestimmung der erforderlichen Sorgfalt heranziehen zu wollen und folglich für geeignet zu halten, die Schutzpflicht des Arbeitgebers in all jenen Fällen zu konkretisieren, in

⁷⁴² SEELMANN, StGB AT, S. 168, mit vielen weiteren Beispielen von Normen, die als Quellen von Sorgfaltsregeln dienen können.

⁷⁴³ BGE 127 IV 62 E. 2d; BGer 6B_435/2015 vom 15. Dezember 2015 E. 3.1 (Hervorhebung hinzugefügt).

⁷⁴⁴ Zur zivilrechtlichen Bedeutung des Gefahrensatzes vgl. BGer 4A_83/2015 vom 15. Juni 2015 E. 4.2.

⁷⁴⁵ SEELMANN, Nichtstun, S. 267 f.; JOSSEN, Sorgfaltspflicht, S. 59 f.

⁷⁴⁶ Vgl. auch BGE 126 III 113 E. 2a/aa; 124 III 297 E. 5b; 121 III 358 E. 4a; 116 Ia 162 E. 2c; BGer 4A_83/2015 vom 15. Juni 2015 E. 4; weiter OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht (Bd. I), Rz. 54 ff. (insbesondere Rz. 59, wo die Unfallverhütungsvorschriften des UVG explizit erwähnt werden).

⁷⁴⁷ WIDMER, Gefahren, passim.

⁷⁴⁸ JAUN, Gefahrensatz, passim.

denen es an konkretisierenden Vorschriften oder konkretisierenden nachgelagerten Normen fehlt. Nach der hier vertretenen Ansicht aber vermag der Gefahrensatz gerade diese ihm vom Bundesgericht zugedachte Aufgabe nicht zu erfüllen. Mit anderen Worten kommt dem Gefahrensatz *keine Konkretisierungsfunktion* zu. Besonders im Strafrecht ist es problematisch, wenn das Bundesgericht aus dem Gefahrensatz die im Einzelfall vom Arbeitgeber zu treffenden Schutzmassnahmen ableiten will. Das ist mit dem *Legalitätsprinzip* nach Art. 1 StGB nicht zu vereinbaren. Nebst dem Strafrecht ist der Gefahrensatz auch im Zivil- und im Verwaltungsrecht nicht geeignet, die Schutzpflicht des Arbeitgebers zu konkretisieren.

b. Besonders problematisch ist die Verhaltensbeurteilung nach einem Unfall. Ein Gericht kann die Gefahrensituationen in einem solchen Fall nur rückblickend beurteilen. Hier gilt es, dem sogenannten *Rückschaufehler* entgegenzuwirken.⁷⁴⁹ Er entsteht, wenn «aus der blossen Verursachung eines Schadens durch einen präexistierenden Gefahrenzustand» ohne Weiteres geschlossen wird, «dass pflichtwidrig und damit schuldhaft nicht alle gebotenen Schadensverhütungsmassnahmen getroffen worden sind»⁷⁵⁰. Die Rede ist auch von einer «aus nachträglicher Sicht verzerrte[n] Einschätzung der Prognostizierbarkeit früherer Ereignisse»⁷⁵¹. Retrospektiv betrachtet scheinen Entwicklungen häufig als unvermeidbar oder zumindest prognostizierbar.⁷⁵² Um dem Rückschaufehler entgegenzuwirken, hat das Gericht für die Beurteilung über das Genügen der vom Arbeitgeber getroffenen Schutzmassnahmen eine *ex-ante*-Perspektive einzunehmen.⁷⁵³ Die Frage, die sich aus rechtlicher Sicht stellt, ist, welche Schutzmassnahmen aus der Sicht des sorgfältigen Arbeitgebers angezeigt und zumutbar waren, bevor die zum Unfall führende Kausalkette ausgelöst wurde.

c. Im Bereich der Arbeitssicherheit lässt sich dem Rückschaufehler dadurch entgegenwirken, dass für die Begründung von Handlungspflichten *einzig auf die Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit*, insbesondere auf die Kernnor-

⁷⁴⁹ Zum Rückschaufehler (Englisch: «Hindsight Bias») einlässlich ROBERTO/GRECHENIG, Rückschaufehler, passim; TVERSKY/KAHNEMAN, Judgment under Uncertainty, passim.

⁷⁵⁰ JAUN, Gefahrensatz, S. 143; vgl. auch WIDMER, Gefahren, S. 306.

⁷⁵¹ Dazu und zum Folgenden ROBERTO/GRECHENIG, Rückschaufehler, S. 5.

⁷⁵² SEILER beobachtet in der Praxis eine Tendenz, wonach «allein aus der Tatsache, dass ein Risiko hätte vermieden werden können, zu folgern, dass es auch hätte vermieden werden müssen» (SEILER, Abschlussbericht, S. 230).

⁷⁵³ Vgl. zu diesem Gedanken WIDMER, Gefahren, S. 309 f.; SEILER, Abschlussbericht, S. 230.

men und ihre Konkretisierungen, zurückgegriffen wird.⁷⁵⁴ Der Gefahrensatz kann zwar für die Begründung einer Handlungspflicht fruchtbar gemacht werden (vgl. Rz. 527), nicht aber für die Konkretisierung der Arbeitgeberpflicht im Einzelfall. Oder mit anderen Worten: *Dass* der Arbeitgeber etwas vorkehren muss, lässt sich allenfalls mit dem Gefahrensatz begründen; *was* er vorzukehren hat hingegen nicht.

- 527 **5.** Zum Gefahrensatz ist abschliessend und generell anzumerken, dass sich mit ihm eine grundsätzliche **Handlungspflicht begründen** lässt. Im Strafrecht sind in Art. 11 Abs. 2 StGB bestimmte Konstellationen erwähnt, die zu einer sogenannten Garantenstellung führen und so eine Handlungspflicht begründen. In der hier interessierenden Konstellation, wo die Schutzpflicht des Arbeitgebers gegenüber seinem Arbeitnehmer im Zentrum steht, muss indessen nicht auf den Gefahrensatz rekurriert werden: Die Schutzpflicht ergibt sich vielmehr direkt aus den Kernnormen der Arbeitssicherheit.

E. Zwischenfazit

- 528 **1.** Verschiedene Verhaltensnormen liefern für die Praxis eminent wichtige Konkretisierungen der Sorgfaltspflicht, wie sie die Kernnormen dem Arbeitgeber auferlegen. Im Rahmen der Gesetzesauslegung können diese konkretisierenden Normen zur Bestimmung der Erfahrung und des Stands der Technik herangezogen werden.
- 529 **2.** Die konkretisierenden Normen sind zahlreich und entspringen verschiedenen Quellen. Sie können in drei Gruppen eingeteilt werden: Rechtsnormen (Rz. 436 ff.), EKAS-Richtlinien (Rz. 453 ff.) und nachgelagerte Normen (Rz. 459 ff.). Unter letztere Kategorie ist insbesondere das Normenwerk der SUVA zu subsumieren, das bei den hier besonders interessierenden Bauarbeiten grosse Bedeutung hat.
- 530 **3.** Diese verschiedenen Normengruppen erwecken den Eindruck, es gäbe ein kohärentes System, nach dem die Arbeitgeberpflicht im Einzelfall zu konkretisieren ist. Nach einer solchen «stufenweisen» Konkretisierung würden die Kernnormen typischerweise durch eine bundesrätliche Verordnung, diese wiederum durch eine EKAS-Richtlinie und diese ihrerseits durch ein SUVA-Merkblatt konkretisiert. Verschiedene «Scharniernormen» in den einzelnen konkretisierenden Gefässen zeichnen dieses Bild einer stufenweisen Konkre-

⁷⁵⁴ Vgl. ROBERTO/GRECHENIG, Rückschaufehler, S. 21.

tisierung (Rz. 469 ff.). Wie ich indessen aufgezeigt habe, ist dieses Bild eines kohärenten Gesamtsystems nicht immer stimmig. Zu unterstreichen ist Zweierlei:

- Erstens statuieren die Kernnormen der Arbeitssicherheit eine unmittelbare Arbeitgeberpflicht, sodass der Arbeitgeber mitunter auch dann zu Schutzmassnahmen verpflichtet ist, wenn keine konkrete Norm solche Massnahmen gebietet. 531
- Zweitens verhält es sich gerade nicht so, dass es einer Konkretisierung auf einer «oberen Stufe» (z.B. im Ordnungsrecht) bräuchte, damit auf einer «unteren Stufe» (z.B. im Normenwerk der SUVA) eine konkretisierende Norm aufgestellt werden kann. 532

4. Nichts dispensiert eine rechtsanwendende Behörde davon, im Einzelfall jene Normen, die vorgeben, rechtlich relevante Konkretisierungen der Kernnormen zu sein, an gerade diesen Normen zu messen: Erfahrung, Stand der Technik und Angemessenheit sind die drei einschlägigen Messlatten. Entsprechend ist etwa für ein SUVA-Merkblatt zu prüfen, ob das Merkblatt die (objektive) Erfahrung und den Stand der Technik adäquat reflektiert. 533

III. Zwei Regulierungsansätze zur Ausgestaltung von Verhaltensnormen

1. Wie anhand der Kernnormen und den mannigfachen, ihnen nachgelagerten Normen verdeutlicht wurde, unterscheiden sich die Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit in ihrem Detaillierungsgrad massgeblich: Die Kernnormen operieren mit mehreren unbestimmten Rechtsbegriffen; konkrete Verhaltensgebote sind ihnen nicht zu entnehmen. Im Gegensatz dazu umschreiben viele nachgelagerte Normen ausführlich, welche Schutzmassnahmen in welcher Situation zu treffen sind. 534

2. In diesem letzten Unterkapitel des zweiten Teils untersuche ich die Verhaltensnormen auf das ihnen zugrundeliegende Regulierungskonzept. Dazu skizziere ich **zwei konzeptionell verschiedene Regulierungsansätze**: Den einen bezeichne ich als «Enumerationsansatz» (Rz. 540 ff.), den anderen als «risikobasierten Regulierungsansatz» (Rz. 545 ff.). Nachdem ich die Hauptmerkmale der beiden Ansätze einzeln dargestellt habe, unternehme ich einen Versuch, das Gesamtgefüge der Verhaltensnormen im Bereich der Arbeitssi- 535

cherheit unter Bezugnahme auf diese Ansätze zu charakterisieren (Rz. 551 ff.).

- 536 **3.** Bevor ich einzeln auf die Regulierungsansätze eingehe, möchte ich ein Mehrfaches vorausschicken:
- 537 **a.** Die Darstellung knüpft an das Phänomen des «*Risikobasierten Rechts*» – oft auch Englisch: Risk Based Regulation (RBR) – an.⁷⁵⁵ Im Zentrum steht dort die Frage, wie Lebensbereiche, bei denen technische Risiken für Mensch und Umwelt eine grosse Rolle spielen (z.B. Kernenergie, Gefahrguttransport, Endlagerung radioaktiver Abfälle), «unter sich kohärenter und insgesamt volkswirtschaftlich effizienter»⁷⁵⁶ ausgestaltet werden können. Dieser Frage ging ein zwischen 1997 und 1999 durchgeführtes Forschungsprojekt des Schweizerischen Nationalfonds (SNF) nach. Das Gesamtprojekt war in neun Fallstudien aufgeteilt;⁷⁵⁷ eine davon betraf den Bereich der Arbeitssicherheit.⁷⁵⁸
- 538 **b.** Zu unterstreichen ist, dass es sich bei den beiden Ansätzen um *Modelle* handelt. Wenn sie hier konzeptionell unterschieden werden, hat man sich also vor Augen zu halten, dass kein Ansatz praktisch in der dargestellten Form umgesetzt wird. Auch die Verhaltensnormen im Schweizer Recht der Arbeitssicherheit beruhen weder ausschliesslich auf dem einen noch ausschliesslich auf dem anderen Ansatz; vielmehr sind Ausprägungen beider Regulierungskonzepte auszumachen (Rz. 551 ff.).
- 539 **c.** Die beiden Ansätze werden vorliegend nicht in all ihren Aspekten dargestellt. Für eine umfassende Darstellung verweise ich auf die einzelnen Fallstudien des Nationalfondsprojekts⁷⁵⁹ sowie auf den Abschlussbericht von HANSJÖRG SEILER.⁷⁶⁰ Im Kontext der Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit steht die folgende Frage im Vordergrund: Ist die Einhaltung konkret – nach dem Enumerationsansatz – vorgeschriebener Massnahmen stets mit sorgfältigem Verhalten gleichzusetzen? Oder, übertragen auf den vorliegen-

⁷⁵⁵ Zur Terminologie einlässlich SEILER, Abschlussbericht, S. 36. Der risikobasierte Regelungsansatz ist auf den Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts in den USA entstanden. Für eine lesenswerte Übersicht zum Thema siehe GÜNGERICH/ WALPEN, Sicherheitskonzept, passim.

⁷⁵⁶ SEILER, Abschlussbericht, S. 1.

⁷⁵⁷ Siehe die Übersicht über sämtliche Fallstudien bei SEILER, Abschlussbericht, S. 3 f.

⁷⁵⁸ WILHELM/FORSBLOM, Fallstudie, passim.

⁷⁵⁹ Siehe Fn. 757.

⁷⁶⁰ SEILER, Abschlussbericht, passim.

den Zusammenhang: Verhält sich jener Arbeitgeber, der sämtliche Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit akribisch umsetzt, stets sorgfältig (und ist er entsprechend vor Sanktionen gefeit)? Diese Frage habe ich verneint (insbesondere in Rz. 427, 432, 484, 531), und dies ist auch nicht zu revidieren. Die nachstehenden Ausführungen sind vielmehr als zusätzliche Begründung für meine Einschätzung zu verstehen.

A. Der Enumerationsansatz

1. Der Enumerationsansatz beruht auf der **idealtypischen Vorstellung**, bei 540 akribischer Einhaltung von detailliert vorgeschriebenen Schutzmassnahmen könnten Unfälle und die daraus resultierenden Schäden gänzlich vermieden werden.⁷⁶¹ Der Gedanke der Enumeration rückt umso stärker in den Vordergrund, als in Verhaltensnormen konkrete Verhaltensgebote festgeschrieben werden. Konzeptionell geht es darum, einen Bereich mittels «massnahmenorientierten Vorschriften»⁷⁶² möglichst umfassend durchzuregulieren. Je höher die «Regelungsdichte»⁷⁶³ ist, desto mehr schimmert die Idee der Enumeration durch. Der Enumerationsansatz wird auch als «deterministisch» oder «präskriptiv» beschrieben.⁷⁶⁴
2. Eine auf der Idee der Enumeration aufbauende Verhaltensnorm ist **konditional strukturiert** und umschreibt möglichst konkret, welche Schutzmassnahmen in welcher Situation zu treffen sind. Werden die so umschriebenen Massnahmen umgesetzt, ist das Verhalten sorgfältig. Und umgekehrt: Sind die Massnahmen nicht eingehalten, ist das Verhalten unsorgfältig.⁷⁶⁵ 541
3. Der Enumerationsansatz ist sowohl mit **Vor- als auch mit Nachteilen** 542 verbunden. Die wichtigsten sind:⁷⁶⁶
 - a. Der wohl grösste *Vorteil* besteht in der Rechtssicherheit, die der Enumerationsansatz schafft: Für alle Beteiligten ist klar, welche Massnahmen zu treffen sind. Eine Regulierung, die auf Enumeration beruht, vereinfacht damit insbesondere die Arbeit der Vollzugsorgane: Ihre Kontrolltätigkeit be- 543

⁷⁶¹ Vgl. SEILER, Phase I, S. 33.

⁷⁶² Mit dieser Terminologie SEILER, Abschlussbericht, S. 9.

⁷⁶³ Vgl. BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, Ziff. 636 ff.

⁷⁶⁴ Zum Ganzen SEILER, Abschlussbericht, S. 1 und 25.

⁷⁶⁵ SEILER, Abschlussbericht, S. 25.

⁷⁶⁶ Vgl. SEILER, Abschlussbericht, S. 25.

schränkt sich darauf zu überprüfen, ob die vorgeschriebenen Massnahmen umgesetzt sind.

- 544 **b.** Zu den *Nachteilen* des Enumerationsansatzes gehört, dass unter Umständen unnötige oder gar unzweckmässige Massnahmen vorgeschrieben werden; erinnert sei hier an das erwähnte Beispiel der Polizeitaucher (Rz. 485 f.). Weiter neigen detailliert ausformulierte Vorschriften zur «Überalterung», weshalb sie laufend aktualisiert und an den «Stand der Technik» (Rz. 365 ff.) angepasst werden müssen.

B. Der risikobasierte Regulierungsansatz

- 545 **1.** Bei der hier gewählten, modellhaften Darstellung steht dem Enumerationsansatz (Rz. 540 ff.) der risikobasierte Regulierungsansatz konzeptionell diametral entgegen. Eine risikobasierte Regulierung⁷⁶⁷ beruht auf einer **ökonomischen Betrachtungsweise**. Angestrebt wird das ökonomisch Optimale:⁷⁶⁸ Die begrenzten volkswirtschaftlichen Mittel sollen möglichst dort eingesetzt werden, wo sie den für die Sicherheit grössten Nutzen generieren.⁷⁶⁹ Damit anerkennt der risikobasierte Regulierungsansatz, dass «auch die ausgeklügeltsten und aufwändigsten Massnahmen nie eine hundertprozentige Sicherheit gewährleisten [können]: Das Streben nach dem Null-Risiko ist [ein] eitles Bemühen. Wer *alles* tun will, um Unfälle zu vermeiden, wird nichts anderes mehr tun können, weil er dafür schlicht kein Geld mehr hat»⁷⁷⁰. Eine risikobasierte Regulierung will das Recht effizienter, transparenter und ehrlicher machen,⁷⁷¹ ohne jedoch allzu «hochtrabende Ambitionen»⁷⁷² aufkommen zu lassen.

⁷⁶⁷ Vernachlässigt wird vorliegend, dass nicht nur der Gesetzgeber «risk based» vorgehen kann, sondern ebenso die rechtsanwendenden Behörden (vgl. SEILER, Abschlussbericht, S. 36, der den englischen Terminus «Risk Based Regulation» deshalb mit «risikobasiertes Recht» – und nicht etwa «risikobasierte Regulierung» – übersetzt).

⁷⁶⁸ Vgl. WILHELM/FORSBLOM, Fallstudie, S. 6; SEILER, Kostenwirksamkeit, S. 141 f.; RUMO-JUNGO, Baustelle, S. 64 ff.

⁷⁶⁹ SEILER, Abschlussbericht, S. 1; SEILER, Risikobasierte Gesetzgebung, S. 8.

⁷⁷⁰ SEILER, Safety, S. 15; vgl. auch den Untertitel zu SEILER, Abschlussbericht, passim.

⁷⁷¹ SEILER, Safety, S. 18; FLÜELER/SEILER, Lessons learnt, S. 213.

⁷⁷² SEILER, Abschlussbericht, S. 225.

2. Anders als der Enumerationsansatz gibt der risikobasierte Ansatz dem Normadressaten gerade nicht vor, welche Massnahmen er zu treffen hat. Er umschreibt vielmehr eine **Zielgrösse**. Die Vorschriften, die vom risikobasierten Ansatz erlassen werden, enthalten mithin ein Finalprogramm.⁷⁷³ Das Ziel wird quantitativ ausgedrückt, und zwar als maximal zulässiges Risiko. In der erwähnten Nationalfondsstudie (Rz. 537) wurde das maximal zulässige Individualtodesfallrisiko für Berufsunfälle und -krankheiten auf $5 \cdot 10^{-5}$ /Jahr festgelegt.⁷⁷⁴ Gemünzt auf das hier interessierende Szenario bedeutet dies: Ein Arbeitgeber muss jene Schutzmassnahmen treffen, die das maximale Todesfallrisiko auf diesen Wert begrenzen. Wie der Arbeitgeber diese Vorgabe einhält (welches Verhalten risikoadäquat ist), bleibt ihm anheimgestellt.⁷⁷⁵ Mit diesem Beispiel wird ersichtlich, dass der risikobasierte Ansatz – in seiner puren Ausprägung – nicht praktikabel ist; weder für den Arbeitgeber noch für die rechtsanwendenden Behörden ist klar, was vorzukehren ist.

Konzeptionell scheint mir aber die Frage interessant, die der risikobasierte Ansatz stellt, nachdem er auf dem Gedanken beruht, dass absolute Sicherheit «unmöglich und jedenfalls nicht bezahlbar»⁷⁷⁶ ist. Die zentrale Frage lautet: «Wie viel Sicherheit wollen wir (uns leisten)?»⁷⁷⁷

3. Im Vergleich zum Enumerationsansatz hat der risikobasierte Regulierungsansatz **Vor- und Nachteile**,⁷⁷⁸ wobei sich hier als Vorteil entpuppt, was dort als Nachteil erwähnt wurde.

a. Der grosse *Vorteil* des risikobasierten Ansatzes liegt in der Akzeptanz des Restrisikos: Es wird nicht versucht, alle erdenklichen Gefahrsituationen zu erfassen und regulatorisch detailliert abzubilden. Vielmehr setzt der Arbeitgeber seine Mittel dort ein, wo sie am meisten nützen, was auch dazu führt, dass er die einmal getroffenen Schutzmassnahmen auf ihre Wirksamkeit hin überprüft. Eine risikobasierte Betrachtungsweise hat, wenn sie in verschiedenen Bereichen konsequent umgesetzt wird, zudem den Vorteil, dass verschiedene Risiken nach vergleichbaren Kriterien reguliert werden.⁷⁷⁹

⁷⁷³ Die Lehre unterscheidet zwischen Konditional-, Final- und Relationalnormen («Programmen»); vgl. MÜLLER/UHLMANN, Rechtssetzungslehre, Rz. 257 ff. m.w.H.

⁷⁷⁴ WILHELM/FORSBLOM, Fallstudie, S. 52.

⁷⁷⁵ SEILER, Abschlussbericht, S. 1.

⁷⁷⁶ SEILER, Kostenwirksamkeit, S. 141.

⁷⁷⁷ SEILER, Safety, S. 18.

⁷⁷⁸ Dazu und zum Folgenden SEILER, Abschlussbericht, S. 25.

⁷⁷⁹ SEILER, Abschlussbericht, S. 1.

- 550 **b.** Der grosse *Nachteil* des risikobasierten Ansatzes liegt auf der Hand: Er führt zu Rechtsunsicherheit und zu Schwierigkeiten im Vollzug (vgl. bereits Rz. 546). Eine weiterer Nachteil, oder jedenfalls eine wesentliche Schwierigkeit, liegt beim risikobasierten Ansatz in der Festlegung des maximal zulässigen Unfallrisikos (vgl. Rz. 546).

C. Charakterisierung der Verhaltensnormen im Schweizer Recht der Arbeitssicherheit

- 551 **1.** Unter den Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit finden sich **Ausprägungen sowohl des Enumerationsansatzes als auch des risikobasierten Regulierungsansatzes:**
- 552 **a.** Ausgeprägt ist der *Enumerationsansatz* vor allem in den nichtstaatlichen Verhaltensnormen, insbesondere im Normenwerk der SUVA. Dort finden sich regelmässig Normen mit hohem Detaillierungsgrad. Die nichtstaatlichen Verhaltensnormen sind zu einem grossen Teil vom Enumerationsansatz geprägt. Die Idee der Enumeration rückt jedoch bisweilen auch bei den Vorschriften (Rechtsnormen) in den Vordergrund: In den spezifischen Verordnungen finden sich teils sehr konkrete Verhaltensvorschriften. So sind nach Massgabe von Art. 50 Abs. 1 BauAV für sogenannte Stahlrohrgerüste «Stahlrohre mit einem Aussendurchmesser von 48,3 mm und Wandstärken von 3,2 oder 4,00 mm zu verwenden.»
- 553 Weniger stark ausgeprägt als in der Bauarbeitenverordnung ist der Enumerationsansatz in der Verordnung über die Unfallverhütung (VUV). Zwar enthält sie viele, für die Konkretisierung der Schutzpflicht des Arbeitgebers nützliche Hinweise; diese sind aber oft offen formuliert und demnach ihrerseits konkretisierungsbedürftig. So findet sich in der VUV etwa die Vorschrift, wonach die «Zusammensetzung der Luft am Arbeitsplatz ... die Gesundheit der Arbeitnehmer nicht gefährden [darf]»⁷⁸⁰. Wann die Zusammensetzung der Luft als gefährlich zu gelten hat, sagt die Verordnungsvorschrift nicht. In diesem Sinne hilft sie einem Arbeitgeber zwar bei der Identifikation eines Risikos (der mangelnden Belüftung). Hingegen spricht sie sich nicht dazu aus, ab wann eine relevante Gesundheitsgefährdung eintritt.
- 554 **b.** Während in den nichtstaatlichen Normen der Enumerationsansatz eher durchschimmert als der *risikobasierte Ansatz*, verhält es sich bei den Rechts-

⁷⁸⁰ Art. 33 erster Satz VUV; vgl. auch Rz. 444 f.

normen gerade umgekehrt: Insbesondere die Kernnormen geben mit ihren unbestimmten Rechtsbegriffen eher ein Schutzziel als konkrete Massnahmen vor. Der Gesetzgeber verlangt auch für den Bereich der Arbeitssicherheit keine komplette Elimination des Unfallrisikos, sondern einzig dessen Begrenzung.⁷⁸¹ Im Schweizer Recht der Arbeitssicherheit lassen sich zwei Stränge identifizieren, in denen Ansätze des risikobasierten Ansatzes durchdringen:⁷⁸²

- Erstens: Besonders zu erwähnen ist mit Blick auf den risikobasierten Ansatz die «ASA-Richtlinie» (Rz. 258 ff.). Hier dringt der Ansatz insbesondere durch, als sich die Beizugspflicht des Arbeitgebers insbesondere nach den im Betrieb vorhandenen Risiken richtet (Art. 11a Abs. 2 lit. a VUV).⁷⁸³ 555
- Zweitens: Der Arbeitgeber hat in der Berufsunfallversicherung risikogerechte Prämien zu entrichten; verstösst er gegen Verhaltensvorschriften, verfügt die SUVA gegen ihn möglicherweise eine Prämienhöhung (Rz. 807 ff.).⁷⁸⁴ 556

2. Vor dem Hintergrund der angestellten konzeptionellen Analyse ist für die der Untersuchung zugrunde liegende Fragestellung zweierlei anzumerken: 557

a. Die *praktische Bedeutung konkreter Vorschriften* ist gross. Es ist davon auszugehen, dass insbesondere «kleine und mittlere Unternehmen ... überfordert [wären], wenn sie sich an rein abstrakten Risikozielgrössen [im Sinne des risikobasierten Ansatzes] orientieren müssten»⁷⁸⁵. Entsprechend ist wünschenswert, dass die bestehenden Normenwerke von den sie herausgebenden Stellen gepflegt und aktualisiert werden. Dem ist indessen beizufügen, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Bereich des Strafrechts unsorgfältiges und damit fahrlässiges Verhalten auch vorliegen kann, wenn alle konkret vorgeschriebenen Massnahmen eingehalten sind und in diesem Sinne nicht gegen eine bestimmte Verhaltensnorm verstossen wurde (vgl. Rz. 429). 558

⁷⁸¹ Vgl. SEILER, Risk Engineering, S. 293.

⁷⁸² Siehe einlässlich WILHELM/FORSBLOM, Fallstudie, S. 42 ff.

⁷⁸³ Zu den ASA-Bestimmungen als Ausdruck risikobasierten Denkens siehe WILHELM/FORSBLOM, Fallstudie, S. 42 ff.

⁷⁸⁴ Zur risikogerechten Prämie als Ausdruck risikobasierten Denkens siehe WILHELM/FORSBLOM, Fallstudie, S. 46 ff.

⁷⁸⁵ WILHELM/FORSBLOM, Fallstudie, S. 74.

- 559 **b.** Die bestehenden konkreten Normen sind regelmässig auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Und genau hier setzt der risikobasierte Regulierungsansatz an: Eine Umsetzung des puren, direkten risikobasierten Ansatzes wird nämlich nicht ernsthaft postuliert. Indessen besteht die Forderung, technische Risiken – darunter auch diejenigen im Bereich der Arbeitssicherheit⁷⁸⁶ – seien nach der Idee des *indirekt risikobasierten Rechts* zu regulieren.⁷⁸⁷ Dabei werden weiterhin Sicherheitsvorschriften im Sinne der Enumeration erlassen. Diese aber werden so ausgestaltet, dass «im Ergebnis (unter Berücksichtigung der Implementation der betreffenden Normen) der normativ festgelegte Risikogrenzwert eingehalten wird»⁷⁸⁸. Die Fallstudie im Bereich der Arbeitssicherheit kommt zum Schluss, dass aufgrund der hohen Bedeutung konkret formulierter Normen «eine indirekte Anwendung der RBR zu empfehlen, die sowohl sektoriell als auch betriebstypenspezifisch auf die jeweilige Risikolage abgestimmt ist.»⁷⁸⁹
- 560 **3.** Für kritikwürdig halte ich die in der Lehre vertretene Ansicht, wonach die Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit auf die **Verhinderung sämtlicher Schäden** abzielen.⁷⁹⁰ Diese Sicht der Dinge ist vor dem Hintergrund des soeben Ausgeführten zu korrigieren:
- 561 **a.** Für zutreffend halte ich die Aussage, das Recht der Arbeitssicherheit – Vorschriften und nachgelagerte Normen zusammengenommen – sei «weitgehend vorschriftenbasiert»⁷⁹¹ ausgestaltet. Insofern liegen die Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit in ihrer Gesamtheit wohl näher beim Enumerationsansatz als beim risikobasierten Ansatz.

⁷⁸⁶ Für eine indirekte Anwendung im Bereich der Arbeitssicherheit sprechen sich auch WILHELM/FORSBLOM, Fallstudie, S. 74, sowie SEILER, Safety, S. 18, aus. Vgl. auch SEILER, Abschlussbericht, S. 36, nach dem «für die in grosser Zahl vorkommenden Alltagsrisiken eher eine indirekte Anwendung in Frage kommt».

⁷⁸⁷ Zum Unterschied zwischen der direkten und der indirekten Anwendung risikobasierten Rechts vgl. SEILER, Abschlussbericht, S. 35 f. Zur Idee, die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gleichzeitig als Generalklausel und partiell als exakt formulierte Arbeitgeberpflichten auszugestalten vgl. KRAMER, Arbeitsvertragliche Verbindlichkeiten, S. 136 f., der von der Kombinationsmethode spricht.

⁷⁸⁸ SEILER, Abschlussbericht, S. 35.

⁷⁸⁹ WILHELM/FORSBLOM, Fallstudie, S. 74.

⁷⁹⁰ RUMO-JUNGO, Baustelle, S. 65: Das «geltende Recht [scheint] a priori sämtliche Schäden unterbinden zu wollen, denn es ist schlichtweg alles zu unternehmen, was nach den Erfahrungen notwendig und nach dem Stand der Technik anwendbar ist». Vgl. auch SEILER, Safety, S. 16.

⁷⁹¹ SEILER, Safety, S. 16.

b. Obgleich der Enumerationsansatz in den Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit stärker ausgeprägt ist als der risikobasierte Ansatz, kommen im geltenden Recht durchaus auch grundsätzliche Überlegungen, die mit risikobasiertem Denken zu verbinden sind, zum Ausdruck. Dazu gehört nach der hier vertretenen Ansicht auch die Angemessenheitsprüfung, welche bei allen Kernnormen durchgeführt werden muss. Wie aufgezeigt, läuft diese im Wesentlichen auf eine Prüfung der wirtschaftlichen Tragbarkeit einer bestimmten Schutzmassnahme hinaus (Rz. 401 ff.). Es spricht deshalb meiner Ansicht nach nichts dagegen, ökonomische Überlegungen auch im Bereich der Arbeitssicherheit anzustellen.⁷⁹² Entsprechend verlangt das geltende Recht vom Arbeitgeber auch nicht die Verhinderung sämtlicher Unfälle. Vielmehr hat der Arbeitgeber (nur, aber immerhin) alles nach der Erfahrung notwendige und nach dem Stand der Technik anwendbare vorzukehren, sofern es auch wirtschaftlich tragbar ist.⁷⁹³ 562

4. Schliesslich ist auf meine Einschätzung zurückzukommen, auch die akribische Einhaltung aller konkreten Normen garantiere dem Arbeitgeber nicht, dass er alle Sorgfaltspflichten einhalte: Vielmehr könnten ihn auch dann Sanktionen treffen, wenn er nicht gegen eine bestimmte Verhaltensnorm verstossen hat (Rz. 539). Diese Sicht der Dinge wird in den Verhaltensnormen konzeptionell abgebildet: Die Kernnormen der Arbeitssicherheit verlangen vom Arbeitgeber die Einhaltung eines Schutzziels und verpflichten ihn, eigene Risikobeurteilungen vorzunehmen, welche den Spezifitäten seines Betriebs Rechnung tragen. Der Arbeitgeber kann sich keineswegs damit begnügen, die auf der Idee der Enumeration beruhenden Verhaltensnormen checklistenmässig abzuhaken. 563

⁷⁹² Anderer Ansicht RUMO-JUNGO, Baustelle, S. 64.

⁷⁹³ Anderer Ansicht ist hier JUNGO, die das geltende Recht dahingehend interpretiert, dass der Arbeitgeber alles technisch Machbare vorzukehren habe (RUMO-JUNGO, Baustelle, S. 66).

Dritter Teil: Die Sanktionsnormen

1. Gegenstand des zweiten Teils waren jene Normen, die ich als Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit bezeichne. Aus ihnen ergibt sich der Inhalt der Schutzpflicht des Arbeitgebers. Im vorliegenden dritten Teil geht es um die zweite Hauptgruppe von Normen, die ich **Sanktionsnormen der Arbeitssicherheit** nenne. Die Sanktionierung des Arbeitgebers knüpft, was ich in den einzelnen Unterkapiteln aufzeigen werde, stets an die Unsorgfalt des Arbeitgebers an. Damit ist der Bezug zu den im zweiten Teil dargestellten Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit hergestellt: Sie legen die erforderliche Sorgfalt und damit «für alle Rechtsgebiete das abstrakt geforderte Verhalten fest»⁷⁹⁴. Die Sanktionsnormen komplementieren die Verhaltensnormen insofern, als sie regeln, welche Konsequenzen ein Arbeitgeber potenziell zu gewärtigen hat, wenn er gegen eine Verhaltensnorm – oder genauer: gegen eine Verhaltensvorschrift (Rz. 569) – verstösst. In der Summe bilden die Verhaltens- und die Sanktionsnormen die «Normen der Arbeitssicherheit» (Rz. 86 ff.).

2. Sowohl die Verhaltens- als auch die Sanktionsnormen zielen auf Verhaltenssteuerung ab. Die Verhaltensnormen steuern durch das «Setzen eines moralisch-ethischen Massstabes», Sanktionsnormen hingegen durch das «Stipulieren von konkreten Anreizen und/oder Restriktionen»⁷⁹⁵. Wie genau diese Anreize im Bereich der Arbeitssicherheit ausgestaltet sind, ist nachfolgend einlässlich darzustellen. Zuerst aber einige einleitende Bemerkungen zu den Sanktionsnormen.

3. In **terminologischer Hinsicht** ist dreierlei zu verdeutlichen:

a. Erstens verwende ich den Begriff «*Sanktion*» vorliegend in einem weiten, insbesondere über den strafrechtlichen Sanktionsbegriff hinausgehenden Sinne (Rz. 89 f.). Demnach gilt nebst einer strafrechtlichen Verurteilung oder der einer von der SUVA verfügten Prämienerrhöhung insbesondere auch die zivilrechtliche Haftung, die einen Arbeitgeber in der Folge eines Arbeitsunfalls treffen kann, als Sanktion.

⁷⁹⁴ FAVRE/BAUMANN, Sorgfalt, S. 11. Vgl. für eine Analyse von Sorgfaltspflichtverletzungen im vertraglichen sowie im ausservertraglichen Bereich OSWALD, Sorgfaltspflichtverletzung, passim.

⁷⁹⁵ TSCHANNEN, Rechtsgüterschutz, S. 78 f.

- 568 **b.** Zweitens will ich die *Unterscheidung zwischen Vorschriften und nachgelagerten Normen* in Erinnerung rufen (vgl. schon Rz. 82 ff.). Die Sanktionsnormen sind zwar – im Gegensatz zu den Verhaltensnormen – primär Rechtsnormen. So ist die verwaltungsrechtliche Sanktionierung insbesondere im UVG und in der VUV geregelt. Doch beschäftigen sich auch nachgelagerte Normen mit Fragen der Sanktionierung. Zu erwähnen ist insbesondere der EKAS-Leitfaden für das Durchführungserfahren in der Arbeitssicherheit (Rz. 262 ff.). Auch die nachgelagerten Normen finden nachfolgend Beachtung.
- 569 **c.** Drittens will ich verdeutlichen, dass eine Sanktionierung des Arbeitgebers den Verstoss gegen eine *Verhaltensvorschrift* voraussetzt. Ein Verstoss gegen eine blosse *Verhaltensnorm*, etwa gegen ein bestimmtes Merkblatt der SUVA, genügt für sich alleine nicht. Dieser Befund lässt sich damit begründen, dass – wie im zweiten Teil aufgezeigt – die bestehenden Konkretisierungsversuche, darunter auch das Merkblatt der SUVA, stets an den Kernnormen zu messen sind. Unzutreffend wäre daher die generelle Aussage, der Arbeitgeber werde wegen Verstosses gegen ein Merkblatt der SUVA sanktioniert.
- 570 **4.** Zentrale Wesensmerkmale des Rechts sind seine **Verbindlichkeit und seine Erzwingbarkeit**.⁷⁹⁶ Durch diese beiden Merkmale unterscheidet sich die Rechtsordnung von anderen Sollensordnungen.⁷⁹⁷ Im Bereich der Arbeitssicherheit sind es die Sanktionsnormen, die regeln, was geschieht, wenn der Arbeitgeber gegen eine Verhaltensvorschrift verstösst. Sie verschaffen den Verhaltensvorschriften Nachachtung, indem sie für den fehlbaren Ar-

⁷⁹⁶ Dem ist relativierend beizufügen, dass das Recht regelmässig von Regeln beeinflusst wird, die nicht rechtsverbindlich sind. Zu denken ist etwa an das sogenannte Soft Law im Bereich des Völkerrechts oder an die Normenwerke privater Organisationen. Vgl. FORSTMOSER/VOGT, Einführung, § 6 Rz. 18 ff. und § 12 Rz. 339. Zum Begriff Soft Law ist anzumerken: Entwickelt wurde er im internationalen Recht, doch findet er heute in vielen Bereichen Verwendung, wo es darum geht, die auf einen Lebenssachverhalt anwendbaren Normen zu gruppieren; vgl. FLÜCKIGER, Soft Law im öffentlichen Recht, passim; MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, § 2 Rz. 13; LOISTL, Technische Normen, passim. Auch die Normen, die ich als «nachgelagerte Normen» bezeichne (Rz. 84), könnten als Normen des Soft Law verstanden werden.

⁷⁹⁷ Zu denken ist etwa an Moral, Sitten, Gebräuche oder Religion. Diese Ordnungen unterscheiden sich von der Rechtsordnung insbesondere dadurch, dass sie nicht erzwingbar sind. Für die Religion gilt dies freilich einzig in einer säkularen Gemeinschaft, in der Staat und Kirche getrennt sind. Siehe für eine Darstellung der Gemeinsamkeiten und der Unterschiede zwischen Recht und Religion FORSTMOSER/VOGT, Einführung, § 8 Rz. 4 ff.

beitgeber Sanktionen vorsehen. Ihn treffen dann potenziell – und unabhängig voneinander – Sanktionen aus allen drei klassischen Teilrechtsgebieten:⁷⁹⁸ Zivilrecht, Verwaltungsrecht und Strafrecht. Um diese drei «Sanktionierungssysteme» sowie um ihre Berührungspunkte geht es im vorliegenden dritten Teil.

5. Im zweiten Teil standen bei den Verhaltensnormen drei Normen – die drei Kernnormen (Rz. 276 ff.) – im Vordergrund. Im vorliegenden dritten Teil behandle ich nun die Sanktionierung in den klassischen **drei Teilrechtsgebieten**. Diese rein numerische Korrelation (drei Kernnormen, drei Teilrechtsgebiete) könnte zur Annahme verleiten, jede Kernnorm werde im ihr jeweils «eigenen» Teilrechtsgebiet vollzogen. Diese Annahme wäre indes verfehlt, was sich anhand der folgenden zwei Beispiele aufzeigen lässt:

- Erstens liess sich bei den Verhaltensnormen keine Kernnorm strafrechtlicher Natur ausmachen. Die Sanktionierung ist jedoch auch ein strafrechtliches Thema (Rz. 897 ff.). 571
- Zweitens öffnet ein Verstoß des Arbeitgebers gegen eine öffentlich-rechtlicher Natur (z.B. die Pflicht nach Art. 18 BauAV, bei Hochbauarbeiten ab drei Metern Absturzhöhe ein Fassadengerüst zu errichten) nicht bloss den Weg zur verwaltungsrechtlichen Sanktionierung. Dem Arbeitnehmer kommt – gestützt auf Art. 342 Abs. 2 OR, auf den ich noch eingehen werde (Rz. 646 ff.) – auch ein zivilrechtlicher Erfüllungsanspruch zu. 573

6. Für die Darstellung der Sanktionsnormen greife ich auf die in der Einleitung geschilderten Beispielfälle 2 und 3 zurück (Rz. 28 ff.). Ich gehe auf die Sanktionierung in den einzelnen Teilrechtsgebieten ein: zuerst auf die zivilrechtliche (Rz. 575 ff.), dann auf die verwaltungsrechtliche (Rz. 732 ff.) und schliesslich auf die strafrechtliche Sanktionierung (Rz. 897 ff.). 574

I. Zivilrechtliche Sanktionierung

1. Das Thema Arbeitssicherheit wird bisweilen ausschliesslich dem öffentlichen Recht zugeordnet. Dies liegt aus drei Gründen nahe: Erstens, weil zwei von drei Kernnormen – Art. 82 Abs. 1 UVG und Art. 6 Abs. 1 ArG – öffent-

⁷⁹⁸ Zu dieser Einteilung des Rechtsstoffs siehe Fn. 16.

lich-rechtlicher Natur sind; zweitens, weil die Konkretisierungen der Kernnormen im Verwaltungsrecht gestützt auf öffentliches Recht – die Delegationsnormen im UVG und im ArG (Rz. 245) – erfolgen und drittens, weil mit dem sogenannten Durchführungsverfahren ein eigens auf die Arbeitssicherheit zugeschnittenes Verwaltungsverfahren besteht (Rz. 743 ff.).

- 576 **2.** Arbeitssicherheit ist indessen, was ich im zweiten Teil dargelegt habe, auch ein Thema mit **zivilrechtlichem Zugang**: Im Arbeitsvertragsrecht findet sich mit Art. 328 Abs. 2 OR eine Kernnorm der Arbeitssicherheit. Verletzt der Arbeitgeber seine dort verankerte Schutzpflicht, kann der Arbeitnehmer verschiedene Ansprüche geltend machen und so auf eine Sanktionierung des fehlbaren Arbeitgebers hinwirken.⁷⁹⁹ Zu den Mitteln, die dem Arbeitnehmer zur Verfügung stehen, gehören insbesondere das Recht auf Arbeitsverweigerung (Rz. 609 ff.) und, im Nachgang zu einem Unfall, die Klage auf Schadenersatz (Rz. 710 ff.) sowie Genugtuung (Rz. 719 ff.). Indem ich in meiner Arbeit auch den Schadenersatz und Genugtuung als «Sanktionen» bezeichne, lege ich einen weiten Sanktionsbegriff zugrunde (Rz. 567). Bei dieser Begriffsbildung ist indes zu beachten, dass die behandelten zivilrechtlichen Ansprüche des Arbeitnehmers nicht primär auf die Sanktionierung des Arbeitgebers, sondern vielmehr auf die Erfüllung bestehender Verpflichtungen bzw. auf den finanziellen Ausgleich der Folgen einer Pflichtverletzung angelegt sind. Vom Arbeitgeber aber wird eine Haftpflicht als negativ empfunden, weshalb ich vorliegend auch sie – im weiten Sinne – als Sanktion verstehe (vgl. Rz. 89).
- 577 **3.** Gegenüber der zivilrechtlichen Sanktionierung sind verschiedene, **gewichtige Vorbehalte** anzubringen. Sie führen dazu, dass die zivilrechtliche Sanktionierung gegenüber der verwaltungs- und strafrechtlichen Sanktionierung in den Hintergrund rückt:
- 578 **a.** Ob sich in den Beispielfällen 2 und 3 (Rz. 28 ff.) der Verstoß des Arbeitgebers zivilrechtlich überhaupt je auswirkt, hängt massgeblich von der Person des Arbeitnehmers ab.⁸⁰⁰ Das Zivilrecht wird nämlich, worin es sich

⁷⁹⁹ Vgl. BÄHLER, Arbeitgeberhaftpflicht, S. 10 ff. (zu Art. 339 aOR [1911], der Vorgängernorm von Art. 328 Abs. 2 OR); HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, Personenschadensrecht, Rz. 335 f.; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, N 52 ff.; SONNENBERG, Protection, S. 67.

⁸⁰⁰ Vgl. JANUTIN, Gesundheit, S. 96.

grundsätzlich vom Verwaltungsrecht und vom Strafrecht unterscheidet,⁸⁰¹ vom Staat *nicht von Amtes wegen durchgesetzt*.⁸⁰² Darin liegt die erste Schwierigkeit. Ein Zivilprozess ist von der Dispositionsmaxime geprägt; der Entscheid darüber, ob ein Verfahren eingeleitet und ob es bis zum gerichtlichen Entscheid durchgeführt wird, oder ob es – etwa zufolge aussergerichtlichen Vergleich und anschliessendem Klagerückzug – abgeschlossen wird, obliegt den Parteien.⁸⁰³

b. Eine zweite Schwierigkeit liegt in der *mangelnden Rechtskenntnis*: Oft ist ein Arbeitnehmer nicht oder nur unzulänglich darüber im Bilde, welche Mittel ihm rechtlich zustehen, um auf den Missstand zu reagieren. So wird er seine Arbeit nicht verweigern (Rz. 609 ff.), wenn er nicht weiss, dass er dazu berechtigt ist.⁸⁰⁴ 579

c. Selbst ein rechtskundiger Arbeitnehmer, der all seine Handlungsoptionen kennt, fordert seine Rechte möglicherweise zurückhaltend ein. Eine dritte Schwierigkeit ist die Sorge des Arbeitnehmers vor den *Gegenreaktionen des Arbeitgebers*. Vorstellbar ist insbesondere, dass der Arbeitgeber mit der Kündigung oder anderen Repressionen (z.B. eine Versetzung) auf die Geltendmachung von Ansprüchen reagiert. 580

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass die *Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers weit geht*: Mit einer Kündigung kann er das Arbeitsverhältnis zum aufmüpfigen Arbeitnehmer nämlich jederzeit – und auch fristlos – beenden.⁸⁰⁵ Zwar ist eine Rache Kündigung missbräuchlich 581

⁸⁰¹ KOLLER, Sozial sensible Bereiche, S. 61, spricht von einem «eigentlichen Gegensatzverhältnis» zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht.

⁸⁰² Auch das Strafrecht wird nur von Amtes wegen durchgesetzt, soweit es sich um Offizialdelikte handelt. Bei Antragsdelikten hingegen steht es (wie im Zivilrecht) im Belieben der durch eine Straftat verletzten Person, ob sie einen Strafantrag einreicht.

⁸⁰³ Die Dispositionsmaxime bedeutet, «dass es die Parteien, d.h. der Kläger und der Beklagte, in der Hand haben, über den Streitgegenstand zu bestimmen, d.h. ob, wann, in welchem Umfang und wie lange ein Prozess stattfindet» (SUTTER-SOMM/VON ARX, ZPO-Kommentar, N 6 zu Art. 58).

⁸⁰⁴ Hinzuweisen ist indessen darauf, dass die SUVA in Zusammenarbeit mit Arbeitgeberverbänden, Planern und Gewerkschaften die Arbeitnehmer dazu auffordert, ihre Arbeit bei schweren Sicherheitsmängeln unverzüglich zu unterbrechen, «STOP» zu sagen. Vgl. <www.sicherheits-charta.ch> (besucht am 23. Mai 2016). Dort ist auch die Sicherheits-Charta für das Baugewerbe abrufbar, die sich nicht nur an Arbeitnehmer, sondern auch an Planer und Vorgesetzte richtet und in insgesamt neun Sprachen verfügbar ist.

⁸⁰⁵ Vorbehalten sind Kündigungen zur Unzeit (Art. 336c OR), die nichtig sind (Art. 336c Abs. 2 OR). Zu den Rechtsfolgen bei einer fristlosen Kündigung allgemein KOLLER,

(Art. 336 Abs. 1 lit. d OR), doch führt diese einzig zu einer Entschädigungspflicht nach Art. 336a OR (bzw. Art. 337c OR bei fristloser Kündigung); anfechtbar aber ist eine missbräuchliche Kündigung grundsätzlich nicht. Der Gesetzgeber hat bewusst von einer Pflicht zur Weiterführung des Arbeitsverhältnisses abgesehen.⁸⁰⁶ Gerade deshalb ist es wichtig, dass sich im öffentlichen Recht zwei Kernnormen der Arbeitssicherheit finden (Art. 82 Abs. 1 UVG und Art. 6 Abs. 1 ArG). Im Gegensatz zur zivilrechtlichen Kernnorm in Art. 328 Abs. 2 OR, die in der Durchsetzung der Dispositionsmaxime unterliegt und somit von der Klagebereitschaft des Arbeitnehmers (im Fall des Regresses von der Klagebereitschaft der Regress nehmenden Sozialversicherung) abhängig ist, werden Verfahren wegen Verletzung der öffentlich-rechtlichen Kernnormen von Amtes wegen initiiert (Rz. 733).⁸⁰⁷ Dem Staat stehen dafür die Mittel des Verwaltungszwangs und der Strafe zur Verfügung.⁸⁰⁸

- 582 **d.** Eine vierte Schwierigkeit, mit der sich ein rechtskundiger und klagewilliger Arbeitnehmer konfrontiert sieht, ist das mit einer gerichtlichen Vorgehensweise verbundene, *erhebliche Kostenrisiko*. Die Zivilprozessordnung sieht für Verfahren in Angelegenheiten der Arbeitssicherheit (eine «Streitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis»⁸⁰⁹) einzig in Fällen, in denen der Streitwert unter CHF 30'000.– liegt, eine besondere Kostenregelung vor:⁸¹⁰ Dann entfallen die Gerichtskosten im Schlichtungsverfahren (Art. 113 Abs. 2 lit. d

Kündigung, S. 1256 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 24 zu Art. 337 OR.

⁸⁰⁶ Anstelle vieler GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht, Rz. 630. Eine Ausnahme gilt im Gleichstellungsrecht, wo eine Kündigung des Arbeitsvertrags anfechtbar ist, wenn sie «auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung» hin ausgesprochen wurde (Art. 10 Abs. 1 GIG); vgl. KOLLER, Kündigung, S. 1263. Der gekündigte Arbeitnehmer kann hier also eine Fortsetzung des Arbeitsvertrags erwirken. Ob dies praktisch Sinn macht, ist freilich eine andere Frage. Grundsätzlich anders als im Arbeitsvertragsrecht ist die Rechtslage etwa im Mietrecht: Art. 271a OR erlaubt es dem missbräuchlich gekündigten Mieter, die Kündigung anzufechten. Tut er dies erfolgreich, ist die Kündigung ungültig und das Mietverhältnis bleibt weiter bestehen.

⁸⁰⁷ Von der Frage, ob ein Verfahren in einem bestimmten Teilrechtsbereich von Amtes wegen initiiert werde, ist jene Frage zu unterscheiden, ob das Recht von den jeweiligen Behörden von Amtes wegen anzuwenden sei (*iura novit curia*). Vgl. dazu Art. 57 ZPO und Art. 106 Abs. 1 BGG.

⁸⁰⁸ BÄHLER, Arbeitgeberhaftpflicht, S. 4 m.w.H.

⁸⁰⁹ Art. 113 Abs. 2 lit. d ZPO.

⁸¹⁰ Zur Streitwertberechnung siehe Art. 91 f. ZPO.

ZPO) sowie im gerichtlichen Entscheidverfahren (Art. 114 lit. c ZPO). In allen übrigen Fällen (mit höherem Streitwert) hat ein klagewilliger Arbeitnehmer einen Kostenvorschuss zu leisten, um ein Verfahren überhaupt in Gang zu bringen (Art. 98 ZPO). Dem Gericht steht zwar die Möglichkeit offen, auf den Vorschuss zu verzichten.⁸¹¹ Fraglich ist jedoch, in welchen Fällen ein solcher Verzicht angebracht ist. Der Zivilprozessordnung lässt sich diesbezüglich nichts entnehmen. Nach der Botschaft des Bundesrats kann sich der Verzicht auf einen Vorschuss «aus Billigkeitsgründen» rechtfertigen, wenn «die klagende Partei nur wenig über dem Existenzminimum lebt»⁸¹². Eine weiter gehende Lockerung, spezifisch für Verfahren im Bereich der Arbeitssicherheit, scheint nicht angezeigt. Insbesondere rechtfertigt sich ein Verzicht auf den Kostenvorschuss nicht schon deshalb, weil es um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit und damit um sozial sensibles Vertragsrecht handelt.⁸¹³

Anzumerken ist jedoch, dass den Arbeitnehmer selbst dann ein erhebliches Kostenrisiko trafe, wenn das Zivilgericht tatsächlich auf einen Kostenvorschuss verzichtete: Im Falle des Unterliegens nämlich hätte er die Prozesskosten zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dazu gehören nicht nur die Gerichtskosten, sondern auch die Parteientschädigung zugunsten des obsiegenden Arbeitgebers (Art. 95 Abs. 1 ZPO).⁸¹⁴ Das Kostenrisiko geht noch weiter: Selbst im Falle nämlich, dass der Arbeitnehmer vor Gericht mit seinen Begehren vollumfänglich durchdringt, trägt er ein finanzielles Risiko: Er hat insbesondere die Parteientschädigung, die ihm der unterlegene Arbeitgeber schuldet, selbst einzutreiben.⁸¹⁵ Dabei hilft ihm zwar der Umstand, dass er mit dem gerichtlichen Entscheid über einen definitiven Rechtsöffnungstitel verfügt (Art. 80 SchKG). Gerät der Arbeitgeber aber in die Insolvenz, bleibt der Arbeitnehmer möglicherweise auf seinen Anwaltskosten sitzen.

⁸¹¹ Art. 98 ZPO bestimmt, dass das Gericht einen Vorschuss verlangen «kann».

⁸¹² Botschaft ZPO 2006, S. 7293 Ziff. 5.8.1 (zu Art. 96).

⁸¹³ Vgl. zum Arbeitsrecht als sozial sensibles Vertragsrecht KOLLER, Sozial sensible Bereiche, S. 60 ff. Erinnert sei daran, dass Ansprüche aus Missachtung der Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit mitunter nicht ausschliesslich vertraglich, sondern möglicherweise auch ausservertraglich (deliktisch) begründet werden können (vgl. Rz. 59 und 229).

⁸¹⁴ Gerichtskosten und Parteientschädigung werden unter dem Begriff Prozesskosten zusammengefasst (Art. 95 Abs. 1 ZPO).

⁸¹⁵ Darüber hinaus hat der obsiegende Arbeitnehmer auch den von ihm geleisteten Kostenvorschuss selbst beim unterlegenen Arbeitgeber einzutreiben (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Auch dieses Risiko nimmt der Staat dem Kläger nicht ab.

Einzig, wenn er über eine Rechtsschutzversicherung verfügt, gehen diese Kosten möglicherweise – eine entsprechende Deckung arbeitsvertraglicher Streitigkeiten vorausgesetzt – nicht zu seinen Lasten.

- 584 e. Eine fünfte Schwierigkeit liegt im *Faktor Zeit*: Wo Misstände bestehen, verschwinden diese – gerade beim Bauen – durch den kontinuierlichen Arbeitsfortschritt relativ schnell wieder.⁸¹⁶ Unter diesem Gesichtspunkt käme selbst ein Leistungsurteil zugunsten des Arbeitnehmers, das den Arbeitgeber verpflichtete, bestimmte Massnahmen zu treffen, regelmässig zu spät. Im Einzelfall ist deshalb die Möglichkeit zu prüfen, im Wege vorsorglicher Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO)⁸¹⁷ gegen den fehlbaren Arbeitgeber vorzugehen und ihn so rasch zum Treffen der Schutzmassnahmen verpflichten zu lassen.⁸¹⁸ Ein solches Vorgehen ist zwar grundsätzlich vorstellbar,⁸¹⁹ dürfte aber kaum je vorkommen. Zu dieser Einschätzung bringt mich der Umstand, dass vorsorglichen Massnahmen eine zeitlich und inhaltlich begrenzte Funktion zukommt: Über eine Streitigkeit wird bloss provisorisch befunden, während die definitive Beurteilung im Rahmen eines subsequent durchzuführenden Hauptsachenprozesses erfolgt.⁸²⁰ Bei Erfüllungshandlungen aber (wozu die vom Arbeitgeber zu treffenden Schutzmassnahmen gehören) wird gerade dieser provisorische Charakter aufgeweicht: Sofern das Gericht dem Gesuch des Arbeitnehmers entspricht, wird der Arbeitgeber im Wege vorsorglicher Massnahmen zu einer Leistung (im Beispielfall 2 [Rz. 28 f.] zum Errichten des Fassadengerüsts) verpflichtet. Damit wird definitiv entschieden, was einer bloss vorübergehenden Regelung bedürfte. Deshalb verlangt das Bundesgericht bei vorsorglichen Massnahmen im Zusammenhang mit Erfüllungshandlungen, «dass die Massnahmen zumindest insoweit einstweiligen Charakter behalten, als für den Fall des Unterliegens des Antragstellers im

⁸¹⁶ Vgl. dazu EKAS, Leitfaden, S. 26 (Ziff. 5.2.1): In der Baubranche werden «Gerüstungen, Gräben, etc. infolge Arbeitsfortschritt laufend wieder beseitigt Damit verschwinden auch die ihnen anhaftenden Mängel».

⁸¹⁷ Zu den Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen allgemein HUBER, ZPO-Kommentar, N 17 ff. zu Art. 261. Zu den superprovisorischen Massnahmen, bei denen die Gehörs-gewährung eingeschränkt ist, siehe Art. 265 ZPO.

⁸¹⁸ Vgl. NIPPERDEY, Arbeiterschutzrecht, S. 222 f.

⁸¹⁹ Die vorsorgliche Massnahme ginge ihrem Inhalt nach auf die «Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands» (Art. 262 lit. b ZPO) und damit auf die Anordnung einer positiven Leistung (vgl. dazu HUBER, ZPO-Kommentar, N 19 zu Art. 262).

⁸²⁰ Vgl. Art. 263 ZPO: Vorsorgliche Massnahmen stehen stets im Zusammenhang mit einer «Hauptsache».

Hauptverfahren die Schadloshaltung des Anspruchsgegners gewährleistet ist. Das Gericht hat deshalb die Anordnung der Massnahmen von entsprechenden Sicherheitsleistungen des Antragstellers abhängig zu machen»⁸²¹. Übertragen auf den Beispielfall 2 (Rz. 28 f.) bedeutet diese Vorgabe: Der Arbeitnehmer hätte für jene Kosten Sicherheit zu leisten, die dem Arbeitgeber durch das Erstellen des Fassadengerüsts entstehen. Stellt sich im Nachhinein (im Hauptsachenprozess) heraus, dass der Anspruch des Arbeitnehmers nicht bestand (etwa, weil die Absturzhöhe von drei Metern nicht erreicht und damit Art. 18 BauAV nicht erfüllt war), hätte dieser die Kosten für das im Wege der vorsorglichen Massnahme angeordnete Gerüst definitiv zu tragen.

f. Eine sechste Schwierigkeit ergibt sich bei der *Beweisführung*: Das Zivilgericht hat zu einem Zeitpunkt über die behauptete Vertragsverletzung zu befinden, in dem die Missstände nicht mehr bestehen (vgl. Rz. 584). Hat der Arbeitnehmer den Verstoss nicht dokumentiert und gelingt ihm der von ihm zu erbringende Beweis der Vertragsverletzung (Rz. 500) auch mit anderen Beweismitteln wie etwa einer Zeugenaussage (Art. 169 ff. ZPO) nicht, treffen ihn die Folgen der Beweislosigkeit, womit seine Klage kostenfällig abgewiesen wird. 585

4. Oft stellt sich bei einem Arbeitsunfall die Frage nach dem **Mitverschulden des verunfallten Arbeitnehmers**. Den Arbeitnehmer trifft in Angelegenheiten der Arbeitssicherheit eine Mitwirkungspflicht (Rz. 111 ff.). Welche Auswirkungen hat es also auf die zivilrechtliche Haftung des Arbeitgebers, wenn dieser zwar gegen eine Verhaltensvorschrift verstossen hat, dem Arbeitnehmer aber gleichzeitig ein Mitverschulden am Unfall angelastet werden kann? 586

a. Grundsätzlich kann ein Mitverschulden des Verunfallten die Haftung des Arbeitgebers auf zwei verschiedene Arten beeinflussen: 587

- Ein schweres Verschulden des Arbeitnehmers kann zur Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs und damit zum *Haftungsauschluss* des Arbeitgebers führen.⁸²² 588

⁸²¹ BGE 125 III 451 E. 3b.

⁸²² Vgl. OFTINGER/STARK, *Haftpflichtrecht* (Bd. I), Rz. 151 ff.; WERRO, *Responsabilité civile*, Rz. 245. Für einen Anwendungsfall, in dem die Haftung des Arbeitgebers wegen grobem Selbstverschulden des verunfallten Arbeitnehmers entfiel, siehe BGE 60 II 112. Dieses Urteil des Bundesgerichts erging zu Art. 339 aOR (1911), der Vorgängernorm des geltenden Art. 328 Abs. 2 OR. Für weitere Judikatur zur altrechtlichen Bestimmung

- 589 – Ein leichtes (oder mittleres)⁸²³ Verschulden des Arbeitnehmers eröffnet dem Zivilgericht die Möglichkeit, «die Ersatzpflicht [zu] ermässigen oder gänzlich von ihr [zu] entbinden» (Art. 44 Abs. 1 OR).⁸²⁴ Eine allfällige *Kürzung oder Entbindung von der Ersatzpflicht* liegt, was sich an der Kann-Formulierung des Gesetzes ablesen lässt, im Ermessen des Gerichts. Zu betonen ist, dass Art. 44 Abs. 1 OR, der dem ausservertraglichen Haftpflichtrecht eingeschrieben ist, kraft Art. 99 Abs. 3 OR auch auf vertragliche Verhältnisse Anwendung findet.⁸²⁵
- 590 **b.** Im Zusammenhang mit den zivilrechtlichen Mitteln, die dem Arbeitnehmer gegen den fehlbaren Arbeitgeber zustehen, stellt sich insbesondere die Frage, ob der *Verzicht auf eine Geltendmachung von Ansprüchen* automatisch ein Selbstverschulden bedeutet. Nach der hier vertretenen Auffassung begründet der Umstand, dass der Arbeitnehmer auf eine Geltendmachung seiner Rechte, insbesondere seines Arbeitsverweigerungsrechts (Rz. 609 ff.) oder seines Erfüllungsanspruchs (Rz. 637 ff.) verzichtet, grundsätzlich kein Selbstverschulden. Eine Ausnahme gilt, wenn der Arbeitnehmer einen von ihm entdeckten Missstand dem Arbeitgeber nicht meldet und wenn er daraufhin wegen ebendieses Missstands verunfällt. In dieser Konstellation verletzt der Arbeitnehmer seine Mitwirkungspflicht nach Art. 11 Abs. 2 VUV.⁸²⁶ Die Beweislast dafür, dass der Arbeitnehmer Kenntnis vom Miss-

siehe ABEGG, Präjudizienbuch OR, N 11 zu Art. 328. Vgl. (nun wieder zum geltenden Recht) BGer 4A_189/2015 vom 6. Juli 2015 E. 4: Die Beschwerdeführerin rügte vor Bundesgericht (wenn auch erfolglos), die Vorinstanz habe zu Unrecht eine Kürzung um bloss einen Drittel angenommen. Vielmehr sei das Verschulden des Geschädigten derart schwer, dass der adäquate Kausalzusammenhang unterbrochen worden sei. Für einen Fall, in dem die Voraussehbarkeit und somit das Vorliegen des adäquaten Kausalzusammenhangs nach einem Bauunfall verneint wurde OGer ZH SB150298 vom 17. Dezember 2015 E. 2.5.3.

⁸²³ Beim Verschulden handelt es sich um einen graduellen Begriff. Bei der hier interessierenden Verschuldensart der Fahrlässigkeit gibt es also nicht nur leichtes oder grobes Verschulden, sondern mehrere Verschuldensstufen (BK OR-BREHM, N 191 ff. zu Art. 41; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT; Rz. 2970;). In der Praxis ist meist einzig von einer Zwischenstufe, dem mittleren Verschulden, die Rede (so etwa GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT; Rz. 2970).

⁸²⁴ Das Gesetz nennt in Art. 44 Abs. 1 OR einzig die Einwilligung des Geschädigten sowie «Umstände, für die er eintreten muss». Ein solcher Umstand ist auch das Verschulden des geschädigten Arbeitnehmers (BGE 130 III 182 E. 5.5.1).

⁸²⁵ WERRO, Responsabilité civile, Rz. 1187.

⁸²⁶ Siehe für den Wortlaut von Art. 11 Abs. 2 VUV Rz. 113; zur Tragweite dieser Pflicht des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber Fn. 103.

stand hatte, liegt nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB beim Arbeitgeber.⁸²⁷

Meldet der Arbeitnehmer den entdeckten Missstand dem Arbeitgeber, bleibt letzterer jedoch untätig, so ist dem Arbeitnehmer nicht als Mitverschulden anzulasten, dass er auf die Geltendmachung seines Arbeitsverweigerungsrechts oder auf eine gerichtliche Geltendmachung seines Erfüllungsanspruchs verzichtet hat. Dies rechtfertigt sich im Lichte der weitreichenden Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers (Rz. 581). 591

c. Zu bejahen ist ein Selbstverschulden grundsätzlich in jenen Fällen einer nach Darstellung der SUVA «weit verbreitete[n] Praxis»⁸²⁸, in denen ein Arbeitnehmer *Manipulationen an einer Schutzvorrichtung* vornimmt und diese so unwirksam macht. In diesem Zusammenhang ist jedoch auf die Pflicht des Arbeitgebers hinzuweisen, «dafür [zu] sorgen, dass die Schutzmassnahmen und Schutzeinrichtungen in ihrer Wirksamkeit nicht beeinträchtigt werden» (Art. 3 Abs. 2 VUV). 592

d. Nach dem Gesagten kann es für den Arbeitnehmer rein zivilrechtlich betrachtet einschneidende Folgen haben, wenn er Missstände im Bereich der Arbeitssicherheit zwar entdeckt, diese dem Arbeitgeber aber nicht meldet. Im Extremfall führt dies zum Ausschluss der Haftung des fehlbaren Arbeitgebers. Dem ist relativierend jedoch beizufügen, dass sich das Mitverschulden einzig zivilrechtlich – beim Direktschaden und beim Regress (Rz. 159 ff.), den der Verunfallte bzw. die Sozialversicherung vom Arbeitgeber ersetzt haben möchte – auswirkt. Sozialversicherungsrechtlich verhält es sich indes anders: Selbst ein grobes Selbstverschulden des verunfallten Arbeitnehmers (z.B. das Manipulieren einer Schutzvorrichtung) berechtigt in der Berufsunfallversicherung nicht zur Leistungskürzung, geschweige denn 593

⁸²⁷ Die allgemeine Beweislastregel in Art. 8 ZGB in von Rechtsprechung und Lehre konkretisiert worden. Gängig ist eine Dreiteilung in rechtsbegründende, rechtsvernichtende und rechtshindernde Tatsachen (HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Einleitungsartikel und Personenrecht, Rz. 467 ff.).

⁸²⁸ Siehe <www.suva.ch> unter Prävention/Arbeit/Gefahren/mechanische Gefahren/ungeschützte bewegte Maschinenteile/Ein Unfall vor Gericht (besucht am 23. Mai 2016). Unter dieser Adresse ist auch eine Dokumentation inklusive juristischer Aufarbeitung eines Unfallbeispiels abrufbar, das die SUVA im Jahr 2012 für eine Präventionskampagne verwendete (zerquetschte Hand an einer CNC-Drehmaschine). Zum Manipulieren von Schutzeinrichtungen hat die SUVA auch eine Checkliste aufgestellt (vgl. SUVA, Manipulieren); vgl. auch ZIMMERMANN, Schutzeinrichtungen, passim.

zum -ausschluss.⁸²⁹ Einzige Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer den «Unfall» nicht vorsätzlich oder evenualvorsätzlich herbeigeführt hat. In solchen Fällen nämlich entfällt gegebenenfalls die Unfreiwilligkeit, womit schon der Unfallbegriff nach Art. 4 ATSG nicht erfüllt wäre.⁸³⁰

- 594 **5.** Bei einem Arbeitsunfall kommen, je nach den konkreten Verhältnissen, verschiedene Personen als Haftungssubjekte in Frage. Weiter lassen sich Ansprüche gegen ein und dieselbe Person (z.B. den Arbeitgeber) allenfalls auf mehrere Haftungsgrundlagen gleichzeitig – etwa auf vertragliches und ausservertragliches Haftpflichtrecht – stützen. Erinnert sei hier deshalb an die thematische **Eingrenzung auf den Einzelarbeitsvertrag** (Rz. 58). Bei der nachfolgend darzustellenden zivilrechtlichen Sanktionierung behandle ich demnach nur vertragliche Ansprüche des Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber. Damit klammere ich dreierlei aus:
- 595 – Erstens diskutiere ich Ansprüche des Arbeitnehmers, die sich zwar gegen den Arbeitgeber richten, sich aber auf *ausservertragliche Anspruchsgrundlagen* stützen, nicht. Als solche kommen insbesondere in Frage: Art. 41 Abs. 1 OR, Art. 55 OR (Geschäftsherrenhaftung), Art. 58 OR (Werkeigentümerhaftung) und Art. 58 SVG (Motorfahrzeughalterhaftung). Hinweisen will ich im Zusammenhang mit diesen Haftungstatbeständen auf zweierlei: (i) Bei auf Art. 41 Abs. 1 OR oder Art. 55 OR gestützten Ansprüchen spielen die Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit möglicherweise ebenso eine Rolle wie bei der hier beschriebenen Vertragshaftung des Arbeitgebers; beide Normen sind ähnlich inhaltsleer wie die Kernnormen der Arbeitssicherheit. Die Modalitäten der Durchsetzung der Ansprüche unterscheiden sich jedoch massgeblich (etwa hinsichtlich der Beweislast für das Verschulden oder hinsichtlich der Verjährung; vgl. zu letzterer Art. 60 Abs. 1 OR). (ii) Bei den Haftungstatbeständen in Art. 58 OR und Art. 58 SVG sind bei einem Bauunfall nicht die Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit unmittelbarer Anknüpfungspunkt, sondern (im Falle von Art. 58 OR) die fehlerhafte Anlage oder Herstellung bzw. der mangelhafte Unterhalt eines Werks und (im Falle von Art. 58 SVG) der Betrieb eines Motorfahrzeugs.

⁸²⁹ Für die Begründung siehe Rz. 735.

⁸³⁰ Zur Unfreiwilligkeit als Kriterium des Unfallbegriffs siehe KIESER, ATSG-Kommentar, N 21 ff. zu Art. 4.

- Zweitens behandle ich Ansprüche des Arbeitnehmers gegen *andere Personen als den Arbeitgeber* nicht. Allenfalls haftet dem Verunfallten ein Sicherheitsbeauftragter oder ein Arbeitskollege aus Art. 41 Abs. 1 OR. Denkbar ist auch, dass der Verunfallte gegen die Bauleitung, gegen den sogenannten Erstunternehmer im Entsenderecht (Fn. 65) oder gegen den Planer wendet, dessen fehlerhafter Plan zum Arbeitsunfall geführt hat. 596
- Drittens verzichte ich auf die Untersuchung der Besonderheiten, die sich möglicherweise für *öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnisse* ergeben. Primär ist hier das öffentliche Recht zu konsultieren, nicht das Arbeitsvertragsrecht. Letzteres findet allerdings regelmässig auch auf Anstellungsverhältnisse öffentlich-rechtlicher Natur zumindest ergänzend Anwendung.⁸³¹ 597

6. Im Beispielfall 2 (Rz. 28 f.) verstösst der Arbeitgeber gegen eine Verhaltensvorschrift der Arbeitssicherheit: Er lässt seinen Arbeitnehmer auf einer drei Meter übersteigenden Höhe Arbeiten ausführen, ohne für die Errichtung eines Fassadengerüsts gesorgt zu haben.⁸³² Ein Arbeitnehmer, der nicht gewillt ist, seine Arbeitsleistung in einer solch unsicheren Umgebung zu erbringen, hat zumindest rechtlich stets die Möglichkeit, den **Arbeitsvertrag zu kündigen**.⁸³³ Bei schwerwiegenden Verstössen rechtfertigt sich gar eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund (Art. 337 OR).⁸³⁴ Bei der folgen-

⁸³¹ Die Anwendung der Art. 319 ff. OR setzt indessen voraus, dass das öffentliche Recht entweder die ergänzende Anwendung ausdrücklich vorsieht oder dass es eine echte Lücke enthält (BGE 139 I 57 E. 5.1; 138 I 232 E. 6.1).

⁸³² Eine Einschränkung der Pflicht, ein Fassadengerüst zu erstellen, ergibt sich für Arbeiten auf Dächern, die «gesamthaft pro Dach weniger als zwei Personentage dauern und bei denen die Absturzhöhe mehr als 3 m beträgt». In solchen Fällen muss nicht zwingend ein Gerüst erstellt werden (siehe im Einzelnen Art. 32 BauAV). Eine weitere Einschränkung kann sich ergeben, wenn das Erstellen eines Fassadengerüsts «technisch nicht möglich oder zu gefährlich» ist (Art. 19 Abs. 1 BauAV).

⁸³³ Art. 335a ff. OR; BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, N 26 zu Art. 328.

⁸³⁴ BK-OR REHBINDER/STÖCKLI, N 26 zu Art. 328; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 19 zu Art. 328 OR; VISCHER/MÜLLER, Arbeitsvertrag, § 16 Rz. 58. Unter einem wichtigen Grund wird jeder Umstand verstanden, «bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf» (Art. 337 Abs. 2 OR). Ob ein wichtiger Grund vorliegt, der es dem Arbeitnehmer ermöglicht, das Arbeitsverhältnis fristlos aufzulösen, entscheidet das Gericht nach Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR). Auch die fristlose Kündigung ist gültig, selbst wenn sich für die Kündigung kein wichtiger Grund anführen lässt. Die Rechtsprechung stellt an das Vorliegen eines wichtigen Grundes jedoch strenge An-

den Darstellung der exekutorischen (Rz. 608 ff.) und kompensatorischen Mittel (Rz. 691 ff.) des Arbeitnehmers gehe ich indes davon aus, dass der Arbeitnehmer am Arbeitsvertrag festhalten, seine Stelle mithin behalten will. Obschon die Kündigung aus Sicht des Arbeitnehmers rein rechtlich stets eine Möglichkeit ist, um auf eine vom Arbeitgeber zu vertretende unsichere Arbeitsumgebung zu reagieren, ist der Arbeitnehmer mitunter faktischen Zwängen ausgesetzt. Wenn er auf sein Einkommen ökonomisch angewiesen ist und ein Stellenwechsel sich nicht anbietet, wird er faktisch gezwungen, das «Arbeitsverhältnis aufrecht zu erhalten, wie es sich auch entwickelt, selbst auf die Gefahr hin, dass seine Gesundheit, Geist und Seele darunter leiden»⁸³⁵.

- 599 7. Nach diesen einleitenden Bemerkungen zur zivilrechtlichen Sanktionierung stelle ich nachfolgend den Bezug der zivilrechtlichen Sanktionierung zu den im zweiten Teil dargestellten Verhaltensnormen her (Rz. 600 ff.). So dann gehe ich auf die einzelnen «Mittel» ein, die dem Arbeitnehmer zur Verfügung stehen, um gegen seinen fehlbaren Arbeitgeber vorzugehen. Für diese Darstellung nehme in eine Zweiteilung vor in Mittel, die (wie im Beispielfall 2; Rz. 28 f.) keinen Unfall voraussetzen (exekutorische Mittel; Rz. 608 ff.), und in Mittel, denen sich ein Arbeitnehmer bedienen kann, nachdem sich (wie im Beispielfall 3; Rz. 30 f.) ein Unfall ereignet hat (kompensatorische Mittel; Rz. 691 ff.).

A. Relevanz der Verhaltensnormen für die zivilrechtliche Sanktionierung

- 600 1. Die darzustellende zivilrechtliche Sanktionierung knüpft an den Verstoss des Arbeitgebers gegen eine Verhaltensvorschrift der Arbeitssicherheit an, wie ich sie im zweiten Teil der Arbeit beschrieben habe. In den Beispielfäl-

forderungen. Vgl. etwa BGE 130 III 28 E. 4.1 oder 129 III 380 E. 2.1, nach denen die Zulässigkeit einer fristlosen Auflösung «de manière restrictive» bzw. «nur mit grosser Zurückhaltung» angenommen werden darf. Zur umfangreichen Kasuistik zur fristlosen Kündigung siehe ABEGG, Präjudizienbuch OR, N 12 ff. zu Art. 337. Im deutschen Recht wird dem Arbeitnehmer ein Recht zur fristlosen Kündigung nach § 626 BGB/DE zugestanden, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber auf die Missstände hingewiesen hat, diese aber nicht innert nützlicher Frist behoben wurden. Dass der Arbeitnehmer zunächst noch einige Zeit weiter arbeitet, ändert daran nichts (vgl. MüK BGB/DE-HENSSLER, N 273 zu § 626; NIPPERDEY, Arbeiterschutzrecht, S. 226).

⁸³⁵ SCHÖNENBERGER, Verhältnis, S. 7a.

len 2 und 3 (Rz. 28 ff.) unterstelle ich dem Arbeitgeber einen solchen Verstoss – und damit ein unsorgfältiges sowie schuldhaftes Verhalten.⁸³⁶ Welche Sorgfalt⁸³⁷ der Arbeitgeber im Lichte von Art. 328 Abs. 2 OR anzuwenden hat, ergibt sich aus objektiven Kriterien, nämlich aus den im zweiten Teil dargestellten Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit. Sie umschreiben das hypothetische Referenzverhalten des vernünftigen Durchschnittsmenschen,⁸³⁸ drücken mit anderen Worten «das bei der entsprechenden Tätigkeit üblicherweise aufzubringende Mindestmass an Sorgfalt»⁸³⁹ aus. Indem der Arbeitgeber in den Beispielfällen 2 und 3 die gebotenen Schutzmassnahmen nicht trifft (nicht für die Erstellung eines Fassadengerüsts sorgt), verhält er sich unsorgfältig.

2. Welche Rechtsfolgen der Verstoss des Arbeitgebers gegen eine Verhaltensvorschrift der Arbeitssicherheit im Zivilrecht zeitigt, ist nach den besonderen Regeln des Arbeitsvertragsrechts, etwa nach Art. 324 OR (Rz. 615 ff.), und nach Art. 97 Abs. 1 OR zu beurteilen. Letztere Bestimmung unterscheidet bekanntermassen vier Haftungsvoraussetzungen: (i) Vertragsverletzung, (ii) Schaden, (iii) adäquater Kausalzusammenhang und (iv) Verschulden. 601

⁸³⁶ Ich setze hier Unsorgfalt mit Verschulden gleich; vgl. etwa BK OR-WEBER 2000, N 27 zu Art. 99: «Verschulden ist die Nichtanwendung der erforderlichen Sorgfalt.»

⁸³⁷ Das Obligationenrecht verwendet den Begriff der Sorgfalt (bzw. des sorgfältigen Verhaltens) in verschiedenen Bestimmungen (vgl. die Übersicht bei SCHWERY, Nutzen und Haftung, Fn. 607), ohne ihn jedoch zu definieren. Gemäss dem in der Lehre ausgeformten Sorgfaltsbegriff hat sich ein Schuldner so «umsichtig und vernünftig [zu] verhalten, wie dies jeder Mensch in der gleichen Situation und unter den gegebenen Umständen ebenfalls tun würde» (SCHWERY, Nutzen und Haftung, Rz. 263 m.w.H.). Vgl. zur Sorgfaltswidrigkeit im Vertragsrecht BK OR-WEBER 2000, N 35 ff. zu Art. 97.

⁸³⁸ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, Rz. 2991.

⁸³⁹ BGer 6S.311/2005 vom 26. Oktober 2005 E. 3.1.3. Weil es sich um ein Mindestmass handelt (vgl. auch Rz. 663 f.), ist es möglich, dass die geschuldete Sorgfalt im Einzelfall höher liegt als die Sorgfalt, welche die Verhaltensvorschriften des öffentlichen Rechts dem Arbeitgeber abverlangen. In den Beispielfällen (Rz. 24 ff.) etwa ist denkbar, dass sich der Arbeitgeber vertraglich verpflichtet, bereits ab einer Absturzhöhe von zwei Metern ein Fassadengerüst zu errichten. Eine solche Abrede geht über das öffentliche Recht hinaus, wo ein Gerüst erst für eine drei Meter übersteigende Absturzhöhe vorgeschrieben ist (Art. 18 erster Satz BauAV).

- 602 Von den verschiedenen Verschuldensformen interessiert hier im vorliegenden Kontext die Fahrlässigkeit.⁸⁴⁰ Die Schutzpflicht des Arbeitgebers gehört zu den Dienstleistungspflichten («obligations de moyens»⁸⁴¹). Bei diesen Pflichten besteht die Besonderheit, das **zwei der klassischen Haftungsvoraussetzungen zusammenfallen**: die Vertragsverletzung und das Verschulden.⁸⁴² Sie beide werden an ein und demselben Kriterium gemessen: der Sorgfalt. Mit anderen Worten tritt die Sorgfalt bei der Schutzpflicht des Arbeitgebers als Januskopf auf.⁸⁴³ Mit dem Verschmelzen zweier, sonst streng voneinander abzugrenzender Voraussetzungen, ist ein «dogmatisches <Durcheinander> ... weitgehend unvermeidlich»⁸⁴⁴. Mit anderen Worten begründet ein Verstoss des Arbeitgebers gegen eine Verhaltensvorschrift der Arbeitssicherheit sowohl die Vertragsverletzung als – grundsätzlich – auch das Verschulden. Vorbehalten bleibt einzig die Urteilsunfähigkeit: Ist der Arbeitgeber urteilsunfähig, mag er zwar den Vertrag verletzt haben, doch ist ihm dann kein Verschulden anzulasten (Rz. 607). Auch in einer solchen Situation befreit Urteilsunfähigkeit den Arbeitgeber aber nicht zwingend von der Haftung: Dem Gericht steht nach Art. 54 Abs. 1 OR die Möglichkeit offen, den urteilsunfähigen Arbeitgeber aus Billigkeitsgründen zum Ersatz des eingetretenen Schadens zu verpflichten.
- 603 **3.** Diese Erkenntnis lässt die praktisch äusserst bedeutsame Anschlussfrage nach der **Beweislast** aufkommen: Wer hat im Zivilprozess, insbesondere im Haftpflichtprozess nach einem Unfall, welche Voraussetzungen zu beweisen?
- 604 **a.** Unproblematisch ist die Beweislastverteilung betreffend die beiden Voraussetzungen des Schadens und des adäquaten Kausalzusammenhangs. Hier liegt die Beweislast beim verunfallten Arbeitnehmer (Art. 8 ZGB).

⁸⁴⁰ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, Rz. 2984.

⁸⁴¹ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, Rz. 2997; WALTER, Abgrenzung, passim; WERRO, Distinction, Rz. 78.

⁸⁴² GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, 2997; WERRO, Le mandat, 863 ff.

⁸⁴³ WALTER, Abgrenzung, S. 50 und 61 f.: «Der einheitliche Begriff [der Sorgfalt] wird zum Januskopf, dessen differenzierte Gesichtszüge auszumachen offensichtlich Schwierigkeiten bietet, sollen die traditionellen vier Haftungsvoraussetzungen nicht auf deren drei reduziert werden» (S. 62); weiter GRIEDER, Unsorgfalt, S. 959 f.

⁸⁴⁴ WALTER, Abgrenzung, S. 62 m.H. Vgl. auch GAUCH, Der vernünftige Mensch, S. 197; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, Rz. 2997.

b. Im Übrigen hätte der geschädigte Arbeitnehmer die Vertragsverletzung zu beweisen (Art. 8 ZGB), während das Verschulden des Arbeitgebers vermutet würde, dieser also den Exkulpationsbeweis zu erbringen hätte. Diese Umkehr der Beweislast ergibt sich aus Art. 97 Abs. 1 OR. Nachdem sich aber sowohl Vertragsverletzung als auch Verschulden nach der Sorgfalt beurteilen, welche die Verhaltensvorschriften dem Arbeitgeber abverlangen, *fällt das Beweisthema für beide Voraussetzungen zusammen*.⁸⁴⁵ 605

c. Das Bundesgericht prüft in solchen Fällen die Sorgfalt vorwiegend unter dem Gesichtspunkt der *Vertragsverletzung*.⁸⁴⁶ In der Lehre spricht sich insbesondere WERRO für diese Vorgehensweise aus.⁸⁴⁷ Die Verletzung der Schutzpflicht nach Art. 328 Abs. 2 OR stellt eine positive Vertragsverletzung dar.⁸⁴⁸ Zu behaupten, zu substantiieren und zu beweisen ist sie nach Art. 8 ZGB vom verunfallten Arbeitnehmer. Misslingt dem Arbeitnehmer der Nachweis der Vertragsverletzung, haftet der Arbeitgeber vertraglich nicht. 606

d. Gelingt es dem Arbeitnehmer, die Vertragsverletzung des Arbeitgebers – den Verstoss gegen eine Verhaltensvorschrift der Arbeitssicherheit – nachzuweisen, fragt sich, welcher Raum für den Exkulpationsbeweis des Arbeitgebers bleibt. Nach Massgabe von Art. 97 Abs. 1 OR steht dem Arbeitgeber nämlich der Nachweis offen, «dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle». Das Bundesgericht hat die Frage, inwiefern bei Dienstleistungsobligationen überhaupt Raum für eine solche Exkulpation bleibt, ausdrücklich offen gelassen.⁸⁴⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung ist im Rahmen einer Schadenersatzklage des verunfallten Arbeitnehmers davon auszugehen, dass dem urteilsfähigen Arbeitgeber die Exkulpation nicht gelingen wird, sobald feststeht, dass er sich unsorgfältig im Sinne einer Vertragsverletzung verhalten hat.⁸⁵⁰ Dem fehlbaren Arbeitgeber bleibt also einzig die Möglichkeit, sich 607

⁸⁴⁵ BK OR-WEBER 2000, N 38 zu Art. 99; vgl. auch GAUCH, Der vernünftige Mensch, S. 197; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, Rz. 2998.

⁸⁴⁶ Früher prüfte das Gericht die Sorgfalt hingegen beim Verschulden. Vgl. die zahlreichen Nachweise bei GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, Rz. 2998 Fn. 42; weiter WALTER, Abgrenzung, S. 63 m.H. Zu einem anderen Schluss kommt JAUN, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 20: «Das schweizerische Bundesgericht hat sich von der subjektiven Culpa-Doktrin nie wirklich vereinnahmen lassen».

⁸⁴⁷ WERRO, Le mandat, Rz. 863 ff.; WERRO, Distinction, Rz. 46 f.

⁸⁴⁸ Anderer Meinung KOLLER, Positive Vertragsverletzungen, S. 1485 ff.

⁸⁴⁹ BGer 4C.186/1999 vom 18. Juli 2000 E. 3.

⁸⁵⁰ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, Rz. 2999 (für eine Übersicht der in der Literatur vertretenen Lösungsansätze Rz. 3000).

durch den *Nachweis seiner Urteilsunfähigkeit* zu exkulpieren.⁸⁵¹ Dass es der Arbeitgeber ist, der seine Urteilsunfähigkeit zu beweisen hat, ergibt sich dabei nicht erst aus Art. 97 Abs. 1 OR, sondern nach der allgemeinen Regel, wonach die Urteilsfähigkeit vermutet wird.⁸⁵²

B. Exekutorische Mittel des Arbeitnehmers

608 Die zivilrechtliche Sanktionierung des Arbeitgebers beschränkt sich nicht auf die Haftung für den Direktschaden des verunfallten Arbeitnehmers sowie die Haftung gegenüber der sozialen Unfallversicherung, die für die an den Verunfallten ausgerichteten Leistungen auf ihn Rückgriff nimmt.⁸⁵³ Auf diese Mittel, die immer einen Unfall voraussetzen und die ich als «kompensatorisch» bezeichne, wird noch einzugehen sein (Rz. 691 ff.). Zunächst interessieren die exekutorischen Mittel, die dem Arbeitnehmer unabhängig von einem Unfall zur Verfügung stehen. Nach einer Betrachtung des Rechts auf Arbeitsverweigerung (Rz. 609 ff.) gehe ich auf die Erfüllungsklage (Rz. 637 ff.) und schliesslich auf die negatorischen Klagen nach Art. 28a ZGB ein (Rz. 670 ff.).

1. Das Arbeitsverweigerungsrecht

609 Einem Arbeitnehmer, der einen Missstand als solchen erkennt und ihn nicht hinnehmen will, steht ein einfach umzusetzendes Mittel zur Verfügung, um sich selbst vor einem Unfall zu schützen: das Arbeitsverweigerungsrecht. Im Folgenden erläutere ich zunächst den Begriff (Rz. 610 ff.), um sodann auf die dogmatische Begründung einzugehen (Rz. 613 ff.).

⁸⁵¹ Siehe zu den verschiedenen «Graden» der Handlungsfähigkeit HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Einleitungsartikel und Personenrecht, Rz. 615 ff.

⁸⁵² Vgl. BGE 134 II 240 E. 4.3.3; BGer 5A_18/2012 vom 11. April 2012 E. 4.2; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Einleitungsartikel und Personenrecht, Rz. 609; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, Zivilgesetzbuch, § 9 Rz. 30.

⁸⁵³ Vgl. zum Begriff des Direktschadens sowie zur Subrogation der sozialen Unfallversicherung Rz. 159 ff.

a) *Begriff*

1. Unter dem Arbeitsverweigerungsrecht verstehe ich hier das Recht des Arbeitnehmers, seine **Arbeitsleistung zu verweigern**, ohne dadurch jedoch in Schuldnerverzug zu geraten.⁸⁵⁴ Vielmehr gerät der fehlbare Arbeitgeber durch das Unterlassen der gebotenen Schutzmassnahmen in Annahmeverzug (Art. 324 Abs. 1 OR) und hat dem Arbeitnehmer – trotz Ausbleiben der Arbeitsleistung – Lohn zu entrichten (Rz. 618).⁸⁵⁵

2. Mit der Ausübung des Arbeitsverweigerungsrechts zielt der korrekte, loyale Arbeitnehmer darauf ab, «zu einer den Schutzvorschriften entsprechenden weiteren Abwicklung des Arbeitsverhältnisses zu kommen»⁸⁵⁶. In einer Arbeitsverweigerung ist demnach die Aufforderung an den Arbeitgeber zu erblicken, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die Arbeit in einem gesetzeskonformen Umfeld ausgeübt werden kann.⁸⁵⁷ Dabei versteht sich, dass der Arbeitnehmer nicht passiv bleiben darf, wenn er einen Missstand entdeckt. Ihm kommt vielmehr die Pflicht zu, ihn nach Möglichkeit selbst zu beheben oder, wenn dies nicht möglich ist, dem Arbeitgeber davon Anzeige zu machen.⁸⁵⁸ Diese Pflicht ergibt sich aus Art. 11 Abs. 2 VUV,⁸⁵⁹ darüber hinaus aber auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben. Der loyale Arbeitnehmer gibt seinem Arbeitgeber deutlich zu erkennen, dass «er bereit ist, die Arbeit wiederaufzunehmen, sobald der Arbeitgeber seine Vertragspflichten erfüllt»⁸⁶⁰.

⁸⁵⁴ Vgl. BGer 4C.277/2005 vom 17. Januar 2006 E. 5 (unpublizierte Erwägung zu BGE 132 III 321); CS OR-DUNAND, N 68 zu Art. 328; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, Rz. 2434 und 2449; VISCHER, SPR VII/4, S. 122 Fn. 1; VISCHER/MÜLLER, Arbeitsvertrag, § 16 Rz. 58. Zur Abgrenzung zwischen der Arbeitsverweigerung aufgrund fehlender Schutzmassnahmen einerseits und Streik andererseits siehe BK OR-WEBER 2005, N 96 zu Art. 82; CAPODISTRIAS, Streik, passim; SÖLLNER, Zurückbehaltungsrecht, S. 22.

⁸⁵⁵ Dem Arbeitgeber wird das Verhalten seiner Hilfspersonen, mithin auch deren Unterlassungen, zugerechnet (Art. 101 Abs. 1 OR); vgl. Rz. 702 f.

⁸⁵⁶ SÖLLNER, Zurückbehaltungsrecht, S. 16.

⁸⁵⁷ SÖLLNER, Zurückbehaltungsrecht, S. 16.

⁸⁵⁸ Zu den möglichen Folgen einer unterlassenen Meldung siehe Fn. 103.

⁸⁵⁹ Siehe für den Wortlaut von Art. 11 Abs. 2 VUV Rz. 113; zur Tragweite dieser Pflicht des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber siehe Fn. 103.

⁸⁶⁰ SÖLLNER, Zurückbehaltungsrecht, S. 17.

- 612 **3.** Als Beispiel halte man sich den Fall vor Augen, in dem ein Bauunternehmer als Arbeitgeber es pflichtwidrig unterlässt – oder sich gar ausdrücklich weigert –, seinem Arbeitnehmer die für die auszuführenden Bauarbeiten notwendige persönliche Schutzausrüstung (etwa einen Schutzhelm, eine Schutzbrille oder einen Gehörschutz) oder die benötigten Geräte und Materialien zur Verfügung zu stellen. In einer solchen Situation verstösst der Arbeitgeber gegen die ihm nach Art. 327 OR auferlegte Pflicht zur Ausrüstung mit Arbeitsgeräten.⁸⁶¹ Darüber hinaus liegt ein Verstoss gegen Art. 5 Abs. 1 VUV⁸⁶² vor, der zwar im öffentlichen Recht verankert ist, jedoch auch den Arbeitsvertrag mit Inhalt füllt (Art. 342 Abs. 2 OR; Rz. 646 ff.).

b) Dogmatische Begründung des Arbeitsverweigerungsrechts

- 613 **1.** In Rechtsprechung und Lehre ist im Ergebnis unbestritten, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung verweigern darf, wenn sein Arbeitgeber gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit verstösst und so seine Schutzpflicht nach Art. 328 Abs. 2 OR verletzt.⁸⁶³ Unzureichend geklärt ist

⁸⁶¹ Art. 327 OR ist indes dispositiver Natur, weshalb die Vertragsparteien gültig eine abweichende Vereinbarung treffen können.

⁸⁶² Art. 5 Abs. 1 VUV lautet: «Können Unfall- und Gesundheitsgefahren durch technische oder organisatorische Massnahmen nicht oder nicht vollständig ausgeschlossen werden, so muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmern zumutbare und wirksame persönliche Schutzausrüstungen wie Schutzhelme, Haarnetze, Schutzbrillen, Schutzschilder, Gehörschutzmittel, Atemschutzgeräte, Schutzschuhe, Schutzhandschuhe, Schutzkleidung, Schutzgeräte gegen Absturz und Ertrinken, Hautschutzmittel sowie nötigenfalls auch besondere Wäschestücke zur Verfügung stellen. Er muss dafür sorgen, dass diese jederzeit bestimmungsgemäss verwendet werden können.»

⁸⁶³ Für ein Anwendungsbeispiel siehe Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt vom 10. Juni 1996, publiziert in: BJM 1998, S. 296 ff.: Das Gericht schützte einen Arbeitnehmer, der wegen unzureichender Luftqualität seiner Arbeit ferngeblieben war. In der Lehre vgl. GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht, Rz. 421; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, N 52 zu Art. 328 OR; REHBINDER/STÖCKLI, N 21 zu Art. 328; ZK OR-STAEHELIN, N 11 zu Art. 328 und N 14 zu Art. 328; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 3 zu Art. 324 OR und N 19 zu Art. 328 OR; VISCHER, SPR VII/4, S. 13; VISCHER/MÜLLER, Arbeitsvertrag, § 3 Rz. 9 und § 16 Rz. 58; BK OR-WEBER 2005, N 96 zu Art. 82. Für das deutsche Recht vgl. NIPPERDEY, Arbeiterschutzrecht, S. 223: Das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers «ergibt sich ... aus § 242 BGB, denn es kann dem Arbeitnehmer nicht zugemutet werden, Arbeit unter gefährlichen und den Arbeiterschutzvorschriften widersprechenden Verhältnissen mit dem Risiko zu leisten, sich für einen etwaigen Schadensfall dem Einwand des Mitverschuldens (§ 254 BGB) auszusetzen».

nach meinem Dafürhalten jedoch die Frage, wie ein solches Arbeitsverweigerungsrecht dogmatisch zu begründen ist.

2. Ein Ansatzpunkt für eine Begründung findet sich in der bundesrätlichen Botschaft, wo festgehalten wird, dass ein Arbeitnehmer nach «allgemeinen Grundsätzen ... die Leistung verweigern [darf], wenn der Arbeitgeber die ihm aus den Arbeitsschutzvorschriften erwachsenden Pflichten nicht erfüllt»⁸⁶⁴. Welchen «allgemeinen Grundsätzen» gilt dieser Bezug in der Botschaft? Meiner Ansicht nach lässt sich das Arbeitsverweigerungsrecht mit **drei unterschiedlichen Begründungen** unterfüttern: mit Art. 324 Abs. 1 OR (Rz. 615 ff.), mit Art. 82 OR (Rz. 623 ff.) sowie mit dem Inhalt des Arbeitsvertrags (Rz. 629 f.). 614

3. Im Vordergrund steht **Art. 324 Abs. 1 OR**, der neben der Marginalie «Lohn bei Verhinderung an der Arbeitsleistung bei Annahmeverzug des Arbeitgebers» steht.⁸⁶⁵ Er lautet folgendermassen: 615

«Kann die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden oder kommt er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, so bleibt er zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist.» 616

a. Von Art. 324 Abs. 1 OR erfasst werden sämtliche Fälle, in denen der Arbeitgeber bei der Erfüllung der Arbeitspflicht durch den Arbeitnehmer entweder überhaupt nicht oder nicht gehörig mitwirkt. Erfüllt ist der Tatbestand auch dann, wenn der Arbeitgeber seine Schutzpflicht nach Art. 328 Abs. 2 OR verletzt.⁸⁶⁶ 617

⁸⁶⁴ Botschaft EAV 1967, S. 405.

⁸⁶⁵ Art. 324 Abs. 1 OR ist als «allgemeiner Grundsatz» zu verstehen, was sich aus der Botschaft zu Art. 328 Abs. 2 OR ausdrücklich ergibt. Den dortigen Ausführungen des Bundesrats zufolge können die Rechtsfolgen bei einer Verletzung der Schutzpflicht durch den Arbeitgeber aus «den allgemeinen Rechtsgrundsätzen abgeleitet werden»; der Arbeitnehmer kann «in vielen Fällen die Arbeit ablehnen, weil der Arbeitgeber in Annahmeverzug gerät (Art. 324)» (Botschaft EAV 1967, S. 346).

⁸⁶⁶ Vgl. die Nachweise in Fn. 863. Während eine Verletzung der Schutzpflicht nach Art. 328 Abs. 2 OR im Bereich der Arbeitssicherheit zweifelsohne dem Arbeitnehmer das Recht verleiht, seine Arbeit zu verweigern, findet sich in der Rechtsprechung zu Art. 324 Abs. 1 OR oft ein anderes Beispiel: Die Vorschrift gelangt etwa zur Anwendung, wenn der Arbeitgeber es unterlässt, um eine Arbeitsbewilligung für seinen ausländischen Arbeitnehmer zu ersuchen (illustrativ BGE 114 II 274).

- 618 **b.** Der Arbeitsvertrag ist vom Austausch der Hauptleistungen – Arbeit gegen Lohn – geprägt. Nach der gesetzlichen, jedoch dispositiven Anordnung in Art. 323 Abs. 1 OR, ist der Arbeitnehmer hierbei vorleistungspflichtig: Er hat seine Arbeitsleistung zu erbringen, obschon ihm der Lohn vom Arbeitgeber erst Ende Monat ausgerichtet wird.⁸⁶⁷ Art. 324 Abs. 1 OR greift in dieses Synallagma ein: Jener Arbeitgeber, der in Annahmeverzug gerät, schuldet zwar Lohn,⁸⁶⁸ ohne aber dass der Arbeitnehmer dafür Arbeit zu verrichten hätte.⁸⁶⁹
- 619 **c.** Unterschieden werden gemeinhin drei Arten der Leistungsstörungen: Verzug, Unmöglichkeit und positive Vertragsverletzung.⁸⁷⁰ Über die *Einordnung von Art. 324 Abs. 1 OR in das allgemeine Leistungsstörungenrecht* herrscht in der Lehre Uneinigkeit: Bald wird Art. 324 Abs. 1 OR unter die Regeln des Verzugs, bald unter jene der Unmöglichkeit eingeordnet. Für das Erstere spricht die Marginalie zu Art. 324 OR, die lautet: «Annahmeverzug des Arbeitgebers»⁸⁷¹. Eine Einordnung von Art. 324 Abs. 1 OR unter die Regeln der Unmöglichkeit gebietet sich hingegen nach der *Fixschuldhese*, nach der die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers für einen bestimmten Zeitraum nicht nachholbar ist. Folgt man dieser These, wird die unterbliebene Arbeitsleistung für den vergangenen Zeitraum unmöglich.⁸⁷² Art. 324 Abs. 1 OR stellt nach dieser Betrachtungsweise in Bezug auf die vom Arbeitgeber nicht zeitgerecht angenommene Arbeitsleistung einen Fall der Unmöglichkeit und damit gerade nicht des Annahmeverzugs dar.⁸⁷³
- 620 Die Tragweite der dogmatischen Einordnung von Art. 324 Abs. 1 OR darf nicht überschätzt werden. Ob die Verzugs- oder die Unmöglichkeitsregeln zur Anwendung gelangen, spielt im Ergebnis keine Rolle.⁸⁷⁴ So oder anders ist der Arbeitnehmer berechtigt, seine Arbeitsleistung zu verweigern,

⁸⁶⁷ Art. 323 Abs. 1 OR lautet: «Sind nicht kürzere Fristen oder andere Termine verabredet oder üblich und ist durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nichts anderes bestimmt, so ist dem Arbeitnehmer der Lohn Ende jedes Monats auszurichten.»

⁸⁶⁸ Vgl. BGE 124 III 346 E. 2a.

⁸⁶⁹ BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, N 1 zu Art. 324.

⁸⁷⁰ Anstelle vieler SCHWENZER, OR AT, Rz. 60.02.

⁸⁷¹ Hervorhebung hinzugefügt; vgl. ebenfalls die Botschaft EAV 1967, S. 346.

⁸⁷² Zur Fixschuldhese einlässlich WYLER, Betriebsrisiko, S. 41 ff., der die These jedoch verwirft (S. 95 ff.).

⁸⁷³ Vgl. REHBINDER, Annahmeverzug, passim; anderer Ansicht VISCHER, SPR VII/4, S. 122 Fn. 1.

⁸⁷⁴ VISCHER, SPR VII/4, S. 122 Fn. 1.

während die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers so fortbesteht, als hätte der Arbeitnehmer seine Arbeit tatsächlich geleistet.⁸⁷⁵

d. In BGE 124 III 346 E. 2a hat das Bundesgericht einen Bezug von Art. 324 Abs. 1 OR sowohl zum Annahmeverzug als auch zur Unmöglichkeit hergestellt: Betreffend den Gläubigerverzug stelle Art. 324 Abs. 1 OR eine Abweichung von der allgemeineren Norm über den Gläubigerverzug (Art. 95 OR) dar.⁸⁷⁶ Was die Unmöglichkeit betreffe, werde die allgemeine Regelung in Art. 119 Abs. 1 OR von der spezifischen Regelung in Art. 324 Abs. 1 OR verdrängt.⁸⁷⁷ Das Bundesgericht scheint Art. 324 Abs. 1 OR mithin beiden Instituten gleichzeitig zuzuordnen. In der Lehre spricht sich VISCHER dafür aus, Art. 324 Abs. 1 OR erfasse sowohl den Annahmeverzug als auch die Unmöglichkeit.⁸⁷⁸

e. Der Annahmeverzug des Arbeitgebers setzt *kein Verschulden des Arbeitgebers* voraus (Art. 324 Abs. 1 OR);⁸⁷⁹ dem Gesetzestext zufolge tritt der Verzug entweder «infolge Verschuldens des Arbeitgebers» oder aber «aus anderen Gründen» ein. Unterlässt der Arbeitgeber (persönlich) die gebotenen Schutzmassnahmen, trifft ihn ein Verschulden.⁸⁸⁰ Betraut der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer (z.B. einen Polier) mit Aufgaben der Arbeitssicherheit und setzt dieser die Aufgaben nicht richtig um, gerät der Arbeitgeber auch dann in Annahmeverzug, wenn ihn selbst kein Verschulden daran trifft, dass

⁸⁷⁵ BGE 107 V 177 E. 1; 105 V 234 E. 1a; BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, N 22 zu Art. 328; ZK OR-STAEHELIN, N 23 zu Art. 324.

⁸⁷⁶ Art. 95 OR lautet: «Handelt es sich um die Verpflichtung zu einer andern als einer Sachleistung, so kann der Schuldner beim Verzug des Gläubigers nach den Bestimmungen über den Verzug des Schuldners vom Verzuge zurücktreten.» In der Konsequenz bedeutet dies: Art. 324 Abs. 1 OR zwingt den Arbeitnehmer nicht zum Vertragsrücktritt, sondern gewährt ihm einen Anspruch auf Lohn, wenn der Arbeitgeber die Annahme seiner Arbeitsleistung verweigert (BGE 124 III 346 E. 2a). Vgl. auch BGE 116 II 142 E. 5a/b; CS OR-LONGCHAMP, N 1 zu Art. 324; ZK OR-STAEHELIN, N 1 zu Art. 324; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 2 zu Art. 324 OR.

⁸⁷⁷ Käme Art. 119 OR zur Anwendung, stünde einem Arbeitnehmer insbesondere kein Lohn zu, solange den Arbeitgeber kein Verschulden trifft. Der Arbeitnehmer dürfte seine Arbeitsleistung zwar verweigern, hätte aber – solange der Arbeitgeber schuldlos handelt – keinen Anspruch auf Lohn.

⁸⁷⁸ VISCHER, SPR VII/4, S. 122 Fn. 1.

⁸⁷⁹ Vgl. auch BGE 124 III 346 E. 2a.

⁸⁸⁰ Dazu und zum Folgenden siehe BRÜHWILER, Kommentar, N 2 zu Art. 324 OR. Das Missachten einer Verhaltensvorschrift bedeutet Unvorsorgfalt, und diese führt grundsätzlich zur Annahme eines Verschuldens. Zur Urteilsunfähigkeit vgl. Rz. 607.

die gebotenen Schutzmassnahmen nicht getroffen wurden. Dies gehört zu seinem Betriebsrisiko.

- 623 **4.** Mit Art. 324 Abs. 1 OR existiert also bereits eine Regelung, auf die sich das Arbeitsverweigerungsrecht abstützen lässt. Nichtsdestotrotz erscheint mir prüfenswert, ob es sich auch anhand allgemeiner Bestimmungen ausserhalb der Art. 319 ff. OR begründen lässt. Das typische Instrument eines Schuldners, um seine Leistung mangels Erbringung der erwarteten Gegenleistung zu verweigern, ist die **Einrede des nicht erfüllten Vertrags** (Art. 82 OR).⁸⁸¹
- 624 **a.** Art. 82 OR ist nicht als allgemeines Leistungsverweigerungsrecht konzipiert, wie es etwa im deutschen Recht existiert (§ 273 BGB/DE).⁸⁸² De lege lata ist dem Schweizer Recht ein entsprechend generelles Leistungsverweigerungsrecht fremd.⁸⁸³ Vielmehr findet Art. 82 OR nach Rechtsprechung und Lehre *einzig auf synallagmatische Leistungspflichten* Anwendung. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags ist, so die Formulierung des Bundesgerichts, «nicht auf alle Verpflichtungen anwendbar ..., welche aus einem zweiseitigen Vertrag erwachsen, sondern nur auf solche, die gegenseitig derart aufeinander Bezug haben, dass die eine die Gegenleistung für die andere ist»⁸⁸⁴. Negativ formuliert: Art. 82 OR «hat nicht den Sinn, dass jeder, der zugleich Gläubiger und Schuldner eines andern ist, die geschuldete Leistung solange zurückbehalten dürfe, bis der andere die eigene Leistung erfüllt oder angebo-

⁸⁸¹ Art. 82 OR lautet: «Wer bei einem zweiseitigen Verträge den andern zur Erfüllung anhalten will, muss entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalte oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat.» Zur Unterscheidung zwischen Einrede und Einwendung siehe BÜSSER, Einreden und Einwendungen, Rz. 5 ff.

⁸⁸² § 273 BGB/DE setzt insbesondere kein Synallagma voraus: «Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (Zurückbehaltungsrecht).» Vgl. dazu und zum spezielleren § 320 BGB/DE MüK BGB/DE-EMMERICH, N 1 ff. zu § 320; SÖLLNER, Zurückbehaltungsrecht, passim. § 273 BGB/DE ist auf Ansprüche aller Art anwendbar, mithin auch auf arbeitsvertragliche Ansprüche (MüK BGB/DE-KRÜGER, N 2, 4 und 49 zu § 273).

⁸⁸³ Zum Vorschlag eines allgemeinen Leistungsverweigerungsrechts im Rahmen von «OR 2020» siehe Rz. 630.

⁸⁸⁴ BGE 107 II 411 E. 1.

ten habe»⁸⁸⁵. Dieses Recht besteht nur, wenn die jeweiligen Pflichten synallagmatisch miteinander verknüpft sind.

b. Angewendet auf den vorliegenden Zusammenhang bedeutet diese Rechtsprechung (Rz. 624), dass sich das Arbeitsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers nicht mit der Einrede des nichterfüllten Vertrags nach Art. 82 OR begründen lässt. Es fehlt am Synallagma zwischen der Schutzpflicht des Arbeitgebers (als Nebenleistungspflicht) auf der einen und der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers (als Hauptleistungspflicht) auf der anderen Seite.⁸⁸⁶ 625

c. Diese Rechtsprechung scheint indessen überholt. Nach meinem Dafürhalten stellt *Art. 82 OR eine Grundlage dar, auf die der Arbeitnehmer sein Arbeitsverweigerungsrecht zu stützen vermöchte*, selbst wenn Art. 324 Abs. 1 OR nicht existierte. In dieser Ansicht bekräftigt mich ein neuerer Entscheid des Bundesgerichts: Das Gericht erinnerte dort zunächst an den Grundsatz, wonach das Leistungsverweigerungsrecht nach Art. 82 OR voraussetzt, «dass die gegenseitigen Leistungen in einem Austauschverhältnis stehen», was in der Regel einzig auf Hauptleistungspflichten zutrefte. Diesen Grundsatz relativierte es jedoch in der Folge: Ausnahmsweise sei «die Anwendung von Art. 82 [OR] im Hinblick auf Nebenleistungspflichten denkbar». Dabei sei es «*in erster Linie* an den Parteien zu entscheiden, ob die Nebenleistung einen solchen Stellenwert hat, dass sie zur Hauptleistung in einem Austauschverhältnis steht»⁸⁸⁷. 626

Das Bundesgericht unterstrich, dass eine synallagmatische Verknüpfung von Pflichten sich «*in erster Linie*» aus der Vereinbarung der Parteien ergebe. Aus dieser Formulierung darf meines Erachtens geschlossen werden, dass die Austauschbeziehung sich auch im Verhältnis zu Nebenleistungspflichten ergeben kann, deren besonderes Gewicht nicht auf den Willen der Parteien, sondern auf jenen des Gesetzgebers zurückzuführen ist. Bei der Schutzpflicht des Arbeitgebers nach Art. 328 Abs. 2 OR handelt es sich nämlich um einen der wenigen Fälle, in denen der Gesetzgeber eine Schutzpflicht ausdrücklich im Gesetz verankert hat (vgl. Rz. 645 und die dazugehörige Fn. 918). 627

⁸⁸⁵ BGE 84 II 149.

⁸⁸⁶ Im deutschen Recht vgl. NIPPERDEY, Arbeiterschutzrecht, S. 223; SÖLLNER, Zurückbehaltungsrecht, S. 17. In Deutschland wird auf die generelle Norm von § 273 Abs. 1 BGB/DE zurückgegriffen, die gerade keine synallagmatische Beziehung der infrage stehenden Pflichten voraussetzt. Vgl. den Wortlaut von § 273 BGB/DE in Fn. 882.

⁸⁸⁷ BGer 4C.217/2002 vom 24. Juni 2003 E. 3.1 (Hervorhebung hinzugefügt).

- 628 **d.** Die *Lehre scheint sich einer solchen Lesart jedenfalls nicht zum Vornherein zu verschliessen*: Sie schliesst nicht aus, Art. 82 OR auf gesetzliche Nebenleistungspflichten anzuwenden.⁸⁸⁸ WEBER äussert sich spezifisch zum Arbeitsverweigerungsrecht in der Arbeitssicherheit: Bei einem Verstoss des Arbeitgebers «gegen Arbeitnehmerschutzvorschriften des Arbeitsgesetzes» hält er ein auf Art. 82 OR gestütztes Arbeitsverweigerungsrecht für begründet.⁸⁸⁹ Dasselbe gilt nach meinem Dafürhalten auch bei Verstössen gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit, die sich nicht auf das Arbeitsgesetz, sondern auf das Unfallversicherungsgesetz stützen.
- 629 **5.** Schliesslich besteht – nebst den erwähnten Art. 324 Abs. 1 OR und Art. 82 OR – ein dritter Begründungsstrang, mit dem sich stützen lässt, dass der Arbeitnehmer seine Arbeit nicht verrichten muss, wenn die Vorschriften der Arbeitssicherheit nicht eingehalten werden. Ich spreche hier bewusst nicht von einer Arbeitsverweigerung, weil dies suggeriert, dass grundsätzlich eine Pflicht zur Arbeitsleistung besteht, der Arbeitnehmer aber die Erfüllung verweigert. Gerade das aber trifft nicht zu, wenn auf den **Inhalt des Arbeitsvertrags** abgestellt wird: Der Arbeitnehmer schuldet dem Arbeitgeber «Leistung von Arbeit» (Art. 319 Abs. 1 OR), mithin den Einsatz seiner Arbeitskraft. Zum Vornherein schuldet der Arbeitnehmer jedoch nicht Arbeit unter irgendwelchen beliebigen Bedingungen, sondern Arbeit in einem gesetzeskonformen, vertragsgemässen, zumutbaren Zustand. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB), der sich mit dem «Inhalt der Rechtsverhältnisse»⁸⁹⁰ befasst. Einem Arbeitnehmer ist es nicht zumutbar, Arbeit unter Bedingungen zu verrichten, die den Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit widersprechen. Dies muss umso mehr gelten, als ein Arbeitnehmer, der in einem vorschriftswidrigen Zustand Arbeit leistet, sich im Falle eines Unfalls regelmässig dem Vorwurf des Selbstverschuldens ausgesetzt sieht (Rz. 586 ff.).⁸⁹¹ Die Einhaltung der Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit durch den Arbeitgeber kann demnach als «Voraussetzung für die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers»⁸⁹² bezeichnet werden. Nach dem Gesagten kann das Arbeitsverweigerungsrecht nach meinem Ver-

⁸⁸⁸ BK OR-WEBER 2005, N 91 zu Art. 82; vgl. auch STÖCKLI, Synallagma, Rz. 235.

⁸⁸⁹ BK OR-WEBER 2005, N 96 zu Art. 82 OR.

⁸⁹⁰ So die Marginalie zu Art. 2–4 ZGB.

⁸⁹¹ Vgl. auch vorne Fn. 863 a.E.

⁸⁹² SCHÖNENBERGER, Verhältnis, S. 35a.

ständnis auch mit dem Grundsatz von Treu und Glauben begründet werden.⁸⁹³

6. Ein Blick in die mögliche Zukunft: Mit **Art. 101 Abs. 1 OR 2020**⁸⁹⁴ ist ein allgemeines Leistungsverweigerungsrecht angeregt worden. Dieses beruhte «ausserhalb der synallagmatischen Verknüpfung auf Billigkeit».⁸⁹⁵ Für den konkreten Entscheid, ob einem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht trotz Fehlen eines Synallagmas zukäme, wäre «das Verhältnis zwischen seiner Schuld, deren Erfüllung er verweigern will, und seiner Forderung, deren Erfüllung er fordern kann»⁸⁹⁶, zu untersuchen. Nach meinem Dafürhalten wäre – sollte der Vorschlag so je Geltung erlangen – dem Arbeitnehmer auch gestützt darauf ein Arbeitsverweigerungsrecht einzuräumen, wenn der Arbeitgeber seine Schutzpflicht nach Art. 328 Abs. 2 OR verletzt.

c) *Konsequenzen unrechtmässig verweigerter Arbeit*

1. Eine praktisch brisante Frage betrifft das vom Arbeitnehmer unrechtmässig ausgeübte Arbeitsverweigerungsrecht. Damit ist jene Situation angesprochen, in der ein Arbeitnehmer «in der irrigen Annahme, er sei zur Arbeitsverweigerung berechtigt, die Arbeit niederlegt»⁸⁹⁷. Wer trägt das Risiko einer solchen Fehleinschätzung?

2. Verweigert der Arbeitnehmer seine Arbeit, läuft er Gefahr, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt. Verweigert ein Arbeitnehmer in einer Konstellation seine Arbeit, in welcher der Arbeitgeber nicht gegen eine Verhaltensvorschrift verstösst, fragt sich insbesondere, ob er einen **wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR** setzt, der den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung berechtigt.

⁸⁹³ Für Treu und Glauben als Grundlage des Arbeitsverweigerungsrecht im deutschen Recht (§ 242 BGB/DE) etwa NIPPERDEY, Arbeiterschutzrecht, S. 223.

⁸⁹⁴ Art. 101 OR 2020 lautet: «¹ Wer gegen seinen Gläubiger eine fällige Forderung hat, die mit seiner Schuld im Zusammenhang steht, kann seine Leistung zurückhalten, bis die Leistung des anderen sichergestellt, erfüllt oder deren Erfüllung angeboten wird. ² Stehen die Leistungen im Austauschverhältnis, kann er [der Schuldner] seine Leistung selbst dann zurückhalten, wenn ihm Sicherstellung angeboten wird.»

⁸⁹⁵ STÖCKLI/STOFFEL, N 5 zu Art. 101 OR 2020.

⁸⁹⁶ STÖCKLI/STOFFEL, N 5 zu Art. 101 OR 2020.

⁸⁹⁷ SÖLLNER, Zurückbehaltungsrecht, S. 25.

- 633 **a.** Für die Beantwortung dieser Frage lässt sich bei den *Grenzen des Weisungsrechts des Arbeitgebers* (Art. 321d OR) ansetzen. Ein Arbeitnehmer hat einzig rechtmässige Weisungen des Arbeitgebers zu befolgen. Die Befolgung rechtswidriger Weisungen hingegen kann er verweigern, ohne damit gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten zu verstossen.⁸⁹⁸ Auch hier fragt sich – wie bei der Ausübung des Arbeitsverweigerungsrechts –, welche Konsequenzen eine unrechtmässige Weigerung des Arbeitnehmers, eine Weisung zu befolgen, nach sich zieht. Das Bundesgericht hat diesbezüglich geklärt, dass eine fristlose Kündigung selbst dann ungerechtfertigt sein kann (Art. 337c Abs. 1 OR), wenn der Arbeitnehmer sich einer Weisung unrechtmässig widersetzt. Als massgebendes Kriterium für die Beurteilung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist, ob der Arbeitnehmer nach dem Grundsatz von Treu und Glauben davon ausgehen durfte, die Weisung sei unrechtmässig.⁸⁹⁹
- 634 **b.** Diese Rechtsprechung lässt sich nach meinem Dafürhalten *für das Arbeitsverweigerungsrecht fruchtbar machen*. Im Einzelnen:
- 635 – Macht der Arbeitgeber in guten Treuen (Art. 2 Abs. 1 ZGB) von seinem Arbeitsverweigerungsrecht Gebrauch, stellt sich jedoch heraus, dass dies deshalb unberechtigt war, weil nicht gegen eine Verhaltensvorschrift verstossen wurde, liegt kein wichtiger Grund vor, der den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung berechtigt. Diese ist ungerechtfertigt im Sinne von Art. 337c Abs. 1 OR.
- 636 – Der Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet den Arbeitnehmer, «sich von der Rechtmässigkeit seines Handelns zu überzeugen»⁹⁰⁰, bevor er seine Arbeit niederlegt. Dazu gehört insbesondere eine Anzeige des (vermuteten) Missstands an den Arbeitgeber. Diese Pflicht ergibt sich auch aus Art. 11 Abs. 2 VUV. Entsprechend verhält sich jener Arbeitnehmer treuwidrig, der seine Arbeit niederlegt, ohne aber dem Arbeitgeber den (angeblichen) Missstand angezeigt zu haben. Ein solches Verhalten findet keinen Schutz.

⁸⁹⁸ BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, N 46 zu Art. 321d m.w.H.

⁸⁹⁹ BGer 4C.357/2002 vom 4. April 2003 E. 4.1.

⁹⁰⁰ SÖLLNER, Zurückbehaltungsrecht, S. 26.

2. Die Erfüllungsklage

1. Das zweite exekutorische Mittel des Arbeitnehmers, das es auszuleuchten 637 gilt, ist die Erfüllungsklage. Sie zielt, wie bereits das Arbeitsverweigerungsrecht, auf die Unfallverhütung ab. Erstellt der Arbeitgeber im Beispielfall 2 (Rz. 28 f.) auch auf Aufforderung hin nicht freiwillig ein Fassadengerüst, hat der Arbeitnehmer einen zivilrechtlichen Erfüllungsanspruch, den er nötigenfalls beim Gericht einklagen kann.⁹⁰¹ Bereits hier ist indes auf die praktisch geringe Bedeutung der Erfüllungsklage hinzuweisen.⁹⁰² Dies hat vor allem damit zu tun, dass dem Arbeitnehmer mit dem Arbeitsverweigerungsrecht (Rz. 609 ff.) oder mit einer verwaltungsrechtlichen Anzeige an die SUVA⁹⁰³ einfachere Mittel zur Verfügung stehen.

Hingewiesen sei auf die Möglichkeit des Arbeitgebers, einen Arbeitnehmer, der zur Erfüllungsklage schreiten will, von der unsicheren Arbeitsstelle 638 abzuziehen und ihn andernorts einzusetzen. Auf diese Weise kann der Arbeitgeber einer Erfüllungsklage selbst in jenen seltenen Fällen zuvorkommen, in denen sich beim Arbeitnehmer ein Klagewille verfestigt. Bei der folgenden Darstellung der Erfüllungsklage ist dies im Hinterkopf zu behalten. Der Erfüllungsanspruch besteht nämlich nur insoweit, als der Arbeitgeber den Arbeitnehmer an der problembehafteten Stelle tatsächlich beschäftigt.⁹⁰⁴ Immerhin ist denkbar, dass sich eine Gewerkschaft zugunsten der anderen Arbeitnehmer einsetzt und eine Leistungsklage einreicht.⁹⁰⁵

⁹⁰¹ Bereits 1914 begründete VON GIERKE den Erfüllungsanspruch des Arbeitnehmers damit, dass dieser «mit der Zusage der Dienstleistung ein Stück seiner Persönlichkeit hingibt», weshalb er «nicht bloß ein Forderungsrecht auf die geschuldete Vergütung [hat], sondern ... vom Dienstherrn [auch] die diesem obliegende persönliche Fürsorge verlangen» kann (VON GIERKE, Wurzeln, S. 60).

⁹⁰² Vgl. NIPPERDEY, Arbeiterschutzrecht, S. 222.

⁹⁰³ Vgl. Art. 54 ArG. Wenn der Arbeitnehmer direkt die SUVA kontaktiert, handelt es sich um (externes) Whistleblowing, das grundsätzlich mit der Treuepflicht konfligiert. Vgl. zum Whistleblowing im Bereich der Arbeitssicherheit Rz. 676 ff.; zur Meldung an eine Behörde auch STEIGER-SACKMANN, Psychische Gesundheitsrisiken, Rz. 679 m.w.H. Sie hält fest, dass verwaltungsrechtliche Anzeigen «meist von Gewerkschaften und nicht von einzelnen Arbeitnehmenden erfolgen» dürften.

⁹⁰⁴ Zur Frage, ob der Erfüllungsanspruch nur in jenen (seltenen) Fällen besteht, wo auch ein Recht auf tatsächliche Beschäftigung zu bejahen ist (wie beispielsweise bei Piloten) siehe NIPPERDEY, Arbeiterschutzrecht, S. 222 (Frage verneint).

⁹⁰⁵ Zur Klagelegitimation einer Gewerkschaft im Zivilprozess siehe Rz. 195.

- 639 **2.** Aus zivilprozessualer Sicht handelt es sich bei der Erfüllungsklage um eine **Leistungsklage** (Art. 84 ZPO).⁹⁰⁶ Der Arbeitnehmer beantragt dem zuständigen Zivilgericht (Art. 34 ZPO), der Arbeitgeber sei zu verpflichten, diejenigen Sicherheitsmassnahmen zu treffen, die vor dem Hintergrund der Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit geboten sind – im Beispielfall 2 (Rz. 28 f.) das Erstellen eines Fassadengerüsts.
- 640 **3.** Genauerer Betrachtung bedarf die **dogmatische Begründung** des Erfüllungsanspruchs. Stützen lässt er sich auf zweierlei: erstens auf Art. 328 Abs. 2 OR, verstanden nicht als Verhaltens-, sondern als Sanktionsnorm⁹⁰⁷ (Rz. 641 ff.), zweitens auf die Rezeptionsklausel (Art. 342 Abs. 2 OR; Rz. 646 ff.).

a) Erfüllungsklage gestützt auf Art. 328 Abs. 2 OR

- 641 **1.** Der Erfüllungsanspruch des Arbeitnehmers lässt sich zunächst direkt aus Art. 328 Abs. 2 OR herleiten.⁹⁰⁸ Mit den synallagmatischen Hauptleistungspflichten (Arbeit gegen Lohn) hat die Schutzpflicht des Arbeitgebers nichts zu tun.⁹⁰⁹ Nichtsdestotrotz handelt es sich bei Art. 328 Abs. 2 OR nach meinem Dafürhalten um eine **eigentliche Leistungspflicht** des Arbeitgebers. Entsprechend kann der Arbeitnehmer die Erfüllung der Schutzpflicht mittels Leistungsklage beim Zivilgericht einklagen, und zwar unabhängig von einem Unfallereignis und insbesondere unabhängig von einem Schaden.⁹¹⁰ Die

⁹⁰⁶ Art. 84 Abs. 1 ZPO lautet: «Mit der Leistungsklage verlangt die klagende Partei die Verurteilung der beklagten Partei zu einem bestimmten Tun, Unterlassen oder Dulden.»

⁹⁰⁷ Art. 328 Abs. 2 OR ist in meinem System, in dem ich grundsätzlich zwischen Verhaltens- und Sanktionsnormen unterscheidet, hybrider Natur: Einerseits ist er, wie im zweiten Teil dargestellt, Verhaltensnorm. Andererseits ist er, was Gegenstand des vorliegenden dritten Teils ist, auch Sanktionsnorm.

⁹⁰⁸ Anderer Ansicht sind BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, N 20 zu Art. 328 OR: Sie ordnen die Schutzpflicht des Arbeitgebers den nicht selbständig einklagbaren Nebenpflichten zu (vgl. dazu auch Rz. 643 ff.).

⁹⁰⁹ Der Arbeitnehmer verpflichtet sich zur «Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers», der Arbeitgeber im Gegenzug dazu zur «Entrichtung eines Lohnes» (Art. 319 Abs. 1 OR); vgl. Botschaft EAV 1967, S. 296; GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht, Rz. 135, 303 ff. und 373 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 3 zu Art. 328 OR. Zum Begriff des Synallagma GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, Rz. 256 ff.; KRAMER/PROBST, OR AT, Rz. 108 und 462; STÖCKLI, Synallagma, Rz. 42 ff.

⁹¹⁰ BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, N 88 ff. Allgemeine Einleitung, unterscheiden Leistungspflichten und Nebenpflichten: Während die Verletzung von Leistungspflichten mittels

Verletzung der Schutzpflicht nach Art. 328 Abs. 2 OR ist «keineswegs nur durch Schadenersatzansprüche, sondern unter Umständen auch durch Leistungs- und Unterlassungsklagen sanktioniert»⁹¹¹.

2. Der Befund der **selbständigen Klagbarkeit** der Schutzpflicht nach Art. 328 Abs. 2 OR ist näher zu begründen. 642

a. Begründungsbedarf besteht insbesondere, weil die selbständige Klagbarkeit mit der verbreiteten Auffassung konfligiert, wonach Schutzpflichten (Rz. 644) blosse Nebenpflichten darstellen und folglich nicht selbständig einklagbar sind.⁹¹² Aus Sicht des Arbeitnehmers kommt es, wenn dieser Auffassung gefolgt wird, zu einer «Reduktion» der Rechte auf Schadenersatzansprüche»⁹¹³. Dieser Ansatz erscheint indes nicht sachgerecht. 643

b. Zunächst ist der *Begriff der Schutzpflicht* zu erläutern (vgl. bereits Rz. 96 f.). Schutzpflichten zielen auf den Erhalt der gegenwärtigen Rechtsgüterlage (des status quo) ab und schützen damit das Integritätsinteresse des Arbeitnehmers.⁹¹⁴ Während die Einteilung der Pflichten in Leistungspflichten einerseits und Nebenpflichten andererseits ausschliesslich auf das Krite- 644

Erfüllungsansprüchen (Leistungs- und Unterlassungsklagen) selbständig verfolgt werden können, richtet sich der Anspruch des Gläubigers bei Verletzung blosser Nebenpflichten lediglich auf Schadenersatz. Zur Kategorie der Nebenpflichten vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, Rz. 2637 ff.; HUGUENIN, OR AT & BT, Rz. 103; MERZ, SPR VI/1, S. 62 ff.

⁹¹¹ BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, N 95 Allgemeine Einleitung. Vgl. auch VISCHER/MÜLLER, Arbeitsvertrag, § 16 Rz. 58.

⁹¹² Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, Rz. 2638; MERZ, SPR VI/1, S. 69, nach dem «Schutzpflichten ... in der Regel keinen Erfüllungsanspruch [vermitteln]». MERZ tönt mit der Erwähnung der Regel aber an, dass Ausnahmen bestehen: Er erwähnt ausdrücklich Art. 59 Abs. 1 OR (sichernde Massregeln bei der Werkeigentümerhaftung), Art. 679 ZGB (Verantwortlichkeit des Grundeigentümers) sowie andere Fälle, in denen ein Erfüllungsanspruch «tunlich» erscheine. Vgl. weiter BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, N 99 Allgemeine Einleitung; KOLLER, OR AT, Rz. 78; MERZ, SPR VI/1, S. 69. Die selbständige Klagbarkeit von Schutzpflichten bejahen in Deutschland im Grundsatz FIKENTSCHE/HEINEMANN, Schuldrecht, Rz. 40.

⁹¹³ WEBER, Schutzpflichten, S. 754.

⁹¹⁴ FIKENTSCHE/HEINEMANN, Schuldrecht, Rz. 37. Als Gegenstück zum Integritätsinteresse verstehe ich das Erfüllungsinteresse. Letzteres zielt nicht auf die Erhaltung der gegenwärtigen Rechtsgüterlage ab, sondern strebt einen «durch Vertragsdurchführung zu erreichenden status ad quem» an (BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, N 98 Allgemeine Einleitung m.H.).

rium der selbständigen Klagbarkeit abstellt, betreffen die Schutzpflichten den Inhalt einer Pflicht.⁹¹⁵

- 645 c. Wenn ich die selbständige Klagbarkeit im vorliegenden Zusammenhang bejahe, hat dies mit der *besonderen Bedeutung von Art. 328 Abs. 2 OR* zu tun.⁹¹⁶ Die Norm statuiert eine *Nebenleistungspflicht* (keine blosse Nebenpflicht), womit der Arbeitnehmer die Erfüllung der Schutzpflicht selbständig einklagen kann.⁹¹⁷ Art. 328 Abs. 2 OR stellt einen der wenigen Fälle dar, in denen sich eine Schutzpflicht explizit aus dem Gesetz ergibt.⁹¹⁸

b) *Erfüllungsklage gestützt auf Art. 342 Abs. 2 OR*

- 646 1. Unabhängig davon, ob die Zuordnung von Art. 328 Abs. 2 OR zu den (selbständig einklagbaren) Leistungspflichten verneint oder bejaht wird: Die Erfüllungsklage des Arbeitnehmers lässt sich, soweit auch das öffentliche Recht eine entsprechende Schutzpflicht vorsieht, jedenfalls auf Art. 342 Abs. 2 OR,⁹¹⁹ die sogenannte **Rezeptionsklausel**,⁹²⁰ stützen. Sie steht neben

⁹¹⁵ BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, N 97 Allgemeine Einleitung.

⁹¹⁶ Vgl. auch BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, N 95 und 99 Allgemeine Einleitung, welche die Schutzpflichten zwar in der Regel als blosse (nicht selbständig einklagbare) Nebenpflichten qualifizieren, gerade die hier interessierenden arbeitsrechtlichen Fürsorgepflichten jedoch als Ausnahmebeispiel dafür anführen, «dass Schutzpflichten auch mit Erfüllungsansprüchen sanktioniert sein können» (N 99). Vgl. entsprechend im deutschen Recht FIKENTSCHER/HEINEMANN, Schuldrecht, Rz. 40, die (bezogen auf § 618 BGB/DE, die deutsche Schwesternorm von Art. 328 Abs. 2 OR) ausführen: «Ist die betreffende Schutzpflicht spezialgesetzlich niedergelegt, besteht an der selbständigen Geltendmachung kein Zweifel. So ist die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht (§ 618) nichts «Sekundäres»: Ihre Beachtung kann selbständig eingefordert werden; eine Beschränkung auf bloßen Schadenersatz würde der hohen Bedeutung dieser Pflicht nicht gerecht.» Vgl. auch STÜRNER, Erfüllung, S. 385 f.

⁹¹⁷ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, Rz. 2639.

⁹¹⁸ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, Rz. 2641. Sonst werden Schutzpflichten entweder aus Art. 2 Abs. 1 ZGB abgeleitet oder von den Parteien vertraglich vereinbart (OGer AG ZVE.2014.40 vom 27. Januar 2015 E. 5.1.1).

⁹¹⁹ Dies dürfte als unbestritten gelten. Immerhin kommt nach STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 19 zu Art. 328 OR, die «Durchsetzung der Schutzvorschriften auf dem zivilen Klageweg ... nur infrage, wenn für den betreffenden Arbeitnehmer eine Beschäftigungspflicht besteht». Weil nach der herrschenden Auffassung im Schweizer Arbeitsrecht nur ausnahmsweise ein Recht auf tatsächliche Beschäftigung anzunehmen ist (CS OR-DUNAND, N 59 ff. zu Art. 328), könnte geschlossen werden, die Autoren verneinten auch im Anwendungsbereich von Art. 342 Abs. 2 OR

der Marginalie «Vorbehalt und zivilrechtliche Wirkungen des öffentlichen Rechts» und lautet folgendermassen:⁹²¹

«Wird durch Vorschriften des Bundes oder der Kantone über die Arbeit und die Berufsbildung dem Arbeitgeber oder dem Arbeitnehmer eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung auferlegt, so steht der andern Vertragspartei ein *zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung* zu, wenn die Verpflichtung Inhalt des Einzelarbeitsvertrages sein könnte.» 647

2. Die seit der Totalrevision des Arbeitsvertragsrechts von 1972 geltende Rezeptionsklausel⁹²² fungiert als wichtiges Bindeglied zwischen öffentlichem Recht und Arbeitsvertragsrecht und ist Ausdruck der typischen Verflechtung der beiden Bereiche.⁹²³ Zunächst drängen sich verschiedene **Bemerkungen zum Tatbestand** von Art. 342 Abs. 2 OR auf. 648

a. Von der Rezeption erfasst sind von vornherein einzig öffentlich-rechtliche Vorschriften «*über die Arbeit und die Berufsbildung*». Darunter fallen in erster Linie bundesrechtliche Vorschriften im Bereich Arbeitsschutz (insbesondere das Arbeitsgesetz inklusive das darauf gestützte Verordnungsrecht), aber auch das gestaltende öffentliche Arbeitsrecht,⁹²⁴ das Sozialversiche-

den Erfüllungsanspruch. Diese Lesart scheint mir aber unzutreffend, da die Autoren an anderer Stelle selbst auf den Erfüllungsanspruch bei Nichteinhaltung der Schutzmassnahmen hinweisen (N 6 zu Art. 342 OR).

⁹²⁰ Vgl. etwa BGE 139 III 411; weiter STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 6 zu Art. 342 OR.

⁹²¹ Die Hervorhebungen wurden hinzugefügt.

⁹²² Die Rezeptionsklausel war in der Fassung des Obligationenrechts, wie sie am 1. Januar 1912 in Kraft trat (AS 27 317), noch nicht enthalten. Sie fand mit der Gesamtrevision des Arbeitsvertragsrechts Eingang in das Obligationenrecht und trat per 1. Januar 1972 in Kraft. In der Vernehmlassung gab der Schweizerische Anwaltsverband zu bedenken, «die Vorschrift verwische die Grenzen öffentlichen und privaten Rechts» (zit. nach Botschaft EAV 1967, S. 404). In den parlamentarischen Beratungen gab die Rezeptionsklausel weder im National- noch im Ständerat zu Bemerkungen Anlass.

⁹²³ Die öffentlich-rechtlichen Pflichten «beeinflussen das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erheblich» (TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht, S. 17). Vgl. GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht, Rz. 926 und METTLER/AEBY, Sondermülldeponie, S. 107, nach denen «das öffentliche Arbeitsrecht in das Arbeitsprivatrecht rezipiert» wird. Vgl. weiter WILDHABER, Mindestlohnregulierung, Rz. 50, welche die Norm dahingehend versteht, «dass aus öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zum Schutze der Arbeitnehmer zivilrechtliche Ansprüche entstehen, die auch als solche eingeklagt werden können».

⁹²⁴ Dazu zählt etwa das Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989 (AVG; SR 823.11).

rungsrecht und das Gastarbeiterrecht, wozu insbesondere das Entsendegesetz oder das Ausländergesetz zählen.⁹²⁵ Auch die verschiedenen Verordnungen, die für die Arbeitssicherheit von Bedeutung sind – etwa die Verordnung über die Unfallverhütung (VUV) und die Bauarbeitenverordnung (BauAV) – sind mögliche Quellen öffentlich-rechtlicher Pflichten, die über die Rezeptionsklausel Eingang in den Arbeitsvertrag finden. Wenn also im Beispielfall 2 (Rz. 28 f.) der Arbeitgeber Art. 18 erster Satz BauAV verletzt, handelt es sich um eine von der Rezeptionsklausel erfasste Vorschrift; der Arbeitnehmer hat zivilrechtlich Anspruch auf Errichtung des Fassadengerüsts (vgl. aber Rz. 652 ff.).

- 650 **b.** Von der Rezeption erfasst werden *nicht nur Arbeitgeber-, sondern auch Arbeitnehmerpflichten*.⁹²⁶ Entsprechend kommen sowohl der Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber in den Genuss eines zivilrechtlichen Erfüllungsanspruchs gegen die jeweils andere Vertragspartei. Im Bereich der Arbeitssicherheit auferlegt das öffentliche Recht jedoch vor allem dem Arbeitgeber Pflichten,⁹²⁷ weshalb sich die Rezeption hier mehrheitlich zugunsten des Arbeitnehmers auswirkt.⁹²⁸ Theoretisch vorstellbar ist immerhin, dass ein Arbeitgeber sich auf Art. 82 Abs. 3 UVG⁹²⁹, Art. 6 Abs. 3 ArG⁹³⁰ oder

⁹²⁵ Eingehend ZK OR-STAEHELIN, N 8 zu Art. 342.

⁹²⁶ Botschaft EAV 1967, S. 405.

⁹²⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, Einführung, S. 8; SCHÖNENBERGER, Verhältnis, S. 68a mit der Feststellung, dass «öffentlichrechtliche Pflichten, welche dem Arbeitnehmer gegenüber dem Gemeinwesen auferlegt werden», selten sind. Vgl. auch SCHÖNENBERGER, Verhältnis, S. 26a: «Nur selten treffen auch den Arbeitnehmer Verpflichtungen auf Grund des Arbeitnehmerschutzrechts und soweit solches der Fall ist, wie z.B. bei einer Pflicht, die vom Arbeitgeber geforderten und gestellten Schutzeinrichtungen zu benutzen, so erscheinen diese bloss als die notwendige Ergänzung der Hauptpflicht des Arbeitgebers.»

⁹²⁸ ZK OR-STAEHELIN, N 12 zu Art. 342; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 6 zu Art. 342 OR.

⁹²⁹ Art. 82 Abs. 3 UVG lautet: «Die Arbeitnehmer sind verpflichtet, den Arbeitgeber in der Durchführung der Vorschriften über die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten zu unterstützen. Sie müssen insbesondere persönliche Schutzausrüstungen benutzen, die Sicherheitseinrichtungen richtig gebrauchen und dürfen diese ohne Erlaubnis des Arbeitgebers weder entfernen noch ändern.»

⁹³⁰ Art. 6 Abs. 3 ArG lautet: «Für den Gesundheitsschutz hat der Arbeitgeber die Arbeitnehmer zur Mitwirkung heranzuziehen. Diese sind verpflichtet, den Arbeitgeber in der Durchführung der Vorschriften über den Gesundheitsschutz zu unterstützen.»

Art. 11 Abs. 2 VUV⁹³¹ beruft, um den Arbeitnehmer so zur Mitwirkung anzuhalten.

c. Die Rezeptionsklausel erfasst Vorschriften *sowohl des Bundesrechts als auch des kantonalen Rechts*. Für den hier interessierenden Bereich der Arbeitssicherheit sind heute praktisch nur noch bundesrechtliche Vorschriften bedeutsam.⁹³² 651

d. Die Rezeptionsklausel greift nicht bei jeglicher Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten. Nach dem Wortlaut von Art. 342 Abs. 2 OR wird eine Pflicht nur dann ins Zivilrecht rezipiert, wenn sie «*Inhalt des Einzelarbeitsvertrages sein könnte*». Die Materialien geben keinen Aufschluss darüber, wie diese Einschränkung zu verstehen ist. Die Lehre hat sich mit der Bedeutung dieser Formulierung bisher kaum auseinandergesetzt.⁹³³ Auch der Rechtsprechung lassen sich keine einschlägigen Fälle entnehmen. Möglicherweise hat sich der Gesetzgeber bei Erlass von Art. 342 Abs. 2 OR von der in Deutschland von NIPPERDEY vertretenen Ansicht inspirieren lassen. Danach bestehe kein Erfüllungsanspruch (gestützt auf § 618 BGB/DE; dazu Fn. 916), soweit es um Solidarnormen und damit um Normen gehe, die «*Pflichten der Arbeitgeber zum Schutze der Gesamtheit der Arbeitnehmer begründen, ohne zugleich einen individuellen Schutz zu enthalten*»⁹³⁴. Angewendet auf den hier interessierenden Bereich der Arbeitssicherheit ist die Einschränkung in Art. 342 Abs. 2 OR nach meinem Dafürhalten so zu verstehen, dass etwa die Pflicht des Arbeitgebers, der SUVA im Rahmen eines Betriebsbesuchs Zutritt zu den Arbeitsräumen und Arbeitsplätzen zu gewähren (Art. 61 Abs. 1 zweiter Satz VUV), nicht von der Rezeption erfasst wird.⁹³⁵ Verletzt der Arbeitgeber diese Pflicht, ist er auf verwaltungsrechtli- 652

⁹³¹ Siehe für den Wortlaut von Art. 11 Abs. 2 VUV Rz. 113; zur Tragweite dieser Pflicht des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber Fn. 103.

⁹³² BK ZGB-KOLLER, N 250 zu Art. 6. Vgl. BGE 135 III 162; 122 III 110 (zu letzterem auch KOLLER, Ordnungsfunktion, passim).

⁹³³ Vgl. immerhin SCHÖNENBERGER, Verhältnis, S. 25a und S. 51a f.

⁹³⁴ NIPPERDEY, Arbeiterschutzrecht, S. 220; siehe auch DERSELBE, Arbeiterschutzrecht, S. 223. Die so verstandenen Solidarnormen spielen bei der Abgrenzung zwischen normativem und schuldrechtlichen Inhalt eines Gesamtarbeitsvertrags eine Rolle (NIPPERDEY, Arbeiterschutzrecht, S. 220; zu diesem Gedanken im Schweizer Recht etwa SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, Rz. 1632).

⁹³⁵ Vgl. die weiteren Beispiele bei SCHÖNENBERGER, Verhältnis, S. 25a und S. 51a f.; weiter MüK BGB/DE-HENSSLER, N 9 zu § 618, der dafür hält, im Zweifel sei von einem Erfüllungsanspruch auszugehen.

chem Wege zu sanktionieren. Ein zivilrechtlicher Erfüllungsanspruch des Arbeitnehmers besteht hingegen nicht. Dem ist beizufügen, dass die meisten Solidarnormen auch als individuelle Schutznormen konzipiert sind, weshalb die Einschränkung praktisch von geringer Bedeutung ist.⁹³⁶

- 653 e. Eine letzte Bemerkung zum Tatbestand: Art. 342 Abs. 2 OR spielt nur, wenn der *Anwendungsbereich der öffentlich-rechtlichen Normen eröffnet* ist. Bestehen im konkreten Fall keine öffentlich-rechtlichen Pflichten, gibt es nichts, was ins Arbeitsvertragsrecht einfließen könnte. Dies lässt sich am folgenden Beispiel aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung illustrieren: Im Sachverhalt, wie er BGE 139 III 411 zugrunde lag, stützte sich der klägerische Arbeitnehmer auf das Arbeitsgesetz, um über die Rezeptionsklausel einen zivilrechtlichen Anspruch (Entschädigung für Mehr-, Nacht- und Sonntagsarbeit) geltend zu machen. Das Arbeitsgesetz aber war, so die Erkenntnis des Bundesgerichts, auf seinen Arbeitsvertrag gar nicht anwendbar, weil die Arbeitsleistung in Afghanistan zu erbringen war. Dass die Parteien den Arbeitsvertrag mittels Rechtswahl schweizerischem Recht unterstellt hatten und der Sitz der Arbeitgeberin in der Schweiz lag, vermochte die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes nicht zu begründen. In Rechtsprechung und Lehre ist unbestritten, dass das Arbeitsgesetz «nur auf in der Schweiz beschäftigte Arbeitnehmer direkt Anwendung findet»⁹³⁷. Entsprechend hatten auch keine öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten Bestand, deren Verletzung der Arbeitnehmer gestützt auf die Rezeptionsklausel zivilrechtlich hätte geltend machen können.
- 654 3. Nach diesen Bemerkungen zum Tatbestand der Rezeptionsklausel geht es nachfolgend um ihre **Rechtsfolge**. Sie besteht darin, dass «der jeweils anderen Vertragspartei», mithin entweder dem Arbeitgeber oder (häufiger) dem Arbeitnehmer, «ein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung»⁹³⁸ zukommt. Diese gesetzliche Formulierung ist in mehrfacher Hinsicht zu erläutern:
- 655 a. In der Rezeptionsklausel gründet die *Positivwirkung des öffentlichen Rechts* auf den Arbeitsvertrag.⁹³⁹ «Positiv» ist die Wirkung in dem Sinne, als die von Art. 342 Abs. 2 OR erfassten öffentlich-rechtlichen Pflichten mit der Rezeption nicht ausschliesslich gegenüber dem Staat als Gemeinwesen be-

⁹³⁶ Vgl. NIPPERDEY, Arbeiterschutzrecht, S. 220.

⁹³⁷ BGE 139 III 411 E. 2.4 m.w.H.

⁹³⁸ Art. 342 Abs. 2 OR.

⁹³⁹ Botschaft EAV 1967, S. 404.

stehen,⁹⁴⁰ sondern darüber hinaus zivilrechtliche Pflichten darstellen, auf deren Erfüllung der Vertragspartner zivilrechtlich Anspruch hat. Es verhält sich mithin so, dass die Pflicht, die den Arbeitgeber aus öffentlichem Recht ausschliesslich gegenüber dem Staat trifft, kraft Art. 342 Abs. 2 OR zusätzlich zu einer zivilrechtlichen Schuldpflicht gegenüber dem Arbeitnehmer wird. Die öffentlich-rechtlichen Pflichten werden gewissermassen zum Inhalt des Arbeitsvertrags.⁹⁴¹

b. Die positive Wirkung der Rezeption besteht nach dem Gesetzestext in einem *zivilrechtlichen Erfüllungsanspruch*. Der Wortlaut der Rezeptionsklausel ist in dieser Hinsicht jedoch zu eng geraten; er verleitet nämlich zur unzutreffenden Annahme, ein Arbeitnehmer könne einzig eine Erfüllungsklage anstrengen. Die Positivwirkung aber geht über die Erfüllungsklage hinaus: Dem Arbeitnehmer steht insbesondere auch das Recht zu, seine Arbeitsleistung zu verweigern (Rz. 609 ff.; vgl. auch Fn. 941 in fine). Hinzu kommt, dass die Rezeption nicht bloss im Rahmen der exekutorischen Mittel des Arbeitnehmers (im Rahmen der Unfallverhütung) fruchtbar gemacht werden kann, sondern auch bei einem Unfall zum Tragen kommt. Dann geht es insbesondere darum, den beim verunfallten Arbeitnehmer eingetretenen Direktschaden zu liquidieren. Hierzu kann Art. 342 Abs. 2 OR ins Feld geführt werden: Er ermöglicht es dem Verunfallten bzw. der Sozialversiche-

⁹⁴⁰ Das öffentliche Recht begründet Pflichten (v.a. des Arbeitgebers), die nur gegenüber dem Staat als Gemeinwesen bestehen (vgl. BÄHLER, Arbeitgeberhaftpflicht, S. 37; NIPPERDEY, Arbeiterschutzrecht, S. 204; SCHÖNENBERGER, Verhältnis, S. 52a; VON GIERKE, Wurzeln, S. 64). Entsprechend kommen nur dem Staat Ansprüche zu (TSCHUDI, Arbeiterschutzrecht, S. 18). Für die Erfüllung dieser Pflichten ist denn auch durch staatliche Aufsicht, Zwang und Strafe zu sorgen (NIPPERDEY, Arbeiterschutzrecht, S. 204; SCHÖNENBERGER, Verhältnis, S. 49a). Sollen öffentlich-rechtliche Normen gleichzeitig zivilrechtliche Wirkung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer entfalten, bedarf es dafür besonderer Gründe (SCHÖNENBERGER, Verhältnis, S. 52a).

⁹⁴¹ VON GIERKE, Wurzeln, S. 63; VON KAENEL, Arbeitgeberhaftung, Rz. 14.45. Der Arbeitsvertrag empfängt seinen Inhalt oft vom öffentlichen Recht, was «am deutlichsten im Bereiche der Arbeiterschutzgesetzgebung zutage [tritt]» (VON GIERKE, Wurzeln, S. 62 f.). Anders SCHÖNENBERGER, Verhältnis, S. 34a, nach dem das Arbeitnehmerschutzrecht den Inhalt des Arbeitsvertrags positiv nicht beeinflusse. Letztere Aussage erfolgte allerdings vor Inkrafttreten der Rezeptionsklausel. Zur Frage, wie das Verhältnis zwischen der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers auf der einen und dem öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutzrecht auf der anderen Seite grundsätzlich geregelt werden kann, vgl. KRAMER, Arbeitsvertragliche Verbindlichkeiten, S. 137 ff. m.H.; er weist dort insbesondere darauf hin, dass der Wortlaut von Art. 342 Abs. 2 OR insofern zu eng geraten sei, weil die Bestimmung nur vom Erfüllungsanspruch spreche.

rungen, die auf den haftpflichtigen Arbeitgeber Regress nimmt, kompensatorische Ansprüche (Schadenersatz und allenfalls Genugtuung) geltend zu machen.

657 Wie erwähnt, erfasst die Rezeptionsklausel nicht nur öffentlich-rechtliche Pflichten im Bereich der Arbeitssicherheit. Die Rechtsprechung zeugt vor allem von Fällen, in denen die Klausel ausserhalb der Arbeitssicherheit angeufen wurde. Ein Anwendungsfall lässt sich jedoch aus dem Bereich der Arbeitssicherheit anführen: Das Kantonsgericht St. Gallen hatte den Fall eines Bauarbeiters zu beurteilen, der auf einem Schalungselement stand, um dort die Klaue des Krans, der dieses Element verschoben hatte, auszuhängen. In diesem Moment hob der Kranführer den Haken so an, dass das Schalungselement in Bewegung geriet und der Bauarbeiter deswegen mehrere Meter in die Tiefe stürzte. Sowohl der Verunfallte als auch der Kranführer waren bei derselben Arbeitgeberin angestellt. Von ihr forderte der Verunfallte (gestützt auf Art. 328 Abs. 2 i.V.m. Art. 101 OR) den Ersatz des erlittenen Direktschadens. Zur Beurteilung der Frage, ob der Arbeitgeber seine Schutzpflicht nach Art. 328 Abs. 2 OR verletzt hatte, prüfte das Gericht mit Art. 5 Abs. 1 lit. b Kranverordnung eine öffentlich-rechtliche Norm. Unter dem Titel «Anforderungen an das Bedienungspersonal» schreibt die Verordnung vor, dass «Hebearbeiten mit Kranen ... nur von Personen durchgeführt werden [dürfen], die sich am Arbeitsplatz verständigen können». Das Gericht verneinte – gestützt auf Aussagen des Verunfallten sowie des Kranführers im Strafverfahren – ein Verständigungsproblem. Folglich hielt es die erwähnte Vorschrift der Kranverordnung für nicht verletzt. Im Ergebnis fehlte es an einer Vertragsverletzung, weshalb die Arbeitgeberin für den Direktschaden des Verunfallten nicht einzustehen hatte.⁹⁴² Was die Rezeptionsklausel betrifft, führte das Kantonsgericht aus, dass die gestützt auf das Unfallversicherungsgesetz erlassene Kranverordnung «für den Arbeitnehmer nach Art. 342 Abs. 2 OR einen zivilrechtlichen Anspruch»⁹⁴³ begründe, soweit die Verordnung konkrete Schutzrechte gewähre.

⁹⁴² KGer SG vom 22. September 2008, in: JAR 2009, S. 603 ff. Der Klage war nicht nur wegen fehlender Vertragsverletzung, sondern auch deshalb kein Erfolg beschieden, weil das Kantonsgericht den Schaden für nicht nachgewiesen hielt.

⁹⁴³ KGer SG vom 22. September 2008, in: JAR 2009, S. 603 ff., E. III. 1.

c. Das öffentliche Recht wirkt nicht nur im beschriebenen Sinne positiv (Rz. 655 ff.), sondern auch «negativ» auf den Arbeitsvertrag ein.⁹⁴⁴ Die *Negativwirkung* besteht darin, dass das öffentliche Recht der Freiheit der Parteien, den Vertragsinhalt nach Belieben festzulegen, Schranken setzt. Mit der Rezeptionsklausel hat die Negativwirkung an sich nichts zu tun. Sie ergibt sich vielmehr aus Art. 19 OR.⁹⁴⁵ Arbeitgeber und Arbeitnehmer können im Wege der Vereinbarung eine «unabänderliche Vorschrift» im Sinne von Art. 19 Abs. 2 OR⁹⁴⁶ nicht derogieren. Zu diesen unabänderlichen Vorschriften gehören auch öffentlich-rechtliche Vorschriften, die auf den Schutz des Arbeitnehmers abzielen.⁹⁴⁷ Eine Vertragsklausel, die gegen eine solch unabänderliche Vorschrift verstösst, ist widerrechtlich im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR und der Vertrag in diesem Umfang (teil-)nichtig (Art. 20 OR).⁹⁴⁸ Bezogen auf die Beispielfälle (Rz. 24 ff.) wäre also etwa eine Abrede nichtig, mit der ein Arbeitnehmer generell auf das Erstellen von Fassadengerüsten verzichtet.

3. Mit dem Inkrafttreten der Rezeptionsklausel per 1. Januar 1972 wurde die bis dahin umstrittene Frage nach dem **Doppelnormcharakter** öffentlich-rechtlicher Arbeitnehmerschutznormen beendet.⁹⁴⁹ Seither ist klar, dass öffentlich-rechtliche Pflichten im Bereich des Arbeitsrechts grundsätzlich ei-

⁹⁴⁴ Botschaft EAV, S. 404; vgl. auch TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht, S. 17 f.; VON GIERKE, Wurzeln, S. 63 f.

⁹⁴⁵ Im Zuge der Totalrevision des Arbeitsvertragsrechts in den 1970er-Jahren wurde bewusst darauf verzichtet, die negativen Wirkungen in Art. 342 Abs. 2 OR aufzunehmen (vgl. Botschaft EAV 1967, S. 404).

⁹⁴⁶ Art. 19 Abs. 2 OR.

⁹⁴⁷ SCHÖNENBERGER, Verhältnis, S. 32a.

⁹⁴⁸ Dass diese Erklärung, welche Art. 19 und 20 OR als ein Ganzes behandelt, verschiedentlich neue Probleme hervorruft, ist spätestens seit ABEGG, Zwingende Inhaltsnormen, S. 176 ff., bekannt.

⁹⁴⁹ Vor Inkrafttreten von Art. 342 Abs. 2 OR wurde von einem Teil der Lehre auf die Doppelnormtheorie zurückgegriffen, um den zivilrechtlichen Erfüllungsanspruch zu begründen. Vgl. Botschaft EAV 1967, S. 404; weiter VISCHER/MÜLLER, Arbeitsvertrag, § 3 Rz. 3. Nach anderer Ansicht konnte nach anderer Ansicht die Doppelnormtheorie unter altem Recht nicht fruchtbar gemacht werden, um einen zivilrechtlichen Erfüllungsanspruch zu begründen. Vielmehr verhielt es sich nach dieser Meinung so, dass «die Arbeitnehmerschutzgesetzgebung dem Dienstnehmer keinen eigenen Anspruch oder Klage auf Erfüllung der dem Arbeitgeber auferlegten Schutzpflichten [gewährt], die gegenüber dem Staat bestehen» (SCHÖNENBERGER, Verhältnis, S. 27a). Für eine grundlegende Darstellung der Bedeutung von Privatrecht und öffentlichem Recht im Arbeitsrecht siehe GYSIN, Privatrecht und öffentliches Recht, passim.

nen zivilrechtlichen Erfüllungsanspruch generieren. Mit der Einführung der Rezeptionsklausel wurde das im Arbeitsvertragsrecht bis dahin bestehende Koordinationsproblem zwischen öffentlichem Recht und Zivilrecht elegant und zweckmässig gelöst.⁹⁵⁰ Die Rezeptionsklausel entlastet das Zivilrecht insofern, als dieses sich nicht selbst um die Konkretisierung von Art. 328 Abs. 2 OR kümmern muss, sondern zu diesem Zwecke auf das öffentliche Recht zurückgreifen kann.

- 660 4. Zivilrechtliche Erfüllungsklagen sind in der Arbeitssicherheit aus den erwähnten Gründen selten (Rz. 577 ff.). Unbestritten ist, dass von der Rezeptionsklausel auch **Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit erfasst** werden.⁹⁵¹ Die Rechtsprechung zeugt indes vor allem von Fällen, in denen sich ein Arbeitnehmer auf die Rezeptionsklausel stützt, um Ansprüche aus der Verletzung einer im Arbeitsgesetz definierten Pflicht geltend zu machen.⁹⁵² Monetäre Ansprüche,⁹⁵³ etwa der Anspruch ausländischer Arbeitnehmer auf den Paritätslohn, stehen dabei meist im Vordergrund.⁹⁵⁴ Das Ausländergesetz sieht vor, dass die «orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen» vom Arbeitgeber eingehalten werden müssen, damit «Ausländer zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit ... zugelassen werden [können]» (Art. 22 AuG).

⁹⁵⁰ TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht, S. 18; vgl. auch VISCHER/MÜLLER, Arbeitsvertrag, § 3 Rz. 4.

⁹⁵¹ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, N 6 zu Art. 342; ZK OR-STAEHELIN, N 14 zu Art. 342. Vgl. für einen Anwendungsfall etwa KGer SG vom 22. September 2008, in: JAR 2009, S. 603 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 6 und 8 zu Art. 342 OR.

⁹⁵² VISCHER/MÜLLER, Arbeitsvertrag, § 3 Rz. 4.

⁹⁵³ Siehe für ein Anwendungsbeispiel BGE 122 III 110, der unter altem Recht erging. Gemäss Art. 9 Abs. 1 aBVO (AS 1986 1791) durften Bewilligungen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit von Ausländern «nur erteilt werden, wenn der Arbeitgeber dem Ausländer dieselben orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen bietet wie den Schweizern und der Ausländer angemessen gegen die wirtschaftlichen Folgen von Krankheit versichert ist». Diese Regelung findet sich im geltenden Recht – materiell unverändert – in Art. 22 AuG (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 8 zu Art. 322 OR).

⁹⁵⁴ Siehe zur Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in diesem Bereich STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 7 zu Art. 342 OR. CoRO CO I-AUBERT, N 4 zu Art. 342 sowie VISCHER/MÜLLER, Arbeitsvertrag, § 3 Rz. 4, erwähnen den Anspruch auf Lohnzuschlag für Überzeit nach Art. 13 ArG und für Sonntagsarbeit nach Art. 19 Abs. 3 ArG.

5. Die Rezeptionsklausel figuriert im Katalog von Art. 361 Abs. 1 OR und ist demnach **absolut zwingender Natur**, sodass «durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag ... weder zuungunsten des Arbeitgebers noch des Arbeitnehmers abgewichen werden [darf]». Diese gesetzliche Anordnung bedarf in mehrfacher Hinsicht der Erläuterung und Präzisierung: 661

a. Der Bundesrat begründete die zwingende Natur in seiner Botschaft einzig und in aller Kürze damit, dass «sich Absatz 2 [von Art. 342 OR] auch zuungunsten des Arbeitgebers auswirken»⁹⁵⁵ könne. Der Umstand, dass der Gesetzgeber die Rezeptionsklausel absolut zwingend ausgestaltet hat, wird *in der Lehre unterschiedlich interpretiert*: Ein Teil leitet daraus ab, das öffentliche Recht bilde die Obergrenze des zivilrechtlich Geschuldeten: Soweit ein Arbeitgeber kraft öffentlichen Rechts verpflichtet sei, gewisse Schutzmassnahmen zu treffen, könnten die Vertragsparteien dieses Schutzniveau selbst durch eine vertragliche Abrede nicht erhöhen.⁹⁵⁶ Ein anderer Teil hält das öffentliche Recht nicht für die Ober-, sondern vielmehr für die Untergrenze des zivilrechtlich Geschuldeten.⁹⁵⁷ 662

b. Dem *Bundesgericht* bot sich in BGE 132 III 257 E. 5.4.5 Gelegenheit, diese Frage zu klären. Es führte aus: «Durch die beidseitig zwingende Ausgestaltung wird lediglich sichergestellt, dass auch der Arbeitgeber allfälligen öffentlichrechtlichen Verpflichtungen des Arbeitnehmers Nachachtung verschaffen kann. Damit ist ... durchaus vereinbar, dass sich der Arbeitgeber zu Schutzmassnahmen verpflichtet, die über die öffentlichrechtlichen Schutzvorschriften hinausgehen.» Das Bundesgericht hielt mithin dafür, dass das öffentliche Recht nicht die Ober-, sondern vielmehr die Untergrenze des zivilrechtlich Geschuldeten bildet. 663

Ausdrücklich offen gelassen hat das Bundesgericht die Frage, ob auch Konstellationen denkbar sind, in denen der Arbeitgeber bereits von Gesetzes wegen (ohne besondere Vereinbarung) Schutzmassnahmen zu treffen hat, 664

⁹⁵⁵ Botschaft EAV 1967, S. 405.

⁹⁵⁶ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, N 11 zu Art. 328; BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, N 15 zu Art. 328.

⁹⁵⁷ ZK OR-STAEHELIN, N 17 zu Art. 328; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 22 zu Art. 328 OR. Vgl. auch SCHÖNENBERGER, Verhältnis, S. 55a f., nach dem die zivilrechtliche Schutzpflicht nach Art. 328 Abs. 2 OR «mindestens den gleichen Umfang ... wie jene ausführlicheren Arbeitnehmerschutzvorschriften» des öffentlichen Rechts hat.

die über das öffentlich-rechtliche Schutzniveau hinausgehen. Gemäss Bundesgericht ist dies zumindest «nicht auszuschliessen»⁹⁵⁸.

- 665 **c.** Der Entscheid des Bundesgerichts ist zu begrüssen. Das öffentliche Recht auferlegt in Belangen der Arbeitssicherheit sowohl dem Arbeitgeber als auch dem Arbeitnehmer Pflichten. Sie führen grundsätzlich – sofern die betreffende Pflicht «Inhalt des Einzelarbeitsvertrages sein könnte» (Art. 342 Abs. 2 OR; Rz. 652 ff.) – zu einem zivilrechtlichen Erfüllungsanspruch der anderen Vertragspartei. Aus der zwingenden Natur von Art. 342 Abs. 2 OR ergibt sich zweierlei:
- 666 – erstens, dass die Parteien nicht gültig auf diesen Erfüllungsanspruch verzichten können (wohl aber auf die Geltendmachung des Anspruchs); und
- 667 – zweitens die Ungültigkeit vertraglicher Abreden, welche die öffentlich-rechtlichen Pflichten der einen oder anderen Partei herabsetzen. Das ist der Hauptgrund für die zwingende Ausgestaltung.⁹⁵⁹
- 668 Ungültig wäre nach dem Gesagten etwa eine Abrede, wonach der Arbeitnehmer von seiner Mitwirkungspflicht nach Art. 11 Abs. 2 VUV (Rz. 113) befreit wird. An diesem Beispiel lässt sich darlegen, weshalb die Rezeptionsklausel absolut zwingend ausgestaltet wurde: Wäre sie nämlich bloss relativ zwingend (Art. 362 Abs. 1 OR), wäre die Befreiung von der Mitwirkung gültig, soweit sie sich zugunsten des Arbeitnehmers auswirkt. Gerade diese Frage ist jedoch nicht eindeutig zu beantworten. Die Befreiung des Arbeitnehmers von seiner Mitwirkungspflicht könnte auch zu seinen Ungunsten ausfallen, weil der Arbeitgeber so später auf einen Missstand aufmerksam würde. In der Tendenz führte eine solche Abrede mithin zu einer Erhöhung des Unfallrisikos.
- 669 **d.** Zusammenfassend hindert die zwingende Natur der Rezeptionsklausel die Vertragsparteien nicht, Schutzmassnahmen zu vereinbaren, die über das öffentlich-rechtliche Schutzniveau hinausgehen. Solche Vereinbarungen können sowohl als zusätzliche Pflichten des Arbeitgebers als auch des Arbeitnehmers daherkommen. Ein Arbeitgeber etwa kann sich vertraglich verpflichten, dem Arbeitnehmer bessere – vom öffentlichen Recht nicht vorgeschriebenen – Schutzrüstung zur Verfügung zu stellen. Der Arbeitnehmer

⁹⁵⁸ BGE 132 III 257 E. 5.4.5.

⁹⁵⁹ Für das deutsche Recht vgl. NIPPERDEY, Arbeiterschutzrecht, S. 224: «Die Abdingung der Handlungspflichten ist unzulässig.»

wiederum kann sich ohne Weiteres zu einer verstärkten Mitwirkung verpflichten.

3. Die negatorischen Klagen nach Art. 28a ZGB

1. Nebst der Erfüllungsklage stehen dem Arbeitnehmer, dessen Arbeitgeber ⁶⁷⁰ gegen eine Verhaltensvorschrift verstösst, weitere zivilrechtliche Mittel zur Verfügung, um auf das Fehlverhalten des Arbeitgebers zu reagieren. Nachdem die Art. 328 ff. OR als Konkretisierungen des generellen, im Zivilgesetzbuch verankerten Persönlichkeitsschutzes gelten,⁹⁶⁰ stehen dem Arbeitnehmer auch die sogenannten negatorischen⁹⁶¹ **Klagen nach Art. 28a ZGB** zur Verfügung.⁹⁶² Vorausgeschickt sei, dass sie in der Arbeitssicherheit praktisch kaum von Belang sind.⁹⁶³ Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Verstösse des Arbeitgebers typischerweise Unterlassungen darstellen, Art. 28a ZGB hingegen auf Fälle zugeschnitten ist, in denen eine Persönlichkeitsverletzung durch ein Tun entweder droht oder eine Verletzung bereits eingetreten ist.⁹⁶⁴ So liegt ein wichtiger Anwendungsbereich der Klagen nach Art. 28a ZGB bei der medialen Berichterstattung.⁹⁶⁵

2. Im Einzelnen handelt es sich um die folgenden **drei Klagen**: die Unterlassungsklage (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB), die Beseitigungsklage (Art. 28a ⁶⁷¹

⁹⁶⁰ BSK ZGB I-MEILI, N 30 zu Art. 28.

⁹⁶¹ Beim Persönlichkeitsschutz wird zwischen negatorischen und reparatorischen Ansprüchen unterschieden (vgl. im Einzelnen BSK ZGB I-MEILI, N 1 ff. zu Art. 28a; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Einleitungsartikel und Personenrecht, Rz. 912 ff., sprechen von «Abwehrklagen» und «Wiedergutmachungsklagen»). Im vorliegenden Kontext interessieren einzig erstere. Nicht weiter von Interesse sind mithin die reparatorischen Klagen nach Art. 28a Abs. 2 und 3 ZGB.

⁹⁶² CS OR-DUNAND, N 65 zu Art. 328; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 19 zu Art. 328 OR; Bericht RK-N 2005, S. 6875.

⁹⁶³ CS OR-DUNAND, N 65 zu Art. 328.

⁹⁶⁴ So kann ein Zivilgericht auf Unterlassungsklage hin etwa das Betreten einer Wohnung verbieten, wenn Gewalt droht (Beispiel im Bericht RK-N 2005, S. 6876).

⁹⁶⁵ Vgl. etwa BGer 5A_658/2014 vom 6. Mai 2015 (dazu auch BGer 5F_6/2015 vom 31. August 2015). Für einen Anwendungsfall betreffend die Plakatwerbung in einer Abstimmungskampagne siehe BGer 5A_553/2012 vom 14. April 2014.

Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) sowie die Feststellungsklage (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB).⁹⁶⁶

- 672 **a.** Im Rahmen der exekutorischen Mittel des Arbeitnehmers, die auf die Unfallverhütung abzielen, ist einzig eine *Unterlassungsklage* vorstellbar. Der Arbeitnehmer kann dem Gericht beantragen, «eine drohende Verletzung zu verbieten» (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Die Klage setzt eine drohende Persönlichkeitsverletzung voraus. Diese ist darin zu erblicken, dass die vom Arbeitgeber unterlassene Schutzmassnahme die Gefahr des Arbeitnehmers, zu verunfallen, in einer Weise erhöht, dass im Ergebnis ein unzulässiges Risiko vorliegt (Rz. 9). Zu beweisen ist die drohende Persönlichkeitsverletzung vom klägerischen Arbeitnehmer (Art. 8 ZGB).⁹⁶⁷
- 673 **b.** Erwähnenswert ist zudem, wie es sich mit den negatorischen Klagen nach Art. 28a ZGB im Nachgang zu einem Arbeitsunfall verhält. Die körperliche Integrität zählt zum durch den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz abgedeckten Schutzbereich.⁹⁶⁸ In sie wird bei einem Unfall eingegriffen. Damit wäre an sich die Grundvoraussetzung für die beiden anderen Klagen (Beseitigungs- und Feststellungsklage) eröffnet. Im vorliegenden Kontext erscheint es jedoch – selbst bei einem Unfall – unwahrscheinlich, dass der Verunfallte gestützt auf Art. 28a ZGB entsprechende Ansprüche geltend macht:
- 674 – Die *Beseitigungsklage* fällt deshalb ausser Betracht, weil die Persönlichkeitsverletzung nach dem Unfall nicht andauert, womit eine ihrer Anwendungsvoraussetzung für die Klage nicht gegeben ist.⁹⁶⁹
- 675 – Dem verunfallten Arbeitnehmer bleibt somit die Möglichkeit, gerichtlich feststellen zu lassen, dass er vom Arbeitgeber in seiner Persönlichkeit widerrechtlich⁹⁷⁰ verletzt worden ist. Das Gesetz verlangt für eine *Feststellungsklage* indessen, dass sich die «Verletzung ... weiterhin störend auswirkt» (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Ein Anwendungsfall im Kontext der Arbeitssicherheit ist kaum denkbar.

⁹⁶⁶ Siehe zu diesen drei Klagen HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Einleitungsartikel und Personenrecht, Rz. 917 ff.

⁹⁶⁷ Vgl. BSK ZGB I-MEILI, N 2 zu Art. 28a.

⁹⁶⁸ BSK ZGB I-MEILI, N 17 zu Art. 28; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Einleitungsartikel und Personenrecht, Rz. 851.

⁹⁶⁹ Vgl. BSK ZGB I-MEILI, N 4 zu Art. 28a.

⁹⁷⁰ Zum Begriff der Widerrechtlichkeit bei Persönlichkeitsverletzungen einlässlich HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Einleitungsartikel und Personenrecht, Rz. 887 ff.

4. Whistleblowing durch den Arbeitnehmer

1. Auch das «Whistleblowing» stellt aus der Sicht des Arbeitnehmers eine mögliche Handlungsoption dar. Ich handle sie aus zwei Gründen bei der zivilrechtlichen Sanktionierung ab: Erstens erfordert das Whistleblowing (wie die übrigen zivilrechtlichen Mittel) das Tätigwerden des Arbeitnehmers.⁹⁷¹ Zweitens steht das Whistleblowing in einem Spannungsverhältnis zur arbeitsvertraglichen Treuepflicht des Arbeitnehmers. Eine zivilrechtliche Betrachtungsweise drängt sich deshalb geradezu auf. Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass Whistleblowing aus der Sicht des fehlbaren Arbeitgebers nicht zu zivilrechtlichen, sondern einzig zu verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Sanktionen führen kann. Der Whistleblower bringt mit seiner Meldung (etwa an die SUVA oder an die Staatsanwaltschaft) die entsprechenden Verfahren in Gang. 676

2. Nach einer Darstellung des Phänomens Whistleblowing (Rz. 678 ff.) zeige ich seinen Zusammenhang zur Arbeitssicherheit auf (Rz. 683 f.). Schliesslich ist auf die laufende Revision des Arbeitsvertragsrechts hinzuweisen (Rz. 685 ff.). 677

a) *Das Phänomen «Whistleblowing» im Allgemeinen*

1. Whistleblowing ist kein scharf umrissener, juristischer Begriff.⁹⁷² Gemeinhin wird mit Whistleblowing das Phänomen bezeichnet, bei dem ein Arbeitnehmer einen innerhalb eines Unternehmens oder innerhalb einer Behörde festgestellten vermeintlichen oder tatsächlichen **Misstand an eine interne oder externe Stelle meldet**. Je nachdem, an wen die Meldung erfolgt, spricht man von «internem» oder «externem» Whistleblowing. Aufgrund prominenter Beispiele von Whistleblowing⁹⁷³ sowie der laufenden Revision des Arbeitsvertragsrechts (Rz. 685 ff.) stösst das Thema derzeit auf auch bei der breiten Öffentlichkeit auf grosses Interesse. 678

⁹⁷¹ Beim Regress auf den haftpflichtigen Arbeitgeber (Rz. 160 f.) ist es freilich nicht der Arbeitnehmer selbst, der tätig wird, sondern die soziale Unfallversicherung (oder auch andere Sozialversicherer).

⁹⁷² VON KAENEL, Whistleblowing, S. 14 m.w.H.

⁹⁷³ Vgl. die Übersicht prominenter Beispielfälle bei VON KAENEL, Whistleblowing, S. 19 ff.

- 679 **2.** Juristisch betrachtet ist Whistleblowing in vielerlei Hinsicht von Belang.⁹⁷⁴ Die Rechtsprechung zeugt vor allem von Fällen aus dem Bereich des Strafrechts.⁹⁷⁵ Im vorliegenden Kontext jedoch interessieren nicht die strafrechtlichen Aspekte des Whistleblowings, sondern seine **Bedeutung für das Arbeitsvertragsrecht**.⁹⁷⁶ Im Zuge der laufenden Teilrevision des Arbeitsvertragsrechts soll die Frage nach der Zulässigkeit des Whistleblowing durch den Gesetzgeber geklärt werden (Rz. 685 ff.).⁹⁷⁷
- 680 **a.** Die *Treuepflicht des Arbeitnehmers* (Art. 321a OR) gebietet, dass ein Arbeitnehmer auch bei Gesetzesverstössen durch seinen Arbeitgeber grundsätzlich Stillschweigen gegenüber Dritten bewahrt.⁹⁷⁸ Wenn ein Arbeitnehmer zum Mittel des externen Whistleblowing greift, indem er einen Missstand einer Behörde oder gar der Öffentlichkeit meldet, konfligiert dies regelmässig mit seiner vertraglichen Treuepflicht. Zu unterstreichen ist, dass der Arbeitnehmer im Grundsatz selbst bei Vorliegen von Straftaten keine Strafanzeige gegen seinen Arbeitgeber einreichen darf, ohne gleichzeitig gegen seine Treuepflicht zu verstossen; ausgenommen sind einzig jene Fälle, in denen sich «die strafbare Handlung gegen ihn selber richtet oder gewichtige Interessen Dritter oder der Öffentlichkeit die Anzeige rechtfertigen, namentlich bei schweren Verbrechen»⁹⁷⁹.

⁹⁷⁴ Vgl. VON KAENEL, Whistleblowing, S. 17 f.

⁹⁷⁵ RIEDER, Whistleblowing, Rz. 6. Vgl. die bei STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxis-Kommentar, N 14 zu Art. 321a OR, verzeichneten Urteile. Insbesondere stellt sich bei Amtsträgern die Frage, ob sie mit einer externen Meldung den Tatbestand der Amtsgeheimnisverletzung nach Art. 320 StGB erfüllen (bejaht etwa in BGer 6B_305/2011 vom 12. Dezember 2011). Vgl. zu den strafrechtlichen Aspekten auch Botschaft Whistleblowing 2013, S. 9533 f.

⁹⁷⁶ Vgl. zu arbeitsvertraglichen Aspekten des Whistleblowing allgemein BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, N 3 zu Art. 321a; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 14 zu Art. 321a OR;

⁹⁷⁷ Anders verhält es sich insbesondere für das Bundespersonal, wo das externe Whistleblowing seit dem 1. Januar 2011 in Art. 22a BPG geregelt ist. Verschiedene Kantone haben seither eine analoge Regelung in ihre Personalgesetze aufgenommen (vgl. Botschaft Whistleblowing 2013, S. 9531).

⁹⁷⁸ BGE 127 III 310 E. 5a: «Le salarié doit aussi garder le secret [gemeint ist das Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis nach Art. 321a Abs. 4 OR] sur des infractions pénales ou administratives commises par l'employeur, à moins qu'un intérêt supérieur ne s'y oppose.» Vgl. auch VISCHER/MÜLLER, Arbeitsvertrag, § 15 Rz. 36.

⁹⁷⁹ ZK OR-STAEHELIN, N 26 zu Art. 321a.

b. Für den Whistleblower hat Whistleblowing zivilrechtlich meist die *Kündigung zur Folge*.⁹⁸⁰ Selbst wenn mit dieser Kündigung der Tatbestand von Art. 336 OR oder – bei fristloser Entlassung – derjenige von Art. 337c OR erfüllt ist: Das Arbeitsverhältnis ist rechtlich beendet. Dem Arbeitnehmer steht dann einzig der Weg offen, vor Gericht eine Entschädigung zu erstreiten.⁹⁸¹ 681

c. *De lege lata* ist es Sache der Zivilgerichte, im Einzelfall zu beurteilen, ob ein Arbeitnehmer mit einer Meldung seine Treuepflicht verletzt hat. Das mit einer Streitsache befasste Gericht hat eine Interessenabwägung zwischen den berechtigten Interessen des Arbeitgebers (Art. 321a Abs. 1 OR) bzw. seinem Geheimhaltungsinteresse (Art. 321a Abs. 4 OR) einerseits und dem Interesse der Allgemeinheit an der Offenlegung und Beseitigung des Missstands andererseits vorzunehmen.⁹⁸² Für den Arbeitnehmer ist nach geltendem Recht kaum erkennbar, unter welchen Voraussetzungen er Missstände mitteilen darf (und allenfalls sogar muss).⁹⁸³ 682

⁹⁸⁰ VON KAENEL, Whistleblowing, S. 13. Die Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers sind, je nach den Umständen des Einzelfalls, vielfältig: Er kann Disziplinarmaßnahmen ergreifen (dazu einlässlich MÜLLER, Disziplinarwesen, passim), eine vertraglich vereinbarte Konventionalstrafe verlangen oder den Arbeitsvertrag kündigen (bei Vorliegen eines wichtigen Grundes nach Art. 337 OR möglicherweise fristlos). Vgl. zum Ganzen BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, N 16 zu Art. 321a; RIEDER, Whistleblowing, Rz. 30. Für eine Zusammenstellung von Whistleblowing-Fällen siehe VON KAENEL, Whistleblowing, S. 19 ff.

⁹⁸¹ Art. 336a OR; für die Folgen einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung siehe Art. 337c OR.

⁹⁸² Vgl. Botschaft Whistleblowing 2013, S. 9514.

⁹⁸³ RIEDER, Risikokommunikation, Rz. 450.

b) *Whistleblowing wegen Missständen im Bereich der Arbeitssicherheit im Besonderen*

- 683 **1.** Das Thema Whistleblowing wird gemeinhin mit Missständen wie Korruption, sexueller Belästigung oder Mobbing in Verbindung gebracht.⁹⁸⁴ Bei näherer Betrachtung ist es jedoch auch **im Bereich der Arbeitssicherheit bedeutsam**. Der Missstand, den ein Arbeitnehmer möglicherweise melden will, besteht im Verstoss des Arbeitgebers gegen eine Verhaltensvorschrift der Arbeitssicherheit. Darf der Arbeitnehmer im Beispielfall 2 (Rz. 28 f.) den Verstoss des Arbeitgebers gegen Art. 18 BauAV einer Behörde, insbesondere der SUVA, der Polizei oder der Staatsanwaltschaft, melden?
- 684 **2.** Aus der Rechtsprechung ist kein Fall bekannt, in dem ein Arbeitnehmer wegen Missständen im Bereich der Arbeitssicherheit oder des Gesundheitsschutzes zum Mittel des Whistleblowings gegriffen hätte. Daraus aber zu schliessen, Whistleblowing sei im Bereich der Arbeitssicherheit bedeutungslos, wäre verfehlt. Längst nicht alle Konflikte eskalieren zur gerichtlichen Auseinandersetzung. Dass auch im Bereich der Arbeitssicherheit Whistleblowing durchaus Thema ist, zeigt ein Fall, von dem die Medien im Frühling 2006 berichteten:⁹⁸⁵ Am stillgelegten atomaren Versuchsreaktor «Diorit» des Paul Scherrer Instituts (PSI) in Würenlingen hatten Arbeiter während mehreren Wochen Rohre zertrennt, die mit Asbest umhüllt waren. Besondere

⁹⁸⁴ Vgl. etwa die Stellungnahme des Bundesrats vom 10.09.2003 auf die Motion Gysin (Nr. 03.3212): «Der Bundesrat betrachtet die Korruption als ein schwerwiegendes Übel, das es zu bekämpfen gilt.» Als Beispiel einer Aufdeckung von Korruption kann die «Zürcher Klärschlammaffäre» erwähnt werden (Botschaft Whistleblowing 2013, S. 9520), die Anlass zu einem prominenten Bundesgerichtsentscheid gab (BGE 129 III 320). Für weitere Beispiele siehe STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, N 14 zu Art. 321a.

⁹⁸⁵ Vgl. etwa die Beiträge in der NZZ vom 13. April 2006, S. 14, «Zu hohe Asbestbelastung beim Abbau eines Reaktors», sowie vom 22./23. April 2006, S. 16, «Gutachten bestätigt Asbestbelastung am PSI»; weiter die Beiträge in der Fernsehsendung 10vor10 vom 1. März 2006, «Asbest: Kein Schutz für Arbeiter am PSI», sowie vom 21. April 2006, «Paul Scherrer Institut gesteht Fehler ein», beide abrufbar unter <www.srf.ch/sendungen/10vor10> (besucht am 23. Mai 2016). Der Sachverhalt wird hier gestützt auf die Interpellation Chopard-Acklin wiedergegeben, die am 14. März 2006 im Grossen Rat des Kantons Aargau eingereicht wurde (Nr. GR.06.42 «Arbeitnehmerschutz vor Asbestbelastungen im Allgemeinen und im Fall des Reaktorrückbaus im PSI Würenlingen im Speziellen»). Der Fall findet auch in der Botschaft zum Whistleblowing Erwähnung (Botschaft Whistleblowing 2013, S. 9520 Ziff. 1.1.2 [«Aufdeckung des Vorhandenseins von Asbestfasern durch Temporärangestellte»]).

Schutzmassnahmen gegen die Asbestexposition, etwa das Tragen von Schutzmasken, wurden nicht ergriffen. Auch eine interne Meldung des Asbestvorkommens führte zu keinen weiteren Schutzmassnahmen. Deshalb entschieden zwei Arbeiter, den Missstand bei den Behörden anzuzeigen, wodurch sie zu Whistleblowern wurden. Auf ihre Meldung hin wurde für die Rückbauarbeiten am Versuchsreaktor ein Baustopp verfügt. Für die beiden Whistleblowern bedeutete die externe Meldung die Kündigung.⁹⁸⁶ Ausgesprochen wurde die Kündigung indes nicht durch das PSI, da es sich bei den Whistleblowern um Temporärangestellte handelte. Rechtlicher Arbeitgeber – und damit für die Kündigung zuständig – war deshalb nicht das PSI, sondern der Verleihbetrieb.

c) *Die Teilrevision des Arbeitsvertragsrechts*

1. Auf Bundesebene laufen schon seit längerem Bestrebungen, den Schutz von Whistleblowern auszubauen. 685

a. Die laufende Teilrevision geht auf die im Jahr 2003 eingereichte Motion Gysin «Gesetzlicher Schutz für Hinweisgeber von Korruption» (Nr. 03.3212) zurück. Die Motion fand – entgegen dem Antrag des Bundesrats – in beiden Räten Unterstützung, wenn auch in modifizierter Form. Das Parlament beauftragte den Bundesrat insbesondere, im Arbeitsvertragsrecht zu konkretisieren, «unter welchen Voraussetzungen Personen, die ihr Wissen über Unregelmässigkeiten, beispielsweise Korruption, in einem Betrieb aufdecken ..., vor ungerechtfertigter Entlassung und weiterer Diskriminierung geschützt werden. Nur als ultima ratio dürfen Hinweisgeber und Hinweisgeberinnen ihr Wissen an die Öffentlichkeit tragen.»⁹⁸⁷ 686

⁹⁸⁶ Die beiden wurden von der Zeitschrift «Beobachter» mit dem Prix Courage 2006 ausgezeichnet. Vgl. <www.beobachter.ch> unter Dossiers/Prix Courage/Die bisherigen Preisträger des Prix Courage/2006/Jurypreis 2006 (besucht am 23. Mai 2016).

⁹⁸⁷ So der durch den Ständerat abgeänderte Motionstext, elektronisch abrufbar unter <www.parlament.ch> (Nr. 03.3212), besucht am 23. Mai 2016. Vgl. auch AB-SR 2006 264.

687 **b.** Nach zwei Runden der Vernehmlassung⁹⁸⁸ verabschiedete der Bundesrat am 20. November 2013 einen *Gesetzesentwurf* und die zugehörige Botschaft zu Händen des Parlaments.⁹⁸⁹ Im Arbeitsvertragsrecht würde demnach festgelegt, in welchen Fällen der Arbeitnehmer eine Meldung an eine Behörde oder an die Öffentlichkeit absetzen kann, ohne damit seine Treuepflicht zu verletzen. Der Entwurf sieht eine Meldekaskade vor:⁹⁹⁰ Ein Arbeitnehmer, der einen Missstand feststellt, hat im Grundsatz zunächst eine interne Meldung an den Arbeitgeber zu erstatten.⁹⁹¹ Erst wenn der Arbeitgeber innert einer vom Arbeitnehmer festgelegten, angemessenen Frist⁹⁹² nicht reagiert, kann der Arbeitnehmer an die zuständige Behörde oder – wenn auch diese untätig bleibt – letztlich an die Öffentlichkeit gelangen.

688 Die Missstände, die ein Arbeitnehmer nach dem Gesetzesentwurf grundsätzlich melden darf, betreffen insbesondere «Straftaten oder andere Verstösse gegen Bestimmungen, deren Anwendung durch eine Behörde erfolgt oder deren Einhaltung von einer Behörde kontrolliert wird»⁹⁹³. Darunter fallen auch Verstösse gegen die Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit, insbesondere gegen die Kernnorm in Art. 82 Abs. 1 UVG, denn: Erstens stellt der Verstoß gegen die Verhaltensvorschriften in vielen Fällen auch eine Straftat dar (Art. 112 Abs. 4 UVG; Rz. 966 ff.). Zweitens wird die Einhaltung der Verhaltensvorschriften durch die SUVA behördlich kontrolliert. Hervorzuheben ist die Regelung im Gesetzesentwurf, wonach ein Arbeitnehmer gegebenenfalls direkt eine Meldung an die zuständige Behörde – im Beispielfall 2 (Rz. 28 f.) an die SUVA – machen kann: Vorausgesetzt ist, dass «eine unmittelbare und ernsthafte Gefährdung des Lebens, der Gesundheit, der Sicherheit oder der Umwelt oder die unmittelbare Gefahr des Ein-

⁹⁸⁸ Vgl. im Einzelnen die Dokumente auf der Homepage des Bundesamts für Justiz unter <www.bj.admin.ch> unter Wirtschaft/Laufende Rechtsetzungsprojekte/Kündigungsschutz/Whistleblowing (besucht am 23. Mai 2016).

⁹⁸⁹ Siehe Botschaft Whistleblowing 2013, passim, sowie den Gesetzesentwurf, publiziert in BBI 2013 9589. Der Ausdruck «Whistleblowing» kommt im Gesetzesentwurf nicht vor. Der Entwurfstext steht unter dem Titel «Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz».

⁹⁹⁰ Vgl. im Einzelnen Art. 321a^{bis}–321a^{quinquies} E-OR (BBI 2013 9589).

⁹⁹¹ Vgl. zur Möglichkeit einer direkten Meldung an die zuständige Behörde Art. 321a^{quater} E-OR (BBI 2013 9589).

⁹⁹² Die Frist darf nicht mehr als 60 Tage ab Eingang der Meldung betragen (Art. 321a^{ter} Abs. 1 lit. b E-OR; BBI 2013 9589).

⁹⁹³ Art. 321a^{ter} und 321a^{quater} E-OR (BBI 2013 9589).

tritts grosser Schäden besteht»⁹⁹⁴. Diese Regelung würde unter Umständen auch eine direkte Anzeige eines Missstands bei der SUVA rechtfertigen.⁹⁹⁵

c. Die Gesetzesvorlage wurde im Jahr 2015 von National- und Ständerat *an den Bundesrat zurückgewiesen*.⁹⁹⁶ Dem Bundesrat kommt die anspruchsvolle Aufgabe zu, die «Vorlage ... verständlicher und einfacher zu formulieren», jedoch an der «Grundstruktur ... festzuhalten, namentlich was die Kaskade (Arbeitgeber, Behörde, Öffentlichkeit) sowie den Anreiz für die Schaffung interner Meldestellen betrifft»⁹⁹⁷. Die Teilrevision des Arbeitsvertragsrechts wird das Parlament demnach in absehbarer Zeit neuerlich beschäftigen.

2. Vorerst nicht weiter verfolgt wird die Idee, den Kündigungsschutz zu verstärken.⁹⁹⁸ Der Gesetzgeber tastet den **Kündigungsschutz** bewusst nicht an. Wenn die Teilrevision im Sinne des nun an den Bundesrat zurückgewiesenen Entwurfs je geltendes Recht wird, ändert sich mithin nichts daran, dass es dem Arbeitgeber offen steht, eine (ordentliche oder fristlose) Rachekündigung auszusprechen. Solche Kündigungen sind zwar missbräuchlich,⁹⁹⁹ führen aber nicht zur Anfechtbarkeit der Kündigung, sondern – bei ordentlicher Kündigung – zur Entschädigung nach Art. 336a OR (die allerdings im Er-

⁹⁹⁴ Art. 321a^{quater} Abs. 1 lit. c E-OR (BBl 2013 9589).

⁹⁹⁵ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die vom SECO vertretene Ansicht, wonach ein Arbeitnehmer bei Verletzung von Art. 6 Abs. 1 ArG bereits unter geltendem Recht die Möglichkeit habe, «die Vollzugsorgane des Arbeitsgesetzes [direkt] darum [zu] bitten, die notwendigen Massnahmen beim Arbeitgeber durchzusetzen», ohne sich «selber mit dem Arbeitgeber auseinander setzen oder gegen diesen einen Prozess anstrengen [zu müssen]» (SECO, Wegleitung zu Art. 6 Abs. 1 ArG, S. 006-2.). Die Wegleitung ist abrufbar unter <www.seco.admin.ch> und dort unter Publikationen und Dienstleistungen/Publikationen/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Wegleitung zum Arbeitsgesetz/Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2 zum Arbeitsgesetz (besucht am 23. Mai 2016). Inwiefern eine direkte Anzeige an das Arbeitsinspektorat mit der Treuepflicht vereinbar ist, führt das SECO in seiner Wegleitung nicht aus.

⁹⁹⁶ Vgl. AB-NR 2015 659 und AB-SR 2015 783.

⁹⁹⁷ AB-NR 2015 659 (Antrag der Mehrheit).

⁹⁹⁸ Botschaft Whistleblowing 2013, S. 9514 f.: «Eine missbräuchliche oder ungerechtfertigte Kündigung im Anschluss an eine Meldung, die nicht gegen die Treuepflicht verstösst, wird weiterhin nach dem geltenden Recht sanktioniert. Im Hinblick auf eine Verbesserung des Kündigungsschutzes wurde ein Vorentwurf in die Vernehmlassung gegeben. Diese Vorschläge wurden sehr unterschiedlich beurteilt und sind auf starken Widerstand gestossen. Aus diesem Grund werden die Überlegungen zu dieser Problematik unabhängig von der vorliegenden Vorlage fortgesetzt.»

⁹⁹⁹ Art. 336 Abs. 2 lit. d E-OR (BBl 2013 9589).

messen des Gerichts steht). Im Falle einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung hat der gekündigte Arbeitnehmer nach Art. 337c OR Anspruch «auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist ... beendet worden wäre»¹⁰⁰⁰.

C. Kompensatorische Mittel des Arbeitnehmers

- 691 **1.** Nebst den erläuterten exekutorischen Mitteln des Arbeitnehmers, die dieser zum Zwecke der Unfallverhütung anstrengen kann (Rz. 608 ff.), stellt das Zivilrecht auch kompensatorische Mittel zur Verfügung.¹⁰⁰¹ Sie rücken im Beispielfall 3 (Rz. 30 f.) in den Vordergrund, wenn der Arbeitnehmer aufgrund des fehlenden Fassadengerüsts in die Tiefe stürzt und in der Folge einen Personenschaden erleidet. Nachfolgend gehe ich zunächst auf die Haftung für Hilfspersonen nach Art. 101 OR ein (Rz. 699 ff.), die bei der Arbeitgeberhaftung nach einem Arbeitsunfall eminent wichtig ist. Sodann leuchte ich die Klagen auf Schadenersatz (Rz. 710 ff.) und Genugtuung (Rz. 719 ff.) aus, die dem verunfallten Arbeitnehmer – und gegebenenfalls auch den Angehörigen – offen stehen.¹⁰⁰²
- 692 **2.** Erinnert sei an dieser Stelle an das **Regressprivileg des Arbeitgebers** (vgl. schon Rz. 161): Nach einem Arbeitsunfall hat der haftpflichtige Arbeitgeber der sozialen Unfallversicherung, die auf ihn Regress nimmt, einzig dann einzustehen, wenn er den Unfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat (Art. 75 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 ATSG). Bei bloss leichter Fahrlässigkeit hingegen bleibt der sozialen Unfallversicherung der Rückgriff verwehrt. Keine Privilegierung greift für den Direktschaden, den der verunfallte Arbeitnehmer vom Arbeitgeber ersetzt haben will. In diesem Verhältnis haftet der Arbeitgeber für jedes Verschulden, insbesondere auch für leichte Fahrlässigkeit.

¹⁰⁰⁰ Art. 337c Abs. 1 OR. Hinzu kommt die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR, die das Gericht nach freiem Ermessen festlegt.

¹⁰⁰¹ Für Anwendungsfälle, in denen ein verunfallter Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber nach einem Unfall ins Recht fasste, siehe BGer 4A_189/2015 vom 6. Juli 2015; weiter KGer GR ZK2 11 66 vom 8. April 2013. Für eine Darstellung der (ausservertraglichen) Haftung bei Bauunfällen siehe GEISSELER, Haftung für Bauunfälle und DERSELBE, Haftung für Bauunfälle (Fortsetzung).

¹⁰⁰² Vgl. EMMEL, Handkommentar, N 2 zu Art. 342 OR; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, N 7 zu Art. 342.

3. Vorauszuschicken ist, dass nach Arbeitsunfällen von den Behörden regelmässig **strafrechtliche und verwaltungsrechtliche Sanktionen** ergriffen werden: So eröffnet die Staatsanwaltschaft möglicherweise eine Untersuchung, was zur Bestrafung des Arbeitgebers führen kann (Rz. 897 ff.), oder verfügt die SUVA etwa eine Prämienerrhöhung (Rz. 807). Diese Sanktionen sind von der zivilrechtlichen Sanktionierung, wie ich sie nachfolgend beschreibe, grundsätzlich unabhängig. Präzisierungen drängen sich indessen in verschiedener Hinsicht auf: 693

a. Was das Verhältnis der *zivilrechtlichen zur verwaltungsrechtlichen Sanktionierung* anbelangt, ist für eine zivilrechtliche Schadenersatzklage insbesondere nicht vorausgesetzt, dass die SUVA mit Mitteln des Verwaltungsrechts gegen den fehlbaren Arbeitgeber vorgeht (keine Bindung des Zivilgerichts).¹⁰⁰³ Umgekehrt kann das Zivilgericht die Haftung des Arbeitgebers verneinen, auch wenn die SUVA gegen ihn verwaltungsrechtliche Sanktionen ergriffen hat. Diese letzte Konstellation dürfte sich jedoch nur selten einstellen und sich auf Fälle beschränken, in denen eine Urteilsunfähigkeit des Arbeitgebers (Rz. 607) festgestellt wird. 694

b. Im Verhältnis der *zivilrechtlichen zur strafrechtlichen Sanktionierung* ist auf dreierlei hinzuweisen: 695

- Erstens hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit, sich in einem allenfalls gegen den Arbeitgeber eröffneten Strafverfahren als Privatkläger zu konstituieren und dort eine Zivilklage zu führen (Art. 122 ff. StPO; auch Adhäsionsklage genannt).¹⁰⁰⁴ Auf diese Weise kann der Arbeitnehmer seinen Schadenersatzanspruch direkt im Strafverfahren geltend machen. Im Übrigen kann sich nicht nur der Verunfallte, sondern auch die soziale Unfallversicherung als Privatklägerin konstituieren und so den Regress gegen den Arbeitgeber ausüben.¹⁰⁰⁵ Mit einer Zivilklage im Rahmen des Strafverfahrens sind verschiedene Vorteile verbunden. Aus der Sicht des geschädigten Arbeitnehmers fällt positiv ins Gewicht, dass seine Behauptung 696

¹⁰⁰³ BGer 4A_189/2015 vom 6. Juli 2015 E. 2.5.5. In diesem Fall wehrte sich der Arbeitgeber vor Bundesgericht erfolglos mit dem Argument, in den Akten der SUVA sei nirgends ein Verstoß gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit festgehalten. Vgl. auch ABEGG, Präjudizienbuch OR, N 7 zu Art. 328.

¹⁰⁰⁴ Zum Instrument der Zivilklage eingehend RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Strafprozessrecht, Rz. 899 ff.

¹⁰⁰⁵ BSK StPO I-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, N 13 zu Art. 121, die das Beispiel SUVA erwähnen.

tungs-, Substanziierungs- und Beweisföhrungslast gemindert ist, weil er von den Ergebnissen der Strafuntersuchung profitieren kann.¹⁰⁰⁶

- 697 – Zweitens setzt eine zivilrechtliche Sanktionierung (etwa ein Haftungsprozess) weder voraus, dass der Arbeitgeber auch strafrechtlich verurteilt noch dass gegen ihn überhaupt ein Strafverfahren er6ffnet wird. Das gilt auch, wenn eine einfache K6rperverletzung nach Art. 125 Abs. 1 StGB im Raum steht (Rz. 995 f.). Sie ist als Antragsdelikt ausgestaltet. Reicht der Arbeitnehmer nicht innert der gesetzlichen Frist von drei Monaten Strafantrag ein, wird der Arbeitgeber strafrechtlich nicht verfolgt (Art. 31 erster Satz StGB).¹⁰⁰⁷ Denkbar ist bei s6mtlichen Delikten, dass die Staatsanwaltschaft auf die Er6ffnung einer Strafuntersuchung oder auf die Anklageerhebung verzichtet. Letzteres ist m6glich, weil die Staatsanwaltschaft einen Strafbefehl (Art. 352 ff. StPO) erl6sst oder das Verfahren einstellt. Wie auch immer es sich mit der strafrechtlichen Sanktionierung verh6lt: Eine Geltendmachung von Schadenersatz- und Genugtuungsanspröchen vor dem Zivilgericht ist in keinem der F6lle zum Vornherein ausgeschlossen.¹⁰⁰⁸
- 698 – Die dritte und letzte Anmerkung zum Verh6ltnis von zivilrechtlicher und strafrechtlicher Sanktionierung gilt *Art. 53 OR*. Er bestimmt – auch mit Wirkung f6r das Arbeitsvertragsrecht¹⁰⁰⁹ –, dass ein Zivilgericht bei der «Beurteilung der Schuld oder Nichtschuld, Urteilsf6higkeit oder Urteilsunf6higkeit ... an die Bestimmungen 6ber strafrechtliche Zurechnungsf6higkeit oder an eine Freisprechung durch das Strafgericht nicht gebunden» ist (Abs. 1). Dar6ber hinaus «ist das strafgerichtliche Erkenntnis mit Bezug auf die Beurteilung der Schuld und die Bestimmung des Schadens f6r den Zivilrichter nicht verbindlich» (Abs. 2.). Das Gesetz stellt damit

¹⁰⁰⁶ Vgl. BSK StPO I-DOLGE, N 23 zu Art. 122. Zu weiteren Vorteilen der Zivilklage BSK StPO I-DOLGE, N 8 zu Art. 122. Zur Zivilklage im Haftpflichtprozess vgl. KRAUSKOPF/BITTEL, Adh6sionsprozess, passim; zu den Rechten eines Privatkl6gers im Strafpunkt vgl. BOMMER, Strafpunkt, passim.

¹⁰⁰⁷ Die dreimonatige Frist «beginnt mit dem Tag, an welchem der antragsberechtigten Person der T6ter bekannt wird» (Art. 31 zweiter Satz StGB).

¹⁰⁰⁸ Die Einsch6tzung der Staatsanwaltschaft kann freilich ein Element sein, das der verurteilte Arbeitnehmer bzw. sein Rechtsanwalt bei der Beurteilung der Prozesschancen in Betracht zieht.

¹⁰⁰⁹ Art. 53 OR ist systematisch zwar dem Deliktsrecht und somit dem Allgemeinen Teil des Obligationenrechts eingeschrieben, findet jedoch kraft Art. 99 Abs. 3 OR «auf vertragswidriges Verhalten entsprechende Anwendung».

klar, dass die Beurteilung des Verschuldens im Straf- und im Zivilrecht nicht zwingend übereinstimmen.¹⁰¹⁰ Eine unterschiedliche Beurteilung ist darauf zurückzuführen, dass das Verschulden im Zivilrecht objektiv,¹⁰¹¹ im Strafrecht hingegen subjektiv beurteilt wird.¹⁰¹² Nichtsdestotrotz ist darauf hinzuweisen, dass ein strafrechtliches Schulderkenntnis «die Schadenersatzregelung in hohem Masse präjudiziert»¹⁰¹³.

1. Die Haftung des Arbeitgebers für seine Hilfspersonen nach Art. 101 OR

Beschäftigt ein Arbeitgeber auf einer Baustelle nicht nur einen Arbeitnehmer, sondern gleich mehrere, wird er einem von ihnen – z.B. einem Vorarbeiter oder einem Polier – Aufgaben mit Bezug zur Arbeitssicherheit übertragen. Die Bauarbeitenverordnung verpflichtet den Arbeitgeber, «auf jeder Baustelle eine Person [zu] bezeichnen, die für die Arbeitssicherheit und den Gesundheitsschutz zuständig ist» (Art. 4 Abs. 1 BauAV). Kommt es zu einem Arbeitsunfall und wird der Arbeitgeber auf Schadenersatz belangt, bestimmt sich nach Art. 101 OR, inwiefern der Arbeitgeber für das Verhalten seines Vorarbeiters oder Poliers – insbesondere für deren Unterlassungen, Schutzmassnahmen zu treffen – haftet. Zunächst rufe ich den Wortlaut von Art. 101 OR in Erinnerung (Rz. 701). Sodann stelle ich die Bedeutung der Hilfspersonenhaftung im Bereich der Arbeitssicherheit dar (Rz. 702 ff.). Schliesslich gehe ich auf die begrenzte Möglichkeit zur Haftungsfreizeichnung ein (Rz. 709). 699

¹⁰¹⁰ Siehe BGer 4C.286/2003 vom 18. Februar 2004 E. 3.1. Es ist sogar möglich, dass ein Strafverfahren wegen fehlendem Verschulden eingestellt wird, zivilrechtlich aber Grobfahrlässigkeit vorliegt (so etwa in BGer 4C.92/2007 vom 31. Juli 2007 E. 5.3).

¹⁰¹¹ Vgl. anstelle vieler GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, Rz. 2991 m.w.H. in Fn. 29; vgl. weiter JAUN, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 20 ff.

¹⁰¹² Vgl. die Legaldefinition der Fahrlässigkeit in Art. 12 Abs. 3 StGB. Nach dessen zweitem Satz verhält sich jener Täter pflichtwidrig unvorsichtig (und damit fahrlässig), der «die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist».

¹⁰¹³ RIKLIN, Planerverträge, Rz. 19.3, der zu Recht auf die Praxis von Versicherungen hinweist, einen Schaden nur zu ersetzen, wenn ein Strafurteil vorliegt.

a) *Wortlaut von Art. 101 OR*

700 Neben der Marginalie «Haftung für Hilfspersonen» bestimmt Art. 101 OR:

701 «¹ Wer die Erfüllung einer Schuldpflicht oder die Ausübung eines Rechtes aus einem Schuldverhältnis, wenn auch befugterweise, durch eine Hilfsperson, wie Hausgenossen oder Arbeitnehmer vornehmen lässt, hat dem andern den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht.

² Diese Haftung kann durch eine zum voraus getroffene Verabredung beschränkt oder aufgehoben werden.

³ Steht aber der Verzichtende im Dienst des andern oder folgt die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes, so darf die Haftung höchstens für leichtes Verschulden wegbedungen werden.»

b) *Bedeutung der Hilfspersonenhaftung
im Bereich der Arbeitssicherheit*

702 **1.** Die Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR¹⁰¹⁴ spielt bei der zivilrechtlichen Sanktionierung des Arbeitgebers eine zentrale Rolle; im vorliegenden Kontext primär¹⁰¹⁵ bei den **kompensatorischen Mitteln des Arbeitnehmers**, mithin bei Schadenersatz- und Genugtuungsklagen des Arbeitneh-

¹⁰¹⁴ Für grundlegende Ausführungen zu dieser Bestimmung siehe GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, Rz. 3013 ff.; KOLLER, Erfüllungsgehilfen, passim; KRAMER/PROBST, OR AT, Rz. 484 f.; SPIRO, Erfüllungsgehilfen, passim.

¹⁰¹⁵ Die Marginalie zu Art. 101 OR lautet «Haftung für Hilfspersonen», und in der Bestimmung selbst ist vom «Schaden» die Rede, den die Hilfsperson durch ihr Verhalten verursacht (Art. 101 Abs. 1 OR). Man hat es demnach mit einer Haftungsbestimmung zu tun. In der Lehre ist die Frage, inwiefern die Vorschrift auch auf Konstellationen zur Anwendung gelangt, in denen es – wie bei den beschriebenen exekutorischen Mitteln des Arbeitnehmers (Rz. 608 ff.), insbesondere beim Arbeitsverweigerungsrecht und bei der Erfüllungsklage – gerade nicht um die Abwicklung eines Schadens und damit nicht um einen Haftungsanspruch geht, bisher weitgehend ungeklärt. Hier weise ich einzig auf diesen Klärungsbedarf hin (ohne ihn zu befriedigen), was sich vor allem durch die geringe praktische Bedeutung der exekutorischen Mittel (Rz. 577 ff.), aber auch dadurch rechtfertigt, dass das Arbeitsverweigerungsrecht kein Verschulden des Arbeitgebers voraussetzt (Rz. 622), womit Art. 101 OR dort zum vornherein aus dem Spiel bleibt.

mers. Inwiefern ist einem Arbeitgeber bei einem Arbeitsunfall das Verhalten seiner Mitarbeiter zuzurechnen? Man stelle sich vor, der Arbeitgeber habe einem Vorgesetzten des Verunfallten (z.B. einem Polier) Aufgaben im Bereich der Arbeitssicherheit delegiert, die dieser aber nicht wahrnimmt.

2. Nach Art. 101 Abs. 1 OR haftet der Arbeitgeber, wenn er sich «zur Erfüllung einer Schuldspflicht» oder zur «Ausübung eines Rechtes» einer Hilfsperson bedient,¹⁰¹⁶ und diese Person in Ausübung ihrer Tätigkeit dem Arbeitnehmer Schaden verursacht. Bei der zu erfüllenden Schuldspflicht muss es sich nicht um eine vertragliche Hauptleistungspflicht handeln; erfasst werden sämtliche Nebenpflichten.¹⁰¹⁷ Damit fällt auch die **Nebenleistungspflicht des Arbeitgebers** nach Art. 328 Abs. 2 OR ohne Weiteres in den Anwendungsbereich von Art. 101 OR. 703

3. Ein Verschulden des Arbeitgebers setzt Art. 101 Abs. 1 OR nicht voraus. Insofern kann die Hilfspersonenhaftung als Kausalhaftung umschrieben werden.¹⁰¹⁸ Dies ist jedoch insofern zu präzisieren, als das Fehlverhalten der Hilfsperson dem Arbeitgeber zumindest **hypothetisch vorwerfbar** sein muss: Der Arbeitgeber haftet für den von der Hilfsperson verursachten Schaden nur, sofern ihm selbst – hätte er persönlich gehandelt – ein Verschulden angelastet werden könnte.¹⁰¹⁹ 704

4. Als Erfüllungsgehilfe des Arbeitgebers kommt nur in Frage, wen dieser zur «**Erfüllung einer Schuldpflicht**» (Art. 101 Abs. 1 OR; Hervorhebung 705

¹⁰¹⁶ Im Einzelfall ist unter Würdigung aller Umstände zu prüfen, ob ein Arbeitnehmer im Verhältnis zu seinem Arbeitskollegen und für den Bereich der Arbeitssicherheit als Hilfsperson des Arbeitgebers zu qualifizieren ist. In der Tendenz ist die Frage für Vorgesetzte zu bejahen, während sie für «blosse Nebenmitarbeiter», denen der Arbeitgeber keinerlei Aufgaben mit Bezug zur Arbeitssicherheit übertragen hat, verneint werden muss (KOLLER, Haftung des Arbeitgebers, S. 430 f. m.w.H.).

¹⁰¹⁷ BSK OR I-WIEGAND, N 5 zu Art. 101; anderer Ansicht KOLLER, Erfüllungsgehilfen, Rz. 148: Er beschreibt die Schutzpflicht des Arbeitgebers nach Art. 328 OR als «nicht leistungsorientierte» Nebenpflicht und will Art. 101 OR in Fällen, in denen eine Hilfsperson des Arbeitgebers ihr delegierte Aufgaben im Bereich der Arbeitssicherheit nicht gehörig wahrnimmt (und sich ein Arbeitnehmer deshalb verletzt), bloss sinngemäss zur Anwendung bringen. Vgl. auch MüK BGB/DE-GRUNDMANN, N 21 ff. zu § 278: Der in § 278 BGB/DE verwendete Begriff der «Verbindlichkeit» wird dort weit gefasst.

¹⁰¹⁸ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, Rz. 3014.

¹⁰¹⁹ Zur hypothetischen Vorwerfbarkeit siehe eingehend GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, Rz. 3039 ff.; BSK OR I-WIEGAND, N 11 ff. zu Art. 101.

hinzugefügt) – mithin zur Erfüllung seiner Schutzpflicht nach Art. 328 Abs. 2 OR – bezieht.

- 706 **a.** Nach der hier vertretenen Ansicht stellt *nicht jeder Arbeitskollege* des Verunfallten, der beim selben Arbeitgeber angestellt ist, eine Hilfsperson im Sinne von Art. 101 Abs. 1 OR dar.¹⁰²⁰ Vielmehr kommt als Erfüllungsgehilfe nur ein Arbeitnehmer in Frage, dem der Arbeitgeber Aufgaben der Arbeitssicherheit übertragen hat (vgl. Art. 7 VUV; Rz. 108). Nur dann ist eine Haftung des Arbeitgebers gestützt auf Art. 101 Abs. 1 OR zu bejahen.
- 707 Auch im Fall, in dem der Arbeitgeber dem Verunfallten nicht im Rahmen der Hilfspersonenhaftung einzustehen hat, ist aber denkbar, dass den Arbeitgeber direkt – nicht über den «Umweg» der Hilfspersonenhaftung – eine Haftung trifft. Sie ist dann zu bejahen, wenn dem Arbeitgeber selbst eine Verletzung einer Verhaltensnorm, die als Konkretisierung von Art. 328 Abs. 2 OR verstanden werden darf, vorzuwerfen ist. Zu denken ist etwa an jenen Fall, in dem der Arbeitgeber nicht gegen das Manipulieren von Schutzeinrichtungen durch Arbeitnehmer A einschreitet. Verunfallt daraufhin Arbeitnehmer B (etwa ein Lehrling) an der Maschine, deren Schutzeinrichtung Arbeitnehmer A manipuliert und so unwirksam gemacht hat, haftet der Arbeitgeber dem verunfallten Arbeitnehmer B direkt aus Verletzung von Art. 328 Abs. 2 OR. Der Vorwurf, der sich der Arbeitgeber dann gefallen lassen muss, ist, dass er seine Pflicht zur Überwachung verletzt hat.
- 708 **b.** Als Hilfsperson im Sinne von Art. 101 Abs. 1 OR, die gegen eine Verhaltensvorschrift verstösst, kommen primär Arbeitnehmer in Frage; sie sind im Gesetzestext ausdrücklich erwähnt (Rz. 701). Darüber hinaus kommt auch ein *Spezialist der Arbeitssicherheit* (ASA-Spezialist; Rz. 131), den der Arbeitgeber in Erfüllung seiner öffentlich-rechtlichen Pflicht nach Art. 11a VUV bezieht (Rz. 109) und mit Aufgaben im Bereich der Arbeitssicherheit betraut, als Hilfsperson in Frage. Erfüllt dieser seine Aufgabe nicht fachgerecht, verletzt er zwar den Vertrag mit dem Arbeitgeber. Im Verhältnis zum verunfallten Arbeitnehmer aber hat der Arbeitgeber für das Fehlverhalten des Spezialisten gestützt auf Art. 101 Abs. 1 OR einzustehen.¹⁰²¹

¹⁰²⁰ Vgl. KOLLER, Haftung des Arbeitgebers, S. 430 f.; MÜLLER/INAUEN, Haftung, S. 179; VON TUHR/ESCHER, OR AT, § 70 Fn. 30; anderer Ansicht SPIRO, Erfüllungsgehilfen, § 33 Fn. 14.

¹⁰²¹ Vgl. MÜLLER/INAUEN, Haftung, S. 179.

c) *Beschränkte Freizeichnungsmöglichkeit für den Arbeitgeber*

Das Obligationenrecht sieht die Möglichkeit vor, die Haftung nach Art. 101 Abs. 1 OR durch eine vertragliche Abrede zu beschränken oder gar gänzlich aufzuheben (Art. 101 Abs. 2 OR). Dieser im Grundsatz weitreichenden Freizeichnungsmöglichkeit sind beim hier interessierenden Arbeitsvertrag jedoch Grenzen gesetzt: Der Arbeitnehmer steht nämlich «im Dienst des andern [des Arbeitgebers]», weshalb der Arbeitgeber seine Haftung «**höchstens für leichtes Verschulden** wegbedingen» darf (Art. 101 Abs. 3 OR; Hervorhebung hinzugefügt). Entsprechend ist eine vertragliche Abrede zulässig, wonach der Arbeitgeber bei leichtem Verschulden der Hilfsperson nicht hafte. 709

2. Die Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung

a) *Die Klage auf Schadenersatz*

1. Verunfallt der Arbeitnehmer, hat er unter vier kumulativen **Voraussetzungen** Anspruch auf Schadenersatz: (i) Vertragsverletzung, (ii) Verschulden,¹⁰²² (iii) Schaden und (iv) adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem eingetretenen Schaden. 710

2. Bereits dargelegt wurde, dass die beiden Voraussetzungen der Vertragsverletzung und des Verschuldens verschmelzen (Rz. 601 f.): Verletzt der Arbeitgeber seine Schutzpflicht, verletzt er den Arbeitsvertrag, wobei ihn grundsätzlich ein Verschulden trifft. Der **Exkulpationsbeweis** beschränkt sich auf die Urteilsunfähigkeit (Rz. 607). Misslingt dem Arbeitgeber dieser Nachweis, haftet er dem verunfallten Arbeitnehmer für den durch die Unterlassung adäquat kausal verursachten Schaden.¹⁰²³ 711

3. Eine allfällige Haftungsklage des Arbeitnehmers ist **auf den Direktschaden beschränkt**. Darunter fallen jene Schadensposten, die dem Verunfallten 712

¹⁰²² Zur Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 Abs. 1 OR, die kein persönliches Verschulden des Arbeitgebers voraussetzt, siehe Rz. 699 ff.

¹⁰²³ BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, N 22 ff. zu Art. 328; OGer AG ZVE.2014.40 vom 27. Januar 2015 E. 5.1.1. Vgl. auch Botschaft EAV 1967, S. 405: «Die schuldhafte Verletzung der Arbeitsschutzvorschriften, zum Beispiel über Gesundheitsvorsorge und Unfallverhütung, kann eine Schadenersatzpflicht auslösen, wenn dadurch dem Arbeitnehmer Schaden erwächst.»

nicht durch die soziale Unfallversicherung (oder eine andere Sozialversicherung) gedeckt werden. Die Sozialversicherung wiederum tritt im Zeitpunkt des Unfallereignisses insoweit in den Haftungsanspruch des Arbeitnehmers ein, als sie Leistungen ausrichtet (Art. 72 Abs. 1 ATSG; vgl. Rz. 159).

- 713 **4.** Ein allfälliges **Mitverschulden** des verunfallten Arbeitnehmers kann das Gericht nach Art. 44 Abs. 1 OR insofern berücksichtigen, als es die Ersatzpflicht des Arbeitgebers herabsetzt oder diesen gar gänzlich von ihr befreit (Rz. 589).
- 714 **5.** Wird der Arbeitnehmer zufolge der Unterlassung des Arbeitgebers verletzt, hat er «Anspruch auf Ersatz der Kosten, sowie auf Entschädigung für die Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit, unter Berücksichtigung der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens» (Art. 46 Abs. 1 OR). Ausgehend von dieser Vorschrift ist – auch im Bereich der vertraglichen Haftung (Art. 99 Abs. 3 OR) – zu bestimmen, für welche **Schadensposten** der fehlbare Arbeitgeber dem verunfallten Arbeitnehmer einzustehen hat. Hier ist nicht der Ort, auf die einzelnen Posten einzugehen.¹⁰²⁴ erinnert sei einzig an die hohe Bedeutung der Rechtsprechung in diesem Bereich, die für die Bestimmung des Schadens bei der Differenztheorie ansetzt, darüber hinaus aber auch den normativen Schaden berücksichtigt.¹⁰²⁵
- 715 **6.** Der dem verunfallten Arbeitnehmer zustehende Schadenersatzanspruch **verjährt in zehn Jahren** (Art. 127 OR).¹⁰²⁶ Es handelt sich insbesondere nicht um eine Forderung «aus dem Arbeitsverhältnis» im Sinne von Art. 128 Ziff. 3 OR, weshalb nicht dessen fünfjährige Verjährungsfrist massgebend ist. Die Verjährung beginnt mit der Fälligkeit der Forderung zu laufen (Art. 130 Abs. 1 OR). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung werden die «Forderung auf Schadenersatz und Genugtuung aus vertragswidriger Körperverletzung ... grundsätzlich sogleich mit der Verletzung der vertraglichen

¹⁰²⁴ Zu den einzelnen Schadensposten im Falle der Körperverletzung siehe FELLMANN/KOTTMANN, Haftpflichtrecht, Rz. 1499 ff.; HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, Personenschadensrecht, Rz. 488 ff. Zu den einzelnen Schadensposten bei Tötung FELLMANN/KOTTMANN, Haftpflichtrecht, Rz. 2091 ff.; HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, Personenschadensrecht, Rz. 640 ff.

¹⁰²⁵ Zum Schadensbegriff siehe FELLMANN/KOTTMANN, Haftpflichtrecht, Rz. 70 ff. (zur Differenztheorie insbesondere Rz. 121 ff.).

¹⁰²⁶ BGE 106 II 134 E. 2d (zu Art. 339 aOR [1911]); TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, Contrats spéciaux, Rz. 3538.

Pflicht fällig ..., womit die Verjährung ab diesem Zeitpunkt beginnt»¹⁰²⁷. Diese Rechtsprechung hat bei sogenannten Spätschäden, insbesondere im Zusammenhang mit Asbest, zu stossenden Ergebnissen geführt, weil nach ihrer Massgabe der Schadenersatz- und Genugtuungsanspruch verjähren kann, bevor der Geschädigte überhaupt Kenntnis vom Schaden erhält. In seinem Urteil vom 11. März 2014 hat der EGMR nun allerdings geurteilt, diese «Verjährungspraxis» verstosse gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK.¹⁰²⁸

7. Zu zivilprozessualen Aspekten liesse sich in Bezug auf arbeitsrechtliche Streitigkeiten Vieles sagen. Für eine eingehende Darstellung verweise ich auf die Spezialliteratur.¹⁰²⁹ Was die hier interessierende Schadenersatzklage des verunfallten Arbeitnehmers anbelangt, will ich einzig auf zwei Punkte hinweisen:

- Die *örtliche Zuständigkeit* für die Schadenersatzklage: Zuständig ist alternativ (nach Wahl des klägerischen Arbeitnehmers) entweder das Gericht am Wohnsitz bzw. Sitz des beklagten Arbeitgebers oder am gewöhnlichen Arbeitsort (Art. 34 Abs. 1 ZPO). Auf diese Gerichtsstände kann der Arbeitnehmer weder zum Voraus noch durch Einlassung verzichten (Art. 35 Abs. 1 lit. d ZPO). 716
- Dem gerichtlichen Entscheidverfahren, in dem die Schadenersatzklage des Arbeitnehmers beurteilt wird, geht *grundsätzlich ein Schlichtungsverfahren* nach Art. 197 ff. ZPO voraus. Einzig in den in Art. 198 f. ZPO geregelten Ausnahmefällen entfällt dieses Verfahren. So haben die Parteien etwa die Möglichkeit, gemeinsam auf die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens zu verzichten, wenn der Streitwert mindestens CHF 100'000.– beträgt. 717

b) *Die Klage auf Genugtuung*

Bei einem Arbeitsunfall, der auf eine Verletzung der Schutzpflicht des Arbeitgebers nach Art. 328 Abs. 2 OR zurückzuführen ist, kann der verunfallte Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber gegebenenfalls auch auf Genugtuung 718

¹⁰²⁷ BGE 137 III 16 E. 2.3.

¹⁰²⁸ Vgl. Rz. 153 und die dazugehörigen Nachweise.

¹⁰²⁹ Siehe für eine einlässliche Darstellung verfahrensrechtlicher Aspekte im Bereich des Arbeitsrechts STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, S. 11–69 («Der Arbeitsprozess»).

klagen. Eine Grundvoraussetzung für den Anspruch auf Genugtuung ist die Persönlichkeitsverletzung, die bei Körperverletzung indes stets zu bejahen und demnach im vorliegenden Zusammenhang unproblematisch ist.¹⁰³⁰ Einzugehen ist auf den Begriff und den Zweck der Genugtuung (Rz. 720), auf die beiden Anspruchsgrundlagen (Rz. 721 ff.) sowie auf das Verhältnis der Genugtuung zur Integritätsentschädigung (Rz. 729 ff.).

aa) Zum Begriff und Zweck der Genugtuung

- 720 Die Genugtuung kann ihrem Zweck nach definiert werden: Sie ist eine Geldsumme¹⁰³¹, die den Eingriff in das **seelische Wohlbefinden** aufwiegen soll.¹⁰³² Für die Genugtuung nicht von Belang sind die wirtschaftlichen Folgen des Unfalls.

bb) Die beiden Anspruchsgrundlagen

- 721 **1.** Der Genugtuungsanspruch des verunfallten Arbeitnehmers¹⁰³³ lässt sich auf zwei Normen stützen: Art. 47 und Art. 49 OR. Sie lauten wie folgt:
- 722 **Art. 47 OR:** «Bei Tötung eines Menschen oder Körperverletzung kann der Richter unter Würdigung der besonderen Umstände dem Verletzten oder den Angehörigen eines Getöteten eine angemessene Summe als Genugtuung zusprechen.»
- 723 **Art. 49 OR:** «¹ Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, hat Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutmacht worden ist. ² Anstatt oder neben dieser Leistung kann der Richter auch auf eine andere Art der Genugtuung erkennen.»

¹⁰³⁰ Zur Genugtuung bei Persönlichkeitsverletzungen im Arbeitsverhältnis einlässlich PORTMANN, Genugtuung, passim.

¹⁰³¹ Die Genugtuung muss nicht zwingend als Kapital ausgerichtet werden. Möglich ist auch eine Ausrichtung in Form einer Rente. Siehe für einen Anwendungsfall BGE 134 III 99.

¹⁰³² BGE 123 III 306 E. 9b; zum Institut der Genugtuung grundlegend TERCIER, Tort moral, passim.

¹⁰³³ Ein Anspruch auf Genugtuung kommt mitunter auch den Angehörigen des Verunfallten zu. Vgl. WERRO, Responsabilité civile, Rz. 1478.

2. Obwohl im ausservertraglichen Haftpflichtrecht verankert, finden Art. 47 und Art. 49 OR nach Massgabe von Art. 99 Abs. 3 OR auch auf das vertragswidrige Verhalten des Arbeitgebers Anwendung.¹⁰³⁴ Die Vertragswidrigkeit liegt vorliegend darin, dass der Arbeitgeber seine Schutzpflicht nach der zivilrechtlichen Kernnorm in Art. 328 Abs. 2 OR verletzt. 724

3. Art. 47 und 49 OR sind «aufgrund ihrer Regelungsmaterie»¹⁰³⁵ stets zusammen zu lesen. Bei Arbeitsunfällen steht allerdings **Art. 47 OR im Vordergrund**.¹⁰³⁶ Das Bundesgericht versteht Art. 47 als Anwendungsfall von Art. 49 OR.¹⁰³⁷ Die Unterschiede zwischen Art. 47 und 49 OR liegen weniger in den Voraussetzungen als bei der Art und der Bemessung der Genugtuung.¹⁰³⁸ 725

a. Im Hinblick auf die *Art der Genugtuung* ist festzuhalten, dass die Genugtuung im Sinne von Art. 47 OR stets eine Geldsumme ist.¹⁰³⁹ Im Gegensatz dazu ermöglicht es Art. 49 Abs. 2 OR dem Gericht, an Stelle oder neben der Geldsumme «auf eine andere Art der Genugtuung [zu] erkennen». Diese Möglichkeit ist indessen nicht auf physische, sondern vielmehr auf psychische Persönlichkeitsverletzungen zugeschnitten und dürfte folglich bei Arbeitsunfällen eine sehr begrenzte Rolle spielen.¹⁰⁴⁰ 726

¹⁰³⁴ WERRO, Responsabilité civile, Rz. 146.

¹⁰³⁵ BGE 122 III 5 E. 2d.

¹⁰³⁶ Hingegen werden Genugtuungen bei Persönlichkeitsverletzungen im Arbeitsverhältnis, die nicht Arbeitsunfälle betreffen, fast ausschliesslich auf Art. 49 OR gestützt. Kritisch dazu PORTMANN, Genugtuung, S. 14.

¹⁰³⁷ BGE 123 III 204 E. 2e; 116 II 733 E. 4f; 89 II 396 E. 3; BGer 4A_162/2008 vom 13. Mai 2008 E. 5.4.

¹⁰³⁸ Vgl. PORTMANN, Genugtuung, S. 14. Zwar setzt nur Art. 49 Abs. 1 OR eine besondere Schwere der Persönlichkeitsverletzung voraus, und nur er erwähnt die Möglichkeit einer Wiedergutmachung. Auch Art. 47 OR verlangt jedoch eine gewisse Schwere, was sich aus dem Erfordernis der immateriellen Unbill ergibt. Ebenso kann einer Wiedergutmachung im Rahmen von Art. 47 OR Rechnung getragen werden, hat das Gericht doch die «besonderen Umstände» zu würdigen.

¹⁰³⁹ Vgl. Fn. 1031.

¹⁰⁴⁰ Als andere Genugtuungsarten kommen insbesondere in Frage «eine Urteilspublikation, eine öffentliche Richtigstellung, ein Widerruf einer Beleidigung, eine gerichtliche Missbilligung, eine symbolische Leistung oder Zahlung an einen Dritten, beispielsweise an eine wohltätige Institution» (PORTMANN, Genugtuung, S. 14).

- 727 **b.** Bei der *Bemessung der Genugtuung* zeigen sich praktisch die grössten Unterschiede zwischen Art. 47 und 49 OR:¹⁰⁴¹ Die nach Art. 47 OR zugesprochenen Genugtuungssummen fallen in der Tendenz deutlich höher aus als jene, die nach Art. 49 OR zugesprochen werden.¹⁰⁴² Das Gericht darf sich – mit der gebotenen Vorsicht im Hinblick auf die Umstände des Einzelfalls¹⁰⁴³ – an in anderen Fällen zugesprochenen Genugtuungssummen orientieren.
- 728 **4.** Gerichtssentscheide, in denen einem Arbeitnehmer zulasten seines Arbeitgebers eine Genugtuung zugesprochen wird, sind **relativ selten**.¹⁰⁴⁴ Das hat insbesondere damit zu tun, dass der verunfallte Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen gegenüber der sozialen Unfallversicherung Anspruch auf eine Integritätsentschädigung hat.¹⁰⁴⁵ Es gebietet sich deshalb eine nähe-

¹⁰⁴¹ Dazu und zum Folgenden PORTMANN, Genugtuung, S. 14.

¹⁰⁴² PORTMANN, Genugtuung, S. 14. Für eine tabellarische Übersicht von Gerichtssentscheiden aus den Jahren 1990–2005 siehe HÜTTE/DUCKSCH/GUERRERO, Genugtuung, passim; vgl. auch die bei CS OR-DUNAND, N 87 zu Art. 328 verzeichnete Kasuistik.

¹⁰⁴³ BGE 130 III 705 E. 5.1: «S'agissant du montant alloué en réparation du tort moral, toute comparaison avec d'autres affaires doit intervenir avec prudence, puisque le tort moral touche aux sentiments d'une personne déterminée dans une situation donnée et que chacun réagit différemment face au malheur qui le frappe. Cela étant, une comparaison n'est pas dépourvue d'intérêt et peut être, suivant les circonstances, un élément utile d'orientation.»

¹⁰⁴⁴ Vgl. immerhin KGer VS vom 26. September 1990, publiziert in ZWR 2/1991, S. 227–239: Ein Malerlehrling hatte vom Dach eines Chalets aus die Stirnbretter neu anzustreichen, wozu er weder angeseilt noch anderweitig gesichert war (obwohl auf dem Dach kleinere Moosgeflechte lagen und es kurz vorher leicht geregnet hatte). Der Lehrling rutschte aus, stürzte auf den Vorplatz des Chalets und zog sich dabei eine Querschnittslähmung zu. Die SUVA richtete eine Integritätsentschädigung in der Höhe von CHF 62'640.– aus. Der verunfallte Lehrling forderte daraufhin von seinem (nun ehemaligen) Arbeitgeber eine Genugtuung in Höhe von CHF 25'000.–. Zusätzlich klagten auch die Eltern des Verunfallten auf eine Genugtuung in Höhe von je CHF 10'000.–. Das Kantonsgericht hiess sowohl die Klage des Verunfallten als auch jene seiner Eltern gut.

¹⁰⁴⁵ PORTMANN, Genugtuung, S. 12, nennt als weiteren Grund für die geringe praktische Bedeutung der Genugtuung bei Arbeitsunfällen das Haftungsprivileg des Arbeitgebers, wie es bis Ende 2002 galt. Dieses Hindernis ist indessen seit dem Inkrafttreten des ATSG am 1. Januar 2003 beseitigt: Der Arbeitgeber verfügt unter geltendem Recht einzig über ein Regressprivileg gegenüber der Unfallversicherung (Rz. 161), indessen nicht länger über ein Haftungsprivileg gegenüber dem Arbeitnehmer. Vgl. zum ehemaligen Haftungsprivileg Fn. 187 und 224 sowie Rz. 467.

re Betrachtung des Verhältnisses der Genugtuung nach Obligationenrecht zur Integritätsentschädigung nach Unfallversicherungsgesetz.

cc) *Verhältnis der Genugtuung zur Integritätsentschädigung*

1. Neben dem Anspruch auf Genugtuung, den der verunfallte Arbeitnehmer 729 gegen den Arbeitgeber hat, kommt ihm gegebenenfalls ein Anspruch auf Integritätsentschädigung gegenüber der sozialen Unfallversicherung zu. Gemäss Art. 24 Abs. 1 UVG hat der verunfallte Arbeitnehmer, wenn er «durch den Unfall eine dauernde erhebliche Schädigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Integrität [erleidet], ... Anspruch auf eine angemessene Integritätsentschädigung».¹⁰⁴⁶

2. Genugtuung und Integritätsentschädigung **verfolgen denselben Zweck:** 730 Sie sollen die Beeinträchtigung des Wohlbefindens aufwiegen.¹⁰⁴⁷ Ein Unterschied besteht indessen bei der Person des Anspruchsgegners:¹⁰⁴⁸ Die Integritätsentschädigung fordert der Verunfallte bei der sozialen Unfallversicherung ein, die Genugtuung beim haftpflichtigen Arbeitgeber.

3. Das ATSG definiert Genugtuung und Integritätsentschädigung als **kon-** 731 **gruente Leistungen** (Art. 74 Abs. 2 lit. e ATSG). Dies hat zur Folge, dass die Unfallversicherung gegenüber dem haftpflichtigen Arbeitgeber in den Genugtuungsanspruch des verunfallten Arbeitnehmers eintritt, insoweit sie eine Integritätsentschädigung ausrichtet.¹⁰⁴⁹ Mit anderen Worten stellt sich eine zur Schadenersatzklage analoge Konstellation ein: Der Arbeitnehmer kann nur (aber immerhin) in dem Umfang eine Genugtuung nach Obligationenrecht geltend machen, als sie die Integritätsentschädigung übersteigt,¹⁰⁵⁰ also gewissermassen im Umfang der «Direktgenugtuung»¹⁰⁵¹. Im Übrigen,

¹⁰⁴⁶ Zur Integritätsentschädigung allgemein Art. 24 f. UVG sowie FREI, Integritätsentschädigung, passim. Vgl. auch LOCHER/GÄCHTER, Sozialversicherungsrecht, § 55 Rz. 1 ff. Obgleich im Gesetzestext nur den Berufsunfall Erwähnung findet, ist die Norm auch bei Berufskrankheiten anwendbar (BGE 133 V 224 E. 2.3).

¹⁰⁴⁷ BGE 134 III 581 E. 3.1.; vgl. auch FREI, Integritätsentschädigung, S. 167.

¹⁰⁴⁸ Für weitere Unterschiede zwischen den beiden Instituten siehe FREI, Integritätsentschädigung, S. 167 ff.

¹⁰⁴⁹ Art. 72 Abs. 1 ATSG. Zum Erfordernis der Kongruenz Art. 74 Abs. 1 ATSG.

¹⁰⁵⁰ Art. 73 Abs. 3 erster Satz ATSG; vgl. auch PORTMANN, Genugtuung, S. 12.

¹⁰⁵¹ Bei der Schadenersatzklage werden jene Schadensposten, die nicht durch sozialversicherungsrechtliche Leistungen abgedeckt sind und die der Arbeitnehmer demnach ge-

also im Umfang der Integritätsentschädigung, geht sein Genugtuungsanspruch auf die soziale Unfallversicherung über. Diese kann den Genugtuungsanspruch im Wege des Rückgriffs gegen den haftpflichtigen Arbeitgeber geltend machen.

II. Verwaltungsrechtsrechtliche Sanktionierung

- 732 1. Das Zivilrecht stellt dem Arbeitnehmer die dargestellten exekutorischen (Rz. 608 ff.) und kompensatorischen Mittel (Rz. 691 ff.) zur Verfügung. Mit ihnen kann er auf einen Verstoß des Arbeitgebers gegen eine Verhaltensvorschrift reagieren und so eine «Sanktionierung» des Arbeitgebers (verstanden im weiten Sinne; vgl. Rz. 567 und 576) herbeiführen. Wie ich aufgezeigt habe, wird ein Arbeitnehmer die zivilrechtlichen Mittel aus verschiedenen Gründen nur zurückhaltend einsetzen (Rz. 577 ff.). Solange sich kein Unfall ereignet, steht nicht die zivilrechtliche, sondern die verwaltungsrechtliche Sanktionierung im Vordergrund.¹⁰⁵²
- 733 Die vorrangige Bedeutung des Verwaltungsrechts ist auf den Umstand zurückzuführen, dass das Verwaltungsrecht von den Behörden **von Amtes wegen**¹⁰⁵³ durchgesetzt wird;¹⁰⁵⁴ ein Handlungs- oder Klagewille des Arbeitnehmers ist (anders als im Zivilrecht) nicht vorausgesetzt.¹⁰⁵⁵ Damit unter-

gen den haftpflichtigen Arbeitgeber geltend machen kann, als Direktschaden bezeichnet. Vgl. Rz. 162.

¹⁰⁵² Vgl. HOBI, Entwicklung, S. 79 (zum glarnerischen Recht): Der Vollzug eines Fabrikgesetzes gehörte deshalb zu den grossen Herausforderungen, «weil die Arbeiter, die eigentlich allein genau wissen, was in einem Etablissement vorgehe, aus naheliegenden Gründen nicht oder nur im äussersten Notfalle klagen». Diese zutreffende Bemerkung zum ehemaligen Fabrikgesetz des Kantons Glarus kann ohne Weiteres auf den Vollzug der Vorschriften über die Arbeitssicherheit gemäss Unfallversicherungsgesetz übertragen werden.

¹⁰⁵³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 30 Rz. 26. Im Verwaltungsrecht kann «das Gemeinwesen ... verwaltungsrechtliche Pflichten nicht beliebig bald einfordern, bald darauf verzichten» (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 32 Rz. 1).

¹⁰⁵⁴ Vgl. Rz. 581 und die zugehörige Fn. 807.

¹⁰⁵⁵ Vgl. EKAS, Leitfaden, S. 7 (Ziff. 7.2), wo die Durchführungsorgane der Arbeitssicherheit angehalten werden, «die Aufsicht der Durchführungsorgane in erster Linie mit den Mitteln der Beratung und Überzeugung und nicht primär mit Zwangs- und Strafdrohung» auszuüben.

scheidet sich das Verwaltungsrecht grundlegend vom Zivilrecht, wo grundsätzlich ein Tätigwerden des Arbeitnehmers nötig ist, damit Sanktionen eintreten können (Rz. 575 ff.).¹⁰⁵⁶

2. Auch die verwaltungsrechtliche Sanktionierung stelle ich anhand des fehlbaren Bauunternehmers und Arbeitgebers dar (Beispielfälle 2 und 3; Rz. 28 ff.).¹⁰⁵⁷ Dies bringt zweierlei mit sich: 734

- Erstens: Von Belang ist einzig die verwaltungsrechtliche Sanktionierung gegenüber dem *fehlbaren Arbeitgeber*. Verstösst der Arbeitnehmer gegen eine Verhaltensvorschrift, wirkt sich dies bei ihm in verwaltungsrechtlicher Hinsicht nicht aus.¹⁰⁵⁸ Das gilt selbst, wenn der Arbeitnehmer seinen eigenen Arbeitsunfall grobfahrlässig mitverschuldet. Eine Grobfahrlässigkeitskürzung sieht das geltende Recht der Unfallversicherung nur bei Nichtberufsunfällen, nicht aber bei den hier interessierenden Berufsunfällen vor (Art. 37 Abs. 2 UVG e contrario).¹⁰⁵⁹ 735

¹⁰⁵⁶ Die Durchsetzung der Verhaltensvorschriften von Amtes wegen ist nicht nur ein Charakteristikum des Verwaltungsrechts, sondern auch des Strafrechts. Zur strafrechtlichen Sanktionierung Rz. 897 ff.

¹⁰⁵⁷ Für einen Anwendungsfall der verwaltungsrechtlichen Sanktionierung, dem ein ähnlicher Sachverhalt zugrunde lag wie meinen Beispielfällen, siehe BVGE 2010/37 oder BVGer C-640/2008 vom 18. August 2009.

¹⁰⁵⁸ Zivilrechtlich und strafrechtlich hingegen kann sich ein Verstoß des Arbeitnehmers gegen eine Verhaltensvorschrift auswirken (z.B. durch eine Kürzung des vom Arbeitgeber geschuldeten Schadenersatzes oder durch eine Bestrafung des Arbeitnehmers, etwa gestützt auf Art. 112 UVG).

¹⁰⁵⁹ Anders verhielt es sich unter altem Recht, wo eine Kürzung wegen Grobfahrlässigkeit auch bei Berufsunfällen möglich war (siehe Art. 37 Abs. 2 aUVG [AS 1982 1676]; vgl. zur altrechtlichen Situation RUMO-JUNGO, Leistungskürzung, S. 142 ff.). Diese Rechtslage beurteilte das damalige eidgenössische Versicherungsgericht als mit den internationalen Verpflichtungen – namentlich Art. 69 lit. f des ILO-Übereinkommens Nr. 102 über die Mindestnormen der Sozialen Sicherheit und Art. 68 lit. f EOSS – unvereinbar (BGE 120 V 128 E. 2b). Siehe dazu und zur darauffolgenden Revision von Art. 37 UVG RUMO-JUNGO, Baustelle, S. 75. Der Vollständigkeit halber ist (nun wieder für das geltende Recht) anzufügen, dass im seltenen Fall, in dem ein Arbeitnehmer einen Selbstunfall mit Absicht herbeiführt, «kein Anspruch auf Versicherungsleistungen» besteht (Art. 37 Abs. 1 UVG). Was das Unfallversicherungsgesetz hier ausdrücklich anordnet, ergibt sich jedoch bereits aus dem Unfallbegriff: Einem absichtlich herbeigeführten «Unfall» fehlt es am begriffsnotwendigen Element der Unfreiwilligkeit, weshalb kein Unfall im Sinne von Art. 4 ATSG vorliegt (Botschaft UVG 1976, S. 198 Ziff. 403.32; vgl. auch SUVA, Wegleitung Unfallversicherung, S. 66 [Ziff. 4.38.3]).

- 736 – Zweitens: Die Fokussierung auf den Beispielfall führt dazu, dass ich ausschliesslich von der *SUVA als Durchführungsorgan* spreche.¹⁰⁶⁰ Spezifitäten, wie sie sich für das Verfahren vor anderen Durchführungsorganen der Arbeitssicherheit möglicherweise ergeben, bleiben unberücksichtigt.¹⁰⁶¹
- 737 **3.** Die verwaltungsrechtliche Sanktionierung stelle ich in vier Schritten dar: In einem ersten Schritt zeige ich auf, inwiefern sie an die im zweiten Teil dargestellten Verhaltensnormen anknüpft. Hierzu ist das Störerprinzip näher zu betrachten (Rz. 738 ff.). In einem zweiten Schritt gehe ich auf die Eckwerte des Verwaltungsverfahrens ein, in dem die SUVA die Verhaltensvorschriften vollzieht. Dieses Verfahren wird als Durchführungsverfahren in der Arbeitssicherheit bezeichnet (Rz. 743 ff.) und schliesst das Einspracheverfahren vor der SUVA mit ein (Rz. 824 ff.). In einem dritten Schritt leuchte ich die Besonderheiten aus, die sich für das Beschwerdeverfahren im Bereich der Arbeitssicherheit ergeben (Rz. 838 ff.), bevor ich mich im vierten Schritt vollstreckungsrechtlichen Fragen zuwende (Rz. 870 ff.).

A. Relevanz der Verhaltensnormen für die verwaltungsrechtliche Sanktionierung

- 738 **1.** Die im zweiten Teil dargestellten Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit bilden nicht nur den massgebenden Anknüpfungspunkt für die zivilrechtliche Sanktionierung des Arbeitgebers (Rz. 600 ff.), sondern auch für die verwaltungsrechtliche Sanktionierung. Die verwaltungsrechtliche Sanktionierung ist eng mit dem **Störerprinzip** verknüpft, das im Bereich des Polizeirechts allgegenwärtig ist.¹⁰⁶² Das Prinzip kann als Teilgehalt des Verhältnismässigkeitsprinzips verstanden werden:¹⁰⁶³ Polizeiliches Handeln¹⁰⁶⁴ hat sich in

¹⁰⁶⁰ Die SUVA ist nur eines von mehreren Durchführungsorganen, das zum Vollzug der Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit berufen ist. Vgl. zu den anderen Durchführungsorganen Rz. 748 ff. Für die Zuständigkeit der Aufsicht und des Vollzugs der SUVA im Bereich der Berufsunfälle vgl. Art. 49 VUV. Nach dessen Abs. 1 Ziff. 11 ist die SUVA das zuständige Durchführungsorgan für «Betriebe des Baugewerbes und Arbeiten anderer Betriebe auf deren Baustellen».

¹⁰⁶¹ Zum Begriff des Durchführungsorgans siehe Rz. 748 ff.

¹⁰⁶² Zum Störerprinzip einlässlich DUBEY/ZUFFEREY, *Droit administratif général*, Rz. 1303 ff.; MOHLER, *Polizeirecht*, Rz. 711; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Verwaltungsrecht*, § 56 Rz. 28 ff.

¹⁰⁶³ Über die dogmatische Einordnung des Störerprinzips besteht indessen Uneinigkeit. Vgl. die Übersicht bei MOHLER, *Polizeirecht*, Rz. 712. Das Störerprinzip ist nicht mit einem

persönlicher Hinsicht ausschliesslich «gegen diejenigen Personen zu richten, die den polizeiwidrigen Zustand» – in der Arbeitssicherheit den Verstoss gegen Verhaltensvorschriften – «unmittelbar zu verantworten haben»¹⁰⁶⁵.

2. Gemeinhin werden drei Arten von Störern unterschieden: Verhaltensstörer, Zustandsstörer und Zweckveranlasser.¹⁰⁶⁶ Ein Arbeitgeber, der (wie im Beispielfall 2; Rz. 28 f.) eine gebotene Schutzmassnahme unterlässt, ist nach der hier vertretenen Ansicht als **Verhaltensstörer** zu betrachten.¹⁰⁶⁷ Durch die Unterlassung hält er einen den Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit widersprechenden und somit polizeiwidrigen Zustand aufrecht, obgleich ihm das Gesetz und insbesondere die Kernnormen der Arbeitssicherheit die Pflicht zu «sicherheits- und ordnungswahrendem Handeln»¹⁰⁶⁸ auferlegen. Zu den von der Lehre anerkannten polizeilichen Schutzgütern gehört auch die körperliche Integrität eines einzelnen Arbeitnehmers,¹⁰⁶⁹ um deren Schutz es in der Arbeitssicherheit geht. Damit ist das verwaltungsrechtliche Vorgehen gegen den fehlbaren Arbeitgeber eine Polizeiaufgabe.

3. Eine verwaltungsrechtliche Sanktion im Bereich der Arbeitssicherheit richtet sich auch dann gegen den Arbeitgeber, wenn nicht der Arbeitgeber selbst (im Sinne der natürlichen Person), sondern ein Angestellter gegen eine Verhaltensvorschrift verstösst. Bei der verwaltungsrechtlichen Sanktionierung wird dem Arbeitgeber – analog zur zivilrechtlichen Haftung (Rz. 699 ff.), aber grundsätzlich anders als im Strafrecht (Rz. 904 f.) – das **Verhalten seiner Hilfspersonen zugerechnet**. Er wird mithin auch dann

anderen, das Verwaltungsrecht prägenden Prinzip zu vermengen: dem Verursacherprinzip. Das Störerprinzip beantwortet die Frage «wer die polizeilichen Massnahmen zu dulden oder selber zu treffen hat», das Verursacherprinzip hingegen der Frage, «wer die Kosten dieser Massnahmen tragen muss» (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 56 Rz. 40; zum Verursacherprinzip allgemein Rz. 36 ff.).

¹⁰⁶⁴ Mit «polizeilichem» Handeln ist hier freilich nicht nur die Tätigkeit der uniformierten Polizei gemeint, sondern (breiter) die Tätigkeit all jener Stellen, die hoheitliche Befugnisse wahrnehmen, um Polizeigüter zu schützen.

¹⁰⁶⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 56 Rz. 28.

¹⁰⁶⁶ DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, Rz. 1306 ff.; MOHLER, Polizeirecht, Rz. 715 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 56 Rz. 31 ff.

¹⁰⁶⁷ Verhaltensstörer ist auch jener Arbeitgeber, der aktiv gegen eine Verhaltensvorschrift der Arbeitssicherheit verstösst (etwa, wenn er eine Schutzvorrichtung beseitigt; vgl. Art. 230 StGB sowie Rz. 949 ff.).

¹⁰⁶⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 54 Rz. 31.

¹⁰⁶⁹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 54 Rz. 9 und 15.

zum Störer, wenn er Aufgaben im Bereich der Arbeitssicherheit – z.B. an einen Arbeitnehmer oder an einen Spezialisten der Arbeitssicherheit – delegiert hat (Rz. 108 f.) und dieser die gebotene Schutzmassnahme unterlässt.¹⁰⁷⁰

- 741 **4.** Eine verwaltungsrechtliche Sanktionierung setzt **kein Verschulden des Arbeitgebers** voraus.¹⁰⁷¹ Dadurch unterscheidet sich die verwaltungsrechtliche sowohl von der zivil- als auch von der strafrechtlichen Sanktionierung.¹⁰⁷² Verwaltungsrechtlich ist einzig von Belang, dass ein Verstoss gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit vorliegt. Der Arbeitgeber wird verwaltungsrechtlich alleine dadurch zum Störer, dass er – oder ein von ihm mit Aufgaben der Arbeitssicherheit betrauter Arbeitnehmer – die gebotene Schutzmassnahme unterlässt.
- 742 **5.** Nachfolgend stelle ich dar, wie es zur verwaltungsrechtlichen Sanktionierung des fehlbaren Arbeitgebers kommt. Ich halte mich dabei an die im Verwaltungsprozessrecht gängige Dreiteilung in Verwaltungsverfahren (Rz. 743 ff.), Beschwerdeverfahren (Rz. 838 ff.) und Vollstreckungsverfahren (Rz. 870 ff.).¹⁰⁷³

B. Das Verwaltungsverfahren in der Arbeitssicherheit (Durchführungsverfahren)

- 743 **1.** Die verwaltungsrechtliche Sanktionierung des fehlbaren Arbeitgebers erfolgt im Rahmen des sogenannten Durchführungsverfahrens. Diese Begrifflichkeit fusst auf der Bezeichnung, die der Gesetzgeber für jene Organe gewählt hat, die das Unfallversicherungsgesetz vollziehen: die Durchfüh-

¹⁰⁷⁰ Vgl. DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, Rz. 1307; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 56 Rz. 31.

¹⁰⁷¹ DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, Rz. 1303; MOHLER, Polizeirecht, Rz. 711; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 56 Rz. 28 und 31.

¹⁰⁷² Zur zivilrechtlichen Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 Abs. 1 OR, die kein eigenes Verschulden des Arbeitgebers voraussetzt, siehe Rz. 699 ff.

¹⁰⁷³ RUMO-JUNGO, Baustelle, S. 66 ff., unterscheidet bei der Durchsetzung der Verhaltensvorschriften gegenüber dem Arbeitgeber erstens die (direkte) Durchsetzung im Verwaltungsverfahren und zweitens die (indirekte) Durchsetzung mittels Festsetzung risikogerechter Prämien.

rungsorgane (Art. 84 UVG und Art. 47 ff. VUV).¹⁰⁷⁴ Der **Begriff «Durchführungsverfahren»**, den die EKAS in ihrem Leitfaden verwendet (Rz. 747), ist in mehrfacher Hinsicht zu erläutern:

a. Im Verwaltungsverfahrensrecht wird gemeinhin zwischen dem Verwaltungsverfahren und dem Beschwerdeverfahren unterschieden. Unter Ersterem ist das nichtstreitige, auf Erlass einer Verfügung der Verwaltungsbehörde gerichtete Verfahren zu verstehen.¹⁰⁷⁵ «Nichtstreitig» ist das Verfahren, weil die Rechte und Pflichten, die den Arbeitgeber im Einzelfall treffen, bis zum Erlass der Verfügung noch nicht hoheitlich und detailliert festgelegt sind; «die Rechte und Pflichten, um die es geht, können also noch gar nicht strittig sein»¹⁰⁷⁶. Sobald eine Verfügung vorliegt und dagegen ein Rechtsmittel ergriffen wird, setzt das Beschwerdeverfahren ein, in dem die durch Verfügung festgelegten Rechte und Pflichten streitig sind.¹⁰⁷⁷ 744

b. Für die vorliegenden Zwecke verstehe ich unter dem Durchführungsverfahren einzig das *Verwaltungsverfahren*,¹⁰⁷⁸ mithin das Verfahren auf Erlass einer Verfügung der SUVA, die in den Beispielfällen (Rz. 24 f.) zuständiges Durchführungsorgan ist. Am Begriff «Durchführungsverfahren» halte ich indessen fest, weil er sich im Bereich der Arbeitssicherheit festgesetzt hat. Ein Arbeitgeber, der sich gegen eine Verfügung zur Wehr setzen möchte, hat in Angelegenheiten der Arbeitssicherheit grundsätzlich zwingend Einsprache zu führen (Rz. 824 ff.). Diesem Einspracheverfahren kommt eine Sonderstellung zwischen Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren zu. Deshalb gehe ich darauf zwar unter einem eigenen Titel ein, zähle es aber auch zum Durchführungsverfahren. 745

Am Rande sei darauf hingewiesen, dass in der Sozialversicherung mit dem Verwaltungsverfahren regelmässig das Verfahren im Leistungs- und Beitragsrecht gemeint ist.¹⁰⁷⁹ Das vermag aber nichts daran zu ändern, dass 746

¹⁰⁷⁴ Auch im Kontext des Vollzugs des Arbeitsgesetzes ist statt vom Gesetzesvollzug von der «Durchführung des Gesetzes» die Rede (Titel vor Art. 40 ff. ArG).

¹⁰⁷⁵ Siehe dazu und zum Verwaltungsverfahren generell TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 30 Rz. 1 ff.

¹⁰⁷⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 30 Rz. 1 ff.

¹⁰⁷⁷ MÜLLER, Verwaltungsrechtspflege, S. 5.

¹⁰⁷⁸ Vgl. RUMO-JUNGO, Verwaltungsverfahren, S. 181, die dort auch das Verfahren «der Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten» zum Verwaltungsverfahren in der Unfallversicherung zählt.

¹⁰⁷⁹ RUMO-JUNGO, Verwaltungsverfahren, S. 181.

auch das Durchführungsverfahren in der Arbeitssicherheit ein sozialversicherungsrechtliches Verfahren ist, was zur Anwendung der entsprechenden Verfahrensnormen, insbesondere des ATSG, führt (Rz. 760 ff.).

- 747 c. Der hier verwendete Begriff des Durchführungsverfahrens (Rz. 745) ist enger als der *von der EKAS verwendete Begriff*. Die Kommission behandelt in ihrem umfangreichen «Leitfaden für das Durchführungsverfahren in der Arbeitssicherheit»¹⁰⁸⁰ nämlich nicht nur das Verwaltungs- und das Einspracheverfahren, sondern darüber hinaus auch das Beschwerde- und das Vollstreckungsverfahren. Diese beiden Verfahren betrachte ich vorliegend gesondert.¹⁰⁸¹
- 748 2. Zuständig für den Vollzug der Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit – die «Durchführung»¹⁰⁸² – sind die **Durchführungsorgane der Arbeitssicherheit**. Art. 85 Abs. 1 erster Satz UVG bestimmt, welche Organe gemeint sind: «Die Durchführungsorgane des ArG und die SUVA vollziehen die Bestimmungen über die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten.» Unter diese Definition fallen im Einzelnen verschiedene Stellen.
- 749 a. Durchführungsorgane der Arbeitssicherheit (nach Unfallversicherungsgesetz) sind zunächst die *Durchführungsorgane des Arbeitsgesetzes*.¹⁰⁸³ Darunter fallen insbesondere die kantonalen Arbeitsinspektorate (Rz. 165 ff.).¹⁰⁸⁴ Sie sind nicht nur für den Vollzug des Arbeitsgesetzes zuständig, sondern ebenso für den Vollzug der Art. 81 ff. UVG.
- 750 b. Ausdrücklich als Durchführungsorgan erwähnt ist sodann die *SUVA*. Dieser besonderen Erwähnung bedarf es, weil die SUVA kein Durchführungsorgan des Arbeitsgesetzes ist.

¹⁰⁸⁰ Vgl. EKAS, Leitfaden, passim. Dazu bereits Rz. 262 ff.

¹⁰⁸¹ Zum Beschwerdeverfahren siehe Rz. 838 ff.; zum Vollstreckungsverfahren Rz. 870 ff.

¹⁰⁸² Siehe den Abschnittstitel vor Art. 85 ff. UVG.

¹⁰⁸³ Vgl. Art. 41 und 42 ArG. Der Vollzug des Arbeitsgesetzes ist primär Sache der Kantone. Welche Behörde im Einzelnen für den Vollzug des Arbeitsgesetzes zuständig ist, ergibt sich demnach aus dem kantonalen Recht (vgl. etwa Art. 8 ABAG/BE i.V.m. Art. 10 Abs. 1 lit. h OrV VOL/BE, wonach im Kanton Bern das der Volkswirtschaftsdirektion angegliederte Amt für Berner Wirtschaft zuständig ist für die «Arbeitsaufsicht wie Vollzug des Arbeitsrechts, Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz, Sicherheit von technischen Geräten sowie Heimarbeit»).

¹⁰⁸⁴ Nach Art. 41 Abs. 1 ArG obliegt der Vollzug des Arbeitsgesetzes grundsätzlich den Kantonen. Siehe für die ausnahmsweise Zuständigkeit des Bundes Art. 42 ArG.

c. Schliesslich gehören auch – obwohl Art. 85 Abs. 1 erster Satz UVG sie nicht ausdrücklich erwähnt – die *Fachorganisationen* (Rz. 169 ff.) zu den Durchführungsorganen. Ihre Zuständigkeit und ihre Kompetenzen ergeben sich aus einem Vertrag, den die SUVA gestützt auf eine Ermächtigung durch die EKAS mit den einzelnen Fachorganisationen abschliesst.¹⁰⁸⁵ 751

3. Im Folgenden gehe ich auf drei Aspekte des Durchführungsverfahrens näher ein. Erstens beleuchte ich die Einleitung des Verfahrens (Rz. 753 ff.). Zweitens erläutere ich, inwiefern es sich beim Durchführungsverfahren um ein sozialversicherungsrechtliches Verfahren handelt und welche Konsequenzen diese Zuordnung hat (Rz. 756 ff.). Drittens gehe ich auf die einzelnen verwaltungsrechtlichen Sanktionen ein (Rz. 781 ff.). 752

1. Einleitung des Durchführungsverfahrens

1. Ein Durchführungsverfahren wird **stets von Amtes wegen** eingeleitet: 753
Sobald die SUVA Kenntnis vom polizeiwidrigen Zustand – vom Verstoss des Arbeitgebers gegen eine Verhaltensvorschrift – erhält, hat sie zu prüfen, welche verwaltungsrechtlichen Sanktionen angezeigt sind: Beispielsweise ermahnt sie den Arbeitgeber (Art. 62 VUV; Rz. 791 ff.) und erlässt eine Verfügung, wenn dieser der Ermahnung keine Folge leistet (Art. 64 VUV; Rz. 796 ff.). Aus der Interessenlage des Arbeitgebers ergibt sich, dass eine Einleitung des Durchführungsverfahrens auf Gesuch hin nicht vorstellbar ist. Der Arbeitgeber hat zum Vornherein kein Interesse daran, dass die SUVA gegen ihn verwaltungsrechtliche Sanktionen ausspricht.¹⁰⁸⁶ Dies ist indes wie folgt zu präzisieren und zu relativieren:

a. Relativierend ist beizufügen, dass ein Arbeitgeber zwar kein Interesse an einer Sanktionierung, wohl aber an einer *Beratung* durch die SUVA hat (Art. 60 Abs. 2 VUV). Ein Betriebsbesuch (Art. 61 VUV) kann gerade auch dazu dienen, dass die SUVA ihre Beratungsaufgabe wahrnehmen und der Arbeitgeber gestützt auf die Beratung seine Schutzpflicht erfüllen kann. 754

¹⁰⁸⁵ Siehe zur Kompetenz der SUVA, Verträge mit Fachorganisationen abzuschliessen, Art. 85 Abs. 3 UVG i.V.m. Art. 51 VUV.

¹⁰⁸⁶ Ein Verwaltungsverfahren wird grundsätzlich entweder von Amtes wegen oder auf Gesuch hin eingeleitet. Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 30 Rz. 28. Ein Beispiel eines Verwaltungsverfahrens, das auf Gesuch hin eingeleitet wird, ist das Verfahren auf Erteilung einer Baubewilligung. Zur Einleitung eines solchen Verfahrens siehe etwa Art. 34 Abs. 1 BauG/BE.

Stellt ein SUVA-Inspektor anlässlich einer Baustellenkontrolle jedoch einen Verstoss gegen eine Verhaltensvorschrift der Arbeitssicherheit fest, bleibt ihm nichts anderes übrig, als mit den gesetzlich vorgesehenen Sanktionen (Rz. 781 ff.) einzuschreiten. Der Umstand, dass der Arbeitgeber selbst um eine Beratung ersucht und damit Anlass zum Betriebsbesuch gegeben hat, ändert daran nichts. Insofern wird das Durchführungsverfahren bisweilen zwar nicht auf Gesuch des Arbeitgebers eingeleitet, knüpft aber doch an sein «Beratungsgesuch» an.

- 755 **b.** Präzisierend ist zu erwähnen, dass Betriebsbesuche nach Art. 61 VUV auch eine *Reaktion auf einen Hinweis* darstellen können, den die SUVA von Dritten erhält. Als Dritte, die der SUVA einen (möglichen) Verstoss gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit anzeigen, kommen verschiedene Personen in Frage, etwa Arbeitnehmer (vgl. Rz. 637), Gewerkschaften oder Passanten. Die SUVA ist gehalten, solche «Anzeigen wegen Nichtbefolgung von Vorschriften über die Arbeitssicherheit zu prüfen ... » (Art. 63 VUV). Insofern kann das Durchführungsverfahren auf «Gesuch» Dritter hin eingeleitet werden. Als Hinweisgeber kommt im Beispielfällen 2 und 3 (Rz. 28 ff.) auch der *Arbeitnehmer* in Betracht. Wie erläutert, könnte er aufgrund der weitgehenden Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers davor zurückschrecken, etwa durch Arbeitsverweigerung die zivilrechtliche Sanktionierung anzustossen (Rz. 580 f). Näher liegt aus seiner Sicht, die SUVA – oder gar eine Strafverfolgungsbehörde (vgl. Rz. 680 und 1002) – zu kontaktieren, um die Sanktionierung des fehlbaren Arbeitgebers in die Wege zu leiten. Meldet der Arbeitnehmer der SUVA einen Missstand, wird er zum externen Whistleblower, was in zivilrechtlicher Hinsicht – vor dem Hintergrund der Treuepflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a Abs. 1 OR) – problematisch ist (Rz. 678 ff.).

2. Anwendbares Verfahrensrecht

- 756 **1.** Das Durchführungsverfahren in der Arbeitssicherheit, das zur verwaltungsrechtlichen Sanktionierung des fehlbaren Arbeitgebers führt, wird in verschiedenen Normen **besonders geregelt**: im Unfallversicherungsgesetz (UVG), in der Verordnung über die Unfallverhütung (VUV) sowie in den Rechtsnormen nachgelagerten Normen, beispielsweise dem Leitfaden der EKAS für das Durchführungsverfahren in der Arbeitssicherheit (vgl. Rz. 262 ff.).

Zu diesen spezifisch auf das Durchführungsverfahren in der Arbeitssicherheit zugeschnittenen Normen gesellen sich *Normen allgemeiner Natur*, auf die für nicht besonders geregelte Verfahrensfragen zurückgegriffen werden muss. Solche Normen enthalten insbesondere das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) und das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG).¹⁰⁸⁷ Selbstredend sind auch verfassungsrechtliche Garantien betreffend das Verfahren zu berücksichtigen (etwa Art. 29 Abs. 2 BV betreffend das rechtliche Gehör). 757

2. Es ist kein Leichtes, aus der Vielzahl von Gesetzen, Verordnungen und weiteren Normen jeweils jene Regel herauszudestillieren, die eine Antwort auf die sich konkret stellende Verfahrensfrage bereithält. Die Schwierigkeit liegt darin, dass sich die Normen bald verdrängen, bald ergänzen. Im Folgenden will ich die **Grundsätze** herauschälen, um so eine raschere Orientierung zu ermöglichen. Es geht mir mit anderen Worten nicht darum, das Durchführungsverfahren in der Arbeitssicherheit – oder gar das Verwaltungsverfahren in Belangen der Unfallversicherung¹⁰⁸⁸ – in all seinen Facetten darzustellen. 758

3. Die folgende Darstellung ist zweigeteilt: Zunächst lege ich dar, dass es sich beim Durchführungsverfahren in der Arbeitssicherheit um ein sozialversicherungsrechtliches Verfahren handelt (Rz. 760 ff.), was die Anwendung der entsprechenden Regeln zur Folge hat. Daran anknüpfend skizziere ich die Kaskade der anwendbaren Gesetze und Verordnungen (Rz. 772 ff.). 759

a) *Durchführungsverfahren als sozialversicherungsrechtliches Verfahren*

1. Bundesverwaltungsverfahren werden in allgemeiner Weise durch das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) geregelt. Dieses Gesetz findet Anwendung auf Verfahren vor Bundesbehörden, wozu auch die SUVA als autonome Bundesanstalt zu zählen ist (Art. 1 Abs. 2 lit. c VwVG).¹⁰⁸⁹ Nicht anwendbar ist das VwVG jedoch auf «Verfahren in Sozialversicherungssachen, 760

¹⁰⁸⁷ Die Liste der zu berücksichtigenden Erlasse ist um das Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG) und das Bundesgerichtsgesetz (BGG) zu erweitern, wenn man das Beschwerdeverfahren mitberücksichtigt.

¹⁰⁸⁸ Vgl. zum Verwaltungsverfahren in der Unfallversicherung allgemein RUMO-JUNGO, Verwaltungsverfahren, passim (zur Rechtslage vor Inkrafttreten des ATSG).

¹⁰⁸⁹ Vgl. RUMO-JUNGO, Verwaltungsverfahren, S. 186.

soweit das Bundesgesetz ... über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG] anwendbar ist» (Art. 3 lit. d^{bis} VwVG).

- 761 **2.** Nachdem Art. 3 lit. d^{bis} VwVG für «**Verfahren in Sozialversicherungssachen**» das ATSG vorbehält, stellt sich die Frage, ob es sich beim hier interessierenden Durchführungsverfahren der Arbeitssicherheit um ein solches Verfahren handelt. Die Frage ist meiner Ansicht nach zu bejahen, und zwar aus folgenden Gründen:
- 762 **a.** Für den ersten Grund ist etwas auszuholen: Beim Durchführungsverfahren in der Arbeitssicherheit geht es um die Unfallverhütung, nicht um die Unfallversicherung. Die Dichotomie zwischen Unfallverhütung und -versicherung spiegelt sich auch in den Aufgaben der SUVA: Im Durchführungsverfahren tritt sie gerade nicht als Sozialversicherung, sondern als Vollzugsorgan des Unfallversicherungsgesetzes auf (Rz. 146 ff). Diese Erkenntnis spricht für sich alleine genommen dafür, die Einordnung unter die «Verfahren in Sozialversicherungssachen» zu verneinen.
- 763 Wenn ich das Durchführungsverfahren trotzdem den sozialversicherungsrechtlichen Verfahren zuordne, dann primär deshalb, weil die Arbeitssicherheit (im Sinne der Unfallverhütung) in den Art. 81 ff. UVG und damit *in einem Einzelgesetz im Bereich der Sozialversicherung* geregelt ist. Das Unfallversicherungsgesetz selbst enthält in seinen Rechtspflegebestimmungen (Art. 105 ff. UVG) besondere Regeln, die ausschliesslich auf das Durchführungsverfahren in der Arbeitssicherheit gemünzt sind: Art. 109 lit. c UVG etwa begründet die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts für Beschwerden betreffend «Anordnungen zur Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten». Diese Anordnungen entsprechen den hier als Sanktionen bezeichneten Massnahmen, wie sie die SUVA als Durchführungsorgan in Ermahnungen, Verfügungen und dergleichen vom fehlbaren Arbeitgeber verlangt. Für Verfahrensbereiche, die das Unfallversicherungsgesetz nicht besonders regelt, ist nach Art. 1 Abs. 1 UVG auf das ATSG zurückzugreifen.
- 764 **b.** In den im ATSG enthaltenen Vorschriften über das Sozialversicherungsverfahren (Art. 34 ff. ATSG) ist regelmässig einzig vom «Versicherungsträger» die Rede. So etwa bestimmt Art. 49 Abs. 1 ATSG, dass der «Versicherungsträger schriftlich Verfügungen zu erlassen» hat über «Leistungen, Forderungen und Anordnungen, die erheblich sind oder mit denen die betroffene Person nicht einverstanden ist». Obgleich die Durchführungsorgane der Ar-

beitssicherheit also oft nicht explizit erwähnt werden, sind sie regelmässig mitgemeint, wenn das Gesetz vom Versicherungsträger spricht.¹⁰⁹⁰ Zu dieser Einschätzung bringen mich die *Materialien zum zitierten Art. 49 Abs. 1 ATSG*. Im Bericht der ständerätlichen Kommission zu Handen des Bundesrats wurde darauf hingewiesen, dass unter den Begriff «Anordnungen» insbesondere die Unfallverhütung fällt.¹⁰⁹¹

c. Die *Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts* lässt sich ebenfalls im Sinne einer Einordnung des Durchführungsverfahrens bei den sozialversicherungsrechtlichen Verfahren lesen.¹⁰⁹² Zwar hat sich das Gericht bisher noch nicht explizit zu dieser Frage geäussert. Der Umstand aber, dass es in den die Arbeitssicherheit betreffenden Urteilen regelmässig Verfahrensbestimmungen aus dem ATSG anführt, lässt den Schluss zu, dass das Gericht von einem sozialversicherungsrechtlichen Verfahren ausgeht. Sonst nämlich – wenn man das Durchführungsverfahren nicht als «Verfahren in Sozialversicherungssachen» verstünde – erübrigte sich eine Nennung des ATSG, und es wäre direkt auf das VwVG abzustellen.

Bei einer Betrachtung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich der Arbeitssicherheit fällt auf, dass für ein und dieselbe Frage bisweilen beide Gesetze (ATSG und VwVG) nebeneinander angeführt werden, was für Verwirrung sorgt. Zur Illustration sei hier auf zwei Erwägungen aus BVGer C-7273/2013 vom 8. Mai 2015 hingewiesen:

- In Erwägung 1.2 prüft das Gericht die Beschwerdelegitimation, und zwar primär nach dem VwVG (konkret: Art. 48 Abs. 1 VwVG). Beiläufig verweist es gleichwohl auf das ATSG (konkret: Art. 59 ATSG). Nachdem die Frage der Beschwerdelegitimation in beiden Gesetzen analog geregelt ist, spielt im Ergebnis keine Rolle, woraus sie sich ergibt. Mit dem Verweis auf beide Gesetze kommt indes nicht mit der wünschbaren Klarheit zum Ausdruck, dass hier das ATSG das VwVG verdrängt (vgl. Rz. 778 ff.).

¹⁰⁹⁰ Vgl. RUMO-JUNGO, *Verwaltungsverfahren*, S. 184 Fn. 10 (bezogen jedoch nicht auf das Gesetz, sondern auf die von ihr verwendete Begrifflichkeit). Vgl. auch Art. 34 ATSG, wo von der Gleichstellung von Versicherungsträger und Durchführungsorgan die Rede ist.

¹⁰⁹¹ Bericht SR-Kommission ATSG 1990, S. 261. Vgl. auch den Abschnittstitel vor Art. 64 f. VUV («Anordnungen»).

¹⁰⁹² Vgl. etwa das in Rz. 766 ff. erwähnte Urteil.

- 768 – In Erwägung 1.3 prüft das Bundesverwaltungsgericht die Einhaltung der 30-tägigen Beschwerdefrist (Art. 60 Abs. 1 ATSG). Unnötigerweise führt das Gericht auch Art. 22a VwVG an, den es «in Verbindung mit Art. 60 ATSG» liest. Das VwVG bleibt indessen für die Länge der Frist sowie für deren Berechnung und den Fristenstillstand gänzlich aus dem Spiel, da das ATSG mit Art. 38 Abs. 4 lit. c eine eigene Regelung enthält.
- 769 **3.** Die Einordnung des Durchführungsverfahrens unter die sozialversicherungsrechtlichen Verfahren hat zur Folge, dass allgemeine Verfahrensfragen nicht nach dem VwVG, sondern **primär nach dem ATSG** zu beurteilen sind.¹⁰⁹³ Ob sich eine Verfahrensfrage nach den Regeln des ATSG oder jenen des VwVG bestimmt, ist praktisch freilich nur von Bedeutung, wenn ein und dieselbe Frage durch die beiden Gesetze unterschiedlich geregelt wird. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Gesetzgeber beim Erlass der Verfahrensbestimmungen des ATSG stark vom VwVG inspirieren liess.¹⁰⁹⁴ Unterschiedlich regeln ATSG und VwVG etwa die Frage, ob eine Verfügung stets mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen sei: Gelangt das ATSG zur Anwendung, ist die Frage zu bejahen (Art. 49 Abs. 3 ATSG).¹⁰⁹⁵ Anders verhält es sich indessen, wenn das VwVG Anwendung findet: Nach Art. 35 Abs. 3 VwVG, kann die verfügende Behörde auf eine «Rechtsmittelbelehrung verzichten, wenn sie den Begehren der Parteien voll entspricht ...».
- 770 **4.** Zusammenfassend spielt keine Rolle, ob die SUVA im Bereich der Arbeitssicherheit in ihrer Rolle als Sozialversicherung oder aber in jener des Durchführungsorgans der Arbeitssicherheit auftritt: Das *Verwaltungsverfahren vor ihr ist so oder anders ein «Sozialversicherungsverfahren»* (Abschnittstitel vor Art. 34 ff. ATSG), was die Anwendung der entsprechenden Regeln, insbesondere jenen des ATSG, zur Folge hat.
- 771 Bevor für die Beantwortung einer Verfahrensfrage auf das ATSG zurückgegriffen wird, sind jedoch die besonderen Regelungen (insbesondere im UVG und in der VUV) zu konsultieren. Nachfolgend stelle ich die Kaskade dar, nach der in einem konkreten Fall vorzugehen ist, um das anwendbare Verfahrensrecht zu eruieren (Rz. 772 ff.).

¹⁰⁹³ Vgl. BVGer C-852/2013 vom 17. Dezember 2015 E. 1.2.

¹⁰⁹⁴ Vgl. Bericht SR-Kommission ATSG 1990, S. 260. Ein Beispiel, an dem sich diese Inspiration aufzeigen lässt, ist die Beschwerdelegitimation: Art. 59 ATSG entstand «in direkter Anlehnung an Art. 48 VwVG» (KIESER, ATSG-Kommentar, N 1 zu Art. 59).

¹⁰⁹⁵ Zum Erfordernis der Rechtsmittelbelehrung nach Art. 49 Abs. 3 ATSG siehe KIESER, ATSG-Kommentar, N 52 ff. zu Art. 49.

b) *Kaskade der anwendbaren Gesetze und Verordnungen*

1. Im Durchführungsverfahren der Arbeitssicherheit ergibt sich das anwendbare Verfahrensrecht – wie im Verwaltungsverfahrensrecht üblich – primär aus dem einschlägigen Spezialgesetz. Für eine Verfahrensfrage, die sich im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Sanktionierung des fehlbaren Arbeitgebers stellt, ist demnach primär das UVG zu konsultieren. In den **Art. 105–111 UVG** finden sich Verfahrensvorschriften, die unter dem Titel «Sonderbestimmungen zur Rechtspflege»¹⁰⁹⁶ stehen. Eine spezifische Regel findet sich dort etwa betreffend die Möglichkeit der Einsprache gegen Verfügungen der SUVA: Bei «Gefahr im Verzug» kann diese gestützt auf Art. 105a UVG ihre Verfügungen ohne Einsprachemöglichkeit erlassen. Nach der allgemeineren Regel in Art. 52 ATSG kann – und muss – gegen Verfügungen stets Einsprache erhoben werden, bevor eine Verfügung mittels Beschwerde anfechtbar ist. 772

Sonderbestimmungen enthält auch die *Verordnung über die Unfallverhütung (VUV)*. So hat der Bundesrat in Art. 62 Abs. 1 VUV bestimmt, wie die SUVA vorzugehen hat, wenn sie feststellt, «dass Vorschriften über die Arbeitssicherheit verletzt sind». Der Arbeitgeber ist dann – dringende Fälle vorbehalten (Art. 62 Abs. 2 VUV) – auf den Verstoss aufmerksam zu machen, wobei ihm eine «angemessene Frist zur Einhaltung der Vorschrift» zu setzen ist (sogenannte Ermahnung; vgl. Rz. 791 ff.). 773

2. Ist ein Verfahrensbereich in den verfahrensrechtlichen «Sonderbestimmungen» des Unfallversicherungsgesetzes (Art. 105 ff. UVG) nicht geregelt, ist auf die allgemeinen Rechtspflegebestimmungen des ATSG zurückzugreifen. Das ergibt sich einerseits aus Art. 1 Abs. 1 UVG, andererseits aus Art. 3 lit. d^{bis} VwVG. Angesprochen sind damit insbesondere die **Art. 27–62 ATSG**. Zwei Beispiele mögen dies illustrieren: 774

– Gegen Verfügungen der SUVA ist grundsätzlich (zur Ausnahme siehe Rz. 825 und 833 ff.) Einsprache zu erheben, bevor Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht geführt werden kann. Die Einsprache ist innert 30 Tagen zu erheben (Art. 52 Abs. 1 ATSG) und das Einspracheverfahren ist kostenlos (Art. 52 Abs. 3 ATSG). 775

¹⁰⁹⁶ So der Titel des Kapitels vor Art. 105 UVG.

- 776 – Ist eine Eingabe an die falsche Stelle gerichtete, so ist sie in Anwendung von Art. 30 ATSG von Amtes wegen dem zuständigen Durchführungsorgan zu übermitteln.¹⁰⁹⁷
- 777 **3.** Regelt auch das ATSG eine Verfahrensfrage nicht, die sich im Rahmen des Durchführungsverfahrens ergibt, ist ergänzend auf das **Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)** zurückzugreifen. Das ergibt sich aus Art. 55 Abs. 1 ATSG, wonach sich in «den Artikeln 27–54 [ATSG] oder in den Einzelgesetzen nicht abschliessend geregelte Verfahrensbereiche ... nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz ... [bestimmen]». So ist der Beschwerdeverfänger im Beschwerdeverfahren nach Massgabe von Art. 63 Abs. 4 VwVG verpflichtet, einen Kostenvorschuss zu leisten. Inwiefern auf das VwVG «ergänzend» zurückzugreifen ist, bedarf der Erläuterung.
- 778 **a.** Wie ausgeführt (Rz. 760 ff.), handelt es sich beim Durchführungsverfahren um ein sozialversicherungsrechtliches Verfahren, womit der Vorbehalt in Art. 3 lit. d^{bis} VwVG zum Tragen kommt und somit das ATSG dem VwVG jedenfalls insoweit vorgeht, als es eine bestimmte Frage regelt. Dieser «Vorrang» des ATSG ist auch in Art. 55 Abs. 2 ATSG geregelt. Nach seiner Massgabe richtet sich das «Verfahren vor einer Bundesbehörde» – wozu die SUVA gehört¹⁰⁹⁸ – nicht nach dem ATSG, sondern nach dem VwVG.¹⁰⁹⁹ Zunächst einmal ist das VwVG auf das Verfahren der Bundesbehörden in Sozialversicherungssachen anwendbar. Aber: Das ATSG behält in Art. 55 Abs. 2 gerade die Entscheidungen betreffend «sozialversicherungsrechtliche Leistungen, Forderungen und Anordnungen» vor. Jene Instrumente, welche die SUVA im Rahmen des Durchführungsverfahrens gegen den fehlbaren Arbeitgeber ausspricht, fallen unter den Begriff der sozialversicherungsrechtlichen Anordnungen,¹¹⁰⁰ womit das ATSG Anwendung findet.

¹⁰⁹⁷ Vgl. auch EKAS, Leitfaden, S. 3.

¹⁰⁹⁸ Zwar wird der Begriff der Bundesbehörde nach Art. 55 Abs. 2 ATSG nicht näher umschrieben, doch ist davon auszugehen, dass damit Bundesverwaltungsbehörden im Sinne von Art. 1 VwVG gemeint sind (KIESER, ATSG-Kommentar, N 30 zu Art. 55 m.H.). Darunter fällt auch die SUVA als autonome Bundesanstalt (siehe Fn. 1189).

¹⁰⁹⁹ Vgl. die altrechtliche Norm in Art. 96 aUVG (AS 1982 1676), nach der sich das Durchführungsverfahren vor der SUVA im Grundsatz nach dem VwVG richtete, ausser das UVG enthalte eine abweichende Regelung (dazu auch KIESER, ATSG-Kommentar, N 34 zu Art. 55 m.w.H.).

¹¹⁰⁰ Um zu verstehen, was mit sozialversicherungsrechtlichen Anordnungen gemäss Art. 55 Abs. 2 ATSG gemeint ist, hat man sich an Art. 49 Abs. 1 ATSG zu halten (KIESER, ATSG-Kommentar, N 31 zu Art. 55). Zwar bereitet die Auslegung des Begriffs «Anord-

b. Das VwVG gelangt nach der gesetzlichen Anordnung überhaupt nur zur Anwendung, wenn das ATSG einen «Verfahrensbereich» *zumindest teilweise regelt*. Das ergibt sich aus Art. 55 Abs. 1 ATSG, der nur für «nicht abschliessend geregelte Verfahrensbereiche» auf das VwVG verweist.¹¹⁰¹ Ist eine bestimmte Frage indessen überhaupt nicht Gegenstand des ATSG, kann nicht auf das VwVG zurückgegriffen werden. Der Entscheid, ob ein Verfahrensbereich überhaupt (wenn auch nur ansatzweise) geregelt ist und das VwVG entsprechend ergänzend Anwendung findet, kann im Einzelfall zwar schwierig sein. Doch liess der Gesetzgeber offen, was unter einem «Verfahrensbereich» zu verstehen ist, womit – bei extensiver Auslegung dieses Begriffs – «keine Bereiche ersichtlich [sind], die nicht jedenfalls ansatzweise im ATSG geregelt»¹¹⁰² werden.

4. Ausserhalb der Kaskade steht der **Leitfaden der EKAS** (Rz. 262 ff.). Das Durchführungsverfahren wird nämlich nicht nur durch Vorschriften, verstanden als Summe der erwähnten Gesetze und Verordnungen, geregelt; auch der Leitfaden enthält «Ausführungsbestimmungen zum Verfahren»¹¹⁰³. Mit dem Leitfaden strebt die EKAS ein «einheitliches und rechtsgleiches Vorgehen in der Praxis»¹¹⁰⁴ an. Rechtlich kommt ihm der Stellenwert einer Verwaltungsverordnung zu,¹¹⁰⁵ weshalb er für die SUVA und für die übrigen Durchfüh-

nungen» generell erhebliche Schwierigkeiten (KIESER, ATSG-Kommentar, N 12 zu Art. 49), doch geht aus den Materialien hervor, dass darunter insbesondere Massnahmen der Unfallverhütung zu verstehen sind (BBl 1991 II 185 S. 261; vgl. auch KIESER, ATSG-Kommentar, N 13 zu Art. 49). Der Ausdruck «Anordnung» taucht denn auch in den Art. 105a und 109 lit. c UVG sowie in der Verordnung über die Unfallverhütung (vgl. die Abschnittsüberschrift vor Art. 64 f. VUV) wieder auf.

¹¹⁰¹ Aus dem Wortlaut («nicht abschliessend geregelte Verfahrensbereiche») sowie aus der Entstehungsgeschichte der Norm lässt sich darauf schliessen, dass das VwVG nicht zur Anwendung gelangt, wenn ein Verfahrensbereich im ATSG überhaupt nicht geregelt ist (dazu kritisch KIESER, ATSG-Kommentar, N 12 zu Art. 55).

¹¹⁰² KIESER, ATSG-Kommentar, N 7 zu Art. 55.

¹¹⁰³ BVGer C-7273/2013 vom 8. Mai 2015 E. 3.2.

¹¹⁰⁴ EKAS, Leitfaden, S. 1 (Ziff. 1). Vgl. auch BVGer C-1454/2008 vom 8. Juni 2010 E. 2.5.1: Der EKAS-Leitfaden «soll wie Verwaltungsverordnungen (zu welchen bspw. Weisungen, Richtlinien usw. gehören) eine einheitliche, gleichmässige und sachrichtige Praxis des Gesetzesvollzugs sicherstellen und ist daher für die Durchführungsorgane grundsätzlich verbindlich».

¹¹⁰⁵ Siehe zum Instrument der Verwaltungsverordnung einlässlich DUBEY/ZUFFEREY, *Droit administratif général*, Rz. 836 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Verwaltungsrecht*, § 41 Rz. 11 ff.; BGE 129 V 226 E. 4.1; 107 V 153 E. 2b; 104 Ia 161 E. 2. Vgl. bereits Rz. 263 f.

rungsorgane der Arbeitssicherheit verbindlich ist: Art. 85 Abs. 4 UVG ordnet an, dass die «Beschlüsse der Koordinationskommission ... für die Versicherer und die Durchführungsorgane des Arbeitsgesetzes verbindlich» sind. Mit Bezug auf den Leitfaden der EKAS stellen sich hier zwei Fragen: erstens, ob der Leitfaden als Beschluss im Sinne von Art. 85 Abs. 4 UVG gilt. Dies ist meines Erachtens zu bejahen. Die zweite Frage ist, ob der Leitfaden auch die SUVA bindet. Nach einer strengen Lesart des bereits zitierten Art. 85 Abs. 4 UVG nämlich ist die SUVA in ihrer Funktion als Durchführungsorgan der Arbeitssicherheit nicht erfasst. Sie ist nicht Durchführungsorgan des Arbeitsgesetzes, sondern ausschliesslich des Unfallversicherungsgesetzes. Diese Formulierung ist nach meinem Dafürhalten zu eng geraten und entsprechend missglückt. Das Bundesverwaltungsgericht stellt den Leitfaden der EKAS richtigerweise einer Verwaltungsverordnung gleich, weshalb er «für die Durchführungsorgane grundsätzlich verbindlich» ist.¹¹⁰⁶

3. Eskalation von der Bestätigung zur Verfügung

781 Nachfolgend behandle ich zunächst die «Bestätigung» (Rz. 782 ff.), die in dem Sinne eine Erfindung der EKAS darstellt, als sie einzig in deren Leitfaden (nicht aber im Gesetzes- und Verordnungsrecht) erwähnt wird. Weiter gehe ich auf die Ermahnung (Rz. 791 ff.) und dann auf die Verfügung (Rz. 796 ff.) ein, wie sie in der Verordnung über die Unfallverhütung vorgesehen sind.

a) *Bestätigung als letzte Stufe der Beratung*

782 **1.** Die Bestätigung ist eine «Information des Durchführungsorgans zuhanden des Betriebs ..., worin dieser erstmals schriftlich ... auf festgestellte Mängel, die zu treffenden Massnahmen und die Frist für deren Vollzug aufmerksam gemacht wird»¹¹⁰⁷. Die Bestätigung steht **ausserhalb des Durchführungsverfahrens**, wie es in Gesetz und Verordnung geregelt ist. Ihre Grundlage findet sie weder im UVG noch in der VUV.¹¹⁰⁸ In ihrem an die Durchfüh-

¹¹⁰⁶ BVGer C-1454/2008 vom 8. Juni 2010 E. 2.5.1; vgl. auch BVGer C-7273/2013 vom 8. Mai 2015 E. 3.2; C-6018/2008 vom 25. November 2010 E. 3.2.

¹¹⁰⁷ EKAS, Leitfaden, S. 16 (Ziff. 4.5.2).

¹¹⁰⁸ So auch EKAS, Leitfaden, S. 16 (Ziff. 4.5.1).

rungsorgane gerichteten Leitfaden legt die Kommission fest, in welchen Situationen die Bestätigung zur Anwendung gelangen soll (Rz. 784).¹¹⁰⁹

2. Obgleich die Bestätigung nicht dem Durchführungsverfahren zuzurechnen ist, behandle ich sie hier unter diesem Titel. Der Grund dafür liegt darin, dass die Bestätigung gewissermassen die letzte Stufe der Beratungstätigkeit der SUVA darstellt (Art. 60 VUV)¹¹¹⁰. Mit ihr signalisiert sie dem Arbeitgeber, dass eine Ermahnung (Art. 62 VUV; Rz. 791 ff.) und damit das Durchführungsverfahren bevorsteht. Die Bestätigung ist demnach der **erste Schritt in ein förmliches Verfahren**, wobei der förmliche Charakter auch dadurch zum Ausdruck kommt, dass die Bestätigung ein schriftliches Dokument ist, mit welchem dem Arbeitgeber eine Frist gesetzt wird. 783

3. Die EKAS gibt den Durchführungsorganen – mithin auch der SUVA – in ihrem Leitfaden vor, dass bei Verstössen gegen Verhaltensvorschriften in der Regel eine Bestätigung auszustellen ist. In drei Ausnahmefällen ist leitfadengemäss indes **auf eine Bestätigung zu verzichten**: 784

- bei geringfügigen Mängeln, die im Rahmen des Betriebsbesuchs an Ort und Stelle behoben werden;¹¹¹¹ 785
- wenn zum Vornherein feststeht, dass der Arbeitgeber die gebotenen Massnahmen nicht freiwillig umsetzen wird. In solchen Fällen hat die SUVA direkt – grundsätzlich mittels Ermahnung – das Durchführungsverfahren einzuleiten;¹¹¹² und 786
- in Fällen erhöhter Gefährdung. Auch in dieser Konstellation ist die SUVA gehalten, direkt das Durchführungsverfahren in Gang zu setzen.¹¹¹³ 787

4. Mit der Bestätigung setzt die SUVA dem fehlbaren Arbeitgeber eine **Frist zur Umsetzung der gebotenen Massnahmen**. Bestätigt der Arbeitgeber der SUVA daraufhin fristgerecht die Umsetzung der verlangten Massnahmen 788

¹¹⁰⁹ Vgl. EKAS, Leitfaden, S. 16 (Ziff. 4.5.1). Ein Musterbrief einer Bestätigung findet sich in EKAS, Leitfaden, S. 58 ff.

¹¹¹⁰ Vgl. EKAS, Leitfaden, S. 16 (Ziff. 4.5.2): «Die Bestätigung ist ... Teil der individuellen Beratung des Betriebes. Sie hat zum Ziel, den Arbeitgeber über die für seinen Arbeitsbereich geltenden Bestimmungen zu informieren und ihm Lösungsmöglichkeiten bei Arbeitssicherheitsproblemen aufzuzeigen.»

¹¹¹¹ EKAS, Leitfaden, S. 17 (Ziff. 4.5.4).

¹¹¹² EKAS, Leitfaden, S. 16 (Ziff. 4.5.3).

¹¹¹³ EKAS, Leitfaden, S. 16 (Ziff. 4.5.3).

(Vollzugsmeldung¹¹¹⁴), besteht aus Sicht der SUVA kein weiterer Handlungsbedarf, da der polizeiwidrige Zustand weggefallen ist. Anders stehen die Dinge, wenn der Arbeitgeber die Vollzugsmeldung nicht fristgerecht beibringt: Dann greifen die Instrumente des Durchführungsverfahrens, auf die sogleich einzugehen ist (Rz. 790 ff.).

- 789 **5.** Klarzustellen ist hinsichtlich der Bestätigung, dass ihr **kein Verfügungscharakter** zukommt. Wenn der Arbeitgeber mit den ihm mittels Bestätigung auferlegten Massnahmen nicht einverstanden ist, bleibt ihm der Rechtsschutz in diesem Stadium noch versagt. Will er sich gegen die verlangten Schutzmassnahmen zur Wehr setzen, hat er die Bestätigungsfrist verstreichen zu lassen und auf diese Weise eine Ermahnung und dann eine Verfügung zu «provozieren».¹¹¹⁵

*b) Die Sanktionen nach Verordnungsrecht:
von der Ermahnung zur Verfügung*

- 790 Die Verordnung über die Unfallverhütung sieht einzig eine zweistufige Eskalationsordnung vor, um gegen den fehlbaren Arbeitgeber vorzugehen. Auf der ersten Stufe steht die Ermahnung nach Art. 62 VUV (Rz. 791 ff.), auf der zweiten Stufe die Verfügung nach Art. 64 VUV (Rz. 796 ff.).

aa) Ermahnung (Art. 62 VUV)

- 791 **1.** Während die Bestätigung (Rz. 782 ff.) in dem Sinne ausserhalb des Durchführungsverfahrens steht, als sie einzig im Leitfaden der EKAS vorgesehen ist, hat die Ermahnung im Verordnungsrecht (Art. 62 VUV) Niederschlag gefunden. Sie steht demnach am **Anfang des Durchführungsverfahrens**, wie es durch Rechtsnormen geregelt ist.¹¹¹⁶

¹¹¹⁴ Art. 65 VUV. Vgl. die Muster-Vollzugsmeldung in EKAS, Leitfaden, S. 61.

¹¹¹⁵ Siehe zum Rechtsschutz gegen eine Ermahnung Rz. 794 und 845 f.

¹¹¹⁶ Vgl. zum Instrument der Ermahnung generell EKAS, Leitfaden, S. 17 (Ziff. 4.6 ff.). Musterbriefe finden sich auf S. 63 und 66 des Leitfadens.

2. Stellt die SUVA bei einem Betriebsbesuch eine Verletzung der Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit fest und ist die in der Bestätigung ange setzte Frist für eine Vollzugsmeldung unbenutzt verstrichen,¹¹¹⁷ macht die SUVA den Arbeitgeber mit der Ermahnung auf die Verletzung «aufmerksam und setzt ihm eine angemessene Frist zur Einhaltung der Vorschrift» (Art. 62 Abs. 1 erster Satz VUV). Die Ermahnung ist darauf angelegt, den Arbeitgeber auf die einzuhaltenden **Schutzziele und Massnahmen** hinzuweisen. Gemeint sind jene Massnahmen, die das Verhalten des Arbeitgebers im Lichte der Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit vom non-konformen in den konformen Bereich rücken. 792
3. In der Eskalationsordnung, die das Durchführungsverfahren prägt, ist die Ermahnung als **Vorstufe zur Verfügung** konzipiert.¹¹¹⁸ Zur Sanktion der Verfügung greift die SUVA einzig dann, wenn der Arbeitgeber «einer Ermahnung keine Folge» leistet (Art. 64 Abs. 1 VUV). In Ausnahmefällen – die Verordnung selbst spricht von «dringenden Fällen» (Art. 62 Abs. 2 VUV) – verzichtet das Durchführungsorgan auf die Ermahnung und ordnet die gebotenen Schutzmassnahme unmittelbar mittels Verfügung an.¹¹¹⁹ 793
4. Liegt kein dringender Fall nach Art. 62 Abs. 2 VUV vor, erlässt die SUVA eine Ermahnung. Die zentrale Frage, die sich in diesem Verfahrens stadium stellt, ist jene nach dem **Rechtsschutz**: Kann der Arbeitgeber, wenn er mit der Beurteilung des Sachverhalts durch die SUVA nicht einverstanden ist, sich gegen die Ermahnung zur Wehr setzen, oder muss er das Durchführungsverfahren vielmehr bis zur Verfügung eskalieren lassen? Auf diese Frage nach dem Anfechtungsobjekt gehe ich beim Beschwerdeverfahren ein (Rz. 838 ff.). Erwähnt sei hier einzig, dass die Beantwortung der Frage im 794

¹¹¹⁷ Vgl. EKAS, Leitfaden, S. 17 (Ziff. 4.6.1): «Geht [der Ermahnung] ein Bestätigungsschreiben voraus, so schliesst die Ermahnung an die in der Bestätigung gesetzte Frist an, wenn diese ergebnislos verstrichen ist.»

¹¹¹⁸ Vgl. BVerfG C-3182/2006 vom 6. Juli 2007 E. 3.5. Vgl. auch Rz. 797.

¹¹¹⁹ So verhielt es sich in BVGE 2010/37 zugrunde liegenden Sachverhalt (fehlendes Fassadengerüst bei einer Absturzhöhe von über drei Metern). Indessen liess die SUVA im konkreten Fall ihrer Verfügung nach rund sechs Wochen noch eine Ermahnung folgen; vgl. Rz. 800.

konkreten Fall davon abhängt, ob die Ermahnung die Strukturmerkmale einer Verfügung aufweist.¹¹²⁰

- 795 **5.** Sofern der Arbeitgeber gegen eine EKAS-Richtlinie und damit gegen eine Verhaltensnorm verstösst, für welche die Rechtsordnung eine **Abweichungsmöglichkeit** vorsieht (Rz. 504), ist der Arbeitgeber in der Ermahnung auch darauf hinzuweisen. Ob «solche [abweichenden] Lösungen akzeptiert werden können oder nicht», hat das «zuständige Durchführungsorgan ... zu entscheiden»¹¹²¹.

bb) Verfügung (Art. 64 VUV)

- 796 **1.** Die Verfügung ist die zentrale Handlungsform der Verwaltung.¹¹²² Der Verfügungsbegriff prägt das Verwaltungsrecht insofern, als dass gerichtlicher **Rechtsschutz regelmässig das Vorliegen einer Verfügung** voraussetzt.¹¹²³ Das Bundesrecht enthält in Art. 5 Abs. 1 VwVG eine Definition des Verfügungsbegriffs,¹¹²⁴ von der das Bundesgericht in der Formulierung (nicht aber inhaltlich¹¹²⁵) abweicht.¹¹²⁶

¹¹²⁰ BVGE 2010/37 E. 2.2. Die Bezeichnung des Dokuments ist für sich alleine nicht ausschlaggebend. Nach einer förmlichen Betrachtung, die einzig auf die Bezeichnung abstellt, wäre eine Ermahnung eben Ermahnung, nicht Verfügung.

¹¹²¹ EKAS, Leitfaden, S. 17 (Ziff. 4.6 ff.).

¹¹²² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 27 Rz. 12. Vgl. zur Handlungsform der Verfügung einlässlich TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 28 ff.

¹¹²³ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 28 Rz. 14. Demgegenüber besteht nur ausnahmsweise unmittelbarer Rechtsschutz gegen Realakte. Vgl. etwa DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, Rz. 807 ff.; BERIGER/GLASER, Realakte, passim. Im Rechtsmittelverfahren wird freilich nicht mehr an die Verfügung, sondern an einen Entscheid oder ein Urteil angeknüpft. Diese weisen sämtliche Merkmale der Verfügung auf – weshalb sie ihr von Gesetzes wegen gleichgestellt sind (Art. 5 Abs. 2 VwVG).

¹¹²⁴ Art. 5 Abs. 1 VwVG lautet: «Als Verfügungen gelten Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und zum Gegenstand haben: a. Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten; b. Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten oder Pflichten; c. Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nichteintreten auf solche Begehren.» Vgl. auch die Definition von TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 28 Rz. 1: «Verfügung» meint die Anordnung einer Behörde, mit der im Einzelfall ein Rechtsver-

2. Wie ich noch näher dartun werde (Rz. 845 f.), sind im Durchführungsverfahren gegebenenfalls schon bei einer Ermahnung nach Art. 62 VUV die erwähnten Strukturelemente einer Verfügung gegeben. Spätestens aber, wenn der Arbeitgeber auf eine ausgesprochene Ermahnung hin nicht fristgemäss eine Vollzugsmeldung absetzt, greift die SUVA in Anwendung von **Art. 64 VUV** zu jener Sanktion, die das Verordnungsrecht explizit als Verfügung bezeichnet.¹¹²⁷ Die Ermahnung stellt die Vorstufe der Verfügung nach Art. 64 VUV dar (Rz. 793).¹¹²⁸ Dies ist in mehrfacher Hinsicht zu erläutern:

a. Zu erinnern ist zunächst daran, dass die Ermahnung in *dringenden Fällen* nach Art. 62 Abs. 2 VUV entfällt (Rz. 793). In diesen Fällen erlässt die SUVA gegenüber dem Arbeitgeber unmittelbar eine Verfügung. 797

b. Die EKAS gibt in ihrem Leitfaden vor, einem Arbeitgeber sei in der Regel mit der dritten Ermahnung eine Prämienhöhung anzudrohen.¹¹²⁹ Keine eindeutige Antwort ist dem Leitfaden auf die Frage zu entnehmen, wie es sich verhält, wenn die SUVA auf eine Ermahnung verzichtet und direkt eine Verfügung nach Art. 64 VUV erlässt: Hat sie in einem solchen Fall der Verfügung noch eine Ermahnung folgen zu lassen? 799

Für genau dieses Vorgehen entschied sich die SUVA im Sachverhalt, wie er BVGE 2010/37 zugrunde lag: Sie verfügte ohne vorgängige Ermahnung, erliess aber später (nach Einreichen der Beschwerde gegen die Verfügung) zusätzlich eine Ermahnung. Der Grund für dieses «Nachschieben» hatte wohl mit der Sanktion der Prämienhöhung zu tun: Wie erwähnt (Rz. 799), ist sie dem Betrieb vorgängig anzudrohen. Offenbar hatte die SUVA diese Androhung nicht in die Verfügung aufgenommen, weshalb sie sich gezwungen sah, dies nachträglich in einer Ermahnung zu tun. 800

hältnis geregelt wird, in einseitiger und verbindlicher Weise, gestützt auf öffentliches Recht.»

¹¹²⁵ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, Rz. 325, nach denen die bundesgerichtliche Umschreibung «sinngemäss der Legaldefinition von Art. 5 Abs. 1 VwVG [entspricht]».

¹¹²⁶ Das Bundesgericht definiert Verfügungen als «autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen der Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind» (BGer 2C_786/2010 vom 19. Januar 2011 E. 2.1 m.w.H.).

¹¹²⁷ Die EKAS hat für Verfügungen nach Art. 64 VUV Musterdokumente erarbeitet. Abgedruckt sind diese in EKAS, *Leitfaden*, S. 70 ff., 73 ff. und 77 ff.

¹¹²⁸ Vgl. BVGer C-3182/2006 vom 6. Juli 2007 E. 3.5.

¹¹²⁹ EKAS, *Leitfaden*, S. 30.

- 801 **c.** Relevant ist die Frage also vor allem für eine allfällige Prämien­erhöhung, welche die SUVA später gegen den fehlbaren Arbeitgeber verfügen möchte. Diese Möglichkeit hat sie nur, wenn sie die verwaltungsrechtliche Sanktion – die Prämien­erhöhung – vorher angedroht hat. Zurecht hat es das Bundes­verwaltungsgericht vor noch nicht allzu langer Zeit für «wünschenswert» erklärt, wenn die SUVA in einem solchen Fall bereits in die Verfügung «auch die Elemente einer Ermahnung im Hinblick auf eine spätere Prämien­erhöhung» auf­nahme.¹¹³⁰
- 802 **d.** Sofern die SUVA hingegen bei gestützt auf Art. 62 Abs. 2 VUV erlassenen Verfügungen darauf verzichtet, die im Hinblick auf eine Prämien­erhöhung notwendigen Elemente aufzunehmen, hat sie rechtsprechungsgemäss «in der Verfügung klarzustellen, dass diese noch keine Feststellung enthält, dass der Verfügungsadressat Arbeitssicherheitsvorschriften verletzt hat, welche im Hinblick auf eine Prämien­erhöhung berücksichtigt werden können, und dass eine solche Feststellung erst in einer später zu erlassenden anfechtbaren Ermahnung getroffen würde. Für einen betroffenen Betrieb muss klar sein, wann beziehungsweise in welchem Verfahren er eine solche Feststellung des Kontrollorgans bestreiten kann»¹¹³¹.
- 803 **3.** Aus Sicht der SUVA stellt sich die **Frage, wie detailliert** sie dem Verfügungsadressaten (Arbeitgeber) vorzuschreiben hat, welche Schutz­massnahmen er umzusetzen hat. Nach Auffassung der EKAS sind die gebotenen Massnahmen «nicht bis ins letzte Detail vorzuschreiben». Vielmehr genüge, «wenn das Schutzziel und mögliche Lösungen je nach der technischen Schwierigkeit mehr oder weniger konkret umschrieben werden. Letztlich ist es Sache des Arbeitgebers, wie er das Schutzziel verwirklichen will, sofern das Durchführungsorgan die gewählte Lösung als genügend beurteilt»¹¹³².
- 804 Diese Anweisung der EKAS an die SUVA ist vor dem Hintergrund jener zwei polaren Regulierungsansätze zu lesen, die ich im zweiten Teil dargestellt habe: dem risikobasierten Ansatz und Enumerationsansatz (zu diesen beiden Ansätzen Rz. 551 ff.). Die EKAS anerkennt in der zitierten Passage aus ihrem Leitfaden (Rz. 803) die Grenzen der Enumeration und unterstreicht den Grundgedanken des risikobasierten Regulierungsansatzes. Den-

¹¹³⁰ BVGE 2010/37 E. 2.5.4. Vgl. zu diesen Elementen EKAS, Leitfaden, S. 29 f. (Ziff. 5.3.3). Diese Rechtsprechung hat in der überarbeiteten fünften Auflage des EKAS-Leitfadens indes keine Berücksichtigung gefunden.

¹¹³¹ BVGE 2010/37 E. 2.5.4.

¹¹³² EKAS, Leitfaden, S. 22 (Ziff. 4.8.4; Hervorhebung hinzugefügt).

noch: Zu fordern ist, dass die SUVA in ihrer Verfügung die gebotenen Schutzmassnahmen so konkret wie nur möglich erwähnt.¹¹³³ Es ist gerade die Funktion der Verfügung, die Schutzpflicht des Arbeitgebers für den konkreten Fall festzulegen.

4. Ihrem Inhalt nach kann sich eine Verfügung der SUVA auf jede Anordnung beziehen, mit der vom Arbeitgeber die Einhaltung der Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit und somit die Herstellung des rechtmässigen Zustands verlangt wird. Die Verordnung ermöglicht es der SUVA, sämtliche «erforderlichen Massnahmen» per Verfügung anzuordnen (Art. 64 Abs. 1 VUV). Bezogen auf den Beispielfall 2 etwa, wo ein Fassadengerüst fehlt (Rz. 28 f.), kann eine Verfügung dahingehend lauten, dass erstens festgestellt wird, der Arbeitgeber habe die erforderlichen Schutzmassnahmen nicht getroffen und zweitens, dass er verpflichtet wird, ein Fassadengerüst zu erstellen.¹¹³⁴ Eine praktisch besonders bedeutsame Sanktion, welche die SUVA mittels Verfügung verhängt, ist die Prämienerrhöhung nach Art. 92 Abs. 3 UVG (Rz. 807 ff.).

Wird ein Arbeitnehmer unmittelbarer schwer an Leib und Leben gefährdet, wendet die zuständige kantonale Behörde – auf Ersuchen der SUVA hin – unmittelbaren Zwang an (Art. 67 Abs. 2 VUV i.V.m. Art. 86 Abs. 2 UVG; vgl. Rz. 882 ff.).

¹¹³³ Hat die verfügende Stelle keine genaue Vorstellung davon, was sie vom Verfügungsadressaten erwartet, kann dies zu einer paradoxen Situation führen, wie sie etwa BGER 2C_950/2012 vom 8. August 2013 zugrunde lag: Eine Fluggesellschaft wehrte sich bis vor Bundesgericht gegen eine nach ihrem Dafürhalten das Bestimmtheitsgebot verletzende Verfügung des BAZL im Bereich Aircraft Security und Aircraft Protection: Die Fluggesellschaft argumentierte, sie «wisse bis heute nicht, welche Massnahmen zu ergreifen seien» (E. 4.1).

¹¹³⁴ Für einen ähnlich gelagerten Fall vgl. BVGer C-5198/2012 vom 13. Mai 2013, Sachverhalt B. Die SUVA erliess im Rahmen einer Baustellenkontrolle eine Verfügung, in der sie unter anderem festhielt: «Einseitig, im Bereich Treppenhaus zu Passerelle, fehlt das Fassadengerüst. Die Absturzhöhe beträgt 17m. Massnahme: Es ist ein regelkonformes Fassadengerüst zu erstellen.»

4. Prämien­erhöhung (Art. 92 Abs. 3 UVG)

807 **1.** Die neben dem Baustopp (Schliessung des Betriebs oder Betriebsteils; Rz. 887) **praktisch wichtigste Sanktion**,¹¹³⁵ welche die SUVA gegenüber einem fehlbaren Arbeitgeber verhängen kann, ist die sogenannte Prämien­erhöhung. Geregelt ist sie in ihren Grundsätzen im Unfallversicherungsgesetz, wobei die Verordnung über die Unfallverhütung Ausführungsvorschriften enthält.

808 **a.** *Art. 92 Abs. 2 und 3 UVG* lauten folgendermassen:

809 «² Für die Bemessung der Prämien in der Berufsunfallversicherung werden die Betriebe nach ihrer Art und ihren Verhältnissen in Klassen des Prämien­tarifs und innerhalb dieser in Stufen eingereiht; dabei werden insbesondere Unfallgefahr und Stand der Unfallverhütung berücksichtigt. [...]

³ Bei Zuwiderhandlung gegen Vorschriften über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten können die Betriebe jederzeit und auch rückwirkend in eine höhere Gefahrenstufe versetzt werden.»

810 **b.** *Art. 66 Abs. 1 VUV* hat folgenden Wortlaut:

811 «Leistet ein Arbeitgeber einer vollstreckbaren Verfügung keine Folge oder handelt er auf andere Weise Vorschriften über die Arbeitssicherheit zuwider, so kann sein Betrieb in eine höhere Stufe des Prämientarifs versetzt werden (Prämien­erhöhung). In dringenden Fällen werden die erforderlichen Zwangsmassnahmen ... getroffen.»

812 **c.** Hinzuweisen ist in institutioneller Hinsicht darauf, dass die Prämien­erhöhung zwar «vom zuständigen Durchführungsorgan angeordnet», daraufhin aber nicht von ihm, sondern «vom Versicherer unverzüglich verfügt» wird (Art. 66 Abs. 2 VUV). In einem Fall, in dem die SUVA sowohl Durchführungsorgan der Arbeitssicherheit als auch Sozialversicherung ist, tritt sie in beiden Rollen auf, wenn es zu einer Prämien­erhöhung kommt.

813 **2.** Um zu verstehen, weshalb die Prämien­erhöhung für einen Arbeitgeber eine einschneidende Sanktion darstellt, ist in groben Zügen auf das System einzugehen, auf dem die **Festsetzung der Prämien in der Berufsunfallversicherung** fusst.

¹¹³⁵ TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht, S. 37, bezeichnet die Prämien­erhöhung als «sehr wirksames Mittel».

- a. Die Prämien für die obligatorische Versicherung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten gehen *zulasten des Arbeitgebers* (Art. 91 Abs. 1 UVG). In der Prämie ist auch ein Zuschlag «für die Kosten der Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten» enthalten (Art. 92 Abs. 1 UVG). 814
- b. Die Prämien sind *risikogerecht* festzusetzen: Die versicherten Betriebe werden in Risikoklassen und innerhalb dieser in Stufen eingereiht,¹¹³⁶ wobei insbesondere die «Unfallgefahr und [der] Stand der Unfallverhütung berücksichtigt» werden (Art. 92 Abs. 2 UVG). Grundlegendes Ziel ist, zwischen den einbezahlten Prämien und den durch Unfälle entstehenden Kosten ein finanzielles Gleichgewicht aufrechtzuerhalten.¹¹³⁷ 815
3. Die SUVA hat die Möglichkeit, gegenüber Betrieben, die gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit verstossen, «**jederzeit und auch rückwirkend**» eine Prämienhöhung zu verfügen (Art. 92 Abs. 3 VUV, Hervorhebung hinzugefügt).¹¹³⁸ 816
- a. Nach Massgabe des Gesetzes steht es der SUVA frei, *sämtliche Verstösse* gegen Verhaltensvorschriften – auch den erstmaligen oder den minder schweren – mit einer Prämienhöhung zu sanktionieren.¹¹³⁹ Vorausgesetzt ist aber insbesondere, dass dem Arbeitgeber vor Erlass der Verfügung, mit der die Prämienhöhung angeordnet wird, das rechtliche Gehör gewährt worden ist.¹¹⁴⁰ 817

¹¹³⁶ Die Einreihung wird durch den Verwaltungsrat der SUVA vorgenommen. Vgl. das Reglement des Verwaltungsrates der SUVA vom 14. November 2008 betreffend die Einreihungsregeln zur Prämienbemessung in der obligatorischen Unfallversicherung (Version gültig ab 1. Januar 2015).

¹¹³⁷ RUMO-JUNGO, Baustelle, S. 69 m.w.H. Dieser Grundsatz der Gegenseitigkeit, der die Unfallversicherung prägt, ist in Art. 61 Abs. 2 UVG verankert.

¹¹³⁸ Für einen Anwendungsfall, in dem die SUVA eine Prämienhöhung rückwirkend für ein Jahr verfügte, siehe BVGer C-5278/2010 vom 22. Oktober 2012. Sofern die SUVA gegenüber einem Arbeitgeber eine Prämienhöhung anordnen will, hat sie dies «unverzüglich» und in Verfügungsform zu tun (Art. 66 Abs. 2 zweiter Satz VUV).

¹¹³⁹ BVGer C-852/2013 vom 17. Dezember 2015 E. 4.2.6.1; C-7273/2013 vom 8. Mai 2015 E. 4.6; REKU 556/03 vom 17. Juni 2004 E. 1a, publiziert in: VPB 68.170 E. 5; vgl. auch EKAS, Leitfaden, S. 27 (Ziff. 5.2.7) und S. 44 (Ziff. 7.3.1).

¹¹⁴⁰ BVGer C-852/2013 vom 17. Dezember 2015 E. 4.2.6.1.

- 818 **b.** Eine starre Anwendung von Art. 92 Abs. 3 UVG, wonach jeder Verstoss automatisch zu einer Prämienerrhöhung führte, widerspräche jedoch in vielen Fällen dem *Verhältnismässigkeitsprinzip* (Art. 5 Abs. 2 BV).¹¹⁴¹ Auch nach Massgabe der EKAS ist aus diesem Grunde einzig bei schwereren oder wiederholten Verstössen eine Prämienerrhöhung zu verfügen.¹¹⁴² Für den «Normalfall», in dem kein schwerer Verstoss gegen Verhaltensvorschriften vorliegt, ist der fehlbare Arbeitgeber nach der Vorgabe der EKAS zunächst zu ermahnen. In der Regel spricht die SUVA *dreimal eine Ermahnung* aus, bevor sie eine Prämienerrhöhung verfügt.¹¹⁴³
- 819 **c.** Der von einer Prämienerrhöhung betroffene Betrieb wird «[in] der Regel in eine Stufe mit einem um mindestens 20 Prozent höheren Prämienersatz versetzt» (Art. 66 Abs. 2 erster Satz VUV i.V.m. Art. 113 Abs. 2 zweiter Satz UVV). Der Verstoss *wirkt sich beim Arbeitgeber unmittelbar finanziell aus*, und zwar unabhängig davon, ob sich ein Unfall ereignet hat.¹¹⁴⁴ Nach dem Leitfaden der EKAS ist die Prämienerrhöhung «in der Regel für die Dauer eines Jahres»¹¹⁴⁵ anzuordnen. Sie soll nach Möglichkeit «auf den ersten des Monats festgelegt werden, in welchem die die Prämienerrhöhung auslösende Feststellung erfolgte»¹¹⁴⁶.
- 820 **4.** Nachdem die Prämienerrhöhung sowohl für die Zukunft als auch rückwirkend (Art. 92 Abs. 3 UVG) verfügt werden kann, ist sie **sowohl prospektiv als auch retrospektiv ausgerichtet**.
- 821 **a.** Verfügt die SUVA eine Prämienerrhöhung, steht die *Unfallverhütung* und damit das künftige Verhalten des Arbeitgebers im Vordergrund. In diesem Sinne dient die Prämienerrhöhung primär der «réalisation des objectifs de sécurité»¹¹⁴⁷: Der Arbeitgeber soll über einen finanziellen Anreiz dazu ange-

¹¹⁴¹ BVGE 2010/37 E. 2.4.2.2; BVGer C-852/2013 vom 17. Dezember 2015 E. 4.2.6.2; C-7273/2013 vom 8. Mai 2015 E. 4.6.

¹¹⁴² EKAS, Leitfaden, S. 27 (Ziff. 5.2.7).

¹¹⁴³ EKAS, Leitfaden, S. 28 ff. [Ziff. 5.3.2 ff.]; vgl. auch BVGE 2010/37 E. 2.4.2.2; BVGer C-852/2013 vom 17. Dezember 2015 E. 4.2.6.1; C-7273/2013 vom 8. Mai 2015.

¹¹⁴⁴ Erinnern will ich hier daran, dass eine Prämienerrhöhung auch nach einem Unfall angeordnet werden kann, um auf einen Verstoss gegen Verhaltensvorschriften zu reagieren. Vgl. auch EKAS, Leitfaden, S. 44 (Ziff. 7.3.2).

¹¹⁴⁵ EKAS, Leitfaden, S. 31 (Ziff. 3).

¹¹⁴⁶ EKAS, Leitfaden, S. 31 (Ziff. 3) und S. 45 (Ziff. 7.3.4).

¹¹⁴⁷ BVGer C-640/2008 vom 18. August 2009 E. 4.2.4.

halten werden, künftig die Verhaltensvorschriften zu beachten und auf diese Weise weitere Prämienerrhöhungen abzuwenden.

b. Die Prämienerrhöhung soll aber nicht nur einen Anreiz für künftiges Verhalten schaffen. Gleichzeitig stellt sie eine Reaktion auf wiederholte Verstösse gegen Verhaltensvorschriften und damit auf Vergangenes dar. In diesem Sinne kommt ihr auch *pönaler Charakter* zu.¹¹⁴⁸ 822

5. Gegen eine per Verfügung angeordnete Prämienerrhöhung kann sich ein Arbeitgeber auf dem Rechtsweg wehren: zunächst mittels Einsprache bei der SUVA (sogleich Rz. 824 ff.), sodann mittels Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Rz. 848 ff.) und schliesslich mittels Beschwerde beim Bundesgericht (Rz. 865 ff.). 823

C. Das Einspracheverfahren vor der SUVA

1. Das Institut der Einsprache¹¹⁴⁹ nimmt im Bereich des Rechtsschutzes eine **Zwischenstellung** ein: Auf der einen Seite ist sie als förmliches Rechtsmittel konzipiert, das an den Erlass einer Verfügung anschliesst.¹¹⁵⁰ Aus diesem Grunde handle ich sie hier unter einem eigenen Titel und insbesondere nicht beim Durchführungsverfahren (Rz. 743 ff.) ab. Auf der anderen Seite aber ist das Einspracheverfahren kein klassisches Rechtsmittelverfahren, weshalb ich es hier auch nicht im Rahmen der Beschwerdeverfahren (Rz. 838 ff.) thematisiere. Das Bundesgericht bezeichnet das Einspracheverfahren denn auch nicht als Rechtsmittelverfahren, sondern als «rechtsmittelmässige[n] Prozess»¹¹⁵¹. Von einem eigentlichen Rechtsmittelverfahren wie den Beschwerdeverfahren unterscheidet sich die Einsprache dadurch, dass sie bei der SUVA – mithin bei jener Verwaltungsbehörde, die gegenüber dem Arbeitgeber be- 824

¹¹⁴⁸ BVGer C-640/2008 vom 18. August 2009 E. 4.2.4: «L'augmentation de primes de l'art. 92 al. 3 LAA représente justement une mesure de caractère pénal.»

¹¹⁴⁹ Die Rede ist hier einzig von der Einsprache mit Rechtsmittelfunktion. Sie ist von der Einsprache ohne Rechtsmittelfunktion zu unterscheiden. Siehe zu dieser Unterscheidung anstelle vieler TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 30 Rz. 46 ff.

¹¹⁵⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 30 Rz. 49. Darin unterscheidet sich die Einsprache vom Wiedererwägungsgesuch nach Art. 53 Abs. 3 ATSG (BGE 133 V 50 E. 4.2.2; vgl. auch KIESER, ATSG-Kommentar, N 2 zu Art. 52; weiter KÖLZ/ HÄNER/ BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, Rz. 786).

¹¹⁵¹ BGE 133 V 50 E. 4.2.2.

reits verfügt hat – einzulegen ist. Rechtsprechung und Lehre ordnen das Einspracheverfahren deshalb dem Verwaltungsverfahren zu.¹¹⁵²

- 825 **2.** Gegen eine Verfügung, welche die SUVA im Bereich der Arbeitssicherheit erlässt, hat der betroffene Arbeitgeber, der mit ebendieser Verfügung nicht einverstanden ist, **grundsätzlich zuerst Einsprache** zu führen; nur ausnahmsweise, bei «Gefahr im Verzug», kann das Einspracheverfahren übersprungen und direkt Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht geführt werden (Rz. 833).¹¹⁵³ Die Notwendigkeit der Einsprache ergibt sich in der Arbeitssicherheit, wie in vielen anderen Bereichen der Sozialversicherung, aus Art. 52 ATSG.¹¹⁵⁴
- 826 **a.** Eine Einsprache ist (anders als die Beschwerde) nicht bei einem Gericht, sondern *direkt bei der verfügenden Stelle* einzureichen.¹¹⁵⁵ Diese erhält Gelegenheit, die von ihr getroffene Anordnung «nochmals zu überprüfen und über die bestrittenen Punkte zu entscheiden, bevor allenfalls die Beschwerdeinstanz angerufen wird»¹¹⁵⁶. Entsprechend ist die Einsprache den nicht devolutiven Rechtsmitteln zuzuordnen.¹¹⁵⁷

¹¹⁵² BGE 133 V 50 E. 4.2.2; RUMO-JUNGO, Verwaltungsverfahren, S. 184.

¹¹⁵³ Siehe für eine Darstellung von Konstellationen, in denen die Einsprache im Sozialversicherungsrecht generell ausgeschlossen ist, KIESER, ATSG-Kommentar, N 9 f. zu Art. 52.

¹¹⁵⁴ Vgl. auch Art. 10–12 ATSV. Der Ursprung der Einsprache liegt im Steuerrecht (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, Rz. 787). Vgl. etwa für das Bundessteuerrecht Art. 132 ff. DBG. Bei der Einsprache handelt es sich – wodurch sie sich vom Wiedererwägungsgesuch unterscheidet – um ein Rechtsmittel (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, Rz. 786).

¹¹⁵⁵ Vgl. Art. 52 Abs. 1 ATSG. Auch eine fristgerechte Einsprache an ein unzuständiges Durchführungsorgan ist fristwährend (Art. 39 Abs. 2 ATSG). Das unzuständige Durchführungsorgan hat die fälschlicherweise bei ihr eingereichte Einsprache an das zuständige Durchführungsorgan weiterzuleiten (Art. 30 ATSG).

¹¹⁵⁶ BGer 8C_121/2009 vom 26. Juni 2009 E. 3.5.

¹¹⁵⁷ Vgl. etwa BGE 133 V 50 E. 4.2.2; 131 V 407 E. 2.1.2.1. Der angesprochene Devolutiv-effekt (welcher der Einsprache indes gerade abgeht) besteht darin, dass «die Entscheid-zuständigkeit an eine Rechtsmittelinstanz [übergeht]», was etwa bei der Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht der Fall ist. Vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, Rz. 682.

b. Der Arbeitgeber hat seine Einsprache *schriftlich* einzureichen.¹¹⁵⁸ Die Möglichkeit, bei der SUVA persönlich vorzusprechen und auf diese Weise Einsprache zu erheben – wie es Art. 10 Abs. 3 ATSV für sozialversicherungsrechtliche Verfahren im Allgemeinen vorsieht –, besteht seltsamerweise nur dann, wenn die SUVA in ihrer Rolle als Versicherung auftritt. Wenn sie hingegen als Durchführungsorgan der Arbeitssicherheit agiert, ist die mündliche Einsprache ausgeschlossen (Art. 10 Abs. 2 lit. b ATSV). Diese Rechtslage, die bereits vor dem Inkrafttreten der ATSV bestand, stiess in der Lehre damals schon auf berechnete Kritik.¹¹⁵⁹ Sie verhallte beim Gesetzgeber jedoch ungehört, weshalb sich mit dem Inkrafttreten der ATSV nichts an der Rechtslage geändert hat. 827

c. Will ein Arbeitgeber sich gegen eine Anordnung der SUVA zur Wehr setzen, hat er dies innert der massgebenden *Einsprachefrist* zu tun. Die EKAS sieht in ihren Musterdokumenten zwei unterschiedlich lange Fristen vor je nachdem, ob es sich um eine Verfügung oder eine Ermahnung handelt: 828

- In der Musterverfügung, mit der gegenüber dem fehlbaren Arbeitgeber eine Prämienhöhung verfügt wird, ist eine 30-tägige Einsprachefrist vorgesehen.¹¹⁶⁰ Das Muster steht diesbezüglich im Einklang mit Art. 52 Abs. 1 ATSG, der die Länge der Einsprachefrist in sozialversicherungsrechtlichen Verfahren generell auf 30 Tage festlegt. Die Frist läuft ab Zustellung der Verfügung.¹¹⁶¹ 829

¹¹⁵⁸ Art. 10 Abs. 2 lit. b ATSV; EKAS, Leitfaden, S. 35 (Ziff. 6.3.2). Einwendungen, die ein Arbeitgeber gegen eine Verfügung bzw. eine Ermahnung mündlich (z.B. telefonisch) oder per E-Mail einreicht, genügen dem gesetzlichen Formerfordernis nicht. Immerhin: Bei einer im Übrigen form- und fristgemässen Einwendung per E-Mail ist dem einsprechenden Arbeitgeber von der SUVA in Anwendung von Art. 10 Abs. 5 ATSV eine kurze Nachfrist anzusetzen und damit Gelegenheit zur Nachbesserung – sprich zur ordentlichen schriftlichen Einreichung einer Einsprache inklusive Unterzeichnung – zu gewährleisten.

¹¹⁵⁹ Vgl. die Kritik am altrechtlichen Art. 102 aVUV (AS 1983 1968) MAURER, Unfallversicherungsrecht, S. 611; RUMO-JUNGO, Verwaltungsverfahren, S. 202. Die kritisierte Norm wurde ohne inhaltliche Anpassungen in Art. 10 Abs. 2 lit. b ATSV überführt.

¹¹⁶⁰ EKAS, Leitfaden, S. 88.

¹¹⁶¹ Da es sich bei der 30-tägigen Rechtsmittelfrist um eine gesetzliche Frist handelt, ist sie nicht erstreckbar (Art. 40 Abs. 1 ATSG). Vgl. betreffend einen allfälligen Fristablauf an einem Wochenende oder an einem Feiertag Art. 38 Abs. 2 ATSG. Zur Wiederherstellung der Einsprachefrist vgl. Art. 41 ATSG.

- 830 – Kürzer ist die Frist, welche die EKAS dem Arbeitgeber in jenen Fällen gewähren will, in denen dieser zu einer *Ermahnung* «Stellung nehmen» möchte. Dafür stehen dem Arbeitgeber – nach Massgabe des EKAS-Leitfadens – bloss 20 Tage zur Verfügung.¹¹⁶² Auffällig ist, dass die EKAS bei den Ermahnungen nicht explizit von einer «Einsprachefrist» spricht. Klar ist nämlich, dass einer Ermahnung unter bestimmten Voraussetzungen Verfügungscharakter zukommt (Rz. 845 f.). Entsprechend dürfte die von der EKAS vorgesehene 20-tägige Einsprachefrist einer gerichtlichen Überprüfung kaum standhalten. Diese Einschätzung lässt sich mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts stützen, wonach der EKAS gerade «keine Rechtsetzungskompetenzen übertragen [wurden], welche sie ermächtigen würden, den Rechtsschutz der betroffenen Betriebe einzuschränken»¹¹⁶³. So wenig die EKAS also (im zitierten Urteil) den Rechtsschutz bei Ermahnungen generell ausschliessen konnte, so wenig vermag sie die gesetzlich vorgesehene, auf 30 Tage festgesetzte Einsprachefrist (Art. 52 Abs. 1 ATSG) auf 20 Tagen zu verkürzen.
- 831 **d.** Das Einspracheverfahren ist für den einsprechenden Arbeitgeber *kostenlos* (Art. 52 Abs. 3 erster Satz ATSG.).¹¹⁶⁴
- 832 **e.** Eine *direkt an das Bundesverwaltungsgericht gerichtete Beschwerde* ist, soweit die SUVA die Einsprache nicht ausgeschlossen hat (Rz. 833), unzulässig (Art. 32 Abs. 2 lit. a VGG). Missachtet ein Arbeitgeber dies, indem er eine Verfügung direkt beim Bundesverwaltungsgericht anfiicht, führt dies zu einem kostenfälligen Nichteintretensentscheid.¹¹⁶⁵

¹¹⁶² EKAS, Leitfaden, S. 81 (erste Ermahnung), S. 83 (zweite Ermahnung) und S. 85 (dritte Ermahnung).

¹¹⁶³ BVGE 2010/37 E. 2.5.2.

¹¹⁶⁴ Nach dem zweiten Satz der zitierten Vorschrift werden «in der Regel» jedoch auch keine Parteientschädigungen ausgerichtet, allfällige Anwaltskosten mitunter nicht ersetzt.

¹¹⁶⁵ Insbesondere ist das Bundesverwaltungsgericht nicht gehalten, eine Beschwerde an die SUVA weiterzuleiten. Zwar sieht Art. 30 ATSG eine Weiterleitungspflicht vor, doch gilt diese nur, für «Stellen, die mit der Durchführung der Sozialversicherung betraut sind». In solchen Fällen, in denen eine Eingabe rechtzeitig an einen «unzuständigen Versicherungsträger» erfolgt, «gilt die Frist als gewahrt» (Art. 39 Abs. 2 ATSG). Das Bundesverwaltungsgericht ist weder mit der Durchführung der Sozialversicherung betraut noch Versicherungsträger. Im Übrigen lässt sich auch aus dem Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG) keine Pflicht zur Weiterleitung an die SUVA ableiten. Eine Weiterleitungspflicht besteht jedoch im umgekehrten Fall, in dem der Arbeitgeber seine Verwaltungsgerichts-

3. Ausnahmsweise entfällt das Einspracheverfahren, und der Arbeitgeber kann bzw. muss direkt beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen. Ist «Gefahr im Verzug»,¹¹⁶⁶ hat die SUVA die Möglichkeit,¹¹⁶⁷ «Anordnungen zur Verhütung von Unfällen ... ohne Einsprachemöglichkeit nach Artikel 52 ATSG»¹¹⁶⁸ zu erlassen.¹¹⁶⁹ 833

a. Der Ausschluss der Einsprache scheint auf den ersten Blick vernünftig: Ist «Gefahr im Verzug», ist es eminent wichtig, dass die SUVA zu wirksamen Sofortmassnahmen greifen kann, um zu verhindern, dass sich die Gefahr realisiert. Dafür aber ist der Ausschluss der Einsprache das falsche Mittel: Er zielt gerade nicht auf die sofortige Vollstreckbarkeit einer Verfügung ab, sondern auf die Verkürzung des Rechtsmittelverfahrens und damit generell auf die Verfahrensbeschleunigung. Der *Ausschluss der Einsprache verfehlt also seinen Zweck*, was dem Gesetzgeber wohl entgangen ist.¹¹⁷⁰ 834

b. Nachdem der Ausschluss der Einsprache seinen Zweck verfehlt, ist die sofortige Vollstreckbarkeit einer Verfügung auf anderem Wege sicherzustellen. Die Lösung besteht darin, dass die SUVA einer allfälligen Beschwerde 835

beschwerde fälschlicherweise an die SUVA sendet. Diese ist nach Art. 30 ATSG verpflichtet, die Beschwerde dem Bundesverwaltungsgericht weiterzuleiten. Nicht anwendbar ist auch die Norm des Verwaltungsverfahrensgesetzes betreffend die Weiterleitungspflicht (Art. 8 Abs. 1 VwVG), da der «Verfahrensbereich» der Weiterleitung vor dem Hintergrund von Art. 55 Abs. 1 ATSG als abschliessend geregelt betrachtet werden muss, für eine ergänzende Anwendung des VwVG also kein Raum bleibt (vgl. Rz. 777).

¹¹⁶⁶ So der Ausdruck in Art. 105a erster Satz UVG.

¹¹⁶⁷ Bei Art. 105a erster Satz UVG handelt es sich um eine Kann-Vorschrift, weshalb es der SUVA grundsätzlich offen steht, selbst bei Gefahr im Verzug die Einsprache vorzusehen.

¹¹⁶⁸ Art. 105a erster Satz UVG (Hervorhebung hinzugefügt).

¹¹⁶⁹ Für einen Anwendungsfall aus der Baubranche siehe BVerfG C-3183/2006 vom 6. Juli 2007: Die SUVA verzichtete auf eine Ermahnung und erliess direkt eine Verfügung (Art. 62 Abs. 2 VUV). Gegen diese schloss sie in Anwendung von Art. 105a UVG wegen «Gefahr im Verzug» die Einsprache aus.

¹¹⁷⁰ KIESER, ATSG-Kommentar, N 80 zu Art. 52: «Der Gesetzgeber hat ... nicht beachtet, dass nicht die Raschheit des Verfahrens, sondern die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sicherzustellen gewesen wäre; dies hätte mit dem Institut des Entzuges der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels erreicht werden können.» Deshalb drängt sich nach KIESER «eine Angleichung von Art. 105a UVG an den Grundsatz von Art. 52 Abs. 1 ATSG auf» (KIESER, ATSG-Kommentar, N 80 zu Art. 52). Konkret postuliert er eine Abschaffung der Möglichkeit der SUVA, das Rechtsmittel der Einsprache in Anwendung von Art. 105a UVG auszuschliessen. Vgl. auch die Kritik von MAURER, Unfallversicherungsrecht, S. 611 Fn. 1559.

des Arbeitgebers in Anwendung von Art. 54 Abs. 1 lit. c. ATSG die *aufschiebende Wirkung entzieht*. Ein solcher, expliziter Entzug der aufschiebenden Wirkung ist nötig, weil der Beschwerde in Angelegenheiten der Arbeitssicherheit von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt (vgl. Rz. 858 ff.). Das ist eine Abweichung vom im Sozialversicherungsverfahren geltenden Grundsatz, wonach einem Rechtsmittel ex lege Suspensivwirkung zukommt (Art. 54 Abs. 1 lit. c. ATSG). Vor diesem Hintergrund ist begrüßenswert, dass die EKAS mit ihrem Leitfaden die SUVA anweist, jeweils eine Ziffer in das Dispositiv ihrer Verfügung aufzunehmen, wonach einer «allfälligen Einsprache»¹¹⁷¹ bzw. einer «allfälligen Beschwerde»¹¹⁷² die aufschiebende Wirkung entzogen wird. Mit dieser Massnahme wird jenes Ziel erreicht, das der Gesetzgeber mit dem Ausschluss der Einsprache verfehlt hat (Rz. 834): Die Verfügung der SUVA ist so bereits vollstreckbar, obwohl sie formell noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist.¹¹⁷³

- 836 **4.** Damit ein Einspracheverfahren überhaupt in Gang kommen kann, ist ein **taugliches Anfechtungsobjekt** vorausgesetzt. Worin ein solches besteht, führe ich beim Beschwerdeverfahren aus (Rz. 838 ff.), da sich die Frage nach dem Anfechtungsobjekt auch dort stellt. Hinweisen will ich aber schon hier darauf, dass eine Einsprache grundsätzlich erst gegen eine Verfügung im Sinne von Art. 64 VUV möglich ist. Vorbehalten bleiben aber jene Fälle, in denen eine Ermahnung nach Art. 62 VUV die Strukturelemente einer Verfügung aufweist.
- 837 **5.** Das **Verwaltungsverfahren endet** entweder mit dem von der SUVA gefällten Einspracheentscheid¹¹⁷⁴ oder – wenn die SUVA in ihrer Verfügung in Anwendung von Art. 105a UVG die Einsprache wegen Gefahr im Verzug ausgeschlossen hat – bereits mit dem Erlass der Verfügung.

¹¹⁷¹ EKAS, Leitfaden, S. 24 (Ziff. 4.9.2), wo von «dringenden Fällen» im Sinne des Art. 62 Abs. 2 VUV die Rede ist.

¹¹⁷² EKAS, Leitfaden, S. 24 (Ziff. 4.9.3), wo von Fällen «schwerer Gefährdung» im Sinne des Art. 67 Abs. 2 VUV die Rede ist.

¹¹⁷³ Dies ergibt sich aus Art. 39 lit. c VwVG, der folgenden Wortlaut hat: «Die Behörde kann ihre Verfügungen vollstrecken, wenn die einem Rechtsmittel zukommende aufschiebende Wirkung entzogen wird.» Vgl. in der Rechtsprechung BGE 129 V 370 E. 2.2; in der Literatur KÖLZ/HÄNER/BERTSCHLI, Verwaltungsverfahren, Rz. 1072.

¹¹⁷⁴ RUMO-JUNGO, Verwaltungsverfahren, S. 184. Den Einspracheentscheid hat die SUVA «innert angemessener Frist» zu erlassen und zu begründen (Art. 52 Abs. 2 erster Satz ATSG).

D. Das Beschwerdeverfahren

Das Beschwerdeverfahren im Bereich der Arbeitssicherheit ist **zweistufig**:⁸³⁸ Zunächst steht dem Arbeitgeber, der sich gegen eine Anordnung der SUVA wehren will, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Rz. 848 ff.). Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts wiederum ist im Wege der Beschwerde beim Bundesgericht anfechtbar (Rz. 865 ff.), das grundsätzlich abschliessend über die Streitsache befindet.¹¹⁷⁵ Bevor ich auf die Grundzüge dieser beiden Beschwerdeverfahren im Bereich der Arbeitssicherheit eingehe, drängen sich Bemerkungen zum Anfechtungsobjekt auf (Rz. 839 ff.).

1. Zum Anfechtungsobjekt

1. Der Arbeitgeber, der mit einer Anordnung der SUVA nicht einverstanden ist, kann sich auf dem Rechtsmittelweg zur Wehr setzen. Der Rechtsschutz steht dem betroffenen Arbeitgeber indes erst ab einem bestimmten Verfahrensstadium offen: Vorausgesetzt ist, dass die SUVA eine Anordnung in einem «Instrument» erlassen hat, das die **Strukturelemente einer Verfügung** aufweist. Es stellt sich mithin jeweils die Frage, ob ein taugliches Anfechtungsobjekt vorliegt.⁸³⁹

Obgleich ich die Frage nach dem Anfechtungsobjekt im Rahmen des Beschwerdeverfahrens abhandle, sind die Ausführungen auch für das bereits behandelte Einspracheverfahren von Bedeutung, weil gerade diese Frage dort offen geblieben ist (Rz. 836).⁸⁴⁰

2. Für die Frage nach dem tauglichen Anfechtungsobjekt ist die Erkenntnis zentral, dass die **Bezeichnung eines bestimmten Instruments** für sich alleine genommen nicht ausschlaggebend ist. Es kommt mit anderen Worten nicht darauf an, ob die SUVA ihre Anordnung in ein «Instrument» kleidet, das ausdrücklich als Verfügung daherkommt. Entscheidend ist vielmehr einzig, ob die strukturellen Elemente der Verfügung vorliegen.⁸⁴¹

¹¹⁷⁵ Allenfalls kann das Urteil des Bundesgerichts an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) weitergezogen werden. Auf diese Möglichkeit gehe ich hier indes nicht weiter ein.

- 842 **3.** Welche Instrumente des Durchführungsverfahrens – die im Leitfaden der EKAS vorgesehene Bestätigung (Rz. 782 ff.), die Ermahnung nach Art. 62 VUV (Rz. 791 ff.) oder die Verfügung nach Art. 64 VUV (Rz. 796 ff.) – stellen im vorliegenden Zusammenhang taugliche Anfechtungsobjekte dar, das dem von einer Anordnung betroffenen Arbeitgeber den Weg in den Rechtsschutz öffnet?
- 843 **a.** Kein taugliches Anfechtungsobjekt stellt zunächst die *Bestätigung* (Rz. 782 ff.) dar, wie sie die EKAS in ihrem Leitfaden vorsieht. Zwar handelt es sich um die erste Stufe der Eskalationsordnung, doch verschlechtert sie die Rechtsstellung des Arbeitgebers noch nicht in der Weise, als unmittelbar darauf eine Prämienhöhung verfügt würde.
- 844 **b.** Eine *Verfügung nach Art. 64 VUV* (Rz. 796 ff.), in der die SUVA etwa eine Prämienhöhung verfügt, stellt hingegen ein taugliches Anfechtungsobjekt dar. Grundsätzlich hat der Arbeitgeber, der sich seine mittels Verfügung angeordnete Sanktion zur Wehr setzen will, zunächst Einsprache einzulegen; es sei denn, die SUVA habe in der Verfügung in Anwendung von Art. 105a UVG die Möglichkeit der Einsprache ausgeschlossen (vgl. Rz. 833 ff.).
- 845 **c.** Eingehender Betrachtung bedarf die Frage, ob der *Ermahnung nach Art. 62 VUV* (Rz. 791 ff.) Verfügungsqualität zukommt. Hier ist auf die Rechtsprechung zurückzugreifen, wie sie für die behördliche Mahnung im Allgemeinen entwickelt wurde: Danach ist eine Mahnung im Grundsatz anfechtbar, wenn sie die Rechtsstellung ihres Adressaten verschlechtert.¹¹⁷⁶ Dies trifft im vorliegenden Kontext insbesondere zu, wenn die SUVA dem Arbeitgeber in der Ermahnung eine spätere, schärfere Sanktion in Form einer Prämienhöhung nach Art. 92 Abs. 3 (Rz. 807 ff.) androht.¹¹⁷⁷ Nach Vorgabe der EKAS hat die SUVA in der zweiten Ermahnung auf die Möglichkeit der Prämienhöhung hinzuweisen, wobei erst in der dritten Ermahnung konkret anzudrohen ist, dass bei unbenutztem Verstreichenlassen der gesetzten Frist eine Prämienhöhung verfügt werde.¹¹⁷⁸ Überträgt man die bundesgerichtli-

¹¹⁷⁶ Vgl. BGE 125 I 119 E. 2a; 103 Ib 350 E. 2; BVGE 2010/37 E. 2.3. und E. 2.4.3; BVGer C-640/2008 vom 18. August 2009 E. 2; C-3183/2006 vom 6. Juli 2007 E. 3.5.

¹¹⁷⁷ Vgl. BGER 5P.199/2003 vom 12. August 2003 E. 1.1; BVGE 2010/37 E. 2.3. Illustrativ auch BVGer C-3183/2006 vom 6. Juli 2007 E. 3.5: «L'avertissement au sens de l'art 62 al. 1 OPA est ... le préalable au prononcé de mesures plus interventionnistes pour l'entreprise.»

¹¹⁷⁸ Für einen Anwendungsfall siehe BVGer C-852/2013 vom 17. Dezember 2015; zum Inhalt der drei Ermahnungen siehe EKAS, Leitfaden, S. 28 ff. (Ziff. 5.3).

che Rechtsprechung zur behördlichen Mahnung auf die Ermahnung nach Art. 62 VUV, so kann dies nach meinem Dafürhalten nichts anderes bedeuten, als dass eine Ermahnung der SUVA, in der diese die Prämienerrhöhung konkret androht, mittels Einsprache – oder mittels Beschwerde, sofern die SUVA die Möglichkeit der Einsprache ausgeschlossen hat – anfechtbar ist. Daraus ergibt sich für die SUVA auch die Notwendigkeit, eine Ermahnung mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen, was – wie auch schon das Bundesverwaltungsgericht moniert hat¹¹⁷⁹ – aus dem Leitfaden der EKAS nicht mit der wünschbaren Klarheit hervorgeht (vgl. Rz. 801).

Im Übrigen sprechen auch beweisrechtliche Überlegungen für eine grundsätzliche Anfechtbarkeit der Ermahnung: Wird erst im Rahmen einer mittels Verfügung nach Art. 64 VUV angeordneten Prämienerrhöhung überprüft, ob der Arbeitgeber Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit verletzt hat, können sich erhebliche Schwierigkeiten betreffend die Sachverhaltsfeststellung ergeben.¹¹⁸⁰ Entsprechend gilt, worauf das Bundesverwaltungsgericht zurecht hinweist, das übergeordnete Ziel, «dass streitige Sachverhaltsfeststellungen möglichst frühzeitig überprüft werden sollen»¹¹⁸¹.

4. Die bisherigen Ausführungen zum Anfechtungsobjekt waren sowohl für das Einsprache- als auch für das Beschwerdeverfahren von Bedeutung. Was das Beschwerdeverfahren an das Bundesverwaltungsgericht (Rz. 848 ff.) im Besonderen betrifft, stellt der von der SUVA gefällte **Einspracheentscheid** in jedem Fall ein taugliches Anfechtungsobjekt dar (Art. 31 VGG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 VwVG).

2. Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht

1. Gegen den Einspracheentscheid der SUVA, allenfalls bereits gegen die Verfügung der SUVA,¹¹⁸² kann der betroffene Arbeitgeber Beschwerde führen. Zuständige **Beschwerdeinstanz ist das Bundesverwaltungsgericht**.¹¹⁸³

¹¹⁷⁹ BVGE 2010/37 E. 2.5.4.

¹¹⁸⁰ BVGE 2010/37 E. 2.4.5.

¹¹⁸¹ BVGE 2010/37 E. 2.5.4.

¹¹⁸² Im Folgenden spreche ich der Verständlichkeit halber einzig vom Einspracheentscheid als Anfechtungsobjekt. Auf die Verfügung, gegen welche die SUVA die Einsprache in Anwendung von Art. 105a UVG wegen «Gefahr im Verzug» ausgeschlossen hat, sind die Ausführungen sinngemäss anwendbar.

- 849 **a.** Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich im Bereich der Arbeitssicherheit, wenn (wie im Regelfall) ein *Einspracheentscheid* der SUVA das Anfechtungsobjekt bildet, aus Art. 109 lit. c UVG. Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht als erstinstanzliches Gericht des Bundes zuständig zur Beurteilung von Beschwerden, die sich gegen «Anordnungen zur Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten» richten.
- 850 **b.** Hat die SUVA indessen ausnahmsweise die Möglichkeit der Einsprache in ihrer Verfügung ausgeschlossen (Art. 105a UVG) und bildet demnach ausnahmsweise eine *Verfügung* der SUVA selbst das Anfechtungsobjekt, ergibt sich die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts aus Art. 105a i.V.m. Art. 109 lit. c. UVG.¹¹⁸⁴
- 851 **c.** Mit der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts wird in Angelegenheiten der Arbeitssicherheit von der generellen Zuständigkeitsordnung abgewichen, wie sie für andere sozialversicherungsrechtliche Beschwerdeverfahren kennzeichnend ist. Ausserhalb der Arbeitssicherheit sind als Beschwerdeinstanzen nämlich die kantonalen Versicherungsgerichte vorgesehen (siehe Art. 57 und 58 ATSG).
- 852 **2.** Was das auf das Beschwerdeverfahren **anwendbare Verfahrensrecht** betrifft, kann grundsätzlich auf jene Kaskade verwiesen werden, wie sie bereits für das Verwaltungsverfahren dargestellt wurde (Rz. 772 ff.): UVG, ATSG, VwVG. In dieser Reihenfolge sind die Gesetze für die Beantwortung einer konkreten Verfahrensfrage zu konsultieren. Folgende Ergänzungen drängen sich indessen auf:
- 853 **a.** Mit dem *Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz; VGG)* existiert ein spezielles Gesetz, das nicht nur die Organisation des Gerichts regelt, sondern – in den Art. 37–44 VGG – besondere Verfahrensnormen enthält. Die allgemeinen, im Verwaltungsgerichtsgesetz nicht besonders geregelten Verfahrensfragen, richten sich hingegen kraft

¹¹⁸³ Bis Ende 2006 war die eidgenössische Rekurskommission für die Unfallversicherung (REKU) für Beschwerden zuständig. Das Bundesverwaltungsgericht nahm seine Tätigkeit per Anfang 2007 auf. Zum altrechtlichen Rechtsmittelverfahren siehe RUMOJUNGO, Baustelle, S. 68; zum neurechtlichen Rechtsschutz durch das Bundesverwaltungsgericht BEUSCH, Rechtsschutz, passim.

¹¹⁸⁴ Vgl. auch Art. 33 lit. e VGG, wonach die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig ist «gegen Verfügungen ... der Anstalten ... des Bundes», worunter die SUVA zu subsumieren ist. Vgl. BVGer C-1454/2008 vom 6. Juni 2010 E. 1.1 [unpublizierte Erwägung zu BVGE 2010/37]).

Verweis in Art. 37 VGG im Grundsatz nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG).

b. In Angelegenheiten der Arbeitssicherheit jedoch wird das VwVG, das gemäss Art. 37 VGG eigentlich zur Anwendung berufen wäre, derogiert.¹¹⁸⁵ Nach Art. 3 lit. d^{bis} VwVG findet das Gesetz keine Anwendung auf «Verfahren in Sozialversicherungssachen», soweit der Anwendungsbereich des ATSG eröffnet ist. Beim Beschwerdeverfahren in Angelegenheiten der Arbeitssicherheit handelt es sich jedoch um ein solches sozialversicherungsrechtliches Verfahren (Rz. 760 ff.).¹¹⁸⁶ Im Ergebnis also führt der generelle Verweis auf das VwVG, wie er in Art. 37 VGG enthalten ist, zur Anwendbarkeit des ATSG, nicht des VwVG. Zu erinnern ist daran, dass auch das ATSG verdrängt wird, wenn das UVG eine spezielle Regelung enthält (Art. 1 Abs. 1 UVG; vgl. auch Art. 2 ATSG).¹¹⁸⁷

c. Obgleich das ATSG dem VwVG demnach vorgeht: Obsolet ist Letzteres auch für das Beschwerdeverfahren in der Arbeitssicherheit keineswegs. Für verfahrensrechtliche Fragen, die weder im VGG noch im UVG oder im ATSG geregelt sind, ist auf das VwVG zurückzugreifen (Art. 55 Abs. 1 ATSG; vgl. Rz. 777 ff.).

d. Hingewiesen sei schliesslich darauf, dass in der Arbeitssicherheit das Verwaltungsverfahren nicht in den Anwendungsbereich von Art. 55 Abs. 2 ATSG fällt, der im Sinne eines Anwendungsvorbehalts vorsieht, dass sich das «Verfahren vor einer Bundesbehörde» nach dem VwVG richtet.¹¹⁸⁸ Zwar handelt es sich bei der SUVA um eine «Bundesbehörde» im Sinne der Norm.¹¹⁸⁹ Doch hat man es in der Arbeitssicherheit generell mit «sozialversi-

¹¹⁸⁵ Anderer Ansicht EKAS, Wegleitung, S. 180 Ziff. 460.2: Das Verfahren richte sich «in erster Linie nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)».

¹¹⁸⁶ Vgl. auch die Ausführungen in BVGer C-1454 vom 6. Juni 2010 E. 1.2 (unpublizierte Erwägung zu BVGE 2010/37) und BVGer C-7279/2013 vom 8. Mai 2015 E. 2.1.

¹¹⁸⁷ So ist beispielsweise das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung einer Beschwerde gegen Einspracheentscheide im Bereich der Arbeitssicherheit zuständig (Art. 109 lit. c UVG), nicht etwa das durch das ATSG an sich berufene kantonale Versicherungsgericht (Art. 58 Abs. 1 ATSG).

¹¹⁸⁸ Vgl. die altrechtliche Norm in Art. 96 aUVG (AS 1982 1676), nach der das Verfahren der SUVA sich nach dem VwVG richtete, ausser das UVG enthalte eine abweichende Regelung (vgl. dazu auch KIESER, ATSG-Kommentar, N 21 zu Art. 55 m.w.H.).

¹¹⁸⁹ Der Begriff der Bundesbehörde in Art. 55 Abs. 2 ATSG erfasst sämtliche «Bundesverwaltungsbehörden» nach Art. 1 VwVG, mithin auch die SUVA als autonome Bundesanstalt (Art. 1 Abs. 2 lit. c VwVG).

cherungsrechtlichen ... Anordnungen» im Sinne von Art. 55 Abs. 2 ATSG zu tun,¹¹⁹⁰ was die direkte Anwendung des VwVG ausschliesst (Rz. 778).

- 857 **3.** Nach der Klärung des Verhältnisses zwischen den verschiedenen Verfahrensordnungen sei zum Abschluss der Ausführungen zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf vier Punkte besonders hingewiesen:
- 858 **a.** Der erste Punkt betrifft die *aufschiebende Wirkung* einer vom Arbeitgeber eingereichten Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die sich nach Art. 111 UVG richtet:
- 859 «Einer Einsprache oder Beschwerde gegen eine Verfügung, welche die Einreihung von Betrieben und Versicherten in die Prämientarife, eine Prämienforderung oder die Zuständigkeit eines Versicherers betrifft, kommt aufschiebende Wirkung nur dann zu, wenn ihr diese in der Verfügung selbst von der Einspracheinstanz oder vom Gericht verliehen wird.»¹¹⁹¹
- 860 Art. 111 UVG ordnet den Grundsatz an, dass der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht aufschiebende Wirkung nur in jenen Fällen zukomme, in denen sie «in der Verfügung selbst von der Einspracheinstanz oder vom Gericht verliehen wird». Dieser Grundsatz allerdings gelangt nur zur Anwendung, soweit es inhaltlich um eine Prämienerrhöhung (Rz. 807 ff.) geht («Einreihung ... in die Prämientarife»). Für alle anderen Fälle, in denen sich der Arbeitgeber also gegen eine andere Anordnung als die Prämienerrhöhung zur Wehr setzt, kommt der Beschwerde von Gesetzes wegen aufschie-

¹¹⁹⁰ Um zu verstehen, was mit sozialversicherungsrechtlichen Anordnungen gemeint ist, hat man sich an Art. 49 Abs. 1 ATSG zu halten (KIESER, ATSG-Kommentar, N 19 zu Art. 55), an dessen Formulierung sich Art. 55 Abs. 2 ATSG anlehnt. Aus den Materialien zu Art. 49 Abs. 1 ATSG erhellt, dass unter «Anordnungen» insbesondere Massnahmen der Unfallverhütung zu verstehen sind (BBl 1991 II 185 S. 261; vgl. auch KIESER, ATSG-Kommentar, N 9 zu Art. 49). Der Ausdruck «Anordnung» taucht denn auch in der Verordnung über die Unfallverhütung wieder auf (vgl. die Abschnittsüberschrift vor Art. 64 f. VUV).

¹¹⁹¹ Mit der voraussichtlich am 1. Januar 2017 in Kraft tretenden Revision des Unfallversicherungsgesetzes (vgl. Rz. 966 ff.) wird auch Art. 111 UVG ergänzt. Er lautet dann: «Einer Einsprache oder Beschwerde gegen eine Verfügung, welche die Einreihung von Betrieben und Versicherten in die Prämientarife, die Festlegung einheitlicher Zinsanteilsätze der Zinserträge für Rückstellungen und einheitliche Prämienzuschläge für nicht gedeckte Teuerungszulagen, eine Prämienforderung oder die Zuständigkeit eines Versicherers betrifft, kommt aufschiebende Wirkung nur zu, wenn ihr diese in der Verfügung selbst, von der Einspracheinstanz oder vom Gericht verliehen wird» (Hervorhebung hinzugefügt; die entsprechende Passage stellt die Neuerung dar).

bende Wirkung zu, was sich aus einem Umkehrschluss von Art. 111 UVG, darüber hinaus aber auch aus Art. 55 Abs. 1 VwVG ergibt.¹¹⁹²

b. Der zweite Punkt betrifft die *Beschwerdegründe*, die ein Arbeitgeber in seiner Verwaltungsgerichtsbeschwerde vorbringen kann. Nach Massgabe von Art. 49 VwVG kann der Arbeitgeber insbesondere eine «Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens», darüber hinaus aber auch eine unrichtige bzw. unvollständige Sachverhaltsfeststellung und die Unangemessenheit eines Einspracheentscheids rügen (Art. 49 VwVG). Bei der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht handelt es sich deshalb um ein vollkommenes Rechtsmittel.¹¹⁹³ Bei der Angemessenheitskontrolle von Verfügungen oder Einspracheentscheiden der SUVA, welche die Arbeitssicherheit betreffen, auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht jedoch regelmässig eine gewisse Zurückhaltung. Es weicht nicht ohne Not von der Einschätzung der SUVA ab.¹¹⁹⁴ Diese Praxis scheint, jedenfalls im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, als durchaus haltbar. Das Bundesgericht hält nämlich dafür, dass auch «eine Rechtsmittelbehörde, der volle Kognition zusteht, ... in Gewichtigungsfragen den Beurteilungsspielraum der Vorinstanz respektieren [soll]. Sie muss zwar eine unangepasste Entscheidung korrigieren, darf aber die Wahl unter mehreren sachgerechten Lösungen der Vorinstanz überlassen. Wenn es um die Beurteilung technischer oder wirtschaftlicher Spezialfragen geht, kann sie sich eine gewisse Zurückhaltung auferlegen, ohne damit ihre Kognition in unzulässiger Weise zu beschränken.» Deshalb war es im konkreten Fall «[e]ntgegen den Einwendungen der Beschwerdeführerin ... nicht rechtswidrig, wenn sich das Bundesverwaltungsgericht bei der Überprüfung des unbestimmten Rechtsbegriffs des ‹besonderen Masses› ... eine gewisse Zurückhaltung auferlegt und nicht ohne Not in den Beurteilungsspielraum des ... verantwortlichen Bundesamts eingegriffen hat.»¹¹⁹⁵

¹¹⁹² Vgl. auch EKAS, Leitfaden, S. 34 (Ziff. 6.2), wo die EKAS den Durchführungsorganen vorgibt, dass einer Einsprache bzw. einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen ist.

¹¹⁹³ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, Rz. 1031.

¹¹⁹⁴ Vgl. BVerfGE C-852/2013 vom 17. Dezember 2015 E. 2.2; C-7273/2013 vom 8. Mai 2015 E. 2.3; C-2339/2012 vom 12. Dezember 2013 E. 2.2; vgl. zur «ohne-Not-Praxis» der Beschwerdeinstanzen auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Verwaltungsrecht*, § 26 Rz. 22.

¹¹⁹⁵ BGE 135 II 296 E. 4.4.3; vgl. auch 131 II 680 E. 2.3.2.

862 Wenn das Bundesverwaltungsgericht in Angelegenheiten der Arbeitssicherheit nicht ohne Not von der Auffassung der SUVA abweicht, steht dies demnach zwar im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts. Nicht von der Hand zu weisen ist aber ein gewisses Spannungsverhältnis zu Art. 49 lit. c VwVG, nach welchem dem betroffenen Arbeitgeber ein Recht auf eine umfassende Ermessenskontrolle zusteht. Oder anders formuliert: Das Bundesverwaltungsgericht hat seine Prüfungszuständigkeit umfassend wahrzunehmen, indem es seine Kognition ausschöpft.¹¹⁹⁶ Indem es sich in diesen in all jenen Fällen Zurückhaltung auferlegen will, «in denen die Vorinstanz über besonderes Fachwissen verfügt»¹¹⁹⁷, wird der Rechtsschutz massiv beschnitten. Nach diesem Kriterium dürfte nämlich im Verhältnis zum Bundesverwaltungsgericht noch so manche vorinstanzliche Behörde als spezialisiert gelten, womit die umfassende Kognition des Gerichts faktisch toter Buchstabe bleibt.¹¹⁹⁸

863 c. Der dritte Punkt knüpft an die Beschwerdegründe an: Als «Verletzung von Bundesrecht» (Art. 49 lit. a VwVG) kann der Arbeitgeber nicht nur die Verletzung von Bundesgesetzen (etwa der Kernnormen der Arbeitssicherheit) sowie von Rechtsverordnungen (etwa der Verordnung über die Unfallverhütung oder der Bauarbeitenverordnung) monieren. Die Lehre geht vielmehr davon aus, dass dem Bundesrecht auch «Erlasse öffentlich-rechtlicher Körperschaften und Anstalten des Bundes sowie Reglemente von Privaten, soweit diese öffentliche Aufgaben erfüllen und vom Bund zur Rechtsetzung ermächtigt wurden»¹¹⁹⁹, angehören. Die SUVA aber wurde, jedenfalls im hier interessierenden Bereich der Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit, gerade nicht zur Rechtsetzung ermächtigt.¹²⁰⁰ Demnach kann ein Arbeitgeber die Richtigkeit eines SUVA-Merkblatts nicht direkt rügen. Die entsprechende Rüge zielt vielmehr darauf ab, dass ein Merkblatt die Verhaltensvorschriften

¹¹⁹⁶ FELLER/MÜLLER, Prüfungszuständigkeit, S. 446.

¹¹⁹⁷ BVGer C-852/2013 vom 17. Dezember 2015 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen.

¹¹⁹⁸ Bei Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht, in denen es um fachtechnische Aspekte geht, stellen sich regelmässig diverse Fragen; darunter etwa, inwiefern das Gericht allfälliges gerichtsintern vorhandenes Fachwissen berücksichtigen kann. Vgl. etwa BINDER, Technisches Fachwissen, passim, und BINDER, Kognition, passim.

¹¹⁹⁹ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, Rz. 1032.

¹²⁰⁰ Eine Ausnahme findet sich in Art. 50 Abs. 3 VUV betreffend die sogenannten maximalen Arbeitsplatz-Konzentrationswerte (MAK-Werte): «Die SUVA kann Richtlinien über maximale Arbeitsplatz-Konzentrationen gesundheitsgefährdender Stoffe sowie über Grenzwerte für physikalische Einwirkungen erlassen.»

(etwa den «Stand der Technik» oder die «Erfahrung») nicht adäquat wiedergebe und deshalb zur Konkretisierung der Vorschriften nicht herangezogen werden dürfe.

d. Der vierte Punkt betrifft die *Beschwerdefrist*. Sie ergibt sich aus dem ATSG und beträgt 30 Tage, mit Fristbeginn ab Eröffnung des Einspracheentscheids oder der in Anwendung von Art. 105a UVG unmittelbar erlassenen Verfügung (Art. 60 Abs. 1 ATSG).¹²⁰¹ 864

3. Beschwerde an das Bundesgericht

1. Sind der Arbeitgeber oder die SUVA – die vor dem Bundesverwaltungsgericht zur Partei wurde – mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nicht einverstanden, können sie dieses beim Bundesgericht anfechten. Das Rechtsmittelverfahren wird dabei durch das Bundesgerichtsgesetz (BGG) geregelt. Der beschwerdewilligen Partei stehen grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) und die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) offen. 865

2. Es finden sich **keine Fälle**, in denen das Bundesgericht eine verwaltungsrechtliche Sanktionierung des Arbeitgebers wegen Verstosses gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit zu überprüfen hatte.¹²⁰² Zurückzuführen ist dieser Umstand auf zweierlei: 866

– erstens auf die Kognitionsbeschränkung, die sich das Bundesverwaltungsgericht faktisch auferlegt (Rz. 861 f.). Unterliegt der Arbeitgeber demnach vor Bundesverwaltungsgericht, weil dieses auf das spezialisierte 867

¹²⁰¹ Die Art. 38–41 ATSG, die für das Verwaltungsverfahren (Sozialversicherungsverfahren) unter anderem Fragen im Zusammenhang mit Fristen regeln, sind im Beschwerdeverfahren «sinngemäss anwendbar» (Art. 60 Abs. 2 ATSG).

¹²⁰² In BGer U 496/06 vom 3. Juli 2007 und U 240/03 vom 2. Juni 2004 focht der Arbeitgeber zwar jeweils von der SUVA verfügte Prämien erhöhungen an. In beiden Fällen erfolgten die Erhöhungen indessen nicht gestützt auf Art. 92 Abs. 3 UVG, der einen Verstoß des Arbeitgebers gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit voraussetzt, sondern in Anwendung von Art. 92 Abs. 5 UVG. Diese Bestimmung ermöglicht es der SUVA, aufgrund der «Risikoerfahrungen ... von sich aus oder auf Antrag von Betriebsinhabern die Zuteilung bestimmter Betriebe zu den Klassen und Stufen des Prämientarifs jeweils auf den Beginn des Rechnungsjahres [zu] ändern». Im vorliegenden Kontext sind die beiden angeführten Urteile daher nicht einschlägig.

Wissen der SUVA verweist, stehen die Erfolgschancen für eine Beschwerde beim Bundesgericht schlecht; und

- 868 – zweitens auf die (schon rechtlich) beschränkte Kognition des Bundesgerichts bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden. Bei den Anordnungen der SUVA verfügt diese über ein erhebliches Ermessen,¹²⁰³ weshalb es dem Bundesgericht sowohl im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 95 BGG) als auch im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde (Art. 116 BGG) verwehrt bleibt, die Rüge der Unangemessenheit zu hören.¹²⁰⁴ Das Gericht greift vielmehr einzig bei qualifizierten Ermessensfehlern, die eine Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 lit. a BGG darstellen, ein.¹²⁰⁵
- 869 **3.** Bestätigt das Bundesgericht das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, wird der Einspracheentscheid bzw. die Verfügung der SUVA **formell rechtskräftig**. Die formelle Rechtskraft korreliert jedoch nicht notwendigerweise mit der Vollstreckbarkeit. So ist insbesondere die ursprüngliche Verfügung der SUVA in aller Regel schon vollstreckbar, obgleich sie formell noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist (Art. 111 UVG).¹²⁰⁶ Der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht kommt von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zu (Art. 103 Abs. 1 BGG), wobei aber möglich ist, dass der Instruktionsrichter der Beschwerde diese Wirkung auf entsprechenden Antrag hin oder von Amtes wegen beordnet (Art. 103 Abs. 3 BGG). Unterzieht sich ein Arbeitgeber der nunmehr rechtskräftigen Anordnung nicht freiwillig, greift das Vollstreckungsverfahren Platz.

E. Das Vollstreckungsverfahren

- 870 **1.** Unterzieht sich der Arbeitgeber der von der SUVA mittels Verfügung angeordneten Schutzmassnahme nicht freiwillig – lässt er z.B. trotz fehlendem Fassadengerüst weiterhin auf einer Absturzhöhe von über drei Metern Arbeiten ausführen –, hat die SUVA Vollstreckungsmassnahmen zu ergreifen.

¹²⁰³ Vgl. EKAS, Leitfaden, S. 1 (Ziff. 1).

¹²⁰⁴ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 26 Rz. 21.

¹²⁰⁵ Vgl. zu den qualifizierten Ermessensfehlern TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 26 Rz. 15 ff.

¹²⁰⁶ Vgl. auch Rz. 874. Für den Wortlaut von Art. 111 UVG siehe Rz. 859.

Bereits aufgezeigt wurde, dass eine Prämienhöhung von der SUVA in ihrer Rolle als Sozialversicherung verfügt wird (Rz. 812). Auf den Fall, in dem sich der Arbeitgeber trotz rechtskräftiger Verfügung wehrt, den höheren Prämienbetrag zu bezahlen, gehe ich nicht näher ein. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang einzig Art. 40 VwVG, der die Prämiengläubigerin für die Vollstreckung von Verfügungen auf Geldzahlungen auf das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) verweist. 871

2. Das Vollstreckungsverfahren knüpft an eine vollstreckbare Verfügung, einen vollstreckbaren Einspracheentscheid der SUVA oder ein vollstreckbares Urteil des Bundesverwaltungsgerichts oder des Bundesgerichts an. Die Vollstreckbarkeit stellt sich mithin in zwei Fällen ein:¹²⁰⁷ 872

- Erstens, wenn die *Rechtsmittelfrist*, mithin die Einsprache- oder die Beschwerdefrist, *unbenutzt verstrichen* ist. Dann stellt sich die formelle Rechtskraft ein. 873
- Zweitens, wenn in der Verfügung, im Einspracheentscheid oder im Beschwerdeurteil einem allfälligen Rechtsmittel die *aufschiebende Wirkung entzogen* wird. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung ist indessen nur dort überhaupt notwendig, wo das Gesetz dem Rechtsmittel die Suspensivwirkung nicht schon im Grundsatz entzieht (so etwa, wenn ein Arbeitgeber das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts an das Bundesgericht weiterzieht; Rz. 869). 874

3. Im Vollstreckungsverfahren besteht nur noch beschränkt Rechtsschutz: Zwar stehen die ordentlichen Rechtsmittel zur Verfügung, sodass der Arbeitgeber sich auch gegen eine Vollstreckungsverfügung, mit der etwa die Schliessung eines Betriebsteils (Rz. 887) angeordnet wird, mittels Einsprache und sodann mittels Beschwerde wehren kann. Allerdings kann der Arbeitgeber in diesem Stadium einzig noch Mängel der Vollstreckungsverfügung geltend machen.¹²⁰⁸ 875

4. Der Verordnung über die Unfallverhütung zufolge besteht die «Vollstreckung» (Abschnittstitel vor Art. 66 ff. VUV) aus der Prämienhöhung (Art. 66 VUV) einerseits und aus Zwangsmassnahmen (Art. 67 VUV) andererseits. 876

¹²⁰⁷ Vgl. auch EKAS, Leitfaden, S. 42 (Ziff. 7.1).

¹²⁰⁸ Vgl. JAAG/HÄGGI FURRER, Praxiskommentar VwVG, N 12 zu Art. 41.

- 877 **a.** Von der *Prämien­erhöhung* war bereits im Rahmen jener Sanktionen die Rede, welche die SUVA im Durch­führungs­verfahren verhängen kann (Rz. 807 ff.). Das steht in einem gewissen Widerspruch zum Umstand, dass die Prämien­erhöhung sowohl durch die EKAS¹²⁰⁹ als auch durch die Verordnung über die Unfall­verhütung im Rahmen der Vollstreckung abgehandelt wird. Insbesondere ordnet Art. 66 Abs. 1 erster Satz VUV an, dass eine Prämien­erhöhung unter anderem verfügt werden kann, wenn «ein Arbeitgeber einer vollstreckbaren Verfügung keine Folge» leistet.
- 878 Wenn ich die Prämien­erhöhung nun nicht hier beim Vollstreckungs­verfahren darstelle, sondern bereits beim Verwaltungs­verfahren (Durch­führungs­verfahren) abgehandelt habe, verlangt dies nach einer Begründung: Die Zuordnung der Prämien­erhöhung zum Verwaltungs­verfahren rechtfertigt sich deshalb, weil das Unfall­versicherungsgesetz die Prämien­erhöhung generell für sämtliche «Zu­widerhandlungen gegen Vorschriften über die Verhütung von Unfällen und Berufs­krankheiten» vorsieht (Art. 92 Abs. 3 UVG; vgl. auch Art. 66 Abs. 1 VUV). Eine vollstreckbare Verfügung ist nach Gesetz mithin gerade nicht vorausgesetzt; eine Prämien­erhöhung kann nach Massgabe des Gesetzes beim erstmaligen und auch minder erheblichen Ver­stoss verfügt werden (vgl. Rz. 817).
- 879 **b.** Bei den verwaltungs­rechtlichen Sanktionen, die Art. 67 VUV anspricht, ist zwischen exekutorischen (Rz. 880 ff.) und repressiven Sanktionen (Rz. 890 ff.) zu unterscheiden.¹²¹⁰ Auf sie ist in der Folge einzugehen.

1. Exekutorische Sanktionen

- 880 **1.** Exekutorische Massnahmen dienen der **unmittelbaren Durchsetzung** der von der SUVA getroffenen Anordnung.¹²¹¹ Allgemein wehren solche Massnahmen entweder eine drohende Störung des gesetzmässigen Zustands ab oder sie stellen, sofern die Störung bereits eingetreten ist, den gesetz­eskon-

¹²⁰⁹ EKAS, Leit­faden, S. 44 ff. (Ziff. 7.3). Die Prämien­erhöhung figuriert unter Ziff. 7, die das Vollstreckungs­verfahren betrifft.

¹²¹⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 32 Rz. 6 ff.; OGG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, S. 9 ff. Bisweilen ist in der Lehre von drei Kategorien die Rede; die sogenannten administrativen Rechtsnachteile bilden dann die dritte Kategorie. Vgl. etwa JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, S. 3 ff.; weiter NIGGLI/MAEDER, Schutz, S. 449 ff.

¹²¹¹ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungs­verfahren, Rz. 667.

formen Zustand wieder her.¹²¹² Nachdem, wie aufgezeigt, der Arbeitgeber durch das Unterlassen der gebotenen Schutzmassnahmen zum Störer wird (Rz. 739), geht es im vorliegenden Zusammenhang um die Wiederherstellung des gesetzeskonformen Zustands.

2. In der Arbeitssicherheit sind **zwei exekutorische Massnahmen** denkbar: 881
 der unmittelbare Zwang (Rz. 882 ff.) und die Ersatzvornahme (Rz. 888 f.).¹²¹³ Beides ist dem betroffenen Arbeitgeber grundsätzlich anzu-
 drohen und es ist ihm eine angemessene Frist zur Erfüllung der verlangten
 Schutzmassnahme anzusetzen.¹²¹⁴ Indessen gilt auch hier (wie bereits für den
 Ausschluss der Einsprachemöglichkeit nach Art. 105a UVG) Abweichendes,
 wenn «Gefahr im Verzuge ist»¹²¹⁵: In diesen Fällen kann auf die Androhung
 verzichtet werden, was auch das Ansetzen einer Erfüllungsfrist obsolet
 macht.

a) *Unmittelbarer Zwang*

1. Beim unmittelbaren Zwang handelt es sich um eine «schwere und den 882
 Adressaten direkt treffende Massnahme»¹²¹⁶. Für die Zwecke der Arbeitssi-
 cherheit ist der unmittelbare Zwang in Art. 86 Abs. 2 UVG und Art. 67
 Abs. 2 VUV geregelt:

Art. 86 Abs. 2 UVG: «Werden Leben oder Gesundheit von Arbeitnehmern 883
 durch Missachtung von Sicherheitsvorschriften schwer gefährdet, so verhin-
 dert die zuständige kantonale Behörde die Benützung von Räumen oder Ein-
 richtungen und schliesst in besonders schweren Fällen den Betrieb bis zur
 Behebung des sicherheitswidrigen Zustandes; sie kann die Beschlagnahme
 von Stoffen und Gegenständen verfügen.»

Art. 67 Abs. 2 VUV: «Werden Leben oder Gesundheit von Arbeitnehmern 884
 unmittelbar schwer gefährdet, so ersucht das zuständige Durchführungsorgan
 die kantonale Behörde (Art. 68 [VUV]), die in Artikel 86 Absatz 2 des Ge-

¹²¹² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 32 Rz. 7; NIGGLI/MAEDER, Schutz, S. 450.

¹²¹³ Dass es sich bei Ersatzvornahme und unmittelbarem Zwang um Vollstreckungsverfügungen handelt, ergibt sich aus Art. 5 Abs. 2 VwVG.

¹²¹⁴ Vgl. Art. 41 Abs. 2 VwVG.

¹²¹⁵ Art. 41 Abs. 3 VwVG.

¹²¹⁶ EKAS, Leitfaden, S. 46 (Ziff. 7.4.1).

setzes [gemeint ist das Unfallversicherungsgesetz] vorgesehenen vorsorglichen Massnahmen zu treffen. Die kantonale Behörde benachrichtigt das zuständige Durchführungsorgan über die getroffenen Massnahmen.»

- 885 **2.** Das Gesetz lässt unmittelbaren Zwang in der Arbeitssicherheit in zwei verschiedenen Fällen zu. Zu unterscheiden ist zwischen einem Normalfall (Rz. 886) und einem Ausnahmefall (Rz. 887). Welcher Fall vorliegt, bestimmt sich nach dem «Ausmass der festgestellten Gefährdung der Arbeitnehmenden»¹²¹⁷:
- 886 **a.** In jener Konstellation, den die EKAS als *Normalfall* bezeichnet,¹²¹⁸ besteht keine unmittelbare und schwere Gefahr für den Arbeitnehmer, womit das Bedürfnis nach vorsorglichen Massnahmen entfällt. Zu unmittelbarem Zwang kommt es, wenn eine rechtskräftige Verfügung vorliegt, der unmittelbare Zwang angedroht worden und dem Arbeitgeber in einer Vollstreckungsverfügung mitgeteilt worden ist, dass nun Zwangsmassnahmen ergriffen werden. Die SUVA muss dann die zuständige kantonale Behörde ersuchen, die rechtskräftige Verfügung zu vollstrecken, die Zwangsmassnahmen also vorzunehmen. Die Kantone sind zu dieser «Rechtshilfe bei der Vollstreckung rechtskräftiger Verfügungen» verpflichtet (Art. 86 Abs. 1 UVG).¹²¹⁹
- 887 **b.** Im *Ausnahmefall*¹²²⁰, der durch die erwähnten Art. 86 Abs. 2 UVG und Art. 67 Abs. 2 VUV erfasst wird, besteht eine *unmittelbare und schwere Gefahr* für den Arbeitnehmer. Deshalb ist es eminent wichtig, dass der unmittelbare Zwang möglichst zeitnah zur Anwendung gelangt. Die EKAS gibt in ihrem Leitfaden das folgende Vorgehen vor:¹²²¹ Wenn der Arbeitgeber die von der SUVA mündlich angeordneten Sofortmassnahmen nicht umsetzt, hat die SUVA die zuständige kantonale Behörde (in der Regel telefonisch) um Erlass vorsorglicher Massnahmen zu ersuchen. Diese können darin bestehen, dass die Benützung einer bestimmten Maschine oder das Betreten eines be-

¹²¹⁷ EKAS, Leitfaden, S. 47 (Ziff. 7.4.2).

¹²¹⁸ EKAS, Leitfaden, S. 47 (Ziff. 7.4.2). Für einen Anwendungsfall siehe BVGE 2010/37: Die SUVA ordnete gegenüber dem Arbeitgeber an, «die Arbeiten ab einer Höhe von 3,0 m einzustellen, bis ein Fassadengerüst erstellt» ist (Sachverhalt). Der Arbeitgeber wehrte sich mittels Beschwerde an das Verwaltungsgericht gegen diese Anordnung.

¹²¹⁹ Ein entsprechendes «Rechtshilfesuch» des Durchführungsorgans an die zuständige kantonale Behörde findet sich als Muster in EKAS, Leitfaden, S. 103.

¹²²⁰ Der Ausnahmefall steht im Gegensatz zum «Normalfall»; vgl. dazu Rz. 886 und die zugehörige Fn. 1218.

¹²²¹ EKAS, Leitfaden, S. 47 (Ziff. 7.4.2).

stimmten Arbeitsbereichs verhindert wird; für besonders gravierende Fälle sieht das Gesetz die Betriebsschliessung vor (Art. 86 Abs. 2 UVG). Auf diese Weise kann es beim Bauen zum sogenannten Baustopp kommen. Da es sich im Ausnahmefall zunächst um eine provisorische Massnahme handelt, hat die SUVA (wiederum nach Vorgabe der EKAS) eine Verfügung nach Art. 64 VUV zu erlassen und den Arbeitgeber darin zum Treffen der erforderlichen Schutzmassnahmen zu verpflichten. In der Verfügung ist einem allfälligen Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung zu entziehen (vgl. Rz. 858 ff.), womit die Verfügung sofort vollstreckbar wird.

b) Ersatzvornahme

1. Eine weitere Möglichkeit im Rahmen exekutorischer Massnahmen, die gegenüber dem beschriebenen unmittelbaren Zwang (Rz. 882 ff.) jedoch im Hintergrund steht, besteht in der Ersatzvornahme (Art. 67 Abs. 1 VUV i.V.m. Art. 41 VwVG). Allgemein ausgedrückt nimmt der Staat oder ein von ihm beauftragter Dritter eine Handlung vor, die der Arbeitgeber pflichtwidrig unterlassen hat.¹²²² Im Beispielfall 2 (Rz. 28 f.) würde dies bedeuten, dass die SUVA von einer Gerüstbaufirma das notwendige Fassadengerüst erstellen lässt. Zu dieser Massnahme wird die SUVA indessen kaum je greifen, da sie kein eigenständiges Interesse an der Wiederaufnahme der Bauarbeiten hat. Entsprechend näher liegt der unmittelbare Zwang, der in der Betriebsschliessung bestehen kann (Rz. 887). 888

2. Die Kosten einer allfälligen Ersatzvornahme werden dem säumigen Arbeitgeber auferlegt und in einer eigenständigen Verfügung festgesetzt (Art. 41 Abs. 1 lit. a VwVG). 889

2. Repressive Sanktionen

Im Gegensatz zu den exekutorischen Massnahmen (Rz. 880 ff.) kommt den repressiven Massnahmen **Sanktionscharakter** zu. Es geht hier nicht primär um die Unfallverhütung, sondern vielmehr darum, vergangenes Verhalten zu tadeln. Damit sind die repressiven Sanktionen «im Grenzbereich zwischen Straf- und Verwaltungsrecht»¹²²³ anzusiedeln. Zu erwähnen sind zwei Sank- 890

¹²²² JAAG/HÄGGI FURRER, Praxiskommentar VwVG, N 14 zu Art. 41.

¹²²³ KÖLZ/HÄNDER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, Rz. 667.

tionen: die Strafanzeige (Rz. 891) und die Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB (Rz. 892 ff.).

a) *Strafanzeige*

891 Nach Vorgabe der EKAS ist gegen einen fehlbaren Arbeitgeber unter gewissen (eher restriktiven) Voraussetzungen Strafanzeige einzureichen.¹²²⁴ Freilich führt die Strafanzeige schliesslich nicht zu einer verwaltungsrechtlichen Sanktion gegen den Arbeitgeber, sondern vielmehr – falls es zu einer Anklage gegen den Arbeitgeber kommt und dieser verurteilt wird – zu einer strafrechtlichen Sanktion. Alleine im Umstand, dass es die mit dem Vollzug der Verhaltensvorschriften betraute SUVA ist, welche die Strafanzeige erstattet, kann indessen eine Art verwaltungsrechtliche Sanktion gesehen werden. Im vierten Teil der Untersuchung gehe ich einlässlich auf die Möglichkeit der Strafanzeige durch die SUVA ein (Rz. 1005 ff.).

b) *Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB*

892 **1.** Art. 292 StGB steht neben der Marginalie «Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen»¹²²⁵ und hat folgenden Wortlaut:

893 «Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft.»

894 Der Straftatbestand ist auch im Bereich der Arbeitssicherheit von Bedeutung, unterscheidet sich indessen grundsätzlich von den übrigen Delikten, auf die ich bei der strafrechtlichen Sanktionierung des Arbeitgebers eingehe (Rz. 897 ff.). Der Unterschied liegt darin, dass Art. 292 StGB nicht den Verstoss gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit bestraft, sondern vielmehr den Ungehorsam gegen Verfügungen.

¹²²⁴ EKAS, Leitfaden, S. 42 (Ziff. 7.2) und S. 49 ff. (Ziff. 7.6); zur sogenannten Anzeigepraxis der EKAS siehe Rz. 1020 ff.

¹²²⁵ Zum Begriff der amtlichen Verfügung, der sich nur teilweise mit dem verwaltungsrechtlichen Verfügungsbegriff deckt, einlässlich BSK StGB II-RIEDO/BONER, N 61 ff. zu Art. 292.

2. Vorliegend stelle ich die Ungehorsamsstrafe im Rahmen des verwaltungsrechtlichen Vollstreckungsverfahrens dar. Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass Art. 292 StGB nebst dieser verwaltungsrechtlichen Kompulsivwirkung¹²²⁶ auch eine strafrechtliche Wirkung zukommt, weshalb bisweilen von der «**Doppelnatur**»¹²²⁷ der Ungehorsamsstrafe die Rede ist. 895

3. Im Bereich der Arbeitssicherheit hat Art. 292 StGB bloss **geringe Bedeutung**. Zwar ist grundsätzlich denkbar, dass die SUVA in ihrer Verfügung nach Art. 64 VUV die Ungehorsamsstrafe androht. Zu beachten ist jedoch, dass die EKAS die Durchführungsorgane anhält, in ihren Verfügungen auf die Androhung der Ungehorsamsstrafe zu verzichten, soweit der Arbeitgeber gestützt auf Art. 112 Abs. 3 und 4 UVG strafrechtlich belangbar ist.¹²²⁸ Mit dieser Anordnung bleibt für die Anwendung von Art. 292 StGB im Bereich der Arbeitssicherheit wenig Raum, weil – nach geltendem Recht¹²²⁹ – jeder Verstoss des Arbeitgebers gegen eine Verhaltensvorschrift nach Art. 112 Abs. 3 und 4 UVG mit Strafe bewehrt ist (Rz. 971). Die EKAS erwähnt in ihrem Leitfaden die Möglichkeit, eine Vollstreckungsverfügung mit der Ungehorsamsstrafe zu verbinden.¹²³⁰ Eine grössere Bedeutung als beim Vollzug des Unfallversicherungsgesetzes kommt der Ungehorsamsstrafe beim Vollzug des Arbeitsgesetzes zu. Nach Art. 51 Abs. 2 ArG hat die «kantonale Behörde eine entsprechende Verfügung, verbunden mit der Strafandrohung des Artikels 292 des Strafgesetzbuches» zu erlassen, wenn «der Fehlbare dem Verlangen keine Folge» leistet.¹²³¹ 896

¹²²⁶ BGer 1B_250/2008 vom 13. Mai 2009 E. 6; vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, Rz. 667.

¹²²⁷ BSK StGB II-RIEDO/BONER, N 11 zu Art. 292 m.w.H. (Hervorhebung hinzugefügt).

¹²²⁸ EKAS, Leitfaden, S. 50 f. (Ziff. 7.6.2).

¹²²⁹ Voraussichtlich am 1. Januar 2017 tritt eine Änderung des Unfallversicherungsgesetzes in Kraft, welche die Strafbarkeit des Arbeitgebers aufweicht. Zu dieser Revision siehe Rz. 979 ff.

¹²³⁰ EKAS, Leitfaden, S. 51 (Ziff. 7.6.2).

¹²³¹ Vgl. EKAS, Leitfaden, S. 50 f. (Ziff. 7.6.2).

III. Strafrechtliche Sanktionierung

- 897 **1.** Bis anhin wurde das Thema Arbeitssicherheit hauptsächlich aus zivil- und verwaltungsrechtlicher Perspektive ausgeleuchtet; strafrechtliche Überlegungen standen hingegen im Hintergrund. Insbesondere habe ich im zweiten Teil unter den Verhaltensnormen drei Kernnormen identifiziert (Rz. 276 ff.), von denen keine strafrechtlicher Natur ist. Das soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch das **Strafrecht in der Arbeitssicherheit eminent wichtig** ist.¹²³² Von seiner Bedeutung zeugt etwa der Umstand, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts, die zu Fragen der Arbeitssicherheit ergangen ist, zum grossen Teil von der strafrechtlichen Abteilung des Gerichts – bzw. vom ehemaligen Kassationshof in Strafsachen – stammt.
- 898 **2.** Die Strafbarkeit des Arbeitgebers wegen Verstössen im Bereich der Arbeitssicherheit **geht weit**:
- 899 **a.** Strafbar ist *jeder Verstoss gegen eine Verhaltensvorschrift der Arbeitssicherheit* (Art. 112 Abs. 4 UVG; Rz. 966 ff.).¹²³³ An die Nichteinhaltung einer Verhaltensvorschrift wird strafrechtlich ein Schuldvorwurf geknüpft:¹²³⁴ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist jenem Arbeitgeber, der gegen eine öffentlich-rechtliche Verordnung verstösst, «in der Regel eine Sorgfaltswidrigkeit» anzulasten, die beim subjektiven Tatbestand ins Gewicht fällt und dort als Fahrlässigkeit zu werten ist.¹²³⁵
- 900 **b.** Hier lässt sich eine gewisse Spannung zu jener Maxime ausmachen, wonach strafrechtliche Sanktionierung die «ultima ratio» des staatlichen Reaktionsspektrums darstellt.¹²³⁶ Wie aufgezeigt, stellen bereits das Zivilrecht und

¹²³² Zur grossen Bedeutung von Strafrecht in der Arbeitssicherheit CARRARD, Responsabilité pénale, passim; GERMANN, Strafrechtliche Verantwortung, passim; JANUTIN, Gesundheit, S. 97; SCHMID, Strafrechtliche Verantwortlichkeit, passim.

¹²³³ Vgl. EKAS, Leitfaden, S. 50 f. (Ziff. 7.6.2).

¹²³⁴ Eine Strafe ist stets mit einem persönlichen Schuldvorwurf an den Täter verbunden. Das ergibt sich aus dem das Strafrecht prägenden Schuldprinzip («nulla poena sine culpa»). Vgl. BSK StGB I-BOMMER, N 11 Vorbem. zu Art. 19; RIEDO/MAEDER, Schuldprinzip, passim.

¹²³⁵ Vgl. BGE 114 IV 173 E. 2a.

¹²³⁶ Zum Postulat des Strafrechts als «ultima ratio» vgl. etwa SEELMANN, StGB AT, S. 6 f.; DONATSCH/TAG, Verbrechenlehre, S. 4 f.; kritisch zu dieser Maxime NIGGLI, Ultima ratio, S. 37, nach dem «im externen Verhältnis des Strafrechts zu anderen Rechtsgebieten ein solches Ultima-ratio-Prinzip» nicht besteht.

das Verwaltungsrecht ein Instrumentarium zur Verfügung, um den fehlbaren Arbeitgeber zu sanktionieren. Es stellt sich deshalb die Frage, ob es richtig ist, Verstösse des Arbeitgebers darüber hinaus auch mit Strafe zu bedrohen. Oder anders gewendet: Handelt es sich auch bei der Arbeitssicherheit um ein Gebiet, wo «es sich der Gesetzgeber zur Aufgabe gemacht hat, jede noch so belanglose Verpflichtung mit einer Strafdrohung zu verknüpfen»¹²³⁷?

c. Der Gesetzgeber knüpft an die Nichteinhaltung von Verhaltensvorschriften zunehmend eine Strafe, sodass bisweilen *schwer zu überblicken ist, welche Verhaltensweisen strafbar sind* und welche nicht.¹²³⁸ Das ist mit Blick auf das Schuldprinzip und den Verbotsirrtum (Art. 21 StGB) problematisch, denn: Ein Täter, der «nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält, handelt nicht schuldhaft»¹²³⁹.

d. Im Bereich der Arbeitssicherheit ist der *Einsatz von Strafe legitim*. Es geht hier nie um belanglose Verpflichtungen, sondern stets um den Schutz der körperlichen Integrität des Arbeitnehmers und damit um ein absolutes Rechtsgut.¹²⁴⁰ Im Nebenstrafrecht besteht de lege lata mit Art. 112 Abs. 4 UVG (Rz. 966 ff.) eine Strafnorm, die sämtliche Verstösse des Arbeitgebers gegen die im zweiten Teil der Untersuchung dargestellten Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit mit Strafe bedroht; eine abstrakte Gefahr genügt. De lege ferenda werden die Anforderungen an strafbares Verhalten des Arbeitgebers insofern erhöht, als dass der Verstoss zu einer konkreten Gefährdung anderer Personen führen muss (Rz. 979 ff.).

3. Eine Partikularität der strafrechtlichen Sanktionierung ist, dass sie sich in aller Regel *gegen den Arbeitgeber als natürliche Person* – in den Beispielfällen 2 und 3 (Rz. 28 ff.) gegen den fehlbaren Bauunternehmer – richtet. Die dargestellte zivil- und verwaltungsrechtliche Sanktionierung hingegen richtet sich gegen den Arbeitgeber im Sinne des Bauunternehmens, das

¹²³⁷ RIEDO/MAEDER, Schuldprinzip, S. 86.

¹²³⁸ Drei illustrative Beispiele finden sich bei RIEDO/MAEDER, Schuldprinzip, S. 86 f.

¹²³⁹ Art. 21 erster Satz StGB; vgl. einlässlich RIEDO/MAEDER, Schuldprinzip, S. 88 ff., nach denen im Bereich des Nebenstrafrechts die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums «regelmässig zu bejahen» ist (S. 92). In diesen Fällen handelt der Täter nicht schuldhaft und bleibt entsprechend straffrei.

¹²⁴⁰ Vgl. RIKLIN, Planerverträge, Rz. 19.4 m.H. Für eine grundlegende Untersuchung zum Begriff und Funktion des Rechtsguts siehe FIOJKA, Rechtsgut, passim; zur Bedeutung des Worts «Rechtsgut» in Art. 47 Abs. 2 StGB insbesondere siehe FIOJKA, Masstab, passim.

rechtlich in verschiedenen Formen organisiert sein kann, insbesondere als juristische Person.¹²⁴¹ Ist sie Arbeitgeberin, trifft auch sie die Schutzpflicht nach den Kernnormen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob das Strafrecht eine **Verhaltenszurechnung** – gewissermassen als Äquivalent zum zivilrechtlichen Art. 101 Abs. 1 OR (Rz. 699 ff.) – kennt. Einzugehen ist auf zwei Normen: Art. 29 StGB einerseits und Art. 102 StGB andererseits:

- 904 **a.** *Art. 29 StGB* fungiert als allgemeine Zurechnungsnorm.¹²⁴² Ihm kommt die Funktion zu, «denjenigen strafrechtlich zu erfassen, der für einen anderen handelt, ohne dessen tatbestandsspezifische Täterqualifikation (wie z.B. die Schuldner-eigenschaft) aufzuweisen»¹²⁴³. Art. 29 StGB ist nicht nur auf die im Strafgesetzbuch enthaltenen Straftatbestände anwendbar, sondern ebenso auf das Nebenstrafrecht.¹²⁴⁴ Es scheint nicht zum Vornherein ausgeschlossen, einem Vorarbeiter, dem der Arbeitgeber Aufgaben im Bereich der Arbeitssicherheit delegiert hat (Rz. 108), gestützt auf Art. 29 lit. c StGB¹²⁴⁵ die Schutzpflicht nach den Kernnormen – die den rechtlichen Arbeitgeber trifft – zuzurechnen und ihn so wegen Verstosses gegen Art. 112 Abs. 4 UVG als «Arbeitgeber» zu bestrafen.
- 905 Im Vergleich zur zivilrechtlichen Verhaltenszurechnung nach Art. 101 Abs. 1 OR, wo der Arbeitgeber für das Verhalten seiner Hilfspersonen haftet (Rz. 699 ff.), funktioniert Art. 29 StGB gerade umgekehrt: Eine natürliche Person wird strafrechtlich zur Verantwortung gezogen, obwohl ihr die besondere Täterqualifikation – die Stellung des rechtlichen Arbeitgebers – fehlt.
- 906 **b.** Ergänzt wird Art. 29 StGB durch die Strafbarkeit der Kollektivperson nach *Art. 102 StGB*.¹²⁴⁶ Sie entspricht von der Konzeption her schon eher Art. 101 Abs. 1 OR: In Ausnahmefällen nämlich ist es möglich, das Unternehmen¹²⁴⁷ (als Arbeitgeber) strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, obwohl einer seiner Angestellten den Verstoss gegen die Verhaltensvorschrift

¹²⁴¹ Für eine grundlegende Darstellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit im Unternehmen siehe CASSANI, *Responsabilité pénale*, passim.

¹²⁴² BSK StGB I-WEISSENBERGER, N 2 zu Art. 29.

¹²⁴³ BSK StGB I-WEISSENBERGER, N 3 zu Art. 29.

¹²⁴⁴ Vgl. Art. 333 Abs. 1 StGB; BSK StGB I-WEISSENBERGER, N 4 zu Art. 29.

¹²⁴⁵ Vorausgesetzt ist nach Art. 29 lit. c StGB indessen, dass es sich beim Vorarbeiter um einen «Mitarbeiter mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen» handelt.

¹²⁴⁶ BSK StGB I-WEISSENBERGER, N 3 zu Art. 29.

¹²⁴⁷ In Art. 102 Abs. 4 StGB wird definiert, was unter den Unternehmensbegriff fällt.

zu verantworten hat. Diese «strafrechtliche Verhaltenszurechnung»¹²⁴⁸ setzt voraus, dass «in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks ein Verbrechen oder Vergehen begangen» wurde und dieses «wegen mangelhafter Organisation ... keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden» kann (Art. 102 Abs. 1 erster Satz StGB). Unter Strafe gestellt wird an sich nicht das Verhalten des Angestellten (die sogenannte Anlasstat), sondern die mangelnde Organisation des Unternehmens.¹²⁴⁹ Die Strafe ist «Busse bis zu 5 Millionen Franken» (Art. 102 Abs. 1 zweiter Satz StGB).

Art. 102 StGB ist im vorliegenden Kontext des Bauens aus zwei Gründen von Interesse: Erstens, weil die Tatbegehung nach Art. 227 ff. sowie nach Art. 117 und 125 StGB bei Bauunternehmen zu den betriebstypischen Gefahren zählt¹²⁵⁰ und somit eine taugliche Anlasstat für die Bestrafung nach Art. 102 StGB darstellt. Es handelt sich in den Worten des Gesetzes um Delikte, die ein Mitarbeiter «im Rahmen des Unternehmenszwecks» begeht. Der zweite Grund hat mit Art. 112 Abs. 4 UVG zu tun, bei dem es sich um ein Vergehen handelt. Als solches ist es genügend schwer, um den Anwendungsbereich von Art. 102 StGB zu eröffnen. Einzig bei Übertretungen fällt eine Bestrafung des Unternehmens zum Vornherein weg.

c. Nebst dem Arbeitgeber (im Sinne einer natürlichen Person) kommen weitere natürliche Personen als Täter in Frage, wenn in einem Unternehmen gegen die Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit verstossen wird. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist «bei Delikten, die in Unternehmen begangen werden, die strafrechtliche Verantwortlichkeit nach deren Organisationsstruktur zu bestimmen. Mitarbeitern kommt eine Garantienstellung nur im Rahmen ihres Aufgabenbereichs zu und nur insoweit, als ihnen auch die entsprechenden Kompetenzen delegiert sind»¹²⁵¹. Eine Delegation

¹²⁴⁸ In der Lehre ist umstritten, ob es sich bei Art. 102 StGB um einen eigenständigen Straftatbestand oder um eine blossе Zurechnungsnorm handelt. Vgl. für einen Überblick über den Meinungsstand BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, N 18 ff. zu Art. 102, welche die Norm als eigenständigen Straftatbestand verstehen und in der Anlasstat eine objektive Strafbarkeitsvoraussetzung erblicken (N 34).

¹²⁴⁹ Deshalb ist der Ausdruck «strafrechtliche Verhaltenszurechnung» mit Vorsicht zu geniessen (vgl. Fn. 1248).

¹²⁵⁰ BSK StGB I NIGGLI/GFELLER, N 92 und 96 zu Art. 102.

¹²⁵¹ BGer 6S.447/2003 vom 1. April 2004 E. 3.2.

von Pflichten nach Art. 7 Abs. 1 VUV etwa begründet eine Garantenstellung des Delegaten.¹²⁵²

- 909 **4.** Bei der zivilrechtlichen Sanktionierung wurde zwischen «exekutorischen» (Rz. 608 ff.) und «kompensatorischen» Mitteln (Rz. 691 ff.) des Arbeitnehmers unterschieden. Bei der verwaltungsrechtlichen Sanktionierung war die Rede von «exekutorischen» (Rz. 880 ff.) und «repressiven» Sanktionen (Rz. 890 ff.). Für die nun interessierende strafrechtliche Sanktionierung läge eine analoge Einteilung der Straftatbestände – in «präventive» und «repressive» – nahe. Dabei wären jene Delikte, die keinen Unfall voraussetzen, den «**präventiven Sanktionen**» zuzuordnen,¹²⁵³ die anderen Delikte hingegen, bei denen ein Unfall vorausgesetzt ist, den «**repressiven Sanktionen**». Auf diese an sich naheliegende Zweiteilung verzichte ich, und zwar aus folgenden Gründen:
- 910 **a.** Die Frage nach der *Funktion des Strafrechts* ist viel diskutiert. Im Zentrum der Diskussionen stehen die Begriffe «Repression» und «Prävention», die einander kontrastieren.¹²⁵⁴ Schon seit längerem ist eine Verlagerung des strafrechtlichen Fokus von der Repression (Vergeltung) hin zur Prävention (Verhütung) festzustellen:¹²⁵⁵ An das Strafrecht wird zunehmend der Anspruch gestellt, es habe die Sicherheit zu fördern oder gar zu garantieren, indem es – prospektiv orientiert – drohende Angriffe auf geschützte Rechtsgüter abwehre.¹²⁵⁶
- 911 **b.** Nach richtiger Auffassung aber ist das Strafrecht retrospektiv ausgerichtet: Es stellt eine Reaktion auf Vergangenes dar und verfolgt demnach einen *repressiven Zweck*.¹²⁵⁷ Ob der Strafe nebst dieser repressiven Wirkung zumindest subsidiär auch eine präventive Wirkung zukommt, ist in der Lehre

¹²⁵² BGer 6S.447/2003 vom 1. April 2004 E. 3.3.

¹²⁵³ Vgl. TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht, S. 102, der bezogen auf die Strafnormen im Arbeitsgesetz schreibt: «Die Präventivfunktion der Strafdrohungen ... steht eindeutig im Vordergrund.»

¹²⁵⁴ SCHUMACHER, Sicheres Bauen, Rz. 133, spricht von einem «provozierenden Unterschied». Die Frage, welche Wirkung Rechtsnormen haben, stellt sich nebst dem Strafrecht insbesondere auch im Haftpflichtrecht; vgl. dazu etwa KÖRNER, Präventive und punitive Elemente, passim; MÜLLER-CHEN, Krise, S. 292 f.

¹²⁵⁵ Siehe zur dieser Verlagerung einlässlich NIGGLI, Abkehr, passim, insbesondere S. 14; DERSELBE, Prävention, passim.

¹²⁵⁶ Vgl. NIGGLI/MAEDER, Schutz, S. 443; DIESELBEN, Sicherheit als Ziel, passim.

¹²⁵⁷ NIGGLI/RIEDO, Quasi-Strafrecht, S. 94; DIESELBEN, Unterschied, S. 382.

umstritten.¹²⁵⁸ Es handelt sich um eine Frage empirischer Natur, die ich hier offen lasse. Hinweisen will ich jedoch darauf, dass das geltende Recht sich präventiven Überlegungen zumindest nicht verschliesst: Im Rahmen der Strafzumessung können sowohl Überlegungen spezialpräventiver als auch solche generalpräventiver Art berücksichtigt werden.¹²⁵⁹

– Spezialpräventive Überlegungen können über Art. 47 Abs. 1 StGB in die Strafzumessung einfließen: Das Gericht hat dort insbesondere «die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters» zu berücksichtigen.¹²⁶⁰ Vorstellbar, empirisch aber nicht nachgewiesen ist, dass der Täter sich durch eine drakonische Strafe von der Begehung künftiger Straftaten abhalten lässt. 912

– Auch generalpräventive Überlegungen dürfen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts in die Strafzumessung einfließen. Vorausgesetzt ist indessen, dass «die Strafe geeignet ... [ist], die Allgemeinheit zu veranlassen, sich an die Strafrechtsnormen zu halten, und so zur Verbrechensverhütung beiträgt»¹²⁶¹. Diese Rechtsprechung stösst in der Lehre aber zu Recht auf Kritik, weil empirisch bisher nicht nachgewiesen ist, dass höhere Strafen eine generalpräventive Wirkung entfalten.¹²⁶² 913

c. Vorliegend ist die Grundsatzfrage nach der präventiven Wirkung des Strafrechts weder allgemein noch spezifisch für die in der Arbeitssicherheit relevanten Straftatbestände zu beantworten. Grundlegend jedoch ist die Erkenntnis, dass ein Arbeitgeber wegen Verstössen gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit bestraft werden kann, ohne dass der Arbeitnehmer in seiner körperlichen Integrität verletzt worden ist. Mit anderen Worten setzen bloss einige Straftatbestände einen Unfall voraus (etwa die fahrlässige Tötung nach Art. 117 StGB), während der Arbeitgeber durch das Nebenstraf- 914

¹²⁵⁸ NIGGLI/MAEDER, Schutz, S. 454 f., halten dafür, soweit Normen prospektiv auf Gefahrenabwehr orientiert seien, handle es sich nicht um Strafrecht, sondern um Polizeirecht (Verwaltungsrecht). Vgl. auch NIGGLI/MAEDER, Unterschied, S. 382 f.; SCHUMACHER, Sicheres Bauen, Rz. 134 m.w.H., nach dem die Aussicht auf eine straf- oder zivilrechtliche Sanktion (Haftung) indirekt präventiv wirken kann.

¹²⁵⁹ Zur Unterscheidung zwischen General- und Spezialprävention vgl. NIGGLI/MAEDER, Straftheorien, S. 299 ff.

¹²⁶⁰ SEELMANN, StGB AT, S. 212 f. m.H.

¹²⁶¹ BGE 118 IV 342 E. 2g; BGER 6P.109/2003 und 6S.294/2003 vom 16. Januar 2004 E. 7.1.2.

¹²⁶² KUNZ, Kriminologie, § 25 Rz. 9 m.H.; vgl. auch SEELMANN, StGB AT, S. 212.

recht (Art. 112 Abs. 3 und 4 UVG) de lege lata ganz unabhängig davon mit Strafe bedroht wird, ob jemand verletzt wurde; eine abstrakte Gefährdung reicht aus (Rz. 971). Dieser grundlegenden Erkenntnis folge ich bei der Strukturierung der zu behandelnden Delikte: Ich nehme eine Zweiteilung vor in Straftatbestände, die keinen Unfall voraussetzen (Gefährdungsdelikte; Rz. 934 ff.) und solche, bei denen eine Verletzung der körperlichen Integrität – im Beispielfall 3 (Rz. 30 f.) ein Unfall – vorausgesetzt ist (Verletzungsdelikte; Rz. 992 ff.).

- 915 **5.** Nach diesen Vorbemerkungen zur strafrechtlichen Sanktionierung ist für das Folgende auf fünf **thematische Eingrenzungen** hinzuweisen. Die strafrechtliche Sanktionierung handle ich nämlich nicht in all ihren materiell- und prozessrechtlichen Facetten ab. Im Einzelnen:
- 916 **a.** Gegenstand der folgenden Ausführungen ist einzig die Strafe. Sie ist die herkömmliche Rechtsfolge eines Delikts.¹²⁶³ Auf Ausführungen zu strafrechtlichen *Massnahmen*, die ebenfalls unter den Sanktionsbegriff fallen,¹²⁶⁴ verzichte ich hingegen. Für sie ergeben sich im vorliegenden Zusammenhang keine Besonderheiten.
- 917 **b.** *Diverse Straftatbestände* sind von der Untersuchung ausgeschlossen. Sie finden sich im kantonalen Baustrafrecht¹²⁶⁵ und in verschiedenen Spezialgesetzen des Bundes,¹²⁶⁶ aber auch im Strafgesetzbuch. Hier genügt der Hinweis, dass – je nach den konkreten Verhältnissen – im Einzelfall folgende Delikte zusätzlich näher zu prüfen sind: Art. 222 (fahrlässige Verursachung einer Feuersbrunst), Art. 223 (Verursachung einer Explosion), Art. 225 (Gefährdung durch Sprengstoffe etc.), Art. 227 (Verursachen einer Überschwemmung oder eines Einsturzes), Art. 228 (Beschädigung von elektrischen Anlagen, Wasserbauten und Schutzvorkehrungen) sowie die Art. 237–239

¹²⁶³ DONATSCH/TAG, Verbrechenlehre, S. 8.

¹²⁶⁴ Vgl. zu den strafrechtlichen Massnahmen Art. 56 ff. StGB.

¹²⁶⁵ Zum kantonalen Baustrafrecht vgl. Art. 335 Abs. 2 StGB sowie RIKLIN, Planerverträge, Rz. 19.82 ff. Ein Beispiel eines kantonalen Baustraftatbestands ist Art. 50 Abs. 1 BauG/BE: «Wer als Verantwortlicher, insbesondere als Bauherr, Architekt, Ingenieur oder Bauunternehmer, ein Bauvorhaben ... in Missachtung von ... Vorschriften ausführt oder ausführen lässt, ... wird mit Busse von 1 000 Franken bis 40 000 Franken bestraft.»

¹²⁶⁶ Vgl. etwa Art. 88 KHG, Art. 38 SprstG oder Art. 43 StSG.

StGB (Störung des öffentlichen Verkehrs, des Eisenbahnverkehrs sowie von Betrieben, die der Allgemeinheit dienen).¹²⁶⁷

c. Für die behandelten Straftatbestände ergeben sich zwei weitere Einschränkungen: 918

- Erstens gehe ich auf Fragen der *Normenkonkurrenz* nicht ein. Solche kommen insbesondere auf, wenn der Arbeitgeber durch sein Verhalten gleich mehrere Straftatbestände erfüllt, z.B. Art. 117, Art. 229 StGB und Art. 112 Abs. 4 UVG.¹²⁶⁸ Es fragt sich dann insbesondere, ob alle Tatbestände nebeneinander zur Anwendung gelangen, oder ob ein Delikt ein anderes allenfalls konsumiert.¹²⁶⁹ 919
- Zweitens klammere ich Probleme aus, die sich mit Bezug zur (strafrechtlichen) *Verfolgungsverjährung* (Art. 97 StGB) gerade im Kontext des Bauens ergeben können. Die Fälle, von denen die Rechtsprechung des Bundesgerichts zeugt, betreffen die Sicherheit eines Bauwerks für die Benutzer.¹²⁷⁰ Was die Sicherheit der am Bauwerk Beschäftigten betrifft, steht die Verjährung hingegen im Hintergrund. Das gilt jedenfalls bei Arbeitsunfällen, wo offensichtlich ist, dass jemand verletzt wurde und entsprechend Ermittlungen aufgenommen werden. Grössere Bedeutung hat die Verjährung bei Berufskrankheiten. Dort vergeht bisweilen viel Zeit, bis die ersten Symptome auftreten. Die Verfolgungsverjährung beginnt nach der allgemeinen Regel in Art. 98 lit. a StGB «mit dem Tag, an dem der Täter die strafbare Tätigkeit ausführt». Bei fahrlässig begangenen Erfolgsdelikten kann dies zum Ergebnis führen, dass das Delikt verjährt ist, bevor der Erfolg eintritt.¹²⁷¹ Als Beispiel kann auf die bekannte Asbest- 920

¹²⁶⁷ Für ein Beispiel von Art. 239 StGB (Störung von Betrieben, die der Allgemeinheit dienen) siehe BGE 90 IV 246.

¹²⁶⁸ Möglich ist auch, dass der Arbeitgeber durch sein Verhalten einen Tatbestand mehrfach erfüllt (z.B. fahrlässige Tötung von zwei Arbeitnehmern).

¹²⁶⁹ Möglich ist auch, dass eine mitbestrafte Vortat oder eine mitbestrafte Nachtat vorliegt (dazu DONATSCH/TAG, Verbrechenlehre, S. 415). Zur Konkurrenzlehre grundlegend siehe DONATSCH/TAG, Verbrechenlehre, S. 407 ff.

¹²⁷⁰ Vgl. einlässlich RIKLIN, Planerverträge, Rz. 19.67 ff., der auf drei Fälle hinweist, die auch in der Öffentlichkeit Beachtung fanden: der Hallenbadeinsturz in Uster (BGE 115 IV 199, vgl. RIKLIN, Planerverträge, Rz. 19.72), der Deckeneinsturz bei der Tiefgarage in Gretzenbach (vgl. RIKLIN, Planerverträge, Rz. 19.73) und der Fall des automatischen Garagentors einer Tiefgarage, in dem ein Mädchen eingeklemmt wurde (BGER 6S.449/2004 vom 21. September 2005; vgl. RIKLIN, Planerverträge, Rz. 19.74).

¹²⁷¹ BSK StGB I-ZURBRÜGG, N 5 f. zu Art. 98.

problematik hingewiesen werden: Stirbt ein Arbeitnehmer, weil sein ehemaliger Arbeitgeber vor 30 Jahren die nötigen Schutzmassnahmen im Hinblick auf Asbest unterlassen hat, ist eine allfällige fahrlässige Tötung nach Art. 117 StGB verjährt,¹²⁷² bevor der Erfolg überhaupt eingetreten ist.¹²⁷³

- 921 **d.** Eine letzte thematische Eingrenzung betrifft die *Opferhilfe*. Hinweisen will ich einzig darauf, dass ein verunfallter Arbeitnehmer möglicherweise den Opferbegriff des Opferhilfegesetzes erfüllt. Dafür ist vorausgesetzt, dass er durch die von seinem Arbeitgeber verübte Straftat in seiner körperlichen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist. Trifft dies zu, besteht ein Anspruch auf Opferhilfe (Art. 1 Abs. 1 OHG).¹²⁷⁴
- 922 **6.** Somit ist die strafrechtliche Sanktionierung des Arbeitgebers für die Zwecke dieser Arbeit konturiert. Sogleich zeige ich auf, inwiefern dabei auf die im zweiten Teil dargestellten Verhaltensnormen zurückgegriffen wird (Rz. 923 ff.). Danach gehe ich auf die relevanten Straftatbestände ein, und zwar in den bereits angetönten zwei Schritten: Zuerst wende ich mich jenen Delikten zu, die keinen Unfall voraussetzen (Gefährdungsdelikte; Rz. 934 ff.). Schliesslich gehe ich auf jene Delikte ein, bei denen ein Unfall bzw. eine Verletzung der körperlichen Integrität des Arbeitnehmers Voraussetzung ist (Verletzungsdelikte; Rz. 992 ff.).

¹²⁷² Bei einer fahrlässigen Tötung tritt die Verfolgungsverjährung nach 10 Jahren ein (Art. 97 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 117 StGB).

¹²⁷³ Für einen Fall, dem ein solcher Sachverhalt zugrunde lag, siehe BGE 134 IV 297: Das Bundesgericht schützte die Ansicht der Vorinstanz, die den Verjährungseintritt bejaht hatte: «Da die Verjährung mit dem Tag beginnt, an dem der Täter die strafbare Handlung beziehungsweise Tätigkeit ausführt ..., ist nach Lehre und Rechtsprechung der Zeitpunkt des tatbestandsmässigen Verhaltens, nicht der Zeitpunkt des Eintritts des allenfalls zur Vollendung des Delikts erforderlichen Erfolgs massgebend» (E. 4.2). Für eine abweichende Meinung betreffend den Verjährungsbeginn bei fahrlässigen Erfolgsdelikten siehe JOSITSCH/SPIELMANN, Verfolgungsverjährung, passim, die Art. 98 lit. a StGB extensiv auslegen und den Beginn des Fristenlaufs erst beim Eintritt des Taterfolgs ansetzen wollen (S. 196). Zum Fall «Howald Moor», in dem die Frage der Verjährung im Rahmen einer zivilrechtlichen Klage und einer Staatshaftungsklage gegen die SUVA zu beurteilen war, siehe Rz. 153 und die dazugehörige Fn. 168 sowie Rz. 715.

¹²⁷⁴ Der Anspruch auf Opferhilfe erstreckt sich auf die Angehörigen (Art. 1 Abs. 2 OHG).

A. Relevanz der Verhaltensnormen für die strafrechtliche Sanktionierung

1. Die im zweiten Teil dargestellten Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit (Rz. 268 ff.) bilden, wie bereits für die zivil- und die verwaltungsrechtliche Sanktionierung, auch den massgebenden Anknüpfungspunkt für die strafrechtliche Sanktionierung.¹²⁷⁵ Erfüllt der Arbeitgeber im Bereich der Arbeitssicherheit einen Straftatbestand, so tut er dies in aller Regel **fahrlässig**; Vorsatzdelikte hingegen spielen eine marginale Rolle.¹²⁷⁶ Entsprechend vernachlässige ich die Möglichkeit der vorsätzlichen Tatbegehung (etwa die vorsätzliche Tötung nach Art. 111 StGB) und konzentriere mich auf Tatbestände, die der Arbeitgeber fahrlässig erfüllen kann.¹²⁷⁷ Ausnahmen bilden die Lebensgefährdung nach Art. 129 StGB (Rz. 953 ff.) und die Beseitigung von Schutzeinrichtungen nach Art. 230 StGB (Rz. 949 ff.), die stets Vorsatz voraussetzen.¹²⁷⁸

2. Bei der Beurteilung der Frage, ob sich ein Arbeitgeber fahrlässig verhalten hat, ist nach Massgabe von Art. 12 Abs. 3 erster Satz StGB zu prüfen, ob ihm eine **pflichtwidrige Unvorsichtigkeit** vorgeworfen werden kann.¹²⁷⁹ Eine solche ist zu bejahen, wenn er «die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist» (Art. 12 Abs. 3 zweiter Satz StGB). Entscheidend ist die Frage, ob der Arbeitgeber es unterlassen hat, «die der gebotenen Sorgfalt entsprechende Handlung vorzunehmen»¹²⁸⁰.

¹²⁷⁵ Zur Anknüpfung der zivilrechtlichen Sanktionierung an die (arbeitsvertraglich geschuldete) Sorgfalt Rz. 600 ff.

¹²⁷⁶ Für das Bauen vgl. RIKLIN, Planerverträge, Rz. 19.4 f., der berechtigterweise auch darauf hinweist, dass der Vorsatz im «Baustrafrecht» schwer nachzuweisen ist (Rz. 19.6); vgl. weiter MÜLLER/INAUEN, Haftung, S. 180.

¹²⁷⁷ Damit bleiben all jene (unwahrscheinlichen, aber theoretisch denkbaren) Konstellationen ausgeklammert, in denen ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer gefährden, verletzen oder gar töten will oder dies im Sinne des Eventualvorsatzes zumindest in Kauf nimmt.

¹²⁷⁸ Vgl. die Legaldefinition des Vorsatzes (Art. 12 Abs. 2 StGB) und der Fahrlässigkeit (Art. 12 Abs. 3 StGB).

¹²⁷⁹ Das Gesetz spricht bei der Legaldefinition der Fahrlässigkeit von «pflichtwidriger Unvorsichtigkeit» (Art. 12 Abs. 3 erster Satz StGB).

¹²⁸⁰ BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, N 83 zu Art. 12; vgl. auch JOSSEN, Sorgfaltspflicht, S. 31.

- 925 **3.** Für die Beurteilung der strafrechtlichen Fahrlässigkeit ist demnach der **Sorgfaltsbegriff** zentral.¹²⁸¹
- 926 **a.** Welche Sorgfalt anzuwenden ist, bestimmt sich grundsätzlich «nach den Umständen» sowie nach den «persönlichen Verhältnissen» des Täters (Art. 12 Abs. 3 zweiter Satz StGB). Die Sorgfalt ist mithin situations-¹²⁸² und täterbezogen zu beurteilen. Das Erfordernis einer täterbezogenen Prüfung macht deutlich, dass der strafrechtlichen Fahrlässigkeitsprüfung ein *subjektiver Verschuldensbegriff* zugrunde liegt. Im Strafrecht bestimmt sich die vom Arbeitgeber anzuwendende Sorgfalt nicht wie im Zivilrecht nach den Fähigkeiten eines Durchschnittsmenschen (vgl. Rz. 698), sondern grundsätzlich nach den «den individuellen Kenntnissen und Fähigkeiten des Einzelnen»¹²⁸³.
- 927 **b.** Obgleich das Verschulden im Strafrecht also subjektiver Natur ist, dürfen zur Konkretisierung der erforderlichen Sorgfalt Rechtsnormen oder Verkehrsnormen beigezogen werden,¹²⁸⁴ was zu einer *gewissen Objektivierung* führt. Solche Normen bestehen in vielen Lebensbereichen, auch im Bereich der Arbeitssicherheit. Hier ergibt sich die erforderliche Sorgfalt aus den Verhaltensnormen, wie ich sie im zweiten Teil dargestellt habe.¹²⁸⁵ Das Bundesgericht drückt dies standardmässig wie folgt aus: «Das Mass der im Einzelfall zu beachtenden Sorgfalt richtet sich, wo besondere, der Unfallverhütung dienende Normen ein bestimmtes Verhalten gebieten, in erster Linie nach diesen Vorschriften ... Sie bezeichnen einerseits das bei der entsprechenden Tätigkeit üblicherweise aufzubringende Mindestmass an Sorgfalt und enthalten andererseits eine Entscheidung darüber, welche Risiken gemeinhin in

¹²⁸¹ SEELMANN, StGB AT, S. 162 f.

¹²⁸² Zur situationsbezogenen Bemessung der Sorgfaltspflicht vgl. BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, N 111 f. zu Art. 12.

¹²⁸³ Vgl. BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, N 133 zu Art. 12.

¹²⁸⁴ SEELMANN, StGB AT, S. 168, erwähnt bei den Rechtsnormen etwa das Strassenverkehrsgesetz (SVG) und das Bundesgesetz über den Gewässerschutz (GschG) sowie bei den Verkehrsnormen SUVA-Merkblätter, FIS-Regeln sowie Standes- und Kunstregeln (etwa Normen des SIA).

¹²⁸⁵ Vgl. BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, N 111 zu Art. 12, die von «generellen Sorgfaltsregeln» in der Form gesetzlicher Vorschriften, allgemein anerkannter Sicherheitsempfehlungen sowie Richtlinien und Merkblättern sprechen; BENDEL, Bauen, S. 45 ff.; SEELMANN, StGB AT, S. 168; WALDER, Fahrlässigkeitsdelikte, S. 171.

Betracht gezogen werden müssen»¹²⁸⁶. Die Nichteinhaltung der gestützt auf Art. 83 Abs. 1 UVG erlassenen Verordnungsvorschriften «indiziert in der Regel eine Sorgfaltswidrigkeit»¹²⁸⁷.

c. Das Bundesgericht erklärt die Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit zwar zur primären, aber nicht zur ausschliesslichen Orientierungsquelle bei der Bestimmung der erforderlichen Sorgfalt: «Dass dort, wo besondere Vorschriften ein bestimmtes Verhalten gebieten, die Frage, ob der Täter pflichtgemäss oder pflichtwidrig gehandelt habe, primär nach jenen Bestimmungen zu beantworten ist, liegt auf der Hand. Das schliesst aber nicht aus, dass daneben auch der erwähnte Rechtsgrundsatz [der Gefahrensatz] Platz greifen kann; denn nicht jeder Verstoss gegen eine gesetzliche Verhaltensnorm rechtfertigt den Vorwurf der Fahrlässigkeit, wie umgekehrt ein solcher begründet sein kann, auch wenn nicht gegen eine bestimmte Verhaltensregel verstossen wurde»¹²⁸⁸. Dass der vom Bundesgericht standardmässig angeführte *Gefahrensatz* nach meinem Verständnis gerade zur Konkretisierung der Schutzpflicht des Arbeitgebers nichts beizutragen vermag, habe ich bereits dargelegt (Rz. 517 ff.).

d. Fahrlässigkeitstatbestände sind als *Blankettstrafnormen* konzipiert: Das strafbare Verhalten wird erst durch den Beizug weiterer Normen, in welchen die erforderliche Sorgfalt zum Ausdruck gelangt, umschrieben. Dabei kann es sich um Rechtsnormen handeln (etwa die Bauarbeitenverordnung), aber auch um das Normenwerk eines privaten Verbands,¹²⁸⁹ in der Arbeitssicherheit etwa eine Norm einer Fachorganisation (Rz. 169 ff.). Das ist vor dem Hintergrund des Legalitätsprinzips (Art. 1 StGB) problematisch.¹²⁹⁰ Deshalb ist die Fahrlässigkeit des Arbeitgebers nur zu bejahen, wenn ein «eindeutiger Sorgfaltsmangel vorliegt, hingegen nicht, wenn man vernünftigerweise verschiedener Meinung sein kann und sich allenfalls auch Sachverständige nicht

¹²⁸⁶ BGer 6S.311/2005 vom 26. Oktober 2006 E. 3.1.3; vgl. weiter BGE 135 IV 56 E. 2.1; BGer 6B.435/2015 vom 15. Dezember 2015 E. 3.1; 6B_903/2014 vom 9. Februar 2015 E. 1.1; 6S.181/2002 vom 30. Januar 2003 E. 3.2.2; weiter BSK StGB II-ROELLI/FLEISCHANDERL, N 46 zu Art. 229.

¹²⁸⁷ BGE 114 IV 173 E. 2a.

¹²⁸⁸ BGE 106 IV 80 E. 4b. Vgl. auch CARRARD, Responsabilité pénale, S. 284.

¹²⁸⁹ Vgl. JOSSEN, Sorgfaltspflicht, S. 58 m.H.: «Gesetzliche Vorschriften sind eher die Ausnahme und so werden häufig auch aussergesetzliche Normen beigezogen.»

¹²⁹⁰ RIKLIN, Planerverträge, Rz. 19.18; RIKLIN, Art. 229 StGB, S. 45; BRUNNER, Technische Normen, S. 142 f.

eindeutig festlegen können»¹²⁹¹. Bei der Beurteilung, ob dem Arbeitgeber Fahrlässigkeit anzulasten ist, kann deshalb nicht direkt und unreflektiert auf ein SUVA-Merkblatt abgestellt werden. Vielmehr ist stets zu prüfen, ob das Merkblatt eine Rechtsnorm tatsächlich konkretisiert. Dies kommt in der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur selten mit wünschbarer Klarheit zum Ausdruck; oft begnügt sich das Gericht damit, die Verhaltensnorm zu erwähnen.¹²⁹²

- 930 **4.** Anerkanntermassen kann eine Straftat nicht nur aktiv durch ein Tun, sondern auch passiv durch **Unterlassen** begangen werden. Dies ist für die vorliegenden Zwecke in dreifacher Hinsicht zu erläutern.
- 931 **a.** Unterschieden wird zwischen *echten und unechten Unterlassungsdelikten*: Erstere erklären eine Unterlassung *expressis verbis* für strafbar. Dazu gehört etwa das Nichtanbringen von Schutzeinrichtungen (Art. 230 StGB; Rz. 949 ff.).¹²⁹³ Bei unechten Unterlassungsdelikten hingegen ist die Tatbegehung durch Unterlassung zwar nicht explizit erwähnt, aber gleichwohl möglich.¹²⁹⁴ Eine Bestrafung des Täters setzt indessen voraus, dass dieser «pflichtwidrig untätig» geblieben ist (Art. 11 Abs. 2 StGB), dass ihn mit anderen Worten eine Handlungspflicht getroffen hätte.¹²⁹⁵ Dem Arbeitgeber wird in den Beispielfällen 2 und 3 (Rz. 28 ff.) vorgeworfen, er habe «die Gefährdung oder Verletzung eines strafrechtlich geschützten Rechtsgutes [der körperlichen Integrität des Arbeitnehmers] nicht verhindert, obwohl er aufgrund seiner Rechtstellung dazu verpflichtet» war (Art. 11 Abs. 2 StGB).

¹²⁹¹ RIKLIN, Planerverträge, Rz. 19.18 m.H.

¹²⁹² Für Beispiele siehe die in Fn. 1286 verzeichnete Judikatur. Vgl. jedoch BGer 6B_435/2015 vom 15. Dezember 2015 E. 5.1.1, wo das Bundesgericht für den konkreten Fall festhielt, die einschlägigen Pflichten der Verordnung über die Unfallverhütung und der Bauarbeitenverordnung würden «durch das Suva-Merkblatt «Fassadengerüste, Sicherheit bei der Montage und Demontage» (Nr. 44078.d) konkretisiert».

¹²⁹³ Weitere Beispiele von echten Unterlassungsdelikten sind die Unterlassung der Nothilfe (Art. 128 StGB) oder die Vernachlässigung von Unterhaltungspflichten (Art. 217 StGB).

¹²⁹⁴ Für einen Anwendungsfall der fahrlässigen Tötung durch Unterlassen im Bereich des Bauens siehe BGE 117 V 130.

¹²⁹⁵ Die Figur des unechten Unterlassungsdelikts hat erst 2007 – mit der Revision des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs – ausdrücklich im Strafgesetzbuch (Art. 11 StGB) Niederschlag gefunden (Botschaft StGB 1998, S. 2001 f. [Ziff. 212.12]). Bekannt war das unechte Unterlassungsdelikt indes schon unter altem Recht (vgl. etwa BGE 113 IV 68 E. 5a; 96 IV 155 E. 4a). In der Lehre wurde damals vor dem Hintergrund des in Art. 1 StGB verankerten Grundsatzes «nulla poena sine lege» Kritik geübt (vgl. die Nachweise bei BSK StGB II-SEELMANN, N 4 zu Art. 11).

b. Die *Handlungspflicht des Arbeitgebers ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz* (vgl. Art. 11 Abs. 2 lit. a StGB)¹²⁹⁶. Die Kernnormen der Arbeitssicherheit (Art. 328 Abs. 2 OR, Art. 82 Abs. 1 UVG und Art. 6 Abs. 1 ArG) generieren eine Garantenstellung des Arbeitgebers gegenüber seinem Arbeitnehmer.¹²⁹⁷ Nach Rechtsprechung des Bundesgerichts trifft die Handlungspflicht nicht nur jenen Arbeitgeber, «der die spezifische Unfallgefahr geschaffen hat». Vielmehr hat «jeder Arbeitgeber ... erkennbare Mängel, welche für seine Leute eine vermeidbare Gefährdung bilden, zu beheben oder durch zweckmässige Intervention die Einhaltung der Unfallverhütungsvorschriften zu veranlassen»¹²⁹⁸. Im Bereich des Bauens, wo regelmässig verschiedene Bauunternehmen gleichzeitig auf einer Baustelle tätig sind, bedeutet dies, dass ein Arbeitgeber auch bezüglich Gefahren eine Handlungspflicht trifft, die ein anderer Unternehmer geschaffen hat.

c. Aus dem Gesagten folgt, dass die *nachfolgend behandelten Delikte primär in ihrer Ausformung als unechte Unterlassungsdelikte interessieren*. Eine Ausnahme bildet Art. 230 StGB, der sowohl durch das Beseitigen von Schutzeinrichtungen, mithin durch ein Tun (Ziff. 1 Abs. 1), als auch durch ein Unterlassen (Ziff. 1 Abs. 2) erfüllt werden kann.¹²⁹⁹ Die Strafnorm ist mit anderen Worten sowohl ein Begehungsdelikt als auch ein echtes Unterlassungsdelikt.

B. Straftatbestände, die keinen Unfall voraussetzen (Gefährdungsdelikte)

1. Eine Sanktionierung des Arbeitgebers wegen Verstosses gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit setzt *de lege lata* keinen Unfall, ja nicht einmal eine konkrete Gefährdung eines Arbeitnehmers, voraus.¹³⁰⁰

¹²⁹⁶ Die Garantenstellung des Arbeitgebers liesse sich wohl auch mit Art. 11 Abs. 2 lit. b (Arbeitsvertrag) sowie lit. c (Schaffung einer Gefahr) StGB begründen.

¹²⁹⁷ BGE 109 IV 15 E. 2a; BGer 6S. 447/2003 vom 1. April 2004 E. 3.1.

¹²⁹⁸ BGE 109 IV 15 E. 2a.

¹²⁹⁹ Freilich ist theoretisch möglich, dass der Arbeitgeber weitere Straftatbestände durch ein Tun erfüllt, etwa die fahrlässige Körperverletzung (Art. 125 StGB). Praktisch jedoch stehen diese Konstellationen im Hintergrund.

¹³⁰⁰ Zur Situation *de lege ferenda* siehe Rz. 979 ff.

Entsprechend handelt es sich bloss zum Teil um Gefährungsdelikte.¹³⁰¹ Dem ist präzisierend beizufügen, dass die nachfolgend behandelten Straftatbestände auch bei einem Unfall erfüllt sein können.

- 935 **2.** In einem ersten Schritt gehe ich auf die einschlägigen Straftatbestände des Strafgesetzbuchs, mithin des Kernstrafrechts, ein (Rz. 936 ff.), bevor ich mich in einem zweiten Schritt den im Nebenstrafrecht verankerten Straftatbeständen zuwende (Rz. 965 ff.).

1. Kernstrafrecht

a) *Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde* (Art. 229 StGB)

- 936 **1.** Art. 229 StGB steht neben der Marginalie «Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde» und hat folgenden Wortlaut:¹³⁰²

- 937 «¹ Wer *vorsätzlich* bei der Leitung oder Ausführung eines Bauwerkes oder eines Abbruches die anerkannten Regeln der Baukunde ausser acht lässt und dadurch wissentlich Leib und Leben von Mitmenschen gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Mit der Freiheitsstrafe ist eine Geldstrafe zu verbinden.

² Lässt der Täter die anerkannten Regeln der Baukunde *fahrlässig* ausser acht, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.»

- 938 **2.** Als **konkretes Gefährungsdelikt** setzt Art. 229 StGB keine Verletzung der körperlichen Integrität des Arbeitnehmers¹³⁰³, jedoch eine konkrete Gefährdung voraus.¹³⁰⁴ Das Bundesgericht bejaht eine solche, wenn «nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Wahrscheinlichkeit oder nahe Möglichkeit

¹³⁰¹ Für ein Beispiel eines Straftatbestands, der weder einen Unfall noch eine Gefährdung voraussetzt, siehe Art. 112 Abs. 4 UVG (Rz. 968).

¹³⁰² Sämtliche Hervorhebungen wurden hinzugefügt. Vgl. für eine einlässliche Auseinandersetzung mit Art. 229 StGB BENDEL, Regeln der Baukunde, passim.

¹³⁰³ Art. 229 StGB greift auch, wenn andere Personen als der Arbeitnehmer konkret gefährdet werden (BENDEL, Regeln der Baukunde, S. 74). Vor dem Hintergrund der Beispielfälle 2 und 3 (Rz. 28 ff.) wird hier jedoch einzig der Arbeitnehmer erwähnt.

¹³⁰⁴ BSK StGB II-ROELLI/FLEISCHANDERL, N 7 Vorbem. zu Art. 221; RIKLIN, Planerverträge, Rz. 19.35. Nebst dem Arbeitnehmer kommen auch andere Personen als Opfer in Frage.

der Verletzung des geschützten Rechtsgutes [hier: der körperlichen Integrität] bestehe»¹³⁰⁵. Obschon ein Unfall nicht vorausgesetzt ist, gelangt Art. 229 StGB praktisch nur bei Rechtsgutverletzungen zur Anwendung.¹³⁰⁶ Ereignet sich ein Unfall, war der Arbeitnehmer konkret gefährdet.¹³⁰⁷

Fehlt es an der konkreten Gefährdung, bedeutet dies zwar, dass der Arbeitgeber nicht gestützt auf Art. 229 StGB verurteilt werden kann. Die Strafbarkeit ergibt sich aber möglicherweise aus einem anderen Straftatbestand, insbesondere aus Art. 112 Abs. 4 UVG (Rz. 966 ff.). 939

3. Den Tatbestand der Verletzung der Regeln der Baukunde führe ich hier als ersten an, weil er ein **bauspezifisches Delikt darstellt:** Von Bedeutung ist er einzig bei der Erstellung oder beim Abbruch eines Bauwerks.¹³⁰⁸ An der Existenz von Art. 229 StGB zeigt sich die grosse Bedeutung der Arbeitssicherheit für das Bauen.¹³⁰⁹ Damit kommt ihm – dem «wichtigsten Straftatbestand des Baustrafrechts»¹³¹⁰ – im Verhältnis zu den anderen Straftatbeständen, die keinen Unfall voraussetzen, eine Sonderstellung zu. Alle übrigen Delikte sind nicht auf eine bestimmte Branche zugeschnitten, sondern grundsätzlich unabhängig von der Art der auszuführenden Arbeiten. 940

¹³⁰⁵ BGE 124 IV 114 E. 1; 97 IV 84 E. 4b; 94 IV 62 E. 2; zur körperlichen Integrität als ausschliesslich geschütztem Rechtsgut vgl. BGE 119 II 217 E. 3; 117 II 259 E. 3; weiter BSK StGB II-ROELLI/FLEISCHANDERL, N 6 zu Art. 229. Weil Art. 229 StGB ausschliesslich die körperliche Integrität schützt, hat das Bundesgericht ihm die Schutznormqualität im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR abgesprochen (BGE 119 II 127 E. 3; vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz. 843).

¹³⁰⁶ RIKLIN, Planerverträge, Rz. 19.63.

¹³⁰⁷ Mit Fallbeispielen BENDEL, Regeln der Baukunde, S. 71.

¹³⁰⁸ Unter den Begriff des Bauwerks nach Art. 229 StGB fällt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung «jede bauliche oder technische Anlage, die mit Grund und Boden verbunden ist» (BGE 115 IV 45 E. 2b). Der Begriff ist weit zu fassen. Insbesondere werden sämtliche Hilfskonstruktionen wie beispielsweise Baugerüste oder Kräne erfasst.

¹³⁰⁹ Art. 229 StGB ist indessen nicht nur auf die Sicherheit bei der Arbeit (die Arbeitssicherheit), sondern ebenso auf die Sicherheit des Arbeitsergebnisses (des Bauwerks) anwendbar. Vgl. auch RIKLIN, Art. 229 StGB, S. 45 f.

¹³¹⁰ RIKLIN, Art. 229 StGB, S. 44. In der Schweiz existiert bisher keine umfassende Untersuchung zum Baustrafrecht. Für Deutschland siehe GREEVE/LEIPOLD, Baustrafrecht, passim.

- 941 **4.** Den Dreh- und Angelpunkt von Art. 229 StGB bilden die «**anerkannten Regeln der Baukunde**».¹³¹¹ Dabei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der durch die rechtsanwendende Behörden auszulegen ist.¹³¹²
- 942 **a.** Die *Regeln der Baukunde* sind spezifische Regeln der Technik; jene nämlich, die beim Bauen zu beachten sind.¹³¹³ Sie erfüllen zwei verschiedene Funktionen:
- 943 – Erstens beeinflussen die Regeln der Baukunde die Soll-Beschaffenheit des vom Unternehmer herzustellenden Bauwerks.¹³¹⁴ Diese Funktion ist im vorliegenden Kontext nicht weiter von Interesse.
- 944 – Zweitens stellen die anerkannten Regeln der Baukunde Anforderungen an das sorgfältige Verhalten «während der gesamten Vertragsabwicklung (z.B. auch beim Einrichten einer Baustelle oder beim Einsatz von Maschinen)»¹³¹⁵. Das macht sie auch für die Arbeitssicherheit bedeutsam.
- 945 **b.** *Quellen* der Regeln der Baukunde sind insbesondere die Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit,¹³¹⁶ wie ich sie im zweiten Teil der Untersuchung dargestellt habe (Rz. 268 ff.). Die Regeln der Baukunde entsprechen – für den Bereich des Bauens – dem «Stand der Technik», wie er in den drei Kernnormen der Arbeitssicherheit verwendet wird (vgl. Rz. 277 ff.).

¹³¹¹ Die Marginalie spricht nur von den «Regeln der Baukunde» (ohne den Zusatz «anerkannt»). Dieser Abweichung ist meiner Ansicht nach keine Bedeutung beizumessen.

¹³¹² BRUNNER, Technische Normen, S. 136 ff. Vgl. BENDEL, Regeln der Baukunde, S. 50, der sich für eine weite Auslegung ausspricht.

¹³¹³ Zu den «anerkannten Regeln der Technik», unter die im Bauwerkvertragsrecht die anerkannten Regeln der Baukunde eingeordnet werden, vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz. 842 ff. Im deutschen Baustrafrecht ist beim Tatbestand der «Baugefährdung» nicht spezifisch von den Regeln der Baukunde die Rede, sondern schlicht von den «Regeln der Technik» (§ 319 Abs. 1 StGB/DE); vgl. BSK StGB-ROELLI/FLEISCHANDERL, N 1 zu Art. 229.

¹³¹⁴ GAUCH, Werkvertrag, Rz. 843, 1372 und 1411.

¹³¹⁵ GAUCH, Werkvertrag, Rz. 843. Zur Sorgfaltspflicht des Unternehmers im Rahmen des Bauwerkvertrags einlässlich GAUCH, Werkvertrag, Rz. 811 ff.

¹³¹⁶ Vgl. BGE 109 IV 15 E. 2a; BENDEL, Regeln der Baukunde, S. 53 ff. (mit einem Versuch, die Regeln der Baukunde zu gruppieren); BRUNNER, Technische Normen, S. 138: «Im weitesten Sinne handelt es sich dabei [bei den anerkannten Regeln der Baukunde] um Unfallverhütungsregeln.» Vgl. weiter GAUCH, Werkvertrag, Rz. 843 m.H.

- c. Die so verstandenen Regeln der Baukunde müssen *allgemein anerkannt* sein. Dies setzt nicht nur eine Anerkennung als theoretisch richtig durch die Wissenschaft voraus,¹³¹⁷ sondern auch eine Bewährung in der Baupraxis.¹³¹⁸ 946
- d. Art. 229 StGB kann als *Blankettstrafnorm* bezeichnet werden, weil die Verbotsmaterie sich nicht aus dem Gesetz, sondern aus anderen Normen ergibt.¹³¹⁹ Bereits erwähnt wurde, dass Blankettstrafnormen vor dem Hintergrund von Art. 1 StGB generell problematisch sind (Rz. 929). Was Art. 229 StGB im Speziellen betrifft, halte ich es hingegen für unproblematisch, wenn für die Spezifizierung der «Regeln der Baukunde» auf Rechtsnormen, insbesondere auf Verordnungsrecht, zurückgegriffen wird. Zu kritisieren ist jedoch die Tendenz, für die Spezifizierung der Verbotsmaterie zunehmend auf Normen zurückzugreifen, die den Rechtsnormen nachgelagert sind (etwa ein SUVA-Merkblatt). 947
5. Zum möglichen Täterkreis von Art. 229 StGB gehört nur, wer mit «der Leitung oder Ausführung eines Bauwerkes» betraut ist.¹³²⁰ Es handelt sich entsprechend um ein **echtes Sonderdelikt**. Als potenzielle Täter kommen (nebst dem Arbeitgeber)¹³²¹ etwa Planer, Spezialisten der Arbeitssicherheit, Bauunternehmer, Poliere und Bauarbeiter in Betracht. Im Einzelfall muss stets abgeklärt werden, in wessen Verantwortungsbereich die Einhaltung der 948

¹³¹⁷ Vgl. BGE 106 IV 264 E. 3: Das Bundesgericht zählt «nicht nur jene Regeln [zu den anerkannten Regeln der Baukunde], die ein Bauschaffender mit der Ausbildung und Erfahrung des Beschwerdeführers kennt, sondern auch jene Gesetze und Regeln, die allenfalls nur ein akademisch gebildeter Ingenieur oder Architekt kennen kann». Vgl. auch BENDEL, Regeln der Baukunde, S. 51.

¹³¹⁸ Zum Erfordernis der Anerkennung technischer Regeln allgemein BGer 4A_428/2007 vom 2. Dezember 2008 E. 3.1: «Les règles de l'art sont reconnues lorsque leur exactitude théorique a été attestée par la science, qu'elles sont établies et que, d'après la grand majorité des spécialistes qui les appliquent, elles ont fait leurs preuves dans la pratique.» Zum Anerkennungserfordernis des «Standes der Technik» vgl. Rz. 372 f.; weiter BENDEL, Regeln der Baukunde, S. 52; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 846 ff.

¹³¹⁹ BRUNNER, Technische Normen, S. 142.

¹³²⁰ Art. 229 StGB. Zum möglichen Täterkreis vgl. auch RIKLIN, Art. 229 StGB, S. 46 ff. Im Ergebnis statuiert «Art. 229 ... eine Garantenstellung des Täters aus Ingerenz ..., indem er Personen, die im Rahmen der Leitung oder Ausführung von Bauwerken Gefahren schaffen, anhält, für ihren Verantwortungsbereich die Sicherheitsregeln einzuhalten» (RIKLIN, Planerverträge, Rz. 19.5).

¹³²¹ BSK StGB II-ROELLI/FLEISCHANDERL, N 32 zu Art. 229.

Regeln der Baukunde fällt.¹³²² Möglich und wohl häufig ist, «que plusieurs personnes, compte tenu de leur domaine de compétence respectif, soient responsables d'une seule et même violation des règles de l'art»¹³²³.

b) *Beseitigung oder Nichtanbringung von Sicherheitsvorrichtungen (Art. 230 StGB)*

949 **1.** Art. 230 StGB steht neben der Marginalie «Beseitigung oder Nichtanbringung von Sicherheitsvorrichtungen» und hat folgenden Wortlaut.¹³²⁴

950 «1. Wer *vorsätzlich* in Fabriken oder in andern Betrieben oder an Maschinen eine zur Verhütung von Unfällen dienende Vorrichtung beschädigt, zerstört, beseitigt oder sonst unbrauchbar macht, oder ausser Tätigkeit setzt, wer *vorsätzlich* eine solche Vorrichtung vorschriftswidrig nicht anbringt, und dadurch wissentlich Leib und Leben von Mitmenschen gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Mit Freiheitsstrafe ist eine Geldstrafe zu verbinden.

2. Handelt der Täter *fahrlässig*, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.»

951 **2.** Art. 230 StGB betrifft – anders als Art. 229 StGB – nicht ausschliesslich das Bauen, sondern die Unfallverhütung generell.¹³²⁵ Zu den «andern Betrieben», die Abs. 1 erwähnt, gehören aber zweifelsohne auch solche des Baugewerbes.¹³²⁶ Als Täter und als Opfer kommt **jedermann** in Frage.¹³²⁷ Im Vordergrund stehen die in einem Unternehmen Tätigen, worunter auch die beiden Protagonisten der Beispielfälle (Rz. 24 ff.) – der Arbeitgeber und der

¹³²² Mit zahlreichen weiteren Hinweisen BSK StGB II-ROELLI/FLEISCHANDERL, N 20 zu Art. 229; vgl. auch BENDEL, Regeln der Baukunde, S. 42.

¹³²³ BGer 6B_145/2015 vom 29. Januar 2016 E. 2.1.1 m.w.H.

¹³²⁴ Die Hervorhebungen wurden hinzugefügt.

¹³²⁵ BSK StGB II-ROELLI/FLEISCHANDERL, N 5 zu Art. 230 m.w.H.

¹³²⁶ AMAN, Sicherheitsvorrichtungen, S. 24.

¹³²⁷ Wenn ein Delikt von jedermann verübt werden kann, wie es bei Art. 230 StGB der Fall ist, spricht man von einem Allgemeindelikt (BSK StGB II-ROELLI/FLEISCHANDERL, N 15 zu Art. 230; vgl. auch DONATSCH/TAG, Verbrechenslehre, S. 100).

Arbeitnehmer – einzuordnen sind.¹³²⁸ Damit bildet Art. 230 StGB einen «wichtigen Teil des öffentlichrechtlichen Arbeitsschutzes»¹³²⁹.

3. Art. 230 StGB kann sowohl durch ein Tun (Beseitigung von Schutzeinrichtungen) als auch durch Unterlassen (Nichtanbringen von Schutzvorrichtungen) begangen werden. Soweit auch die Unterlassung explizit unter Strafe gestellt wird, handelt es sich bei Art. 230 Ziff. 1 Abs. 2 StGB um ein echtes Unterlassungsdelikt. Vorausgesetzt ist eine konkrete Gefährdung der körperlichen Integrität des Arbeitnehmers. Art. 230 StGB ist demnach als **konkretes Gefährdungsdelikt** ausgestaltet.¹³³⁰ 952

c) *Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB)*

1. Art. 129 StGB steht neben der Marginalie «Gefährdung des Lebens» und hat folgenden Wortlaut: 953

«Wer einen Menschen in skrupelloser Weise in unmittelbare Lebensgefahr bringt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.» 954

2. Die Lebensgefährdung nach Art. 129 StGB ist das einzige Verbrechen, auf das ich hier eingehe.¹³³¹ Der Tatbestand wird in der Praxis hauptsächlich auf **zwei Fallgruppen** angewendet:¹³³² Erstens auf die Gefährdung von Polizeiorganen bei Strassenverkehrskontrollen¹³³³ und zweitens auf den gefährli- 955

¹³²⁸ Vgl. auch BGer 6B_287/2014 vom 30. März 2015 E. 2.1: Das Unterlassen «betrifft vor allem denjenigen Täter, der nach der Betriebsorganisation die Sicherheitsmassnahmen zu treffen hätte, diese aber nicht vornimmt.»

¹³²⁹ So etwa BSK StGB II-ROELLI/FLEISCHANDERL, N 15 zu Art. 230; DONATSCH/WOHLERS, Delikte gegen die Allgemeinheit, S. 62. Von öffentlichem Recht ist hier die Rede, weil das Strafrecht streng genommen zum öffentlichen Recht gehört (vgl. Fn. 16).

¹³³⁰ BSK StGB II-ROELLI/FLEISCHANDERL, N 16 zu Art. 230.

¹³³¹ Vgl. die Verbrechenstdefinition in Art. 10 Abs. 2 StGB: «Verbrechen sind Taten, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind.» Im Vergleich dazu sind Vergehen Taten, «die mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht» sind (Art. 10 Abs. 3 StGB). Übertretungen sind schliesslich Taten, die mit Busse bedroht sind (Art. 103 StGB).

¹³³² Künftig dürfte Art. 129 StGB – im Zusammenhang mit den sogenannten Raserfällen – vermehrt zur Anwendung gelangen (BSK StGB II-MAEDER, N 7 zu Art. 129); vgl. BGer 6S.127/2007 vom 6. Juli 2007.

¹³³³ Vgl. die Übersicht von Fällen bei BSK StGB II-MAEDER, N 25 ff. zu Art. 129.

chen Umgang mit Schusswaffen.¹³³⁴ Der Straftatbestand fungiert in all jenen Fällen als Auffangtatbestand, in denen dem Täter kein Tötungsvorsatz nachgewiesen und er deshalb nicht wegen versuchter vorsätzlicher Tötung verurteilt werden kann.¹³³⁵

- 956 **3.** Bis heute hat Art. 129 StGB **im Bereich der Arbeitssicherheit keine grosse Bedeutung erlangt**:¹³³⁶ Was das Bauen im Speziellen betrifft, findet sich in der Rechtsprechung des Bundesgerichts kein einziger Fall, in dem ein Arbeitgeber wegen Lebensgefährdung auch nur beschuldigt worden wäre.¹³³⁷ Ausserhalb des Bauens betrifft immerhin ein Fall unmittelbar die Arbeitssicherheit. Auf ihn komme ich beim subjektiven Tatbestandsmerkmal der Skrupellosigkeit zurück (Rz. 959).
- 957 **a.** Die Abwesenheit von Gerichtsurteilen, welche die Arbeitssicherheit beim Bauen beschlagen, *erstaunt, wenn man sich die Entstehungsgeschichte von Art. 129 StGB vor Augen führt*:¹³³⁸ Er wurde in den parlamentarischen Beratungen ausführlich diskutiert; von gewissen Parlamentariern wurde er gar als obsolet bezeichnet.¹³³⁹ Schliesslich vermochte sich Art. 129 StGB gerade auch deshalb durchzusetzen, weil in der Arbeitssicherheit beim Bauen ein wesentliches Anwendungsfeld gesehen wurde. Ausgegangen ist Art. 129 StGB «von der Gefährdung der Arbeiter im Baugewerbe. Er ist dann in eine allgemeine Fassung gebracht worden»¹³⁴⁰. Wie ist demnach zu erklären, dass

¹³³⁴ Für Anwendungsfälle etwa BGE 121 IV 74 E. 2d; BGer 6B_816/2007 vom 11. März 2008; 6B_694/2007 vom 14. April 2008; vgl. auch BSK StGB II-MAEDER, N 30 ff. zu Art. 129.

¹³³⁵ Vgl. BSK StGB II-MAEDER, N 7 zu Art. 129.

¹³³⁶ BSK StGB II-MAEDER, N 1 zu Art. 129.

¹³³⁷ Vgl. SCHUMACHER, *Sicheres Bauen*, Rz. 224, mit der Feststellung, dass «keine Verurteilungen für Bauunfälle gestützt auf Art. 129 StGB bekannt sind». Freilich darf aus dem Umstand, dass sich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine Fälle finden, nicht automatisch geschlossen werden, Art. 129 StGB wirke sich im Bereich der Arbeitssicherheit nicht aus. Vgl. SCHUMACHER, *Sicheres Bauen*, Rz. 224, nach dem Art. 129 StGB «die Eignung zur abschreckenden Wirkung zuerkannt werden [muss]».

¹³³⁸ Zur Entstehungsgeschichte einlässlich WILLFRATT, *Gefährdung des Lebens*, S. 226 ff.

¹³³⁹ AB-NR 1929 84, S. 91 (Votum Logoz).

¹³⁴⁰ AB-NR 1929 84, S. 89 (Votum Seiler). Der französischsprachige Berichterstatter (Logoz) unterstrich, dass Art. 129 StGB nicht obsolet, sondern notwendig sei, weil es sich um eine «règle utile de la législation protectrice du travail» handle (AB-NR 1929 84, S. 91). Vgl. auch BSK StGB II-MAEDER, N 1 zu Art. 129 StGB; WILLFRATT, *Gefährdung des Lebens*, S. 228.

Art. 129 StGB gerade in dem Bereich, auf den er ursprünglich ausgerichtet wurde, bis heute keine grosse Bedeutung erlangt hat?

b. Die geringe Bedeutung von Art. 129 StGB im Bereich der Arbeitssicherheit hat zunächst mit seinem subjektiven Tatbestand zu tun. Vorausgesetzt ist ein Zweifaches: erstens Vorsatz und zweitens Skrupellosigkeit.¹³⁴¹ Zuerst zum *Vorsatz*. Er muss als direkter Vorsatz zutage treten; Eventualvorsatz genügt nicht.¹³⁴² Dieser Nachweis dürfte in Fällen mit Bezug zur Arbeitssicherheit schwer fallen. Hinzu kommt, dass sich der direkte Vorsatz auf die Gefährdung des Lebens richten muss. Erforderlich ist, negativ formuliert, die Abwesenheit eines Verletzungsvorsatzes. Kann dem Arbeitgeber indessen ein solcher nachgewiesen werden, ohne aber dass es zu einer Verletzung der körperlichen Integrität des Arbeitnehmers kommt, liegt möglicherweise ein versuchtes Verletzungsdelikt (z.B. eine versuchte Körperverletzung) vor. Ein Gefährdungsvorsatz ist zu bejahen, wenn der Täter «annimmt, die drohende Gefahr könne durch sein eigenes Verhalten (z.B. gezielter Schuss am Opfer vorbei) oder durch eine Reaktion der gefährdeten Person (Sprung zur Seite vor dem heranfahrenden Auto) abgewendet werden»¹³⁴³.

c. Subjektiv setzt Art. 129 StGB jedoch nicht nur einen direkten Gefährdungsvorsatz, sondern auch *Skrupellosigkeit* voraus. Darunter ist «ein in schwerem Grade vorwerfbares, ein rücksichts- oder hemmungsloses Verhalten»¹³⁴⁴ zu verstehen. Skrupellos handelt im Bereich der Arbeitssicherheit jener Arbeitgeber, der bewusst auf gebotene Schutzmassnahmen verzichtet, um seinen Gewinn zu maximieren.¹³⁴⁵ Diese Voraussetzung dürfte praktisch schwer nachweisbar sein. Das ist sicherlich ein Grund dafür, weshalb sich in der Rechtsprechung zu Art. 129 StGB kaum Fälle mit Bezug zur Arbeitssicherheit finden. Ein Fall aber lässt sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts anführen: Das Gericht schützte im Jahr 1954 die Verurteilung eines Arbeitgebers und Halters eines Tanklastfahrzeugs wegen Art. 129 StGB. Der

¹³⁴¹ Siehe einlässlich BSK StGB II-MAEDER, N 44 ff. zu Art. 129.

¹³⁴² BGE 133 IV 1 E. 5.1; BGer 6B_1036/2014 vom 16. Februar 2015 E. 1.2.2; BSK StGB II-MAEDER, N 47 zu Art. 129 m.w.H.

¹³⁴³ BSK StGB II-MAEDER, N 46 zu Art. 129.

¹³⁴⁴ BGE 133 IV 1 E. 5.1. Vgl. auch die Straftatbestände in Art. 112 StGB (Mord) und Art. 90a Abs. 1 lit. a SVG (Einziehung und Verwertung von Motorfahrzeugen), die beide ebenfalls Skrupellosigkeit voraussetzen.

¹³⁴⁵ Vgl. SCHUMACHER, *Sicheres Bauen*, Rz. 224, der von der «Missachtung von Sicherheitsvorschriften aus Gewinnsucht» spricht.

Halter hatte, so die Feststellung des Obergerichts Basel-Landschaft, aus «Gewinnsucht»¹³⁴⁶ auf Instandhaltungsarbeiten am Fahrzeug verzichtet, so dass unter anderem die «Fußbremse ... praktisch wirkungslos»¹³⁴⁷ war. Damit brachte er, wie das Obergericht entschied, seinen Arbeitnehmer – den Chauffeur des Lastenzugs – in skrupelloser Weise in unmittelbare Lebensgefahr. Der Arbeitgeber gab zu, «den betriebsunsicheren Wagen verwendet zu haben, um noch eine Rendite herauszuholen»¹³⁴⁸. Das Bundesgericht schloss sich der Auffassung des Obergerichts an. Der Arbeitgeber habe «seine Sucht, den Geschäftsgewinn zu erhöhen, zur einzigen Triebfeder seines Handelns»¹³⁴⁹ gemacht.

960 **d.** Schliesslich ist zu erwähnen, dass bei Art. 129 StGB für eine Tatbegehung durch Unterlassung – mit Ausnahme der soeben erwähnten Gewinnsucht¹³⁵⁰ (Rz. 959) – *praktisch kein Raum* bleibt.¹³⁵¹ Das Merkmal der Skrupellosigkeit dürfte in Kombination mit einer Unterlassung nur schwer zu erfüllen sein.

961 **4.** Bei Art. 129 StGB handelt es sich um ein **konkretes Gefährungsdelikt**. Ein Mensch – im Beispielfall 2 (Rz. 28 f.) der Arbeitnehmer – muss in «unmittelbare Lebensgefahr» gebracht werden.¹³⁵² Das Merkmal der Unmittelbarkeit ist im Allgemeinen schwer zu konturieren, was die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Umgang mit Schusswaffen zeigt.¹³⁵³

¹³⁴⁶ OGer BL vom 29. Dezember 1953 E. 9, publiziert in: BJM 1954, S. 59 ff.

¹³⁴⁷ OGer BL vom 29. Dezember 1953 E. 3, publiziert in: BJM 1954, S. 59 ff.

¹³⁴⁸ OGer BL vom 29. Dezember 1953 E. 7, publiziert in: BJM 1954, S. 59 ff.

¹³⁴⁹ BGer vom 14. Mai 1954 (zit. nach WILLFRATT, Gefährdung des Lebens, S. 298). Der Sachverhalt lässt sich dem Urteil der Vorinstanz entnehmen; siehe OGer BL vom 29. Dezember 1953, publiziert in: BJM 1954, S. 59 ff.

¹³⁵⁰ Vorausgesetzt ist freilich nicht, dass ein Unternehmen buchhalterisch betrachtet auch tatsächlich Gewinn erzielt. Auch ein Arbeitgeber, der im Verlustbereich wirtschaftet und der gerade wegen der finanziell prekären Lage auf Schutzmassnahmen verzichtet, kann das Merkmal der Skrupellosigkeit erfüllen.

¹³⁵¹ BSK StGB II-MAEDER, N 53 zu Art. 129 m.H.

¹³⁵² Zum Begriff der unmittelbaren Lebensgefahr BGE 133 IV 1 E. 5.1: «Vorausgesetzt ist eine Gefahr für das Leben; eine Gefahr bloss für die Gesundheit genügt nicht. Unmittelbar ist die Gefahr, wenn sich aus dem Verhalten des Täters direkt die Wahrscheinlichkeit oder nahe Möglichkeit der Todesfolge ergibt.» Vgl. auch BGE 121 IV 70 E. 2b und E. 2c; weiter BSK StGB II-MAEDER, N 6 zu Art. 129 m.H.

¹³⁵³ Für eine Übersicht der verschiedenen Fallkonstellationen, die das Bundesgericht im Zusammenhang mit Schusswaffen zu beurteilen hatte, siehe BSK StGB II-MAEDER,

d) *Sonderfall: Ungehorsamsstrafe (Art. 292 StGB)*

Auf Art. 292 StGB, der sowohl verwaltungs- als auch strafrechtlicher Natur ist (Doppelnatur der Ungehorsamsstrafe; Rz. 895), bin ich bereits bei der verwaltungsrechtlichen Sanktionierung eingegangen (Rz. 892 ff.). An dieser Stelle will ich zweierlei in Erinnerung rufen:

- Erstens: Art. 292 StGB unterscheidet sich insofern von den übrigen Delikten, als er nicht den Verstoss gegen eine Verhaltensvorschrift, sondern den Verstoss gegen eine Verfügung unter Strafe stellt. Im Beispielfall 2 etwa (Rz. 28 f.) wäre denkbar, dass die SUVA den Arbeitgeber mittels Verfügung verpflichtet, die Bauarbeiten auf einer drei Meter übersteigenden Absturzhöhe einzustellen. Diese Anordnung könnte sie mit einer Strafdrohung nach Art. 292 StGB verbinden. 963
- Zweitens: Das Gesagte (Rz. 963) ist dahingehend zu relativieren, dass die EKAS die Anwendung der Ungehorsamsstrafe stark einschränkt (Rz. 892 ff.). 964

2. Nebenstrafrecht

Straftatbestände, die unabhängig von einem Unfall erfüllt sein können, finden sich nicht nur im Kernstrafrecht. Auch das Nebenstrafrecht kennt entsprechende Tatbestände. Konkret sehen sowohl das Unfallversicherungsgesetz (Rz. 966 ff.) als auch das Arbeitsgesetz (Rz. 987 ff.) Strafen für den Fall vor, dass der Arbeitgeber gegen die jeweilige Kernnorm – Art. 82 Abs. 1 UVG respektive Art. 6 Abs. 1 ArG – oder gegen sie konkretisierende Verordnungsvorschriften verstösst. Vorausgeschickt sei, dass Verstösse des Arbeitgebers gegen die behandelten Straftatbestände von den Strafbehörden verfolgt und beurteilt werden, nicht etwa von den Verwaltungsbehörden. Es handelt sich mit anderen Worten nicht um Verwaltungsstrafrecht.¹³⁵⁴ 965

N 15 zu Art. 129 (zu weiteren Versuchen, der Unmittelbarkeit präzisere Konturen zu verleihen, N 16 ff.).

¹³⁵⁴ Vgl. BGer 6B_969/2008 vom 16. Februar 2009. Der Unterscheidung zwischen Kernstrafrecht und Nebenstrafrecht kommt vorwiegend akademische Bedeutung zu; vgl. jedoch Art. 333 Abs. 7 StGB.

a) *Art. 112 UVG*

966 Das Unfallversicherungsgesetz wird derzeit revidiert. Von der Revision betroffen sind mit Art. 112 und 113 UVG auch die beiden Strafnormen des Gesetzes. De lege ferenda werden sie in einem einzigen Artikel, Art. 112 revUVG, zusammengefasst. Die Änderung des Unfallversicherungsgesetzes, von der Bundesversammlung am 25. September 2015 beschlossen, tritt voraussichtlich am 1. Januar 2017 in Kraft. In der Folge stelle ich sowohl die bis zum 31. Dezember 2016 (Rz. 967 ff.) als auch die voraussichtlich ab 1. Januar 2017 geltende Rechtslage (Rz. 979 ff.) dar. Schliesslich würdige ich die Revision unter dem Gesichtspunkt der Arbeitssicherheit (Rz. 982 ff.).

aa) *Rechtslage bis 31. Dezember 2016*

967 **1.** In seiner bis Ende 2016 geltenden Fassung enthält das Unfallversicherungsgesetz zwei Strafnormen: Art. 112 UVG (Vergehen) und 113 UVG (Übertretungen). Sie stellen das Fehlverhalten verschiedener Akteure unter Strafe. Im vorliegenden Kontext interessiert einzig **Art. 112 Abs. 4 UVG**, der die Strafbarkeit des Arbeitgebers bei Verstössen gegen die Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit betrifft.¹³⁵⁵ Weil Art. 112 UVG aber auch im vierten Teil der Untersuchung von Bedeutung sein wird (vgl. Rz. 1005 und 1063 ff.), gebe ich sie hier nicht nur in jenem Teil wieder, der die Strafbarkeit des Arbeitgebers betrifft, sondern im Volltext. Art. 112 UVG lautet folgendermassen:¹³⁵⁶

968 «¹ Wer sich durch unwahre oder unvollständige Angaben oder in anderer Weise der Versicherungs- oder der Prämienpflicht ganz oder teilweise entzieht,

¹³⁵⁵ Die Strafbarkeit des Arbeitnehmers ist derzeit sowohl in Art. 112 als auch in Art. 113 UVG geregelt. Der Wortlaut von Art. 113 Abs. 1 UVG lautet: Wer «als Arbeitnehmer den Vorschriften über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten zuwiderhandelt ohne dadurch andere zu gefährden, wird, wenn er vorsätzlich handelt, mit Haft oder Busse bestraft». Nach Art. 113 Abs. 2 UVG ist die Strafe Busse, wenn der Arbeitnehmer fahrlässig handelt. Während der Übertretungsstraftatbestand nach Art. 113 UVG als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet ist, setzt Art. 112 Abs. 4 UVG eine konkrete Gefährdung voraus (vgl. zum Wortlaut Rz. 968).

¹³⁵⁶ Obgleich die Absätze im amtlichen Gesetzestext nicht mit Nummern versehen sind, werden sie hier in der üblichen Zitierweise mit Absatznummern angeführt.

² wer als Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer Prämien am Lohn abzieht, sie indessen dem vorgesehenen Zweck entfremdet,

³ wer als Durchführungsorgan seine Pflichten, namentlich die Schweigepflicht, verletzt oder seine Stellung zum Nachteil Dritter, zum eigenen Vorteil oder zum unrechtmässigen Vorteil eines andern missbraucht,

⁴ wer als Arbeitgeber den Vorschriften über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten vorsätzlich oder fahrlässig zuwiderhandelt oder als Arbeitnehmer diesen Vorschriften vorsätzlich oder fahrlässig zuwiderhandelt und dadurch andere ernstlich gefährdet, wird, sofern nicht ein mit einer höheren Strafe bedrohtes Verbrechen oder Vergehen des Schweizerischen Strafgesetzbuches vorliegt, mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bestraft.»

2. Art. 112 UVG stellt ein **Vergehen** dar. Seine Strafdrohung – Gefängnis bis zu sechs Monaten oder Busse – ist im Lichte der per 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs zu lesen. Im Zuge dieser Revision wurden unter anderem die kurzen Freiheitsstrafen (jene unter sechs Monaten) abgeschafft. Entsprechend ist die Sanktionsdrohung seither zu lesen als «..., wird mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen oder mit Busse bestraft» (vgl. die Transformationsregel in Art. 333 Abs. 2 lit. c StGB).¹³⁵⁷ Die Sanktionsdrohung wird mit der Revision des Unfallversicherungsgesetzes per 1. Januar 2017 in diesem Sinne angepasst (Art. 112 rev-UVG; Rz. 980). 969

3. Die Verhaltensweisen, die Art. 112 UVG unter Strafe stellt, sind verschiedener Natur. In der Praxis des Bundesgerichts steht Abs. 1 im Vordergrund,¹³⁵⁸ der die Arbeitssicherheit ebenso wenig tangiert wie Abs. 2. Für die Arbeitssicherheit von Belang sind indes die übrigen beiden Absätze, mithin Art. 112 Abs. 3 und 4 UVG: 970

a. Für die *Strafbarkeit des Arbeitgebers* ist Art. 112 Abs. 4 UVG einschlägig. Er bedroht sämtliche (vorsätzlichen und fahrlässigen)¹³⁵⁹ Verstösse des Arbeitgebers gegen «Vorschriften über die Verhütung von Unfällen und Be- 971

¹³⁵⁷ Zur Strafdrohung nach neuem Recht vgl. einlässlich OGer ZH SB140211 vom 25. September 2014 E. 3.2 m.H.

¹³⁵⁸ Vgl. BGE 119 IV 194; 118 IV 366.

¹³⁵⁹ Noch unter dem Vorgängergesetz des UVG (dem aKUVG [1911]) war die fahrlässige Tatbegehung nicht strafbar (GERMANN, Strafrechtliche Verantwortung, S. 44); siehe Art. 66 aKUVG (1911).

rufskrankheiten» mit Strafe.¹³⁶⁰ Diese Strafbarkeit des Arbeitgebers geht weit, was sich auch daran festmachen lässt, dass – nach geltendem Recht¹³⁶¹ – eine ernstliche Gefährdung anderer, wie sie für die Strafbarkeit des Arbeitnehmers vorausgesetzt ist (Art. 112 Abs. 4 UVG), bei Verstössen seitens des Arbeitgebers nicht verlangt wird.¹³⁶² Bestraft wird der Verstoß gegen die der Risikobegrenzung dienenden Vorschriften der Arbeitssicherheit;¹³⁶³ es handelt sich mithin um ein abstraktes Gefährdungsdelikt.

- 972 **b.** Art. 112 Abs. 3 UVG betrifft die *Strafbarkeit der Durchführungsorgane*, etwa der Mitarbeiter der SUVA. Auf diese Strafnorm gehe ich im vierten Teil ein (Rz. 1063 ff.). Bereits hier sei auf die sich stellende Frage hingewiesen, ob ein SUVA-Inspektor, der einen Verstoß des Arbeitgebers nicht nur mit Mitteln des Verwaltungsrechts ahndet, sondern diesen Verstoß mittels Strafanzeige der Strafverfolgungsbehörde meldet, sich nach Art. 112 Abs. 3 UVG strafbar macht.
- 973 **4.** Besondere Beachtung verdient die folgende Frage: Welche Vorschriften müssen im Einzelnen verletzt sein, damit Art. 112 Abs. 4 UVG greift? Dem Wortlaut nach handelt es sich um die **«Vorschriften über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten»**. Damit legt die Bestimmung die Verbotsmaterie nur sehr allgemein selbst fest, sodass ihre «Anwendung erst durch den Beizug der entsprechenden ausserstrafrechtlichen Normen ermöglicht wird»¹³⁶⁴. Welches aber sind diese ausserstrafrechtlichen Normen?
- 974 **a.** Angesprochen sind grundsätzlich die *Art. 81 ff. UVG*, die das Gesetz unter dem Titel «Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten» führt. Dieser Titel entspricht also exakt dem Verweis in Art. 112 Abs. 4 UVG (Rz. 973). Unter den angesprochenen Artikeln, in Art. 82 Abs. 1 UVG, figuriert auch eine Kernnorm der Arbeitssicherheit.
- 975 **b.** Zu den Vorschriften, deren Verletzung Art. 112 Abs. 4 UVG ahndet, gehören auch die *Verordnungen*, die der Bundesrat gestützt auf Art. 83 Abs. 1 UVG erlassen hat.¹³⁶⁵ Bei einer Verurteilung ist indes stets anzugeben, wel-

¹³⁶⁰ Vgl. auch EKAS, Leitfaden, S. 50 f. (Ziff. 7.6.2).

¹³⁶¹ Zur Rechtslage de lege ferenda vgl. Rz. 979 ff.

¹³⁶² So auch das Verständnis der EKAS (EKAS, Leitfaden, S. 47 [Ziff. 7.6.1]); siehe auch SEILER, Safety, S. 16.

¹³⁶³ Vgl. SEILER, Abschlussbericht, S. 231.

¹³⁶⁴ GERMANN, Strafrechtliche Verantwortung, S. 55.

¹³⁶⁵ Vgl. GERMANN, Strafrechtliche Verantwortung, S. 66.

che Verordnungsvorschrift genau verletzt wurde. Ein rühmliches Beispiel findet sich in einem Urteil des Zürcher Obergerichts, das den Täter wegen «der vorsätzlichen Widerhandlung ... gegen das Unfallversicherungsgesetz im Sinne von Art. 112 Abs. 4 UVG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 5 der Kranverordnung»¹³⁶⁶ schuldig sprach. Zwar handelte es sich beim Täter nicht um einen Arbeitgeber (sondern um einen Arbeitnehmer). Die Verbotsmaterie ist indes für Arbeitgeber und Arbeitnehmer dieselbe, soweit die Strafbarkeit nach Art. 112 Abs. 4 UVG zur Diskussion steht.

c. Die den Rechtsnormen *nachgelagerten Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit* (insbesondere ein SUVA-Merkblatt)¹³⁶⁷ stellen nicht «Vorschriften» im Sinne von Art. 112 Abs. 4 UVG dar.¹³⁶⁸ Das ergibt sich auch aus dessen Vorgängernorm, Art. 66 Abs. 1 aKUVG (1911): «Die vorsätzliche Übertretung der Art. 64 und 65 [aKUVG], sowie der in Ausführung dieser Artikel erlassenen Verordnungen, wird ... bestraft.» Eine pauschale Verurteilung wegen Verstosses gegen eine solche, nachgelagerte Norm genügt den Anforderungen an die Begründung eines Strafurteils nicht (Art. 81 Abs. 3 StPO). Die Strafbehörde hat sich in der rechtlichen Würdigung eines Falls vielmehr dazu zu äussern, inwiefern eine solche Norm als Konkretisierung einer Rechtsnorm verstanden werden kann.¹³⁶⁹ 976

5. In der Rechtsprechung des Bundesgerichts finden sich keine Fälle, in denen über einen Verstoß des Arbeitgebers gegen Art. 112 Abs. 4 UVG zu urteilen gewesen wäre. Hinzuweisen ist indes auf das bereits erwähnte Urteil des Zürcher Obergerichts (Rz. 975).¹³⁷⁰ Verurteilt wurde dort zwar nicht der Arbeitgeber, sondern der Arbeitnehmer. Dennoch ist das Urteil auch im vorliegenden Zusammenhang aufschlussreich, da es zeigt, wie Art. 112 Abs. 4 UVG praktisch angewendet wird. Das Gericht stützt die Verurteilung des 977

¹³⁶⁶ OGer ZH SB140211 vom 25. September 2014, Dispositivziffer 1.

¹³⁶⁷ Einen anderen Begriff der Rechtsnorm verwendet GERMANN, Strafrechtliche Verantwortung, S. 61. Er zählt zu den Rechtsnormen auch die Richtlinien der EKAS, die Normen der SUVA und die Regelwerke der Fachorganisationen.

¹³⁶⁸ Anderer Ansicht GERMANN, Strafrechtliche Verantwortung, S. 65.

¹³⁶⁹ In diese Richtung geht ein Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahre 2015, wo das Gericht festhielt, dass für die Konkretisierung der in der Bauarbeitenverordnung (BauAV) und in der Verordnung über die Unfallverhütung (VUV) enthaltenen Pflichten auf das Merkblatt der SUVA «Fassadengerüste, Sicherheit bei der Montage und Demontage» abgestellt werden könne (BGer 6B_435/2015 vom 15. Dezember 2015 E. 5.1.1).

¹³⁷⁰ OGer ZH SB140211 vom 25. September 2014, Dispositivziffer 1.

Arbeitnehmers nicht auf die gesetzliche, vage formulierte Kernnorm (Art. 82 Abs. 1 UVG), sondern auf die konkrete Verordnungsbestimmung.

- 978 **6.** Die Strafbarkeit des Arbeitgebers nach Art. 112 Abs. 4 UVG geht weit. Jedoch wird längst nicht jeder Verstoss des Arbeitgebers tatsächlich mit strafrechtlichen Sanktionen geahndet. Das mag auch deshalb erstaunen, wenn man sich vor Augen führt, dass ein Verstoss des Arbeitgebers gegen eine Verhaltensvorschrift der Arbeitssicherheit ein **Offizialdelikt** darstellt. Der Grund dafür, dass **nur ein geringer Teil der Verstösse zu einem Strafverfahren** – und ein noch geringerer zu einer Bestrafung – führt, hängt damit zusammen, dass die Strafverfolgungsbehörden in vielen Fällen gar nie Kenntnis von der Nichteinhaltung der Verhaltensvorschrift durch den Arbeitgeber erhalten. Selbst wenn die SUVA einen Missstand feststellt, zeigt sie diesen (gemäss Vorgabe der EKAS) nur ausnahmsweise an (Rz. 891).

bb) Rechtslage ab 1. Januar 2017

- 979 **1.** Im Zuge der laufenden Revision des Unfallversicherungsgesetzes erfahren auch die Strafbestimmungen eine Änderung. Nach der Darstellung in der bundesrätlichen Botschaft geht es bei der Revision der Strafnormen einzig um zweierlei:¹³⁷¹ einerseits um eine Zusammenführung von Art. 112 und 113 UVG in einer Norm (Art. 112 revUVG), andererseits um die Anpassung der Strafdrohung an die im Jahre 2007 in Kraft getretene Revision des Strafgesetzbuchs. **Art. 112 revUVG**, der voraussichtlich am 1. Januar 2017 in Kraft tritt, lautet folgendermassen:

- 980 «¹ Sofern keine schwerere strafbare Handlung nach einem anderen Gesetz vorliegt, wird mit Geldstrafe von bis zu 180 Tagessätzen bestraft, wer vorsätzlich:
- a. sich durch unwahre oder unvollständige Angaben oder in anderer Weise der Versicherungs- oder der Prämienpflicht ganz oder teilweise entzieht;
 - b. als Arbeitgeber einem Arbeitnehmer Prämien vom Lohn abzieht, sie indessen dem vorgesehenen Zweck entfremdet;
 - c. als Durchführungsorgan seine Pflichten, namentlich die Schweigepflicht, verletzt oder seine Stellung zum Nachteil Dritter, zum eigenen Vorteil oder zum unrechtmässigen Vorteil eines anderen missbraucht;

¹³⁷¹ Zusatzbotschaft UVG 2014, S. 7946; vgl. auch Botschaft UVG 2008, S. 5442.

d. Als Arbeitgeber oder Arbeitnehmer den Vorschriften über die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten zuwiderhandelt und dadurch andere ernstlich gefährdet.

² Sofern keine schwerere strafbare Handlung nach einem anderen Gesetz vorliegt, wird mit Busse bestraft, wer fahrlässig als Arbeitgeber oder als Arbeitnehmer den Vorschriften über die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten zuwiderhandelt und dadurch andere ernstlich gefährdet.

³ Mit Busse wird bestraft, wer vorsätzlich:

- a. in Verletzung seiner Auskunftspflicht unwahre Auskunft erteilt oder die Auskunft verweigert;
- b. die vorgeschriebenen Formulare nicht oder nicht wahrheitsgetreu ausfüllt;
- c. als Arbeitnehmer den Vorschriften über die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten zuwiderhandelt, ohne dadurch andere zu gefährden.

⁴ Handelt der Täter in den Fällen nach Absatz 3 fahrlässig, so ist die Strafe Busse bis zu 5000 Franken.»

2. Die Strafnorm erfasst eine Vielzahl unterschiedlicher Verhaltensweisen. 981
Für die hier interessierende **Strafbarkeit des Arbeitgebers** wegen Verstößen gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit sind zwei Passagen relevant: Art. 112 Abs. 1 lit. d revUVG (vorsätzliche Tatbegehung) sowie Art. 112 Abs. 2 revUVG (fahrlässige Tatbegehung).

cc) Würdigung der Revision aus der Perspektive der Arbeitssicherheit

1. Die von der Bundesversammlung beschlossene und voraussichtlich am 982
1. Januar 2017 in Kraft tretende Novelle bringt aus Sicht der Arbeitssicherheit **verschiedene materielle Änderungen** mit sich. Entgegen dem, was sich nach Konsultation der bundesrätlichen Botschaft (Rz. 979) vermuten lässt, handelt es sich keineswegs bloss um eine formelle Zusammenführung von bisher zwei Strafnormen (Art. 112 und 113 UVG) in einer einzigen (Art. 112 revUVG) sowie um eine Anpassung der Strafdrohung an das seit 2007 geltende Sanktionenrecht. Auf drei Punkte sei nachfolgend hingewiesen.

2. Die markanteste Änderung liegt nach meinem Dafürhalten darin, dass der 983
Arbeitgeber sich de lege ferenda nur strafbar macht, wenn durch seinen

Verstoss gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit «andere ernstlich gefährdet» werden (Art. 112 Abs. 1 lit. d und 112 Abs. 2 revUVG). Vorausgesetzt ist – und zwar sowohl für die fahrlässige als auch für die vorsätzliche Tatbegehung – eine **konkrete Gefährdung** anderer Personen. Im Kontrast dazu steht der noch geltende Art. 112 Abs. 4 UVG, nach dem einzig die Strafbarkeit des Arbeitnehmers, nicht aber jene des Arbeitgebers eine ernstliche (konkrete) Gefährdung voraussetzt. De lege lata genügt eine abstrakte Gefährdung in dem Sinne, dass schon der blosser Verstoss des Arbeitgebers gegen eine Verhaltensvorschrift die Strafbarkeit begründet (Rz. 971).¹³⁷² Mit der Revision werden die Anforderungen an strafbares Verhalten des Arbeitgebers mithin stark erhöht. Das ist dem Gesetzgeber wohl entgangen.¹³⁷³

984 **3.** Dass Art. 112 revUVG für die Strafbarkeit des Arbeitgebers neu eine konkrete Gefährdung voraussetzt (Rz. 983), ist nach der hier vertretenen Auffassung schon alleine deshalb verfehlt, weil damit die **Strafbarkeit des Arbeitgebers weniger weit geht als jene des Arbeitnehmers**. Auch der Arbeitnehmer nämlich wird bestraft, wenn er gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit verstösst und dadurch «andere ernstlich gefährdet» werden (Art. 112 Abs. 1 lit. d und 112 Abs. 2 UVG). Die Strafbarkeit des Arbeitnehmers ist insoweit identisch geregelt wie die Strafbarkeit des Arbeitgebers. Dann aber kommt das Erstaunliche: Anders als der Arbeitgeber macht sich der Arbeitnehmer strafbar, wenn er vorsätzlich gegen die Verhaltensvorschriften verstösst, «ohne dadurch andere zu gefährden» (Art. 112 Abs. 3 lit. c revUVG). Schliesslich ist auch der bloss fahrlässige Verstoss strafbar und mit Busse bedroht (Art. 112 Abs. 4 revUVG).

985 Der Arbeitnehmer macht sich de lege ferenda also auch strafbar, wenn niemand ernstlich gefährdet wird. Das Gesetz sieht die Bestrafung des Arbeitnehmers auch für bloss abstrakte Gefährdungen vor. Das ist vorab nur

¹³⁷² Zur Unterscheidung zwischen abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikten siehe DONATSCH/TAG, Verbrechenslehre, S. 106 f.

¹³⁷³ Noch im Vernehmlassungsentwurf vom 1. Dezember 2006 war – wie nach geltendem Recht (Art. 112 Abs. 4 UVG) – eine ernstliche Gefährdung einzig bei der Strafbarkeit des Arbeitnehmers vorausgesetzt, nicht aber bei jener des Arbeitgebers (vgl. <www.bag.admin.ch> unter Themen/Unfall- und Militärversicherung/Unfallversicherung/Projekte/Revision des UVG und dort unter «Bundesgesetz über die Unfallversicherung [UV]: Anpassung des UVG an die Erfordernisse einer modernen Sozialversicherung»). Im Entwurf vom 29. Mai 2008 war eine ernstliche Gefährdung auch für die Strafbarkeit des Arbeitgebers plötzlich Voraussetzung. Wie es zu dieser bedeutsamen materiellen Änderung kam, lässt sich aus den amtlich zugänglichen Dokumenten indessen nicht ergründen.

eine Feststellung, weil schon das geltende Recht eine entsprechende Bestrafung vorsah (Art. 112 Abs. 4 und 113 Abs. 1 UVG). Vergleicht man jedoch de lege ferenda die Strafbarkeit des Arbeitgebers mit der Strafbarkeit des Arbeitnehmers, ist zu konstatieren, dass – anders als im geltenden Recht – die Anforderungen an strafbares Verhalten des Arbeitgebers höher liegen als die Anforderungen an strafbares Verhalten des Arbeitnehmers. Dieses Resultat ist höchst stossend, weshalb die Revision des Unfallversicherungsgesetzes unter diesem Gesichtspunkt nach meinem Dafürhalten misslungen ist. Der Gesetzgeber sendet mit dem neuen Art. 112 revUVG ein falsches Signal, indem er beim Arbeitnehmer einen strengeren Massstab ansetzt als beim Arbeitgeber. Dafür gibt es meines Erachtens keinen sachlichen Grund. Aus den parlamentarischen Beratungen ergeben sich zwar keine Hinweise, dass der Gesetzgeber dieses Resultat herbeiführen wollte. Das ändert aber nichts daran, dass bei Art. 112 revUVG schon vor seinem Inkrafttreten Revisionsbedarf auszumachen ist.

4. Eine letzte Bemerkung sei zu Art. 112 revUVG angebracht: Die **Rechtsstellung des Arbeitgebers verbessert sich** mit der Revision nicht nur, weil er de lege ferenda einzig bei Vorliegen einer konkreten Gefährdung nach Art. 112 revUVG bestraft werden kann. Sie verbessert sich zusätzlich dadurch, dass die fahrlässige Tatbegehung nunmehr mit Busse bedroht ist (Art. 112 Abs. 2 revUVG) und somit eine blossе Übertretung darstellt (Art. 103 StGB). De lege lata sind sowohl die fahrlässige als auch die vorsätzliche Tatbegehung als Vergehen im Sinne von Art. 10 Abs. 3 StGB konzipiert (Art. 112 Abs. 4 UVG). 986

b) *Art. 59 ArG*

1. Strafbewehrt sind nicht nur Verstösse des Arbeitgebers gegen Vorschriften der Arbeitssicherheit im Sinne des Unfallversicherungsgesetzes, sondern auch solche gegen Vorschriften des Gesundheitsschutzes im Sinne des Arbeitsgesetzes. Der einschlägige Art. 59 ArG lautet folgendermassen: 987

- «¹ Der Arbeitgeber ist strafbar, wenn er den Vorschriften über 988
- a. den Gesundheitsschutz und die Plangenehmigung vorsätzlich oder fahrlässig zuwiderhandelt;
 - b. die Arbeits- und Ruhezeit vorsätzlich zuwiderhandelt;
 - c. den Sonderschutz der jugendlichen oder weiblichen Arbeitnehmer vorsätzlich oder fahrlässig zuwiderhandelt.

² [...]»

- 989 **2.** Art. 59 ArG nimmt unter anderem auf die «Vorschriften über den Gesundheitsschutz und die Plangenehmigung» Bezug. Gemeint sind insbesondere Art. 6–8 ArG, die unter dem gleichlautenden Titel stehen. GERMANN ist der Ansicht, Art. 112 Abs. 4 UVG sei hinsichtlich der Verbotsmaterie unklarer als Art. 59 Abs. 1 lit. a ArG.¹³⁷⁴ Dem ist zu widersprechen: Da wie dort ist einzig von den «Vorschriften» die Rede. Sowohl im Arbeitsgesetz als auch im Unfallversicherungsgesetz ist von der Wortwahl her klar, welche Gesetzesartikel gemeint sind. Offen bleibt aber bei beiden Strafnormen, welcher Stellenwert den nachgelagerten Normen zukommt. Auch im Bereich des Gesundheitsschutzes bestehen nämlich solche Normen, etwa Richtlinien des SECO. Analog zu dem, was bereits zu den Merkblättern der SUVA ausgeführt wurde (Rz. 976), ist der Verstoss gegen solche nachgelagerten Normen nicht per se strafbar.
- 990 **3.** Die Sanktionsdrohung von Art. 59 ArG wurde (anders als jene von Art. 112 UVG) mit der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs per 1. Januar 2007 angepasst¹³⁷⁵ und ist direkt am geltenden Wortlaut ablesbar: Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen für den fehlbaren Arbeitgeber,¹³⁷⁶ Busse bis CHF 10'000.– für den fehlbaren Arbeitnehmer.¹³⁷⁷
- 991 **4.** Die Rechtsprechung zeugt bei Art. 59 ArG vor allem von Fällen, die lit. b und c und damit nicht die Arbeitssicherheit betrafen.

C. Straftatbestände, die einen Unfall voraussetzen (Verletzungsdelikte)

- 992 Bisher war die Rede von Straftatbeständen, die keinen Unfall und bisweilen nicht einmal eine Gefährdung des Arbeitnehmers voraussetzen. Daneben kennt das Schweizer Recht auch Straftatbestände, die im vorliegenden Kontext überhaupt nur dann zu prüfen sind, wenn der Arbeitnehmer in seiner körperlichen Integrität verletzt wird, wenn sich also – wie im Beispielfall 3 (Rz. 30 f.) – ein Unfall ereignet. Zwei Delikte werden nachfolgend gestreift:

¹³⁷⁴ GERMANN, Strafrechtliche Verantwortung, S. 64.

¹³⁷⁵ Art. 333 StGB; vgl. AS 2006 3459; BBl 1999 1979.

¹³⁷⁶ Art. 61 Abs. 1 ArG.

¹³⁷⁷ Art. 61 Abs. 2 ArG i.V.m. Art. 106 Abs. 1 StGB.

die fahrlässige Tötung nach Art. 117 StGB (Rz. 993 f.) und die fahrlässige Körperverletzung nach Art. 125 StGB (Rz. 995 f.). Sie sind bei Arbeitsunfällen, insbesondere beim Bauen,¹³⁷⁸ von besonderer Relevanz.

1. Fahrlässige Tötung (Art. 117 StGB)

1. Bei Arbeitsunfällen mit Todesfolge steht der Tatbestand der fahrlässigen Tötung nach Art. 117 StGB im Vordergrund.¹³⁷⁹ Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer «fahrlässig den Tod eines Menschen verursacht». Der Arbeitgeber kann diesen Straftatbestand einerseits durch Begehung, andererseits aber auch durch Unterlassen erfüllen. Letzteres setzt aber voraus, dass er zufolge seiner Garantenstellung zum Handeln verpflichtet gewesen wäre.¹³⁸⁰ 993

2. Wie bei allen Fahrlässigkeitsdelikten ist auch im Rahmen von Art. 117 StGB zentral, welcher Massstab an die Sorgfalt angelegt wird. Aus der Norm selbst ergibt sich, auch wenn man sie im Verbund mit Art. 12 Abs. 3 StGB liest, das Mass der erforderlichen Sorgfalt nicht. Dieses muss vielmehr vom Strafgericht im konkreten Einzelfall beurteilt werden.¹³⁸¹ Regelmässig wird das Gericht auf die Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit abstellen. 994

2. Fahrlässige Körperverletzung (Art. 125 StGB)

1. Bei einem Unfall ohne Todesfolge ist insbesondere der Tatbestand der fahrlässigen Körperverletzung nach Art. 125 StGB näher zu prüfen.¹³⁸² Auch hier beurteilt sich die Fahrlässigkeit nach den Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit (vgl. bereits Rz. 923 ff.). 995

¹³⁷⁸ Zur grossen Bedeutung dieser beiden Delikte beim Bauen BENDEL, Bauen, passim.

¹³⁷⁹ Für Anwendungsfälle siehe BGE 117 IV 130; 109 IV 15; BGer 6S.447/2003 vom 1. April 2004; KGer FR 501 2011-134 & 138 vom 28. Februar 2013; KGer FR 501 2011-5, 6 und 7 vom 5. Juni 2012, publiziert in: FZR 2012, S. 389 ff., Nr. 44.

¹³⁸⁰ Art. 117 StGB fungiert in dieser Konstellation als unechtes Unterlassungsdelikt. Für ein Anwendungsbeispiel vgl. BGE 117 IV 130 E. 2a.

¹³⁸¹ Vgl. BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, N 3 zu Art. 117.

¹³⁸² Vgl. für einen Anwendungsfall einer fahrlässigen schweren Körperverletzung BGer 6B_435/2015 vom 16. Dezember 2015; weiter die bei BSK StGB II-ROTH/KESHELAVA, N 10 (Arbeitsunfälle) und N 11 (Bauunfälle) zu Art. 125 verzeichnete Rechtsprechung.

- 996 2. Je nach Schwere der Schädigung wird zwischen fahrlässiger einfacher (Art. 125 Abs. 1 StGB) und fahrlässiger schwerer Körperverletzung (Art. 125 Abs. 2 StGB) unterschieden. Während es sich bei letzterer um ein Officialdelikt handelt, bedarf es bei einer einfachen fahrlässigen Körperverletzung eines Strafantrags. Keine Auswirkungen hat die Qualifikation hingegen auf den Strafrahmen; der Täter wird in beiden Fällen mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

D. Zur Einleitung des Strafverfahrens gegen den fehlbaren Arbeitgeber

- 997 1. Zum Abschluss des dritten Teils richte ich das Augenmerk auf die strafprozessuale Frage, wie es überhaupt zur Einleitung eines Strafverfahrens gegen den fehlbaren Arbeitgeber kommt. An die folgenden Ausführungen knüpfe ich dann im vierten Teil der Arbeit an, um ein Problem darzulegen, das meiner Einschätzung nach bei Strafanzeigen durch einen SUVA-Inspektor besteht (Rz. 1005 ff.).
- 998 2. Das Strafverfahren gegen den fehlbaren Arbeitgeber beginnt (wie jedes Strafverfahren) mit dem **Vorverfahren**, das sich aufgliedern lässt in das polizeiliche Ermittlungsverfahren und in die staatsanwaltschaftliche Untersuchung (Art. 299 Abs. 1 StPO). Ein Vorverfahren kann auf zwei Arten eingeleitet werden: entweder durch Ermittlungstätigkeit der Polizei oder durch die förmliche Eröffnung einer Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft (Art. 300 Abs. 1 StPO).¹³⁸³ Als Ausgangspunkt für beide «Einleitungsarten» dienen entweder Wahrnehmungen der Strafverfolgungsbehörde¹³⁸⁴ selbst oder Hinweise, die diese von Dritten – beispielsweise durch einen SUVA-Inspektor – erhalten.

¹³⁸³ Art. 300 Abs. 1 StPO.

¹³⁸⁴ Vgl. die Legaldefinition der Strafverfolgungsbehörden in Art. 12 StPO. Zu ihnen gehören insbesondere Polizei und Staatsanwaltschaft. Auf eigene Wahrnehmungen hin wird ein Vorverfahren etwa eröffnet, wenn die Polizei «Streife fährt» und dabei eine Straftat (beispielsweise eine Sachbeschädigung oder ein Betäubungsmittel- oder Strassenverkehrsdelikt) beobachtet. Nicht zu den Strafverfolgungsbehörden gehören die Strafgerichte (Art. 13 StPO). Als Oberbegriff für die Strafverfolgungsbehörden und die Strafgerichte wird hier der Begriff «Strafbehörde» verwendet (vgl. auch BSK StPO I-USTER, N 2 zu Art. 13).

3. Eine Strafverfolgungsbehörde sucht in der Regel nicht aktiv nach Straftaten. Insbesondere ermittelt die Polizei typischerweise nicht «aus eigenem Antrieb»¹³⁸⁵. Das gilt auch im Bereich der Arbeitssicherheit: Das Strafverfahren gegen einen fehlbaren Arbeitgeber knüpft nicht an eigene Wahrnehmungen der Strafverfolgungsbehörden an. Vielmehr sind es **Hinweise Dritter** – in aller Regel Strafanzeigen¹³⁸⁶, bei Antragsdelikten Strafanträge¹³⁸⁷ –, die ein Strafverfahren in Gang setzen.¹³⁸⁸ In welcher Form die Strafverfolgungsbehörde Kenntnis von den Verdachtsgründen erlangt, ist nicht von Belang; insbesondere kann eine Strafanzeige auch mündlich eingereicht werden.¹³⁸⁹ Ist eine Strafanzeige einmal eingereicht, genügt für das Tätigwerden der Strafbehörden eine geringe Wahrscheinlichkeit für die Verurteilung des Arbeitgebers (ein Anfangsverdacht). Nicht nötig ist, dass bereits eine bestimmte Person als Täterin verdächtigt wird. Vorausgesetzt ist einzig, dass der angezeigte Sachverhalt möglicherweise einen Straftatbestand er-

¹³⁸⁵ Art. 15 Abs. 2 StPO. Anderes gilt etwa bei Strassenverkehrs- und Betäubungsmitteldelikten (RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Strafprozessrecht, Rz. 2215 und die dazugehörige Fn. 3), wo ein Vorverfahren regelmässig gestützt auf eigene Wahrnehmungen der Polizei eingeleitet wird.

¹³⁸⁶ Unter einer Strafanzeige ist «die Erklärung einer Person gegenüber einer zuständigen Behörde» zu verstehen, «es sei ein (Offizial-) Delikt begangen worden». Die Strafanzeige ist, was sie grundsätzlich vom Strafantrag als Willenserklärung unterscheidet, eine blosser Wissenserklärung (RIEDO, Strafantrag, S. 54 f. und 399; BSK StPO II-RIEDO/BONER, N 3 zu Art. 301).

¹³⁸⁷ Der Strafantrag ist in Art. 30 ff. StGB geregelt. Als Antragsdelikte gelten «Straftaten, die nur auf Antrag (i.d.R. des Verletzten) verfolgt und sanktioniert werden dürfen Es sind hier also primär Private, die über die Durchführung eines Strafverfahrens entscheiden» (RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Strafprozessrecht, Rz. 109). Denkbar ist auch, dass die Strafverfolgungsbehörden durch eine Strafanzeige eines Dritten auf eine mögliche Straftat hingewiesen werden und in der Folge beim Antragsberechtigten nachfragen, ob er Strafantrag stellen wolle.

¹³⁸⁸ Vgl. auch RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Strafprozessrecht, Rz. 2216 m.w.H.: Bei ungefähr «90 % aller registrierten Straftaten [erfolgt] ... der Anstoss zur Einleitung einer Voruntersuchung über Hinweise ... aus der Bevölkerung». Nichts daran zu ändern vermag die Tatsache, dass es sich bei den in der Arbeitssicherheit relevanten Straftatbeständen grossmehrheitlich um Offizialdelikte und damit um Delikte handelt, die keines Strafantrags bedürfen. Diese Delikte sind zwar von Amtes wegen zu verfolgen. Vorausgesetzt ist jedoch stets, dass die Strafverfolgungsbehörde vom (möglichen) Delikt überhaupt Kenntnis erhält – sonst kommt, Offizialdelikt hin oder her, kein Strafverfahren in Gang.

¹³⁸⁹ Art. 301 Abs. 1 StPO; davor BGE 114 IV 78 E. 1b: Das Bundesgericht entschied, es sei nicht von Belang, ob eine Strafanzeige mündlich oder schriftlich eingereicht wird. Eine kantonale Regelung, die Schriftlichkeit vorsehe, verstosse gegen Bundesrecht.

füllt.¹³⁹⁰ Ist dies der Fall, so ist die zuständige Strafverfolgungsbehörde aufgrund des Legalitätsprinzips¹³⁹¹ gehalten, ein Strafverfahren einzuleiten.¹³⁹²

- 1000 **4. Das Recht, Strafanzeige zu erstatten**, steht grundsätzlich jedermann zu (Art. 301 Abs. 1 StPO). So ist, sofern es sich nicht ausnahmsweise um ein Antragsdelikt handelt,¹³⁹³ der Kreis derjenigen Personen, die den Anstoss zur Einleitung eines Strafverfahrens gegen den fehlbaren Arbeitgeber geben können, grundsätzlich unbeschränkt. Vorbehalten bleiben jedoch gesetzliche Geheimhaltungspflichten.¹³⁹⁴
- 1001 **a.** Vorstellbar ist, dass ein *Passant* auf einer Baustelle Missstände beobachtet, diese allenfalls fotografisch festhält und seine Beobachtungen den Strafverfolgungsbehörden übermittelt.
- 1002 **b.** Vorstellbar ist aber auch, dass ein *Arbeitnehmer* gegen seinen Arbeitgeber Strafanzeige einreicht – wobei dies jedoch mit seiner arbeitsvertraglichen Treuepflicht grundsätzlich nicht vereinbar ist (vgl. Rz. 680).
- 1003 **c.** Im Zentrum meines Interesses stehen hier jedoch weder der Passant noch der Arbeitnehmer, sondern ein anderer potenzieller Anzeigerstatter: der *SUVA-Inspektor*. Es drängt sich nämlich geradezu auf, dass die SUVA Verstösse des Arbeitgebers, die sie anlässlich einer Baustellenkontrolle feststellt, mittels Strafanzeige der Strafverfolgungsbehörde zur Kenntnis und so ein Vorverfahren in Gang bringt. Schliesslich übt die SUVA mit der Kontrolle von Baustellen eine hoheitliche Aufgabe aus, weshalb es nur natürlich erscheint, dass sie falls nötig eine Strafanzeige einreicht. Entsprechend legt die

¹³⁹⁰ BSK StPO II-HAGENSTEIN, N 25 zu Art. 302.

¹³⁹¹ Festgehalten ist das strafprozessuale Legalitätsprinzip in Art. 7 Abs. 1 StPO. Einschränkungen dieses Prinzips ergeben sich aus Art. 8 StPO (Opportunitätsprinzip).

¹³⁹² Zur Möglichkeit, eine sogenannte Nichtanhandnahme zu verfügen, siehe Art. 310 StPO.

¹³⁹³ Unter den in der Arbeitssicherheit relevanten Straftatbeständen (Rz. 934 ff.) stellt einzig die fahrlässige Körperverletzung (Art. 125 Abs. 1 StGB) ein Antragsdelikt dar (so lange die Schädigung nicht schwer ist).

¹³⁹⁴ Personen, die von Gesetzes wegen einer Geheimhaltungspflicht unterstehen (z.B. Art. 320 oder 321 StGB), kommt kein Anzeigerecht zu. Sie sind nur dann zur Strafanzeige berechtigt, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (BSK StPO II-RIEDO/BONER, N 9 zu Art. 301). Vgl. auch den vierten Teil der Arbeit, wo es um die Möglichkeit des SUVA-Inspektors geht, Strafanzeige zu erstatten.

EKAS in ihrem Leitfaden detailliert fest, in welchen Fällen die SUVA als Durchführungsorgan Strafanzeige zu erstatten hat.¹³⁹⁵

5. Dass der SUVA-Inspektor einen fehlbaren Arbeitgeber mittels Strafanzeige¹⁰⁰⁴ der Strafverfolgung zuführen kann, halte ich für richtig. Indes ist diese Möglichkeit nach der hier vertretenen Ansicht durch das geltende Recht unzureichend geregelt, wie ich im nachfolgenden vierten Teil einlässlich darlegen will.

¹³⁹⁵ EKAS, Leitfaden, S. 15 und 49 ff. (Ziff. 7.6).

Vierter Teil: Ein Koordinationsproblem bei Strafanzeigen durch den SUVA-Inspektor

1. Der vierte Teil der Untersuchung ist einem Problem gewidmet, das als «Koordinationsproblem» zwischen der verwaltungsrechtlichen (Rz. 732 ff.) und der strafrechtlichen Sanktionierung (Rz. 897 ff.) des Arbeitgebers bezeichnet werden kann: Bei einem Verstoss des Arbeitgebers gegen eine Verhaltensvorschrift der Arbeitssicherheit ist es eminent wichtig, dass nötigenfalls ein Strafverfahren gegen den Fehlbaren eingeleitet werden kann. Wie am Ende des dritten Teils dargestellt (Rz. 997 ff.), kann ein Strafverfahren gegen den fehlbaren Arbeitgeber insbesondere dadurch eingeleitet werden, dass ein SUVA-Inspektor, der anlässlich einer Baustellenkontrolle einen Verstoss gegen eine Verhaltensvorschrift der Arbeitssicherheit feststellt, Strafanzeige einreicht. Das Koordinationsproblem, das ich in der Folge anhand des Beispielfalls 4 (Rz. 32 f.) darlege, besteht nun darin, dass sich der SUVA-Inspektor – oder ein anderer Mitarbeiter der SUVA¹³⁹⁶ – durch diese Strafanzeige nach geltendem Recht möglicherweise der **Amtsgeheimnisverletzung** (Art. 320 StGB und Art. 112 Abs. 3 UVG¹³⁹⁷) schuldig macht.¹³⁹⁸ Dieses Risiko, dem sich der SUVA-Inspektor mit einer Strafanzeige aussetzt, erschwert seine Vollzugstätigkeit erheblich und vermindert so die Wirksamkeit der Verhaltensvorschriften, was nicht im Interesse einer möglichst wirksamen Arbeitnehmerschutzgesetzgebung sein kann (vgl. auch Rz. 1027 und 1133).

Für besonders brisant halte ich den Befund, weil die EKAS die SUVA anhält, es in gewissen Konstellationen nicht bei den verwaltungsrechtlichen Sanktionen bewenden zu lassen, sondern darüber hinaus Strafanzeige gegen den fehlbaren Arbeitgeber zu erstatten (Rz. 891). Es öffnet sich also ein Spannungsfeld zwischen der Schweigepflicht des SUVA-Inspektors auf der

¹³⁹⁶ Hier erwähne ich als potenziellen Anzeigerstatter einzig den SUVA-Inspektor. Das geschilderte Grundproblem ist indessen dasselbe, wenn nicht der Inspektor, sondern sonst ein Mitarbeiter der SUVA (und allenfalls mit Zustimmung der Rechtsabteilung) eine Strafanzeige einreicht.

¹³⁹⁷ Vgl. zur Revision von Art. 112 UVG Rz. 1068.

¹³⁹⁸ Für den Wortlaut von Art. 320 StGB siehe Rz. 1050; für jenen von Art. 112 Abs. 3 UVG siehe Rz. 1064.

einen und der Vorgabe der EKAS, Strafanzeigen zu erstatten, auf der anderen Seite.

- 1007 **2.** Unter der Annahme, dass sich Strafnormen positiv auf die Arbeitssicherheit auswirken (was jedoch empirisch nicht nachgewiesen ist; vgl. Rz. 910 ff.), scheint zentral, dass der SUVA-Inspektor über die Möglichkeit verfügt, einen fehlbaren Arbeitgeber mittels Strafanzeige der Strafverfolgung zuzuführen. Mit den nachfolgenden Ausführungen zeige ich ein Koordinationsproblem im geltenden Recht auf und schlage eine Lösung vor, welche dieses Problem beheben könnte. Es erscheint im Ergebnis als höchst **unbefriedigend**, dass sich der SUVA-Inspektor durch das Erstellen einer Strafanzeige selbst dem Risiko einer Strafverfolgung (wegen Amtsgeheimnisverletzung) aussetzt. Deshalb halte ich eine Anpassung des geltenden Rechts – konkret: des Unfallversicherungsgesetzes – für angezeigt (Rz. 1125 ff.).
- 1008 **3.** Für die Darstellung des Koordinationsproblems ist etwas auszuholen: Zuerst gehe ich auf Grundlegendes zur Strafanzeige durch den SUVA-Inspektor ein (Rz. 1009 ff.). Danach begründe ich einlässlich, inwiefern dieser durch das Einreichen einer Strafanzeige seine Schweigepflicht verletzt und möglicherweise eine Amtsgeheimnisverletzung begeht (Rz. 1037 ff.). Schliesslich postuliere ich eine Revision des Unfallversicherungsgesetzes (Rz. 1125 ff.), um eine für den Anzeigersteller klare Rechtslage zu schaffen.

I. Die Strafanzeige durch den SUVA-Inspektor

A. Drei Verhaltensoptionen

- 1009 **1.** Konstatiert der SUVA-Inspektor einen Verstoss des Arbeitgebers gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit, stehen ihm drei Verhaltensoptionen offen:
- 1010 – Eine erste, eher theoretische Verhaltensoption besteht darin, den *Verstoss zu ignorieren*. Diese Möglichkeit käme einem «verwaltungsrechtlichen Opportunitätsprinzip»¹³⁹⁹ gleich. Ein solches ist aber nirgends vorgese-

¹³⁹⁹ Der Begriff Opportunitätsprinzip stammt aus dem Strafprozessrecht. Das Prinzip regelt jene Fälle, in denen die Strafbehörde ausnahmsweise vom Verfolgungszwang (Art. 7 StPO) absehen darf oder allenfalls gar muss. Geregelt ist dieses Prinzip in Art. 8 StPO. Vgl. auch Fn. 1408.

hen, womit der Inspektor jedenfalls das verwaltungsrechtliche Instrumentarium (Rz. 732 ff.) einzusetzen hat. Bei der Wahl, welche verwaltungsrechtliche Sanktion zu ergreifen ist, kommt dem Inspektor indes ein grosses Ermessen zu.

- Die zweite Verhaltensoption besteht darin, dass sich der SUVA-Inspektor ¹⁰¹¹ ausschliesslich der *verwaltungsrechtlichen Sanktionen* bedient; jener Instrumente also, die ihm im Rahmen des Durchführungsverfahrens nach Unfallversicherungsgesetz¹⁴⁰⁰ zur Verfügung stehen. Gemeint sind die in Art. 62 und 64–69 VUV vorgesehenen Massnahmen. Welche Massnahme im Einzelfall zu treffen ist, hängt von der Schwere des Verstosses ab. Selbst bei leichten Verstössen hat der SUVA-Inspektor den fehlbaren Arbeitgeber (nach Massgabe der Verordnung über die Unfallverhütung)¹⁴⁰¹ im Sinne einer Ermahnung auf den Verstoss aufmerksam zu machen und ihm eine «angemessene Frist zur Einhaltung der Vorschrift» zu setzen, wobei er dies «dem Arbeitgeber schriftlich zu bestätigen» hat (Art. 62 Abs. 1 VUV). Bei einem schweren Verstoss, durch den «Leben oder Gesundheit von Arbeitnehmern unmittelbar schwer gefährdet» werden, ersucht der Inspektor «die kantonale Behörde ..., die ... [im Unfallversicherungsgesetz] vorgesehenen vorsorglichen Massnahmen» zu treffen (Art. 67 Abs. 2 VUV). Die angesprochenen Massnahmen wiederum finden sich in Art. 86 Abs. 2 UVG, der es den kantonalen Behörden in «besonders schweren Fällen» erlaubt, «den Betrieb bis zur Behebung des sicherheitswidrigen Zustandes», Beispielfall 4 (Rz. 32 f.) mithin bis zur Erstellung des erforderlichen Fassadengerüsts, zu schliessen.
- Die dritte Verhaltensoption besteht darin, dass der SUVA-Inspektor bei der ¹⁰¹² Strafverfolgungsbehörde (Polizei oder Staatsanwaltschaft) gegen den fehlbaren Arbeitgeber *Strafanzeige* einreicht. Das schützt den Arbeitgeber freilich nicht vor den verwaltungsrechtlichen Sanktionen, sondern führt einzig dazu, dass neben das verwaltungsrechtliche Durchführungsverfahren eine Strafuntersuchung tritt. Die in den beiden Subsystemen (Verwaltungs- und Strafrecht) vorgesehenen Sanktionen können gewissermassen

¹⁴⁰⁰ Liegt gleichzeitig ein Verstoss gegen das Arbeitsgesetz (insbesondere gegen die Kernnorm in Art. 6 Abs. 1 ArG) vor, findet sich das behördliche Instrumentarium in Art. 51–53 ArG. Zuständig für den Vollzug des Arbeitsgesetzes ist freilich nicht die SUVA, sondern die kantonalen Durchführungsorgane oder der Bund (vgl. Art. 41 und 42 ArG).

¹⁴⁰¹ Die EKAS sieht in ihrem Leitfaden das Instrument der sogenannten Bestätigung vor (Rz. 782 ff.).

kumuliert werden.¹⁴⁰² Was das Strafrecht anbelangt, wurde bereits aufgezeigt, dass jeder Verstoss gegen eine Verhaltensvorschrift der Arbeitssicherheit mit Strafe bedroht ist (Art. 112 Abs. 4 UVG; vgl. Rz. 899 und 966 ff.).

- 1013 **2.** Im vorliegenden Teil der Untersuchung befasste ich mich **ausschliesslich mit der Strafanzeige** durch den SUVA-Inspektor, mithin der dritten der aufgezeigten Verhaltensoptionen (Rz. 1012). Früher oder später wird sich aus der Optik des Inspektors die Frage stellen, ob nebst den verwaltungsrechtlichen Sanktionen eine Strafanzeige einzureichen ist. Illustrativ dazu ist ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, dem sich zum Sachverhalt Folgendes entnehmen lässt: Nachdem sich auf einer Baustelle zwei Unfälle ereignet hatten (der erste davon tödlich), und nachdem die SUVA den Betrieb zweimal ermahnt und dieser sich uneinsichtig gezeigt hatte, stellte sich der SUVA die Frage, ob Strafanzeige einzureichen sei; das Bundesverwaltungsgericht weist auf eine entsprechende handschriftliche Notiz der SUVA hin: «[U]ne apostille manuscrite de la CNA/SUVA figure sur la lettre: «ne mérite pas de réponse; 2x passer outre une décision SUVA avec poste à risques??? => pénal...»¹⁴⁰³.
- 1014 **3.** Ob es häufig ist, dass die SUVA gegen fehlbare Arbeitgeber Strafanzeige erstattet, lässt sich nicht eruieren; eine öffentlich zugängliche Statistik, die über diese empirische Frage Aufschluss gäbe, führt die SUVA nicht. Festzuhalten gilt es, dass die EKAS in ihrem Leitfaden **die SUVA dazu anhält, zumindest punktuell zum Mittel der Strafanzeige zu greifen**. Damit besteht, vor allem für diejenigen Personen, die bei der SUVA Strafanzeigen einreichen, ein evidentes Interesse an einer klaren Rechtslage.
- 1015 **4.** Das **geltende Recht** jedoch liefert gerade auf die Frage, ob und allenfalls unter welchen Voraussetzungen der SUVA-Inspektor den fehlbaren Arbeitgeber¹⁴⁰⁴ mittels Strafanzeige der Strafverfolgung zuführen muss (Anzeigepflicht) oder zumindest darf (Anzeigerecht), keine befriedigende Antwort.

¹⁴⁰² Vgl. auch GERMANN, Strafrechtliche Verantwortung, S. 186: «Die Strafverfolgung kann ... ohne weiteres parallel zu verwaltungsrechtlichen Zwangsmassnahmen angehoben werden.» Eine Kumulation verschiedener Sanktionen ist auch innerhalb des Verwaltungsrechts möglich, so kann insbesondere eine exekutorische Sanktion (z.B. Ersatzvornahme) mit einer repressiven Sanktion (z.B. die Prämienerrhöhung) kombiniert werden. Vgl. auch Art. 41 VwVG.

¹⁴⁰³ BVGer C-640/2008 vom 18. August 2009, Sachverhalt C.b.

¹⁴⁰⁴ Diese Frage stellt sich freilich nicht nur für den Arbeitgeber, sondern für alle anderen möglichen Täter, die (nach Ansicht des SUVA-Inspektors) gegen Verhaltensvorschriften

a. Meine Einschätzung vorweg: Ich verneine die Frage sowohl nach einer Anzeigepflicht als auch nach einem Anzeigerecht – jedenfalls für das geltende Recht und für die grosse Mehrheit der Verstösse im Bereich der Arbeitssicherheit.¹⁴⁰⁵ 1016

b. In Rechtsprechung und Lehre hat die aufgeworfene Frage bisher kaum Beachtung gefunden. Immerhin behandelt MÜLLER den Problembereich, wenn auch beschränkt auf das Arbeitsgesetz: Er ist der Ansicht, dass die Durchführungsorgane des Arbeitsgesetzes (wozu die SUVA jedoch nicht gehört)¹⁴⁰⁶ eine eigentliche «Rechtspflicht zur Strafanzeige»¹⁴⁰⁷ treffe. Zur Begründung führt er an, ein Durchführungsorgan des Arbeitsgesetzes sei eine Polizeibehörde und somit ein «Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft», das «nach dem Legalitätsprinzip vorzugehen» habe.¹⁴⁰⁸ 1017

Diese Ansicht geht zu weit. Konsequenterweise umgesetzt würde sie insbesondere bedeuten, dass jeder Verstoß eines Arbeitgebers gegen die Vorschriften über den Gesundheitsschutz – auch ein Verstoß gegen die Kernnorm in Art. 6 ArG – zwingend der Strafverfolgung zugeführt werden müsste. Wäre ein Durchführungsorgan des Arbeitsgesetzes tatsächlich «Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft»¹⁴⁰⁹, wäre es grundsätzlich gehalten, dem Verfolgungszwang (Art. 7 StPO) nachzuleben. Zur Erinnerung: Das Arbeitsgesetz bedroht, wie das Unfallversicherungsgesetz auch, grundsätzlich jeden Verstoß des Arbeitgebers gegen Vorschriften über den Gesundheitsschutz mit Strafe 1018

der Arbeitssicherheit verstossen. Dem Vernehmen nach sieht sich die SUVA aber grundsätzlich nicht dazu berufen, gegen fehlbare Arbeitnehmer Strafanzeige einzureichen.

¹⁴⁰⁵ Ein Anzeigerecht besteht einzig bei Verbrechen (Art. 97 Abs. 1 lit. h UVG). Im Bereich der Arbeitssicherheit ist indes einzig die Lebensgefährdung (Art. 129 StGB) den Verbrechen zuzuordnen (dazu Rz. 953 ff.).

¹⁴⁰⁶ Die SUVA ist nur Durchführungsorgan, soweit es um den Vollzug des Unfallversicherungsgesetzes geht.

¹⁴⁰⁷ OFK ArG-MÜLLER, N 3 zu Art. 54 ArG.

¹⁴⁰⁸ OFK ArG-MÜLLER, N 3 zu Art. 54 ArG. Das strafprozessrechtliche Legalitätsprinzip, auf das MÜLLER Bezug nimmt, ist in Art. 7 Abs. 1 StPO verankert und verpflichtet die Strafbehörden, «im Rahmen ihrer Zuständigkeit ein Verfahren einzuleiten und durchzuführen, wenn ihnen Straftaten oder auf Straftaten hinweisende Verdachtsgründe bekannt werden». In Bezug zu setzen ist das Legalitätsprinzip insbesondere zum Opportunitätsprinzip nach Art. 8 StPO, das den Behörden unter bestimmten Voraussetzungen einen Verzicht auf Strafverfolgung ermöglicht. Art. 8 StPO regelt mit anderen Worten die Ausnahmen zum Verfolgungszwang (BSK StPO I-FIOLKA/RIEDO, N 2 zu Art. 8).

¹⁴⁰⁹ Dieses von MÜLLER (Fn. 1408) beschriebene Konstrukt taucht in der strafrechtlichen Literatur soweit ersichtlich nirgends auf.

(Art. 59 Abs. 1 lit. a ArG; für dessen Wortlaut siehe Rz. 988). Für den Beispielfall 4 (Rz. 32 f.) bedeutet ein Verstoss gegen Art. 18 BauAV nicht bloss einen Verstoss gegen die Kernnorm in Art. 82 Abs. 1 UVG, sondern ebenso gegen jene in Art. 6 Abs. 1 ArG. Schliesslich konkretisiert die Bauarbeitenverordnung – und somit auch der einschlägige Art. 18 BauAV – nicht nur Art. 82 UVG, sondern auch Art. 6 ArG.¹⁴¹⁰

- 1019 c. *Gerichtentscheide*, die sich mit der Frage nach einem Recht bzw. einer Pflicht der SUVA zur Strafanzeige auseinandersetzen, sind soweit ersichtlich keine ergangen.

B. Die Vorgaben der EKAS betreffend Strafanzeigen und die Umsetzung durch die SUVA

- 1020 Die aufgeworfene Frage nach einem Anzeigerecht des SUVA-Inspektors ist insofern praktischer Natur, als die EKAS eine sogenannte Anzeigepaxis aufgestellt hat (Rz. 1021 ff.), welche die SUVA als Durchführungsorgan der Arbeitssicherheit umsetzt (Rz. 1028 ff.).

1. «Anzeigepaxis» der EKAS

- 1021 **1.** Die EKAS hält in ihrem unter anderem an die SUVA gerichteten **Leitfaden** zutreffend fest, dass die Strafverfolgung im Bereich der Arbeitssicherheit selbst bei jenen Delikten, die von Amtes wegen verfolgt werden (Offizialdelikte), kein Selbstläufer ist: Faktisch erhalten «die Strafbehörden in der Regel erst durch eine Anzeige des Durchführungsorgans von einem Sachverhalt Kenntnis ..., der zur Strafverfolgung Anlass gibt. Die Wirksamkeit der gesetzlichen Strafbestimmungen hängt somit stark davon ab, ob die Durchführungsorgane bereit sind, Strafanzeige zu erstatten»¹⁴¹¹.
- 1022 **2.** Die EKAS geht davon aus, dass die SUVA und die übrigen Durchführungsorgane der Arbeitssicherheit über ein Anzeigerecht verfügen.¹⁴¹² Im Bestreben um einen einheitlichen Vollzug stellt sie für Strafanzeigen eine «**Anzei-**

¹⁴¹⁰ Vgl. Art. 6 Abs. 4 i.V.m. Art. 40 Abs. 1 lit. a ArG.

¹⁴¹¹ EKAS, Leitfaden, S. 49 (Ziff. 7.6.1).

¹⁴¹² Illustrativ auch EKAS, Leitfaden, S. 27 (Ziff. 5.2.6): «Da der sicherheitswidrige Zustand durch Zeitablauf von selber wegfällt, kommen im Normalfall, d.h. in nicht dringlichen Fällen, als Sanktionen nur die Prämienerrhöhung und die Strafanzeige ... in Frage».

gepraxis»¹⁴¹³ auf. Die Vorgaben der EKAS sind an die Durchführungsorgane der Arbeitssicherheit gerichtet und geben diesen vor, unter welchen Voraussetzungen «[g]rundsätzlich ... eine Strafanzeige ... vorzusehen [ist]»¹⁴¹⁴.

Obgleich jeder Verstoss des Arbeitgebers gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit strafbar ist (Art. 112 Abs. 4 UVG; Rz. 899 und 966 ff.), sieht die EKAS vor, dass eine Strafanzeige in nicht schwerwiegenden Fällen vorgängig anzudrohen ist. Die EKAS stellt den Durchführungsorganen dafür ein Musterschreiben mit dem Titel «Androhung einer Strafanzeige» zur Verfügung.¹⁴¹⁵ Damit wird einem betroffenen Betrieb unmissverständlich signalisiert: «Wir räumen Ihnen hiermit eine letzte Frist ... zur Durchführung der verlangten Massnahmen ein und erwarten bis spätestens zum Ablauf dieser Frist Ihre Vollzugsmeldung[.] Bei unbenütztem Ablauf werden wir ohne weiteres Strafanzeige einreichen»¹⁴¹⁶.

3. Nach Massgabe der von der EKAS aufgestellten Anzeigepraxis ist das Mittel der **Strafanzeige zurückhaltend einzusetzen**. Zwei Beispiele genügen, um diese Zurückhaltung zu belegen:

- Eine «Missachtung elementarer Vorschriften über die Arbeitssicherheit» soll dann zu einer Strafanzeige führen, «wenn dadurch eine konkrete schwere Gefährdung von Personen herbeigeführt wird»¹⁴¹⁷. Mit anderen Worten: Selbst wenn der Arbeitgeber gegen elementare Verhaltensvorschriften verstösst, ist nach Ansicht der EKAS eine Strafanzeige nicht in jedem Fall angebracht. Vielmehr muss im konkreten Fall durch den Verstoss eine «schwere Gefährdung von Personen» hervorgerufen worden sein. Diese Vorgabe steht in Konflikt zum materiellen Recht, da der geltende Art. 112 Abs. 4 UVG – im Gegensatz etwa zu Art. 229 StGB – nicht als konkretes, sondern als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet ist (Rz. 971).
- Wird niemand konkret gefährdet, soll eine Kaskade greifen: Eine Strafanzeige soll nämlich nicht schon bei erstmaligem Verstoss gegen Verhaltensvorschriften erfolgen, sondern erst im Wiederholungsfall – und selbst dann nur, «wenn sich der Arbeitgeber unbelehrbar zeigt und andere Mass-

¹⁴¹³ EKAS, Leitfaden, S. 5 (Ziff. 7.6.2, Überschrift).

¹⁴¹⁴ EKAS, Leitfaden, S. 50 (Ziff. 7.6.2).

¹⁴¹⁵ Das Muster ist abgedruckt in EKAS, Leitfaden, S. 102.

¹⁴¹⁶ EKAS, Leitfaden, S. 102.

¹⁴¹⁷ EKAS, Leitfaden, S. 50 f. (Ziff. 7.6.2).

nahmen, z.B. Prämienerrhöhungen, nicht zum Ziel geführt haben. In der Regel ist in derartigen Fällen die Strafanzeige zusammen mit der zweiten Prämienerrhöhung einzureichen»¹⁴¹⁸. Wenn man sich vor Augen hält, dass die SUVA schon die verwaltungsrechtliche Sanktion der Prämienerrhöhung nicht leichthin verfügt (Rz. 807 ff.), wird ersichtlich, dass eine Strafanzeige – bei Befolgung der EKAS-Vorgaben – erst in einem sehr späten Stadium zum Einsatz gelangt.

- 1027 **4.** Insoweit die EKAS feststellt, dass die Wirksamkeit der Strafnormen in der Arbeitssicherheit stark von der Bereitschaft der SUVA sowie der anderen Durchführungsorgane abhängt, Strafanzeige zu erstatten (Rz. 1021), ist ihr grundsätzlich beizupflichten; erinnern will ich aber daran, dass eine präventive Wirkung des Strafrechts empirisch nicht nachgewiesen ist (Rz. 910 ff.). Meine Kritik richtet sich gegen die Prämisse, welche die EKAS ihrer Anzeigepraxis zugrunde legt: Sie geht ganz allgemein von einem Recht des SUVA-Inspektors aus, bei Verstößen gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit Strafanzeige einreichen zu dürfen.¹⁴¹⁹ Dass (wie es die Anzeigepraxis der EKAS vorsieht) eine Strafanzeige in aller Regel vorgängig anzudrohen ist,¹⁴²⁰ ändert an meiner Kritik nichts. Die EKAS lässt eines gänzlich ausser Acht: die Schweigepflicht, welcher der SUVA-Inspektor von Gesetzes wegen untersteht (Art. 33 ATSG).¹⁴²¹

¹⁴¹⁸ EKAS, Leitfaden, S. 50 f. (Ziff. 7.6.2).

¹⁴¹⁹ EKAS, Leitfaden, S. 15 (Ziff. 4.4.5), S. 27 (Ziff. 5.2.6), S. 32 (Ziff. 4), S. 42 (Ziff. 7.2), S. 46 (Ziff. 7.3.6) und die Musterbriefe auf S. 88 und S. 102. Die EKAS geht nicht von einer Rechtspflicht der Durchführungsorgane zur Strafanzeige auszugehen. Vielmehr legt sie ihrer Anzeigepraxis ein unbeschränktes Opportunitätsprinzip zugrunde, indem sie ausführt: «Obwohl zwar jede fahrlässige Verletzung von Vorschriften über die Arbeitssicherheit grundsätzlich strafbar ist, so wäre es unverhältnismässig, in jedem geringfügigen Fall gleich Strafanzeige zu erstatten. Ob eine Strafverfolgung einzuleiten sei, hat das Durchführungsorgan nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden, wobei es sich auch hier immer das Ziel vor Augen halten muss, nämlich die Beseitigung sicherheitswidriger Zustände bzw. die Verhinderung sicherheitswidrigen Verhaltens».

¹⁴²⁰ Die Notwendigkeit einer vorgängigen Androhung leitet die EKAS offenbar aus Art. 41 Abs. 2 VwVG ab. Auf eine Androhung könne nur ausnahmsweise – in dringenden Fällen – verzichtet werden (EKAS, Leitfaden, S. 50 [Ziff. 7.6.2]).

¹⁴²¹ Zu Art. 33 ATSG siehe Rz. 1037 ff.

2. Umsetzung der EKAS-Vorgaben durch die SUVA

1. Die SUVA ist – nebst den übrigen Durchführungsorganen der Arbeitssicherheit – Adressatin des erwähnten Leitfadens der EKAS. Dieser ist als Verwaltungsverordnung zu qualifizieren (Rz. 263 f.). Vor Augen zu führen hat man sich, dass es sich beim Leitfaden der EKAS um ein Instrument handelt, auf dessen Inhalt die SUVA selbst beträchtlichen Einfluss hat – ist sie in der EKAS doch massgeblich vertreten.¹⁴²² Auch deshalb erstaunt grundsätzlich nicht, dass die SUVA ebenfalls von einem **Recht zur Strafanzeige** ausgeht, wenn sie Verstösse im Bereich der Arbeitssicherheit konstatiert.¹⁴²³ 1028

2. Diese Position der SUVA **überrascht** aber insofern, als ihr das hier beschriebene Koordinationsproblem bekannt sein müsste. Zu dieser Einschätzung bringt mich die Argumentationslinie, welcher die SUVA selbst in einem gerichtlichen Verfahren gefolgt ist. Im Einzelnen: 1029

a. Im Sachverhalt, der BGer 1A.155/2006 vom 25. Oktober 2006 zugrunde lag, führte die Staatsanwaltschaft Turin in Italien ein Strafverfahren wegen fahrlässiger Tötung zum Nachteil von ehemals in der Schweiz asbestexponierten und nunmehr an einem Asbesttumor (Mesotheliom) verstorbenen Personen. In diesem Zusammenhang ersuchte die Staatsanwaltschaft rechtshilfeweise um Herausgabe von bei der SUVA liegenden Akten. Darunter befanden sich auch Dokumente über von der SUVA durchgeführte Betriebskontrollen.¹⁴²⁴ Im Ergebnis schützte das Bundesgericht das Urteil der Vorinstanz (Kantonsgericht Glarus): Diese hatte die SUVA zurecht verpflichtet, die verlangten Dokumente der Staatsanwaltschaft Turin im Wege der Rechtshilfe zur Verfügung zu stellen. 1030

¹⁴²² Die SUVA hat den Vorsitz der EKAS inne (Art. 85 Abs. 2 UVG). Derzeit stellt die SUVA nebst dem Präsidenten drei von insgesamt elf Mitgliedern der EKAS (Stand Juni 2016).

¹⁴²³ SUVA, Pflichten, S. 19 (Ziff. 5.1): «In jedem Verfahrensstadium kann das Durchführungsorgan bei der zuständigen Strafverfolgungsbehörde Strafanzeige einreichen.» Vgl. auch die von der SUVA und dem Schweizerischen Gerüstbau-Unternehmer-Verband (SGUV) gemeinsam herausgegebenen «Fragen und Antworten zu: Fassadengerüsten», Version 1.6 (25. September 2012), abrufbar unter <www.suva.ch/gerueste> (besucht am 23. Mai 2016). Frage 1.33 lautet «Welche Konsequenzen kann das Benutzen mangelhafter Arbeitsgerüste für die Beteiligten haben?», worauf unter anderem geantwortet wird: «Strafanzeige gemäss UVG Art. 112 und 113 (selten notwendig)» und «Strafanzeige gemäss StGB Art. 229 (insbesondere bei ausländischen Betrieben, weil bei diesen das UVG nur beschränkt angewendet werden kann)».

¹⁴²⁴ DETTWILER, Asbest, S. 190.

- 1031 **b.** Vorliegend interessiert weniger das Ergebnis, sondern vielmehr die Begründung, mit der sich die SUVA bis vor Bundesgericht gegen die Aktenherausgabe an die Staatsanwaltschaft Turin wehrte: Sie argumentierte insbesondere, «die von ihr verlangten Akten unterstünden dem Amtsgeheimnis und dürften nur unter den Voraussetzungen von Art. 97 ... UVG ... den Strafuntersuchungsbehörden herausgegeben werden. Andernfalls würden sich die Verantwortlichen einer Verletzung des Amtsgeheimnisses gemäss Art. 320 StGB bzw. Art. 112 UVG schuldig machen. Die Voraussetzungen von Art. 97 UVG für die Herausgabe seien jedoch nicht erfüllt»¹⁴²⁵.
- 1032 **c.** Obgleich es sich im zitierten Fall um ein Rechtshilfeverfahren handelte, kann daraus meiner Ansicht nach für den vorliegenden Kontext der Schluss gezogen werden, dass die SUVA das Problem kennt, das mit von ihren Mitarbeitern erstatteten Strafanzeigen einhergeht. Zu diesem Schluss komme ich, weil sich die SUVA exakt auf jene Gesetzesbestimmungen berief, in die auch die Problematik einer Strafanzeige eingebettet ist: Art. 33 ATSG, Art. 320 StGB, Art. 112 Abs. 3 und 4 sowie Art. 97 UVG.

II. Die Strafbarkeit wegen Verletzung der Schweigepflicht

- 1033 **1.** Ob der SUVA-Inspektor einen Straftatbestand erfüllt und entsprechend mit strafrechtlichen Mitteln zu sanktionieren ist, beurteilt sich nach dem klassischen **dreistufigen Prüfschema**:¹⁴²⁶ (i) Tatbestandsmässigkeit, (ii) Rechtswidrigkeit und (iii) Schuld. Diesem Prüfschema folgt auch die folgende Dar-

¹⁴²⁵ BGer 1A.155/2006 vom 25. Oktober 2006 E. 5.1. Fraglich war konkret, ob Art. 97 Abs. 1 lit. i Ziff. 3 UVG erfüllt war, wonach es «in Abweichung von Artikel 33 ATSG» auch der SUVA erlaubt ist, «im Einzelfall und auf schriftliches Gesuch hin ... Strafgerichten und Strafuntersuchungsbehörden [Daten bekanntzugeben], wenn die Daten für die Abklärung eines Verbrechens oder Vergehens erforderlich sind». Das Bundesgericht war der Ansicht, dass Art. 97 Abs. 1 lit. i Ziff. 3 UVG einer Aktenherausgabe jedenfalls nicht entgegenstehe. Ob Art. 97 UVG im konkreten Fall überhaupt anwendbar war, musste das Gericht indessen nicht beurteilen, weil «die Schweiz ... die Rechtshilfe nicht unter Berufung auf ihr innerstaatliches Recht verweigern [darf], wenn sie staatsvertraglich – hier also aufgrund des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens und des mit Italien geschlossenen Zusatzvertrages – dazu verpflichtet ist (Art. 1 Abs. 1 IRSG ...)».

¹⁴²⁶ Zu dieser dreigeteilten Prüfung, auch «Verbrechensaufbau» genannt, siehe DONATSCH/TAG, Verbrechenslehre, S. 82 ff.

stellung: Ausgehend vom Beispielfall 4 (Rz. 32 f.) ist zunächst zu prüfen, ob der SUVA-Inspektor durch die Strafanzeige einen Straftatbestand erfüllt (Tatbestandsmässigkeit; Rz. 1048 ff.). Sodann stellt sich die Frage, ob ein tatbestandsmässiges Verhalten allenfalls durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt ist (Rechtswidrigkeit; Rz. 1070 ff.). Liegt ein tatbestandsmässiges und rechtswidriges Verhalten vor, ist schliesslich die Frage nach der Schuld des SUVA-Inspektors zu beantworten (Rz. 1117 ff.). Bevor ich mich dieser dreistufigen Prüfung zuwende, ist darzulegen, inwiefern der SUVA-Inspektor einer Schweigepflicht unterliegt (Rz. 1037 ff.).

2. Vorauszuschicken ist dem Ganzen indes zweierlei: 1034

a. Die Frage, ob ein SUVA-Inspektor wegen Verletzung seiner Schweigepflicht zu bestrafen ist, *kann stets nur bezogen auf den Einzelfall beantwortet werden*. Wenn ich nachfolgend auf dem Beispielfall 4 (Rz. 32 f.) aufbaue und bis zu einem gewissen Grad verallgemeinere, dann erklärermassen ohne Anspruch darauf, für sämtliche Fälle eine abschliessende und pauschale Beurteilung zu liefern. Immerhin halte ich es für möglich, eine Leitlinie für die Beurteilung eines konkreten Falles geben zu können und insbesondere diejenigen Gesetzesbestimmungen herauszudestillieren, bei denen die Staatsanwaltschaft oder das Strafgericht für die Beurteilung eines Einzelfalles anzusetzen hat. 1035

b. Die sich im vorliegenden Kontext stellende Frage nach dem Recht des SUVA-Inspektors zur Strafanzeige stellt sich *auch in anderen Bereichen*, in denen (wie im Bereich der Arbeitssicherheit auch) spezialisierte Behörden Kontrollen durchführen (Rz. 1137 ff.). Vorweggenommen sei, dass in diesen Bereichen eine im Vergleich zur Arbeitssicherheit klare Regelung hinsichtlich der Möglichkeit einer Vollzugsbehörde besteht, Strafanzeige einzureichen. 1036

A. Das Amtsgeheimnis des SUVA-Inspektors

- 1037 **1.** Das Gesetz auferlegt den Durchführungsorganen der Arbeitssicherheit, mithin auch der SUVA¹⁴²⁷ sowie deren Mitarbeitern, eine strenge Schweigepflicht.¹⁴²⁸ Der einschlägige **Art. 33 ATSG**, der neben der Marginalie «Schweigepflicht» steht und auch im Bereich des Unfallversicherungsgesetzes Anwendung findet (Art. 2 ATSG i.V.m. Art. 1 UVG), lautet folgendermassen:
- 1038 «Personen, die an der Durchführung sowie der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung der Sozialversicherungsgesetze beteiligt sind, haben gegenüber Dritten Verschwiegenheit zu bewahren.»
- 1039 **2.** Der SUVA-Inspektor erfüllt den funktionellen Beamtenbegriff (Rz. 1051), weshalb er in diesem Sinne ein Amtsträger ist. Wenn der Inspektor infolge seiner Stellung von einem Geheimnis (Rz. 1053 ff.) erfährt, handelt es sich um ein **Amtsgeheimnis**. Dieses Geheimnis ist von Art. 33 ATSG erfasst, womit der Inspektor «Dritten gegenüber Verschwiegenheit zu bewahren» hat. Die Schweigepflicht stellt gewissermassen die Folge des Amtsgeheimnisses dar.
- 1040 **3.** Seiner Funktion nach schützt das Amtsgeheimnis sowohl die **Interessen des Arbeitnehmers als auch des Arbeitgebers**. Das ist zu erläutern:
- 1041 **a.** Art. 33 ATSG konkretisiert den Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB. Dabei schützt die Schweigepflicht *in erster Linie den Arbeitnehmer* als versicherte Person.¹⁴²⁹ Das Bundesverwaltungsgericht hat sich gar zur Aussage hinreissen lassen, die Schweigepflicht betreffe ausschliesslich «persönliche Daten der versicherten bzw. verunfallten Person»; insbesondere seien Daten, die einzig den «Arbeitgeber der Versicherten betreffen, ... nicht ... durch die Geheimhaltungsnormen besonders geschützt»¹⁴³⁰.

¹⁴²⁷ Vgl. auch SUVA, Wegleitung Unfallversicherung, S. 80 (Ziff. 4.53). Dort führt die SUVA neben der Marginalie «ATSG 33, UVG 96 und 97» aus: «Alle Mitarbeitenden der Suva sind gesetzlich und arbeitsvertraglich verpflichtet, über ihre Wahrnehmungen bei Erfüllung ihrer dienstlichen Aufgaben gegenüber Dritten Stillschweigen zu bewahren. ... Daten dürfen nur unter den im Gesetz bestimmten Bedingungen und [an die] erwähnten Behörden bekannt gegeben werden.»

¹⁴²⁸ MAURER, Unfallversicherungsrecht, S. 608.

¹⁴²⁹ Vgl. BVGer A-5111/2013 vom 6. August 2014 E. 4.4.

¹⁴³⁰ BVGer A-5111/2013 vom 6. August 2014 E. 4.4.

b. Dieses Ergebnis – welches das Gericht weder mit Lehrmeinungen noch mit eigenen Überlegungen untermauert und das es auch nicht auf eine Rechtsprechung des Bundesgerichts zu stützen vermag¹⁴³¹ – wird der Natur der Schweigepflicht nach Art. 33 ATSG indessen nicht gerecht. Nach meiner Ansicht schützt die Schweigepflicht *auch den Arbeitgeber*. Dieser Schluss drängt sich aus zwei Gründen auf:

- Der erste Grund hat mit den Ausnahmen zu Art. 33 ATSG zu tun: Nach der gesetzlichen Konzeption sind im Anwendungsbereich des Unfallversicherungsgesetzes sämtliche *Ausnahmen von der Schweigepflicht in Art. 97 UVG* zu suchen.¹⁴³² Diese Vorschrift unterscheidet jedoch gerade nicht danach, ob bestimmte Daten den Arbeitgeber oder den Arbeitnehmer betreffen. Hätte der Gesetzgeber ganz generell Informationen von der Schweigepflicht ausnehmen wollen, die den Arbeitgeber betreffen, hätte er dies in Art. 97 UVG ohne Weiteres so statuieren können.
- Der zweite Grund setzt bei der Natur der Schweigepflicht an, wie sie der Bundesrat in seiner Botschaft zur altrechtlichen Vorschrift in Art. 102 aUVG¹⁴³³ (mit dem Inkrafttreten des ATSG am 1. Januar 2003 durch Art. 33 ATSG abgelöst) zutreffend umschrieben hat. Die entsprechende Passage, die im vorliegenden Zusammenhang unter verschiedenen Gesichtspunkten von Belang ist, lautet wie folgt: «Die hinsichtlich der obligatorischen Unfallversicherung umfassende Auskunftspflicht erfordert als Entsprechung eine besondere Bestimmung über die Schweigepflicht. ...»

¹⁴³¹ Das Bundesgericht hatte bisher keine Gelegenheit, sich zur Frage zu äussern, ob die Schweigepflicht nach Art. 33 ATSG zum Vornherein keine Anwendung finde, soweit es sich um Informationen über den Arbeitgeber handelt. In einem Fall ist das Bundesgericht auf das Argument der SUVA, Akten über Betriebsbesichtigungen unterlägen dem Amtsgeheimnis, nicht näher eingegangen (BGer 1A.155/2006 vom 25. Oktober 2006; DETTWILER, Asbest, S. 190; vgl. Rz. 1030 ff.).

¹⁴³² BVer A-5111/2013 vom 6. August 2014 E. 4.2; KIESER, ATSG-Kommentar, N 27 zu Art. 33. Vgl. auch EKAS, Wegleitung, S. 179 f. (Ziff. 454.2): «Abweichungen vom Grundsatz der Schweigepflicht bedürfen einer gesetzlichen Grundlage.» Solche «Ausnahmen [sind] in Art. 97 UVG zu finden». Vgl. schliesslich SUVA, Wegleitung Unfallversicherung, S. 106 (Ziff. 6.2) zur Marginalie «ATSG 33, UVG 97»: «Drittpersonen gegenüber ist die Suva zur Verschwiegenheit verpflichtet. Eine Datenbekanntgabe an Behörden und Organe anderer Sozialversicherungen ist im Rahmen bestimmter gesetzlicher Bedingungen im Einzelfall zulässig.»

¹⁴³³ Art. 102 aUVG (AS 2000 2760) lautete wie folgt: «Personen, die an der Durchführung sowie der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung dieses Gesetzes beteiligt sind, haben gegenüber Dritten Verschwiegenheit zu bewahren.»

Diese Bestimmung gilt auch für den Bereich der Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten. Sie gilt gegenüber jedermann, der nicht als Durchführungsorgan einer anderen Sozialversicherung oder als Beauftragter der Unfallverhütung Anspruch auf Auskunft besitzt.»¹⁴³⁴ Aus dieser Passage erhellt, dass die Schweigepflicht des SUVA-Inspektors als *Gegengewicht zur umfassenden Pflicht des Arbeitgebers* konzipiert ist, Betriebsbesuche zu dulden.¹⁴³⁵ Der Inspektor hat zwar weitgehende Befugnisse, im Gegenzug aber die Pflicht, Informationen, von denen er anlässlich eines Baustellenbesuchs Kenntnis erhält, grundsätzlich geheim zu halten und sie einzig bei Vorliegen der Voraussetzungen nach Art. 97 UVG Dritten bekannt zu geben. Aus der zitierten Passage erhellt auch, dass die Schweigepflicht nicht bloss Informationen betrifft, mit denen die SUVA als soziale Unfallversicherung im Rahmen eines Unfalls in Kontakt gerät. Vielmehr gilt sie auch in jenen Fällen, in denen die SUVA als Durchführungsorgan auftritt.¹⁴³⁶

- 1045 4. Die Schweigepflicht gilt grundsätzlich auch zwischen verschiedenen Verwaltungsbehörden.¹⁴³⁷ Aus der zitierten bundesrätlichen Botschaft zum altrechtlichen Art. 102 aUVG (Rz. 1044) lässt sich schliessen, dass zum Kreis der «Dritten»¹⁴³⁸, gegenüber denen der SUVA-Inspektor nach Massgabe von Art. 33 ATSG Verschwiegenheit zu bewahren hat, **auch die Strafverfolgungsbehörden** gehören; sie fallen weder unter die «Durchführungsorgan[e] einer anderen Sozialversicherung» noch sind sie «Beauftragte der Unfallverhütung» im Sinne der Botschaft. Mit der Überführung der Bestimmung über die Schweigepflicht vom Einzelgesetz (der ehemaligen Fassung des Unfallversicherungsgesetzes) in den heute geltenden Art. 33 ATSG hat sich an dieser Rechtslage materiell nichts verändert.

¹⁴³⁴ Botschaft UVG 1976, S. 223 f. (Ziff. 408.1).

¹⁴³⁵ Vgl. Art. 84 Abs. 1 zweiter Satz UVG; Art. 61 Abs. 1 zweiter Satz VUV, wonach der Arbeitgeber dem SUVA-Inspektor «Zutritt zu allen Arbeitsräumen und Arbeitsplätzen des Betriebes sowie die Vornahme von Feststellungen und die Entnahme von Proben ... zu gewähren» hat.

¹⁴³⁶ Vgl. auch EKAS, Wegleitung, S. 179 (Ziff. 454.1): «Die Schweigepflicht gemäss Art. 33 ATSG trifft auch die Mitarbeiter des Durchführungsverfahrens zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten und zwar in Bezug auf Tatsachen, die im Zusammenhang mit der Kontrolle und Beaufsichtigung stehen wie auch in Bezug auf Privatgeheimnisse, die anlässlich der dienstlichen Tätigkeit erfahren werden.»

¹⁴³⁷ BSK StGB II-OBERHOLZER, N 10 zu Art. 320.

¹⁴³⁸ Vgl. zum Begriff «Dritte» KIESER, ATSG-Kommentar, N 9 ff. zu Art. 33.

5. Die Schweigepflicht, welcher der SUVA-Inspektor kraft Art. 33 ATSG 1046 unterliegt, dient (wie dargestellt; Rz. 1040 ff.) primär dem Persönlichkeitsschutz derjenigen natürlichen oder juristischen Personen¹⁴³⁹, über die Informationen vorliegen. Dieser Schutz wird dadurch sichergestellt, dass dem betroffenen Rechtssubjekt, von dem sich die Behörde Informationen beschafft, ein «Anspruch darauf» zukommt, «dass dieser Eingriff [die Datenbekanntgabe] nicht weiter reicht als es zur Erfüllung der staatlichen Aufgaben unerlässlich ist»¹⁴⁴⁰.

Nebst dem Persönlichkeitsschutz dient die Schweigepflicht **weiteren** 1047 **Zwecken**, auf die ich hier nicht im Einzelnen eingehe.¹⁴⁴¹ Eine Bemerkung drängt sich indessen auf: Vom Amtsgeheimnis wird bisweilen gesagt, es diene ganz allgemein dem Funktionieren der Verwaltung.¹⁴⁴² Genau dieser Zweck aber wird in Frage gestellt, wenn das geltende Recht den SUVA-Inspektor zum Schweigen verpflichtet, obwohl dieser ein möglicherweise strafbares Verhalten entdeckt hat. Auch deshalb drängt sich die Schaffung eines klaren Rechtfertigungsgrunds im Unfallversicherungsgesetz auf (für meinen Revisionsvorschlag siehe Rz. 1136 ff.).

B. Die Strafbarkeit wegen Amtsgeheimnisverletzung (Tatbestandsmässigkeit)

Bevor sich im Strafrecht die Frage nach einem Rechtfertigungsgrund überhaupt stellt, ist zu prüfen, ob ein tatbestandsmässiges Verhalten vorliegt. Als Frage und bezogen auf den Beispielfall 4 (Rz. 32 f.) formuliert: Erfüllt der SUVA-Inspektor, der einen Verstoss gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit entdeckt und daraufhin bei einer Strafverfolgungsbehörde Anzeige erstattet, in objektiver und subjektiver Hinsicht einen Straftatbestand? Das geltende Recht stellt einen Verstoss gegen Art. 33 ATSG unter

¹⁴³⁹ Eine Geheimsphäre, deren Verletzung strafrechtlichen Schutz verdient, haben nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen (GROSSMANN, Amtsgeheimnisverletzung, S. 12).

¹⁴⁴⁰ BSK StGB II-OBERHOLZER, N 4 zu Art. 320.

¹⁴⁴¹ Zu den verschiedenen Zielen, die mit dem Statuieren einer Schweigepflicht verfolgt werden, siehe KIESER, ATSG-Kommentar, N 3 zu Art. 33.

¹⁴⁴² KIESER, ATSG-Kommentar, N 3 zu Art. 33; vgl. auch BSK StGB II-OBERHOLZER, N 5 zu Art. 320.

Strafe,¹⁴⁴³ und zwar durch **zwei verschiedene Straftatbestände**: Art. 320 StGB (Verletzung des Amtsgeheimnisses; Rz. 1049 ff.) und Art. 112 Abs. 3 und 4 UVG (Rz. 1063 ff.). In der Folge werden diese Tatbestände mit Blick auf die Frage der Zulässigkeit einer Strafanzeige durch den SUVA-Inspektor untersucht.

1. Die Strafbarkeit nach Kernstrafrecht (Art. 320 StGB)

1049 **1.** Art. 320 StGB steht neben der Marginalie «Verletzung des Amtsgeheimnisses» und lautet folgendermassen:

1050 «1. Wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Mitglied einer Behörde oder als Beamter anvertraut worden ist, oder das er in seiner amtlichen oder dienstlichen Stellung wahrgenommen hat, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

Die Verletzung des Amtsgeheimnisses ist auch nach Beendigung des amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses strafbar.

2. Der Täter ist nicht strafbar, wenn er das Geheimnis mit schriftlicher Einwilligung seiner vorgesetzten Behörde geoffenbart hat.»

1051 **2.** Den Tatbestand von Art. 320 StGB kann von vornherein nur erfüllen, wer «Mitglied einer Behörde oder ... Beamter» ist. Es handelt sich mithin um ein **echtes Sonderdelikt**.¹⁴⁴⁴ Die in der Arbeitssicherheit tätigen Mitarbeiter der SUVA, darunter auch der Inspektor des Beispielfall 4 (Rz. 32 f.), nehmen mit dem Vollzug der Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit eine hoheitliche Aufgabe wahr und erfüllen folglich den Beamtenbegriff im Sinne von Art. 110 Abs. 3 StGB. Die Rede ist vom funktionellen – in Abgrenzung zum institutionellen – Beamtenbegriff.¹⁴⁴⁵ Ausschlaggebend ist die Wahrnehmung

¹⁴⁴³ Mit dieser Feststellung auch EKAS, Wegleitung, S. 180 (Ziff. 454.3); zum früheren Recht (Art. 102 aUVG) MAURER, Unfallversicherungsrecht, S. 608.

¹⁴⁴⁴ BGE 142 IV 65 E. 5.1; BSK StGB II-OBERHOLZER, N 6 zu Art. 320; GROSSMANN, Amtsgeheimnisverletzung, S. 24.

¹⁴⁴⁵ Illustrativ zur Unterscheidung zwischen institutionellen und funktionellen Beamten sind die Ausführungen in BGE 135 IV 198 E. 3.1–3.3: Das Bundesgericht entschied, ein Immobilien-Portfoliomanager der SUVA erfülle den funktionellen (wenn auch nicht den institutionellen) Beamtenbegriff nach Art. 110 Abs. 3 StGB. Keine Rolle spielte, dass der Beschuldigte bei der SUVA zivilrechtlich angestellt war; vgl. auch BSK StGB II-OBERHOLZER, N 6 zu Art. 320.

einer öffentlichen Aufgabe. Sie alleine führt dazu, dass «die Tätigkeiten amtlich und die sie verrichtenden Personen Beamte im Sinne des Strafrechts»¹⁴⁴⁶ sind. Nicht von Belang ist insbesondere, ob jemand öffentlich-rechtlich oder zivilrechtlich angestellt oder formell als Beamter bezeichnet wird.¹⁴⁴⁷

3. Der objektive Tatbestand von Art. 320 StGB setzt ein Mehrfaches voraus:¹⁴⁴⁸ 1052

a. Grundvoraussetzung ist das Vorliegen eines *Geheimnisses*, wobei im Rahmen von Art. 320 StGB ein materieller Geheimnisbegriff gilt. Danach stellt jede Tatsache ein Geheimnis dar, «die weder offenkundig noch allgemein zugänglich ist und bezüglich derer der Geheimnisherr nicht nur ein berechtigtes Interesse, sondern auch den ausdrücklich oder stillschweigend bekundeten Willen zur Geheimhaltung hat»¹⁴⁴⁹. 1053

Von dieser Definition erfasst werden auch jene «Tatsachen, die [ein SUVA-Inspektor] im Zusammenhang mit der Kontrolle und Beaufsichtigung»¹⁴⁵⁰ wahrnimmt. Man mag argumentieren, im Beispielfall 4 (Rz. 32 f.) sei für jedermann – gegebenenfalls gar für Passanten – evident, dass der Arbeitgeber kein Fassadengerüst erstellt hat. Entsprechend handle es sich nicht um ein Geheimnis, womit die Strafbarkeit des SUVA-Inspektors wegen Amtsgeheimnisverletzung schon auf der Ebene der Tatbestandsmässigkeit verneint werden müsse. Zudem bestehe, so ein möglicher weiterer Einwand, schon deshalb kein berechtigtes Interesse an einer Geheimhaltung, weil der Arbeitgeber gegen eine Verhaltensvorschrift der Arbeitssicherheit verstosse, womit er sich strafbar mache. Den genannten Einwänden ist Folgendes entgegenzuhalten: 1054

- Erstens ist zwar möglicherweise evident, dass kein Fassadengerüst steht. 1055
Damit ist indes noch nichts darüber ausgesagt, ob an besagter Stelle ein Fassadengerüst stehen müsste (weil die massgebende Absturzhöhe von 3 m nach Art. 18 BauAV überschritten ist). Dies lässt sich nur beurteilen, wenn die Absturzhöhe eruiert werden kann. Diese Messung wiederum

¹⁴⁴⁶ BGE 135 IV 198 E. 3.3.

¹⁴⁴⁷ BGE 135 IV 198 E. 3.3.

¹⁴⁴⁸ Die Auslegung der einzelnen Tatbestandselemente von Art. 320 StGB ist dabei nur unter Berücksichtigung des anwendbaren Verwaltungsrechts möglich; siehe zu dieser «Koordination von Verwaltungsrecht und Strafrecht» bei Art. 320 StGB SAXER, Behördliche Informationen, S. 264 ff.

¹⁴⁴⁹ BGE 142 IV 65 E. 5.1; vgl. BSK StGB II-OBERHOLZER, N 8 zu Art. 320.

¹⁴⁵⁰ EKAS, Wegleitung, S. 179 (Ziff. 454.1).

kann nicht von jedermann vorgenommen werden, sondern ist – auch gegen den Willen des Arbeitgebers – dem SUVA-Inspektor vorbehalten, der die betreffende Baustelle kontrolliert.

- 1056 – Zweitens: Anders als im Beispielfall 4 (Rz. 32 f.) ist in zahlreichen Konstellationen nicht sofort feststellbar, welche Schutzmassnahmen der Arbeitgeber getroffen und welche er unterlassen hat. Unter Umständen ist eine Befragung des Arbeitgebers oder der Arbeitnehmer nötig (Art. 61 Abs. 2 VUV), wobei die Befragten dem SUVA-Inspektor «alle erforderlichen Auskünfte erteilen» müssen (Art. 61 Abs. 3 erster Satz VUV). So kommt der Inspektor möglicherweise mit sensiblen Informationen und Geschäftsgeheimnissen in Kontakt, weshalb es sich rechtfertigt, die anlässlich der Kontrolle erhaltenen Informationen dem Amtsgeheimnis zu unterstellen.
- 1057 – Drittens: Auch der Einwand, wonach der Arbeitgeber an der Geheimhaltung schon alleine deshalb kein berechtigtes Interesse habe, weil er mit der Missachtung einer Verhaltensvorschrift eine Straftat begehe, verfängt meiner Ansicht nach nicht. Zu dieser Einschätzung bringt mich einerseits der Umstand, dass die Frage, ob eine Straftat vorliegt, schliesslich durch die Strafbehörden (nicht durch den SUVA-Inspektor oder sonst jemanden bei der SUVA) zu entscheiden ist.¹⁴⁵¹ Anders zu entscheiden käme einer Aushöhlung des strafprozessualen Grundsatzes der Unschuldsvermutung gleich. Der zweite Grund knüpft an den ersten an. Der Geheimnisbegriff ist weit zu verstehen, und umfasst insbesondere auch (mutmassliche) Straftaten.¹⁴⁵² Ob solche Verhaltensweisen von einem Geheimnisträger angezeigt werden dürfen, bestimmt sich nach der Existenz eines Rechtfertigungsgrunds.

¹⁴⁵¹ Vgl. Bezirksgericht Zürich vom 10. Juli 1987 E. 2a, publiziert in: ZR 1987, S. 4: Es ist «von einem extensiven Geheimnisbegriff – und welchen auch illegale Handlungen fallen – auszugehen, da die Frage, ob etwas illegal und somit strafbar sei, in einem Rechtsstaat nicht von jedermann, sondern nur vom Richter entschieden werden kann. Der Verdacht allein, dass eine Handlung illegal sei, rechtfertigt es nicht, sich auf den Standpunkt zu stellen, dass kein Amtsgeheimnis vorliege».

¹⁴⁵² Bezirksgericht Zürich vom 10. Juli 1987 E. 2a, publiziert in: ZR 1987, S. 4. Hinweisen will ich in diesem Zusammenhang auch auf das Anwaltsgeheimnis: Rechtsanwälte sind kraft ihres Berufsgeheimnisses verpflichtet, «über alles, was ihnen infolge ihres Berufes von ihrer Klientschaft anvertraut worden ist», Stillschweigen zu bewahren (Art. 13 Abs. 1 BGFA). Diese Pflicht hat auch (und gerade dann) Bestand, wenn ein Mandant seinem Anwalt gegenüber zugibt, eine Straftat begangen zu haben.

b. Im Zusammenhang mit dem Geheimnisbegriff ist schliesslich klarzustellen, dass bei Art. 320 StGB *auch der Arbeitgeber als Geheimnisherr* zu betrachten ist. Dies ist insofern von Bedeutung, als es gerade der Geheimnisherr ist, der an der Geheimhaltung ein berechtigtes Interesse (Rz. 1053) haben muss. Zwar gilt bei Art. 320 StGB grundsätzlich das Gemeinwesen als Geheimnisherrin. Im Einzelfall ist jedoch abzuklären, ob dem Gemeinwesen nebst dem Geheimhaltungsinteresse des betroffenen Privaten (hier: des Arbeitgebers) «tatsächlich noch ein selbständiges öffentliches Geheimhaltungsinteresse»¹⁴⁵³ zukommt. Damit ist auch gesagt, dass nicht nur das Gemeinwesen ein schützenswertes Geheimhaltungsinteresse haben kann, sondern auch eine Privatperson.¹⁴⁵⁴ So verhält es sich bei dem von einem Betriebsbesuch (Art. 61 VUV) betroffenen Arbeitgeber.

c. Nebst dem Vorliegen eines Geheimnisses setzt Art. 320 StGB objektiv weiter voraus, dass der Täter das Geheimnis «offenbart». Von einer *Offenbarung* ist dann die Rede, wenn der Täter das Geheimnis «einer dazu nicht ermächtigten Drittperson zur Kenntnis bringt oder dieser die Kenntnisnahme zumindest ermöglicht»¹⁴⁵⁵.

Informiert der SUVA-Inspektor die Strafverfolgungsbehörden über einen von ihm festgestellten (potenziellen) Verstoss gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit, offenbart er ein Geheimnis im Sinne von Art. 320 StGB. Polizei und Staatsanwaltschaft sind – obgleich Strafverfolgungsbehörden – «Dritte» im Sinne von Art. 320 StGB, womit der SUVA-Inspektor nach Massgabe von Art. 33 ATSG auch ihnen gegenüber zum Schweigen verpflichtet ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Strafverfolgungsbehörden selbst einem Amtsgeheimnis unterstehen.¹⁴⁵⁶

4. Im subjektiven Tatbestand setzt Art. 320 StGB Vorsatz voraus, wobei Eventualvorsatz genügt. Erforderlich ist mit anderen Worten, dass der SUVA-Inspektor das Geheimnis im Wissen um dessen Geheimnischarakter willentlich offenbart. Dem SUVA-Inspektor kann vorliegend freilich nicht generell Vorsatz unterstellt werden; hingegen ist nicht von vornherein auszuschlies-

¹⁴⁵³ BSK StGB II-OBERHOLZER, N 13 zu Art. 320.

¹⁴⁵⁴ DONATSCH/WOHLERS, Delikte gegen die Allgemeinheit, S. 552.

¹⁴⁵⁵ BGE 142 IV 65 E. 5.1; vgl. BSK StGB II-OBERHOLZER, N 10 zu Art. 320; vgl. auch GROSSMANN, Amtsgeheimnisverletzung, S. 33: «Das Geheimnis ist verletzt durch jede Mitteilung an eine oder mehrere Personen für deren Kenntnisnahme sie nicht bestimmt ist.»

¹⁴⁵⁶ BSK StGB II-OBERHOLZER, N 10 zu Art. 320.

sen, dass der Inspektor – bzw. jede andere anzeigerstattende Person innerhalb der SUVA (Rz. 1005 und Fn. 1396) – vorsätzlich handelt.

- 1062 Dem ist beizufügen, dass ein allfälliger Rechtsirrtum sich zwar auf der Schuldebene für den SUVA-Inspektor günstig auswirken kann (Rz. 1117 ff.). Nach Rechtsprechung und herrschender Lehre schliesst er aber (auf der Ebene der Tatbestandsmässigkeit) den Vorsatz nicht aus.¹⁴⁵⁷

2. Die Strafbarkeit nach Nebenstrafrecht (Art. 112 UVG)

- 1063 1. Auch das Nebenstrafrecht kennt mit **Art. 112 Abs. 3 und 4 UVG** eine Norm, welche die Verletzung der Schweigepflicht unter Strafe stellt. Der relevante Passus lautet wie folgt.¹⁴⁵⁸

- 1064 «wer als Durchführungsorgan seine Pflichten, namentlich die Schweigepflicht, verletzt ..., wird, sofern nicht ein mit einer höheren Strafe bedrohtes Verbrechen oder Vergehen des Schweizerischen Strafgesetzbuches vorliegt, mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bestraft.»

- 1065 Die Strafdrohung ist seit der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches zu lesen als «..., wird mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft» (Art. 333 Abs. 2 lit. c StGB).

- 1066 2. Strafbar ist jede verschuldete vorsätzliche Pflichtverletzung. Durchführungsorgane – genauer: die natürlichen Personen, die Durchführungsaufgaben wahrnehmen – können sich dabei durch verschiedene Verhaltensweisen strafbar machen. Das Gesetz spricht pauschal von einer Pflichtverletzung, ohne in allen Details zu umschreiben, welche Pflichten gemeint sind. Als einziges Beispiel wird die Schweigepflicht (Art. 33 ATSG; für dessen Wortlaut siehe Rz. 1038) erwähnt. Sie war dem Gesetzgeber offenbar besonders wichtig.

¹⁴⁵⁷ DONATSCH/TAG, Verbrechenlehre, S. 286 m.w.H. Vgl. zu dieser sogenannten Schuldtheorie, die es von der Vorsatztheorie abzugrenzen gilt, auch DONATSCH, Selbstgefährdung, S. 16 und 48 ff.; BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, N 12 ff. zu Art. 12; DIESELBEN, Unterschied, S. 385. In der Rechtsprechung siehe BGE 107 IV 205 E. 3; 99 IV 57 E. 1a.

¹⁴⁵⁸ Erinnern will ich hier daran, dass die Absätze im amtlichen Gesetzestext nicht mit Nummern versehen sind (vgl. schon Fn. 1356).

3. Subjektiv setzt nicht nur Art. 320 StGB, sondern auch die Strafbestimmung des Nebenstrafrechts **Vorsatz** voraus, wobei Eventualvorsatz genügt. Das Vorsatzerfordernis ergibt sich nicht explizit aus dem Gesetzestext (wie bei Art. 320 StGB), sondern aus Art. 12 Abs. 1¹⁴⁵⁹ i.V.m. Art. 333 Abs. 1 StGB.¹⁴⁶⁰ 1067

4. Mit der **Revision des Unfallversicherungsgesetzes**, die voraussichtlich per 1. Januar 2017 in Kraft tritt, erfährt auch Art. 112 UVG eine Änderung. Nach Art. 112 Abs. 1 lit. d revUVG macht sich strafbar, wer «vorsätzlich als Durchführungsorgan seine Pflichten, namentlich die Schweigepflicht, verletzt oder seine Stellung zum Nachteil Dritter, zum eigenen Vorteil oder zum unrechtmässigen Vorteil eines anderen missbraucht». Die Revision ändert an meiner Einschätzung des geschilderten Problems indes nichts. 1068

3. Zwischenergebnis zur Tatbestandsmässigkeit

Als Zwischenergebnis ist nach dem Gesagten festzuhalten, dass der SUVA-Inspektor im Beispielfall 4 (Rz. 32 f.) durch das Einreichen einer Strafanzeige seine Schweigepflicht nach Art. 33 ATSG verletzt und somit die Straftatbestände in Art. 320 StGB und in Art. 112 Abs. 3 und 4 UVG erfüllt. Es liegt mit anderen Worten tatbestandsmässiges Verhalten vor. Damit liegt freilich noch kein abschliessendes Urteil darüber vor, ob der SUVA-Inspektor zu bestrafen ist, denn: Strafe setzt nicht nur Tatbestandsmässigkeit, sondern darüber hinaus Rechtswidrigkeit (Rz. 1070 ff.) und Schuld (Rz. 1117 ff.) voraus. 1069

¹⁴⁵⁹ Art. 12 Abs. 1 StGB lautet: «Bestimmt es dieses Gesetz nicht ausdrücklich anders, so ist nur strafbar, wer ein Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich begeht.» Entsprechend kann den hier interessierenden Art. 112 Abs. 3 und 4 UVG (ein mit Geldstrafe bedrohtes Vergehen) nur erfüllen, wer vorsätzlich handelt, wobei nach Art. 12 Abs. 2 StGB Eventualvorsatz genügt. Zur Revision von Art. 112 UVG siehe Rz. 1068.

¹⁴⁶⁰ Dass die fahrlässig begangene Pflichtverletzung der Durchführungsorgane nicht strafbar ist, ergibt sich auch aus einer systematischen Betrachtung: Der massgebende Art. 112 Abs. 3 UVG erwähnt die fahrlässige Tatbegehung – anders als Abs. 4 betreffend die Strafbarkeit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer – nicht ausdrücklich.

C. Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des SUVA-Inspektors

¹⁰⁷⁰ Rechtswidrig ist ein tatbestandsmässiges Verhalten, wenn es **nicht durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt** ist.¹⁴⁶¹ Berufet sich ein Beschuldigter in einem Strafverfahren erfolgreich auf einen Rechtfertigungsgrund, führt dies zu einem Freispruch. Im Beispielfall 4 (Rz. 32 f.) ist demnach von Interesse, ob die tatbestandsmässige Amtsgeheimnisverletzung, die ich dem SUVA-Inspektor unterstelle, von einem Rechtfertigungsgrund gedeckt ist. Bei Bejahung dieser Frage bleibt der SUVA-Inspektor straffrei. Nachfolgend be-gebe ich mich zuerst auf eine «tour d'horizon» und fächere die verschiedenen Arten von Rechtfertigungsgründen auf, die dogmatisch zu unterscheiden sind (Rz. 1071 ff.), bevor für den Beispielfall 4 (Rz. 32 f.) zu prüfen ist, ob für die tatbestandsmässige Amtsgeheimnisverletzung ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Rz. 1086 ff.).

1. Zur dogmatischen Einteilung der Rechtfertigungsgründe

¹⁰⁷¹ **1.** Gemeinhin werden drei Gruppen von Rechtfertigungsgründen unterschieden: strafgesetzliche (Rz. 1072), ausserstrafgesetzliche (Rz. 1073 ff.) und übergesetzliche (Rz. 1079 ff.). Massgebendes Unterscheidungskriterium ist die Quelle des Rechtfertigungsgrunds, mithin seine Verankerung im geschriebenen und ungeschriebenen Recht.

¹⁰⁷² **2.** Quelle der ersten Gruppe, der **strafgesetzlichen Rechtfertigungsgründe**, ist das Strafgesetzbuch.¹⁴⁶² Im vorliegenden Kontext anbieten sich aus ihren Kreisen insbesondere der rechtfertigende Notstand (Art. 17 StGB), die Einwilligung durch die vorgesetzte Behörde (Art. 320 Ziff. 2 StGB) sowie das Mitteilungsrecht bei strafbaren Handlungen gegen Minderjährige nach

¹⁴⁶¹ DONATSCH/TAG, Verbrechenlehre, S. 217 (Hervorhebung hinzugefügt). Mit anderen Worten indiziert ein tatbestandsmässiges Verhalten grundsätzlich die Rechtswidrigkeit; eine Ausnahme greift beim Tatbestand der Nötigung (Art. 181 StGB; dazu BGE 115 IV 207 E. 2a/cc; 69 IV 168 E. 2).

¹⁴⁶² Vgl. im allgemeinen Teil etwa Art. 15 StGB (Notwehr) oder Art. 17 StGB (Notstand), im besonderen Teil etwa Art. 320 Ziff. 2 StGB (Einwilligung zur Amtsgeheimnisverletzung durch die vorgesetzte Behörde; siehe dazu Rz. 1092).

Art. 364 StGB als Rechtfertigungsgründe. Sie sind näher zu prüfen (Rz. 1087 ff.).

3. Eine zweite Gruppe, die ausserstrafgesetzlichen Rechtfertigungsgründe,¹⁰⁷³ ist nicht im Strafgesetzbuch, sondern in anderen Gesetzen niedergeschrieben. In diesem Zusammenhang spielt Art. 14 StGB eine wichtige Rolle: Er bestimmt, dass kein Verbrechen, kein Vergehen und keine Übertretung¹⁴⁶³ begeht, wer sich zwar tatbestandsmässig verhält, ein Gesetz dieses Verhalten jedoch gebietet (etwa durch eine Anzeigepflicht) oder erlaubt (etwa durch ein Anzeigerecht).¹⁴⁶⁴

a. Als Gesetz, das eine Pflicht bzw. ein Recht zum rechtfertigenden Verhalten vorsieht, kommen nicht nur strafrechtliche, sondern *auch zivil- und öffentlich-rechtliche Gesetze* in Frage.¹⁴⁶⁵ Das Strafrecht soll nämlich nicht sanktionieren, was zivil- oder öffentlich-rechtliche Gesetze gebieten oder erlauben. In diesem Sinne kommt in Art. 14 StGB der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung zum Ausdruck. Ein Beispiel eines ausserstrafgesetzlichen Rechtfertigungsgrundes ist das private Selbsthilfe- oder Festnahmerecht, das sowohl im Zivilrecht (Art. 52 Abs. 3 OR¹⁴⁶⁶) als auch im Strafprozessrecht (Art. 218 StPO¹⁴⁶⁷) vorgesehen ist;¹⁴⁶⁸ in beiden Fällen hat man es mit gesetzlich erlaubtem Verhalten zu tun.

¹⁴⁶³ Art. 14 StGB ist kraft Art. 104 StGB auch bei Übertretungen anwendbar.

¹⁴⁶⁴ Art. 14 StGB wird teilweise als überflüssig und missverständlich kritisiert (vgl. BSK StGB II-SEELMANN, N 1 zu Art. 14 m.w.H.). Hier ist nicht der Ort, auf diese Kritik näher einzutreten.

¹⁴⁶⁵ DONATSCH/TAG, Verbrechenlehre, S. 249 f., erwähnen einzig zivilrechtliche Gesetze. Indessen scheint unbestritten, dass auch öffentlich-rechtliche Gesetze ausserstrafgesetzliche Rechtfertigungsgründe enthalten können. Vgl. etwa Bezirksgericht Uster vom 20. März 1996, in: ZR 1997, Nr. 129, S. 289 ff., betreffend die Verletzung des Berufsgeheimnisses nach Art. 321 StGB durch einen Arzt. Die Patientenrechtsverordnung des Kantons Zürich – ein öffentlich-rechtlicher Erlass – enthielt für den konkreten Fall einen ausserstrafgesetzlichen Rechtfertigungsgrund. Vgl. weiter SAXER, Behördliche Informationen, S. 268.

¹⁴⁶⁶ Art. 52 Abs. 3 OR lautet: «Wer zum Zwecke der Sicherung eines berechtigten Anspruches sich selbst Schutz verschafft, ist dann nicht ersatzpflichtig, wenn nach den gegebenen Umständen amtliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt und nur durch Selbsthilfe eine Vereitelung des Anspruches oder eine wesentliche Erschwerung seiner Geltendmachung verhindert werden konnte.»

¹⁴⁶⁷ Erwähnt sei hier einzig Art. 218 Abs. 1 lit. a StPO: «Kann polizeiliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt werden, so sind Private berechtigt, eine Person vorläufig festzunehmen,

- 1075 **b.** Als ausserstrafgesetzlicher Rechtfertigungsgrund kommt grundsätzlich auch die Wahrung von Amtspflichten in Frage. Angesprochen sind damit öffentlich-rechtliche, «hoheitliche Obliegenheiten und Befugnisse, die sich aus einem Gesetz ergeben»¹⁴⁶⁹. Für den Bereich der Arbeitssicherheit – und hier liegt der eigentliche Kern des Problems bei Strafanzeigen durch die SUVA – interessiert, ob Art. 97 UVG eine gesetzliche Pflicht oder zumindest ein Recht zur Strafanzeige enthält. Diese Frage ist für den Beispielfall 4 (Rz. 32 f.) aus folgendem Grund richtungsweisend:
- 1076 – Wird sie bejaht, ist das tatbestandsmässige Verhalten des SUVA-Inspektors gerechtfertigt und somit nicht rechtswidrig. Der SUVA-Inspektor wird vom Vorwurf der Verletzung des Amtsgeheimnisses freigesprochen.
- 1077 – Wird die Frage hingegen verneint, ist das Verhalten des SUVA-Inspektors nicht nur tatbestandsmässig, sondern (mangels Rechtfertigungsgrund) auch rechtswidrig. Der SUVA-Inspektor wird, unter Vorbehalt von Schuldausschlussgründen,¹⁴⁷⁰ wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses bestraft.
- 1078 Nach meinem Dafürhalten enthält Art. 97 UVG für die hier interessierenden Konstellationen weder eine Anzeigepflicht noch ein Anzeigerecht. Diese Einschätzung habe ich noch näher zu begründen (siehe Rz. 1095 ff.).
- 1079 **4.** Zunächst aber zur dritten (und letzten) Gruppe von Rechtfertigungsgründen, den **über- bzw. aussergesetzlichen Rechtfertigungsgründen**.¹⁴⁷¹
- 1080 **a.** Vorab eine terminologische Anmerkung zu den «übergesetzlichen» bzw. «aussergesetzlichen» Rechtfertigungsgründen. Auch wenn verbreitet, halte ich diese *Terminologie für irreführend*. Deshalb sei an dieser Stelle zweierlei klargestellt:

wenn sie diese bei einem Verbrechen oder Vergehen auf frischer Tat ertappt oder unmittelbar nach der Begehung einer solchen Tat angetroffen haben.»

¹⁴⁶⁸ DONATSCH/TAG, Verbrechenlehre, S. 222 Fn. 459.

¹⁴⁶⁹ Vgl. DONATSCH/TAG, Verbrechenlehre, S. 252 f.

¹⁴⁷⁰ Die Schuld bildet die dritte Prüfebene im strafrechtlichen Denkschema (vgl. Fn. 1426). Zur Schuld Rz. 1117 ff.

¹⁴⁷¹ Zu den übergesetzlichen Rechtfertigungsgründen einlässlich DONATSCH/TAG, Verbrechenlehre, S. 254 ff.

- Erstens stehen «*übergesetzliche*» Rechtfertigungsgründe in keiner Weise über den ersten beiden Kategorien von Rechtfertigungsgründen (die beide als «gesetzlich» bezeichnet werden) in dem Sinne, dass sie ihnen hierarchisch überlegen wären oder dass die rechtlichen Wirkungen der Ersteren weiter gingen als jene der Letzteren. 1081
- Zweitens werden auch «*aussergesetzliche*» Rechtfertigungsgründe innerhalb des Gesetzes – verstanden im Sinne der Rechtsordnung – operabel gemacht. 1082

Um diesen potenziellen Missverständnissen vorzubeugen, spreche ich hier – freilich ohne eine neue Kategorie von Rechtfertigungsgründen schaffen zu wollen – von «*gewöhnheitsrechtlich anerkannten Rechtfertigungsgründen*». ¹⁴⁷² 1083

b. Zur Gruppe der gewöhnheitsrechtlich anerkannten Rechtfertigungsgründe gehört nebst der Einwilligung insbesondere die Wahrung berechtigter Interessen (Rz. 1112 ff.). 1084

5. Soweit die «*tour d’horizon*» über die drei Gruppen von Rechtfertigungsgründen. Zu prüfen ist bezogen auf den SUVA-Inspektor, der den Tatbestand der Amtsgeheimnisverletzung erfüllt, ob sein Verhalten von einem dieser Rechtfertigungsgründe gedeckt ist. 1085

2. Prüfung der einzelnen Rechtfertigungsgründe

Für das Folgende gehe ich davon aus, dass der SUVA-Inspektor den Tatbestand der Amtsgeheimnisverletzung sowohl objektiv als auch subjektiv erfüllt, mithin tatbestandsmässiges Verhalten vorliegt. Zu prüfen ist, ob dieses Verhalten auch rechtswidrig ist, oder ob es von einem Rechtfertigungsgrund gedeckt ist, womit eine Bestrafung des Inspektors entfielen. 1086

¹⁴⁷² In Anlehnung an NIGGLI/MAEDER, Hausverbote, S. 1469, die diese Gruppe von Rechtfertigungsgründen indessen nicht generell als «gewöhnheitsrechtlich anerkannt» bezeichnen (wie ich es hier tue), sondern einzig bezogen auf den Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen. Vgl. auch SEELMANN, StGB AT, S. 71.

a) *Strafgesetzliche Rechtfertigungsgründe*

- 1087 **1.** Aus dem Kreise der strafgesetzlichen (im Strafgesetzbuch enthaltenen) Rechtfertigungsgründe stehen drei im Vordergrund, die vorliegend näher zu prüfen sind: Aus dem allgemeinen Teil der rechtfertigende Notstand nach Art. 17 StGB (Rz. 1088 ff.) und aus dem besonderen Teil einerseits die Einwilligung durch die vorgesetzte Behörde nach Art. 320 Ziff. 2 StGB (Rz. 1092 ff.), andererseits das Mitteilungsrecht bei strafbaren Handlungen gegen Minderjährige nach Art. 364 StGB (Rz. 1093).
- 1088 **2.** Zunächst zum sogenannten **rechtfertigenden Notstand**, der in Art. 17 StGB verankert ist. Dieser strafgesetzliche Rechtfertigungsgrund könnte vorliegend unter der Voraussetzung fruchtbar gemacht werden, dass der SUVA-Inspektor durch das Einreichen einer Strafanzeige die körperliche Integrität des Arbeitnehmers aus einer «unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr» rettet.
- 1089 **a.** Diese Abwehrfunktion jedoch kommt der Strafanzeige durch einen SUVA-Inspektor gerade nicht zu. Hält man sich die zeitlichen Verhältnisse vor Augen, wird klar: Bis die Strafanzeige die Strafverfolgungsbehörden erreicht und diese auf die Anzeige zu reagieren vermögen, besteht die unmittelbare Gefährdung des Arbeitnehmers möglicherweise nicht mehr. Bauarbeiten sind Arbeiten, bei denen allfällige Verstösse (z.B. ein mangelhaftes Fassadengerüst) «infolge Arbeitsfortschritt laufend wieder beseitigt werden», womit auch «die ihnen anhaftenden Mängel [verschwinden]»¹⁴⁷³.
- 1090 **b.** Der rechtfertigende Notstand fällt vorliegend auch deshalb ausser Betracht, weil das Gesetz das Vorliegen einer «nicht anders abwendbaren Gefahr» voraussetzt (Art. 17 StGB).¹⁴⁷⁴ Hier ist an das verwaltungsrechtliche Instrumentarium des Inspektors zu erinnern, insbesondere an die Möglichkeit, die Schliessung der Baustelle zu veranlassen, wenn das Leben von Arbeitnehmern «unmittelbar schwer gefährdet» (Art. 67 Abs. 2 VUV) wird (Baustopp; vgl. Rz. 882 ff.). Diese verwaltungsrechtliche Sanktion dient unmittelbar der Abwendung der Gefahr; eine Strafanzeige vermag im Hinblick auf die Unfallverhütung hier nichts zu leisten.

¹⁴⁷³ EKAS, Leitfaden, S. 26 (Ziff. 5.2.1).

¹⁴⁷⁴ Die Rede ist von der absoluten Subsidiarität (BSK StGB I-SEELMANN, N 7 zu Art. 17).

c. Gemünzt auf den Beispielfall 4 (Rz. 32 f.) bedeutet dies: Art. 17 StGB 1091 bleibt als Rechtfertigungsgrund aus dem Spiel.

3. Nach Art. 320 Ziff. 2 StGB ist der «Täter ... nicht strafbar, wenn er das Geheimnis mit **schriftlicher Einwilligung** seiner vorgesetzten Behörde offenbart hat»¹⁴⁷⁵. Eine Rechtfertigung durch schriftliche Einwilligung der vorgesetzten Behörde nach Art. 320 Ziff. 2 StGB dürfte vorliegend äusserst selten einen gangbaren Weg darstellen. Zu dieser Ansicht bringt mich der Umstand, dass nicht leicht zu bestimmen ist, wer für die SUVA (bzw. den SUVA-Inspektor) «vorgesetzte Behörde» ist, deren schriftliche Einwilligung es vor der Anzeigenerstattung einzuholen gälte. Massgebend ist grundsätzlich das eidgenössische Organisationsrecht.¹⁴⁷⁶ Die SUVA untersteht der «Oberaufsicht des Bundes, die durch den Bundesrat ausgeübt wird (Art. 76 ATSG)»¹⁴⁷⁷. Zur Einwilligung berufen wäre demnach der Bundesrat.¹⁴⁷⁸ Zu betonen ist, dass die EKAS jedenfalls nicht «vorgesetzte Behörde» im Sinne von Art. 320 Ziff. 2 StGB ist. 1092

4. Art. 364 StGB rechtfertigt unter gewissen Voraussetzungen eine tatbestandsmässige Amtsgeheimnisverletzung nach Art. 320 StGB. Art. 364 StGB stellt eine Sonderbestimmung zum **Schutz von Minderjährigen** dar: Soweit der Verstoss des Arbeitgebers gegen eine Verhaltensvorschrift dazu führt, dass ein Minderjähriger (etwa ein Lehrling) Opfer einer Straftat wird, «so sind die an das Amts- oder das Berufsgeheimnis (Art. 320 und 321 [StGB]) gebundenen Personen», darunter auch der SUVA-Inspektor (Rz. 1037 ff.), «berechtigt, dies ... der Kinderschutzhilfe zu melden». Art. 364 StGB statuiert damit zwar ein Anzeigerecht zugunsten des SUVA-Inspektors, doch darf dieser bloss der Kinderschutzhilfe Meldung machen. Eine Strafanzeige lässt jedoch auch Art. 364 StGB nicht zu. 1093

5. Als Zwischenergebnis kann in Bezug auf den Beispielfall 4 (Rz. 32 f.) 1094 festgehalten werden, dass der beschuldigte SUVA-Inspektor aus den strafgesetzlichen Rechtfertigungsgründen grundsätzlich nichts zu seinen Gunsten ableiten kann. Eine Rechtfertigung seiner tatbestandsmässigen Amtsgeheim-

¹⁴⁷⁵ Die Hervorhebung wurde hinzugefügt.

¹⁴⁷⁶ BSK StGB II-OBERHOLZER, N 15 zu Art. 320.

¹⁴⁷⁷ Art. 61 Abs. 3 erster Satz UVG.

¹⁴⁷⁸ Vgl. SAXER, Behördliche Informationen, S. 269: «Aus dem Begriff der «vorgesetzten Behörde» ist die Zuständigkeit derjenigen Behörde abzuleiten, welche die Aufsicht über die betreffende Person bzw. Institution hat, sei dies in Form der Dienstaufsicht oder der Verbandsaufsicht.»

nisverletzung ist nur dann ausnahmsweise denkbar, wenn er – was praktisch nur schwer vorstellbar ist – die Einwilligung des Bundesrats eingeholt hat (Rz. 1092).

b) *Ausserstrafgesetzliche Rechtfertigungsgründe*

- ¹⁰⁹⁵ **1.** Nach den strafgesetzlichen sind die **ausserstrafgesetzlichen Rechtfertigungsgründe** zu prüfen. Zur Erinnerung: Zu dieser Kategorie gehören jene Rechtfertigungsgründe, die in anderen Gesetzen als dem Strafgesetzbuch vorgesehen sind (Rz. 1073).¹⁴⁷⁹ Ausserstrafgesetzliche Rechtfertigungsgründe sind allen Teilrechtsgebieten bekannt.¹⁴⁸⁰ Im Folgenden werden indes einzig öffentlich-rechtliche erwähnt.¹⁴⁸¹
- ¹⁰⁹⁶ **2.** Besondere Bedeutung kommt **Anzeigerechten und Anzeigepflichten** zu, wie sie in verschiedenen verwaltungsrechtlichen Erlassen vorgesehen sind.¹⁴⁸² Sie kommen, auch in der hier interessierenden Konstellation, als Rechtfertigungsgründe in Frage. Ihrer Funktion nach sind Anzeigerechte und Anzeigepflichten vielfach darauf ausgerichtet, «staatlichen Behörden Anlass und Gelegenheit zum Handeln zu bieten»¹⁴⁸³. Welcher Stelle etwas anzuzeigen ist, hängt dabei vom Sachzusammenhang ab. Zum Kreis der Anzeigempfänger gehören bisweilen auch die Strafverfolgungsbehörden. So sehen

¹⁴⁷⁹ Sowohl das Bundesrecht als auch das kantonale Recht können ausserstrafgesetzliche Rechtfertigungsgründe vorsehen. Ich beschränke mich hier auf Bundesrecht, da es sich bei der SUVA um eine öffentlich-rechtliche Bundesanstalt handelt und allfällige Rechtfertigungsgründe entsprechend im Bundesrecht zu suchen sind.

¹⁴⁸⁰ Das private Selbsthilfe- oder Festnahmerecht etwa ist sowohl im Zivilrecht (Art. 52 Abs. 3 OR) als auch im Strafprozessrecht (Art. 218 StPO) enthalten. Zu diesen Bestimmungen siehe Fn. 1466 f.

¹⁴⁸¹ Im Übrigen enthält auch das Strafgesetzbuch selbst Anzeigerechte und Anzeigepflichten. Erwähnen will ich zwei von ihnen (freilich ohne Bezug zur Arbeitssicherheit): (i) Ein Arzt ist verpflichtet, einen von ihm vorgenommenen Schwangerschaftsabbruch «zu statistischen Zwecken der zuständigen Gesundheitsbehörde» anzuzeigen (Art. 119 Abs. 5 StGB). Unterlässt der Arzt dies, wird er mit Busse bestraft (Art. 120 Abs. 2 StGB). (ii) Im Bereich der Geldwäscherei verfügen Finanzdienstleister über das Recht, «der Meldestelle für Geldwäscherei im Bundesamt für Polizei Wahrnehmungen zu melden, die darauf schliessen lassen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren» (Art. 305^{ter} StGB).

¹⁴⁸² Zu verwaltungsrechtlichen Anzeigepflichten (Meldepflichten) vgl. UHLMANN/KASPAR, Meldepflichten, passim.

¹⁴⁸³ UHLMANN/KASPAR, Meldepflichten, S. 136.

etwa das Lebensmittelgesetz und das Tierschutzgesetz eine Meldung im Sinne einer Strafanzeige vor (vgl. Rz. 1139 f.). Erstattet der SUVA-Inspektor im Beispielfall 4 (Rz. 32 f.) Strafanzeige – und ist der Tatbestand der Amtsgeheimnisverletzung erfüllt – fragt sich, ob sich der Inspektor auf ein Anzeigerecht bzw. eine Anzeigepflicht berufen kann.

3. Klar ist, dass **Art. 22a Abs. 1 BPG**, der für Bundesangestellte eine Anzeigepflicht für «alle von Amtes wegen zu verfolgenden Verbrechen oder Vergehen» vorsieht – im vorliegenden Kontext **nicht verfährt**. Mitarbeiter der SUVA sind zum Vornherein vom Anwendungsbereich des Bundespersonalgesetzes ausgeschlossen,¹⁴⁸⁴ weshalb sie durch dessen Art. 22a Abs. 1 auch nicht zur Strafanzeige verpflichtet werden. Damit kommt die Bestimmung als Rechtfertigungsgrund für eine tatbestandsmässige Amtsgeheimnisverletzung des SUVA-Inspektors nicht infrage. 1097

4. Weniger klar ist die Rechtslage betreffend zwei andere öffentlich-rechtliche Normen, die ich nachfolgend eingehend betrachte: Art. 97 UVG und Art. 41 VwVG. Zunächst zu **Art. 97 UVG**.¹⁴⁸⁵ Stellt diese Norm einen ausserstrafgesetzlichen Rechtfertigungsgrund dar, der von Art. 14 StGB erfasst wird, indem er eine Strafanzeige vorsieht? Wie bereits verschiedentlich erwähnt, verneine ich die Frage für den typisierten Beispielfall 4 (Rz. 32 f.). 1098

a. Art. 97 UVG ist eine Norm, die im Gesetz viel Platz beansprucht. Sie ist in ihrer heutigen Fassung noch relativ jung – wurde sie doch erst im Zuge der Einführung des ATSG erlassen.¹⁴⁸⁶ Sie lautet in ihrem für die Arbeitssicherheit wesentlichen Teil folgendermassen: 1099

«¹ Sofern kein überwiegendes Privatinteresse entgegensteht, dürfen Organe, die mit der Durchführung, der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung dieses Gesetzes betraut sind, Daten in Abweichung von Art. 33 ATSG bekannt geben: 1100

[...]

h. den Strafuntersuchungsbehörden, wenn die Anzeige oder die Abwendung eines Verbrechens die Datenbekanntgabe erfordert.

¹⁴⁸⁴ Vgl. auch die Botschaft BPG 1999, S. 1606 Ziff. 22 (zu Art. 2).

¹⁴⁸⁵ Zu Art. 41 VwVG siehe Rz. 1106 ff.

¹⁴⁸⁶ Vgl. die Verordnung der Bundesversammlung vom 21. Juni 2002 betreffend die Änderung des Anhangs zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (AS 2002 3453).

i. im Einzelfall und auf schriftlich begründetes Gesuch hin:

[...]

3. Strafgerichten und Strafuntersuchungsbehörden, wenn die Daten für die Abklärung eines Verbrechens oder eines Vergehens erforderlich sind;

[...]

³ Personendaten, die sich auf einen Unfall oder auf eine Berufskrankheit beziehen, dürfen in Abweichung von Artikel 33 ATSG ausnahmsweise Dritten bekannt gegeben werden, wenn es die Abwendung einer Gefahr für Leben oder Gesundheit erfordert [...].»

1101 Art. 97 UVG ermöglicht in verschiedenen Fällen eine Datenbekanntgabe an Dritte – und damit eine Abweichung von der Schweigepflicht nach Art. 33 ATSG. Was die Arbeitssicherheit im Besonderen betrifft, verkörpert Art. 97 UVG indessen *nur in Ausnahmefällen – bei Vorliegen eines Verbrechens – ein Anzeigerecht*, das es dem SUVA-Inspektor ermöglicht, eine Strafanzeige einzureichen und die Akten über durchgeführte Betriebsbesuche den Strafverfolgungsbehörden zukommen zu lassen.

1102 **b.** Nach Massgabe von Art. 97 Abs. 1 lit. h UVG darf der SUVA-Inspektor den Strafverfolgungsbehörden also nur dann *aus eigenem Antrieb* Daten bekanntgeben, wenn es um die «Anzeige oder die Abwendung eines Verbrechens» geht. Wie aufgezeigt (vgl. Rz. 955), geht es in der Arbeitssicherheit – und insbesondere in der Unfallverhütung – regelmässig gerade nicht um Verbrechen, sondern (bloss) um Vergehen oder Übertretungen.¹⁴⁸⁷ Selbst wenn es zu einem tödlichen Unfall kommt und in diesem Zuge eine fahrlässige Tötung (Art. 117 StGB) geprüft wird, ist die Verbrechensschwelle nicht erreicht. Nur einer der erwähnten Straftatbestände erreicht die nötige Schwelle, die eine Datenbekanntgabe nach Art. 97 Abs. 1 lit. h UVG rechtfertigt: die Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB; Rz. 953 ff.). Im Falle einer Lebensgefährdung wäre die Strafanzeige des SUVA-Inspektors damit potenziell gerechtfertigt. Indessen hat die Lebensgefährdung gerade in dem Bereich, in dem ihr eine grosse Relevanz zugeordnet wurde (im Bereich der Arbeitssicherheit beim Bauen), bisher keine grosse Bedeutung erlangt (Rz. 956 ff.).

¹⁴⁸⁷ Für die gesetzliche Definition der Begriffe Verbrechen, Vergehen und Übertretung vgl. Art. 10 Abs. 2 und 3 sowie Art. 103 StGB. Vgl. bereits Fn. 1331.

c. Das Gesetz sieht nebst der erwähnten Datenbekanntgabe aus eigenem Antrieb (Rz. 1102) zwei weitere Konstellationen vor, auf die vorliegend in groben Zügen hinzuweisen ist. 1103

– Die eine Konstellation setzt im Einzelfall ein *schriftliches Gesuch einer Strafverfolgungsbehörde* an die SUVA voraus (Art. 97 Abs. 1 lit. i Ziff. 3 UVG). Man befindet sich hier also nicht mehr im Stadium, wo es um die Frage geht, wie die Strafverfolgungsbehörde von einer Straftat überhaupt Kenntnis erhält. Vielmehr ist sie, und einzig darauf findet die Norm Anwendung, bereits darüber informiert, dass möglicherweise eine Straftat begangen wurde – und will im Rahmen ihrer Untersuchung in Akten Einsicht nehmen. 1104

– Die andere Konstellation setzt einen *Unfall oder eine Berufskrankheit* voraus: «Personendaten, die sich auf einen Unfall oder eine Berufskrankheit beziehen, dürfen in Abweichung von Artikel 33 ATSG ausnahmsweise Dritten bekannt gegeben werden, wenn es die Abwendung einer Gefahr für Leben oder Gesundheit erfordert» (Art. 97 Abs. 3 erster Satz UVG). Diese Ausnahme ist nicht primär auf die Verhütung eines Unfalls ausgerichtet und damit für Konstellationen aufgestellt worden, die sich von meinem Beispielfall 4 (Rz. 32 f.) unterscheiden. 1105

5. Eine weitere Gesetzesvorschrift, die sich nebst Art. 97 UVG als ausserstrafgesetzlicher Rechtfertigungsgrund anbietet, ist **Art. 41 Abs. 1 lit. c VwVG**. Ihrem Wortlaut nach erlaubt die Bestimmung einer Verwaltungsbehörde¹⁴⁸⁸ den Griff zur «Strafverfolgung, soweit ein anderes Bundesgesetz die Strafe vorsieht». Bezogen auf den Beispielfall 4 (Rz. 32 f.) fragt sich, ob der SUVA-Inspektor die Strafverfolgung schon deshalb mittels Strafanzeige einleiten darf, weil jeder Verstoss des Arbeitgebers gegen eine Verhaltensvorschrift eine Straftat darstellt (Art. 112 Abs. 3 und 4 UVG; vgl. Rz. 899 und 966 ff.). Die Frage ist zu verneinen, und zwar aus folgenden Gründen: 1106

a. Aus einer systematischen Betrachtungsweise ergibt sich, dass Art. 41 VwVG überhaupt nur dann als Rechtfertigungsgrund für eine tatbestandsmässige Amtsgeheimnisverletzung in Frage kommt, wenn bereits eine voll- 1107

¹⁴⁸⁸ In Art. 41 VwVG findet einzig die «Behörde» Erwähnung. Gemeint ist damit die Bundesverwaltungsbehörde im Sinne von Art. 1 VwVG. Die SUVA als öffentlich-rechtliche Anstalt ist eine Behörde im Sinne dieser Norm, weshalb der Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren eröffnet ist (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. a VwVG).

streckbare Verfügung vorliegt; in den Art. 39 ff. VwVG geht es, wie an der Marginalie zu Art. 39 VwVG abzulesen ist, um die Vollstreckung von Verfügungen. Erstattet der SUVA-Inspektor also im Beispielfall 4 (Rz. 32 f.) unabhängig von einer vollstreckbaren Verfügung Strafanzeige gegen den Arbeitgeber, dient Art. 41 VwVG nicht als Rechtfertigungsgrund. Besonders problematisch ist, dass nach Vorgabe der EKAS Strafanzeige einzureichen ist bei «Missachtung elementarer Vorschriften über die Arbeitssicherheit, wenn dadurch eine konkrete schwere Gefährdung von Personen herbeigeführt wird»¹⁴⁸⁹. Die EKAS differenziert hier nicht danach, ob eine vollstreckbare Verfügung vorliegt oder nicht.

- 1108 **b.** Selbst bei Vorliegen einer vollstreckbaren Verfügung ist jedoch danach zu fragen, welchen Strafnormen der Bezug in Art. 41 Abs. 1 lit. c VwVG gilt. Diese Frage wurde von der Rechtsprechung und von der Lehre bisher kaum diskutiert.¹⁴⁹⁰ Meiner Ansicht nach ist der Wortlaut der Norm insofern zu weit gefasst, als er ganz generell Bundesgesetze erwähnt, die eine Strafe vorsehen. Unter Zugrundelegung eines solch weiten Verständnisses könnte man im Beispielfall 4 (Rz. 32 f.) die Ansicht vertreten, die SUVA dürfe schon alleine deshalb zur Strafanzeige greifen, weil ein Verstoß des Arbeitgebers gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit durch das Unfallversicherungsgesetz mit Strafe bedroht ist.
- 1109 **c.** Eine solche Lesart ist nach meinem Dafürhalten abzulehnen. Vielmehr beschränkt sich der Verweis auf «ein anderes Bundesgesetz, das Strafe vorsieht» nach richtiger Lesart auf das *Verwaltungsstrafrecht des Bundes*¹⁴⁹¹ und damit auf Fälle, in denen eine Bundesverwaltungsbehörde für die Strafverfolgung zuständig ist.¹⁴⁹² Im Beispielfall 4 (Rz. 32 f.) jedoch liegt die Zu-

¹⁴⁸⁹ EKAS, Leitfaden, S. 50 (Ziff. 7.6.2).

¹⁴⁹⁰ Vgl. immerhin GÄCHTER/EGLI, VwVG-Kommentar, N 29 ff. zu Art. 41; neuerdings JAAG/HÄGGI FURRER, Praxiskommentar VwVG, N 34 zu Art. 41: «Der allgemeine Verweis auf Strafverfolgung, soweit sie in anderen Bundesgesetzen vorgesehen ist, bezieht sich auf Ungehorsamstatbestände des (Haupt- und Neben-)Strafrechts, also auf Spezialtatbestände zu Art. 292 StGB»; als Beispiele solcher Tatbestände werden dort erwähnt: Art. 289–291 sowie Art. 294 StGB, Art. 53 FMG und Art. 127 Abs. 1. lit. b ZG; vgl. auch BSK StGB II-RIEDO/BONER, N 25 zu Art. 292.

¹⁴⁹¹ So wohl auch JAAG/HÄGGI, Voraufgabe Praxiskommentar VwVG, N 30 zu Art. 41. Die Kommentatoren thematisieren die Frage zwar nicht ausdrücklich, sprechen aber von vornherein nur von Verwaltungsstrafen.

¹⁴⁹² Eine solche Zuständigkeit ist etwa bei Widerhandlungen gegen das Zollgesetz (siehe Art. 128 Abs. 2 ZG), bei gewissen Widerhandlungen gegen das Fernmeldegesetz (siehe

ständigkeit zur Strafverfolgung gegen den fehlbaren Arbeitgeber nicht bei einer Verwaltungsbehörde, sondern bei den Kantonen. Insbesondere handelt es sich nicht um Verwaltungsstrafrecht.

d. In dieser Ansicht stützt mich der Umstand, dass es in Art. 41 Abs. 1¹¹¹⁰ VwVG grundsätzlich um Vollstreckungsmassnahmen geht, zu denen «*die Behörde*» – gemeint ist die Vollstreckungsbehörde – selbst greifen kann. Zum verwaltungsrechtlichen Instrumentarium gehören grundsätzlich sowohl exekutorische (Ersatzvornahme und unmittelbarer Zwang)¹⁴⁹³ als auch repressive Massnahmen (Strafverfolgung wegen Verstosses gegen Verwaltungsstrafrecht und Strafverfolgung wegen Ungehorsams nach Art. 292 StGB)¹⁴⁹⁴. Diese Sicht der Dinge legt nahe, dass Art. 41 Abs. 1 lit. c VwVG nur auf jene Strafen Bezug nimmt, welche die Bundesverwaltungsbehörde selbst aussprechen kann.

e. Im Ergebnis fällt Art. 41 Abs. 1 lit. c VwVG bei einer tatbestandsmässigen¹¹¹¹ Amtsgeheimnisverletzung durch die SUVA als Rechtfertigungsgrund ausser Betracht.

c) *Gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtfertigungsgründe*

1. Nach den strafgesetzlichen (Rz. 1087 ff.) und den ausserstrafgesetzlichen¹¹¹² Rechtfertigungsgründen (Rz. 1095 ff.) komme ich zur letzten Gruppe, den gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtfertigungsgründen. Hier ist, nachdem die Einwilligung des von einer Betriebskontrolle betroffenen Arbeitgebers in die Amtsgeheimnisverletzung praktisch irrelevant erscheint,¹⁴⁹⁵ einzig die **Wahrung berechtigter Interessen**¹⁴⁹⁶ näher zu prüfen.

Art. 55 Abs. 1 FMG) oder gegen das Heilmittelgesetz (vgl. Art. 90 Abs. 1 HMG) sowie bei Widerhandlungen gegen das Fischereigesetz (vgl. Art. 20 Abs. 2 BGF) begründet. Noch enger als ich sehen GÄCHTER/EGLI, VwVG-Kommentar, N 29 f. zu Art. 41, den Anwendungsbereich der Norm. Nach den Kommentatoren fallen unter Art. 41 Abs. 1 lit. c VwVG einzig Fälle, in denen das Nebenstrafrecht Ungehorsamstatbestände aufstellt, z.B. Art. 127 Abs. 1 lit. b ZG oder Art. 101 Abs. 2 RTVG. Nach Ansicht der Kommentatoren legten die Materialien einen engen Zusammenhang zwischen lit. c und lit. d von Art. 41 Abs. 1 VwVG nahe.

¹⁴⁹³ Art. 41 Abs. 1 lit. a und b VwVG.

¹⁴⁹⁴ Art. 41 Abs. 1 lit. c und d VwVG.

¹⁴⁹⁵ Denkbar ist zwar eine Einwilligung des fehlbaren Arbeitgebers. Die Diskussion scheint indessen einzig von akademischer Bedeutung, da der Arbeitgeber kaum je ein Interesse

- 1113 2. Der Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur mit **grosser Zurückhaltung** zur Anwendung zu bringen: Mit der «pauschalen Berufung auf schutzbedürftige private oder öffentliche Interessen [könnte] der strafrechtliche Rechtsgüterschutz ausgehöhlt und unterlaufen werden». Entsprechend, so das Bundesgericht weiter, müsse «der Rechtsweg mit legalen Mitteln beschränkt und ausgeschöpft worden»¹⁴⁹⁷ sein, bevor der Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen zu prüfen sei. Die zurückhaltende Anwendung der Wahrung berechtigter Interessen ist zu begrüssen und hat auch damit zu tun, dass jeder Rechtfertigungsgrund an sich berechnete Interessen wahrt.¹⁴⁹⁸ Mit der Anerkennung eines eigenständigen Rechtfertigungsgrundes der Wahrung berechtigter Interessen geht die Gefahr einher, dass sich für jedes tatbestandsmässige Verhalten irgendwelche öffentlichen oder privaten Interessen finden.¹⁴⁹⁹ Entsprechend fällt es schwer, den Anwendungsbereich dieses speziellen Rechtfertigungsgrundes festzulegen und ihn gegen andere Rechtfertigungsgründe abzugrenzen.¹⁵⁰⁰

darán hat, dass gegen ihn Strafanzeige eingereicht und daraufhin möglicherweise ein Strafverfahren geführt wird. Immerhin ist vorstellbar, dass ein Arbeitgeber sich deshalb einem Strafverfahren stellen will, um sich dadurch «reinzuwaschen». Dieses Interesse könnte daher rühren, dass ein (von den Medien getragener) Vorwurf an die Adresse des Arbeitgebers im Raum steht, er verstosse gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit. In dieser Konstellation kann der Arbeitgeber ein Interesse an der behördlichen Bestätigung haben, dass er – entgegen der medialen Berichterstattung – gerade nicht gegen Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit verstossen hat. Indessen wäre, sollte es diese Konstellationen praktisch geben, für den Arbeitgeber einfacher, eine Selbstanzeige zu erstatten.

¹⁴⁹⁶ Teilweise ist die Rede nicht von «Wahrung», sondern von «Wahrnehmung» berechtigter Interessen (vgl. etwa SEELMANN, StGB AT, S. 71; BSK StGB I-SEELMANN, Überschrift vor N 25 zu Art. 14).

¹⁴⁹⁷ BGE 129 IV 6 E. 3.3; vgl. weiter die bei BSK StGB I-SEELMANN, N 28 zu Art. 14 verzeichnete Rechtsprechung.

¹⁴⁹⁸ So etwa wahrt der Rechtfertigungsgrund der Notwehr die berechtigten Interessen einer Person am Schutz der eigenen körperlichen Integrität.

¹⁴⁹⁹ Vgl. zu dieser Gefahr auch DONATSCH/TAG, Verbrechenslehre, S. 264, sowie BSK StGB I-SEELMANN, N 26 zu Art. 14.

¹⁵⁰⁰ DONATSCH/TAG, Verbrechenslehre, S. 264 f. m.H. Schwierigkeiten bestehen insbesondere bei der Abgrenzung zum rechtfertigenden Notstand nach Art. 15 StGB. Eine Denkhilfe zur Abgrenzung findet sich bei SEELMANN: Während der rechtfertigende Notstand (defensiv orientiert) die Abwendung einer Gefahr im Auge hat, steht bei der Wahrung berechtigter Interessen (offensiv orientiert) das Bestreben im Vordergrund, allgemein

3. Die Lehre interpretiert die bundesgerichtliche Rechtsprechung dahingehend, dass die Anwendbarkeit des Rechtfertigungsgrundes der Wahrung berechtigter Interessen stets einen «Interessenkonflikt [voraussetzt], den das geltende Recht nicht bereits abschliessend entschieden hat»¹⁵⁰¹. Mit anderen Worten hat er, verglichen mit den Rechtfertigungsgründen nach Art. 14 ff. StGB, **subsidiären Charakter**.¹⁵⁰² 1114

4. Für den Beispielfall 4 (Rz. 32 f.) bedeutet all dies, dass der SUVA-Inspektor, der gegen den fehlbaren Arbeitgeber Strafanzeige eingereicht hat, sich nicht erfolgreich auf den Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen berufen kann. Dies deshalb, weil der Gesetzgeber den Interessenkonflikt zwischen der Schweigepflicht (Art. 33 ATSG) und der Datenbekanntgabe erkannt und in Art. 97 UVG ausdrücklich Abweichungen von der Schweigepflicht statuiert hat. Mit anderen Worten ist davon auszugehen, dass das geltende Recht den Interessenkonflikt abschliessend regelt. Die angesprochene Subsidiarität der Wahrung berechtigter Interessen führt dazu, dass für diesen Rechtfertigungsgrund nach geltendem Recht kein Raum mehr bleibt.¹⁵⁰³ 1115

3. Zwischenergebnis zur Rechtfertigung

Als Zwischenergebnis zum Beispielfall 4 des SUVA-Inspektors, der wegen eines Verstosses gegen die Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit Strafanzeige einreicht (Rz. 32 f.), ist festzuhalten: Indem der SUVA-Inspektor den Strafverfolgungsbehörden Informationen bekannt gibt, die der im Rahmen der Baustellenkontrolle gesammelt hat, verstösst er gegen die ihm vom Gesetz auferlegte Schweigepflicht (Art. 33 ATSG). Er erfüllt damit den Tatbestand der Amtsgeheimnisverletzung.¹⁵⁰⁴ Rechtfertigungsgrund wird in aller 1116

positiv bewertete soziale Zustände herzustellen (vgl. BSK StGB I-SEELMANN, N 25 zu Art. 14; DONATSCH/TAG, Verbrechenlehre, S. 267).

¹⁵⁰¹ So die Interpretation von BGE 120 IV 208 E. 3a durch SEELMANN (BSK StGB I-SEELMANN, N 26 zu Art. 14 und SEELMANN, StGB AT, S. 71), NIGGLI/MAEDER, Hausverbote, S. 1470, und STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar StGB, N 6 zu Art. 17.

¹⁵⁰² DONATSCH/TAG, Verbrechenlehre, S. 265 m.H.

¹⁵⁰³ Zum subsidiären Charakter des Rechtfertigungsgrundes der Wahrung berechtigter Interessen Rz. 1114.

¹⁵⁰⁴ Der SUVA-Inspektor erfüllt genau genommen zwei Tatbestände: Einerseits Art. 320 Ziff. 1 StGB, andererseits Art. 112 Abs. 3 UVG. Vgl. zur Revision von Art. 112 UVG Rz. 1068.

Regel¹⁵⁰⁵ keiner greifen – insbesondere ist ein solcher nicht in Art. 97 Abs. 1 lit. h UVG zu finden. Das geltende Recht der Arbeitssicherheit kennt für den SUVA-Inspektor weder eine Anzeigepflicht¹⁵⁰⁶ noch ein Anzeigerecht. Deshalb: Verstösse im Bereich der Arbeitssicherheit darf und kann der SUVA-Inspektor der Strafbehörde nicht anzeigen. Tut er es trotzdem, so verhält er sich rechtswidrig und ist grundsätzlich wegen Amtsgeheimnisverletzung zu bestrafen. Einen potenziellen letzten Ausweg stellt der Rechtsirrtum dar. Er könnte im konkreten Fall insbesondere als Schuldausschlussgrund fungieren und so zu einem Freispruch des SUVA-Inspektors führen.

D. Der Rechtsirrtum als möglicher Ausweg auf der Schuldebene

- 1117 1. Nachdem sich der SUVA-Inspektor durch das Einreichen einer Strafanzeige erstens tatbestandsmässig und zweitens rechtswidrig verhält, ist auf einer dritten Ebene seine **Schuld** zu prüfen. Denn: Tatbestandsmässiges und rechtswidriges Verhalten führt nur dann zur Strafe, wenn dem Täter ein Schuldvorwurf gemacht werden kann.¹⁵⁰⁷
- 1118 Auf der Schuldebene findet sich im geltenden Recht ein Instrument, das grundsätzlich geeignet ist, die Strafbarkeit des SUVA-Inspektors auszuschliessen. Es handelt sich um den in Art. 21 StGB geregelten «Irrtum über die Rechtswidrigkeit»¹⁵⁰⁸, den ich als Rechtsirrtum bezeichne. Nicht weiter thematisiere ich die Möglichkeit, dass der beschuldigte SUVA-Inspektor schuldunfähig ist,¹⁵⁰⁹ was ebenfalls zum Schuldausschluss führen könnte. Vielmehr gehe ich davon aus, der SUVA-Inspektor sei voll schulfähig.

¹⁵⁰⁵ Vgl. zur Ausnahme Rz. 1102.

¹⁵⁰⁶ Dem Schweizer Recht ist eine generelle, für jedermann geltende Pflicht zur Strafanzeige fremd (BSK StPO II-HAGENSTEIN, N 4 zu Art. 302 m.w.H.). Zwar können Bund und Kantone für Mitglieder anderer Behörden als Strafbehörden eine Anzeigepflicht vorsehen (Art. 302 Abs. 2 StPO). Für Mitarbeitende der SUVA aber ist eine solche Anzeigepflicht nicht vorgesehen.

¹⁵⁰⁷ Zur Schuld als Strafbarkeitsvoraussetzung etwa TRECHSEL/NOLL, StGB AT, S. 144 ff.; vgl. auch SEELMANN, StGB AT, S. 81 ff.

¹⁵⁰⁸ Marginalie zu Art. 21 StGB. Der Rechtsirrtum wird auch als Verbotsirrtum bezeichnet. Vgl. zu den verschiedenen Termini BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, N 6 f. zu Art. 21.

¹⁵⁰⁹ Dieser Fall wird von Art. 19 StGB erfasst.

2. Der Rechtsirrtum kann als für den der Amtsgeheimnisverletzung beschuldigten SUVA-Inspektor möglicherweise als **Ausweg** fungieren, um einer Bestrafung zu entgehen. Nach dem einschlägigen Art. 21 erster Satz StGB handelt nicht schuldhaft, wer «bei Begehung der Tat nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält». Dogmatisch werden zwei Arten des Rechtsirrtums unterschieden: der direkte und der indirekte Rechtsirrtum.¹⁵¹⁰ Beim *direkten Rechtsirrtum* hält der Täter sein Verhalten irrtümlicherweise für erlaubt (also nicht tatbestandsmässig).¹⁵¹¹ Beim praktisch relevanten¹⁵¹² *indirekten Rechtsirrtum* hingegen weiss der Täter, dass sein Verhalten unter normalen Umständen verboten ist. Jedoch hält er es unter den konkreten Umständen für ausnahmsweise erlaubt.

Auch im Beispielfall 4 (Rz. 32 f.) ist sowohl ein direkter als auch ein indirekter Irrtum vorstellbar. Ein direkter Rechtsirrtum liegt vor, wenn der SUVA-Inspektor davon ausgeht, mit einer Strafanzeige erfülle er keinen Straftatbestand (insbesondere begehe er keine Amtsgeheimnisverletzung). Ein indirekter Rechtsirrtum hingegen liegt vor, wenn der Inspektor zwar weiss, dass er mit seiner Strafanzeige einen Straftatbestand erfüllt, jedoch (irrtümlicherweise) davon ausgeht, er könne sich auf einen Rechtfertigungsgrund berufen.

3. Liegt ein (direkter oder indirekter) Rechtsirrtum vor, ist weiter zu prüfen, ob der Irrtum **vermeidbar** war. Die Vermeidbarkeit führt zur obligatorischen Strafmilderung (Art. 21 zweiter Satz StGB),¹⁵¹³ während die Unvermeidbarkeit den Schuldausschluss zur Folge hat (Art. 21 erster Satz StGB). Letztere

¹⁵¹⁰ Zur dieser Unterscheidung etwa DONATSCH/TAG, *Verbrechenslehre*, S. 287; SEELMANN, *StGB AT*, S. 90; BSK *StGB I-NIGGLI/MAEDER*, N 8 zu Art. 21. Die Unterscheidung zwischen direktem und indirektem Rechtsirrtum ist indessen einzig von akademischem bzw. klassifikatorischem Interesse; im Ergebnis folgen beide denselben Regeln (BSK *StGB I-NIGGLI/MAEDER*, N 8 zu Art. 21 m.w.H; BGER 6B_14/2011 vom 12. Juli 2011 E. 2.4).

¹⁵¹¹ DONATSCH/TAG, *Verbrechenslehre*, S. 287, die als Beispiel aus der Rechtsprechung einen 19-jährigen Ausländer anführen, der in der Schweiz mit einem 15-jährigen Mädchen Geschlechtsverkehr hat. Während im Heimatstaat des Ausländers kein Schutzalter besteht, stellt Art. 187 Ziff. 1 StGB dieses Verhalten unter Strafe (vgl. BGE 104 IV 217).

¹⁵¹² So BSK *StGB I-NIGGLI/MAEDER*, N 10 zu Art. 21; anderer Ansicht wohl DONATSCH/TAG, *Verbrechenslehre*, die den indirekten Rechtsirrtum als selteneren Fall bezeichnen.

¹⁵¹³ DONATSCH/TAG, *Verbrechenslehre*, S. 294 f.

bejaht das Bundesgericht nicht leichthin,¹⁵¹⁴ massgebendes Kriterium ist, «ob sich auch ein gewissenhafter Mensch in die Irre hätte führen lassen, oder aber» der Täter vielmehr «Anlass gehabt hätte, die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens ... zu erkennen respektive in Erfahrung zu bringen»¹⁵¹⁵.

1122 Trotz der hohen Anforderungen an die Unvermeidbarkeit: Es ist nicht von vornherein auszuschliessen, dass der Rechtsirrtum für einen SUVA-Inspektor, der von seiner Arbeitgeberin – einer öffentlich-rechtlichen Anstalt, die hoheitliche Aufgaben wahrnimmt – explizit dazu angehalten wird, unter bestimmten Voraussetzungen Strafanzeige zu erstatten, als unvermeidbar zu werten ist. Massgebend sind freilich stets die Umstände des Einzelfalls, weshalb ich hier nur eine Stossrichtung vorgeben kann.

1123 **4.** Zusammenfassend: Es ist **nicht auszuschliessen**, dass im Beispielfall 4 (Rz. 32 f.) ein Strafgericht den SUVA-Inspektor vom Vorwurf der Amtsgeheimnisverletzung **freisprechen** – oder eine Staatsanwaltschaft ein Strafverfahren einstellen¹⁵¹⁶ – würde. Vorausgesetzt ist freilich, dass im konkreten Einzelfall keine Anzeichen für die Vermeidbarkeit des Rechtsirrtums bestehen. Hielte das Gericht den Rechtsirrtum hingegen für vermeidbar, müsste es die Strafe nur (aber immerhin) obligatorisch mildern.

1124 Der Rechtsirrtum nach Art. 21 StGB stellt nach meiner Auffassung indessen *nur ein Notventil* dar, um – sollte es unter geltendem Recht zu Strafanzeigen kommen – den SUVA-Inspektor nicht bestrafen zu müssen. Für wünschbar halte ich vielmehr, die Strafbarkeit des SUVA-Inspektors bereits auf der Ebene der Rechtswidrigkeit auszuschliessen. Entsprechend scheint eine Gesetzesrevision angezeigt.

¹⁵¹⁴ Vgl. die Hinweise auf die (zur Vorgängerbestimmung von Art. 21 StGB ergangenen) Rechtsprechung bei BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, N 8 zu Art. 21.

¹⁵¹⁵ BGer 6B_430/2007 vom 17. März 2008 E. 5.5.

¹⁵¹⁶ Unter den Voraussetzungen von Art. 310 StPO kann die Staatsanwaltschaft zudem eine Nichtanhandnahme verfügen.

III. Postulat für eine Gesetzesrevision

A. Der Revisionsbedarf

1. Der Erlass neuer bzw. die Revision geltender Rechtsnormen ist oft ein naheliegendes Postulat. Nicht immer jedoch sind gesetzgeberische Eingriffe auch zielführend. Bisweilen reicht es zur Klärung einer umstrittenen Rechtslage aus, wenn die Gerichte – soweit ihnen ein geeigneter Fall zur Beurteilung unterbreitet wird – Position beziehen, insbesondere das Bundesgericht eine bisher umstrittene Rechtsfrage klärt. ¹¹²⁵

2. In der Arbeitssicherheit aber besteht, wie ich aufgezeigt habe, zwischen verwaltungsrechtlicher- und strafrechtlicher Sanktionierung ein Koordinationsproblem. Der Mangel liegt darin, dass eine **Bestrafung des SUVA-Inspektors** wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB und Art. 112 Abs. 3 und 4 UVG¹⁵¹⁷) **nicht per se ausgeschlossen** werden kann. Dieses Resultat halte ich für äusserst stossend. Dabei wiegt der Mangel nach meinem Dafürhalten so schwer, dass ein gesetzgeberisches Eingreifen angezeigt ist. ¹¹²⁶

3. Wenn ich hier ein Postulat für eine Gesetzesrevision aufstelle, dann auch deshalb, weil das geltende Recht den Strafbehörden **bei der Rechtsanwendung wenig Spielraum** lässt. Dies sei in mehrfacher Hinsicht erläutert: ¹¹²⁷

a. Zunächst ist die Amtsgeheimnisverletzung ein **Offizialdelikt** und als solches *von Amtes wegen zu verfolgen*. Mit der Strafanzeige durch den SUVA-Inspektor gegenüber den Strafverfolgungsbehörden bleibt Letzteren keine Wahl: Sie sind nach Massgabe von Art. 302 Abs. 1 StPO verpflichtet, die (potenzielle) Amtsgeheimnisverletzung der zuständigen Behörde anzuzeigen bzw. (bei eigener Zuständigkeit) gleich selbst zu verfolgen.¹⁵¹⁸ ¹¹²⁸

¹⁵¹⁷ Zur Revision von Art. 112 UVG siehe Rz. 1068.

¹⁵¹⁸ Strafbehörden müssen «alle Straftaten, die sie bei ihrer amtlichen Tätigkeit festgestellt haben oder die ihnen gemeldet worden sind, der zuständigen Behörde anzeigen, soweit sie für die Verfolgung nicht selber zuständig sind» (Art. 302 Abs. 1 StPO). Mit Strafbehörden sind die Strafverfolgungsbehörden (Art. 12 ff. und 15 ff. StPO) sowie die Gerichte (Art. 13 ff. und Art. 18 ff. StPO) gemeint (BSK StPO II-HAGENSTEIN, N 12 zu Art. 302).

- 1129 **b.** Eine tatbestandsmässige Amtsgeheimnisverletzung ist in der Arbeitssicherheit typischerweise durch *keinen Rechtfertigungsgrund* gedeckt.
- 1130 **c.** Als *letzter Ausweg*, das den SUVA-Inspektor im Einzelfall vor einer Bestrafung retten könnte, kommt immerhin der *Rechtsirrtum* (Art. 21 StGB) in Frage. Indessen fungiert er nur dann als Schuldausschlussgrund und führt zu einem Freispruch, wenn der Irrtum für den SUVA-Inspektor unvermeidbar war – wobei das Bundesgericht an die Unvermeidbarkeit hohe Anforderungen stellt.¹⁵¹⁹
- 1131 **4.** Nach geltendem Recht kann, das hat die Untersuchung gezeigt, für den Beispielfall 4 (Rz. 32 f.) **keine generelle Aussage** über die Zulässigkeit einer Strafanzeige durch den SUVA-Inspektor gemacht werden. Ein SUVA-Inspektor, der (wie von seiner Arbeitgeberin angewiesen) Strafanzeige gegen einen fehlbaren Arbeitgeber einreicht, hat damit zu leben, dass gegen ihn möglicherweise ein Strafverfahren eingeleitet wird. Dieses Resultat halte ich für falsch.
- 1132 Vor diesem Hintergrund erstaunt die von der EKAS aufgestellte Anzeigep Praxis (Rz. 1020 ff.). Es stellt sich nämlich die Frage, ob die EKAS und die SUVA mit ihrer Aufforderung zur Strafanzeige den Tatbestand der Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung erfüllen.¹⁵²⁰
- 1133 **5.** Im Ergebnis **lähmt das geltende Recht die SUVA** im Vollzug der Verhaltensvorschriften der Arbeitssicherheit – einer ihrer Kernaufgaben. Verstösst ein Arbeitgeber gegen Verhaltensvorschriften, kann die SUVA zwar verwaltungsrechtliche Sanktionen verhängen. Zum Mittel der Strafanzeige aber kann sie nicht greifen, ohne gleichzeitig in Konflikt mit der Schweigepflicht zu geraten. Das gilt, wohl verstanden, auch bei Strafanzeigen betreffend sogenannt renitenter Arbeitgeber.
- 1134 Diese Rechtslage halte ich für höchst unbefriedigend. Auf der einen Seite ist die SUVA verantwortlich für die verwaltungsrechtliche Sanktionierung des Arbeitgebers; sie hat im Rahmen von Art. 85 Abs. 1 UVG bzw. Art. 60 ff. VUV hoheitliche Aufgaben wahrzunehmen.¹⁵²¹ Auf der anderen Seite aber verwehrt ihr das geltende Recht den Griff zur Strafanzeige. Das

¹⁵¹⁹ Zwar bin ich der Meinung, dass der Rechtsirrtum im beschriebenen Fall (und bei erstmaliger Tatbegehung) grundsätzlich ein unvermeidbarer ist. Indessen lässt sich natürlich nicht prognostizieren, wie das Bundesgericht diese Frage beantworten würde.

¹⁵²⁰ Art. 24 i.V.m. 320 StGB bzw. Art. 112 Abs. 3 und 4 UVG. Strafbar machen sich (wenn überhaupt) die natürlichen Personen innerhalb der EKAS bzw. der SUVA.

¹⁵²¹ EKAS, Leitfaden, S. 1 (Ziff. 1).

scheint mir auch deshalb besonders stossend, weil das Unfallversicherungsgesetz selbst Strafnormen enthält und jeden Verstoss des Arbeitsgebers mit Strafe bedroht (vgl. Rz. 899 und 966 ff.). Unter geltendem Recht ist es für den SUVA-Inspektor (wie auch für alle anderen Mitarbeiter der SUVA) äusserst heikel, gegen den fehlbaren Arbeitgeber (oder gegen den fehlbaren Arbeitnehmer) Strafanzeige einzureichen. Mit einer solchen Anzeige setzt er sich möglicherweise selbst der Strafverfolgung aus. Ein genereller Verzicht auf Strafanzeige kommt zwar möglicherweise einer Missachtung von Weisungen der SUVA (seiner Arbeitgeberin) gleich. Dies ist in arbeitsrechtlicher Hinsicht indessen unproblematisch. Die Weisung, eine Strafanzeige einzureichen, ist rechtswidrig, weshalb sie der Arbeitnehmer (SUVA-Inspektor) nicht zu befolgen hat.

6. Im Interesse einer wirksamen und nachhaltigen Durchsetzung der Verhaltensvorschriften sollte der SUVA zumindest bei gröberen und wiederholten Verstössen die **Möglichkeit offen stehen, Strafanzeige einzureichen**. Dies ist die Prämisse, auf welcher mein Revisionsvorschlag fusst, den ich im Folgenden anbringe. Die «Anzeigepaxis» (Rz. 1020 ff.), welche die Voraussetzungen für eine Strafanzeige festlegt, kann dabei (wie bis anhin) von der EKAS in einer an sämtliche Durchführungsorgane der Arbeitssicherheit gerichteten Verwaltungsverordnung vorgegeben werden. 1135

B. Ein Revisionsvorschlag

1. Wenn man (wie ich) die bisherige «Anzeigepaxis», wie sie von der EKAS 1136 vorgesehen ist und von der SUVA umgesetzt wird, für rechtspolitisch wünschenswert hält, im geltenden Recht indessen ein Koordinationsproblem und somit Revisionsbedarf verortet, stellt sich die **Frage, wie eine Revision konkret zu bewerkstelligen** wäre. Ich zeige nachfolgend eine Möglichkeit auf, die nach meiner Einschätzung relativ leicht umzusetzen wäre (Rz. 1141 ff.).

Mein Vorschlag orientiert sich an drei Bereichen ausserhalb der Arbeitssicherheit, wo die Frage der Strafanzeige für der Schweigepflicht unterliegende Verwaltungsbehörden klar geregelt ist: 1137

- Die Durchführungsorgane des *Arbeitsgesetzes* – die, abgesehen von der SUVA, deckungsgleich sind mit den Durchführungsorganen des Unfallversicherungsgesetzes (Art. 85 Abs. 1 UVG) – unterliegen kraft Art. 44 1138

Abs. 1 ArG einer Schweigepflicht.¹⁵²² Im Unterschied zum Unfallversicherungsgesetz stellt das Arbeitsgesetz seinen Durchführungsorganen mit Art. 44a Abs. 3 ArG einen ausserstrafgesetzlichen Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 14 StGB zur Verfügung: «Zur Abwendung einer Gefahr für Leib und Leben oder Gesundheit der Arbeitnehmer oder von Dritten können Daten ausnahmsweise bekannt gegeben werden». Das Arbeitsgesetz verknüpft die Frage der Strafanzeige nicht mit der formellen Einordnung einer Straftat als Verbrechen (wie das Unfallversicherungsgesetz), sondern mit dem bedrohten Rechtsgut.

- 1139 – Die Vollzugsbehörden des *Lebensmittelgesetzes* unterliegen kraft Art. 42 LMG ebenfalls einer Schweigepflicht.¹⁵²³ Das Gesetz regelt in seinem Art. 31 die Strafanzeige und die Verwarnung. Grundsätzlich zeigt die «zuständige Vollzugsbehörde der Strafverfolgungsbehörde Widerhandlungen gegen Vorschriften des Lebensmittelrechts an» (Art. 31 Abs. 1 LMG). In «besonders leichten Fällen» steht der Vollzugsbehörde die Möglichkeit offen, «auf eine Strafanzeige [zu] verzichten und den Verantwortlichen [zu] verwarnen. In diesem Fall entfällt jede Strafe» (Art. 31 Abs. 2 LMG).¹⁵²⁴
- 1140 – Ähnlich wie im Lebensmittelgesetz ist die Frage der Strafanzeige im *Tierschutzgesetz* geregelt. Hier richtet sich die Schweigepflicht der Vollzugsorgane zwar nach kantonalem Recht;¹⁵²⁵ das Tierschutzgesetz selbst enthält dazu keine Regelung. Zur Strafanzeige spricht sich hingegen wieder das Bundesrecht aus, und zwar folgendermassen: «Werden strafbare Verstösse gegen die Vorschriften dieses Gesetzes festgestellt, so erstatten die für den Vollzug zuständigen Behörden Strafanzeige» (Art. 24 Abs. 3

¹⁵²² Art. 44 Abs. 1 ArG lautet: «Personen, die mit Aufgaben nach diesem Gesetz betraut sind oder dabei mitwirken, sind verpflichtet, über Tatsachen, die ihnen bei ihrer Tätigkeit zur Kenntnis gelangen, gegenüber Dritten Stillschweigen zu bewahren.»

¹⁵²³ Art. 42 LMG: «Alle mit dem Vollzug dieses Gesetzes beauftragten Personen unterstehen der Schweigepflicht.»

¹⁵²⁴ Das Lebensmittelgesetz befindet sich derzeit in Totalrevision; bei Abschluss des Manuskripts hat das Parlament den Text beschlossen (vgl. BBl 2014 5079), während der Bundesrat das Datum des Inkrafttretens noch nicht bestimmt hat. Materiell ändert sich an der Schweige- und der Anzeigepflicht der Vollzugsorgane durch die Revision nichts. Im revidierten Gesetz findet sich die grundsätzliche Pflicht zur Strafanzeige in Art. 37 revLMG, die Schweigepflicht in Art. 56 revLMG.

¹⁵²⁵ Zur Regelung der Vollzugszuständigkeit vgl. Art. 32 ff. TSchG.

TSchG). In «leichten Fällen» haben die Vollzugsbehörden die Möglichkeit, auf eine Strafanzeige zu verzichten (Art. 24 Abs. 4 TSchG).

2. Soweit der «Seitenblick» in andere Gesetze, in denen das Recht bzw. die Pflicht zur Strafanzeige ausdrücklich geregelt sind. Wie aber sähe eine klare Regelung für die Strafanzeige des SUVA-Inspektors aus? Zunächst optiere ich für ein **Anzeigerecht** der SUVA, keine Anzeigepflicht. Damit ist auch gesagt, dass der SUVA meiner Ansicht nach ein **weites Ermessen** bei der Frage zukommen soll, unter welchen Voraussetzungen Strafanzeigen einzureichen sind. Eine wohlverstandene Ermessensausübung bedeutet, dass die SUVA an die Grundsätze der Rechtsgleichheit, das Willkürverbot sowie die übrigen Verfassungsgrundsätze gebunden ist. 1141

3. In welchem Gesetz aber ist das Anzeigerecht vorzusehen? Die naheliegende (wenn auch nicht die einzige)¹⁵²⁶ Möglichkeit ist es, am bestehenden Anzeigerecht anzusetzen, wie es das Unfallversicherungsgesetz in Art. 97 Abs. 1 lit. h UVG für Verbrechen bereits vorsieht (Rz. 1099 ff.). Die Norm wäre dahingehend zu erweitern, dass das Anzeigerecht auch Vergehen (und, sofern rechtspolitisch erwünscht, auch Übertretungen) umfasst. Konkret könnte ein **revidierter Art. 97 Abs. 1 lit. h UVG** folgendermassen lauten: 1142

«Sofern kein überwiegendes Privatinteresse entgegensteht, dürfen Organe, die mit der Durchführung, der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung dieses Gesetzes betraut sind, Daten in Abweichung von Artikel 33 ATSG bekannt geben: den *Strafverfolgungsbehörden*, wenn die Anzeige oder die Abwendung eines Verbrechens, *eines Vergehens oder einer Übertretung* die Datenbekanntgabe erfordert.»¹⁵²⁷ 1143

4. Im Schema der Verbrechenslehre gesprochen käme dem revidierten Art. 97 Abs. 1 lit. h UVG die **Funktion eines ausserstrafgesetzlichen Rechtfertigungsgrundes** neu auch dann zu, wenn die SUVA (oder ein anderes Durchführungsorgan der Arbeitssicherheit) Vergehen und Übertretungen anzeigt. Zur Erinnerung: Bereits im geltenden Recht fungiert Art. 97 Abs. 1 1144

¹⁵²⁶ Eine andere Möglichkeit wäre es, einen Artikel ins Unfallversicherungsgesetz aufzunehmen, der die Strafanzeige nach dem Modell des Arbeitsgesetzes, des Lebensmittelgesetzes oder des Tierschutzgesetzes regelt (vgl. Rz. 1138 ff.).

¹⁵²⁷ Hervorgehoben habe ich diejenigen Modifikationen, die im Vergleich zum geltenden Text vorzunehmen wären. Der Terminus «Strafuntersuchungsbehörde» wäre bei einer allfälligen Revision durch den in der Strafprozessordnung verwendeten Ausdruck «Strafverfolgungsbehörde» (vgl. Art. 12 StPO) zu ersetzen.

lit. h UVG als Rechtfertigungsgrund, allerdings nur für den praktisch wenig bedeutsamen Fall, dass der SUVA-Inspektor eine begangene oder drohende Straftat anzeigt, die als Verbrechen zu qualifizieren ist.¹⁵²⁸ Mit der vorgeschlagenen Erweiterung wäre eine Strafanzeige im Hinblick auf die Amtsheimnisverletzung zwar immer noch tatbestandsmässig – indessen neu nicht mehr rechtswidrig, da mit dem revidierten Art. 97 Abs. 1 lit. h UVG ein Rechtfertigungsgrund bestünde. Die Strafbarkeit des Strafanzeige erstattenden SUVA-Inspektors entfielen.

¹⁵²⁸ Art. 97 Abs. 1 lit. h UVG. Vgl. auch Rz. 1102.

Schluss: Die wesentlichen Erkenntnisse

1. Die Normen der Arbeitssicherheit werden in Rechtsprechung und Lehre 1145 eher stiefmütterlich behandelt; zu Unrecht, wie ich meine! Bedarf für eine vertiefte juristische Analyse dieser Normen besteht schon deshalb, weil es in der Arbeitssicherheit um den Schutz hochwertiger Rechtsgüter (Leib und Leben) geht. Entsprechend grosse volks- und betriebswirtschaftliche Bedeutung kommt dem Untersuchungsgegenstand zu: Nebst Leid und Schmerz, die ein Arbeitsunfall verursacht, führt dieser regelmässig zur Inanspruchnahme von Leistungen der Sozialversicherungen und – aus der Sicht des betroffenen Unternehmens – allenfalls zu Produktionsausfällen und Reputationseinbussen. Das Schweizer Recht der Arbeitssicherheit kann als höchst **heterogenes Normenkonglomerat** beschrieben werden. Die einschlägigen Normen entspringen, soweit es sich um Rechtsnormen handelt, verschiedenen Teilrechtsgebieten: Zivilrecht, Verwaltungsrecht und Strafrecht. Der heterogene Charakter ergibt sich darüber hinaus auch daraus, dass nebst den Rechtsnormen mannigfache «nachgelagerte» Normen bestehen, die aus der Feder halb- oder nichtstaatlicher Stellen stammen. Besonders bedeutsam sind die Normenwerke der Eidgenössischen Koordinationskommission für Arbeitssicherheit (EKAS) und der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA), aber auch die Normen privater Akteure (etwa eine Bedienungsanleitung eines Maschinenherstellers). Vor diesem Hintergrund ist kritikwürdig, dass Rechtsprechung und Lehre vielfach die Existenz irgendwelcher Normen hinnehmen und für die rechtliche Beurteilung der gebotenen Schutzmassnahmen darauf abstellen, ohne sie kritisch zu analysieren.

Ziel meiner Untersuchung war es, die Normen der Arbeitssicherheit zu 1146 systematisieren, sie auf ihren normativen Gehalt hin zu untersuchen und das Verhältnis der verschiedenen Normen zueinander zu klären. Zu diesem Zweck habe ich das Normenkonglomerat in zwei Hauptgruppen eingeteilt: in *Verhaltensnormen* (zweiter Teil; Rz. 268 ff.) und in *Sanktionsnormen* (dritter Teil; Rz. 564 ff.). Am Schluss der Untersuchung angelangt, fragt sich: Was bleibt von alledem? Die Antwort will ich mit der folgenden Darstellung geben. Dabei nehme ich die vier Beispielfälle wieder auf, die ich zu Beginn der Arbeit skizziert habe (Rz. 24 ff.). Zur Erinnerung: Es geht um einen Arbeitnehmer, der auf einer Baustelle Arbeiten ausführen soll, wobei sich zunächst (im Beispielfall 1) die Frage nach den gebotenen Schutzmassnahmen stellt. In den Beispielfällen 2 und 3 verstösst der Arbeitgeber gegen eine Verhaltensvorschrift der Arbeitssicherheit, womit die Frage nach den verschiedenen Sanktionen aufkommt. Beispielfall 4 betrifft schliesslich ein Koordinati-

onsproblem: Inwiefern darf oder muss der SUVA-Inspektor, wenn er einen Verstoss des Arbeitgebers konstatiert, Strafanzeige einreichen?

- 1147 **2.** Arbeitssicherheit ist stets ein kooperatives Unterfangen; die verschiedenen Akteure müssen zusammenwirken, um den «Zustand Arbeitssicherheit» zu erreichen. Gerade bei Bauarbeiten, die sich für die Analyse der Normen der Arbeitssicherheit besonders eignen, sind die Verhältnisse oft insofern komplex, als bei der Erstellung eines Bauwerks sowohl seitens des Unternehmers als auch seitens des Bauherrn mehrere natürliche und/oder juristische Personen beteiligt sind. Besonders bei grösseren Bauvorhaben führt dies zu erheblichen Schwierigkeiten, wenn es darum geht, zu bestimmen, wen mit Bezug auf die Arbeitssicherheit welche Pflichten treffen. In meinen typisierten Beispielfällen habe ich mich auf die **Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer** konzentriert. In dieser Beziehung weist der Gesetzgeber die Hauptverantwortung für Belange der Arbeitssicherheit dem Arbeitgeber zu, um aber gleichzeitig die hohe Bedeutung der Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers zu betonen. Das Herausgreifen der Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehung macht meine Erkenntnisse bis zu einem gewissen Grad verallgemeinerungsfähig, auch wenn ich mir primär Anschauungsbeispiele aus dem Bereich des Bauens vor Augen gehalten habe.
- 1148 **3.** Die wichtigsten Normen der Arbeitssicherheit, angesiedelt auf Gesetzesstufe, verpflichten den Arbeitgeber dazu, Schutzmassnahmen zugunsten seines Arbeitnehmers zu treffen. Im Einzelnen lässt sich diese Pflicht in drei verschiedenen Regelungszusammenhängen aufspüren: in Art. 328 Abs. 2 OR, in Art. 82 Abs. 1 UVG und in Art. 6 Abs. 1 ArG. Diese Gesetzesbestimmungen habe ich als die drei **Kernnormen der Arbeitssicherheit** bezeichnet. Bei der Analyse der Wortlaute fällt die praktisch identische Formulierung der Arbeitgeberpflicht auf. Historisch betrachtet stammen die Kernnormen jedoch keineswegs aus einem Guss; ihre Wortlaute wurden einander erst im Verlaufe der Zeit angeglichen. Im Beispielfall 1 (Rz. 26 f.) sind es die Kernnormen, die eine erste (wenn auch hochgradig abstrakte) Antwort auf die Frage liefern, welche Schutzmassnahmen der Arbeitgeber zu treffen hat: jene nämlich, die «nach der Erfahrung notwendig», «nach dem Stand der Technik anwendbar» und den Verhältnissen «angemessen» sind.
- 1149 Indem der Gesetzgeber den drei Kernnormen die unbestimmten Rechtsbegriffe «Erfahrung», «Stand der Technik» und «angemessen» eingeschrieben hat, gibt er abstrakte Grössen vor – ich habe sie als Messlatten bezeichnet –, die für sich alleine genommen kein konkretes Verhalten vorschreiben. Damit hat nicht nur der Arbeitgeber, an den sich die Kernnormen primär richten, zurechtzukommen. Auch die rechtsanwendenden Behörden (Zivilge-

richte, Verwaltungs- und Strafbehörden) müssen, wenn sie zu beurteilen haben, ob ein Arbeitgeber seiner gesetzlichen Pflicht nachgekommen ist, den hohen Abstraktionsgrad der Kernnormen bewältigen. Schliesslich sind die Kernnormen auch dem Arbeitnehmer, der (wie im Beispielfall 1) abschätzen will, ob sein Arbeitsplatz sicher ist, kaum eine Hilfe. Entsprechend ist klar: Der Bedarf an Normen, welche die Kernnormen im Hinblick auf einzelne Arbeiten konkretisieren, ist aus Sicht aller beteiligten Akteure äusserst gross.

4. Gedeckt wird der **Konkretisierungsbedarf** durch Rechtsnormen, etwa durch die Verordnung über die Unfallverhütung (VUV) oder die Bauarbeitenverordnung (BauAV), darüber hinaus aber auch durch Normen, die den Rechtsnormen nachgelagert sind. 1150

a. So findet sich im Beispielfall 1 mit Art. 18 erster Satz BauAV eine *Verordnungsvorschrift*, die das Erstellen eines Fassadengerüsts im Hochbau ab einer Absturzhöhe von drei Metern für grundsätzlich zwingend erklärt. Anders als in diesem Beispiel belässt es das Ordnungsrecht jedoch nicht selten bei einer Regelung, die zwar konkreter ist als die Kernnormen, die aber immer noch relativ abstrakt formuliert und deshalb im Zuge der Rechtsanwendung für den Einzelfall konkretisierungsbedürftig ist. 1151

b. Die konkretisierende Funktion übernehmen vielfach die den Rechtsnormen *nachgelagerten Normen*. Dazu gehören insbesondere die Normenwerke der EKAS (vor allem deren Richtlinien) und der SUVA (besonders deren Merkblätter). Gerade die von der SUVA aufgestellten Normen sind praktisch derart bedeutsam, dass die Gesamtheit der hier als Verhaltensnormen bezeichneten Normen oft als «SUVA-Normen», «SUVA-Regeln» oder «SUVA-Vorschriften» bezeichnet wird. Darob darf aber nicht in Vergessenheit geraten, dass der SUVA im Bereich der Arbeitssicherheit keine Gesetzgebungskompetenz übertragen ist; insbesondere werden die Verordnungen (etwa die Verordnung über die Unfallverhütung und die Bauarbeitenverordnung) nicht von der SUVA, sondern vom Bundesrat erlassen.¹⁵²⁹ 1152

c. Das beschriebene Konkretisierungssystem stösst *in der Lehre auf Kritik*. 1153 Moniert wird die Verlagerung der Rechtssetzungskompetenz vom Parlament zum Bundesrat¹⁵³⁰ ebenso wie der Umstand, dass das geltende Recht die

¹⁵²⁹ SCHUMACHER, *Sicheres Bauen*, Rz. 372.

¹⁵³⁰ STEIGER-SACKMANN, *Psychische Gesundheitsrisiken*, Rz. 95 m.w.H. Sie weist insbesondere auf Art. 164 lit. c BV hin, der verlangt, dass «die grundlegenden Bestimmungen über die Rechte und Pflichten von Personen», also auch der Schutzpflicht des Arbeitgebers, «in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen» sind.

Entstehung nachgelagerter Normen fördere; dies führe zu einem «déséquilibre dans la hiérarchie des normes»¹⁵³¹. Nach meinem Dafürhalten sind zwar die der Kritik zugrundeliegenden Feststellungen richtig; die daraus gezogenen Schlüsse halte ich indes für weitgehend unbegründet, zumal mit ihr kaum konkrete Verbesserungsvorschläge vorgebracht werden. Nach meiner Einschätzung hat sich das bestehende Konkretisierungssystem gut bewährt: Indem die staatliche Normgebung mit dynamischen Verweisen (wie der Erfahrung oder dem Stand der Technik) operiert, kann neuen Erkenntnissen rasch Rechnung getragen werden. Die staatliche Gesetz- und Verordnungsgebung wird dadurch erheblich entlastet. Sie wäre ohnehin zu schwerfällig, um neue Entwicklungen stets adäquat nachzuzeichnen. Bei all diesen Vorteilen nachgelagerter Normen: Für kritikwürdig halte ich, wenn rechtsanwendende Behörden bei der Sanktionierung des Arbeitgebers völlig unreflektiert auf sie abstellen.

- 1154 **5.** Gerade weil die nachgelagerten Normen von Arbeitgebern, Arbeitnehmern und rechtsanwendenden Behörden in der Praxis regelmässig als erstes konsultiert werden, ist es unerlässlich, dass die normgebenden Gremien und Verbände ihre jeweiligen Normen laufend aktualisieren. Auch deshalb ist auf sie in der Rechtsanwendung nur reflektiert abzustellen. Rechtsprechung und Lehre zur Bedeutung technischer Normen, insbesondere in den Bereichen des Umweltrechts und des privaten Baurechts, lassen sich auch für die Zwecke der Arbeitssicherheit fruchtbar machen: Demnach besteht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass nachgelagerte Normen – soweit sie unter Mitwirkung der massgebenden Fachkreise ausgearbeitet wurden – die Kernnormen der Arbeitssicherheit, insbesondere die dort verwendeten Begriffe der Erfahrung sowie des Stands der Technik, konkretisieren. Diese Vermutung kann der Vermutungsgegner zu Fall bringen, indem er beim Gericht hinreichende Zweifel an der Schlüssigkeit des der Vermutung zugrundeliegenden Erfahrungssatzes weckt. Das habe ich für zwei Fallkonstellationen näher erläutert: (i) Nachgelagerte Normen können infolge Zeitablaufs veralten, weil die massgebenden Grössen – Erfahrung und Stand der Technik – sich konstant im Wandel befinden. (ii) Umgekehrt ist denkbar, dass nachgelagerte Normen dem Arbeitgeber ein über die Kernnormen hinausgehendes Verhalten abverlangen oder (im Extremfall) gar ein Verhalten vorsehen, das den Arbeitnehmer mehr gefährdet als schützt.

¹⁵³¹ AUBRY GIRARDIN, Santé et sécurité, Rz. 301; vgl. auch Rz. 249; weiter SONNENBERG, Protection, S. 52 Fn. 228.

Die Verhaltensnormen bilden – und zwar selbst dort, wo es nicht bei den abstrakten Kernnormen bleibt – **kein lückenloses System**, das für sämtliche Fragen eine passende Antwort bereithielte. Das bedeutet insbesondere, dass ein Arbeitgeber auch zum Handeln verpflichtet sein kann, wo es für einen bestimmten Arbeitsvorgang kein Merkblatt der SUVA oder dergleichen gibt; seine Handlungspflicht ergibt sich dann unmittelbar aus den Kernnormen. Das Gesetz weist dem Arbeitgeber somit eine äusserst aktive Rolle zu; er kann sich nicht damit begnügen, bestehende Vorschriften und Normen im Sinne einer Checkliste abzuarbeiten, um vor dem Rest seine Augen zu verschliessen. 1155

6. Nebst der Gruppe der Verhaltensnormen, deren Fundament die drei Kernnormen bilden, habe ich zum Zwecke der Systematisierung eine zweite Normengruppe gebildet: die Sanktionsnormen der Arbeitssicherheit. Um sie geht es in den Beispielfällen 2–4 (Rz. 28 ff.). Die Sanktionsnormen beschlagen die Frage, welche Reaktionsmöglichkeiten das Recht für den Fall vorsieht, dass ein Verstoß des Arbeitgebers gegen eine Verhaltensvorschrift der Arbeitssicherheit manifest ist. In meiner Untersuchung operiere ich mit einem weit verstandenen Sanktionsbegriff, der nebst strafrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Sanktionen insbesondere auch die auf Erfüllung oder Kompensation gerichteten zivilrechtlichen Behelfe des Arbeitnehmers erfasst. 1156

Die Untersuchung der Sanktionen, die der fehlbare Arbeitgeber möglicherweise zu gewärtigen hat, fördert zutage: Die im zweiten Teil herausgearbeiteten Verhaltensnormen bilden in allen klassischen **drei Teilrechtsgebieten** – Zivilrecht, Verwaltungsrecht und Strafrecht – den massgebenden Anknüpfungspunkt für die Sanktionierung des Arbeitgebers. Ein Verstoß gegen die Verhaltensvorschriften ebnet mit anderen Worten den Weg in die zivilrechtliche, die verwaltungsrechtliche und die strafrechtliche Sanktionierung. Schon der blosser Verstoß des Arbeitgebers gegen eine Verhaltensvorschrift kann in sämtlichen Teilrechtsgebieten zu Sanktionen führen; ein Arbeitsunfall mit Schadensfolge ist nicht vorausgesetzt. Natürlich aber greifen Sanktionen auch bei der rechtlichen Abwicklung eines Unfalls: So ist vorstellbar, dass der fehlbare Arbeitgeber vom Arbeitnehmer bzw. von der regressierenden Sozialversicherung auf Schadenersatz und Genugtuung belangt wird, dass die SUVA gegen ihn eine Prämienerrhöhung verfügt und dass er – bei einem Unfall mit Todesfolge – wegen fahrlässiger Tötung verurteilt wird. 1157

- 1158 7. Dass zivilrechtliche, verwaltungsrechtliche und strafrechtliche Sanktionen drohen, ist sicherlich bloss einer von mehreren Gründen, weshalb ein Arbeitgeber sich dazu veranlasst sehen sollte, der Arbeitssicherheit einen hohen Stellenwert beizumessen. Hinzuweisen ist in diesem Kontext darauf, dass hinsichtlich der Grundsatzfrage, ob die Aussicht auf eine Haftpflicht oder eine Bestrafung für sich alleine genommen das Verhalten des Arbeitgebers überhaupt zu steuern vermag (ob entsprechende Vorschriften im Bereich der Arbeitssicherheit also eine präventive Wirkung haben), divergierende Meinungen bestehen. Empirisch sind solche Effekte bisher jedenfalls nicht schlüssig nachgewiesen. Nebst der rechtlichen Verpflichtung, Schutzmassnahmen zu treffen, sind es regelmässig auch moralische Gründe, aus denen der Arbeitgeber die Unfallgefahr verringern will. Schliesslich führt ein Arbeitsunfall zu mannigfachen negativen Folgen (etwa mit Bezug auf Produktivität und Reputation), die über Haftung und Bestrafung hinausgehen und sich mitunter auch ökonomisch auswirken.
- 1159 Unter der Prämisse, dass der Bestand einer rechtlichen Schutzpflicht tatsächlich einen Anreiz dafür setzt, Schutzmassnahmen zu treffen, ist Eines von primordialer Bedeutung: Das Recht muss ein wirksames Instrumentarium bereithalten, um auf einen allfälligen Verstoß des Arbeitgebers (von dem ich in den Beispielfällen 2–4 ausgehe; Rz. 28 ff.) reagieren zu können; in meiner Terminologie hängt die **Wirksamkeit der Verhaltensvorschriften** deshalb massgeblich von den Sanktionsnormen ab. Zu den einzelnen Teilrechtsgebieten ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen:
- 1160 a. Die *zivilrechtliche Sanktionierung* ist insofern problembehaftet, als der Arbeitgeber über eine weitgehende Kündigungsfreiheit verfügt: Er kann das Arbeitsverhältnis zu einem «aufmüpfigen» Arbeitnehmer jederzeit beenden; anders als etwa im Mietrecht ist eine Rache Kündigung im Arbeitsvertragsrecht nicht anfechtbar. Damit ergibt sich aus der Sicht des Arbeitnehmers, der einen Missstand im Bereich der Arbeitssicherheit als solchen erkennt, folgendes Dilemma: Entweder er weigert sich, seine Arbeit unter nicht verhaltensnormkonformen Bedingungen auszuführen, riskiert damit jedoch eine Kündigung. Oder aber er verrichtet seine Arbeit trotz des Missstands, womit er sich – sollte er in der Folge verunfallen – ein Mitverschulden am Unfall vorwerfen lassen muss. In schwerwiegenden Fällen kann ein solches Mitverschulden zur Unterbrechung des Kausalzusammenhangs (und damit zur Verneinung einer Haftungsvoraussetzung), und in leichteren Fällen immerhin dazu führen, dass ein Gericht die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers herabsetzt (Art. 44 Abs. 1 OR).

b. Im Rahmen der *verwaltungsrechtlichen Sanktionierung* verfügen die Durchführungsorgane der Arbeitssicherheit – darunter die für das Bauen besonders bedeutsame SUVA – über verschiedene Mittel, um auf Verstösse des Arbeitgebers zu reagieren. So kann die SUVA etwa dann, wenn Gefahr im Verzug ist, mithilfe der kantonalen Behörde die Einstellung von Bauarbeiten veranlassen. Inhalt einer Verfügung der SUVA kann vielerlei sein, wobei aber der Prämienerrhöhung (Art. 92 Abs. 3 UVG) herausragende Bedeutung zukommt. Dabei handelt es sich um eine Sanktion, die sich unmittelbar in der Buchhaltung des Arbeitgebers auswirkt, indem der Aufwand sich vergrössert. Hervorzuheben ist, dass die EKAS in ihrem an die Durchführungsorgane gerichteten Leitfaden (einer Verwaltungsverordnung) verwaltungsrechtliche Sanktionen massvoll einsetzt: So soll etwa – in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips – nicht jeder Verstoss gegen eine Verhaltensvorschrift automatisch zur Sanktion der Prämienerrhöhung führen; der SUVA-Inspektor hat im konkreten Fall unter Berücksichtigung der Schwere des Verstosses nach pflichtgemäsem Ermessen zu entscheiden, ob eine Prämienerrhöhung verfügt werden soll. 1161

c. Anders als das Verwaltungsrecht sieht das *Strafrecht* grundsätzlich für jeden Verstoss des Arbeitgebers gegen eine Verhaltensvorschrift eine Sanktion vor; ob der Arbeitgeber sich vorsätzlich oder fahrlässig verhält, spielt dabei keine Rolle. Das geltende Recht setzt auch keine konkrete Gefährdung des Arbeitnehmers voraus (vgl. Art. 112 Abs. 4 UVG). Im Zuge der voraussichtlich am 1. Januar 2017 in Kraft tretenden Revision des Unfallversicherungsgesetzes ändert dies insofern, als nach der revidierten Fassung eine konkrete Gefährdung erforderlich ist. Im Zusammenhang mit dieser Gesetzesnovelle halte ich für kritikwürdig, dass die Strafbarkeit des Arbeitgebers nach neuem Recht weniger weit gehen wird als jene des Arbeitnehmers, wobei die Materialien keine Anhaltspunkte hinsichtlich der Frage liefern, ob dieser Schritt beabsichtigt war. 1162

8. Zivilrechtliche, verwaltungsrechtliche und strafrechtliche Sanktionen können den fehlbaren Arbeitgeber unabhängig voneinander – und auch kumulativ – treffen. Im vierten und letzten Teil meiner Untersuchung (Rz. 1005 ff.) bin ich einem **Koordinationsproblem** auf den Grund gegangen, das sich im Beispielfall 4 (Rz. 32 f.) zeigt und das der Wirksamkeit der Verhaltensnormen jedenfalls nicht zuträglich ist: Ich gelange zur Erkenntnis, dass ein SUVA-Inspektor, der gegen den fehlbaren Arbeitgeber Strafanzeige einreicht – ein Mittel, zu dem er nach Massgabe des EKAS-Leitfadens unter gewissen Voraussetzungen zu greifen hat –, möglicherweise das Amtsgeheimnis verletzt und so selbst in ein Strafverfahren verwickelt werden kann. 1163

- 1164 Ob jeder noch so geringfügige (vorsätzliche oder fahrlässige) Verstoß des Arbeitgebers gegen eine Verhaltensvorschrift der Arbeitssicherheit strafbar sein soll – wie nach geltendem Recht (Art. 112 Abs. 3 UVG) –, ist eine rechtspolitische Frage. Wenn aber die Straftatbestände, die als (abstrakte oder konkrete) Gefährungsdelikte ausgeformt sind, nicht toter Buchstabe bleiben sollen, ist zentral, dass der SUVA-Inspektor die entsprechenden Verstöße den Strafverfolgungsbehörden auch anzeigen darf. Um das geltende Recht in dieser Hinsicht anzupassen, postuliere ich eine Revision des Unfallversicherungsgesetzes, um dort einen Rechtfertigungsgrund (in Gestalt eines Anzeigerechts) zu verankern.
- 1165 9. In den letzten hundert Jahren hat sich gerade die Sicherheit von Bauarbeitern markant verbessert. Ablesen lässt sich das etwa am im Juni 2016 eröffneten Gotthard-Basistunnel: Während der Bauphase (1993–2016) erlitten neun Bauarbeiter einen Unfall mit Todesfolge. Zum Vergleich: Beim Bau des ersten Gotthardtunnels (1872–1882) ereigneten sich 199 Todesfälle.¹⁵³² **Arbeitsunfälle werden sich auch künftig ereignen**; das Unfallrisiko liesse sich nur dann komplett eliminieren, wenn jegliche Bautätigkeit eingestellt würde. Die Rechtsordnung nimmt diesen Gedanken auf, indem die Normen der Arbeitssicherheit nicht auf Risikoelimination, sondern darauf angelegt sind, das Unfallrisiko nach sozialadäquaten Kriterien zu begrenzen.

* * *

¹⁵³² Vgl. «Die toten Arbeiter vom Gotthard», in: Tagesanzeiger Online vom 18. Mai 2016.

Verzeichnis der zitierten Rechtsnormen

1. Ohne anderweitige Angabe beziehen sich die Ziffern in diesem Verzeichnis auf die Randziffern im Buch.
2. Die im Buch zitierten Rechtsnormen werden hier einzig insoweit aufgeführt, als sie bei Abschluss des Manuskripts (d.h. am 1. Juni 2016) geltendes Recht waren. Altrechtliche Vorschriften sowie Revisionsprojekte, die ich in der Untersuchung erwähne, werden hingegen nicht berücksichtigt.
3. Kantonale Bestimmungen werden hier nicht aufgeführt.

I. Internationales Recht

AEUV

Art. 288 215; *Fn. 286*

EMRK

Art. 6 Abs. 1 715

EOSS

allgemein 203

Art. 68 lit. f *Fn. 265, 1059*

Übereinkommen der IAO

allgemein 204 ff.;
Fn. 252

Nr. 62 206

Nr. 81 207; *Fn. 260*

Nr. 102 208

Nr. 119 209;
Fn. 267 ff.

Nr. 120 *Fn. 253*

Nr. 155 115, 211

Nr. 162 210;
Fn. 271

Nr. 176 *Fn. 254*

Nr. 187 *Fn. 271*

UNO-Pakt I

Art. 7 *Fn. 241*

Art. 12 Ziff. 1 *Fn. 241*

II. Bundesverfassung (BV)

Art. 5 Abs. 2 394, 818

Art. 8 336

Art. 10 Abs. 2 6

Art. 29 Abs. 2 757

Art. 117 Abs. 1 226

Art. 110 Abs. 1 227

Art. 122 Abs. 1	225
Art. 164	<i>Fn. 1530</i>
– Abs. 1	286
– Abs. 2	<i>Fn. 677</i>
Art. 190	<i>Fn. 683</i>
<i>III. Bundesgesetze</i>	
AHVG	
Art. 23 ff.	158
Art. 25 ff.	158
ArG	
Art. 2	241
Art. 3	241
Art. 3a	241; <i>Fn. 303</i>
Art. 6 ff.	234, 989
Art. 6	<i>Fn. 303</i>
– Abs. 1	49, 97, 105 f., 224, 227, 235, 237, 239 ff., 280, 303 ff.; <i>Fn. 292, 354</i>
– Abs. 3	112 f., 650; <i>Fn. 361</i>
– Abs. 4	245, 471; <i>Fn. 641, 679, 1410</i>
Art. 7	166; <i>Fn. 304</i>
Art. 8	<i>Fn. 304</i>
Art. 13	<i>Fn. 954</i>
Art. 19 Abs. 3	<i>Fn. 954</i>
Art. 35	<i>Fn. 303</i>
Art. 36a	<i>Fn. 303</i>

Art. 37–39	117
Art. 37	117
Art. 38 Abs. 1	117
Art. 40 ff.	<i>Fn. 1074</i>
Art. 40 Abs. 1	<i>Fn. 1410</i>
Art. 41 ff.	154
Art. 42	163, 235
Art. 44 Abs. 1	1138
Art. 44a Abs. 3	1138
Art. 48	112
Art. 51–53	<i>Fn. 1400</i>
Art. 51 Abs. 2	896
Art. 54	<i>Fn. 158, 903</i>
Art. 59	987 ff.
Art. 61	<i>Fn. 1376 f.</i>
Art. 72 Abs. 1	<i>Fn. 419</i>

ATSG

Art. 2	854
Art. 3 Abs. 1	48
Art. 4	47, 593; <i>Fn. 1059</i>
Art. 8	158
Art. 27 ff.	774, 777
Art. 30	776; <i>Fn. 1155, 1165</i>
Art. 33	244, 1027, 1037 ff.
Art. 34 ff.	764, 770
Art. 34	<i>Fn. 1090</i>
Art. 38	
– Abs. 2	<i>Fn. 1161</i>
– Abs. 4	768
Art. 39	<i>Fn. 1155, 1165</i>
Art. 40	<i>Fn. 1161</i>

Art. 41	<i>Fn. 1161</i>	Art. 76	1092; <i>Fn. 113</i>
Art. 43	<i>Fn. 172</i>	Art. 78	152 f.; <i>Fn. 164</i>
Art. 49			
– Abs. 1	764; <i>Fn. 1100,</i> <i>1190</i>	AuG	
– Abs. 3	769; <i>Fn. 1095</i>	Art. 22	660
Art. 52	772, 825		
– Abs. 1	775, 829 f.; <i>Fn. 1155</i>	BGB/DE	
– Abs. 2	<i>Fn. 1174</i>	§ 242	<i>Fn. 893</i>
– Abs. 3	775, 831	§ 273	624; <i>Fn. 886</i>
Art. 53 Abs. 3	<i>Fn. 1150</i>	§ 278	<i>Fn. 1017</i>
Art. 54 Abs. 1	835	§ 618	295, 652; <i>Fn. 916</i>
Art. 55		§ 626	<i>Fn. 834</i>
– Abs. 1	777, 779, 855; <i>Fn. 1165</i>		
– Abs. 2	778, 856; <i>Fn. 1100,</i> <i>1189 f.</i>	BGF	
Art. 56–62	152	Art. 20 Abs. 2	<i>Fn. 1492</i>
Art. 57	851		
Art. 58	851; <i>Fn. 1187</i>	BGFA	
Art. 59	767; <i>Fn. 1094</i>	Art. 13 Abs. 1	<i>Fn. 1452</i>
Art. 60	768, 864		
Art. 72 ff.	<i>Fn. 182</i>	BGG	
Art. 72	159, 712; <i>Fn. 166, 1049</i>	Art. 82 ff.	865
Art. 73 Abs. 3	<i>Fn. 1050</i>	Art. 85	174
Art. 74		Art. 95	868
– Abs. 1	<i>Fn. 1049</i>	Art. 103	869
– Abs. 2 lit. e	731	Art. 106 Abs. 1	<i>Fn. 807</i>
Art. 75	161, 692; <i>Fn. 186</i>	Art. 113 ff.	865
		Art. 116	868

BöB

Art. 8

- Abs. 1 lit. b 64
- Abs. 2 64

BPG

- Art. 22a** 1097;
Fn. 977
- Art. 32 lit. d** *Fn. 395*

Bundesgesetz über das Bergführerwesen und Anbieten weiterer Risiko- aktivitäten

(SR 935.91; keine offizielle
Abkürzung)

- Art. 2 Abs. 1** *Fn. 490*

BVG

- Art. 18 ff.** 158
- Art. 23 ff.** 158
- Art. 34b** *Fn. 180*

DBG

- Art. 132 ff.** *Fn. 1154*

EBG

- Art. 8d Ziff. 1 lit. d** *Fn. 235*
- Art. 17 Abs. 1** *Fn. 486*

EntsG

- Art. 2 Abs. 1 lit. d** *Fn. 65*
- Art. 5 Abs. 2 und 3** *Fn. 65*

FMG

- Art. 53** *Fn. 1490*
- Art. 55 Abs. 1** *Fn. 1492*

GIG

- Art. 5 Abs. 3** *Fn. 491*
- Art. 10 Abs. 1** *Fn. 806*

GschG

- Art. 13 Abs. 1** *Fn. 485*

HMG

- Art. 3** *Fn. 487*
- Art. 90 Abs. 1** *Fn. 1492*

IVG

- Art. 22 ff.** 158

KEG

- Art. 4 Abs. 3** *Fn. 488, 559*

KHG

- Art. 88** *Fn. 1266*

LMG

Art. 31	1139
Art. 42	1139

Mitwirkungsgesetz

Art. 9	112; <i>Fn. 102</i>
Art. 10	112, 194

Obligationenrecht

Art. 19	658
Art. 20	658
Art. 41 Abs. 1	59, 191, 229, 595 f.; <i>Fn. 100, 186, 543, 718, 1305</i>
Art. 44 Abs. 1	117, 589, 713, 1160
Art. 46	714
Art. 47	719 ff.
Art. 49	719 ff.
Art. 52 Abs. 3	1074; <i>Fn. 1480</i>
Art. 53	698
Art. 54 Abs. 1	602
Art. 55	59, 229, 595
Art. 58	59, 229, 403, 595
Art. 59 Abs. 1	<i>Fn. 912</i>
Art. 60 Abs. 1	595
Art. 82	623 ff.
Art. 95	621
Art. 97 Abs. 1	190, 500, 601, 605, 607; <i>Fn. 543, 718</i>

Art. 99 Abs. 3	589, 714, 724; <i>Fn. 1009</i>
Art. 101	361, 657, 699 ff.
– Abs. 1	110, 190 f.; <i>Fn. 67, 103, 855</i>
– Abs. 2	709
– Abs. 3	709
Art. 119 Abs. 1	621
Art. 127	715
Art. 128 Ziff. 3	715
Art. 130 Abs. 1	715
Art. 166	159; <i>Fn. 181</i>
Art. 271a	<i>Fn. 806</i>
Art. 319 ff.	58 f., 231
Art. 319 Abs. 1	629
Art. 321a	680
– Abs. 1	114, 682, 755
– Abs. 4	682; <i>Fn. 978</i>
Art. 321d	633
Art. 323 Abs. 1	618
Art. 324	601, 610, 615 ff.
Art. 327	439, 612
Art. 328 ff.	670
Art. 328	50, 58, 97, 105, 195, 224 f., 230, 232, 237, 270, 278, 295 ff., 412 ff., 448, 450, 500, 576, 606, 613, 641 ff.; <i>Fn. 91, 292, 651</i>

Art. 335a ff.	<i>Fn. 833</i>
Art. 336	581, 681
Art. 336a	581
Art. 336c	<i>Fn. 805</i>
Art. 337	598, 632; <i>Fn. 834</i>
Art. 337c	581, 633, 681
Art. 342 Abs. 2	233, 302, 450, 573, 612, 646 ff., 665 ff.; <i>Fn. 651</i>
Art. 356 Abs. 1	<i>Fn. 293</i>
Art. 361	661; <i>Fn. 379</i>
Art. 362	668; <i>Fn. 298, 379</i>
Art. 367 ff.	66

OHG

Art. 1 Abs. 2	921
----------------------	-----

ParlG

Art. 141 Abs. 2	213
------------------------	-----

PatG

Art. 7	<i>Fn. 519</i>
---------------	----------------

PrHG

Art. 5 Abs. 1	<i>Fn. 484</i>
----------------------	----------------

PrSG

Art. 2 Abs. 3	<i>Fn. 671</i>
Art. 3	
– Abs. 2	<i>Fn. 483, 558</i>
– Abs. 4 lit. d	<i>Fn. 672</i>
– Abs. 6	<i>Fn. 672</i>
Art. 5	
– Abs. 1	<i>Fn. 706</i>
– Abs. 2	494
– Abs. 3	495
Art. 6	494
Art. 9	173; <i>Fn. 703</i>
Art. 10	
– Abs. 2 lit. b	<i>Fn. 502</i>
– Abs. 3	<i>Fn. 712</i>
Art. 20 Abs. 1	<i>Fn. 64</i>

RTVG

Art. 101 Abs. 2	<i>Fn. 1492</i>
------------------------	-----------------

RVOG

Art. 57a–57g	<i>Fn. 114</i>
---------------------	----------------

SchKG

Art. 80	583
----------------	-----

SprstG

Art. 38	<i>Fn. 1266</i>
----------------	-----------------

StGB

Art. 1	334, 524, 929, 947; <i>Fn. 1295</i>
Art. 10	986; <i>Fn. 1331</i>
Art. 11	527, 931 f.; <i>Fn. 1295 f.</i>
Art. 12	
– Abs. 1	1067
– Abs. 2	<i>Fn. 1459</i>
– Abs. 3	924, 926, 994; <i>Fn. 1012</i>
Art. 14	1073 f.
Art. 15	<i>Fn. 1462,</i> <i>1500</i>
Art. 17	1072, 1088 ff.
Art. 19	<i>Fn. 1509</i>
Art. 21	901, 1117 ff.; <i>Fn. 1239</i>
Art. 24	<i>Fn. 1520</i>
Art. 29	904 f.
Art. 30 ff.	<i>Fn. 1387</i>
Art. 31	697
Art. 47	912; <i>Fn. 1240</i>
Art. 56 ff.	<i>Fn. 1264</i>
Art. 97	920; <i>Fn. 1272</i>
Art. 98 lit. a	920; <i>Fn. 1273</i>
Art. 102	906 f.
Art. 103	986; <i>Fn. 1331</i>
Art. 104	<i>Fn. 1463</i>
Art. 106 Abs. 1	<i>Fn. 1377</i>
Art. 110 Abs. 3	1051

Art. 111	923
Art. 112	<i>Fn. 1344</i>
Art. 117	907, 914, 919 f., 993 f.
Art. 119 Abs. 5	<i>Fn. 1481</i>
Art. 120 Abs. 2	<i>Fn. 1481</i>
Art. 125	697, 907, 995 f.; <i>Fn. 1299,</i> <i>1393</i>
Art. 128	<i>Fn. 1293</i>
Art. 129	923, 953 ff.
Art. 181	<i>Fn. 1461</i>
Art. 186	196
Art. 187 Ziff. 1	<i>Fn. 1511</i>
Art. 217	<i>Fn. 1293</i>
Art. 222	917
Art. 223	917
Art. 225	917
Art. 227	917
Art. 228	917
Art. 229	919, 936 ff.; <i>Fn. 561</i>
Art. 230	923, 931, 933, 949 ff.
Art. 237–239	917
Art. 239	<i>Fn. 1267</i>
Art. 289–291	<i>Fn. 1490</i>
Art. 292	892 ff., 962 ff.
Art. 294	<i>Fn. 1490</i>
Art. 305ter	<i>Fn. 1481</i>
Art. 320	1005 ff., 1031, 1049 ff., 1072, 1092 ff.; <i>Fn. 975, 1394</i>

Art. 321	<i>Fn. 1394, 1465</i>
Art. 333	969, 1065, 1067; <i>Fn. 1354, 1375</i>
Art. 335 Abs. 2	<i>Fn. 1265</i>
Art. 364	1072, 1093

StGB/DE

§ 319 Abs. 1	<i>Fn. 1313</i>
---------------------	-----------------

StPO

Art. 6 Abs. 2	502
Art. 7	1018; <i>Fn. 1391, 1399, 1408</i>
Art. 8	<i>Fn. 1391, 1399, 1408</i>
Art. 10 Abs. 3	502
Art. 12 ff.	<i>Fn. 1518</i>
Art. 12	<i>Fn. 1384, 1527</i>
Art. 13 ff.	<i>Fn. 1518</i>
Art. 13	<i>Fn. 1384</i>
Art. 15 ff.	<i>Fn. 1518</i>
Art. 15 Abs. 2	<i>Fn. 1385</i>
Art. 18 ff.	<i>Fn. 1518</i>
Art. 81 Abs. 3	976
Art. 122 ff.	696
Art. 218	1074; <i>Fn. 1467, 1480</i>
Art. 299 Abs. 1	998
Art. 300 Abs. 1	998

Art. 301 Abs. 1	1000; <i>Fn. 1389</i>
Art. 302	
– Abs. 1	1128
– Abs. 2	<i>Fn. 1506</i>
Art. 310	<i>Fn. 1392, 1516</i>
Art. 352 ff.	697

StSG

Art. 9	<i>Fn. 489</i>
Art. 43	<i>Fn. 1266</i>

SVG

Art. 58	59, 229, 595
Art. 90a Abs. 1	<i>Fn. 1344</i>

THG

Art. 4 Abs. 5	<i>Fn. 702</i>
----------------------	----------------

TSchG

Art. 24	1140
Art. 32 ff.	<i>Fn. 1525</i>

USG

Art. 11 Abs. 2	398, 400; <i>Fn. 485</i>
-----------------------	-----------------------------

UVG

Art. 1 Abs. 1	763, 774, 854
----------------------	---------------

Art. 2 Abs. 2	238		974;
Art. 7	47, 76		<i>Fn.</i> 292, 354
Art. 9	48, 76, 235		–Abs. 2 112, 123, 139
Art. 10 ff.	<i>Fn.</i> 153		–Abs. 3 113, 650;
Art. 16 f.	145, 157		<i>Fn.</i> 361
Art. 18 ff.	145, 157	Art. 83	442
Art. 24 f.	145, 157;	–Abs. 1	245, 471,
	<i>Fn.</i> 1046		519, 927,
Art. 24 Abs. 1	729		975;
Art. 26 f.	157		<i>Fn.</i> 641
Art. 28 ff.	157	–Abs. 2	131;
Art. 37			<i>Fn.</i> 85, 127
–Abs. 1	118	Art. 84	207, 743;
–Abs. 2	735;		<i>Fn.</i> 1435
	<i>Fn.</i> 265	Art. 85 ff.	<i>Fn.</i> 1082
Art. 58	<i>Fn.</i> 149	Art. 85	125
Art. 61 ff.	138	–Abs. 1	127, 146, 748,
Art. 61	138;		751
	<i>Fn.</i> 1137,	–Abs. 2	122;
	1477		<i>Fn.</i> 1422
Art. 63 Abs. 5	138	–Abs. 3	126, 136, 143,
Art. 66	145, 147		171, 251, 256;
–Abs. 1 lit. b	<i>Fn.</i> 151		<i>Fn.</i> 123
–Abs. 1 lit. o	<i>Fn.</i> 152	–Abs. 4	780
Art. 79 Abs. 1	<i>Fn.</i> 33	–Abs. 5	122
Art. 81–88	106, 154, 234,	Art. 86	
	237 f., 749,	–Abs. 1	886
	763, 974;	–Abs. 2	806, 882 ff.,
	<i>Fn.</i> 300, 355		1011
Art. 81 Abs. 1	22, 79,	Art. 87	123, 175
	106, 237, 282;	–Abs. 3	123, 140
	<i>Fn.</i> 95, 300	Art. 89 Abs. 3	139
Art. 82	112	Art. 91 Abs. 1	814
–Abs. 1	46, 49, 97,	Art. 92	238, 807 ff.,
	105, 224, 226,		845, 878,
	237 f., 279,		1161;
	282, 303 ff.,		<i>Fn.</i> 1202

Art. 97	1031, 1043 f., 1075 ff., 1098 ff.; <i>Fn. 85, 1405</i>
Art. 105 ff.	763, 772
Art. 105a	772, 850, 864; <i>Fn. 1100, 1166 ff., 1182</i>
Art. 109 lit. c	763, 849; <i>Fn. 1100, 1187</i>
Art. 111	858 ff.
Art. 112	119, 244, 899, 914, 919, 966 ff., 1005 ff., 1031, 1063 ff., 1162, 1164; <i>Fn. 110</i>
Art. 113	119, 966 ff.; <i>Fn. 1355</i>
UWG	
Art. 7	<i>Fn. 63</i>
VVG	
Art. 14	<i>Fn. 223</i>
Art. 59	191
VG	
Art. 3 Abs. 2	<i>Fn. 165</i>
Art. 20 Abs. 1	152

VGG

Art. 31	847
Art. 32 Abs. 2 lit. a	832
Art. 33 lit. e	<i>Fn. 1184</i>
Art. 35 lit. a	<i>Fn. 206</i>
Art. 37–44	853
Art. 37	853 f.

VwVG

Art. 1 Abs. 2 lit. c	760; <i>Fn. 1189, 1488</i>
Art. 3 lit. d^{bis}	760 f., 774, 778, 854
Art. 5	
–Abs. 1	796; <i>Fn. 1124</i>
–Abs. 2	847; <i>Fn. 1123, 1213</i>
Art. 8 Abs. 1	<i>Fn. 1165</i>
Art. 22a	768
Art. 35 Abs. 3	769
Art. 39 lit. c	<i>Fn. 1173</i>
Art. 40	871
Art. 41	888 f., 1106 ff.; <i>Fn. 1214 f., 1420</i>
Art. 48	767; <i>Fn. 1094</i>
Art. 49	861 ff.
Art. 63 Abs. 4	777

ZG

- Art. 127 Abs. 1** *Fn. 1490, 1492*
Art. 128 Abs. 2 *Fn. 1492*

ZGB

- Art. 2 Abs. 1** 295, 501, 629, 635;
Fn. 918
Art. 8 500, 590, 604 ff., 672;
Fn. 719
Art. 28 ff. 295;
Fn. 443
Art. 28 1041;
Fn. 369
Art. 28a 608, 670 ff.
Art. 55 *Fn. 100*
Art. 60 ff. 178
Art. 679 *Fn. 912*

ZPO

- Art. 34** 639, 717
Art. 35 Abs. 1 lit. d 717
Art. 57 *Fn. 807*
Art. 78 ff. *Fn. 103*
Art. 82 Abs. 2 195
Art. 84 639
Art. 89 Abs. 1 195
Art. 91 f. *Fn. 810*
Art. 95 Abs. 1 583
Art. 98 582
Art. 106 Abs. 1 583
Art. 111 Abs. 2 *Fn. 815*

- Art. 113 Abs. 2** 582;
Fn. 809
Art. 114 lit. c 582
Art. 169 ff. 585
Art. 197 ff. 718
Art. 261 ff. 584
Art. 262 lit. b *Fn. 819*
Art. 263 *Fn. 820*
Art. 265 *Fn. 817*

*IV. Verordnungen des Bundes***ArGV 3**

- Art. 2 Abs. 1** 49
Art. 38 Abs. 3 *Fn. 714*

ATSV

- Art. 10–12** *Fn. 1154*
Art. 10 827;
Fn. 1158

BauAV

- Art. 1**
 – Abs. 1 247;
Fn. 350
 – Abs. 2 *Fn. 317*
Art. 2 lit. a 100;
Fn. 93
Art. 3 *Fn. 447*
 – Abs. 1^{bis} *Fn. 272*
 – Abs. 2 *Fn. 451*
 – Abs. 4 *Fn. 60*
Art. 4 Abs. 1 108, 110, 699;
Fn. 97

Art. 5	364; <i>Fn. 361</i>
–Abs. 1	247, 364; <i>Fn. 514</i>
Art. 18	573, 584, 649, 1018, 1055, 1151; <i>Fn. 28, 258,</i> <i>839</i>
Art. 19 Abs. 1	<i>Fn. 832</i>
Art. 20	<i>Fn. 690</i>
Art. 22 Abs. 1	<i>Fn. 646</i>
Art. 27 Abs. 3	<i>Fn. 730</i>
Art. 32	<i>Fn. 832</i>
Art. 37 ff.	<i>Fn. 258</i>
Art. 43 Abs. 2	<i>Fn. 730</i>
Art. 50 Abs. 1	552; <i>Fn. 351</i>
Art. 51 Abs. 1	510
Art. 60	
–Abs. 1	211
–Abs. 2 lit. c	<i>Fn. 272</i>
Art. 60a	<i>Fn. 272</i>
Art. 62	<i>Fn. 690</i>
Art. 65	<i>Fn. 646</i>
Art. 72 Abs. 2	<i>Fn. 454</i>

EntsV

Art. 8b Abs. 2 lit. a	<i>Fn. 17</i>
------------------------------	---------------

GUMV

Art. 3	<i>Fn. 493</i>
---------------	----------------

Kranverordnung

Art. 1 Abs. 1	<i>Fn. 312</i>
----------------------	----------------

Art. 4	
–Abs. 1	511
–Abs. 5	975
Art. 5 Abs. 1	657
Art. 13 Abs. 1 lit. d	<i>Fn. 18</i>
Art. 15 Abs. 1	<i>Fn. 457,</i> <i>557</i>

LRV

Art. 4 Abs. 3	<i>Fn. 588</i>
----------------------	----------------

MaschV

Art. 1 Abs. 1	<i>Fn. 313</i>
----------------------	----------------

NISV

Art. 3 Abs. 5	<i>Fn. 588</i>
----------------------	----------------

PrSV

Art. 19 ff.	<i>Fn. 703</i>
Art. 20 Abs. 1 lit. c	173

RVOV

Art. 8a–8i^{bis}	<i>Fn. 114</i>
---------------------------------	----------------

SafeguardsV

Art. 28 Abs. 1 lit. a	<i>Fn. 17</i>
------------------------------	---------------

StfV

Art. 3 Abs. 1	<i>Fn. 492,</i> <i>586</i>
----------------------	-------------------------------

UVV

Art. 105	<i>Fn. 33</i>
Art. 113 Abs. 2	819
Ziff. 2 Anhang 1	235

**Verordnung über die
Sicherheit der Arbeit-
nehmerinnen und Arbeit-
nehmer bei Arbeiten im
Überdruck**

(SR 832.311.12; keine offizielle
Abkürzung)

Art. 3 Abs. 1	<i>Fn. 469, 560, 577</i>
----------------------	------------------------------

VöB

Art. 6 f.	<i>Fn. 72</i>
------------------	---------------

VUV

Art. 1 ff.	<i>Fn. 84</i>
Art. 1 Abs. 1	78, 248; <i>Fn. 17, 300</i>
Art. 2	248
– Abs. 1	<i>Fn. 17, 311</i>
– Abs. 3	<i>Fn. 17, 311</i>
Art. 3 ff.	106, 260
Art. 3	
– Abs. 1	<i>Fn. 17, 457, 555, 562</i>
– Abs. 2	260, 592
Art. 5	612; <i>Fn. 640, 862</i>
Art. 6a	112; <i>Fn. 690</i>

Art. 7	108, 706, 908
Art. 9 Abs. 1	<i>Fn. 61</i>
Art. 11	113; <i>Fn. 361</i>
– Abs. 1	113; <i>Fn. 457</i>
– Abs. 2	113, 590, 611, 636, 650, 668
– Abs. 3	113
Art. 11a	109 f., 131, 133 f., 258, 260 f., 555, 708; <i>Fn. 128, 504</i>
Art. 11b	128, 254; <i>Fn. 655</i>
– Abs. 1	258; <i>Fn. 330, 693</i>
– Abs. 2	489; <i>Fn. 337, 691, 694, 714</i>
– Abs. 3	261; <i>Fn. 726</i>
Art. 11d Abs. 1	<i>Fn. 125</i>
Art. 11e	131
Art. 14 Abs. 1	<i>Fn. 310</i>
Art. 32a Abs. 1	509
Art. 32b Abs. 1	509
Art. 33	444 f., 455; <i>Fn. 646, 681, 780</i>
Art. 47 ff.	743
Art. 47	165 f.; <i>Fn. 17, 54</i>
Art. 48	163 f.; <i>Fn. 17</i>
Art. 49	
– Abs. 1	51 f., 147, 154

–Abs. 2	154; <i>Fn. 171</i>		
Art. 50	154	Art. 63	845 ff., 1011; <i>Fn. 1169</i>
–Abs. 1	52	Art. 64	149, 755 177, 183, 266, 796 ff., 844, 896; <i>Fn. 1127</i>
–Abs. 3	<i>Fn. 469,</i> <i>1200</i>		<i>Fn. 1114</i>
Art. 51	169, 171; <i>Fn. 199, 1085</i>	Art. 65	<i>Fn. 1114</i>
Art. 52 ff.	122	Art. 66	
Art. 52 Abs. 1	213	–Abs. 1	810 f., 877 f.
Art. 52a	128, 254, 258, 381, 488, 501 ff.;	–Abs. 2	812, 819; <i>Fn. 1138</i>
	<i>Fn. 17, 281,</i> <i>328, 330, 360,</i> <i>655, 691, 693,</i> <i>726</i>	Art. 67	806, 876, 879, 882 ff., 1011; <i>Fn. 1172</i>
Art. 53	125, 129, 262	Art. 90 ff.	139
Art. 55 Abs. 1	130	Art. 90	<i>Fn. 641</i>
Art. 57		Art. 91	140
–lit. a	256	–lit. b	<i>Fn. 145</i>
–lit. c	<i>Fn. 17</i>	–lit. c	175
Art. 60 ff.	207; <i>Fn. 17</i>	–lit. d	123
Art. 60	140, 783	Art. 92	141, 816
–Abs. 1	150, 211; <i>Fn. 145, 159</i>	Art. 94	142
–Abs. 2	151, 235, 384, 754; <i>Fn. 159, 638</i>		
Art. 61	148, 754 f.		
–Abs. 1	148, 652; <i>Fn. 157,</i> <i>1435</i>		
–Abs. 2	1056		
–Abs. 3	1056		
Art. 62	266, 753 ff., 773, 791 ff.,		

Sachverzeichnis

Ohne anderweitige Angabe beziehen sich die Ziffern in diesem Verzeichnis auf die Randziffern im Buch.

A

Akteure 102 ff.

- Betriebsshaftpflichtversicherung; s. dort
- die am Arbeitsverhältnis Beteiligten 103 ff.
 - Arbeitgeber 104 ff.
 - Arbeitnehmer 111 ff.
- Gewerkschaften; s. dort
- institutionelle ~ 120 ff.
 - eidgenössische Arbeitsinspektion 163 f.
 - EKAS; s. dort
 - Sozialversicherungen; s. dort
 - SUVA; s. dort
- Produktehersteller 198

Amtsgeheimnis (des SUVA-Inspektors) 1037 ff.

anerkannte Regeln der Baukunde 941 ff.; s. auch technische Normen

Angemessenheit 392 ff.

Annahmeverzug (des Arbeitgebers) 610, 615 ff.

Antragsdelikte; s. strafrechtliche Sanktionierung

Anzeige

- Strafanzeige; s. dort
- verwaltungsrechtliche Anzeige
 - durch eine Gewerkschaft 196, 755

- durch einen Arbeitnehmer 637, 755; s. auch Whistleblowing

- von Mängeln an den Arbeitgeber; s. Meldepflicht des Arbeitnehmers

Arbeitgeber

- als Hauptverantwortlicher für die Arbeitssicherheit 104 ff.
- mit Sitz im Ausland 238, 282

Arbeitssicherheit

- Begriff 76 ff.
- Durchführungsorgane der ~; s. dort
- Normen der ~; s. dort
- und «Sicherheit der Arbeit» 66
- Vorschriften der ~ (in Abgrenzung zu nachgelagerten Normen der ~) 82 ff., 220 ff.

Arbeitsverweigerungsrecht 609 ff.

- Begriff 610 ff.
- dogmatische Begründung 613 ff.
- Konsequenzen unrechtmässig verweigerter Arbeit 631 ff.

ASA

- Begriff 258
- individuelle Lösung 133
- überbetriebliche Lösung 134

ASA-Richtlinie; s. Normen der EKAS

ASA-Spezialist 131, 708

Asbest; s. Spätschäden
aufschiebende Wirkung (Verwaltungsrecht) 835, 858 ff.
ausservertragliche Haftung (des Arbeitgebers) 59, 229, 594 f.;
Fn. 1001

B

Bauarbeiten

- als besonders risikoreiche Arbeiten 34 ff.
- Begriff 98 ff.

Baustopp 684, 807, 887, 1090

Bedienungsanleitung 84, 198, 267, 332, 370, 382, 428, 433, 464, 507 ff.

Beispielfälle 24 ff.

Beratung durch die SUVA 150 ff., 754

- Auswirkung einer ~ auf die zivilrechtliche Haftung 151
- Bestätigung als letzte Stufe der ~ 782 ff.

Beratungsstellen 183 ff.

Berner Fenstersturzfall 404 f.

Berufskrankheit (Begriff) 48

Berufsunfall (Begriff) 47

Bestätigung; s. verwaltungsrechtliche Sanktionierung

Betriebsbesuch 148 f., 155, 652, 754 f., 785, 792, 1044, 1058, 1101

Betriebshaftpflichtversicherungen 188 ff.

- aktiver Rechtsschutz 193
- passiver Rechtsschutz 192

Betriebsordnung 117

Beweislast 499 ff., 603 ff.

Billigkeitshaftung 602

Bindungswirkung des Zivilgerichts

- keine ~ an eine strafrechtliche Sanktion? 698
- keine ~ an eine verwaltungsrechtliche Sanktion? 694

D

Delegation

- von Aufgaben im Bereich der Arbeitssicherheit 107 ff.
 - unternehmensextern 109
 - unternehmensintern 108, 904, 908
 - Verantwortlichkeit für Hilfspersonen bei einer ~; s. Hilfspersonenhaftung
- von Rechtssetzungsbefugnissen an den Bundesrat;
 - s. Delegationsnormen

Delegationsnormen 245, 440, 470, 471 ff.

«**Direktgenugtuung**» 731

Direktschaden 159 ff., 608, 656 f., 712; *Fn. 166, 224, 593, 1051*

Doppelnorm 302, 659

Dreistufentheorie 388 ff.

dringende Fälle 772, 793, 798, 806, 811, 825, 833 ff., 881, 886 ff., 1011; *Fn. 1171, 1182, 1420*

Dualismus (im öffentlichen Arbeitnehmerschutzrecht) 234 ff., 303

Durchführungsorgane

- des Arbeitsgesetzes 154, 749

- des Unfallversicherungsgesetzes (der Arbeitssicherheit) 748 ff.
 - SUVA; s. dort
 - und «Versicherungsträger» 764
- Durchführungsverfahren in der Arbeitssicherheit;** s. verwaltungsrechtliche Sanktionierung

E

EGMR 153, 715; *Fn.* 168, 1175

Eingrenzungen

- generell 54 ff.
- innerhalb des Bauens 63 ff.

Einleitung eines Strafverfahrens 997 ff.

Einspracheverfahren 745, 775, 824 ff.

Einteilung des Rechtsstoffs in Rechtsgebiete *Fn.* 16

EKAS 122 ff., 320

- als ausserparlamentarische Kommission des Bundes 123
- Finanzierung der ~ 123
- Koordinationsaufgabe der ~ 251
- Normen der ~; s. dort
- Richtlinien der ~; s. Normen der EKAS
- Verbindlichkeit von Beschlüssen der ~ für die Durchführungsorgane 780
- Zusammensetzung der ~ 123 f.

EKAS-Leitfaden; s. Normen der EKAS

EKAS-Richtlinien; s. Normen der EKAS

Enumerationsansatz 540 ff.

Erfahrung 352 ff.

Erfüllungsklage (des Arbeitnehmers) 637 ff.

Ermahnung; s. verwaltungsrechtliche Sanktionierung

exekutorische Mittel des Arbeitnehmers; s. zivilrechtliche Sanktionierung

Exkulpationsbeweis 711

ex-ante-Beurteilung der Sorgfalt 525, 405

ex-post-Beurteilung der Sorgfalt 364, 403, 525; s. auch Rückschaufehler

F

Fachinspektorate 177 ff.

Fachorganisationen 169 ff., 751

- Beratungsstellen; s. dort
- Fachinspektorate; s. dort
- Normen von ~; s. dort

Fahrlässigkeit

- im Strafrecht *Fn.* 1012
- im Zivilrecht 602

Fassadengerüst; s. Beispielfälle

Finanzierung

- der EKAS; s. dort
- der SUVA; s. dort

Fixschuldthese (im Arbeitsvertragsrecht) 619

G

Garantenstellung 527, 908, 932

Gefährungsdelikte; s. strafrechtliche Sanktionierung

Gefahrensatz 517 ff.

Gefahr im Verzug; s. dringende Fälle

Geheimnis 1053 ff.

Genugtuung; s. auch Genugtuungsklage
– als kongruente Leistung zur Integritätsentschädigung 729 ff.
– Begriff und Zweck der ~ 720
– gesetzliche Grundlagen (Art. 47 und 49 OR) 721 ff.

Genugtuungsklage 719 ff.

Gerüst; s. Beispielfälle

Gesamtarbeitsvertrag (GAV)

- als Quelle von Normen der Arbeitssicherheit 231
- Landesmantelvertrag (LMV) für das schweizerische Bauhauptgewerbe 231
- Möglichkeit, im Wege eines ~ von Art. 328 Abs. 2 OR abzuweichen 232

Gesetzesrecht; s. das Verzeichnis der zitierten Rechtsnormen

Gewerkschaften 135, 194 ff., 638, 755; *Fn.* 804, 903

Gruppierung von Schutzmassnahmen

- nach dem STOP-Prinzip 322
- technische und organisatorische Massnahmen 322 ff.

H

Haftungsfreizeichnung 709

Haftungsprivileg des Arbeitgebers (altes Recht) *Fn.* 187, 224, 1045

Hauptverantwortung des Arbeitgebers für die Arbeitssicherheit 104 ff.

Helm; s. Schutzhelmtragepflicht

Hilfspersonenhaftung

- strafrechtliche? 903 ff.; *Fn.* 1248 f.
- verwaltungsrechtliche 740
- zivilrechtliche 699 ff.

I

indirekte Verweisung; s. Kernnormen der Arbeitssicherheit

Integritätsentschädigung 729 ff.; s. auch Genugtuung

internationale Einflüsse 201 ff.;

- s. auch das Verzeichnis der zitierten Rechtsnormen
- EMRK 203, 715
- EOSS 203
- EU-Recht 212 ff.
- IAO-Übereinkommen 203 ff.
 - Ratifikationspraxis der Schweiz *Fn.* 273
 - self-executing? 205
 - von der Schweiz nicht ratifizierte ~ 211 ff.
 - von der Schweiz ratifizierte ~ 205 ff.
- UNO-Pakt I 203

K

Kalkar-Beschluss 388; *Fn.* 525

kantonales Recht

- allgemein 62, 64, 306
- Kanton Glarus insbesondere 306, 308, 390; *Fn.* 1052

Kernnormen der Arbeitssicherheit 276 ff.

- Adressaten 287 ff.
- Begriff 284 f.

- einheitliche Pflicht 292
- historischer Rückblick 291 ff.
- indirekte Verweisung 332, 338
- Konkretisierung der ~; s. dort
- unbestimmte Rechtsbegriffe 329 ff.
 - Angemessenheit; s. dort
 - Erfahrung; s. dort
 - Nachteile 334 ff.
 - Stand der Technik; s. dort
 - Vorzüge 330 ff.
 - Zumutbarkeit; s. dort
- verfassungsrechtliche Verankerung; s. Verfassungsrecht
- Wortlaute 277 ff.
- kompensatorische Mittel des Arbeitnehmers**; s. zivilrechtliche Sanktionierung
- konkrete Normenkontrolle** 479 ff.
- Konkretisierung der Kernnormen** 422 ff.
 - durch EKAS-Richtlinien 453 ff.
 - durch nachgelagerte Normen 459 ff.
 - durch Rechtsnormen 436 ff.
 - horizontale Konkretisierung 438 f.
 - vertikale Konkretisierung 437
 - durch Verfügung 803 f.
- Kündigung des Arbeitsvertrags**
 - durch den Arbeitgeber allgemein 117, 247, 580 f., 632 ff., 681, 690; s. auch Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers
 - durch den Arbeitgeber im Falle von Whistleblowing insbesondere 681, 684, 690
 - durch den Arbeitnehmer 598

Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers 300, 337, 580 f., 591, 690, 755

L

Landesmantelvertrag (LMV); s. Gesamtarbeitsvertrag

Legalitätsprinzip (Art. 1 StGB bzw. Art. 7 Abs. 1 StPO); s. das Verzeichnis der zitierten Rechtsnormen

M

Manipulationen an einer Schutzvorrichtung 592

Meldepflicht des Arbeitnehmers (an den Arbeitgeber) 113 f., 590 f., 611, 636, 650, 668

Merkblätter der SUVA; s. Normen der SUVA

missbräuchliche Kündigung 581; s. auch Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers

Mitverschulden des Arbeitnehmers 208, 586 ff.

- keine Leistungskürzung im Sozialversicherungsrecht 593, 735; *Fn. 1059*

- Manipulationen an einer Schutzvorrichtung; s. dort
- zivilrechtliche Auswirkungen 587 ff., 713

Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers 111 ff.

Monetarisierung des menschlichen Lebens 402 ff.; s. auch Berner Fenstersturzfall

N

nachgelagerte Normen der Arbeitssicherheit 222

- als Konkretisierungen der Kernnormen; s. dort

negatorische Klagen

(Art. 28a ZGB) 670 ff.

- Beseitigungsklage 674
- Feststellungsklage 675
- Unterlassungsklage 672

New Approach 218, 491 ff.

Normen der Arbeitssicherheit

- Begriff 16 ff., 220 ff.
- nachgelagerte Normen der Arbeitssicherheit; s. dort
- Sanktionsnormen der Arbeitssicherheit; s. dort
- Unterscheidung zwischen Vorschriften und nachgelagerten Normen 82 ff., 568
- unterschiedliche Terminologie 16 ff.
- Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit; s. dort
- Vorschriften der Arbeitssicherheit; s. dort

Normen der EKAS 251 ff.

- EKAS-Richtlinien
 - allgemein 254 ff.
 - als Konkretisierungen der Kernnormen; s. dort
 - ASA-Richtlinie 258 ff., 555
 - Einhaltung von ~ und Vermutungswirkung; s. Vermutung
 - normativer Charakter 255
- Leitfaden für das Durchführungsverfahren in der Arbeitssicherheit 262 ff., 780, 782

- Wegleitung durch die Arbeitssicherheit 252 ff.

Normen der SUVA 285, 377, 462

- allgemein zur Bezeichnung der verschiedenen Dokumente 155
- Merkblätter insbesondere 84, 155, 273, 323, 326 f., 370, 425, 427 ff., 465, 515 f., 520, 530, 863, 929, 947, 976, 989;
Fn. 511

Normen des SIA

- allgemein *Fn. 1284*
- SIA-Norm 118 6, 65
- SIA-Norm 261 *Fn. 78*
- SIA-Ordnung 102 *Fn. 61*
- SIA-Ordnung 103 *Fn. 61*

Normen von Fachorganisationen 463

Normen von Produkteherstellern 464

O

öffentliches Recht

- negative Wirkung auf den Arbeitsvertrag 658
- positive Wirkung auf den Arbeitsvertrag 655 ff.
- verwaltungsrechtliche Sanktionierung; s. dort

ohne-Not-Praxis 861 f.

ökonomische Analyse des Rechts *Fn. 755*

organisatorische Massnahmen; s. Gruppierung von Schutzmassnahmen

P

Persönlichkeitsschutz 295

Prämienerhöhung; s. verwaltungsrechtliche Sanktionierung
Produktehersteller 198; s. auch Normen von ~

R

Rachekündigung; s. Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers
Recht auf tatsächliche Beschäftigung 638; *Fn. 904*
Rechtfertigungsgründe (Strafrecht) 1070 ff.
 – dogmatische Einteilung der ~ 1071 ff.
 – Prüfung der ~ im vorliegenden Zusammenhang 1086 ff.
Rechtsgebiete; s. Einteilung des Rechtsstoffs in ~
Rechtsirrtum 901, 1117 ff.
Rechtsnormen (Vorschriften)
 – als Konkretisierung der Kernnormen; s. dort
 – in Abgrenzung zu «nachgelagerten» Normen 82 ff., 220 ff.
Rechtsschutzversicherung 583
Regress 160
Regressprivileg des Arbeitgebers 161, 190, 692; *Fn. 1045*
Regulierungsansätze 551 ff., 804
 – Enumerationsansatz; s. dort
 – risikobasierter Regulierungsansatz; s. dort
Restrisiko 8 f., 209, 271, 549
Return on Prevention 7
Rezeptionsklausel 233, 646 ff.
 – Bedeutung der absolut zwingenden Natur der ~ 661 ff.
 – Wortlaut 647

Risiko

– Begriff *Fn. 31*
 – Restrisiko; s. dort
 – unzulässiges ~ 271
risikobasierter Regulierungsansatz 545 ff.
risikobasiertes Recht; s. Risk Based Regulation
risikogerechte Festsetzung der Prämien (Unfallversicherung) 815
Risk Based Regulation 537
Römisches Recht *Fn. 371*
Rückgriff; s. Regress
Rückschaulfehler 364, 525 f.

S

Sanktion (Begriff) 89 f., 567, 576
Sanktionierung des Arbeitgebers
 – strafrechtliche ~; s. dort
 – verwaltungsrechtliche ~; s. dort
 – zivilrechtliche ~; s. dort
Sanktionsnormen der Arbeitssicherheit 19, 86 ff., 92 ff., 564 ff.
Schadenersatzklage 710 ff.
Schadensbegriff *Fn. 1025*; s. auch Schadenersatzklage
Schadensposten bei Körperverletzung 714; *Fn. 1024*
Scharniernormen 469 ff.
 – EKAS-Richtlinie und SUVA-Merkblatt 515 f.
 – Gesetz und Verordnung 471 ff.
 – Idealfall 473 ff.
 – pathologische Fälle 476 ff.
 – Verwaltungsrecht und Bedienungsanleitung 507 ff.

- Verwaltungsrecht und EKAS-Richtlinie 487 ff.

Schutzhelmtragicpflicht

- als Arbeitnehmer- und Arbeitgeberpflicht 247
- Verletzung der ~ als Kündigungsgrund 117, 247

Schutzpflicht des Arbeitgebers

- 96 f., 270, 322 ff.; s. auch Kernnormen der Arbeitssicherheit
- als Leistungspflicht 641
- Begriff 96 f., 644

Schweigepflicht (des SUVA-

Inspektors); s. Amtsgeheimnis

Selbstbindung der SUVA (an ihre eigenen Normen) 468

Selbstverschulden des Arbeitnehmers; s. Mitverschulden

SIA-Norm 118; s. Normen des SIA

Sicherheit der Arbeit (des Bauwerks) 66

Sorgfalt

- Begriff 925 ff.; *Fn.* 837
- und strafrechtliche Sanktionierung 925 ff.
- und verwaltungsrechtliche Sanktionierung; s. dort (unter Störerprinzip)
- und zivilrechtliche Sanktionierung 575 ff.
- Verhaltensnormen als Ausdruck der ~ 272

Sozialversicherungen 156 ff.;

s. auch SUVA

- Leistungen 157 f.
- Subrogation und Regress 159 ff.

Sozialversicherungsverfahren

- Durchführungsverfahren als ~ 760 ff.

Spätschäden 715

- Asbest 153, 210, 684, 715, 920, 1030; *Fn.* 222, 444
- Nanomaterialien *Fn.* 166, 444

Spezialist der Arbeitssicherheit;

s. ASA-Spezialist

Staatshaftung 152 f.

Stand der Technik 365 ff.; s. auch anerkannte Regeln der Baukunde

Standardunternehmen 400, 411

STOP-Prinzip; s. Gruppierung von Schutzmassnahmen

Störerprinzip; s. verwaltungsrechtliche Sanktionierung

Strafantrag 697, 996 ff.; *Fn.* 802, 1387

Strafanzeige 997 ff., 1005 ff.

- Anzeigepraxis der EKAS 1021 ff.
- durch den Arbeitnehmer 755
- durch den SUVA-Inspektor 129, 244, 891, 1005 ff.

Strafbarkeit

- der Durchführungsorgane (des SUVA-Inspektors) 972, 1063 ff.
- des Arbeitgebers; s. strafrechtliche Sanktionierung

Strafrecht (Funktion) 910 ff.

strafrechtliche Sanktionierung

des Arbeitgebers 897 ff.

- Antragsdelikte 697, 999 f.; *Fn.* 802, 1387
- Blankettstrafnormen 929, 947
- Einleitung eines Strafverfahrens; s. dort

- einzelne Straftatbestände;
s. auch das Verzeichnis der zitierten Rechtsnormen
 - des Kernstrafrechts 936 ff.
 - des Nebenstrafrechts 965 ff.
 - Gefährdungsdelikte 934 ff.
 - Hilfspersonenhaftung; s. dort
 - Offizialdelikte 978, 996, 1021, 1128; *Fn. 802, 1388*
 - Relevanz der Verhaltensnormen für die ~ 923 ff.
 - Schuldprinzip 899; *Fn. 1234*
 - Unterlassungsdelikte 930 ff.
 - Verhältnis der ~
 - zur verwaltungsrechtlichen Sanktionierung 1012
 - zur zivilrechtlichen Sanktionierung 695 ff.
 - Verletzungsdelikte 992 ff.
- Subrogation** 159
- Suspensivwirkung**; s. auf-schiebende Wirkung
- SUVA** 137 ff.
- als autonome Anstalt des Bundes 138, 760, 1122; *Fn. 1098, 1189, 1488*
 - als Durchführungsorgan der Arbeitssicherheit 146 ff.
 - als soziale Unfallversicherung 145
 - Beratung durch die ~; s. dort
 - Finanzierung der ~ 139
 - Haftung der ~; s. Staatshaftung
 - Merkblatt der ~; s. SUVA-Normen
 - Normen der ~; s. SUVA-Normen
- SUVA-Klausel** 191
- SUVA-Normen** 16 ff.
- SUVA-Vorschriften** (Begriff) 16 ff.

T

- tatsächliche Vermutung** 382, 434, 485
- technische Massnahmen**;
s. Gruppierung von Schutzmassnahmen
- technische Normen** 323, 375 ff.;
s. auch anerkannte Regeln der Baukunde
- Teilrechtsgebiete**; s. Einteilung des Rechtsstoffs in Rechtsgebiete

U

- unbestimmte Rechtsbegriffe**;
s. Kernnormen
- Unfall** (Begriff); s. Berufsunfall
- Ungehorsamsstrafe** 892 ff.,
962 ff.; s. auch das Verzeichnis der zitierten Rechtsnormen
- unmittelbarer Zwang** 882 ff.
- Urteilsunfähigkeit** 270, 602, 607
- UVG-Revision** 979 ff.

V

- Verbotsirrtum**; s. Rechtsirrtum
- Verfassungsrecht** 224 ff.; s. auch das Verzeichnis der zitierten Rechtsnormen
- Verfügung**; s. verwaltungsrechtliche Sanktionierung
- Vergaberecht** (öffentliches) 64
- Verhaltensnormen der Arbeitssicherheit** 18, 86 ff., 92 ff., 268 ff.
- Verhaltensvorschriften** 569

Verhaltenszurechnung; s. Hilfspersonenhaftung

Verhältnismässigkeit 393 ff., 818

Verjährung

- des Schadenersatzanspruchs des Arbeitnehmers 715
- Fall Howald Moor 153, 715
- Verfolgungsverjährung (Strafrecht) 920

Verletzungsdelikte; s. strafrechtliche Sanktionierung

Vermutung (nach VUV) 487 ff.

Verordnungsrecht 245 ff.; s. auch das Verzeichnis der zitierten Rechtsnormen

Verschuldensbegriff (Straf- und Zivilrecht) 698

verwaltungsrechtliche Sanktionierung des Arbeitgebers 732 ff.

- Baustopp; s. dort
- Beschwerdeverfahren 838 ff.
- Bestätigung 782 ff.
 - kein Verfügungscharakter der ~ 789
 - Verzicht auf eine ~ 784 ff.
- Betriebsbesuch; s. dort
- dringende Fälle; s. dort
- Durchführungsverfahren der Arbeitssicherheit 743 ff.
 - als sozialversicherungsrechtliches Verfahren 760 ff.
 - anwendbares Verfahrensrecht 756 ff.
 - Begriff 743
 - Einleitung 753 ff.
 - einzelne Sanktionen 781 ff.

– Kaskade der anwendbaren Gesetze und Verordnungen 772 ff.

– Durchsetzung des Verwaltungsrechts von Amtes wegen 733, 753

– EKAS-Leitfaden für das Durchführungsverfahren in der Arbeitssicherheit; s. Normen der EKAS

– Ermahnung (Art. 62 VUV) 791 ff.

– als Vorstufe der Verfügung 793, 797

– Rechtsschutz 794, 838 ff.

– Verzicht auf eine ~; s. dringende Fälle

– Ersatzvornahme 888 f.

– Hilfspersonenhaftung; s. dort

– Prämienhöhung 556, 807 ff.

– Relevanz der Verhaltensnormen für die ~ 738 ff.

– Störerprinzip 738 ff., 880

– Verfügung (Art. 64 VUV) 796 ff.

– Verhältnis der ~

– zur strafrechtlichen Sanktionierung 1012

– zur zivilrechtlichen Sanktionierung 694

– Vollstreckungsverfahren 870 ff.

verwaltungsrechtlicher Vertrag 173 f.

Verwaltungsverfahren (Durchführungsverfahren); s. verwaltungsrechtliche Sanktionierung

Verwaltungsverordnung (EKAS-Leitfaden als ~) 263 f., 780, 1028; *Fn. 1105*

vorschriftenbasiertes Recht

424 ff., 561

vorsorgliche Massnahmen

- im Verwaltungsrecht; 886 ff.
- im Zivilrecht; s. Zivilprozess

W**Whistleblowing** 676 ff.

- allgemein (Phänomen) 678 ff.
- im Bereich der Arbeitssicherheit im Besonderen 683 ff.
- Revision des Arbeitsvertragsrechts 685 ff.
- und Kündigung durch den Arbeitgeber 681
- und Treuepflicht des Arbeitnehmers 680
- verwaltungsrechtliche Anzeige an die SUVA 688, 755

wirtschaftliche Tragbarkeit

(einer Schutzmassnahme)
398 ff., 562

Z**Zivilklage** (im Strafverfahren) 696**Zivilprozess** 716 ff.

- örtliche Zuständigkeit (Gerichtsstand) 717
- Schlichtungsverfahren 718
- vorsorgliche Massnahmen 584

zivilrechtliche Sanktionierung**des Arbeitgebers** 575 ff.

- ausservertragliche Haftung; s. dort
- exekutorische Mittel des Arbeitnehmers 608 ff.
 - Arbeitsverweigerungsrecht; s. dort

- Erfüllungsklage; s. dort
 - negatorische Klagen (Art. 28a ZGB); s. dort
 - Whistleblowing; s. dort
 - Hilfspersonenhaftung; s. dort
 - Klagen des Arbeitnehmers
 - auf Genugtuung; s. Genugtuungsklage
 - auf Schadenersatz; s. Schadenersatzklage
 - kompensatorische Mittel des Arbeitnehmers 691 ff.
 - Relevanz der Verhaltensnormen für die ~ 600 ff.
 - Verhältnis der ~
 - zur strafrechtlichen Sanktionierung 695 ff.
 - zur verwaltungsrechtlichen Sanktionierung 694
 - Vorbehalte gegenüber der ~ 577 ff.
 - Beweisführung 585
 - Kostenrisiko 582 ff.
 - Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers; s. dort
 - mangelnde Rechtskenntnis des Arbeitnehmers 579
 - zeitliche Verhältnisse 584
 - vorsorgliche Massnahmen; s. Zivilprozess
- Zumutbarkeit** 412 ff.

*In der gleichen Reihe
sind in den letzten Jahren erschienen:*

*Publiés ces dernières années
dans la même collection:*

234. *Maria Consuelo Argul Grossrieder*: Les causes d'extinction des servitudes foncières – En particulier la perte d'utilité et ses conséquences sur l'existence formelle du droit. XXXVIII–370 pp. (2005)
235. *Benno Henggeler*: Die Beendigung der Baurechtsdienstbarkeit infolge Zeitablaufs und der vorzeitige Heimfall. (Art. 779c ff. ZGB) XXXV–212 S. (2005)
236. *Matthias Tschudi*: Mietrechtliche Probleme bei Immissionen als Folge von Umgebungsveränderungen. XXIV–189 S. (2005)
237. *Caroline Gauch*: Rechtsprechung und Kodifikation – ein Gegensatz? Die Anwendung des Scheidungsrechts durch den Richter. Eine empirische Untersuchung an drei erstinstanzlichen Gerichten des Kantons Freiburg (1908–1920). XX–204 S. (2005)
238. *Jacques Dubey*: Le concours en droit des marchés publics – La passation des marchés de conception, en particulier d'architecture et d'ingénierie. LXX–416 pp. (2005)
239. *Olivia van Caillie*: La protection du partenaire survivant dans le cadre des lois européennes sur la cohabitation non-maritale – Etude de droit comparé et de droit international privé. LXI–346 pp. (2005)
240. *Rodrigo Rodriguez*: Beklagtenwohnsitz und Erfüllungsort im europäischen IZPR – Aus schweizerischer Sicht unter Berücksichtigung der EuGV-VO. XL–249 S. (2005)
241. *Erdem Büyüksagis*: La notion de défaut dans la responsabilité du fait des produits – Analyse économique et comparative. LVIII–402 pp. (2005)
242. *Muriel Vautier Eigenmann*: La responsabilité civile pour la certification de produits et d'entreprises en droit suisse – Contribution à l'étude de la responsabilité des experts et autres professionnels à la lumière de droits européens et américains. L–383 pp. (2005)
243. *André Pierre Holzer*: Verjährung und Verwirkung der Leistungsansprüche im Sozialversicherungsrecht. XXVII–175 S. (2005)
244. *Tamara Nüssle*: Demokratie in der Nutzungsplanung und Grenzen für informale Absprachen. XXVI–270 S. (2005)
245. *Adrian Walpen*: Bau und Betrieb von zivilen Flughäfen – Unter besonderer Berücksichtigung der Lärmproblematik um den Flughafen Zürich. XLVII–412 S. (2005)
246. *Pascal G. Favre*: Le transfert conventionnel de contrat – Analyse théorique et pratique. LXI–704 pp. (2005)

247. *Jérôme Candrian*: L'immunité des Etats face aux Droits de l'Homme et à la protection des Biens culturels – Immunité de juridiction des Etats et Droits de l'Homme. Immunité d'exécution des Etats et de leurs Biens culturels. C–759 pp. (2005)
248. *Peter Herren*: Die Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB – mit rechtsvergleichender Darstellung des deutschen und österreichischen Rechts. XXI–214 S. (2006)
249. *Henk Fenners*: Der Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit im organisierten Sport. LIV–269 S. (2006)
250. *Adrian Schneider*: Der angemessene Ausgleich für erhebliche Planungsvorteile nach Art. 5 Abs. 1 RPG. XXXV–283 S. (2006)
251. *Franca Contratto*: Konzeptionelle Ansätze zur Regulierung von Derivaten im schweizerischen Recht – Analyse de lege lata und Vorschläge de lege ferenda unter besonderer Berücksichtigung der Anlegerinformation bei Warrants und strukturierten Produkten. LVIII–458 S. (2006)
252. *Daniela Ivanov*: Die Harmonisierung des Baupolizeirechts unter Einbezug der übrigen Baugesetzgebung – Aktuelle Rechtslage und Lösungsansätze. LIV–550 S. (2006)
253. *Ombline de Poret*: Le statut de l'animal en droit civil. LVI–355 pp. (2006)
254. *Sarah Theuerkauf*: Parteiverbot und die Europäische Menschenrechtskonvention – Analyse der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte unter Berücksichtigung der Rolle politischer Parteien in Europa. XXXIX–284 S. (2006)
255. *Dominique Gross*: Das gemeinschaftsrechtliche Genehmigungsverfahren bei der Freisetzung und dem Inverkehrbringen gentechnisch veränderter Organismen. LXIV–440 S. (2006)
256. *Andreas Felder*: Die Beihilfe im Recht der völkerrechtlichen Staatenverantwortlichkeit. XLV–317 S. (2007)
257. *Benoît Chappuis*: Le moment du dommage – Analyse du rôle du temps dans la détermination et la réparation du dommage. XLVIII–443 pp. (2007)
258. *Pierre-André Morand*: Le Contrat de Maintenance en droit suisse. XX–386 pp. (2007)
259. *Stéphane Bondallaz*: La protection des personnes et de leurs données dans les télécommunications. XLV–584 pp. (2007)
260. *Nicolas Kuonen*: La responsabilité précontractuelle. XCVI–622 pp. (2007)
261. *Ghislaine Frésard*: Le recours subrogatoire de l'assurance-accidents sociale contre le tiers responsable ou son assureur. LXXXV–688 pp. (2007)
262. *Annekathrin Meier*: Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union. XLIII–372 S. (2007)
263. *Tetiana Bersheda Vucurovic*: Civil Liability of Company Directors and Creditor Protection in the vicinity of Insolvency. LXVII–367 pp. (2007)
264. *Marie-Noëlle Venturi-Zen-Ruffinen*: La résiliation pour justes motifs des contrats de durée. LVI–464 pp. (2007)

265. *Maryse Pradervand-Kernen*: La valeur des servitudes foncières et du droit de superficie. LIII–338 pp. (2007)
266. *Clémence Grisel*: L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative. XXXIV–320 pp. (2008)
267. *Basile Cardinaux*: Das Personenfreizügigkeitsabkommen und die schweizerische berufliche Vorsorge – Grundlagen und ausgewählte Aspekte. XCVI–907 S. (2008)
268. *Xavier Oulevey*: L'institution de la décharge en droit de la société anonyme. LI–401 pp. (2008)
269. *Nadine Mayhall*: Aufsicht und Staatshaftung. XL–318 S. (2008)
270. *Gaspard Couchepin*: La clause pénale – Etude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction. LIV–396 pp. (2008)
271. *Hubert Stöckli*: Das Synallagma im Vertragsrecht – Begründung, Abwicklung, Störungen. XXXII–331 S. (2008)
272. *Stefan Keller*: Der flexible Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe – Ein Beitrag zur Überwindung der Suche nach dem «richtigen» Rentenalter in der Schweiz. CXXI–819 S. (2008)
273. *Anne Berkemeier*: Das Opportunitätsprinzip – unter Berücksichtigung kantonaler Jugendstrafrechtspflegegesetze (BS, BE, FR, GE, GL, ZH), des Jugendstrafgesetzes und der künftigen eidgenössischen Jugendstrafprozessordnung. XXXV–263 S. (2008)
274. *Matthias Inderkum*: Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe aus Persönlichkeitsverletzung – Art. 28a Abs. 3 ZGB. XLII–227 S. (2008)
275. *Andri Mengiardi*: Die Besteuerung der Investition in derivative Anlageprodukte («strukturierte Produkte») nach Schweizer Recht. LIX–508 S. (2008)
276. *Marco Reichmuth*: Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG. XLI–337 S. (2008)
277. *Marc Engler*: Die Vertretung des beschuldigten Unternehmens. XLIV–198 S. (2008)
278. *Daniel Pascal Wyss*: Social Insurance Law and Statutory Interpretation: The Practicability Argument – The Swiss Approach in a Comparative Perspective. XLVI–437 p. (2008)
279. *Tannaz Esmailzadeh Jourabchi*: Mariage permanent et Mariage temporaire. Etude comparative du mariage en droit iranien et en droit suisse. LV–330 pp. (2010)
280. *Andrea Bäder Federspiel*: Wohneigentumsförderung und Scheidung – Vorbezüge für Wohneigentum in der güterrechtlichen Auseinandersetzung und im Vorsorgeausgleich. XLVII–355 S. (2008)
281. *Annick Achdari*: Le devoir du lésé de minimiser son dommage – Etude en droit des obligations. LXVI–440 pp. (2008)
282. *Frédéric Gisler*: La coopération policière internationale de la Suisse en matière de lutte contre la criminalité organisée – Concepts, état des lieux, évaluation et perspectives. LXIX–605 pp. (2009)

283. *Alain Bieger*: Die Mängelrüge im Vertragsrecht. XXXV–184 S. (2009)
284. *Andreas Abegg*: Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten – Grundzüge einer historisch und theoretisch angeleiteten Dogmatik öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Verwaltungsverträge. XXXVI–219 S. (2009)
285. *Federica De Rossa Gisimundo*: Il servizio pubblico, strumento di effettività dei diritti fondamentali del cittadino. XLV–360 pp. (2009)
286. *Alexis Leuthold*: Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren – Privatrechtliche und vergaberechtliche Aspekte. XLIII–282 S. (2009)
287. *Ursina Weidkuhn*: Jugendstrafrecht und Kinderrecht – Betrachtung des Schweizerischen Jugendstrafrechts im Lichte der Internationalen Rechte des Kindes und im Vergleich zu Südafrika. XLII–272 S. (2009)
289. *Marco Lucchini*: I piani dei Trasporti nel diritto svizzero. L'applicazione della Pianificazione sistemica. LXXXVI–586 S. (2010)
290. *Sébastien Chaulmontet*: Verursacherhaftung im Schweizer Umweltrecht. Eine Grundlagenstudie unter besonderer Berücksichtigung von Art. 32b^{bis} USG. LI–456 S. (2010)
291. *Mathias Boschung*: Der bodengebundene Rettungsdienst – Im Spannungsfeld zwischen Staatsaufgabe und regulierter privatwirtschaftlicher Tätigkeit. LXX–432 S. (2010)
292. *Nada Bakic*: Sprachliche Minderheiten in Serbien und in der Schweiz – Ein Vergleich im Bereich Bildung und Verwaltung. LXXX–578 S. (2010)
293. *Fabrice Robert-Tissot*: Les effets du concordat sur les obligations. Analyse en particulier des effets du concordat sur les contrats. CIX–907 pp. (2010)
294. *Gian Brändli*: Vermögensgestaltung in der eingetragenen Partnerschaft. Unter Berücksichtigung des Obligationen-, Erb- und Steuerrechts. XLII–324 S. (2010)
295. *Viviane Premand*: Les sociétés de famille dans les formes de la société anonyme et à responsabilité limitée. LIV–386 pp. (2010)
296. *Jean-Michel Brahier*: Maîtrise de l'aménagement du territoire à proximité des installations dangereuses. CXP–908 pp. (2010)
298. *Christoph Burri*: Tendenzen zur Stabilisierung des Schuldvertrags. Regeln und Entwicklungen, die das Zustandekommen, die Gültigkeit und Fortdauer des Vertrags begünstigen. XXXIV–234 S. (2010)
299. *Bernhard Stehle*: Der Versorgungsschaden. Dogmatik und Berechnung XLII–342 S. (2010)
300. *Nina Gammenthaler*: Diplomanerkennung und Freizügigkeit. Unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen 2005/36/EG und ihrer möglichen Umsetzung in der Schweiz. LXXX–402 S. (2010)
301. *Valentin Monn*: Die Verhandlungsabrede. LXX–668 S. (2010)
302. *Juhani Kostka*: Harte Kartelle. Internationale Entwicklung und schweizerisches Recht. LXIII–634 S. (2010)

303. *Isaia D'Amelio*: Les placements collectifs en investissements alternatifs. Réglementation et surveillance des hedge funds en droit suisse et comparé. LXIV–436 pp. (2011)
304. *Andrea Beata Fäh*: Die Rechte des Verbrauchers im Arzneimittelmarkt der EU. Möglichkeiten und Grenzen des Individualrechtsschutzes im europäischen Binnenmarkt unter spezieller Berücksichtigung des Rechts auf Zugang, Sicherheit und Information. XLII–266 S. (2011)
305. *Christian R. Tappenbeck*: Das Bürgerrecht in der Schweiz und seine persönlichkeitsrechtliche Dimension. LVI–474 S. (2011)
306. *Felix Baumann*: Das Grundrecht der persönlichen Freiheit in der Bundesverfassung unter besonderer Berücksichtigung der geistigen Unversehrtheit. LII–398 S. (2011)
307. *Baptiste Allimann*: La péremption – Etude en droit privé suisse. XC–430 S. (2011)
308. *Jean-Baptiste Zufferey/Jacques Dubey/Adriano Previtali (éds.)*: L'homme et son droit. Mélanges en l'honneur de Marco Borghi à l'occasion de son 65^e anniversaire. XI–652 pp. (2011)
310. *Franziska Grob*: Die Behandlung von Personen mit Erwerbsunterbrüchen im Schweizerischen Sozialversicherungsrecht. LXII–304 S. (2012)
311. *Markus Kern*: Kommunikationsgrundrechte als Gefahrenvorgaben. Umgang mit kommunikationsbedingten Gefahren in den Rechtsverordnungen der USA, Deutschlands und der Schweiz. LXIV–535 S. (2012)
313. *Jacques Dubey*: Espace – Temps – Propriété. Définition et restriction de la propriété privée du sol à l'heure du développement durable et de l'aménagement du territoire. LXXVI–518 pp. (2012)
314. *Lucie Mazenauer*: Internationale Kindesentführungen und Rückführungen – Eine Analyse im Lichte des Kindeswohls. XXXVIII–262 S. (2012)
317. *Martina Stocker*: Die Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen. Unter besonderer Berücksichtigung der Härtefallproblematik bei Teilliquidationen in Unterdeckung. LII–262 S. (2012)
318. *Christophe A. Herzig*: Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren. LXII–478 S. (2012)
319. *Andrea Ermotti*: La banque face à l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs – crédit de construction et surveillance du chantier. XLVIII–330 S. (2012)
320. *Isabelle Chabloz*: Actionnaires dans les sociétés cotées: actions légales et gouvernance. Etude comparée: Suisse, Australie, Allemagne. X–486 S. (2012)
321. *Giuseppa Ottimofiore*: Le droit de propriété, un droit fondamental entre inclusion et exclusion. LXXXVIII–695 pp. (2012)
322. *Roger König*: Die Gefährdungshaftung nach Eisenbahngesetz. Analyse und Kritik der neuen Haftungsregeln. XXXIV–226 S. (2012)

323. *Vanessa Rüegger*: Der Zugang zu Wasser als Verteilungsfrage. Das Verhältnis zwischen dem Menschenrecht auf Wasser und den Herrschafts- und Nutzungsrechten an Wasservorkommen. LXIV–228 S. (2013)
324. *Sandra Imbach*: Die vermögensrechtliche Vertretung der Ehegatten und eingetragenen Partner im Erwachsenenschutzrecht. XLVI–346 S. (2013)
325. *Cyril Galland*: Le contenu des servitudes foncières. Aspects de droits réels et obligations de faire rattachées à la servitude. LX–480 S. (2013)
326. *Géraldine Auberson*: Personnalités publiques et vie privée. Etude de droit privé suisse à la lumière du droit américain. LVI–478 S. (2013)
327. *Ambroise Katambu Bulambo*: La répression du négationnisme en droit congolais à la lumière du droit suisse. LXXX–266 S. (2013)
328. *Thomas Meier*: Verjährung und Verwirkung öffentlich-rechtlicher Forderungen. LXXIV–366 S. (2013)
329. *Raphaël Eggs*: Les « autres préjudices » de l'expropriation. L'indemnisation au-delà du modèle fondé sur la valeur vénale. XLVIII–478 S. (2013)
330. *Vera Beutler*: Für den mutmasslichen Täter gilt die Unschuldsumutung. Die Medien und ihr Verhältnis zur Unschuldsumutung in der Schweiz und England. CXVIII–448 S. (2013)
331. *Nadja Schwery*: Die Korrelation von Nutzen und Haftung im Vertragsrecht. LII–350 S. (2013)
332. *David Furger*: Völkerrechtliche Staatenverantwortlichkeit für internationale Waffentransfers. L–452 S. (2013)
333. *Stéphane Voisard*: L'auxiliaire dans la surveillance administrative. Du droit bancaire et financier au droit administratif général. LXXVIII–816 S. (2014)
335. *Yvonne Schleiss*: Zur Durchführung des EU-Rechts in Bundesstaaten. Ausgewählte Aspekte der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie in Deutschland und Österreich. LXXXVIII–338 S. (2014)
336. *Raphaël Mahaim*: Le principe de durabilité et l'aménagement du territoire. Le mitage du territoire à l'épreuve du droit : utilisation mesurée du sol, urbanisation et dimensionnement des zones à bâtir. CII–644 S. (2014)
337. *James F. Reardon*: Consumer Collective Redress Mechanisms in Competition Law. Comparative Analysis of Swiss, American and European Union Laws & Proposals for Switzerland. LIV–637 S. (2014)
338. *Adrien Gabellon*: Le précontrat – Développements et perspectives. XLII–288 S. (2014)
339. *Bruno Pasquier*: Die Schätzung nach gerichtlichem Ermessen – unmittelbare und sinngemässe Anwendung des Art. 42 Abs. 2 OR. XXVIII–158 S. (2014)
340. *Michael Duttwiler*: Der Zugang zu Medikamenten im Spannungsfeld zwischen dem internationalen Patentschutz und dem Recht auf Gesundheit. LXIII–334 S. (2014)
341. *Mirco Anderegg*: Der Ersatz von Schadenabwehrkosten. Eine Analyse zum Recht der unerlaubten Handlungen. XXXVIII–204 S. (2014)

342. *Sévrine Knuchel*: Jus Cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms. LXVIII–308 pp. (2015)
343. *Matthieu Carrel*: Le régime du sous-sol en droit suisse. LX–368 S. (2015)
344. *Mehdi Tedjani*: Offres publiques d'acquisition: Application internationale du droit suisse. XLVI–384 S. (2015)
345. *Andreas Büscher*: Die einvernehmliche Aufhebung von Schuldverträgen. LXXXII–381 S. (2015)
346. *Eleonor Kleber*: La discrimination multiple. LXX–592 S. (2015)
347. *Diana Oswald*: Verfahrensrechtliche Aspekte der internationalen Amtshilfe in Steuersachen. LXXVI–466 S. (2015)
348. *Gisela Kilde*: Der Persönliche Verkehr: Eltern – Kind – Dritte. LXXVI–253 S. (2015)
349. *Christina Gaist*: La communauté héréditaire: sa composition, ses biens et ses dettes en droit suisse. XLII–278 S. (2015)
350. *Jessica Aebi-Mabillard*: La rémunération de l'architecte. LVI–432 S. (2015)
351. *R. Selva Korkmazcan Işık*: The Monitoring and Enforcement of Commitments by way of Arbitration in EU Competition Law. LXXX–407 S. (2015)
352. *Filippo Lurà*: L'impôt anticipé. Ses origines, sa genèse et sa nature – Comparaison avec d'autres systèmes de retenue à la source et de communication de renseignements. LVI–505 S. (2015)
353. *Arnaud Nussbaumer*: La cession des droits de garantie. LXXIV–419 S. (2015)
354. *Valentin Piccinin*: La propriété par étages en procès. LVIII–389 S. (2015)
355. *Jun Zheng*: Judicial Review of Fines in EU Competition Law. LVIII–385 S. (2015)
356. *Aleksander Grebieniow*: Rechtsfolgen der Übervorteilung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der modernen Figuren der laesio enormis und ihren historischen Grundlagen. CIV–326 S. (2015)
357. *Manuela Baeriswyl*: Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Verschulden. XLVI–304 S. (2015)
358. *Guillaume Braidı*: L'individu en droit de la surveillance financière. Autorisation, obligations et interdiction d'exercer. LXII–533 S. (2016)
359. *Gaetan Blaser*: Les critères de durabilité environnementale de l'Union européenne. LXIV–256 S. (2016)
360. *Nathalie F. Adank*: Le contrat de planification – Utilité, admissibilité et régime du contrat d'aménagement du territoire. LXVIII–354 S. (2016)
361. *Christof Bergamin*: Unterbrechung der Verjährung durch Klage – Eine Untersuchung unter Mitberücksichtigung anderer Unterbrechungsgründe. XXXIX–283 S. (2016)

