

POLICY PAPER

Können Sie in der Schweiz verklagt werden?



Rechte und Pflichten von Schweizer
Unternehmen und Organisationen
gegenüber ihren Geschäftsreisenden und
Expatriates

**RA Michel Chavanne
in Zusammenarbeit mit
RA Alec Crippa
& associés, avocats
Lausanne**

**Security
Management
Initiative**

Können Sie in der Schweiz verklagt werden?

Rechte und Pflichten von Schweizer Unternehmen und Organisationen gegenüber ihren Geschäftsreisenden und Expatriates

**RA Michel Chavanne
in Zusammenarbeit mit
RA Alec Crippa**



HINWEIS

Das vorliegende Dokument ersetzt keine spezifische Rechtsberatung im Fall der Ausführung von Arbeiten in einem Risikoumfeld und es ist nicht dafür gedacht, von Arbeitgebern oder Arbeitnehmern im Human Resources Management direkt eingesetzt zu werden. Dieses Dokument kann nicht als alleinige Entscheidungsgrundlage dienen – es ist weder so abschliessend noch so vollständig, wie dies bestimmte komplexe Situationen erfordern würden.

Um eine bessere Leserlichkeit dieses Dokuments zu gewährleisten, wird darin grundsätzlich nur die männliche Form verwendet. Wir danken für Ihr Verständnis.

Die französische Fassung dieses Dokuments stellt dessen Originalfassung dar, auf welche im Zweifelsfall verwiesen wird.

Copyright © Security Management Initiative (SMI) 2012
Genfer Zentrum für Sicherheitspolitik (GCSP)

Dieser Text ist verfügbar unter: <http://www.securitymanagementinitiative.org/> sowie unter
<http://internationalsoftfoundation.org>

ZU DIESEM DOKUMENT

Dieses Dokument behandelt die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber den Arbeitnehmern aus Sicht des Schweizer Rechts, mit besonderer Berücksichtigung von Unternehmen und Organisationen, die in Gebieten mit hohem Risiko oder in einem gefährlichen (komplexen) Umfeld tätig sind. Es schliesst an die Studie «*Can you get sued? Legal liability of international humanitarian aid agencies towards their staff*» der SMI aus dem Jahr 2011¹ an.

Die SMI-Studie aus dem Jahr 2011 untersuchte die juristische Situation in fünf Ländern – Frankreich, Italien, Grossbritannien, USA und Schweden – und kam zum Schluss, dass internationale Hilfsorganisationen in jedem der genannten Länder nicht nur eine moralische und ethische Verantwortung für das Wohlergehen ihrer Angestellten tragen, sondern ihr Vertragsverhältnis mit ihren Arbeitnehmern auch rechtlichen Normen und Bestimmungen betreffend Fürsorgepflicht und Haftung unterworfen sind.

ZUM AUTOR

Michel Chavanne ist Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV (Schweizerischer Anwaltsverband) für Arbeitsrecht. Während seiner Laufbahn hat er insbesondere verschiedene Funktionen und Aufgaben in Schweizer Hilfsorganisationen wahrgenommen, die in Kriegs- und Krisengebieten im Einsatz sind. Seit 2004 ist Michel Chavanne Partner der Lausanner Anwaltskanzlei *r & associés*. Er bietet Rechtsberatung, vor allem im Bereich Arbeitsrecht, an und steht dabei sowohl Arbeitgebern als auch Arbeitnehmern zur Seite.

Alec Crippa ist ebenfalls Partner dieser Kanzlei. Nach längerer Tätigkeit als Gerichtsssekretär und Richter an Zürcher Gerichten war Alec Crippa während mehrerer Jahre Partner und Leiter der Rechtsberatung der KPMG in Lausanne. Er stiess 2007 zur Kanzlei *r & associés* und ist seither vornehmlich in den Bereichen Gesellschafts-, Arbeits- und Baurecht tätig.

VERDANKUNG

Michel Chavanne wurde bei der Erstellung dieses Dokuments von RA Kathleen Hack, Anwaltspraktikantin in seiner Kanzlei, unterstützt. Die Durchsicht der deutschen Fassung hat Alec Crippa besorgt. Michel Chavanne dankt beiden herzlich für ihre Arbeit. Danken möchten wir auch Ghislain de Kerviler und Maarten Merkelbach für ihre wertvollen Beiträge, Ergänzungen und Kommentare. Wir haben uns darum bemüht, ihre Beiträge korrekt und präzise wiederzugeben. Die SMI zeichnet für den Inhalt dieses Dokuments und alle möglichen Fehler darin allein verantwortlich.

Unser Dank geht auch an das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten, den wichtigsten Geldgeber der SMI. Unterstützt wurde diese Publikation zudem von International SOS Foundation². Unter anderem dienten die Publikationen, die von International SOS zum Thema Fürsorgepflicht herausgegeben wurden,³ als Quelle für die vorliegende Studie.

¹ KEMP Edward und MERKELBACH Maarten, *Can you get sued? Legal liability of international humanitarian aid workers towards their staff*, Security Management Initiative, Genf, 2011.

² <http://internationalsosfoundation.org/>

³ CLAUS Lisbeth, *Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber Expats und deren Angehörigen sowie internationalen Geschäftsreisenden*, International SOS, 2009 und CLAUS Lisbeth, *Duty of Care and Travel Risk Management Global Benchmarking Study*, International SOS, 2011.

AUSGANGSSITUATION UND ZUSAMMENFASSUNG	1
I. EINLEITUNG	5
II. ANWENDBARES RECHT UND ZUSTÄNDIGKEIT DER GERICHTE IN DER SCHWEIZ	5
1. Anwendbares Recht bei Einzelarbeitsverträgen	5
2. Zuständiges Gericht	7
III. FÜRSORGEPLICHT DES ARBEITGEBERS	8
1. Arbeitsrecht in der Schweiz	8
2. Artikel 328 Obligationenrecht (OR)	9
3. Das Arbeitsgesetz (ArG) und seine Verordnungen sowie das Sozialversicherungsrecht	11
4. Umfang der Fürsorgepflicht in der Schweiz	12
5. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit	15
6. Sonderfall: (Ehe)Partner und Kinder des Arbeitnehmers	16
7. Der Fall des Geschäftsreisenden	18
8. Die Fürsorgepflicht nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses	18
9. Konkrete Anwendung des Grundsatzes der Fürsorgepflicht – Zusammenfassung	19
10. Sanktionen bei Verletzung der Fürsorgepflicht	19
IV. RECHTE DES ARBEITGEBERS – PFLICHTEN DES ARBEITNEHMERS	21
1. Allgemein	21
2. Sorgfalts- und Treuepflicht des Arbeitnehmers	21
3. Die Situation des Arbeitnehmers im Fall von Risiken für die eigene Sicherheit und Gesundheit	22
4. Mögliche Sanktionen bei einer Verletzung von Artikel 321a OR	22
V. SCHLUSSFOLGERUNGEN, EMPFEHLUNGEN UND BEMERKUNGEN	23
1. Schlussfolgerungen	23
2. Empfehlungen	23
3. Schlussbemerkungen	25
BEILAGE 1 – WICHTIGSTE ABKÜRZUNGEN	26
BEILAGE 2 – WICHTIGSTE RECHTSGRUNDLAGEN	27
BEILAGE 3 – VERZEICHNIS DER WICHTIGSTEN QUELLEN	28
BEILAGE 4 – BEST PRACTICE-EMPFEHLUNGEN ZUR FÜRSORGEPLICHT	30

Ausgangssituation

In unserer globalisierten Welt, in der die Mobilität unaufhörlich zunimmt und sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber in Gegenden mit wechselndem, instabilem und manchmal sogar gefährlichem politischem Umfeld reisen wollen oder müssen, nimmt das Arbeitsrecht zwangsläufig eine zentrale Stellung ein. Während Arbeitgeber und Arbeitnehmer jeder gegenüber dem anderen Rechte und Pflichten geltend machen können, wissen beide, dass sie Mittel und Wege zur Zusammenarbeit und – notgedrungen – zur Klärung von Fragen im Zusammenhang mit Zwischenfällen, Unfällen und manchmal sogar Schlimmerem finden müssen.

Im Bereich Arbeitsrecht ist selten alles endgültig festgeschrieben, dies nicht einmal in einer Rechtsordnung wie der schweizerischen, die sich ansonsten durch eine relative Stabilität auszeichnet.

Die vorliegenden Ausführungen haben zwei Ziele: einerseits die Sensibilisierung der Arbeitgeber für ihre Fürsorgepflicht gegenüber den Arbeitnehmern, andererseits das Aufzeigen einiger Wege zur Verringerung des Risikos einer Verletzung der entsprechenden Persönlichkeitsrechte von Arbeitnehmern. Dies im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie kantonaler Rechtsprechung.

Das vorliegende Dokument ist vor allem für Kadermitarbeiter, Manager und Personalverantwortliche von Organisationen gedacht, welche in einem internationalen Kontext tätig sind und Arbeitnehmer ins Ausland reisen lassen oder sie für kürzere oder längere Zeit in andere Länder entsenden.

Die Schweizer Gesetzgebung und Rechtsprechung im Bereich Arbeitsrecht unterscheidet kaum zwischen verschiedenen Arten von Arbeitgebern. Ein Wirtschaftsunternehmen, eine humanitäre Organisation und eine Organisation, die Journalisten in Krisengebiete entsendet, werden aus Sicht des Arbeits- und des Sozialversicherungsrechts mehr oder weniger gleich behandelt.

In der Schweiz entspricht die arbeitsrechtliche Verantwortung von internationalen humanitären Organisationen gemäss Recht und Rechtsprechung mit anderen Worten jener jedes anderen Arbeitgebers, ob dieser nun ein multinationaler Konzern oder eine KMU sei.

Die Schweizer Gerichte zögern nicht, Arbeitgebern im Bereich Fürsorgepflicht immer strengere Verhaltensgrundsätze aufzuerlegen. Das gilt auch für Organisationen mit ideellem Zweck, wie ein Bundesgerichtsentscheid von 2012 zeigt.⁴

Die Haftung des Arbeitgebers im Zusammenhang mit seiner Fürsorgepflicht ist somit im Schweizer Recht nicht von der Rechtsform oder dem Zweck (auch wenn dieser ideell ist) der Organisation abhängig.

⁴ Siehe Bundesgerichtsentscheid 2C_462/2011 vom 9. Mai 2012, Erw. 5.2, in dem entschieden wurde, dass eine Gesellschaft, welche die Geschäftsstellen von Berufsverbänden führt, Regeln für das Eingreifen von externen Vertrauenspersonen vorsehen muss, damit die Arbeitnehmer sich im Konfliktfall an diese wenden können.

In der Folge fassen wir die wichtigsten Erkenntnisse der vorliegenden Studie wie folgt zusammen:

Anwendbares Recht

Zuerst einmal muss festgestellt werden, dass es nicht immer einfach ist, das auf ein Arbeitsverhältnis anwendbare Recht zu ermitteln, vor allem dann nicht, wenn es um ein Arbeitsverhältnis in einem internationalen Umfeld geht.

Die Vertragsparteien, d. h. der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer, können unter gewissen Bedingungen die Anwendung bestimmter nationaler Regeln vereinbaren. Treffen die Vertragsparteien keine entsprechende Vereinbarung, ist nach Schweizer Recht grundsätzlich das Recht des Staates anwendbar, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet.

Auf keinen Fall aber kann ausländisches Recht angewendet werden, wenn dieses zu einem mit der Schweizer Rechtsordnung absolut unvereinbaren Resultat führt.

Gerichtsstand

Im Allgemeinen erklären sich die Schweizer Gerichte bei Klagen zuständig, die am Wohnsitz des Beklagten oder am Ort, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, eingereicht werden.

Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

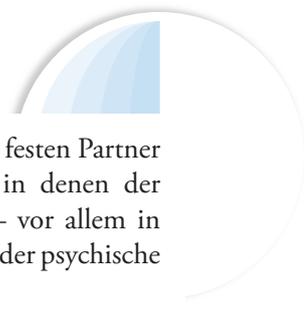
Das Arbeitsrecht in der Schweiz besteht aus einer Vielzahl von Bestimmungen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts. Bei der Begutachtung eines Einzelfalls muss die Gesamtheit der anwendbaren Rechtsnormen beachtet werden.

Wird Arbeit ausserhalb der Schweiz verrichtet, muss der Arbeitgeber der Frage der Fürsorgepflicht besondere Aufmerksamkeit schenken. Die entsprechenden Pflichten des Arbeitgebers basieren auf Artikel 328 des Obligationenrechts (OR; SR 220), der Schweizer Leitnorm in dieser Frage, und unterteilen sich wie folgt:

- Informationspflicht;
- Präventionspflicht;
- Kontrollpflicht/Pflicht zur Überwachung, insbesondere der Einhaltung von Instruktionen und Sicherheitsbestimmungen;
- Interventionspflicht.

Die Art und die Intensität des Eingreifens eines Arbeitgebers hängen von einer Reihe von Faktoren ab (Zweck der Organisation, Fähigkeiten und Erfahrung des Arbeitnehmers, Arbeitsumgebung, Know-how der Organisation und anderer Unternehmen der gleichen Branche) und müssen nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit beurteilt werden.

Je höher die Risiken für die Arbeitnehmer sind, desto bestimmter und entschiedener muss der Arbeitgeber eingreifen. Die Intervention kann dann sogar die Freiheit des Arbeitnehmers einschränken, der sich den Weisungen seines Arbeitgebers fügen muss.



Im Allgemeinen haftet der Arbeitgeber nicht für den Ehepartner, den festen Partner und die Kinder des Arbeitnehmers. Es gibt jedoch Situationen, in denen der Arbeitgeber für diese Personen Verantwortung übernehmen muss – vor allem in einem schwierigen internationalen Umfeld, oder wenn die physische oder psychische Integrität des Partners oder der Kinder in Gefahr geraten könnte.

Als von Arbeitgebern häufig ignorierte Risiken ist auch die Verantwortung für ihre sich auf Geschäftsreisen befindlichen Arbeitnehmer und die Fürsorgepflicht nach Ablauf des Arbeitsverhältnisses zu erwähnen.

Bei einer Verletzung der Fürsorgepflicht müssen der Arbeitgeber und seine Vertreter, vor allem seine Organe, mit verschiedenen Sanktionen rechnen. Im Zivilrecht sind dies hauptsächlich das Leisten von Schadenersatz und einer Genugtuung. Weitere Sanktionen können von den Verwaltungs-, aber auch durch die Strafverfolgungsbehörden verhängt werden. Es kommt nicht selten vor, dass die Strafverfolgungsbehörden in der Folge von Unfällen, Belästigungen und anderen Zwischenfällen Untersuchungen einleiten, die zu strafrechtlichen Sanktionen führen können.

Die Rechte des Arbeitgebers

Die Rechte des Arbeitgebers in der Schweiz lassen sich hauptsächlich aus Art. 321a OR ableiten. Dieser Artikel ist das Gegenstück zu Art. 328 OR.

Der Arbeitnehmer hat die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Diese Sorgfaltspflicht kann und muss – genauso wie die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers – für jedes Arbeitsverhältnis definiert werden, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die für die Arbeit verlangt werden, sowie der Verantwortung des Arbeitnehmers und der Ziele des Vertrags.

Je nach den Umständen muss der Arbeitnehmer selber spontan Massnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und zur Senkung der Risiken treffen, wie dies beispielsweise auf Baustellen der Fall ist. Das Nichtbeachten von Sicherheitsmassnahmen kann einen Arbeitgeber dazu zwingen, Sanktionen zu treffen, die im schlimmsten Fall bis zur fristlosen Entlassung gehen können (Art. 337 OR).

Schlussfolgerungen, Empfehlungen und Bemerkungen

Aus all diesem ergibt sich als Schlussfolgerung, dass Arbeitgeber zweifellos weitergehend haften, als es viele vermuten – besonders in einem internationalen Umfeld, oder wenn Partner und andere Angehörige betroffen sind.

Wir empfehlen eine umfassende Präventionsarbeit. Der Arbeitgeber muss Rechtsberatung in Anspruch nehmen, Informationen über die Arbeitsbedingungen einholen, das Betriebsumfeld analysieren, um einerseits präventive Massnahmen ergreifen und andererseits im Falle von Unfällen und Problemen angemessen reagieren zu können. Je mehr Präventionsarbeit der Arbeitgeber leistet, desto weniger ist er Rechtsstreitigkeiten und entsprechenden Verfahren ausgesetzt.

Um die Effizienz seines operativen Vorgehens verbessern und seine Rechte im Falle eines Rechtsstreits bestmöglichst geltend machen zu können, muss ein Arbeitgeber



jederzeit in der Lage sein zu beweisen, dass er die geeigneten Massnahmen getroffen hat – wenn nötig mittels einer vollständigen Dokumentation dieser Massnahmen.

Zum Schluss sei gesagt, dass die Fürsorgepflicht mehr als bloss eine moralische oder ethische Verpflichtung ist. Es handelt sich um eine Rechtspflicht, die den Grundstein der Personalpolitik eines Unternehmens bilden muss. Diese Politik hat auf einer vollständigen Risikoanalyse, der Auswahl der geeigneten Massnahmen, sowie deren Umsetzung und Überwachung zu basieren sowie auf der Fähigkeit, angemessen zu reagieren, sollte sich ein Risiko konkret realisieren.

Angesichts dieser Anforderungen versteht man auch besser, weshalb Unternehmen zunehmend Fachleute für Umwelt, Gesundheit und Hygiene einstellen.

I. EINLEITUNG

Das vorliegende Dokument beschäftigt sich mit den Pflichten des Arbeitgebers zum Schutz der Arbeitnehmer aus Sicht des Schweizer Rechts – dies unter besonderer Berücksichtigung von Organisationen und Unternehmen, die in Gebieten mit hohem Risiko oder in einem gefährlichen (komplexen) Umfeld tätig sind. Es schliesst an die Publikation der SMI aus dem Jahr 2011 an⁵ und nimmt nicht für sich in Anspruch, das Thema der Fürsorgepflicht vollständig und abschliessend zu behandeln.

Die Verantwortung des Arbeitgebers ist gross und geht weit über die rein juristischen Aspekte hinaus. Es darf in der Tat nicht vergessen werden, dass ein Verstoss gegen die Fürsorgepflicht weitreichende andere Folgen haben kann, wie zum Beispiel die Beeinträchtigung des Images auf nationaler und internationaler Ebene, verheerende Auswirkungen auf die Arbeitsmoral der Angestellten sowie auf die Möglichkeit, neue Mitarbeiter zu rekrutieren oder Kapital zu mobilisieren.

II. ANWENDBARES RECHT UND ZUSTÄNDIGKEIT DER GERICHTE IN DER SCHWEIZ

Zum Anfang möchten wir klarstellen, dass in diesem Dokument nur die auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Bestimmungen des Schweizer Rechts untersucht werden, ohne Berücksichtigung von anderen Gesetzgebungen, die möglicherweise anwendbar sind, wenn ein Sachverhalt mehrere staatliche Rechtsordnungen berührt. Vorab dürften einige Hinweise zum in der Schweiz anwendbaren Recht und zur Zuständigkeit der Schweizer Gerichte bei Arbeitsverhältnissen in einem internationalen Umfeld nützlich sein.

1. Anwendbares Recht bei Einzelarbeitsverträgen

Die Frage nach dem auf einen Arbeitsvertrag mit internationalem Charakter anwendbaren Recht ist für Juristen sehr heikel. Die nationalen Gesetzgebungen geben darauf nur partielle Antworten, die sich teilweise widersprechen und vor allem viele offene Fragen hinterlassen.

Oft steht der Jurist vor einer Situation, welche als Gesetzeskollision beschrieben wird. Es ist möglich, dass mehrere Gesetze verschiedener Länder auf das Vertragsverhältnis zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer anwendbar sind. In anderen Fällen wiederum kommt es vor, dass kein bestimmtes Recht oder Gesetz anwendbar scheint, was zu einem Rechtsvakuum führt.⁶

In der Schweiz regelt das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG, SR 291) diese Fragen. Aus arbeitsrechtlicher Sicht muss unterschieden werden, ob die Parteien den Vertrag einem Recht unterstellt haben oder nicht.

⁵ Siehe Fussnote 1.

⁶ DONATELLO Giuseppe, *Le droit applicable au contrat de travail* in: Rémy Wylter (Herausgeber), *Panorama en droit du travail II*, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012, S. 109 ff.



a. Die Parteien unterstellen den Vertrag einem anwendbaren Recht

Um Missbräuche zu vermeiden und vor allem um die Umgehung des Schweizer Rechts zu verhindern, ist die Wahl des anwendbaren Rechts für die Parteien eines Arbeitsvertrages stark eingeschränkt.

Gemäss Art. 121 Abs. 3 IPRG können die Parteien den Arbeitsvertrag nur dem Recht des Staates unterstellen,

- in dem der Arbeitnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat⁷,
- in dem der Arbeitgeber seine Niederlassung hat⁸ oder
- in dem der Arbeitgeber seinen Wohnsitz hat⁹.

Um jede Unsicherheit bezüglich des anwendbaren Rechts auszuschliessen, ist es zweifellos ratsam, dass die Parteien den Vertrag einem Recht unterstellen, auch wenn die Schweizer Gesetzgebung diesbezüglich nur eine beschränkte Wahlfreiheit bietet.

b. Die Parteien haben den Vertrag keinem bestimmten Recht unterstellt

Unterstellen die Parteien den Vertrag keinem bestimmten Recht, so sieht das Schweizer Recht vor, dass der Vertrag dem Recht des Staates untersteht, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (Art. 121 Abs. 1 IPRG). Es reicht also nicht aus, dass der Arbeitnehmer seine Arbeit von Zeit zu Zeit in einem anderen Staat verrichtet, damit das Recht dieses Staates anwendbar ist.¹⁰

Verrichtet der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich in mehreren Staaten, so untersteht der Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung oder, wenn eine solche fehlt, der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt des Arbeitgebers befindet (Art. 121 Abs. 2 IPRG).¹¹ In Ausnahmefällen kann Art. 117 IPRG jedoch der Anwendung von Art. 121 entgegenstehen. Art. 117 Abs. 1 IPRG sieht nämlich vor, dass der Vertrag bei Fehlen einer Rechtswahl dem Recht des Staates untersteht, mit dem er am engsten zusammenhängt.

In Anbetracht der oben erwähnten Regeln sind wir der – nicht von allen geteilten¹² – Ansicht, dass es gerechtfertigt ist, auch eine Arbeit im Ausland den Bestimmungen über den Gesundheitsschutz des Schweizer Rechts zu unterstellen, wenn sowohl der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber ihren (Wohn-)Sitz in der Schweiz haben. Dem Arbeitnehmer wird damit ein minimaler Gesundheitsschutz, wie er in der Schweiz üblich ist, gewährleistet.

Es wird daran erinnert, dass die Anwendung von Bestimmungen eines ausländischen Rechts ausgeschlossen ist, wenn sie zu einem Ergebnis führen würde, das mit dem schweizerischen Ordre public unvereinbar ist (Art. 17 IPRG).

⁷ Gemäss Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG hat eine natürliche Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt in dem Staat, in dem sie während längerer Zeit lebt, selbst wenn diese Zeit zum vornherein befristet ist.

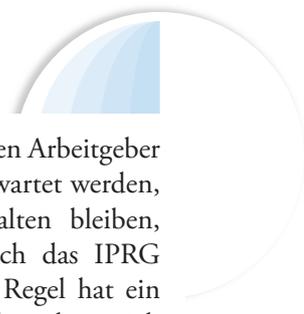
⁸ Gemäss Art. 21 Abs. 4 IPRG befindet sich die Niederlassung einer Gesellschaft in dem Staat, in dem der Sitz liegt, oder in einem der Staaten, in dem sich eine Zweigniederlassung befindet.

⁹ Als Sitz einer Gesellschaft gilt der in den Statuten oder im Gesellschaftsvertrag bezeichnete Ort. (Art. 21 Abs. 2 IPRG).

¹⁰ GEISER Thomas (Lüthi Jean-Jacques), *art. 1* in: Thomas Geiser, Adrian von Kaenel, Rémy Wyler (Hrsg.), *Commentaire de la Loi sur le Travail*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2005, S. 26 ff., bes. S. 33 ff. in Bezug auf Abs. 3.

¹¹ Für eine neuere Anwendung dieser Regel durch das Bundesgericht siehe Entscheid 4A_559/2008 vom 12. März 2009. Buchstabe A. a.

¹² GEISER Thomas, *op. cit.*, Notizen zu Art. 1, S. 39 ff.



In jedem Fall kann bei einer Verletzung der Fürsorgepflicht durch einen Arbeitgeber von einem Schweizer Gericht die Anwendung von Art. 18 IPRG erwartet werden, gemäss dem Bestimmungen des schweizerischen Rechts vorbehalten bleiben, die wegen ihres besonderen Zweckes, unabhängig von dem durch das IPRG bezeichneten Recht, zwingend anzuwenden sind. Aufgrund dieser Regel hat ein Schweizer Gericht immer die Möglichkeit, Art. 328 OR anzuwenden, da es sich dabei um eine sogenannt relativ zwingende Bestimmung des schweizerischen Rechts handelt, (dazu nachfolgend Ziff. III, 2)

2. Zuständiges Gericht

Genauso heikel wie die Frage des anwendbaren Rechts, ist bei einem Arbeitsverhältnis in einem internationalen Umfeld diejenige des Gerichtsstands.

Gemäss Art. 115 Abs. 1 IPRG sind bei Klagen aus einem Arbeitsvertrag die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten oder am Ort zuständig, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet.

Der Arbeitnehmer kann auch an seinem schweizerischen Wohnsitz oder an seinem gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz Klage einreichen (Art. 115 Abs. 2 IPRG).

Dem IPRG und vor allem den Bestimmungen von Art. 115 IPRG können jedoch Bestimmungen internationaler Abkommen, welche die Schweiz ratifiziert hat, wie das Lugano-Übereinkommen¹³ oder die bilateralen Verträge mit der Europäischen Union vorgehen.

¹³ SR 0.275.12.

III. FÜRSORGEFLICHT DES ARBEITGEBERS

Die Fürsorgepflicht, wie sie im vorliegenden Dokument verstanden wird, beinhaltet, dass natürliche und juristische Personen gesetzlich verpflichtet sind, anderen gegenüber Vorsicht und Umsicht walten zu lassen, um Risiken zu vermeiden und vorhersehbare Schäden zu verhindern.

Vor der Beschäftigung mit den spezifischen Elementen, die sich aus dieser Pflicht ergeben, fassen wir kurz die nach Schweizer Recht auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Regeln zusammen.

1. Arbeitsrecht in der Schweiz

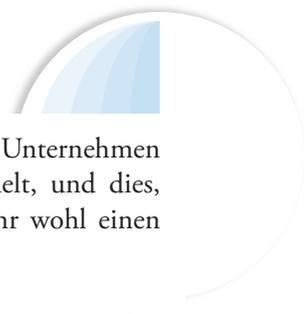
Das Arbeitsrecht in der Schweiz besteht aus einer Gesamtheit von Regeln des Privatrechts und des öffentlichen Rechts, die wie folgt unterschieden werden:

- das private Arbeitsrecht, d. h. vor allem die Art. 319 bis 362 OR. Diese Regeln waren, wie bei Gesetzesänderungen üblich, bei ihrer Einführung Gegenstand einer Botschaft des Bundesrates. Dieser Text ist bei einer Analyse der entsprechenden Bestimmungen sehr nützlich.
- das kollektive Arbeitsrecht: Es handelt sich dabei um besonders wichtige Rechtsregeln in der Schweiz. Die wichtigsten Bestimmungen dazu finden sich in den Art. 356 bis 385 OR, im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen und in den Gesamtarbeitsverträgen zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen.
- das öffentliche Recht (v.a. Gesundheitsschutz): Hier gibt es eine Vielzahl von Gesetzen, Verordnungen, Weisungen und Wegleitungen, die den Schutz der Gesundheit oder die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen bezwecken. Wir erwähnen an dieser Stelle nur die wichtigsten davon:
- das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG, SR 822.11) und seine Verordnungen;
- das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG, SR 151.1);
- die Sozialversicherungsgesetze (z. B. das Bundesgesetz über die Unfallversicherung, UVG, SR 832.20).

Wir werden sehen, dass die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, die z. B. bei Themen wie Sozialversicherungsprämien oder Leistungen im Falle von Krankheit oder Unfall des Arbeitnehmers eine zentrale Rolle spielt, für die spezifische Frage der Fürsorgepflicht nur geringe praktische Auswirkungen hat – insbesondere seit das Bundesgericht den Art. 328 OR als Konkretisierung des öffentlichen Rechts bezeichnet hat¹⁴.

In der Schweiz gibt es zwar eine ziemlich umfassende Rechtsprechung im Bereich der Fürsorgepflicht, doch unseres Wissens gibt es keine Entscheidung, die diese

¹⁴ BGE 132 III 257 (E. 5).



Pflicht im Rahmen von Arbeitsverhältnissen in multinationalen Unternehmen oder in international tätigen humanitären Organisationen behandelt, und dies, obwohl einige von den Gerichten zu beurteilende Sachverhalte sehr wohl einen internationalen Kontext betrafen.

Schematisch dargestellt, kommen bei Arbeitsverhältnissen in einem internationalen Kontext die folgenden Situationen vor:

- Kurzfristige Entsendung: Der Arbeitnehmer wird für eine kurze Dauer ins Ausland entsandt. Sein ursprünglicher Arbeitsvertrag bleibt gültig, wird aber durch einen Zusatz ergänzt.
- Entsendung als „Expatriate“: Der Arbeitnehmer wird für eine längere Zeit ins Ausland entsandt. Oft wird sein Arbeitsvertrag suspendiert. Mit der Filiale im Zielland wird in diesem Fall ein neuer Vertrag abgeschlossen.
- Arbeit unter lokalem Arbeitsvertrag: Der Arbeitnehmer wird auf unbefristete Dauer ins Ausland entsandt. Sein ursprünglicher Vertrag mit dem Mutterhaus wird aufgelöst. Der Arbeitnehmer schliesst mit der Filiale im Zielland einen neuen Vertrag ab, und es besteht vorübergehend kein Vertragsverhältnis mit dem Mutterhaus mehr.
- Geschäftsreise oder Auslandeinsatz: Der Arbeitnehmer reist, manchmal sehr regelmässig, für beschränkte Zeit ins Ausland, um dort eine Aufgabe gemäss seinem Arbeitsvertrag zu erfüllen.

Unabhängig vom anwendbaren Recht sollte jeder Arbeitgeber besonderen Wert auf die physische und psychische Gesundheit seiner Arbeitnehmer legen. Die Arbeitnehmer international tätiger Unternehmen und Organisationen sind neben den gängigen gesundheitlichen Beeinträchtigungen wie Burnout oder Depression aufgrund ihres Arbeitsumfeldes auch vermehrt anderen Gefahren physischer (Kriminalität, Geiselnahme, Krieg, Verkehrsunfälle) und psychischer Natur (besonders der posttraumatischen Belastungsstörung¹⁵) ausgesetzt.

2. Artikel 328 Obligationenrecht (OR)

Für die Untersuchung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist Art. 328 OR unbestrittenermassen die grundlegende Norm im Schweizer Recht.

Dieser Artikel beschreibt die Pflichten des Arbeitgebers sehr allgemein und bietet damit allen beteiligten Parteien, d. h. den Arbeitgebern, den Arbeitnehmern, aber auch den Gerichten, grossen Interpretationsspielraum. Die Gerichte fallen in Bezug auf die Informationspflicht, die Präventionspflicht, die Kontrollpflicht und die

¹⁵ Eine Posttraumatische Belastungsstörung (PTBS) ist eine schwerwiegende psychische Erkrankung, die infolge eines traumatischen Erlebnisses auftritt. Die Posttraumatische Belastungsstörung ist eine psychische Reaktion auf eine Situation, in der die physische und/oder psychische Integrität des Patienten und/oder seines Umfelds bedroht oder tatsächlich beeinträchtigt wurde (z. B. durch einen schweren Unfall, einen gewaltsamen Tod, eine Vergewaltigung, einen Angriff, eine schwere Krankheit, Krieg oder ein Attentat). Die unmittelbare Reaktion auf das Ereignis ist Angst, Entsetzen und Hilflosigkeit. Die PTBS tritt manchmal nach Abflachen der ersten Stressreaktion auf das traumatische Erlebnis auf, kann aber auch erst viel später einsetzen (nach mehreren Wochen oder gar Monaten). Verfügt der Patient bereits über eine fragile Psyche (Depressionen, Angststörungen usw.), erhöht sich das Risiko einer PTBS. Ein traumatisches Erlebnis kann aber auch bei vollständig gesunden Menschen eine PTBS auslösen (Definition übersetzt aus dem Französischen. Quelle: http://fr.wikipedia.org/wiki/Trouble_de_stress_post-traumatique, Stand 23 April 2012, 20.30 h).



Interventionspflicht entsprechend mitunter überraschende Urteile. In Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit darf von Arbeitgebern zwar nur verlangt werden, was für das Unternehmen „wirtschaftlich vertretbar“ ist, doch wenn sich ein Arbeitnehmer an einer Maschine verletzt oder als Geisel genommen wird – mit den bekannten, manchmal tödlichen Folgen – lässt sich feststellen, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit tendenziell zu Ungunsten des Arbeitgebers ausgelegt wird, der sich nicht einfach auf Schicksal, Treu und Glauben oder die dem Betrieb inhärenten Risiken berufen kann.

Der Art. 328 OR hat im Schweizer Recht sogenannt relativ zwingenden Charakter, d. h. seine Anwendung kann nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers ausgeschlossen werden. Er beschreibt den grundlegenden Schutz, den jeder Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern zukommen lassen muss, in folgenden Worten:

1. Der Arbeitgeber hat im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Er muss insbesondere dafür sorgen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht sexuell belästigt werden und dass den Opfern von sexuellen Belästigungen keine weiteren Nachteile entstehen.
2. Er hat zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher 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.

Diese Fürsorgepflicht ist, wie früher angemerkt, das Gegenstück zur Sorgfalts- und Treuepflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a OR). Sie ist sehr allgemein formuliert und musste von den Gerichten konkretisiert werden. Der Arbeitgeber muss – je nach den konkreten Umständen – Massnahmen ergreifen (präventive oder unterstützende Massnahmen) oder unterlassen (keine Anweisungen erteilen, die seiner Pflicht, die Gesundheit der Angestellten zu schützen, entgegenlaufen), um die Persönlichkeit der Angestellten zu schützen.

Der Arbeitgeber ist verpflichtet dafür zu sorgen, dass Organe des Unternehmens, Vorgesetzte sowie andere Mitglieder des Personals¹⁶ und sogar Dritte wie zum Beispiel externe Beauftragte¹⁷, Lieferanten oder Kunden¹⁸ die Persönlichkeitsrechte seiner Arbeitnehmer nicht verletzen.

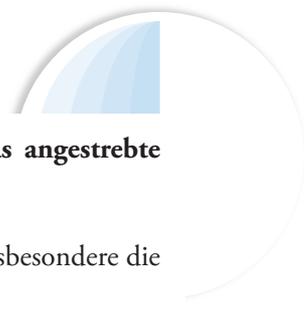
In den Gegenden dieser Welt, in denen Geiselnahmen vorkommen und Gewaltverbrechen häufig sind, ist der Arbeitgeber entsprechend verpflichtet, Massnahmen zum Schutz seiner Angestellten vor solchen Angriffen auf ihre Integrität zu treffen.

Der Art. 328 OR auferlegt keine Pflicht, ein bestimmtes Ziel im juristischen Sinne zu erreichen (keine Ergebnisverpflichtung). Um nicht für Schäden haften

¹⁶ BGE 127 III 351 Erw. 4b = SJ 2001 I 369.

¹⁷ THÉVENOZ Luc, *N 7 ad art. 101 CO, CR-CO I*, Hebling & Lichtenhahn, Basel, 2003.

¹⁸ SUBILIA Olivier / DUC Jean-Louis, *Droit du travail, éléments de droit suisse*, Editions BIS & TER SNC, Lausanne, 2010, S. 313 ff.



zu müssen, ist der Arbeitgeber in erster Linie verpflichtet, **auf das angestrebte Ergebnis hinzuwirken (= Mittelverpflichtung)**.

Der Schutz der Persönlichkeit im Sinne von Art. 328 OR umfasst insbesondere die folgenden Aspekte¹⁹:

- den Schutz der physischen und psychischen Gesundheit im Allgemeinen, inklusive die Pflicht zur Prävention im beruflichen Umfeld;
- den Schutz der persönlichen und beruflichen Ehre;
- die Pflicht, dem Arbeitnehmer Hilfe zu leisten und ihn zu unterstützen, z. B. im Falle von zwischenmenschlichen Konflikten innerhalb des Unternehmens;
- das Verbot von Mobbing und sexueller Belästigung;
- den Schutz der Privatsphäre;
- die Gleichbehandlung.

Art. 328 OR ist also sehr allgemeiner Natur und definiert die Fürsorgepflicht umfassender als andere Rechtsordnungen.

Der Umfang des von Art. 328 OR tatsächlich vorgesehenen Schutzes muss jedoch von Fall zu Fall bestimmt werden, insbesondere im Lichte des Arbeitsumfelds und der bekannten Risiken sowie der Erfahrung und dem Wissen des Arbeitnehmers.

3. Das Arbeitsgesetz (ArG) und seine Verordnungen sowie das Sozialversicherungsrecht

Das Arbeitsgesetz, ein Gesetz öffentlicher Rechts, ist auf eine grosse Mehrheit der Schweizer Arbeitgeber und Arbeitnehmer anwendbar.

Die Frage seiner Anwendbarkeit auf im Ausland tätige Arbeitnehmer von Schweizer Unternehmen ist noch offen. Diese Unsicherheit besteht auch in Bezug auf die Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3, SR 822.113), welche die Massnahmen regelt, die der Arbeitgeber zu treffen hat, um jede Gefährdung der physischen und psychischen Gesundheit der Arbeitnehmer zu verhindern.

Art. 2 Abs. 1 ArGV 3 sieht insbesondere vor, dass der Arbeitgeber dafür sorgen muss, dass:

- a. ergonomisch und hygienisch gute Arbeitsbedingungen herrschen;
- b. die Gesundheit nicht durch schädliche und belästigende physikalische, chemische und biologische Einflüsse beeinträchtigt wird;
- c. eine übermässig starke oder allzu einseitige Beanspruchung vermieden wird;
- d. die Arbeit geeignet organisiert wird.

¹⁹ CARRUZZO Philippe, *Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations*, Schulthess Verlag, Zürich/Basel/Genf, 2009, S. 273 ff.; SCHEIDEGGER Hans-Ulrich/ PITTELOUD Christine, art. 6, in: Thomas Geiser, Adrian von Kaenel, Rémy Wyler (Hrsg.), *Commentaire de la Loi sur le Travail*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2005, S. 111 ff.



Art. 6 ArG²⁰, der Art. 328 OR inhaltlich sehr nahekommt, wird nach gängiger Doktrin gleich wie letzterer interpretiert.²¹ Die Verpflichtung, die Sicherheit des Arbeitnehmers zu gewährleisten, entspricht somit im Privatrecht und öffentlichen Recht einem einheitlichen Konzept.

Die Gerichte zögern nicht, Regeln öffentlichen Rechts in die Auslegung von Art. 328 OR einzubeziehen. Das öffentliche Recht wird somit Teil privatrechtlicher Beziehungen, was die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht oft künstlich wirken lässt.

Im Gegensatz zu Art. 328 OR ermöglicht Art. 6 ArG dem Arbeitnehmer, sich an die Vollzugsbehörden zu wenden, die – sollten sie feststellen, dass die Gesundheit eines oder mehrerer Arbeitnehmer ungenügend geschützt ist – vom arbeitgebenden Unternehmen die erforderlichen Massnahmen verlangen können. Der unter Vertrag stehende Angestellte muss in einem solchen Fall nicht persönlich intervenieren, um die Anwendung von Art. 328 OR zu gewährleisten.

Art. 6 ArG gibt den kantonalen Aufsichtsbehörden somit eine Interventionsbefugnis, die Art. 328 OR nicht bietet.

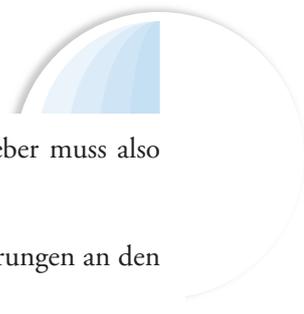
4. Umfang der Fürsorgepflicht in der Schweiz

Unabhängig von den abwendbaren Rechtsnormen wird allgemein anerkannt, dass der Arbeitgeber im Rahmen seiner Fürsorgepflicht das Leben, die Gesundheit und die persönliche Integrität des Arbeitnehmers zu schützen hat. Konkret bedeutet dies, dass der Arbeitgeber die folgenden Pflichten hat:

- **Informationspflicht:** Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer über alle aussergewöhnlichen Risiken, die dieser nicht kennt, und über die Massnahmen zu deren Vermeidung zu informieren. Der Umfang der Informationspflicht variiert von Fall zu Fall. Konkret hängt diese vom Arbeitsumfeld, von der Art des Risikos, von der Erfahrung des Arbeitnehmers, von seinem Wissen und von den verfolgten Zielen ab. So kann man annehmen, dass ein Arbeitnehmer, der nach dem Erdbeben 2010 im Rahmen einer humanitären Hilfsaktion nach Haiti reist, mehr Informationen über die Situation im Land, die Sicherheitsverhältnisse und die medizinischen Angebote erhalten muss als ein Arbeitnehmer, der 2011 in Singapur eingesetzt wird. In der Praxis wird grundsätzlich jedem Arbeitgeber, der seinen Arbeitnehmer vor einem Auslandeinsatz gewissenhaft informiert hat, empfohlen, diesen Arbeitnehmer eine Erklärung unterzeichnen zu lassen, die bestätigt, dass er alle notwendigen Erklärungen zur Situation im Land, in das er entsandt wird, erhalten hat und dass er die Möglichkeit hatte, kompetenten und erfahrenen Personen alle Fragen bezüglich Sicherheit, Lebensbedingungen vor Ort, Gesundheitsinfrastruktur und Gesundheitsrisiken im Allgemeinen zu stellen.
- **Präventionspflicht:** Der Arbeitgeber muss Unfallrisiken erkennen und entsprechend handeln. Er ist zur Unfallverhütung verpflichtet und hat dabei zu beachten, was bei normalem Lauf der Dinge und bei Unaufmerksamkeit

²⁰ Siehe Anhang 2.

²¹ SCHEIDEGGER Hans-Ulrich/PITTELOUD Christine, *op. cit.*, S. 126.



oder Unvorsicht des Angestellten geschehen kann. Der Arbeitgeber muss also vorausschauend handeln.²²

Bereits vor vierzig Jahren formulierte das Bundesgericht die Anforderungen an den Arbeitgeber relativ streng:

„(...) er hat gefährliche Einrichtungen und Maschinen mit angemessenen Sicherheitsvorrichtungen auf dem neusten Stand der Technik auszurüsten (...). Er ist andererseits verpflichtet, die Arbeitnehmer über die Risiken, denen sie ausgesetzt sind, zu informieren und ihnen das Verhalten zu deren Vermeidung vorzuschreiben. Die Art und der Umfang der Vorsichtsmassnahmen, zu denen der Arbeitgeber verpflichtet ist, hängen weitgehend von der Person des Arbeitnehmers, seiner Ausbildung und seinen Fähigkeiten ab.“²³

Die Fürsorgepflicht des Arbeitnehmers umfasst die Verhütung aller Unfälle, die nicht auf ein unvorhersehbares Verhalten beziehungsweise auf schweres Verschulden des Opfers zurückzuführen sind. So hat das Bundesgericht vor mehreren Jahren in einem tragischen Fall einem Hauseigentümer, der seine Angestellten angewiesen hatte, die im Wohnzimmer ausgestellten Waffen abzustauben, ohne sie zu warnen, dass eine der Schusswaffen geladen war, schuldhaftes Verhalten vorgeworfen. Ein Schuss löste sich unerwartet, was zur Invalidität einer Arbeitnehmerin führte.²⁴

Analog dazu kann man annehmen, dass ein Arbeitgeber, der in einem heiklen und krisenanfällig internationalen Umfeld tätig ist, eventuelle Geiselnahmen seiner Arbeitnehmer vorhersehen muss. Aus verständlichen Gründen darf der Arbeitgeber diesbezüglich eine gewisse Diskretion walten lassen, doch das entbindet ihn nicht von der Verpflichtung, vorausschauend zu planen und für entsprechende hochriskante Situationen Massnahmen vorzusehen.

Das Vorhandensein oder Fehlen von Richtlinien im Umgang mit Sicherheitsproblemen in einem Unternehmen spielt bei der Beurteilung der Ursachen eines Unfalls durch die Gerichte oft eine wichtige Rolle.²⁵ Richtlinien, die den Anforderungen im entsprechenden Gebiet nicht entsprechen, oder fehlende Richtlinien, können als Fahrlässigkeit oder Realitätsverweigerung des Arbeitgebers gewertet werden.

- Kontrollpflicht/Pflicht zur Überwachung der Anwendung von Sicherheitsbestimmungen: Auch wenn ein Arbeitgeber seine Arbeitnehmer bezüglich der Einhaltung von Sicherheitsvorschriften richtig instruiert hat, muss er mittels regelmässiger Kontrollen sicherstellen, dass die Vorschriften eingehalten werden. Der Arbeitgeber muss eingreifen und falsches Verhalten korrigieren. Bei fehlender Kontrolle kann er für falsches Verhalten haftbar gemacht werden. Ein Beispiel: Ein Arbeitgeber wurde verurteilt, weil er toleriert hatte, dass ein Angestellter keine Schutzbrille trug. Dieser Angestellte verlor infolge dieser Fahrlässigkeit ein Auge.²⁶

²² BGE 112 II 138.

²³ BGE 95 II 132 Erw. 1. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2095132.html>)

²⁴ BGE 112 II 138.

²⁵ Beispiel: Bundesgerichtsentscheid 4A_132/2010 vom 5. Mai 2011.

²⁶ BGE 102 II 18.

- 
- Interventionspflicht: Gemäss Art. 321d OR kann der Arbeitgeber Anordnungen erlassen, um den Gesundheitsschutz und die Unfallprävention zu gewährleisten. Dabei muss sein Handeln jedoch mit Art. 328 OR vereinbar sein.

Diese Anordnungen und besonderen Weisungen des Arbeitgebers dürfen grundsätzlich nicht in das Leben der Arbeitnehmer ausserhalb ihrer Arbeitszeit eingreifen; das Recht, Anordnungen in Bezug auf das Verhalten der Arbeitnehmer ausserhalb des Unternehmens zu erlassen, wird dem Arbeitgeber von einigen Autoren abgesprochen²⁷. Hier gilt es also, mit noch mehr Feingefühl vorzugehen als bei der Aufstellung von Vorschriften, die während der Arbeitszeit gelten. Die verfassungsmässigen Rechte und die zwingenden Rechte der Arbeitnehmer müssen unbedingt respektiert werden.

Je nach Situation und der Art und den Bedürfnissen des Unternehmens gilt es jedoch zu relativieren. So müssen Ausnahmen für sogenannte Tendenzbetriebe (Unternehmen mit ideellem Zweck, die beispielsweise im konfessionellen oder politischen Bereich tätig sind) formuliert werden. In einem *Leitentscheid*²⁸ hat das Bundesgericht zu Recht erkannt, dass eine Person, die mit einem solchen Unternehmen einen Vertrag abschliesst, eine erhöhte Treuepflicht akzeptiert, was bedeutet, dass sie auch ausserhalb ihrer beruflichen Tätigkeit jedes Verhalten vermeiden muss, das dem angestrebten Image des Unternehmens schaden könnte. Diese erhöhte Treuepflicht (Art. 321a OR) rechtfertigt in gewisser Weise, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bestimmte Beschränkungen für sein Verhalten in der Freizeit auferlegt. Das Bundesgericht entschied im *Leitentscheid*, dass eine Gewerkschaft mit einem starken Bezug zur politischen Linken rechtmässig einen Kadermitarbeiter entlassen konnte, der ein enges Verhältnis zu politischen Bewegungen unterhielt, die als politisch rechts gelten.²⁹

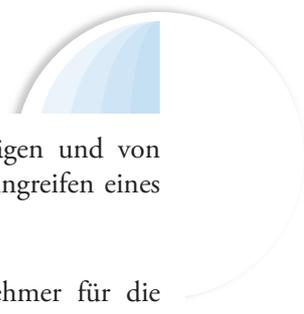
Unserer Meinung nach sind Richtlinien des Arbeitgebers, die in das Leben der Arbeitnehmer ausserhalb der Arbeitszeiten eingreifen, in einem weiteren Fall gerechtfertigt, nämlich wenn ein Interessenkonflikt oder das Arbeitsumfeld die Befolgung bestimmter Verhaltensregeln zum Schutz des Arbeitgebers oder der Arbeitnehmer notwendig macht. In einem sehr angespannten Umfeld (Gegenden mit bewaffneten Konflikten oder einer hohen Verbrechensrate) haben Verhaltensregeln (oder Sicherheitsbestimmungen) zum Ziel, die Arbeit von bestimmten Organisationen und derer Angestellten zu gewährleisten und gleichzeitig auch einen besseren Schutz vor Verbrechen zu bieten.

Ausgangsregelungen mit zeitlichen oder geografischen Einschränkungen, inkl. solchen für die arbeitsfreie Zeit, können das Risiko von physischen (Überfall, Verletzung, Mord, Geiselnahme usw.) und psychischen Beeinträchtigungen der Integrität deutlich reduzieren. Unter gewissen Umständen kann sich die Einhaltung solcher Regeln als entscheidend oder gar lebenswichtig erweisen. Man denke dabei an Arbeitnehmer, die sich einzig aus beruflichen Gründen in instabile Gegenden begeben, wie zum Beispiel bestimmte Berufsleute, die in der Erdölförderung, dem Bergbau oder in bewaffneten Konflikten eingesetzt werden (Sicherheitsfirmen, humanitäre Organisationen).

²⁷ BRUNNER Christiane/BÜHLER Jean-Michel/WÄEBER Jean-Bernard/BRUCHEZ Christian, *N1 ad art. 321d CO* in: *Commentaire du contrat de travail*, Editions Réalités sociales, Lausanne, 2004, S. 72

²⁸ BGE 130 III 699 Erw. 4.1.

²⁹ BGE 130 III 699 Erw. 4.2.



Es dürfte klar geworden sein: Es geht darum, Interessen abzuwägen und von Fall zu Fall zu entscheiden, ob ein Eingreifen oder ein fehlendes Eingreifen eines Arbeitgebers akzeptabel ist.³⁰

Nach unserem Verständnis kann der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer für die Nichteinhaltung von solchen Sicherheitsvorschriften ohne weiteres mit einem Verweis oder in schwerwiegenden Fällen gar mit einer fristlosen Entlassung sanktionieren (Anwendung von Art. 337 OR).

Durch die Nichteinhaltung von Sicherheitsvorschriften setzt ein Arbeitnehmer nicht nur seine eigene Integrität aufs Spiel – eine Integrität, die zu schützen Pflicht des Arbeitgebers ist – sondern auch diejenige seiner Arbeitskollegen, seiner Vorgesetzten oder sogar seines Arbeitgebers. Letzterer hat deshalb aufgrund der Pflichten, die ihm auferlegt sind, keine andere Wahl, als ein (potentiell) gefährliches Verhalten entschieden zu ahnden.

5. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit³¹

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit spielt bei der Anwendung der Fürsorgepflicht eine massgebliche Rolle. Es ist offensichtlich, dass ein Arbeitgeber nicht für jeden Unfall und jede Krankheit seiner Angestellten haftbar gemacht werden kann. Andererseits wird heute gerade bei einer grossen Schadenswahrscheinlichkeit wie bei der Arbeit mit Asbest oder dem Einsatz einer Organisation in einem bewaffneten Konflikt von einem Arbeitgeber erwartet, dass er Vorkehrungen und Massnahmen trifft, um Unfälle und Krankheiten nach Möglichkeit zu verhindern. Die Grenze zwischen Eingreifen und Nicht-Eingreifen ist jedoch nicht klar gezogen und kann vom Zeitpunkt, dem Arbeitsumfeld, der wirtschaftlichen Situation, der Häufigkeit und der Schwere der Risiken, den Prädispositionen und der Erfahrung der Arbeitnehmer abhängen.

Bei der Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit hat das Bundesgericht mehrmals präzisiert, dass die zu treffenden Massnahmen für das Unternehmen wirtschaftlich tragbar sein müssen und dass ihre Zweckmässigkeit und ihre Kosten in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Wirksamkeit stehen müssen. Wenn also mit kostengünstigen Massnahmen ein Unfall verhindert werden kann, dessen Eintretenswahrscheinlichkeit gering ist, so müssen diese getroffen werden.³²

Um zu klären, ob ein Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht erfüllt hat, reicht es nicht aus, den Kenntnisstand im betroffenen Unternehmen heranzuziehen. Berücksichtigt werden müssen auch die Arbeitsweise³³ und die Erfahrungen anderer Unternehmen derselben Branche, die Fortschritte in der Wissenschaft sowie die Verwaltungspraxis³⁴.

³⁰ DANTHE Marie-Gisèle, *Les limites de l'art. 328 CO au droit de donner des directives et à contrôler l'activité du travailleur* in: Rémy Wylter (Hrsg.), *Panorama en droit du travail*, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012, S. 163 ff., bes. S. 166-168.

³¹ PETERMANN Frank, ARV/DTA, 1/2005, S. 1 ff; CARRUZZO Philippe, *op. cit.*, S. 279.

³² BGE 110 II 163.

³³ BGE 57 II 165.

³⁴ ZK, Art. 328, N. 18, S. 383.



Schon vor mehreren Jahren hat das Bundesgericht daran erinnert, dass es unwichtig ist, ob der Arbeitgeber die Massnahmen, die er zur Verhütung eines Unfalls hätte treffen müssen, kannte. Der Arbeitgeber kann für einen Unfall auch dann haftbar gemacht werden, wenn er sich der zu treffenden Massnahmen nicht bewusst war, sie aber hätte kennen sollen.³⁵ Es ist also nicht erstaunlich, dass in einem Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 1996 Folgendes zu lesen ist: „Unter Vorbehalt eines schweren Verschuldens seinerseits, muss im Zusammenhang mit dem Betrieb von Maschinen, deren Verwendung dem Arbeitgeber zugutekommt, nicht der Arbeitnehmer die Folgen derer Risiken tragen.“

Muss man nun bei der Beantwortung der Frage nach der Verhältnismässigkeit berücksichtigen, ob das Unternehmen gewinnorientiert ist oder nicht? Das Bundesgericht hat zwar in bestimmten Fällen betont, dass die physische Integrität des Arbeitnehmers nicht dem Gewinnstreben des Arbeitgebers geopfert werden darf.³⁶ Andererseits ist es aber kaum vorstellbar, dass das Bundesgericht eine NGO ihrer Verantwortung für die Installation von mangelhaften Maschinen, die zu Verletzungen führen können, entbinden würde, nur weil sie nicht gewinnorientiert ist.³⁷ Dem Arbeitgeber obliegt grundsätzlich die gleiche Fürsorgepflicht, ob es nun um die Arbeit auf einer Ölplattform oder um einen sozialen Einsatz für benachteiligte Personen geht.

6. Sonderfall: Partner und Kinder des Arbeitnehmers

1) Allgemeine Situation

Im Allgemeinen hat der Arbeitgeber keine besonderen Verpflichtungen gegenüber dem Partner und den Kindern des Arbeitnehmers, da keine direkte Vertragsbeziehung zwischen diesen Personen und dem Arbeitgeber besteht. Der Arbeitsvertrag bindet nur den Arbeitgeber und den Arbeitnehmer.

Das ändert aber nichts daran, dass der Arbeitgeber im Notfall – zum Beispiel, wenn der Arbeitnehmer aus einer zu instabil und gefährlich gewordenen Region evakuiert werden muss – vor einem nicht nur moralischen Dilemma steht: Was geschieht mit den Angehörigen des Arbeitnehmers, beispielsweise dem Partner und den Kindern, die ihn begleitet haben?

Unter solchen Umständen kommt es häufig vor, dass ein Arbeitgeber die Angehörigen spontan gleich behandelt wie den Arbeitnehmer. Er sieht es als seine moralische Pflicht, als Teil seines Berufsethos an nicht nur seinen Mitarbeiter zu evakuieren, sondern auch dessen Angehörige.

Doch welches sind die rechtlichen Pflichten des Arbeitgebers in dieser Situation? Dazu muss gesagt werden, dass diese Frage bis jetzt weder Juristen noch Gerichte besonders beschäftigt hat. Zwei Lösungen sind grundsätzlich denkbar: Das Regeln dieser Frage im Arbeitsvertrag oder die Anwendung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Der Arbeitgeber kann in einem Arbeitsvertrag vertragliche

³⁵ BGE 72 II 317, 57 II 65, zitiert in ZK, zu Art. 328, N. 18, S. 383.

³⁶ Siehe BGE 102 II 18: Die gleiche Argumentation könnte auf zahlreiche andere Bundesgerichtsentscheide angewendet werden, wie zum Beispiel auf jenen, in dem das Bundesgericht 1984 die Schweizerische Aluminium AG (Alusuisse) verurteilt hat (BGE 110 II 163).

³⁷ BGE 90 II 227.

Verpflichtungen für Angehörige eingehen. Dies in Anwendung von Art. 112 OR (Vertrag zugunsten eines Dritten). Der Partner und die Kinder können daraus direkt Rechte zu ihren Gunsten ableiten.

Wenn im Arbeitsvertrag nichts Entsprechendes vereinbart wurde, hat der Arbeitgeber im Allgemeinen nur eine beschränkte Haftung, die sich auf Art. 41 OR und die Art. 27 und 28 Zivilgesetzbuch (ZGB, SR 210) stützt. Es handelt sich dabei um die ausservertragliche Haftung und den Persönlichkeitsschutz, die in allen Beziehungen zwischen Menschen gelten, die in keinem Vertragsverhältnis stehen.

Die Verpflichtung des Arbeitgebers zugunsten der Angehörigen kann aber auch aus Art. 328 OR selbst abgeleitet werden. Der Arbeitnehmer, der erleben müsste, dass sein Arbeitgeber sich weigert, für seine Angehörigen zu sorgen, beispielsweise deren Evakuierung zu gewährleisten, dürfte dies als traumatische Situation – und damit als schwerer Eingriff in seine eigenen Persönlichkeitsrechte – erleben. Ein solches Verhalten des Arbeitgebers kann zu psychischen und physischen Folgen beim Arbeitnehmer führen, für die dann der Arbeitgeber direkt aus dem Vertragsverhältnis haftet.

2) Situation im Fall von kurz- oder langfristiger Entsendung ins Ausland oder Arbeit unter einem lokalen Arbeitsvertrag

Wird der Arbeitnehmer für kürzere oder längere Zeit ins Ausland entsandt oder erhält er einen lokalen Arbeitsvertrag, so kommt es häufig vor, dass er vom Partner und den Kindern begleitet wird. Der Arbeitgeber seinerseits hat ein Interesse daran, die Aufenthaltsbedingungen in einem Gebiet fernab des Mutterhauses so attraktiv wie möglich zu gestalten, damit sich zahlreiche Arbeitnehmer bereit erklären, ausserhalb ihres gewöhnlichen Arbeitsortes zu arbeiten.

Die konkreten Pflichten eines Arbeitgebers gegenüber den Angehörigen sind unter solchen Umständen nicht eindeutig geklärt.

Was die Sicherheit anbelangt, ist es kaum akzeptabel, dass ein Arbeitgeber gegenüber den Angehörigen des Angestellten weniger Verantwortung übernimmt als gegenüber dem Angestellten selbst. Wenn beispielsweise ein Angestellter aufgrund der angespannten Sicherheitslage aus dem Land, in das er entsandt wurde, evakuiert werden muss, ist es kaum vorstellbar, dass sich ein Arbeitgeber weigert, auch für die Evakuierung von Partner und Kindern zu sorgen. Wir verweisen auf die obige Überlegung zur vertraglichen Grundlage einer solchen Verpflichtung. Je angespannter die Sicherheitslage ist, desto eher muss der Arbeitgeber also auch eine Haftung vertraglicher Natur gegenüber den Angehörigen übernehmen.

In Analogie zur Treuepflicht des Angestellten (Art. 321a OR), die für Kaderangestellte weitreichender ist³⁸, muss man davon ausgehen, dass die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bei einer kurz- oder langfristigen Entsendung ins Ausland umfangreicher ist als im Normalfall. Der Arbeitgeber kann die persönliche Situation des Arbeitnehmers und seiner Angehörigen unter solchen besonderen Umständen nicht ausser Acht lassen. Der Arbeitgeber muss nicht nur strikte auf

³⁸ Bundesgerichtsentscheid 4A_558/2009 vom 5. März 2010, der sich auf die Rechtsprechung in BGE 104 II 28 bezieht, sowie STAHLIN Adrian, zu Art. 321a OR, N. 8 in: ZK, Zürich, 2006; PORTMANN Wolfgang, zu Art. 321a OR, N. 14 in: BSK, Basel, 2011. Siehe dazu auch BGE 130 III 28 zum Verhalten von Kadermitarbeitern, das aufgrund des besonderen Vertrauensverhältnisses und der mit ihrer Funktion im Unternehmen verbundenen Verantwortung mit grösserer Strenge beurteilt werden muss.



die physische und psychische Integrität seines Angestellten achten, sondern auch auf die Gesundheit und die Persönlichkeit dessen Angehöriger. Diese erweiterte Fürsorgepflicht ist umso ausgeprägter, als der Arbeitgeber die persönliche Situation seines Angestellten kennt, als er die Präsenz des Partners und der Kinder am Arbeitsort fern des Mutterhauses akzeptiert und als er von seinem Angestellten die Einhaltung bestimmter Sicherheitsvorschriften am Arbeitsort verlangt.

Vor einigen Jahren entschied das Bundesgericht, dass in der Beurteilung der Haftung die Schwere der Gefahr und die Leichtigkeit, mit welcher sie gebannt werden kann, den Ausschlag geben. Die Pflichten des Arbeitgebers werden strenger bewertet, wenn das Risiko hoch ist und es ohne grossen Aufwand beschränkt werden kann.

Konkret bedeutet dies, dass ein Arbeitgeber seinem ins Ausland entsandten Angestellten einen sicheren Arbeits- und Lebensort zur Verfügung stellen muss und dass er für sichere Verhältnisse sowohl für den Angestellten als auch für alle ihn begleitenden Angehörigen sorgen muss.

7. Der Fall des Geschäftsreisenden

Oft müssen Arbeitnehmer in Erfüllung ihrer Aufgaben in andere Länder reisen. Diese Geschäftsreisenden, die nicht immer erfahren sind, wollen oder können sich oft nicht gut auf ihre Reisen vorbereiten und werden nicht immer intensiv betreut. Sie gehören deshalb selbstverständlich zu einer Risikogruppe, für welche der Arbeitgeber – oft ohne dass er sich dessen bewusst ist – eine ebenso grosse Verantwortung trägt wie für Expatriates.

8. Die Fürsorgepflicht nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers endet nicht am letzten Tag der Kündigungsfrist. Auch wenn die rechtliche Grundlage dieser nachwirkenden Pflicht nicht klar definiert ist, ist Art. 328 OR dennoch „in einem gewissen Masse“ anwendbar, wie das Bundesgericht festgestellt hat³⁹.

Zu diesen nach Ablauf der Kündigungsfrist weiterbestehenden Pflichten gehört die Verschwiegenheitspflicht in der externen Kommunikation⁴⁰.

Weiss der Arbeitgeber, dass die Gesundheit seiner Angestellten während der Arbeitsbeziehung gefährdet war, kann ihm zugemutet werden, dass er sie informiert und, falls notwendig, zu einer medizinischen Untersuchung anhält. Vor mehr als 30 Jahren weigerte sich das Bundesgericht zwar, die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers auf diese Weise auszudehnen.⁴¹ Die Zurückhaltung des höchsten Gerichts, das im Wissen darum, dass Vorhersehbarkeit eine grundlegende Qualität eines Rechtssystems ist, die Bestimmungen des Vertragsrechts damals streng auslegte, ist verständlich. Ob diese Rechtsprechung auch heute noch für die hier zur Diskussion stehenden Sachverhalte bestätigt würde, kann bezweifelt werden.

³⁹ BETTEX Christian, *L'application temporelle de l'art. 328 CO* in: Rémy Wyler (Hrsg.), *Panorama II du droit du travail*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2012, S. 57-66. Hier wird nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Anwendung von Art. 28 ZGB statt Art. 328 OR empfohlen

⁴⁰ Bundesgerichtsentscheid 4C.379/2002 vom 22. April 2003 und BGE 130 III 699 ff.

⁴¹ BGE 106 II 134 Erw. 3.

9. Konkrete Anwendung des Grundsatzes der Fürsorgepflicht – Zusammenfassung

Hier nun zum Schluss zusammenfassend die vier Kriterien, die unserer Ansicht nach von einem Arbeitgeber beachtet werden müssen, der darum bemüht ist, Massnahmen im Sinne von Art. 328 OR zu treffen:

- a) Die Massnahmen sind erfahrungsgemäss notwendig;
- b) Die Massnahmen entsprechen dem neusten Stand der Technik;
- c) Die Massnahmen sind in Anbetracht der Umstände verhältnismässig;
- d) Die Massnahmen sind der Situation des Arbeitnehmers angemessen: Je jünger und unerfahrener der Arbeitnehmer ist, desto strenger müssen Massnahmen sein. Je riskanter das Arbeitsumfeld des Arbeitnehmers ist, desto eher muss der Arbeitgeber Massnahmen zum Schutz des Arbeitnehmers und sogar seiner Angehörigen treffen – zum Beispiel bei Arbeitseinsätzen in weit entfernten Ländern.

10. Sanktionen bei Verletzung der Fürsorgepflicht

Die Verletzung der Fürsorgepflicht kann sehr schwerwiegende Konsequenzen haben. Führt das Versäumnis zu einem Unfall oder zu Krankheit, kann der Arbeitgeber zivil- und strafrechtlich belangt werden, dazu kommen eventuell administrative Sanktionen.

Auf zivilrechtlicher Ebene

Die Haftung des Arbeitgebers im Falle der Verletzung von Pflichten in Bezug auf den Schutz des Lebens, der Gesundheit und der Persönlichkeit der Arbeitnehmer untersteht den allgemeinen Bestimmungen über die vertragliche und ausservertragliche Haftung nach Schweizer Recht.

Die Beweislast liegt grundsätzlich beim Arbeitnehmer: Er muss die Vertragsverletzung durch den Arbeitgeber, den erlittenen Schaden und das Kausalverhältnis zwischen Vertragsverletzung und Schaden beweisen.

In der Praxis kommt es jedoch häufig vor, dass de facto der Arbeitgeber nach einem Unfall beweisen muss, dass er dafür keine Verantwortung trägt und dass er insbesondere all seinen Pflichten nachgekommen ist. Es handelt sich hier um eine von der formellen Rechtslage abweichende Rechtspraxis, die nicht offen zugegeben wird, auf die einige Fachleute aber hinweisen⁴².

Natürlich kann der Arbeitgeber im Falle von Unfall oder Krankheit die Last zuerst einmal auf die Sozialversicherungen⁴³ oder die privaten Versicherungen⁴⁴, die er abgeschlossen hat, abwälzen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass der Arbeitnehmer, der erachtet, einen Schaden erlitten zu haben, für einen Teil oder den ganzen Schaden direkt gegen den Arbeitgeber eine Klage auf Schadenersatz einreichen kann.

⁴² STREIFF Uli/VON KAENEL Adrian/ RUDOLPH Roger, Kommentar zum Arbeitsrecht, 2012, N. 16 zu Art. 328, S. 551.

⁴³ Siehe insbesondere die folgenden Gesetze: UVG; Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10); Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20); Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzschiädigung (AVIG; SR 837.0).

⁴⁴ Siehe Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG; SR 221.229.1).



Wer eine Persönlichkeitsverletzung erleidet, hat nach Art. 49 OR auch Anspruch auf eine Genugtuung, ebenfalls unter der Voraussetzung, dass ein Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung nach Art. 49 OR und der erlittenen Beeinträchtigung vorliegt.⁴⁵

Der Umfang der Genugtuung hängt von der Schwere der Beeinträchtigung ab. Eine solche Zahlung („Schmerzensgeld“) bleibt in der Schweiz auf jeden Fall bescheiden, wenn man sie mit der in anderen Ländern üblichen Rechtspraxis vergleicht.⁴⁶

Auf strafrechtlicher Ebene (für die Organe und die Vertreter des arbeitgebenden Unternehmens, für die Organisation)

Im Fall eines Unfalls oder einer Krankheit, welche auf ein Verschulden des Arbeitgebers zurückzuführen sind, kann dieser zudem für eine allfällige Zuwiderhandlung gegen strafrechtliche Bestimmungen verantwortlich gemacht werden, z. B. gegen Art. 117 des Strafgesetzbuches (StGB⁴⁷; fahrlässige Tötung), Art. 125 StGB (fahrlässige Körperverletzung), Art. 129 StGB (Gefährdung des Lebens), Art. 188 StGB (sexuelle Handlungen mit Abhängigen) oder gegen Art. 230 StGB (Nichtanbringung von Sicherheitsvorrichtungen). Strafbar sind nicht nur natürliche Personen als solche (Vorgesetzte, Kadermitarbeiter, Arbeitskollegen), sondern auch Organe des Unternehmens und allenfalls das Unternehmen selbst (Art. 102 StGB).⁴⁸

Andere Gesetze öffentlichen Rechts sehen im Falle einer Verletzung von Arbeitgeberpflichten wie der Fürsorgepflicht ebenfalls strafrechtliche Konsequenzen vor. Betrachtet man zum Beispiel das Arbeitsgesetz⁴⁹, wird aber klar, dass diese Strafnormen⁵⁰ im Vergleich zu den oben genannten Artikeln eine untergeordnete Bedeutung haben.

Auf verwaltungsrechtlicher Ebene

Hier sind es vor allem zwei Gesetze, welche die kantonalen und nationalen Verwaltungsbehörden mit Interventionsbefugnissen ausstatten, nämlich das ArG und das UVG.

Die Vollzugskompetenz im Bereich des ArG ist in Art. 41 und 42 ArG geregelt. Sie liegt (grundsätzlich) beim Kanton (Art. 41 ArG) und dem Bund (Art. 42 ArG, SECO⁵¹).

Andere Gesetze wie das Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG; SR 823.11) räumen zudem den Verwaltungsbehörden ebenfalls Kompetenzen ein, darunter auch eine Sanktionsbefugnis.

Die Sanktionen, die Verwaltungsbehörden verhängen können, sind umfangreich und vielfältig (Bussen, Verweigerung von Arbeitsbewilligungen, vorübergehende Einstellung der Tätigkeit usw.). Sanktionen dieser Art können verheerende Auswirkungen für das Unternehmen haben.

⁴⁵ CARRUZZO Philippe, *op. cit.*, S. 310.

⁴⁶ Einige Beispiele dazu: CARRUZZO Philippe, *op. cit.*, S. 313-314.

⁴⁷ SR 311.0.

⁴⁸ Man beachte, dass uns kein Fall der Anwendung von Art. 102 StGB bekannt ist.

⁴⁹ MOREILLON Laurent, N° 3 ad art. 59 in: Thomas Geiser, Adrian von Kaenel, Rémy Wyler (Hrsg.), *Commentaire de la Loi sur le Travail*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2005, S. 626.

⁵⁰ Siehe Art. 59 bis 62 ArG und Art. 112 und 113 UVG.

⁵¹ Das SECO ist das Kompetenzzentrum des Bundes für alle Kernfragen der Wirtschaftspolitik.

1. Allgemein

Auch wenn die Rechtsprechung im Bereich der Pflichten der Arbeitnehmer recht umfangreich ist, so muss doch festgestellt werden, dass sie sich in den letzten zwanzig oder dreissig Jahren nicht im gleichen Masse weiterentwickelt hat wie die Rechtsprechung im Bereich der Arbeitgeberpflichten.

Die Pflichten der Arbeitnehmer werden in Art. 321 ff. OR behandelt.

Der Arbeitnehmer hat die vertraglich übernommene Arbeit in eigener Person zu leisten (Art. 321 OR), er hat eine Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 321a OR) und eine Rechenschafts- und Herausgabepflicht (Art. 321b OR), er kann zu Überstundenarbeit verpflichtet werden (Art. 321c OR und Art. 12 ArG) und er hat die Pflicht, die Anordnungen und Weisungen des Arbeitgebers zu befolgen.

2. Sorgfalts- und Treuepflicht des Arbeitnehmers

Was für den Arbeitgeber Art. 328 OR ist, ist für den Arbeitnehmer Art. 321a OR. Dieser verlangt, dass der Arbeitnehmer die ihm übertragene Arbeit sorgfältig ausführt und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen wahrt. In anderen Worten: Er hat eine Sorgfalts- und Treuepflicht. Diese Bestimmung ist allerdings recht vage und muss konkretisiert werden.

Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers (Art. 321e OR), aber auch nach dem, was man von einer „normalen und vernünftigen“ Person in derselben Situation erwarten kann⁵². Auf jeden Fall muss die Sorgfalts- und Treuepflicht in jedem Vertragsverhältnis auf Basis der konkreten Umstände genau definiert werden.⁵³

Die Sorgfalts- und Treuepflicht kann sowohl die Form von Unterlassungen als auch von Handlungen annehmen. Ein Bauarbeiter beispielsweise, der bemerkt, dass eine Maschine, für die er nicht zuständig ist, eine Gefahr für andere Arbeiter oder für Dritte darstellt, hat die Pflicht, einzugreifen oder Fachleute beizuziehen, um die Gefahr abzuwenden, und dies auch dann, wenn diese Interventionspflicht nicht in seinem Pflichtenheft festgehalten ist.

Zweifellos gehört es auch zu den Pflichten eines Arbeitnehmers, dem Arbeitgeber im Zweifelsfall Fragen zu stellen und von ihm festgestellte Unzulänglichkeiten zu melden.

Hat der Arbeitnehmer eine Kader- oder Leitungsfunktion⁵⁴, ist seine Sorgfalts- und Treuepflicht noch ausgeprägter. Kadermitarbeiter sind besser bezahlt und meist

⁵² SUBILIA Olivier/DUC Jean-Louis, *op. cit.*, S. 120, bes. Nr. 6.

⁵³ STREIFF Uli/VON KAENEL Adrian/RUDOLPH Rogier, *op. cit.*, S. 171-172.

⁵⁴ BGE 104 II 28.



besser ausgebildet und müssen in ihrer Abteilung eine grössere Verantwortung übernehmen.

In der Folge erwähnen wir zur Veranschaulichung ein paar konkrete Fälle, in denen das Bundesgericht eine Verletzung von Art. 321a OR festgestellt hat:

- Missbräuchliche Benutzung des Internet, die der Arbeitsleistung schaden kann⁵⁵;
- Anstiftung zur Fälschung von Buchhaltungsunterlagen (im Zusammenhang mit der Zahlung von Bestechungsgeldern)⁵⁶;
- Verletzung des Geschäftsgeheimnisses.

3. Die Situation des Arbeitnehmers im Fall von Risiken für die eigene Sicherheit und Gesundheit

Die Sicherheit und die Gesundheit der Arbeitnehmer waren schon immer ein Anliegen des Schweizer Gesetzgebers. Dabei stand aber immer das Thema der Unfälle im Vordergrund – dies vor allem aus historischen Gründen.

Im Bereich der Unfallverhütung verweist das Bundesgericht auf die Richtlinien der SUVA (Schweizerische Unfallversicherungsanstalt), wenn diese zum Ziel haben, den betroffenen Arbeitgebern die verschiedenen Vorschriften und die zu treffenden Sicherheitsmassnahmen zur Kenntnis zu bringen⁵⁷.

Das Arbeitsgesetz (ArG), die Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz und die Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (VUV; SR 832.30) definieren klare Vorschriften im Bereich der Ergonomie und des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz.

Entsprechend haben Arbeitnehmer, die sich bewusst werden, dass sie Sicherheits- und Gesundheitsrisiken ausgesetzt sind, ihren Arbeitgeber darüber zu informieren, insbesondere wenn diese Risiken hoch sind und gravierende Konsequenzen für die physische und psychische Integrität der Arbeitnehmer haben können.

4. Mögliche Sanktionen bei einer Verletzung von Artikel 321a OR

Bei einer Verletzung seiner Pflichten, kann der Arbeitnehmer zur Leistung von Schadenersatz und einer Genugtuung verpflichtet werden (Art. 321e OR) und er muss disziplinarische Sanktionen wie einen Verweis oder in schweren Fällen eine fristlose Entlassung (Art. 337 OR) in Kauf nehmen. Unter bestimmten Umständen sind auch strafrechtliche Konsequenzen denkbar – so z. B. im Falle eines Arbeitnehmers, der dem ArG untersteht und der absichtlich gegen bestimmte Bestimmungen im Bereich Gesundheitsschutz verstösst (Art. 60 Abs. 1 und Art. 60 Abs. 2 ArG, Art. 113 UVG, Art. 333 Abs. 3 StGB). In bestimmten Fällen kann ein Arbeitnehmer bei Fahrlässigkeit auch strafrechtlich belangt werden (Art. 113 Abs. 2 UVG).

⁵⁵ Bundesgerichtsentscheid 4C.349/2002 vom 25. Juni 2003.

⁵⁶ BGE 124 III 25 = JT 1998 I 127.

⁵⁷ BGE 114 IV 173 = JT 1989 IV 2.

1. Schlussfolgerungen

In der Schweiz sind die Arbeitgeber in immer stärkerem Masse für ihre Arbeitnehmer verantwortlich. Generell stellen wir fest, dass hier wie auch in anderen Ländern oft zu wenig für die Prävention getan wird. Einige sehen die Ursachen dafür in zu allgemein formulierten Rechtsvorschriften wie dem Art. 328 OR, der einerseits die Arbeitgeber über die konkreten Anforderungen im Unklaren lässt und andererseits auch für gewisse Richter, die sich mehr Rechtssicherheit wünschen, zu wenig konkrete Leitlinien bietet.

Die Erkenntnisse aus der Publikation der SMI aus dem Jahr 2011⁵⁸ sind noch aktuell. Auch wenn sich die Empfehlungen jener Publikation an internationale Hilfsorganisationen richteten, legten sie Grundsätze und Forderungen dar, die jeden Arbeitgeber betreffen, der Schweizer Recht untersteht:

1. Die Pflichten des Arbeitgebers beschränkten sich nicht auf das, was aus dem schriftlichen Arbeitsvertrag hervorgeht. Neben seinen vertraglichen Pflichten unterliegt der Arbeitgeber Gesetzen aus dem Privatrecht, dem öffentlichen Recht und dem Strafrecht, welche seine Haftung erweitern können.
2. Arbeitnehmer und sogar deren Angehörige können gegen den Arbeitgeber klagen, im Fall von Arbeitsverhältnissen in einem internationalen Umfeld sogar bei ausländischen Gerichten.
3. Unter bestimmten Umständen können die Organe oder die Kadermitarbeiter des arbeitgebenden Unternehmens oder die Arbeitnehmer selbst persönlich für schwere Verstösse gegen die Sicherheitsvorschriften am Arbeitsplatz haftbar gemacht werden.
4. In einem internationalen Umfeld kann es kompliziert sein, das anwendbare Recht und die zuständigen Gerichte zu ermitteln. Die Parteien haben deshalb ein Interesse daran, diese Fragen vorab zu klären.
5. Die Eigenheiten der nationalen Gesetze und die Rechtsquellen variieren von Land zu Land. Bestimmte Grundsätze sind auf alle Situationen anwendbar.⁵⁹

2. Empfehlungen

Die Art und der Umfang der Haftung des Arbeitgebers im Bereich Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer kann in der Schweiz wie in anderen Ländern verunsichern. Es ist zwar nicht immer möglich, Schadenersatzforderungen von Arbeitnehmern oder derer Angehörigen zu verhindern, doch es ist möglich, Massnahmen zur Verringerung der entsprechenden Risiken zu treffen. Der Arbeitgeber muss auf jeden Fall in der Lage sein, zu beweisen, dass er verantwortlich gehandelt hat, d. h., dass er alle Massnahmen zum Schutz des Lebens und der Integrität der Arbeitnehmenden getroffen hat. Nur auf diese Art und Weise kann der Arbeitgeber sein Haftungsrisiko beschränken, und Schadenersatzforderungen die gerichtlich geltend gemacht werden, erfolgreich abwenden.

⁵⁸ KEMP Edward/MERKELBACH Maarten, *op. cit.*, S. 30

⁵⁹ Als Beleg für diese Schlussfolgerung siehe z. B. CLAUS Lisbeth, *Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber Expats und deren Angehörigen sowie internationalen Geschäftsreisenden*, International SOS, 2009.



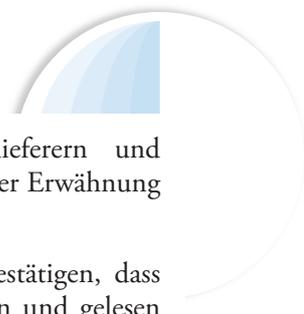
Verbindet man juristische und praktische Anforderungen, können folgende Empfehlungen abgegeben werden⁶⁰:

1. Nehmen Sie Rechtsberatung zu den nationalen Gesetzen und den anderen anwendbaren Normen im Bereich Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz in Anspruch.
2. Bezeichnen Sie in jeder Organisation eine Abteilung oder eine Person, die für alle Fragen im Zusammenhang mit der Einhaltung der gesetzlichen Pflichten und der geltenden Normen im Bereich Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz verantwortlich ist.
3. Analysieren Sie das generelle Tätigkeitsumfeld Ihrer Unternehmung und definieren Sie die damit verbundenen Risiken und Gefahren.
4. Führen Sie Untersuchungen durch und evaluieren Sie die spezifischen Risiken und Gefahren, welche durch den Einsatz der Organisation und die ausgeführten Arbeiten im konkreten Arbeitsumfeld entstehen.
5. Diese Risikoanalysen sollten routinemässig und laufend erfolgen und sich nicht auf den Beginn der Tätigkeit oder des Programms oder auf das Vorfeld einer Entsendung von Mitarbeitern beschränken.
6. Legen Sie Massnahmen fest, mit welchen die Risiken reduziert oder eliminiert werden können (inkl. Schulung von Teams, Alarmierungssysteme, Sicherheitsausrüstung, Reglemente und festgelegte Abläufe, Überwachung von Risiken und Weisungen diesbezüglich – alles in der erforderlichen bzw. angemessenen Sprache), und implementieren Sie diese.
7. Überprüfen Sie die Risikoevaluation und die vorgesehenen Massnahmen regelmässig, um sie den Gegebenheiten anzupassen.
8. Sichern Sie sich im Bereich der Haftung zusätzlich ab, indem Sie z. B. das anwendbare Recht oder die zuständigen Gerichte vertraglich festlegen oder – soweit möglich - einen Haftungsausschluss vereinbaren.
9. Arbeiten Sie einen Aktionsplan für den Umgang mit Notsituationen oder Ereignissen aus, welche die Mitarbeiter oder deren Angehörige betreffen (zum Schutz der Gesundheit, des Wohlbefindens und der Sicherheit, z. B. im Fall der Verschlechterung des Arbeitsumfeldes). Die Wirksamkeit des Plans steigt, wenn man ihn testet und regelmässig praktisch anwendet.
10. Wiedergutmachungsmassnahmen vorsehen. Das umfasst Rückstellungen für die Vergütung von Schäden (Gesundheit, Invalidität, Verletzung, Tod, Einkommensverlust, Behandlung usw.), die einem Angestellten oder dessen Angehörigen verursacht wurden. Im Ausland tätige Unternehmen sollten eine an ihr jeweiliges Arbeitsumfeld (Kriegssituation, Sicherheit, Gewalt, Kriminalität, Naturgewalten usw.) angepasste Versicherungsdeckung haben und sicherstellen, dass die Angestellten und ihre Angehörigen ausreichend gedeckt sind.

Ausserdem ist jeder Arbeitgeber gut beraten, die folgenden Dokumente bereitzustellen und aufzubewahren, damit er jederzeit einen entsprechenden Nachweis erbringen kann:

1. Evaluation der Rechtsnatur der Beziehung zu den Arbeitnehmern unter Berücksichtigung der anwendbaren Gesetze, der möglichen Wahl des anwendbaren Rechts und von Zuständigkeitsfragen (z. B. durch einen externen Berater).

⁶⁰ Einen anderen Ansatz beschreibt International SOS in der Publikation „Fürsorgepflicht und Management von Reiserisiken“, vergleichende internationale Studie, 2011, S. 7 mit der Beschreibung von 10 Beispielen im Bereich Fürsorgepflicht. (Studie einsehbar unter http://www.internationalosos.com/en/files/WhitePaper2011_EtudeDevoirdeProtection.pdf), siehe Anhang 4.

- 
2. Schriftliche Verträge mit den Arbeitnehmern/Beratern/Zulieferern und Subunternehmen usw. sowie ein Personalreglement mit besonderer Erwähnung der zwingenden Verhaltens- und Sicherheitsrichtlinien.
 3. Die unterzeichnete Erklärung der Angestellten, in der diese bestätigen, dass sie den schriftlichen Vertrag und das Personalreglement erhalten und gelesen haben, dass sie Informationen über das Umfeld, in das sie entsandt werden, die auszuführenden Aufgaben, die Risiken im Zusammenhang mit dem Umfeld, die risikovermindernden Massnahmen des Unternehmens, die Gesundheits- und Sicherheitsrichtlinien und die angebotenen Schulungen erhalten haben, und sie diese Massnahmen als angemessen betrachten.
 4. Richtlinien, die besagen, dass die Arbeitnehmer in regelmässigen Abständen ihre Kenntnis der erwähnten Dokumente erneuern müssen, und Beweise dafür, dass sie dies getan haben.
 5. Eine Risikodokumentation mit den Aktionsplänen sowie den getroffenen Massnahmen zur Verringerung oder Elimination der festgestellten Risiken.
 6. Eine gültige und ausdrückliche, schriftlich abgefasste Kompetenzenregelung (in der die Verantwortlichen und deren Verantwortungsbereich sowie die Aufsicht und Kontrolle festgelegt werden), die allen Beteiligten abgegeben wird.
 7. Ein Meldesystem für Zwischenfälle und Prozesse, mit dem alle Unfälle und Zwischenfälle, die nicht zu Verletzungen oder Todesfällen geführt haben, aber dazu hätten führen können, sowie alle Korrektiv- und Präventivmassnahmen, die als Folge davon getroffen wurden, erfasst werden.
 8. Dokumentierung der regelmässigen Überprüfung der gültigen Verhaltensregeln und Prozesse und deren allfälligen Anpassung.
 9. Nachweis, dass jeder ins Ausland entsandte Angestellte von einer Haftpflichtversicherung des Arbeitgebers und einer Kranken- und Unfallversicherung ausreichend gedeckt ist, und dass eine genügende Versicherungsdeckung auch für die Angehörigen vorliegt.

3. Schlussbemerkungen

Die in diesem Dokument behandelten Fragen haben für jeden Arbeitgeber umfangreiche Konsequenzen. Als Schlussbemerkung heben wir drei davon besonders hervor:

1. Die Fürsorgepflicht ist nicht nur eine ethische und moralische Angelegenheit, sondern eine rechtliche Verpflichtung. Um den Gesetzen, Reglementen, Regeln und Normen, die alle relativ objektive Kriterien nennen, zu entsprechen, müssen Massnahmen getroffen werden.
2. *Best Practice* und *Good Governance* geben nur eine Teilantwort auf die Frage nach der Fürsorgepflicht. *Good Governance* ist wertlos, wenn nicht von Anfang an die Pflichten aus anwendbaren Gesetzen, Reglementen und Verordnungen berücksichtigt werden. Diese sind unabhängig von der Firmenpolitik oder können manchmal sogar im Widerspruch zu dieser stehen.
3. Als dritte und letzte Schlussfolgerung sei die Schlüsselrolle erwähnt, die in diesem Bereich die Personalverantwortlichen in Unternehmen spielen. Sie sind es, die in der Regel die Umsetzung von Empfehlungen wie den oben genannten sicherstellen müssen und vor allem können. Ihr Handeln ist entscheidend.

Abs.	Absatz
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10)
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, SR 822.11)
ArGV3	Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (SR 822.113)
Art.	Artikel
AVG	Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (SR 823.11)
AVIG	Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (SR 837.00)
BGE	Bundegerichtsentscheid
FZR	Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (RS 831.20)
JT	Journal des Tribunaux
LugÜ	Lugano-Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 (AS 2010 5609)
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SMI	Security Management Initiative
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch (SR 311.0)
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung (SR 832.20)
VUV	Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (SR 832.30)

Art. 321a Schweizerischen Zivilgesetzbuches – Sorgfalts- und Treuepflicht

- ¹ Der Arbeitnehmer hat die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren.
- ² Er hat Maschinen, Arbeitsgeräte, technische Einrichtungen und Anlagen sowie Fahrzeuge des Arbeitgebers fachgerecht zu bedienen und diese sowie Material, die ihm zur Ausführung der Arbeit zur Verfügung gestellt werden, sorgfältig zu behandeln.
- ³ Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses darf der Arbeitnehmer keine Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten leisten, soweit er dadurch seine Treuepflicht verletzt, insbesondere den Arbeitgeber konkurrenziert.
- ⁴ Der Arbeitnehmer darf geheim zu haltende Tatsachen, wie namentlich Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, von denen er im Dienst des Arbeitgebers Kenntnis erlangt, während des Arbeitsverhältnisses nicht verwerfen oder anderen mitteilen; auch nach dessen Beendigung bleibt er zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist.

Art. 328 Schweizerischen Zivilgesetzbuches – Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers

1. im Allgemeinen

- ¹ Der Arbeitgeber hat im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Er muss insbesondere dafür sorgen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht sexuell belästigt werden und dass den Opfern von sexuellen Belästigungen keine weiteren Nachteile entstehen.
- ² Er hat zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher 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 Arbeitsleistung² ihm billigerweise zugemutet werden kann.

Art. 6 Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel – Pflichten der Arbeitgeber und Arbeitnehmer

- ¹ 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. Er hat im Weiteren die erforderlichen Massnahmen zum Schutze der persönlichen Integrität der Arbeitnehmer vorzusehen.
- ² Der Arbeitgeber hat insbesondere die betrieblichen Einrichtungen und den Arbeitsablauf so zu gestalten, dass Gesundheitsgefährdungen und Überbeanspruchungen der Arbeitnehmer nach Möglichkeit vermieden werden.
- ^{2bis} Der Arbeitgeber hat dafür zu sorgen, dass der Arbeitnehmer in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit keinen Alkohol oder andere berauschende Mittel konsumieren muss. Der Bundesrat regelt die Ausnahmen.
- ³ 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.
- ⁴ Durch Verordnung wird bestimmt, welche Massnahmen für den Gesundheitsschutz in den Betrieben zu treffen sind.

Allgemeine Bibliographie

BETTEX Christian, *L'application temporelle de l'art. 328 CO* in: Rémy Wyler (Hrsg.), *Panorama II du droit du travail*, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012, S. 57 ff.

BRUNNER Christiane/BÜHLER Jean-Michel/WAEBER Jean-Bernard/BRUCHEZ Christian, *N1 ad art. 321d CO* in: *Commentaire du contrat de travail*, Editions Réalités sociales, Lausanne, 2004, S. 72

CARRUZZO Philippe, *Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations*, Schulthess Verlag, Zürich/Basel/Genf, 2009, S. 273 ff.

CLAUS Lisbeth, *Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber Expats und deren Angehörigen sowie internationalen Geschäftsreisenden*, International SOS, 2009.

--/--, *Fürsorgepflicht und Management von Reiserisiken Benchmarking-Studie EUROPA*, International SOS, 2011

DANTHE Marie-Gisèle, *Les limites de l'art. 328 CO au droit de donner des directives et e contrôler l'activité du travailleur*, in: Rémy Wyler (Hrsg.), *Panorama en droit du travail*, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012, S. 163 ff., bes. S. 166-168.

DONATELLO Giuseppe, *Le droit applicable au contrat de travail* in: Rémy Wyler (Hrsg.), *Panorama II du droit du travail*, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012, S. 109 ff.

GEISER Thomas (Lüthi Jean-Jacques), art. 1 in: Thomas Geiser, Adrian von Kaenel, Rémy Wyler (Hrsg.), *Commentaire de la Loi sur le Travail*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2005, S. 26 ff., bes. S. 33 ff.

KEMP Edward & MERKELBACH Maarten, *Can you get sued? Legal liability of international humanitarian aid workers towards their staff*, Security Management Initiative, Genf, 2011.

MOREILLON Laurent, N° 3 ad art. 59, in: Thomas Geiser, Adrian von Kaenel, Rémy Wyler, *Commentaire de la Loi sur le Travail*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2005, S. 626.

PETERMANN Frank, *Rechte und Pflichten des Arbeitgebers gegenüber psychisch labilen oder kranker Arbeitnehmer* in: *Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung*, 1/2005, S. 1 ff. (zitiert mit ARV/DTA).

PORTMANN Wolfgang, *zu Art. 321a OR, N. 14*, in: Heinrich Honsel, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar*, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2011, S.1832 (zitiert mit BSK).

SCHEIDEGGER Hans-Ulrich/PITTELOUD Christine, art. 6, in: Thomas Geiser, Adrian von Kaenel, Rémy Wyler, *Commentaire de la Loi sur le Travail*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2005, S. 111 ff.

STAEHLIN Adrian, *Der Arbeitsvertrag: Art. 319-362 OR*, Zürcher Kommentar, Schulthess Verlag, Zurich, 2006, S. 370 ff. (zitiert mit ZK).

STREIFF Uli/VON KAENEL Adrian/RUDOLPH Roger, *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, Schulthess, Zürich/Basel/Genf, 2012, S. 508 ff.

SUBILIA / DUC Jean-Louis, *Droit du travail, éléments de droit suisse*, Editions BIS & TER SNC, Lausanne, 2010, S. 313 ff.

THEVENOZ Luc, *zu Art. 101 OR, N7*, in: Luc Thévenoz / Franz Werro (Hrsg.), *Commentaire Romand du Code des obligations I*, art. 1-529, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2003 (zitiert mit CR-CO I).

ELEKTRONISCHE QUELLEN

Bundesgericht
<http://www.bger.ch/index.htm>

Rechtsprechung (gratis)
<http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht.htm>

Systematische Sammlung des Bundesrechts
<http://www.admin.ch/ch/d/sr/sr.html>

Amtliche Sammlung des Bundesrechts
<http://www.admin.ch/ch/d/as/index.html>

Bilaterale Abkommen Schweiz-EU
<http://www.europa.admin.ch/themen/00500/index.html?lang=de>

RECHTSAUSKUNFT

In den meisten Kantonen betreiben die kantonalen Anwaltsverbände Rechtsauskunftsstellen; die Mitglieder erteilen unentgeltlich oder gegen Entrichtung einer bescheidenen Gebühr Rechtsberatung. Ohne Voranmeldung können Sie sich im persönlichen Gespräch in der Rechtsauskunftsstelle beraten lassen. In der Regel stehen dafür 15 bis 30 Minuten zur Verfügung. In einigen Kantonen können Rechtsfragen telefonisch gestellt werden.

Die Liste der kantonalen Rechtsauskunftsstellen gibt Auskunft über Ort und Öffnungszeiten.
<http://anwaltssuche.sav-fsa.ch/Rechtsauskunft.236.0.html>

Best Practice-Empfehlungen für Fürsorgepflicht⁶¹

Zehn Best Practices - Fokus auf die Region Europa

1. Bewusstsein steigern

Fokus auf zunehmendes Bewusstsein für Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, insbesondere im gehobenen Management, dessen Mitarbeiter als wichtige Verantwortliche für Fürsorgepflicht betrachtet werden.

Nutzen Sie den Einfluss medizinischer Direktoren, um das Bewusstsein für das Thema Fürsorgepflicht innerhalb des gehobenen Managements und unter anderen Schlüsselentscheidungsträgern zu erhöhen, denn europäische Manager haben tendenziell eher ein schwächeres Bewusstsein (und die Hauptvorkommnisse unter Mitarbeitern sind reisebedingte Infektionen und Verkehrsunfälle).

Stärken Sie bei Führungskräften im Vereinigten Königreich und in Deutschland die Wahrnehmung potentieller Risiken für Mitarbeiter; denn die Risikowahrnehmung dieser Führungskräfte liegt beträchtlich unter der ihrer europäischen Pendanten.

2. Mit entscheidenden Beteiligten planen

Erweitern Sie das Fürsorgepflicht-Team über die Sicherheitsabteilung hinaus, um Personalwesen, Reise-, Risikomanagement und gehobenes Management einzubeziehen.

Die Sicherheitsabteilung, zu deren Kernverantwortlichkeiten die Wahrnehmung der Fürsorgepflicht gehört, spielt in Europa eine wichtige Rolle.

Erweitern Sie das Fürsorgepflicht-Team über die Sicherheitsabteilung hinaus, und bringen Sie die Parteien durch einen kollaborativen Ansatz zusammen. Setzen Sie ein integriertes Team ein, um eine Risikomanagement-Strategie für Fürsorgepflicht zu entwickeln und einzuführen.

3. Richtlinien und Verfahren erweitern

Entwickeln Sie zusätzliche Fürsorgepflicht-Richtlinien und -verfahren, so wie sie in anderen Teilen der Welt gängig sind.

Während Europäer bei Indikatoren für Richtlinien und Verfahren im Allgemeinen höhere Werte erzielen, ist es weniger wahrscheinlich, dass ihre Organisationen reisende Mitarbeiter ständig lokalisieren oder eine „Mir geht es gut“-Richtlinie haben, um Notfallsituationen zu managen.

4. Due-Diligence ausüben

Implementieren Sie bei Anbietern eine Due-Diligence-Disziplin mit besonderem Augenmerk auf den Aspekt der Fürsorgepflicht.

Arbeitgeber können ihre Verantwortung hinsichtlich der Fürsorgepflicht nicht an andere delegieren. Daher ist dies in Ländern mit stärkerer Fürsorgepflicht-Gesetzgebung (wie sie in den meisten europäischen Ländern existiert), sogar noch wichtiger, um Schadensersatzforderungen zu vermeiden.

5. Kommunizieren, bilden und schulen

Befürworten Sie Mitarbeiter-Buy-in und schaffen Sie eine Kultur der Loyalitätspflicht.

Die Erweiterung von Bewusstheit und Zuständigkeit über die Sicherheitsabteilung hinaus und die Einbeziehung weiterer Beteiligter in die Umsetzung von Fürsorgepflicht werden Kommunikation, Information und Schulungen erfordern, um eine Kultur der Loyalitätspflicht zu schaffen.

⁶¹ Fürsorgepflicht und Management von Reiserisiken Benchmarking-Studie EUROPA, International SOS, 2011 <http://www.internationalsos.com/en/dutyofcarede.aspx>

6. Vor jeder Reise Risiken einschätzen

Nehmen Sie vor jeder internationalen Reise eines Mitarbeiters eine gründliche Risikobewertung vor.

Nehmen Sie für sämtliche Mitarbeiter (besonders für internationale Geschäftsreisende) vor deren Abreise Reiserisiko- Bewertungen vor. Zwei Bereiche, die insbesondere ein solches Risikomanagement erfordern, sind reisebedingte Infektionen und Verkehrsunfälle, da diese bei Europäern vermehrt vorkommen. Setzen Sie einen Plan in Kraft, um Mitarbeiter besser auf Notsituationen vorzubereiten.

7. Lokalisieren Sie reisende Mitarbeiter jederzeit

Implementieren Sie ein System für die Lokalisierung reisender Mitarbeiter.

Europäische Unternehmen neigen dazu, sich stärker auf Richtlinien und Verfahren zu konzentrieren als auf die tatsächliche Lokalisierung von Mitarbeitern. Darüber hinaus ist es weniger wahrscheinlich, dass sie Veränderungen bei Mitarbeiterreisen verfolgen und nachvollziehen, wo sich ihre Mitarbeiter befinden. Die Implementierung eines Lokalisierungssystems für reisende Mitarbeiter ist eine Grundvoraussetzung für notwendige Hilfeleistungen.

8. Ein Mitarbeiter-Notfallreaktionsprogramm implementieren

Implementieren Sie eine „Mir geht es gut“-Richtlinie.

Europäische Unternehmen planen in der Regel zwar für Notfallsituationen, konzentrieren aber sich weniger auf die Umsetzung. Ebenso ist es weniger wahrscheinlich, dass sie ein Kommunikationsprotokoll bereithalten, um ihre reisenden Mitarbeiter zu kontaktieren und im Notfall zu überprüfen, ob es ihnen gut geht.

9. Schaffen Sie zusätzliche Management-Kontrollen

Binden Sie die Abteilung für Rechnungswesen ein, um zusätzliche Management-Steuerinstrumente zu implementieren.

Hinsichtlich der Fürsorgepflicht gibt es einen generellen Mangel an Kontrolle und Analysen. Mit der Bezahlung (oder Erstattung) von Mitarbeiterreisen sind jedoch wichtige Haftungsaspekte verbunden. Buchhaltungsabteilungen sollten gründlichere Kontrollen für diese Aktivitäten einführen und aktiver daran beteiligt werden, Vorgaben für die Fürsorgepflicht des Unternehmens einzuhalten.

10. Stellen Sie sicher, dass die Anbieter auf demselben Stand sind

Prüfen Sie, ob es bei Anbietern im Rahmen der Fürsorgepflicht Überschneidungen und Übersehenes gibt.

Bei europäischen Unternehmen ist es weniger wahrscheinlich, dass sie mehrere Arten von Versicherungen haben. Versicherungsverträge können Hilfeleistung für und Evakuierung von reisenden Mitarbeitern zwar nicht ersetzen, jedoch macht deren Nichtvorhandensein Unternehmen verletzlicher und finanziell haftbar.

SECURITY MANAGEMENT INITIATIVE (SMI)

Die SMI (Security Management Initiative) hat es sich zur Aufgabe gemacht, internationale Hilfsorganisationen und deren Personal im In- und Ausland bei der Schaffung von sicheren Arbeitsbedingungen in einem gefährlichen Umfeld zu unterstützen. Die SMI möchte dazu beitragen, dass sich die menschlichen und materiellen Kosten von Organisationen, die in einem solchen Umfeld arbeiten, verringern und sie ihre Aufgabe somit besser erfüllen können.

Die SMI arbeitet als Kompetenzzentrum für Personalfragen und Risk Management für NGO und internationale Organisationen, die in Risikogebieten arbeiten. Sie ist die Anlaufstelle für NGO und internationale Hilfsorganisationen in Sachen Recherche, Schulung und Beratung in den Bereichen Risk Management und Sicherheit.

Die SMI hat ihren Sitz in Genf und gehört zum Genfer Zentrum für Sicherheitspolitik (GCSP).

Mit der Unterstützung von:

International SOS
Foundation



7bis Avenue de la Paix
P.O. Box 1295
CH-1211 Geneva 1
Switzerland
Phone: + 41 (0)22 906 1600
Fax: + 41 (0)22 906 1649
info.smi@gcsp.ch
www.security-management-initiative.org



Geneva Centre for Security Policy
Centre de Politique de Sécurité, Genève
Genfer Zentrum für Sicherheitspolitik

www.gcsp.ch