

2.7.2. Obligationenrecht – Besonderer Teil – allgemein / Droit des obligations – Partie spéciale – en général

2.7.2.6. Arbeitsvertrag / Contrat de travail

(6) Missbräuchliche Kündigung infolge Krankheit.

Bundesgericht, 2. Zivilabteilung, Urteil vom 27. Mai 2008 4A_102/2008 i.S. X. AG c. Z.

Mit Bemerkungen von
Dr. iur. ANDREAS ABECC, LL.M., Rechtsanwalt, Zürich



und von lic. iur. SIMONE STEBLER,
Rechtsanwältin, Zürich



Zusammenfassung des Sachverhalts:

Eine Aktiengesellschaft, welche zunächst im Occasions-Autohandel tätig war, beschäftigte den Automechaniker Z zu einem Arbeitspensum von 42 Stunden die Woche. Am 7. November 2005 erlitt Z einen Berufsunfall, wobei sein linkes Auge schwer verletzt wurde. Infolgedessen war er zunächst 100 % und ab dem 10. April 2006 zu 50 % arbeitsunfähig. Am 10. April 2006 nahm Z seine Arbeit wieder auf, arbeitete jedoch nur 21 Stunden, anstatt wie vertraglich vereinbart 42 Stunden die Woche. Am 14. Juni 2006 kündigte die Arbeitgeberin den Arbeitsvertrag mit Z. Die Kündigung wurde mit arbeitsorganisatorischen Gründen gerechtfertigt (Sachverhalt C.).

Am 12. Oktober 2006 klagte Z gegen die Arbeitgeberin vor dem Arbeitsgericht Genf – unter anderem wegen missbräuchlicher Kündigung. Z machte geltend, dass die Arbeitgeberin am Berufsunfall schuld wäre, da sie ihm keine Schutzbrille abgegeben habe. Ausserdem habe die Arbeitgeberin, als er die Arbeit am 10. April 2006 wieder aufnahm, die Erfüllung des vollen Arbeitspensums von 42 Stunden die Woche verlangt. Dies obschon er ein ärztliches Zeugnis vorweisen konnte, welches ihm eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit attestierte. Die Arbeitgeberin habe ihm nur wegen seiner Weigerung, das volle Arbeitspensum zu leisten, gekündigt. Die Arbeitgeberin hingegen brachte vor, die Kündigung sei nicht missbräuchlich gewesen, da das reduzierte Pensum von Z erhebliche Organisationsprobleme mit sich gebracht habe. Das Arbeitsgericht hiess die Klage von Z gut und verpflichtete die Arbeitgeberin in der Folge zur Bezahlung einer Entschädigung über CHF 37 154.00 zuzüglich Zins. Diese Summe setzte sich zusammen aus einer Entschädigung für missbräuchliche Kündigung, einem Anteil des dreizehnten Monatslohns und einer Ferien- und Überstundenentschädigung.

Gegen dieses Urteil legte die Arbeitgeberin Appellation beim Appellationsgericht Genf ein. Das Appellationsgericht

reduzierte dabei die Entschädigung, bestätigte aber darüber hinaus das Urteil des Arbeitsgerichts. Dies namentlich mit der Begründung, die Arbeitgeberin hätte die geltend gemachten Organisationsschwierigkeiten, welche durch das reduzierte Pensum von Z entstanden seien, nicht beweisen können. Die Arbeitgeberin erhob gegen dieses Urteil Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht (Sachverhalt D. und E.). Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

Zusammenfassung der Erwägungen:

Zur Begründung seines Urteils führte das Bundesgericht zunächst an, dass die Parteien durch einen Arbeitsvertrag gebunden seien, der nach den Voraussetzungen von Art. 335 Abs. 1 OR grundsätzlich gekündigt werden konnte. Eine Kündigung sei jedoch missbräuchlich, wenn sie in einer Situation oder aus einem von Art. 336 Abs. 1 OR vorgesehenen Grund erfolgt. Art. 336 Abs. 1 OR beschränke die grundsätzlich bestehende Kündigungsfreiheit der Vertragsparteien (Erw. 2).

Das Bundesgericht hielt sodann fest, dass eine Kündigung gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. d OR missbräuchlich sei, wenn sie deswegen erfolgt, weil die andere Vertragspartei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag geltend macht. Das Appellationsgericht habe die Beklagte auf dieser Grundlage zu einer Entschädigungszahlung verurteilt. Es habe für das Bundesgericht verbindlich festgestellt, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer Z nicht gekündigt hatte, weil die Arbeitsorganisation zufolge seines reduzierten Pensums nicht mehr möglich gewesen wäre, sondern weil der Arbeitnehmer die Leistung des vollen Pensums verweigert hatte, was aufgrund seines ärztlich bescheinigten Gesundheitszustands nicht hatte verlangt werden können. Das Bundesgericht befand, dass der Arbeitnehmer berechtigt war, eine Rücksichtnahme auf seinen Gesundheitszustand gemäss der aus Art. 328 OR fließenden Fürsorgepflicht zu fordern. Das Appellationsgericht sei daher zu Recht von einer Racheekündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR ausgegangen. Die Arbeitgeberin könne sich nicht auf eine falsche Anwendung dieser Bestimmung berufen (Erw. 2).

Bemerkungen:

1. Inwieweit ist der Arbeitnehmer bei Krankheit vor dem Verlust der Arbeitsstelle durch Kündigung zu schützen? Diese Frage erhielt im *Entscheid 4A_102/2008 27.5.2008 eine besonders plastische und eindringliche Dimension*: Der Arbeitnehmer wurde infolge einer nachlässigen Betriebsorganisation bei einem Arbeitsunfall am Auge schwer verletzt und bald nach Wiederaufnahme der Arbeitsleistung, als sich herausstellte, dass vorderhand eine teilweise Arbeitsunfähigkeit verblieb, entlassen. Weil sich der Arbeitnehmer darauf berufen hatte, er könne infolge seiner weiterhin beeinträchtigten Gesundheit kein volles Arbeitspensum leisten, wurde die Kündigung als missbräuchlich erachtet (Erw. 2).

Die *Begründung des Bundesgerichts*, diese Kündigung stelle eine missbräuchliche sogenannte *Racheekündigung* dar

tigungsgrund (Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis) anerkannt, dass eine Krankheit die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt hatte (vgl. hierzu TH. GEISER, Kündigungsschutz bei Krankheit, AJP 1996, 550 ff., 556).

Vereinzelt wird in der Lehre auch vorgebracht, eine missbräuchliche Kündigung könne dann vorliegen, wenn infolge einer Krankheit gekündigt werde, um damit Ansprüche aus dem *Arbeitsverhältnis zu vereiteln* (sogenannte *Vereitelungskündigung*, Art. 336 Abs. 1 lit. c OR). So meint etwa NORDMANN, die Missbräuchlichkeit im Sinne von lit. c sei gegeben, wenn die Kündigung kurz vor einer Operation erfolge, um den Lohnfortzahlungsansprüchen zu entgehen, oder wenn während der Probezeit wegen Krankheit gekündigt werde (NORDMANN, op. cit., 109 f.). Das Bundesgericht hat allerdings in 4C_174/2004 5.8.2004 entschieden, dass grundsätzlich keine Vereitelungskündigung vorliege, wenn nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes wegen einer die Arbeitsleistung beeinträchtigenden Krankheit gekündigt werde (Erw. 2.2.2). Die Krankheit war in diesem Fall allerdings wiederum nicht das zentrale Thema. Vielmehr ging es um behauptete und nie zur Anklage gebrachte Vermögensdelikte des Arbeitnehmers gegen die Arbeitgeberin, die den Ausschlag zur Kündigung gegeben hatten (Erw. 2.1).

Das Bundesgericht hat somit in verschiedenen Entscheidungen eine Kündigung bei Krankheit beziehungsweise bei daraus resultierender Arbeitsunfähigkeit als missbräuchlich erachtet. Dabei fällt auf, dass die verschiedenen Entscheide lose nebeneinander stehen; das Bundesgericht hatte denn auch jeweils von ganz spezifischen Kündigungssituationen auszugehen. Gerade mit der in gewisser Weise *inkonsistenten Rechtsprechung* stellen sich allerdings verschiedene Fragen dazu, ob und wann eine Kündigung bei Krankheit beziehungsweise Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit missbräuchlich sei: Wann kommt etwa der Schutz durch lit. d (Rachekündigung) zur Anwendung – wenn sich der Arbeitnehmer mit Hinweis auf das Arztzeugnis gegen Forderungen des Arbeitgebers nach Arbeitsleistung gemäss dem ursprünglich vereinbarten Pensum zur Wehr setzt, oder bereits wenn ein Arztzeugnis besteht, das die verminderte Arbeitsfähigkeit bescheinigt? Gibt es in dieser Situation der ärztlich bescheinigten teilweisen Arbeitsunfähigkeit überhaupt noch eine Möglichkeit zur Kündigung, oder besteht de facto eine Pflicht zur Beschäftigung, solange der Arbeitnehmer einer ärztlich bescheinigten Arbeitszeitreduktion unterliegt? Dies könnte zumindest der Entscheid des Bundesgerichts 4A_102/2008 27.5.2008 vermuten lassen, wenn zur Begründung der Missbräuchlichkeit auf eine Verletzung der Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) verwiesen wird. Und schliesslich: Wie verhält es sich mit den Rechtfertigungsgründen, die nach lit. a im Wesentlichen die Kündigung infolge persönlicher Eigenschaften des Arbeitnehmers dann erlauben, wenn sich der Arbeitgeber auf legitime betriebliche Interessen berufen kann?

4. Diese soeben erwähnten Fragen rund um die missbräuchliche Rachekündigung führen zurück auf das *Gesamtsystem des Art. 336 OR* und das Zusammenspiel der verschiedenen

in lit. a–d konkretisierten Missbrauchstatbestände. Tatsächlich ist das Bundesgericht in jüngerer Zeit denn auch dazu übergegangen, Art. 336 OR als eine Konkretisierung des allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots zu sehen und neben den explizit aufgeführten Tatbeständen neue Missbrauchstatbestände hervorzubringen (grundlegend BGE 132 III 116 ff., Erw. 2 und BGE 132 III 260, Erw. 2.1).

Missbräuchlich ist nach dieser neueren Rechtsprechung eine Kündigung dann, wenn sich im «Umfeld» der Kündigung ein krass vertragswidriges Verhalten manifestiert, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung (zum Beispiel Urteil des Bundesgerichts 4C_25/2006 21.3.2006 Erw. 2). Dabei erkennt das Bundesgericht die Missbräuchlichkeit in aller Regel nicht in einzelnen Verhaltensweisen, sondern kommt im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu diesem Schluss (vgl. BGE 131 III 537 ff. Erw. 4, wo der Arbeitnehmer als «Sündenbock» entlassen wurde. Siehe auch die Urteile des Bundesgerichts 4C_174/2004 5.8.2004 Erw. 2.5 und 4C_431/1999 14.7.2000 Erw. 3). So entschied das Bundesgericht in verschiedenen Fällen, dass eine Kündigung wegen Leistungsabfalls missbräuchlich sei, wenn der Leistungsabfall auf Mobbing zurückzuführen sei (Urteile des Bundesgerichts 4C_320/2005 20.3.2006 Erw. 3 und 4C_276/2004 12.10.2004 Erw. 5; BGE 125 III 72, Erw. 2a.). Mobbing steht bekanntlich einer gesundheitlichen Beeinträchtigung äusserst nahe (siehe Urteil des Bundesgerichts 4C_109/2005 31.5.2005 Erw. 4, zur Definition von Mobbing), und die Pflicht des Arbeitgebers, gegen Mobbing bereits vorsorgend vorzugehen, stützt sich wie auch die Pflicht zu gesundheitlichen Schutzmassnahmen auf Art. 328 OR zum Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers.

In dieser Beziehung ist auch der teilweise amtlich publizierte Entscheid BGE 132 III 257 (Urteil des Bundesgerichts 4C_354/2005 8.2.2006) von Interesse. Hier ging es um die Kündigung eines Mitarbeiters, dessen Rauchallergie immer wieder zu krankheitsbedingten Absenzen geführt hatte. Der Arbeitnehmer versuchte die Arbeitgeberin zu einem allgemeinen Rauchverbot zu bewegen, schliesslich auch mit Klage bei Arbeitsgericht. Hierauf kündigte die Arbeitgeberin – allerdings nicht aus Anlass der Klage, sondern aufgrund der vielen gesundheitsbedingten Absenzen (Urteil des Bundesgerichts 4C_357/2005 8.2.2006, Sachverhalt A. und B. sowie Erw. 2.2. und 2.3). Das Bundesgericht führte hierzu aus, dass – von der Vorinstanz verbindlich festgestellt – keine Rachekündigung infolge der Klage vorliege und somit lit. d nicht verletzt sei. Dagegen läge bereits eine «verpönte Treuwidrigkeit vor, wenn die zahlreichen krankheitsbedingten Absenzen des Klägers, welche die Beklagte schliesslich zur Kündigung bewogen, der Unterlassung einer Fürsorgepflicht zuzuschreiben wären, denn die Ausnutzung eigenen rechtswidrigen Verhaltens bildet einen typischen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs» (Erw. 2.3). Sodann prüfte das Bundesgericht ausführlich, ob der Arbeitgeber seinen Pflichten nach Art. 328 OR nachgekommen war, also jene Massnahmen getroffen hatte, «die nach der Erfahrung notwendig,

(Art. 336 Abs. 1 lit. d OR), vermag zwar das soziale Gemüt zu befriedigen. Sie wirft aber zugleich einige dogmatische Fragen auf, die am Verhältnis der arbeitsrechtlichen Pole, Vertragsfreiheit einerseits und Sozialschutz andererseits, rühren und zugleich darüber hinaus führen.

2. Zunächst ist daran zu erinnern, dass das schweizerische Arbeitsvertragsrecht bei gesundheitlichen Beschwerden des Arbeitnehmers einen *absoluten und einen relativen Schutz* vorsieht:

- Bei unverschuldeter Krankheit bzw. unverschuldetem Unfall wird dem Arbeitnehmer zunächst *während einer bestimmten Frist* ein absoluter Kündigungsschutz im Sinne eines *Bestandesschutzes des Arbeitsvertrages* gewährt (Art. 336c Abs. 1 lit. a OR; vgl. hierzu u. a. F. VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. A., Basel/Genf/München 2005, 248). Dieser Bestandesschutz wird allerdings dadurch relativiert, dass bei fristloser Kündigung dennoch die sofortige Aufhebung des Arbeitsverhältnisses erfolgt (4C.247/2006 27.10.2006 Erw. 2.1).
- Im Gegensatz zum absoluten Kündigungsschutz vermag dagegen der *relative Schutz nach Art. 336 OR* den Bestand des Arbeitsverhältnisses nicht zu garantieren (VISCHER, 248). Wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR erfolgt, zieht dies allein die *in Art. 336a OR vorgesehenen Sanktionen* nach sich.

Im Entscheid 4A_102/2008 27.5.2008 war der zeitliche Kündigungsschutz bereits abgelaufen (vgl. Sachverhalt C.). Es ging also nicht (respektive nicht mehr) darum, den Arbeitnehmer vor den effektiven Folgen einer Kündigung zu schützen, sondern um die Frage, ob die konkret erfolgte Kündigung ein derart missbräuchliches Verhalten darstelle, dass der kündigenden Arbeitgeberin eine Strafzahlung zwecks Genugtuung auferlegt werden muss (BGE 132 III 117 f., Erw. 2.2 und 2.3; Urteil des Bundesgerichts 4C.25/2006 21.3.2006).

3. Das eigentliche Problem des Bundesgerichtsurteils 4A_102/2008 27.5.2008 stellt dessen *Einordnung in Art. 336 OR* dar. Art. 336 OR listet verschiedene Arten einer missbräuchlichen Kündigung in litera a–d auf. Nur bei Kündigung «wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht» (lit. a), sieht der Gesetzestext zwei betriebliche Rechtfertigungsmöglichkeiten vor. Für Kündigungen, mit welchen arbeitsvertraglich Ansprüche vereitelt werden sollen (lit. c) oder welche erfolgen, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht hatte (lit. d), sind dagegen im Gesetzestext keine Rechtfertigungsmöglichkeiten explizit aufgeführt. So untersuchte denn auch das Bundesgericht in 4A_102/2008 27.5.2008, in welchem es um eine Racheekündigung nach lit. d ging, keine allfälligen Rechtfertigungen, erwähnte aber, dass die Vorinstanz eine Rechtfertigung nach lit. a ausgeschlossen hatte und dass das Bundesgericht an die entsprechend festgestellten Tatsachen gebunden sei (Sachverhalt D. und Erw. 2).

Bislang wurde die Frage des Kündigungsschutzes infolge Krankheit kaum je unter dem Fall der *missbräuchlichen Racheekündigung nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR* abgehandelt (vgl. etwa die ausführlich aufgelistete Kasuistik in U. STREIFF/A. VON KAENEL, Arbeitsvertrag; Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. A., Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 336 N 8). Eine prominente Ausnahme stellt allerdings BGE 123 III 246 dar. Auf diesen leading case nimmt das Bundesgericht im neuen Fall 4A_102/2008 27.5.2008 mit keinem Wort Bezug. In BGE 123 III 246 hatte das Bundesgericht ebenso wie die damalige Vorinstanz, das Obergericht des Kantons Luzern, eine Kündigung als missbräuchlich unter lit. d erklärt, weil eine Arbeitnehmerin, die infolge Krankheit in der Arbeitsleistung beeinträchtigt war, durch eine Änderungskündigung zu einer Lohnreduktion hätte gebracht werden sollen, bevor überhaupt die ordentliche Kündigungsfrist abgelaufen wäre. Stein des Anstosses bot somit der Versuch, mittels Änderungskündigung noch vor Ablauf der ordentlichen Kündigung einen geringeren Lohn durchzusetzen. Keine Rolle spielte in der Begründung dagegen die Krankheit der Arbeitnehmerin. Somit konnte aus BGE 123 III 246 geschlossen werden, dass grundsätzlich auch bei Krankheit ordnungsgemäss gekündigt werden kann, wenn nur die allgemeinen zwingenden Vorgaben eingehalten werden. Zu bemerken ist allerdings, dass in BGE 123 III 246 offenbar kein direkter Zusammenhang zwischen der Arbeitstätigkeit und der Krankheit der Arbeitnehmerin bestand, während im Urteil des Bundesgerichts 4A_102/2008 27.5.2008 der Arbeitnehmer infolge einer betrieblichen Nachlässigkeit der Arbeitgeberin bei einem Betriebsunfall zu Schaden gekommen war. Und während es in BGE 123 III 246 ganz konkret um den geschützten Lohnanspruch während der ordentlichen Kündigungszeit ging, nahmen die Gerichte im Fall 4A_102/2008 27.5.2008 generell Anstoss an der Kündigung eines Arbeitnehmers, der sich auf seine ärztlich bescheinigte teilweise Arbeitsunfähigkeit berufen hatte.

Im Gegensatz zur höchstrichterlichen Begründung im Entscheid 4A_102/2008 27.5.2008 behandeln Lehre und Rechtsprechung die sachlichen Zusammenhänge zwischen dem gesundheitlichen Zustand des Arbeitnehmers und einer Kündigung vor allem unter *Art. 336 Abs. 1 lit. a OR*: Missbräuchlich ist eine Kündigung wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei aufgrund ihrer *Persönlichkeit* zusteht, sofern die Eigenschaft nicht mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang steht oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt (jüngste Urteile des Bundesgerichts 4C_326/2006 22.5.2007 Erw. 4 und 4C_72/2002 22.4.2002 Erw. 1a; BGE 127 III 88 Erw. 2a; u. a. PH. NORDMANN, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Diss. Basel 1998, 89 f.). Der gesundheitliche Zustand wird dabei als Teil der Persönlichkeit des Arbeitnehmers angesehen (Urteil des Bundesgerichts vom 11. November 1993, in: SJ 1995 798, Erw. 2a.). Im bereits erwähnten BGE 123 III 246, Erw. 5 wurde als Rechtfertigung

nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind, soweit sie ihm mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung billigerweise zugemutet werden können» (BGE 132 III 257, Erw. 5.2 S. 259 und folgende). Von Bedeutung ist nun, dass das Bundesgericht den zu betreibenden Aufwand des Arbeitgebers nicht an den bestehenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausrichtete. Vielmehr seien die notwendigen Schutzmassnahmen daran zu bestimmen, dass damit ein voraussehbarer Eintritt einer Gesundheitsschädigung (in casu eines rauchallergischen Arbeitnehmers) verhütet würde (BGE 132 III 257, Erw. 5.5).

Gerade mit diesem letzterwähnten Entscheid BGE 132 III 257 zeigt sich, dass das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot, das vom Bundesgericht unter Rückgriff auf Art. 328 OR zum Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers konkretisiert wird, auch bei Krankheit Anwendung finden kann. Dabei scheint das Bundesgericht von einem *allgemeinen Rechtfertigungsgrund für die Kündigung* auszugehen: Eine Kündigung infolge gesundheitlicher Beeinträchtigungen der Arbeit kann gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitgeber alles Notwendige und Zumutbare im Sinne von Art. 328 OR getan hat, um die Integration des gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmers zu gewährleisten, oder aber wenn solche Massnahmen zum Vorherein nicht zumutbar gewesen wären (siehe hierzu die ähnliche Situation bei Behinderung gemäss Rahmenrichtlinie 2000/78/EG; EuGH v. 11. Juli 2006, C-13/05, *Chacon Navas*, N 51; hierzu K. PÄRLI, Behinderungsbegriff im Kontext der Richtlinie 2000/78/EG: Von der Notwendigkeit eines offenen und weiten Verständnisses, in: *European Law Reporter* 2007, 383 f.). Im besprochenen Fall 4A_102/2008 27.5.2008, in welchem das Bundesgericht das Vorliegen einer Racheündigung nach lit. d untersuchte, kommt dieser allgemeine Rechtfertigungsgrund ebenfalls zum Ausdruck: Das Bundesgericht deutet darauf hin, dass gemäss Vorinstanz ein solcher allgemeiner Rechtfertigungsgrund nach Art. 328 OR nicht erfüllt gewesen sei (Erw. 2).

Insgesamt wäre zu begrüßen, wenn das Bundesgericht auf einer *Verallgemeinerung von Art. 336 OR* aufbauen würde und eine gewisse Konsistenz zur Frage herstellen würde, ob und wann bei Krankheit gekündigt werden darf. Zu begrüßen wäre dabei insbesondere die Verallgemeinerung des Rechtfertigungsmechanismus von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR und dem entsprechenden Bezug zu Art. 328 OR. Eine Verallgemeinerung des Rechtfertigungsgrundes nach lit. a könnte ohne Zwang auf der weiteren Rechtsprechung zu lit. d zur Geltendmachung des Anspruchs nach Treu und Glauben (v. a. Urteil des Bundesgerichts 4C_237/2005 27.10.2005 Erw. 2.2) aufbauen sowie am Mechanismus der Beweislast (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_281/2007 18.10.2007 Erw. 5.1) anschliessen. Mit einem derartigen allgemeinen «Recht-Fertigungsmechanismus» könnte eine wesentliche Forderung moderner Rechtslehre verwirklicht werden, in reflexiver Weise Probleme auf jene Personen zurückzuspiegeln, die sie verursachen oder zumindest im wesentlichen Masse

die Lösung der Probleme beeinflussen können (grundlegend G. TEUBNER, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, in: *Law & Society Review* 1983, 239–285). Gerade mit Blick auf betriebliche Nachlässigkeiten, die wie in 4A_102/2008 27.5.2008 zu gesundheitlichen Beeinträchtigungen führen, müssten dabei die Pflichten des Arbeitgebers zum Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers, aber auch die Grenzen dieser Pflicht, gerade wenn die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers betroffen ist, berücksichtigt werden (Art. 328 OR). Letztlich geht es hier auch um die Frage, welche gesellschaftlichen Risiken von wem (Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Allgemeinheit, etc.) zu tragen sind, respektive wem eine gesellschaftsadaquate Gestaltung wirtschaftlicher und sozialer Strukturen (samt Versicherungslösung) am ehesten zuzutrauen ist.