
Sonderdruck

Festschrift

**Zur Emeritierung von
Jean-Fritz Stöckli**

Herausgegeben von
Eva-Maria Bäni und Angela Obrist



Dike Verlag AG, Zürich / St. Gallen 2014
ISBN 978-3-03751-630-0

Zur Kausalität bei Asbestschäden

CORINNE WIDMER LÜCHINGER

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	777
II.	Die Fragestellung	778
III.	Die Beweisschwierigkeiten des Arbeitnehmers	779
IV.	Der Blick über den Ärmelkanal, oder: die englische Rechtsprechung zur Kausalität bei Asbestschäden	782
	1. Die erste Konstellation: <i>Fairchild v. Glenhaven (2002)</i>	782
	2. Die zweite Konstellation: <i>Barker v. Corus (2006)</i> und der <i>Compensation Act 2006</i>	785
	3. Die dritte Konstellation: <i>Sienkiewicz v. Greif (2011)</i>	788
V.	Beurteilung nach schweizerischem Recht	790
	1. Die erste Konstellation	790
	2. Die zweite Konstellation	793
	3. Die dritte Konstellation	794
VI.	Fazit	796

I. Einleitung

Die Frage, ob ein Arbeitgeber für den Schaden seines Arbeitnehmers haftet, den dieser infolge einer berufsbedingten Erkrankung erlitten hat, hat schon diverse Gerichte im In- und Ausland beschäftigt. Ob es nun um Pneumokoniose (Staublung), Asbestose (Asbeststaublunge), Dermatitis oder ein malignes Mesotheliom geht: Berufskrankheiten werfen zahlreiche haftungsrechtliche Probleme auf. In der Schweiz gibt es dazu verhältnismässig wenige Entscheide, und diese betrafen bisher vor allem die Frage der Verjährung. Die Verjährung steht auch im Fokus der Politik und Lehre, insbesondere seit der Verabschiedung des Gesetzesentwurfs zur Revision des Verjährungsrechts und der dazugehörigen Botschaft vom 29. November 2013.¹ Zusätzlich ange-

¹ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) vom 29. November 2013, BBl 2014, S. 235, 287 ff.; Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts) (Entwurf), BBl 2014, S. 287 ff. Für eine kritische Würdigung des Entwurfs durch verschiedene Autoren siehe HAVE 2014, Heft 1.

facht wurde die Diskussion durch den Entscheid *Howald Moor et autres c. Suisse* des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 11. März 2014,² in dem nicht nur die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Verjährung der Ansprüche von Asbestopfern als Verstoss gegen Art. 6 Ziff. 1 EMRK gewertet, sondern auch der Entwurf des Bundesrates kritisiert wurde.³

Da Berufskrankheiten häufig eine lange Latenzzeit aufweisen, ist nachvollziehbar, dass die Frage der Verjährung bisher im Vordergrund stand. So liegt die mittlere Latenzzeit beim malignen Mesotheliom, einer typischen Asbest-erkrankung, nach aktuellen Erkenntnissen bei fünfzig Jahren.⁴ Mit der Beseitigung der Verjährungshürde allein ist es jedoch noch nicht getan. Besondere Probleme wirft vor allem die Haftungsvoraussetzung der Kausalität auf. In den letzten Jahren hatten englische Gerichte mehrfach Gelegenheit, sich zum Kausalitätserfordernis bei Berufskrankheiten, insbesondere Asbest-erkrankungen, zu äussern. Diese Entscheide könnten auch für die schweizerische Praxis aufschlussreich sein.

II. Die Fragestellung

Da die Klagen auf Ersatz von Asbestschäden bereits an der Verjährung scheiterten,⁵ musste sich die schweizerische Rechtsprechung bisher noch nicht mit dem Erfordernis der Kausalität auseinandersetzen. Die sich stellenden Fragen sind jedoch alles andere als einfach. Nachfolgend soll die Problematik anhand von drei Konstellationen erörtert werden, die aus der englischen Gerichtspraxis stammen.

1. Konstellation: Arbeitnehmer X war zu verschiedenen Zeiten bei zwei (oder mehr) voneinander unabhängigen Arbeitgebern tätig. An beiden Arbeitsplätzen atmete X Asbestfasern ein. Beide Arbeitgeber hatten es in

² *Howald Moor et autres c. Suisse*, Urteil Nr. 52067/10 und 41072/11 vom 11. März 2014, abrufbar unter <http://hudoc.echr.coe.int> (9. April 2014).

³ Vgl. dazu CORINNE WIDMER LÜCHINGER, Die Verjährung bei Asbestschäden: Eine Standortbestimmung nach dem EGMR-Entscheid *Howald Moor et autres c. Suisse*, ZBJV 2014, S. 460 ff.

⁴ Siehe VOLKER NEUMANN/STEFAN LÖSEKE/DENNIS NOWAK/FELIX J. F. HERTH/ANDREA TANNAPFEL, Malignes Pleuramesotheliom: Inzidenz, Ätiologie, Diagnostik, Therapie und Arbeitsmedizin, Dt. Ärzteblatt 2013, 110(18), S. 319 ff. m.w.H., abrufbar unter www.aerzteblatt.de/archiv/137725 (9. April 2014). Vgl. im Übrigen WIDMER LÜCHINGER (FN 3), ZBJV 2014, S. 460, 462 f.

⁵ Siehe dazu WIDMER LÜCHINGER (FN 3), ZBJV 2014, S. 460 ff.

Verletzung ihrer Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) unterlassen, geeignete Schutzmassnahmen zu ergreifen, um eine Gesundheitsschädigung des X zu verhindern. In der Folge erkrankt X an einem malignen Mesotheliom.⁶

2. Konstellation: Gleich wie in der ersten Konstellation wurde X zu verschiedenen Zeiten bei verschiedenen Arbeitgebern pflichtwidrig Asbestfasern ausgesetzt. Hinzu tritt jedoch noch eine weitere Asbestexposition, die nicht auf eine Pflichtverletzung der Arbeitgeber zurückzuführen ist, sondern auf die eigene Nachlässigkeit des X während der Zeit, als er einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachging. In der Folge erkrankt X an einem malignen Mesotheliom.⁷

3. Konstellation: Arbeitnehmer X war nur bei einem einzigen Arbeitgeber tätig, bei dem er pflichtwidrig Asbest ausgesetzt war. Die Asbestbelastung am Arbeitsplatz war allerdings sehr gering. In der Folge erkrankt X an einem malignen Mesotheliom. Anders als in den obigen Konstellationen kommen neben dem Arbeitgeber keine weiteren Personen als Schadensverursacher in Betracht. Die Erkrankung könnte jedoch auch durch die allgemeine umweltbedingte Asbestbelastung verursacht worden sein.⁸

Die drei Konstellationen werfen unterschiedliche Probleme auf. Bei den ersten beiden Konstellationen kam der Arbeitnehmer X an mehreren Arbeitsorten mit Asbest in Kontakt. Hier fragt sich, ob X Schadenersatz und Genugtuung verlangen kann, und wenn ja, von wem. Sollten beide Arbeitgeber gegenüber X haften, fragt sich weiter, ob es sich um eine solidarische oder bloss um eine anteilige Haftung handelt. Bei der dritten Konstellation hingegen liegt nur ein einziges Arbeitsverhältnis vor. Hier muss geprüft werden, ob der Arbeitgeber gegenüber X haftet, obwohl die Asbestexpositionen nur teilweise auf eine Pflichtverletzung des Arbeitgebers zurückzuführen sind.

⁶ Diese Konstellation war Gegenstand des Urteils des House of Lords in *Fairchild v. Glenhaven*, [2002] UKHL 22; dazu unten *sub* IV.1.

⁷ Diese Konstellation war Gegenstand des Urteils des House of Lords in *Barker v. Corus*, [2006] UKHL 20; dazu unten *sub* IV.2.

⁸ Diese Konstellation war Gegenstand des Urteils des UK Supreme Court in *Sienkiewicz v. Greif*, [2011] UKSC 10; dazu unten *sub* IV.3.

III. Die Beweisschwierigkeiten des Arbeitnehmers

In allen drei Gerichtsfällen, die den geschilderten Konstellationen zugrunde liegen, war der Kläger an einem asbestbedingten malignen Mesotheliom erkrankt. Dass gerade diese Form der Asbesterkkrankung die englische Gerichtspraxis in den letzten Jahren beschäftigt hat, ist kein Zufall.⁹ Arbeitnehmer, die an einem malignen Mesotheliom erkranken, können nämlich mit besonderen Beweisproblemen konfrontiert sein.

Zwar wird angenommen, dass rund 80–90% der Mesotheliomerkrankungen bei Männern¹⁰ in westlichen Industriestaaten auf eine Asbestexposition zurückzuführen sind.¹¹ Die Mesotheliomerkrankung gilt ausserdem seit den sechziger Jahren als Signaltumor für eine beruflich bedingte Asbesteinwirkung.¹² Bei einer langandauernden Exposition am Arbeitsplatz, die den heutigen Grenzwert überschreitet, wird deshalb regelmässig feststehen, dass der berufsbedingte Asbestkontakt die Erkrankung ausgelöst hat. Dies alleine vermag die Haftung des Arbeitgebers jedoch nicht zu begründen. Vorausgesetzt ist vielmehr, dass der Arbeitgeber seine Pflichten gegenüber dem Arbeitnehmer verletzt hat und dass diese Pflichtverletzung die Krankheit des Arbeitnehmers verursacht hat. Dies gilt nicht nur im Vertragsrecht nach Art. 97 Abs. 1 OR, sondern auch im Deliktsrecht. Dem Arbeitgeber wird typischerweise vorgeworfen werden, dass er die notwendigen Massnahmen zum Schutz seiner Arbeitnehmer unterlassen hat.¹³

Hier liegt nun die Crux für den Arbeitnehmer.¹⁴ Kam er nämlich bei unterschiedlichen Arbeitgebern unzulässigerweise mit Asbest in Kontakt, müsste

⁹ Zu den verschiedenen Formen der asbestbedingten Berufskrankheiten siehe WIDMER LÜCHINGER (FN 3), ZBJV 2014, S. 460, 461 ff., m.H. auf aktuelle Studien.

¹⁰ Es sind vorwiegend Männer, die an einem Mesotheliom erkranken; vgl. z.B. BRUCE W. S. ROBINSON/ARTHUR W. MUSK/RICHARD A. LAKE, Malignant Mesothelioma, *The Lancet* 366 (2005), S. 397, 398.

¹¹ MARCEL JOST/SUSANNA STÖHR/CLAUDIA PLETSCHER/HANSPETER RAST, SUVA Factsheet Asbestbedingte Berufskrankheiten, Version März 2013, S. 1, 2 f., abrufbar unter www.suva.ch/factsheet-asbestbedingte-berufskrankheiten.pdf (9. April 2014).

¹² Vgl. z.B. JOYCE K. THOMPSON/CATHERINE M. WESTBOM/ARTI SHUKLA, Malignant Mesothelioma: Development to Therapy, *Journal of Cellular Biochemistry* 115 (2014), S. 1, 4; NEUMANN/LÖSEKE/NOWAK/HERTH/TANNAPFEL (FN 4), *Dt. Ärzteblatt* 2013, 110(18), S. 319 f. m.w.H.

¹³ Zur Kausalität der Unterlassung im ausservertraglichen Haftpflichtrecht siehe z.B. HEINZ REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4. Aufl., Zürich 2008, N 591 ff. m.w.H.

¹⁴ Von den Beweisschwierigkeiten sind auch die Sozialversicherungen betroffen, die gemäss Art. 72 ATSG (SR 830.1) auf den Arbeitgeber zurückgreifen wollen.

er entweder beweisen, dass die Pflichtverletzung des einen oder anderen Arbeitgebers für seine Mesotheliomerkrankung kausal war, oder aber, dass beide Pflichtverletzungen zusammen die Krankheit verursachten. Nach heutigem Stand der medizinischen Wissenschaft wird ihm dieser Beweis jedoch nicht gelingen können. Gleiches gilt, wenn neben der Exposition am Arbeitsplatz weitere signifikante Asbestexpositionen stattfanden, etwa weil der Betroffene zeitweise selbständigerwerbend war und dabei Asbestfasern einatmete.

Der Grund für die Beweisschwierigkeiten beim malignen Mesotheliom liegt darin, dass nach wie vor ungewiss ist, wie genau die Mesotheliomerkrankung in Gang gesetzt wird:

«The molecular pathogenesis of MM [malignant mesothelioma] is still an elusive multifactorial event involving multiple mechanisms. [...] [B]asic mechanisms of how asbestos exposure leads to mesothelial cell proliferation/transformation and development of MM [are] not clear [...]».¹⁵

Zwar geht man davon aus, dass das Risiko, an einem malignen Mesotheliom zu erkranken, steigt, je mehr Fasern der Betroffene einatmet. Unklar ist jedoch, ob die Erkrankung bereits durch eine einzelne Asbestfaser ausgelöst werden kann oder ob vielmehr eine bestimmte Mindestmenge eingeatmet werden muss, um die Krankheit in Gang zu setzen.¹⁶ Unklar ist auch, ob eine zeitliche Komponente hineinspielt, ob also die Interaktion von früheren und späteren Expositionen die Erkrankung begünstigen kann.¹⁷

Nach aktuellem Wissensstand wird die Mesotheliomerkrankung, wenn sie einmal in Gang gesetzt ist, nicht durch die Inhalation weiterer Asbestfasern

¹⁵ THOMPSON/WESTBOM/SHUKLA (FN 12), *Journal of Cellular Biochemistry* 115 (2014), S. 1, 3; vgl. auch CLAIRE McIVOR, *Debunking some Judicial Myths about Epidemiology and its Relevance to UK Tort Law*, *Medical Law Review* (Med. L. Rev.) 2013, S. 1, 5.

¹⁶ Vgl. McIVOR (FN 15), *Med. L. Rev.* 2013, S. 1, 5.

¹⁷ Vgl. die Ausführungen von Lord PHILLIPS im Entscheid *Sienkiewicz v. Greif* des UK Supreme Court, [2011] UKSC 10, N 101 f. unter Bezugnahme auf die Studie von C. RAKE/C. GILH M/J. HATCH/A. DARNTON/J. HODGSON/J. PETO, *Occupational, Domestic and Environmental Mesothelioma Risks in the British Population: a Case-Control Study*, *British Journal of Cancer* 100 (2009), S. 1175 ff.: «There may well be a temporal element. The Peto Report also raised the possibility (but no more) of synergistic interaction between early and later exposures. Causation may involve a cumulative effect with later exposure contributing to causation initiated by an earlier exposure.» Die *Peto*-Studie ist abrufbar unter <http://researchonline.lshtm.ac.uk/5311> (9. April 2014).

verschlimmert.¹⁸ Darin besteht ein wesentlicher Unterschied zur Asbestose (Asbeststaublunge), bei der die Schwere der Erkrankung von der Menge der eingeatmeten Fasern und der Expositionsdauer abhängt. Bei der Asbestose verschlimmert sich der Zustand des Betroffenen, je mehr und je länger er Asbestfasern einatmet. Der Verlauf der Asbestose wird mithin von der Menge der Asbestfasern, die nach Auslösung der Krankheit eingeatmet werden, und der Dauer der Einwirkung beeinflusst.¹⁹ Wie noch zu zeigen sein wird,²⁰ wirkt sich dieser Unterschied insbesondere auf die Kausalitätsfrage aus.

IV. Der Blick über den Ärmelkanal, oder: die englische Rechtsprechung zur Kausalität bei Asbestschäden

1. Die erste Konstellation: *Fairchild v. Glenhaven* (2002)

Im vielbeachteten Urteil *Fairchild v. Glenhaven*²¹ hatte der House of Lords unter anderem²² die Klage einer Frau zu beurteilen, deren Mann an einem malignen Mesotheliom erkrankt und in der Folge verstorben war.²³ Der

¹⁸ Vgl. McIVOR (FN 15), Med. L. Rev. 2013, S. 1, 5.

¹⁹ GRAEME P. CURRIE/STEPHEN J. WATT/NICK A. MASKELL, An Overview of How Asbestos Exposure Affects the Lung, British Medical Journal (BMJ) 339 (2009), S. 506, 507; ANGELINE A. LAZARUS/ANDREW PHILIP, Asbestosis, Disease-a-Month (DM) 57 (2011), S. 14, 17; vgl. auch RO-TING LIN/KEN TAKAHASHI/ANTTI KARJALAINEN/Tsutomu HOSHUYAMA/DONALD WILSON/TAKASHI KAMEDA/CHANG-CHUAN CHAN/CHI-PANG WEN/SUGIO FURUYA/TOSHIKI HIGASHI/LUNG-CHANG CHIEN/MEGU OHTAKI, Ecological Association between Asbestos-Related Diseases and Historical Asbestos Consumption: an International Analysis, The Lancet 369 (2007), S. 844, 847; siehe ferner die Ausführungen von Lord PHILLIPS im Entscheid *Sienkiewicz v. Greif* des UK Supreme Court, [2011] UKSC 10, N 14; zu diesem Entscheid siehe unten *sub* IV.3.

²⁰ Siehe unten im Text nach FN 26.

²¹ [2002] UKHL 22. Der Entscheid wird teilweise wiedergegeben bei CORINNE WIDMER, A Civil Lawyer's Introduction to Anglo-American Law: Torts, Bern/Wien 2008, S. 242 ff.; der Volltext ist abrufbar unter www.bailii.org/form/search_cases.html (9. April 2014).

²² *Fairchild* handelt an sich von drei voneinander unabhängigen Fällen; diese wurden jedoch im selben Verfahren behandelt, da sie identische rechtliche Fragen aufwarfen.

²³ Der Entscheid ist in zahlreichen Beiträgen erörtert worden; siehe z.B. JONATHAN MORGAN, Lost Causes in the House of Lords: *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services*, Modern Law Review (MLR) 66 (2003), S. 277 ff.; JENS M. SCHERPE, Ausnahmen vom Erfordernis eines strikten Kausalitätsnachweises im englischen Deliktsrecht: Urteil des House of Lords vom 20. Juni 2002 (*Fairchild v. Glenhaven*), ZEuP 2004, S. 164 ff.; JANE STAPLETON, Lords a'Leaping Evidentiary Gaps, Torts Law Journal 10 (2002), S. 276 ff.; ferner W. V. H. ROGERS, Winfield & Jolowicz on Tort, 18. Aufl., London 2010, N 6–9 ff.; SIMON DEAKIN/ANGUS JOHNSTON/BASIL MARKESINIS,

Mann war zu Lebzeiten für verschiedene Arbeitgeber in der Bauindustrie tätig gewesen. In den sechziger Jahren kam er bei (mindestens) zwei seiner Arbeitgeber, für die er zu unterschiedlichen Zeiten und für unterschiedlich lange Dauer gearbeitet hatte, mit substantiellen Mengen von Asbestfasern in Kontakt. Die Arbeitgeber hatten es unterlassen, die notwendigen Vorkehrungen zum Schutz ihrer Arbeitnehmer zu ergreifen. Dadurch hatten sie ihre gesetzlichen Pflichten verletzt, die sich aus dem *Factories Act 1961* ergaben. Die Witwe klagte in der Folge gegen jene beiden Arbeitgeber, bei denen es nachweislich zu solchen Asbestexpositionen gekommen war.

Die Vorinstanzen hatten die Klage abgewiesen, da es der Klägerin nicht gelungen war zu beweisen, ob die Asbesteinwirkung bei Arbeitgeber A oder Arbeitgeber B zur Mesotheliomerkrankung geführt hatte oder ob die Krankheit auf die kumulierte Asbestexposition an beiden Arbeitsplätzen zurückzuführen war. In einem einstimmigen Entscheid hiessen die Richter des House of Lords die Berufung gut, obwohl feststand, dass der Kausalitätsbeweis nicht gelungen war. Damit wurde das traditionelle Erfordernis, wonach nur derjenige haftet, dessen Verhalten nachweislich *conditio sine qua non* für den Schaden des Betroffenen war, für diese spezifische Konstellation aufgegeben.

Den Ausschlag für diesen Entscheid gab zunächst, dass die Beweisnot der Klägerin mit den Grenzen des medizinischen Wissens zu erklären war. Aufgrund der nach wie vor herrschenden Ungewissheit über den Hergang der Mesotheliomerkrankung²⁴ stand von Anfang an fest, dass der Kausalitätsbeweis misslingen würde. Hinzu kam, dass beide beklagten Arbeitgeber ihre Pflichten gegenüber dem Verstorbenen verletzt hatten. Ausserdem kam einzig die Asbesteinwirkung am Arbeitsplatz als Ursache für die Mesotheliomerkrankung in Frage.

Dass die Relativierung des Kausalitätserfordernisses zur Haftung auch jenes Arbeitgebers führen kann, der den Schaden gar nicht verursacht hat, nahmen die Richter in *Fairchild* in Kauf. Lord BINGHAM OF CORNHILL begründete dies wie folgt:

«The crux of cases such as the present, if the appellants' argument is upheld, is that an employer may be held liable for damage he has not caused. [...] It

Markesinis and Deakin's Tort Law, 6. Aufl., Oxford 2008, S. 254 ff.; JOHN FREDERIC CLERK, Clerk & Lindsell on Torts, 20. Aufl., London 2010, N 2–46 ff.

²⁴ Dazu oben im Text bei FN 15.

can properly be said to be unjust to impose liability on a party who has not been shown [...] to have caused the damage complained of. On the other hand, there is a strong policy argument in favour of compensating those who have suffered grave harm, at the expense of their employers who owed them a duty to protect them against that very harm and failed to do so, when the harm can only have been caused by breach of that duty and when science does not permit the victim accurately to attribute, as between several employers, the precise responsibility for the harm he has suffered. I am of opinion that such injustice as may be involved in imposing liability on a duty-breaking employer in these circumstances is heavily outweighed by the injustice of denying redress to a victim.»²⁵

Der *Fairchild*-Entscheid war spezifisch auf die Beweisschwierigkeiten bei Mesotheliomerkrankungen zugeschnitten.²⁶ Die Richter wiesen denn auch ausdrücklich auf den Unterschied zur Asbestose und ähnlichen Krankheiten hin, bei denen die Schwere der Erkrankung von der Intensität und Dauer der Exposition abhängt.²⁷ In der Tat wird der Arbeitnehmer, der an verschiedenen Arbeitsorten mit Asbest in Kontakt gekommen ist und in der Folge an einer Asbestose erkrankt, jedenfalls gegen den letzten Arbeitgeber vorgehen können, sofern diesem eine Pflichtverletzung nachgewiesen werden kann. Dies ergibt sich bereits aus der *conditio sine qua non*-Formel, denn ohne zusätzliche Asbestexposition wäre die Krankheit des Arbeitnehmers auf jeden Fall weniger schwer gewesen. Bei Mesotheliomerkrankungen dagegen könnte sich ein Arbeitgeber nach der herkömmlichen Kausalitätslehre dadurch vor der Haftpflicht schützen, indem er nur solche Personen einstellt, die bereits an anderen Arbeitsorten übermässigen Asbestmengen ausgesetzt waren.²⁸

Um die Relativierung des Kausalitätserfordernisses in *Fairchild* dogmatisch abzustützen, beriefen sich die Richter insbesondere auf den früheren Entscheid des House of Lords in *McGhee v. National Coal Board*.²⁹ *McGhee* betraf die Klage eines Arbeitnehmers, der aufgrund seiner Arbeit in einem Brennofen an einer Dermatitis erkrankt war. Der Zusammenhang zwischen seiner Arbeit beim Beklagten und der Erkrankung galt als erstellt. Anders als in

²⁵ [2002] UKHL 22, N 33.

²⁶ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen siehe z.B. ROGERS (FN 23), N 6–9.

²⁷ Vgl. [2002] UKHL 22, N 6, 33 (Lord BINGHAM OF CORNHILL), 121 (Lord RODGER OF EARLSFERRY).

²⁸ Vgl. [2002] UKHL 22, N 33 (Lord BINGHAM OF CORNHILL).

²⁹ [1973] 1 WLR 1; vgl. dazu z.B. CLERK (FN 23), N 2–39, 2–49.

Fairchild gab es in *McGhee* nur einen Arbeitgeber, der die Erkrankung hatte verursachen können. Der Kläger konnte jedoch nicht beweisen, dass gerade die *Pflichtverletzung* des beklagten Arbeitgebers *conditio sine qua non* für die Erkrankung war. Die Pflichtverletzung des Arbeitgebers bestand darin, dass er den Arbeitnehmern keine Duschen zur Verfügung gestellt hatte, um nach der Arbeit den Staub von ihren Körpern zu waschen. Aufgrund seiner Tätigkeit wäre der Arbeitnehmer aber möglicherweise auch dann an einer Dermatitis erkrankt, wenn er am Arbeitsort hätte duschen können.³⁰

Die Beweisnot des Klägers in *McGhee* ergab sich – gleich wie beim malignen Mesotheliom – daraus, dass nach aktuellem Wissensstand nicht bekannt war, wie eine Dermatitis ausgelöst wird.³¹ Dennoch wurde die Haftung des Arbeitgebers bejaht, und zwar mit der Begründung, dass seine Pflichtverletzung «materially increased the risk», d.h. wesentlich zum Erkrankungsrisiko beigetragen hatte.³² In solchen Fällen obliege es dem Arbeitgeber zu beweisen, dass seine Pflichtverletzung in Wirklichkeit nicht kausal gewesen sei:

«[W]here a person has, by breach of duty of care, created a risk, and injury occurs within the area of that risk, the loss should be borne by him unless he shows that it had some other cause.»³³

Unter Berufung auf den *McGhee*-Fall entschied der House of Lords in *Fairchild*, dass die wesentliche *Vergrößerung des Risikos* einer berufsbedingten Krankheit durch den Arbeitgeber mit der eigentlichen *Verursachung* der Krankheit gleichzusetzen sei.³⁴

2. Die zweite Konstellation: *Barker v. Corus (2006)* und der *Compensation Act 2006*

Im *Fairchild*-Entscheid war einzig die Tragweite des Kausalitätserfordernisses umstritten. Nicht streitig war dagegen die weitere Frage, ob die beklagten

³⁰ Vgl. auch ROGERS (FN 23), N 6–9.

³¹ Siehe dazu die Ausführungen von Lord BINGHAM OF CORNHILL in *Fairchild v. Glenhaven*, [2002] UKHL 22, N 17 f.

³² Die massgeblichen Passagen des *McGhee*-Entscheids werden wiedergegeben in *Fairchild v. Glenhaven*, [2002] UKHL 22, N 20.

³³ [1973] 1 WLR 1, 6 (Lord WILBERFORCE); siehe dazu DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS (FN 23), S. 249 ff.

³⁴ Siehe dazu die oben in FN 23 angeführten Quellen.

Arbeitgeber solidarisch oder bloss anteilig haften.³⁵ Nach englischem Recht haften mehrere Haftpflichtige grundsätzlich solidarisch («jointly and severally»), wenn die Rechtsgutverletzung des Geschädigten unteilbar («indivisible») ist.³⁶ Da es sich beim malignen Mesotheliom um eine unteilbare Rechtsgutverletzung handelt, wurde die Solidarhaftung der beklagten Arbeitgeber in *Fairchild* ohne Weiteres bejaht.³⁷ Von dieser Haltung wich der House of Lords jedoch in späteren Entscheid *Barker v. Corus*³⁸ ab, der ebenfalls die asbestbedingte Mesotheliomerkrankung eines Arbeitnehmers betraf. *Barker* war der erste Entscheid, in dem Tragweite und Grenzen der «*Fairchild*-Exception»³⁹ ausgelotet wurden.⁴⁰

Im zu beurteilenden Fall⁴¹ war der Arbeitnehmer zu drei verschiedenen Zeiten signifikanten Asbestmengen ausgesetzt gewesen. Zwei dieser Asbestexpositionen gingen auf Pflichtverletzungen durch seine Arbeitgeber zurück, wobei die Asbesteinwirkung beim früheren Arbeitgeber sechs Wochen und beim späteren Arbeitgeber mehrere Monate angedauert hatte. Zur dritten Exposition war es dagegen zwischen 1968 und 1975 gekommen, als der Verstorbene als selbständiger Gipser gearbeitet hatte; die Expositionen während dieser dritten Periode waren unstrittig selbstverschuldet gewesen.

Anders als in *Fairchild* stand in *Barker* demnach gerade nicht fest, dass die Pflichtverletzung eines Arbeitgebers die Krankheit verursacht haben musste. Dennoch sprachen sich die Richter einstimmig dafür aus, die *Fairchild*-Ausnahme auf diese Konstellation auszudehnen. Zweck des *Fairchild*-Entscheids sei es gewesen, den Geschädigten auch dann zu schützen, wenn es unmöglich sei zu beweisen, dass die Pflichtverletzung des Arbeitgebers *conditio sine qua non* für die Mesotheliomerkrankung war. Daraus folge aber, dass es unerheblich sei, ob die weiteren Asbestexpositionen auf Pflichtverletzungen Dritter,

³⁵ Siehe [2002] UKHL 22, N 125 (Lord RODGER OF EARLSFERRY); vgl. auch HARVEY MCGREGOR, McGregor on Damages, 18. Aufl., London 2009, N 8–015.

³⁶ Vgl. *Barker v. Corus*, [2006] UKHL 20, N 2 (Lord HOFFMANN); zur Solidarhaftung bei unteilbaren Rechtsgutverletzungen siehe z.B. ROGERS (FN 23), N 6–11, 21–1.

³⁷ [2002] UKHL 22, N 125 (Lord RODGER OF EARLSFERRY); vgl. ROGERS (FN 23), N 6–11.

³⁸ [2006] UKHL 20, abrufbar unter www.bailii.org/form/search_cases.html (9. April 2014).

³⁹ So der von Lord RODGER OF EARLSFERRY verwendete Ausdruck; siehe [2006] UKHL 20, N 66.

⁴⁰ Vgl. dazu z.B. CLERK (FN 23), N 2–58 ff.

⁴¹ *Barker v. Corus* handelt an sich von drei voneinander unabhängigen Fällen; diese wurden jedoch im selben Verfahren behandelt, da sie identische rechtliche Fragen aufwarfen.

auf Zufall oder gar auf die eigene Nachlässigkeit des Geschädigten zurückzuführen seien.⁴²

Geteilter Auffassung waren sich die Richter in *Barker* dagegen bezüglich der Haftungsfolgen. In Anwendung der allgemeinen Grundsätze⁴³ hatte die Vorinstanz, der Court of Appeal, die solidarische Haftung der beklagten Arbeitgeber bejaht, den Anspruch des Klägers allerdings aufgrund seines Selbstverschuldens («contributory negligence») reduziert. Dagegen sprach sich der House of Lords mit einer Mehrheit von vier zu eins⁴⁴ gegen die Solidarhaftung aus. Stattdessen wurde eine anteilige Haftung angenommen, und zwar mit der Massgabe, dass der Anteil des jeweiligen Beklagten seinem *Beitrag zum Erkrankungsrisiko* entsprechen müsse. Wie genau diese Beiträge zu quantifizieren seien, wurde offengelassen, da es sich um eine Tatfrage handelte.⁴⁵ Lord HOFFMAN führte allerdings Folgendes dazu aus:

«The damages [...] must be apportioned to the defendants according to their contributions to the risk. It may be that the most practical method of apportionment will be according to the time of exposure for which each defendant is responsible, but allowance may have to be made for the intensity of exposure and the type of asbestos.»⁴⁶

Grund für die Annahme einer Teilschuldnerschaft in *Barker* war das Schutzbedürfnis der beklagten Arbeitgeber. Aufgrund der langen Latenzzeit beim malignen Mesotheliom waren zwischenzeitlich nämlich einige der früheren Arbeitgeber (resp. ihre Versicherer) insolvent oder waren aufgelöst worden. Hätte man die Solidarhaftung bejaht, wäre das Rückgriffsrecht der belangten Arbeitgeber faktisch ins Leere gelaufen, obwohl nicht einmal feststand, dass sie den Schaden des Arbeitnehmers tatsächlich verursacht hatten. Dieses Insolvenzrisiko wollte man den Beklagten nicht aufbürden.⁴⁷

Die rechtliche Schwierigkeit bestand nun aber darin, dass unteilbare Rechtsgutverletzungen nach englischem Recht zur Solidarität führen. Um eine Solidarhaftung der Arbeitgeber zu vermeiden, mussten die Richter deshalb

⁴² [2006] UKHL 20, N 17 (Lord HOFFMANN).

⁴³ Siehe oben im Text nach FN 35.

⁴⁴ Zur *dissenting opinion* von Lord RODGER OF EARLSFERRY siehe [2006] UKHL 20, N 66 ff.; siehe dazu auch ROGERS (FN 23), N 6–11.

⁴⁵ Vgl. MCGREGOR (FN 35), N 8–017.

⁴⁶ [2006] UKHL 20, N 48.

⁴⁷ Siehe ROGERS (FN 23), N 6–11; MCGREGOR (FN 35), N 8–019.

von der Begründung im *Fairchild*-Entscheid abweichen. Anders als in *Fairchild* wurde die Risikosteigerung nicht mehr mit der *Verursachung* gleichgesetzt. Stattdessen wurde die Risikosteigerung selber als massgebliche Rechtsgutverletzung qualifiziert:

«[I]f the basis of liability is the wrongful creation of a risk or chance of causing the disease, the damage which the defendant should be regarded as having caused is the creation of such a risk or chance. If that is the right way to characterize the damage, then it does not matter that the disease as such would be indivisible damage. Chances are infinitely divisible and different people can be separately responsible to a greater or lesser degree for the chances of an event happening [...]».⁴⁸

In der Sache handelt es sich somit um eine Haftung für verlorene Chancen (*perte d'une chance*).⁴⁹ Wer nämlich das Krankheitsrisiko eines Menschen vergrössert, verkleinert damit zugleich dessen Chance, nicht krank zu werden. Die Vergrösserung des Risikos ist nichts anderes als das Spiegelbild der *perte d'une chance*.⁵⁰

Die in *Barker* eingeführte Entlastung der Arbeitgeber war nur von kurzer Dauer. Wenige Wochen nach dem Entscheid erliess das britische Parlament den *Compensation Act 2006*,⁵¹ mit dem der in *Barker* entwickelte Grundsatz gezielt umgestossen wurde. Gemäss *Section 3* des *Compensation Act* haftet derjenige, der pflichtwidrig einen anderen Asbest ausgesetzt und dafür (z.B. aufgrund der *Fairchild*-Regel) einzustehen hat, nicht anteilig, sondern für den ganzen Schaden. Der Erlass regelt ausschliesslich die Rechtsfolgen bei Mesotheliomerkrankungen; leidet der Arbeitnehmer an einer anderen asbestbedingten Krankheit, z.B. an einer Asbestose, kommt der *Compensation Act* nicht zum Tragen.⁵²

⁴⁸ [2006] UKHL 20, N 35 (Lord HOFFMANN).

⁴⁹ Siehe MCGREGOR (FN 35), N 8–018.

⁵⁰ Vgl. auch [2006] UKHL 20, N 114 (Lord WALKER).

⁵¹ Der *Compensation Act 2006* ist abrufbar unter www.bailii.org/form/search_legis.html (9. April 2014).

⁵² Siehe z.B. ROGERS (FN 23), N 6–11; MCGREGOR (FN 35), N 8–020; CLERK (FN 23), N 2–65 ff.

3. Die dritte Konstellation: *Sienkiewicz v. Greif* (2011)

In *Sienkiewicz v. Greif*⁵³ hatte der UK Supreme Court⁵⁴ unter anderem die Klage der Tochter einer Arbeitnehmerin zu beurteilen, die an einem malignen Mesotheliom erkrankt und in der Folge verstorben war. Im Unterschied zu den Arbeitnehmern in *Fairchild* und *Barker* hatte die Arbeitnehmerin in *Sienkiewicz* keinen Hochrisiko-Beruf⁵⁵ ausgeübt, sondern war Büroangestellte in einem Unternehmen gewesen, das Blechtonnen herstellte. Es konnte nachgewiesen werden, dass der beklagte Arbeitgeber die Arbeitnehmerin pflichtwidrig Asbestfasern ausgesetzt hatte; allerdings war die Asbestexposition sehr gering. Aufgrund von Expertisen wurde angenommen, dass sich die Gesamtexposition der Arbeitnehmerin aufgrund der Pflichtverletzung des Arbeitgebers lediglich um 18% erhöht hatte.⁵⁶ Die sonstige Asbestexposition der verstorbenen Arbeitnehmerin ergab sich aus der allgemeinen umweltbedingten Asbestbelastung («environmental exposure») in der Gegend, in der sie gewohnt hatte. Die umweltbedingte Asbestexposition war demnach um einiges grösser als die Belastung, der die Arbeitnehmerin an ihrem Arbeitsplatz ausgesetzt gewesen war. Anders als in *Fairchild* und *Barker* kam in *Sienkiewicz* ausserdem nur ein einziger Arbeitgeber als Haftungssubjekt in Frage. Vor dem Supreme Court war deshalb streitig, ob die *Fairchild*-Regel anwendbar sei oder nicht.

Die erste Instanz hatte eine Anwendung der *Fairchild*-Regel mit der Begründung abgelehnt, dass diese Regel pflichtwidrige Asbestexpositionen durch

⁵³ [2011] UKSC 10, abrufbar unter www.bailii.org/form/search_cases.html (9. April 2014). Der *Sienkiewicz*-Entscheid ist in zahlreichen Beiträgen erörtert worden; vgl. z.B. PER LALENG, *Sienkiewicz v. Greif (UK) Ltd. and Willmore v. Knowsley Metropolitan Borough Council: A Material Contribution to Uncertainty?*, *Modern Law Review (MLR)* 2011, S. 777 ff.; SANDY STEEL/DAVID IBBETSON, *More Grief on Uncertain Causation in Tort*, *Cambridge Law Journal* 70 (2011), S. 451 ff.; CHRIS MILLER, *Causation in Personal Injury after (and before) Sienkiewicz*, *Legal Studies* 32 (2012), S. 396 ff.; McIVOR (FN 15), *Med. L. Rev.* 2013, S. 1, 9 ff.; vgl. auch MCGREGOR (FN 35), 3rd Supplement (2012), N 8–020A ff.; CLERK (FN 23), 2nd Supplement (2012), N 2–62A, 2–64.

⁵⁴ Der UK Supreme Court, das höchste Gericht im Vereinigten Königreich, ist seit Oktober 2009 in Betrieb. Es hat die richterliche Funktionen des House of Lords übernommen.

⁵⁵ Zu den Hochrisiko-Berufen gehörten in den westlichen Industriestaaten früher (d.h. vor Ergreifen wirksamer Schutzmassnahmen) insbesondere Bauarbeiter, namentlich Schreiner und Zimmermänner, sowie Asbestfabrikarbeiter und Isolationsarbeiter; siehe RAKE/GILHAM/HATCH/DARNTON/HODGSON/PETO (FN 17), *British Journal of Cancer* 100 (2009), S. 1175, 1176; vgl. auch JOST/StÖHR/PLETSCHER/RAST (FN 11), S. 1, 9 f.

⁵⁶ [2011] UKSC 10, N 60.

mehrere Personen voraussetze. Habe hingegen nur eine einzige Person ihre Pflichten gegenüber dem Geschädigten verletzt, kämen die allgemeinen Beweisregeln zum Tragen. Die Klägerin müsse deshalb beweisen, dass die Pflichtverletzung des Arbeitgebers mit überwiegender Wahrscheinlichkeit («more likely than not») die Mesotheliomerkrankung verursacht habe.⁵⁷ Da die Asbestexposition durch den Arbeitgeber in casu das Erkrankungsrisiko nicht verdoppelt, sondern lediglich um 18% erhöht hatte, wies die erste Instanz die Klage ab.

Der erstinstanzliche Entscheid wurde in der Folge durch den Court of Appeal aufgehoben.⁵⁸ Die dagegen erhobene Berufung wurde durch den Supreme Court einstimmig abgewiesen. Nach Ansicht des Supreme Court greift die *Fairchild*-Regel auch in dieser Konstellation; dass nur ein einziger Arbeitgeber als Haftungssubjekt in Frage komme, sei unerheblich. Begründet wurde dies damit, dass die Beweisschwierigkeiten, die den Ausschlag für den *Fairchild*-Entscheid gegeben hatten, auch hier vorlagen.⁵⁹ Dass die Anwendung der *Fairchild*-Regel in diesem Fall für den Arbeitgeber «draconian consequences» habe, da er nicht einmal auf andere Schuldner zurückgreifen könne, sei letztlich Folge des *Compensation Act 2006*, der eine anteilige Haftung ausschliesse.⁶⁰

V. Beurteilung nach schweizerischem Recht

1. Die erste Konstellation

In der ersten Konstellation⁶¹ besteht das Problem für den Arbeitnehmer darin, dass nicht nur ein, sondern mehrere Arbeitgeber ihre Schutzpflichten ihm gegenüber verletzt haben. Zwar steht fest, dass die Mesotheliomerkrankung auf die Pflichtverletzung eines Arbeitgebers zurückzuführen ist. Es ist jedoch unmöglich zu beweisen, ob nur Arbeitgeber A oder nur Arbeitgeber B die Krankheit verursacht hat oder ob der Arbeitnehmer nur deshalb erkrankt ist, weil die Pflichtverletzungen von A und B zusammengewirkt haben.

⁵⁷ Zum Regelbeweismass des «proof on a balance of probabilities» siehe ADRIAN KEANE, *The Modern Law of Evidence*, 9. Aufl., Oxford 2012, 108; siehe auch WIDMER (FN 21), S. 229 f.

⁵⁸ [2009] EWCA Civ 1159.

⁵⁹ [2011] UKSC 10, N 212 (Lord DYSON).

⁶⁰ [2011] UKSC 10, N 58 (Lord PHILLIPS).

⁶¹ Siehe oben *sub* II.

Stünde fest, dass nur die Pflichtverletzung *einer* der beiden Arbeitgeber die Erkrankung verursacht haben kann, liesse sich aber nicht beweisen, ob es die Pflichtverletzung von A oder B war, läge eine *alternative Konkurrenz von Gesamtsachen*⁶² vor. Stünde hingegen fest, dass nur das *Zusammenwirken* der Pflichtverletzungen von A und B die Krankheit auslösen konnte, läge eine *Konkurrenz von Teilursachen*⁶³ vor. Aufgrund der Grenzen des medizinischen Wissens ist es hier jedoch nicht möglich, das Kausalitätsproblem der richtigen dogmatischen «Schublade» zuzuordnen.

Für den Geschädigten günstiger wäre die Annahme einer Konkurrenz von Teilursachen. Bei dieser Kausalitätsform kann weder die Pflichtverletzung des A noch jene des B hinweggedacht werden, ohne dass der Schaden entfielen. Sowohl die Pflichtverletzung des A als auch jene des B wären *conditio sine qua non* für den Schaden. Gemäss Bundesgericht⁶⁴ und herrschender Lehre⁶⁵ kann der Schaden in solchen Fällen nicht in Verursachungsquoten aufgeteilt werden; vielmehr haften sowohl A als auch B solidarisch für den ganzen Schaden. Diese Sichtweise entspricht der traditionellen englischen Lehre, die bei Vorliegen einer «*indivisible injury*» ebenfalls von einer Solidarhaftung

⁶² Siehe insbes. KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. Aufl., Zürich 1995, § 3 N 116 ff.; REY (FN 13), N 621 ff.; ferner BSK-HEIERLI/SCHNYDER, N 25 zu Art. 41 OR; BK-BREHM, N 145 ff. zu Art. 41 OR; FRANZ WERRO, La responsabilité civile, 2. Aufl., Bern 2011, N 216 ff.; VITO ROBERTO, Haftpflichtrecht, Bern 2013, N 06.28; WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Bern 2012, N 502 ff.; HEINRICH HONSELL/BERNHARD ISENRING/MARTIN A. KESSLER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2013, § 3 N 65 ff.

⁶³ Siehe z.B. REY (FN 13), N 631 ff.; PIERRE WIDMER, Privatrechtliche Haftung, in: PETER MÜNCH/THOMAS GEISER (Hrsg.), Schaden-Haftung-Versicherung, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. 5, Basel 1999, § 2–62; FELLMANN/KOTTMANN (FN 62), N 500. STEPHAN WEBER bezeichnet diese Kausalitätsform als «komplementäre Kausalität»: WEBER, Kausalität und Solidarität – Schadenszurechnung bei einer Mehrheit von tatsächlichen oder potentiellen Schädigern, HAVE 2010, S. 115, 117 ff.

⁶⁴ Siehe BGE 127 III 257, 263: «Soweit [...] der von der Beklagten 3 verursachte Schaden sich mit dem von der Beklagten 1 und 2 zu vertretenden überschneidet, d.h. zu dessen Vergrösserung geführt hat, haftet der Beklagte 3 hierfür solidarisch mit allen Beklagten.»

⁶⁵ Vgl. REY (FN 13), N 633; OFTINGER/STARK (FN 62), § 3 N 79, 83 ff.; ALFRED KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. Aufl., Bern 2002, S. 104; FELLMANN/KOTTMANN (FN 62), N 2750. In jüngerer Zeit ist allerdings die Frage aufgeworfen worden, ob hier statt der Solidarhaftung nicht eine Anteilhaftung greifen sollte; siehe WEBER (FN 63), HAVE 2010, S. 115, 118, der die Frage allerdings offenlässt.

ausgeht.⁶⁶ Nach schweizerischem Recht liegt unechte Solidarität im Sinne von Art. 51 OR vor.⁶⁷

Schwieriger wird die Lage für den Arbeitnehmer, wenn man von einer alternativen Kausalität ausgeht. Haben die möglichen Schadensverursacher bewusst zusammengewirkt, so haften sie zwar aufgrund von Art. 50 Abs. 1 OR solidarisch.⁶⁸ Fehlt es aber an einem gemeinsamen Verschulden, müsste die Klage an sich scheitern, da der Kausalitätsbeweis nicht gelingen kann.⁶⁹ Dennoch bejaht inzwischen die wohl überwiegende Lehre die Haftung der möglichen Verursacher bei alternativer Kausalität.⁷⁰ Der Geschädigte dürfe nicht dafür büssen, dass nicht nur eine, sondern mehrere Personen sich ihm gegenüber pflichtwidrig verhalten haben.⁷¹ Die Beweggründe erinnern an Lord BINGHAMS Ausführungen im *Fairchild*-Entscheid.⁷² Uneinigkeit besteht allerdings darüber, ob die Haftung solidarisch⁷³ oder, entsprechend der Verursacherwahrscheinlichkeit, anteilig⁷⁴ sein soll.

Meines Erachtens ist eine anteilmässige Haftung sachgerecht, denn sie berücksichtigt das Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers, belastet die (möglichen) Verursacher jedoch weniger stark als die Solidarhaftung.⁷⁵ Dass nicht einseitig auf die Interessen des Geschädigten abgestellt werden sollte, zeigt insbeson-

⁶⁶ Siehe oben *sub* IV.2.

⁶⁷ Art. 50 Abs. 1 OR greift nicht, da es an einem bewussten Zusammenwirken der Arbeitgeber regelmässig fehlen wird; vgl. auch BGE 127 III 257, 264 f.

⁶⁸ Vgl. OFTINGER/STARK (FN 62), § 3 N 121 ff.; BSK-HEIERLI/SCHNYDER, N 25 zu Art. 41 OR; WERRO (FN 62), N 219.

⁶⁹ So insbes. BK-BREHM, N 145 ff. zu Art. 41 OR; BSK-HEIERLI/SCHNYDER, N 25 zu Art. 41 OR; KELLER (FN 65), S. 103.

⁷⁰ Dass die h.L. sich nicht mehr gegen die Haftung ausspricht, scheint noch nicht überall zur Kenntnis genommen worden zu sein. Die Haftung wird insbesondere bejaht von OFTINGER/STARK (FN 62), § 3 N 123 ff.; REY (FN 13), N 624; HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 62), § 3 N 67; WERRO (FN 62), N 222; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2009, § 48 N 67; WEBER (FN 63), HAVE 2010, S. 115, 120 f.; ROGER QUENDOZ, Modell einer Haftung bei alternativer Kausalität, Zürich 1991, S. 67 f. und *passim*; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, N 21.03; differenzierend ROBERTO (FN 62), N 06.28 ff.

⁷¹ WERRO (FN 62), N 222; vgl. auch WEBER (FN 63), HAVE 2010, S. 115, 120.

⁷² Siehe oben im Text vor FN 25.

⁷³ So HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 62), § 3 N 67, unter Bezugnahme auf das deutsche und österreichische Recht; ihnen folgend SCHWENZER (FN 70), N 21.03; so wohl auch WEBER (FN 63), HAVE 2010, S. 115, 120 f., sowie ROBERTO (FN 62), N 06.29, die den potentiellen Schadensverursachern einen Entlastungsbeweis zugestehen.

⁷⁴ So OFTINGER/STARK (FN 62), § 3 N 123; REY (FN 13), N 624; KOLLER (FN 70), § 48 N 67; QUENDOZ (FN 70), S. 67 f., 75.

⁷⁵ Vgl. auch OFTINGER/STARK (FN 62), § 3 N 114.

dere der *Barker*-Entscheid des House of Lords.⁷⁶ Die Teilhaftung entspricht im Übrigen der Lösung, die die *European Group of Tort Law* in Art. 3:103(1) der *Principles of European Tort Law* (PETL) vorschlägt.⁷⁷ Die entscheidende Frage ist dabei, wie die Anteile festzulegen sind. Gemäss PETL berechnen sich die Anteile nach der Höhe der Wahrscheinlichkeit der Verursachung. Wie beurteilt man aber die Wahrscheinlichkeit, dass eine Pflichtverletzung den Schaden verursacht hat? Am einfachsten wäre eine Aufteilung entsprechend der Zeitdauer, während der die einzelnen Arbeitgeber den Arbeitnehmer pflichtwidrig Asbest ausgesetzt haben. Die Intensität der Exposition und die Art des Asbestes, dem der Arbeitnehmer ausgesetzt war, müssen jedoch ebenfalls berücksichtigt werden.⁷⁸

Die Schwierigkeit besteht darin, die (solidarische oder anteilmässige) Haftung bei der alternativen Kausalität dogmatisch zu begründen.⁷⁹ Diese Frage betrifft nicht nur Asbestschäden, sondern alle Fälle alternativer Konkurrenz. Vertreter der Solidarhaftung begründen ihre Position teilweise mit der analogen Anwendung von Art. 50 Abs. 1 OR.⁸⁰ Die Richter des House of Lords kamen in *Fairchild* zum selben Ergebnis, indem sie die *Risikosteigerung* mit der *Schadensverursachung* gleichsetzten.⁸¹ In *Barker* sprach sich der House of Lords dagegen für die anteilige Haftung der Arbeitgeber aus. Zu diesem Schluss konnte das Gericht nur gelangen, indem es die Risikosteigerung selbst als Rechtsgutverletzung qualifizierte.⁸² In der Sache entspricht dies einer Haftung für entgangene Chancen,⁸³ die das schweizerische Bundesgericht aber unlängst abgelehnt hat.⁸⁴

⁷⁶ Vgl. oben im Text nach FN 46.

⁷⁷ Die *Principles of European Tort Law* sind abrufbar unter www.egtl.org (9. April 2014). Art. 56d des Vorentwurfs eines Bundesgesetzes zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts sah vor, dass sich das Gericht mit einer «einleuchtenden Wahrscheinlichkeit» begnügen kann, wenn der Kausalitätsbeweis nicht mit Sicherheit erbracht wird. Diesfalls könne «die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit bemessen» werden; vgl. WIDMER (FN 63), § 2–64.

⁷⁸ Vgl. die Ausführungen von Lord HOFFMAN in *Barker*, oben im Text nach FN 45.

⁷⁹ Die Solidarität wird teils aus einer analogen Anwendung von Art. 50 Abs. 1 OR hergeleitet; vgl. HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 62), § 3 N 67; zur anteilmässigen Haftung siehe QUENDOZ (FN 70), *passim*.

⁸⁰ So HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 62), § 3 N 67.

⁸¹ Siehe oben *sub* IV.1.

⁸² Siehe oben im Text nach FN 47.

⁸³ Siehe oben im Text nach FN 48.

⁸⁴ BGE 133 III 462, 471 f.; siehe dazu insbes. CHRISTOPH MÜLLER, *La responsabilité civile extra-contractuelle*, Basel 2013, N 108 ff. m.w.H.

Solange sich wissenschaftlich nicht feststellen lässt, welche der beiden möglichen Kausalitätsformen vorliegt, sollte von einer alternativen Konkurrenz ausgegangen werden.

2. Die zweite Konstellation

Die zweite Konstellation⁸⁵ zeichnet sich dadurch aus, dass zu den Pflichtverletzungen der Arbeitgeber eine weitere Ursache hinzutritt, die der Arbeitnehmer selber zu vertreten hat. Gleich wie in der ersten Konstellation⁸⁶ lässt sich nicht feststellen, ob eine alternative Konkurrenz vorliegt oder ob mehrere Teilursachen zusammengewirkt haben. Der Unterschied gegenüber der ersten Konstellation besteht jedoch darin, dass der Schaden des Arbeitnehmers *möglicherweise* insgesamt auf sein eigenes Verhalten zurückzuführen ist.

Hätte der Arbeitnehmer durch sein Verhalten eine Teilursache gesetzt, die mit den Pflichtverletzungen der Arbeitgeber zusammenwirkte, so würden die Arbeitgeber grundsätzlich für den ganzen Schaden solidarisch haften.⁸⁷ Vorausgesetzt wäre auch hier, dass sowohl die Pflichtverletzung des Arbeitgebers A als auch die Pflichtverletzung des Arbeitgebers B *conditio sine qua non* für den Schaden war.⁸⁸ Das Selbstverschulden des Arbeitnehmers würde einen Herabsetzungsgrund nach Art. 44 Abs. 1 OR darstellen.⁸⁹ Im Zweifel ist jedoch wiederum von einer alternativen Konkurrenz auszugehen, solange sich nicht feststellen lässt, welche der beiden möglichen Kausalitätsformen vorliegt.

Ändert sich nun die rechtliche Beurteilung aufgrund der Tatsache, dass eine der möglichen Gesamtursachen, nämlich das Verhalten des geschädigten Arbeitnehmers selber, keinen Haftungstatbestand erfüllt? Meines Erachtens nein; auch in dieser Konstellation erscheint die anteilige Haftung der beiden Arbeitgeber sachgerecht. Für die haftpflichtrechtliche Beurteilung kann es nämlich keinen Unterschied machen, ob die dritte mögliche Gesamtursache von einem weiteren Arbeitgeber oder vom Arbeitnehmer selber gesetzt worden ist.⁹⁰ Wollte man noch weiter gehen und eine *solidarische* Haftung der

⁸⁵ Siehe oben *sub* II.

⁸⁶ Vgl. oben *sub* V.1.

⁸⁷ Siehe REY (FN 13), N 641 ff.

⁸⁸ Vgl. oben *sub* V.1.

⁸⁹ Siehe REY (FN 13), N 643 m.w.H.

⁹⁰ Vgl. auch OFTINGER/STARK (FN 62), § 3 N 127 f.

Arbeitgeber bejahen, so müsste die vom Arbeitnehmer gesetzte Ursache als Selbstverschulden im Rahmen von Art. 44 Abs. 1 OR berücksichtigt werden und zur Reduktion des Schadenersatzanspruchs führen. Schwierigkeiten bereitet in beiden Fällen wiederum die dogmatische Begründung der Haftung.⁹¹

3. Die dritte Konstellation

Anders als in den ersten beiden Konstellationen lässt sich in der dritten Konstellation⁹² überhaupt nicht feststellen, ob die Mesotheliomerkrankung auf die berufliche Tätigkeit des Arbeitnehmers zurückzuführen ist. Zudem kommt nur ein einzelner Arbeitgeber als Täter in Frage. Als alternative Gesamtsache resp. als Teilursache, die mit der Pflichtverletzung des Arbeitgebers zusammenwirkt, kommt lediglich der Zufall, nämlich die allgemeine umweltbedingte Asbestbelastung, hinzu.

Läge in dieser Konstellation eine Konkurrenz von Teilursachen vor,⁹³ würde der Arbeitgeber nach den allgemeinen Regeln für den ganzen Schaden haften. Der Zufall sollte immerhin zur Reduktion des Schadenersatzanspruchs nach Art. 43 Abs. 1 OR führen.⁹⁴ Im Zweifel kann aber auch hier nicht von einer Konkurrenz von Teilursachen, sondern höchstens von einer alternativen Konkurrenz ausgegangen werden.

Von einer alternativen Konkurrenz könnte in dieser Konstellation jedoch dann nicht die Rede sein, wenn das Gericht die Erkrankung auf die Umweltbelastung zurückführen würde. Nach ständiger Rechtsprechung gilt für den Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhangs das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.⁹⁵ Danach ist der Beweis erbracht, wenn «für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen».⁹⁶ Als «Wahrscheinlichkeitswert» werden 75% vorgeschlagen.⁹⁷ In *Sienkiewicz* betrug die Wahrscheinlich-

⁹¹ Vgl. oben *sub* V.1.

⁹² Siehe oben *sub* II.

⁹³ Vgl. oben *sub* V.1.

⁹⁴ REY (FN 13), N 638; siehe auch OFTINGER/STARK (FN 62), § 3 N 90 f. m.w.H.

⁹⁵ Siehe z.B. BGE 132 III 715, 720 m.w.H.; KuKo-SCHMID, N 14 zu Art. 150 ZPO.

⁹⁶ BGE 132 III 715, 720.

⁹⁷ KuKo-SCHMID, N 13 zu Art. 150 ZPO. Die in *Sienkiewicz* erörterte Frage, ob das Risiko, an einem Mesotheliom zu erkranken, durch die Pflichtverletzung des Arbeitgebers verdoppelt

keit, dass die Arbeitnehmerin infolge der allgemeinen umweltbedingten Asbestbelastung an einem Mesotheliom erkrankt war, rund 84,7%.⁹⁸ Ein schweizerisches Gericht könnte deshalb in einem solchen Fall versucht sein, die Umweltbelastung als Krankheitsursache zu betrachten und die Haftung des Arbeitgebers vollumfänglich abzulehnen. Ob dies sachgerecht ist, erscheint allerdings zweifelhaft. Denn: wäre nicht die allgemeine Umweltbelastung, sondern das Verhalten weiterer Arbeitgeber mögliche andere Schadensursache, läge wieder die erste Konstellation vor. Aus Sicht des beklagten Arbeitgebers ist es letztlich reiner Zufall, ob nur er pflichtwidrig gehandelt hat oder nicht. In der Sache spricht deshalb auch hier vieles für die Teilhaftung des Arbeitgebers;⁹⁹ die Crux liegt aber wiederum in der dogmatischen Begründung.¹⁰⁰

VI. Fazit

Der Blick über den Ärmelkanal verdeutlicht, dass das Problem der Asbestschäden im Haftpflichtrecht weit über die Verjährungsfrage hinausreicht. Schwierigkeiten bereitet vor allem der Kausalitätsbeweis, insbesondere für jene Arbeitnehmer, die bei mehreren Arbeitgebern mit Asbest in Kontakt gekommen sind und in der Folge an einem malignen Mesotheliom erkranken. Es ist unklar, ob mehrere Arbeitgeber solidarisch, anteilmässig oder gar nicht für den Schaden haften, der einem Arbeitnehmer durch die berufsbedingte Asbestexposition entstanden ist. Die Tendenz in der Lehre geht dahin, mehrere mögliche Schadensverursacher auch bei Ungewissheit über den Kausalverlauf haften zu lassen, sei es solidarisch oder anteilmässig. Die für den Arbeitgeber weniger belastende Teilhaftung wäre ein attraktiver Mittelweg. Die genaue Ausgestaltung der Haftung und ihre dogmatische Begründung bedürfen jedoch noch der eingehenden Untersuchung.

worden war (siehe oben *sub* IV.3), spielt deshalb im schweizerischen Recht keine Rolle.

⁹⁸ Zur Berechnung siehe GERHARD WAGNER, *Asbestos-Related Diseases in German Law*, *European Review of Law* 2013, S. 319, 326 f.

⁹⁹ Vgl. auch KOLLER (FN 70), § 48 N 71.

¹⁰⁰ Vgl. zum Diskussionsstand in Deutschland WAGNER (FN 98), *European Review of Private Law* 2013, S. 319, 325 ff.; MüKo-WAGNER, N 62 ff. zu § 830 BGB m.w.H.