Arbeit und Arbeitsrecht

Festschrift
für Thomas Geiser
zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Roland Müller Kurt Pärli Isabelle Wildhaber

DIKE

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

Die Grafik für das Vorsatzpapier wurde freundlicherweise von der Seidenmann AG, Zürich, zur Verfügung gestellt.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.dnb.de abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-3-03751-969-1

www.dike.ch

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

Inhaltsverzeichnis

Roland Bachmann
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Leitende Angestellte (Executives) – Ausnahmen zum Grundsatz der Einheit des Arbeitsvertragsrechts 1

Alfred Blesi
Dr. rer. publ. et lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Erwerbstätige Nichterwerbstätige
Zu den möglichen Implikationen eines länger andauernden Bezuges von Krankentaggeldern im Sozialversicherungsrecht und im Arbeitsrecht 17

Wolfgang Däubler
Professor für Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen

Angriffe auf den Arbeitnehmer im Internet 31

Jean-Louis Duc
Prof. Dr. iur., em. Professor der Universität St.Gallen, Lausanne

Réflexions sur une assurance-maladie d'indemnités journalières permettant à un employeur d'être libéré de son obligation de verser le salaire durant un temps limité en vertu de l'article 324b alinéa 4 CO 45

Jean-Philippe Dunand
Prof. Dr. iur., Avocat, Professeur de droit du travail à l'Université de Neuchâtel

L' exécution des peines conventionnelles notifiées par les commissions paritaires 55

Martin Farner
lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Arbeitsrechtlicher Datenschutz am Beispiel der Übermittlung ins datenschutzrechtlich unsichere Ausland 69

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

Heinz Heller
Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Fachanwalt SAV Familienrecht
Leistungslohn und Minderleistung – Denkanstösse zu guter und schlechter Arbeitsleistung 99

Angela Hensch/Roberto Fornito
lic. iur., Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Partnerin bei Bratschi Wiederkehr & Buob AG, St.Gallen/Dr. iur., Fachanwalt SAV Erbrecht, Partner bei Bratschi Wiederkehr & Buob AG, St.Gallen
Erbrechtliche Zuwendungen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis 121

Roger Hischier
Dr. iur., Fürsprecher, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich
Arbeitnehmerschutz und zwingende Bestimmungen im internationalen Arbeitsrecht 141

Ueli Kieser
Prof. Dr., Titularprofessor an den Universitäten Bern und St.Gallen, Rechtsanwalt bei KSPartner, Zürich
Arbeitsrecht und berufliche Vorsorge: Gemeinsamkeiten – Unterschiede – Folgerungen 159

Thomas Koller
Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern
Die Hauswartin mit «Dienstwohnung» – unter besonderer Berücksichtigung des Kündigungsrechts: Ein brisantes Rechtsproblem an einer Schnittstelle zwischen Arbeitsrecht und Mietrecht 175

Michael Kull
Dr. iur., Rechtsanwalt, Basel
Die Anwendbarkeit des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) in Konzernverhältnissen 193

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

Hardy Landolt
Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor für Haftungs-, Privat- und Sozialversicherungsrecht an der Universität St.Gallen, Rechtsanwalt und Notar, Glarus

Innerfamiliäre Betreuungs- und Pflegeleistungen – Unklare Rechtsnatur und heterogene Entschädigungspflicht 209

Günther Löschnigg
Prof. Dr. iur. et Dr. rer. soc. oec., Vorstand des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Graz und Professor für Universitätsrecht an der Universität Linz

Schweizerisches und österreichisches Arbeitsrecht
Beispiele struktureller und inhaltlicher Unterschiede 227

Anne Meier/Zoé Seiler
Dr. iur., Avocate, Chargée d'enseignement / Dr. iur., LL.M., Avocate

Des usages au salaire minimum ? Réflexions sur l'avenir d'une vieille idée 245

Peter Mosimann
Dr. iur., Advokat, Basel, Lehrbeauftragter für Immaterialgüterrecht und Kunstrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel (2005–2014), Präsident der Kunstkommission der Öffentlichen Kunstsammlung Basel (2008–2017), Syndikus Schweizerischer Bühnenverband (1981–2012)

Der Intendantenvertrag – Rechte und Pflichten 259

Roland Müller
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Titularprofessor an den Universitäten St.Gallen und Bern, Staad/SG

Konsequenzen einer missbräuchlichen Kündigung 275

Roland A. Müller/Christian Maduz
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Titularprofessor an der Universität Zürich für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Direktor des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes / MLaw, Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Projektleiter Direktion beim Schweizerischen Arbeitgeberverband

Arbeitszeit und Arbeitszeiterfassung: Debatte zur zeitgemässen Anpassung des Arbeitsgesetzes 291

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

Harry F. Nötzli
Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht
Verfassungsrechtliche Schranken der Anwendbarkeit des Obligationenrechts im öffentlichen Personalrecht 307

Kurt Pärli
Prof. Dr. iur., Professor für Soziales Privatrecht, Universität Basel, Basel
Das (entschädigungslose) Konkurrenzverbot gehört abgeschafft 323

Thomas Pietruszak
lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht
Bezahlte Stillzeit – oder doch (noch) nicht? Versuch einer Auslegeordnung von Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 339

Wolfgang Portmann
Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privat- und Arbeitsrecht an der Universität Zürich
Aktuelle Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur fristlosen Kündigung des Arbeitsvertrags 349

Manfred Rehbinder
Prof. Dr. iur. Dr. h.c., em. Ordinarius, vormals Lehrstuhl für Arbeits-, Immaterialgüter-, Medienrecht und Rechtssoziologie an der Universität Zürich, Wiss. Direktor des Europäischen Instituts für Rechtspsychologie, Zürich
Zur sogenannten Frauenfrage 367

Vito Roberto/Roman Schister
Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Direktor am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Zürich/M.A. HSG am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, St.Gallen
Eingeschränkte Arbeitnehmerhaftung 381

Roger Rudolph
Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich
Fünf Mysterien des Arbeitsgesetzes 401

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

Ivo Schwander
Prof. Dr. iur. Dr. h.c. (Universität Zürich), ehemaliger Professor für Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und schweizerisches Privatrecht an der Universität St.Gallen, Rechtskonsulent in Zürich
Spezifische Probleme des IPR-Kollisionsrechts in Arbeitsrechtsfällen – Zum Umgang mit den Artikeln 13, 15, 18, 19 IPRG im Kontext mit Art. 121 IPRG 415

Christoph Senti
Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Altstätten, Lehrbeauftragter an der Universität St.Gallen
Gemischte Verträge im Arbeitsrecht 431

Jean-Fritz Stöckli
Prof. Dr. iur., em. Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel
Subsidiarität und Dezentralisierung im Arbeitsrecht 445

Kai-Peter Uhlig
Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich
Engagement in der Filmproduktion – Flexible Zeitplanung im befristeten Arbeitsverhältnis 461

Adrian von Kaenel
Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich
Neuere Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Kündigungsschutz 481

Corinne Widmer Lüchinger/Kevin P. MacCabe
Prof. Dr. iur., Professorin für Privatrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Universität Basel / MLaw, wissenschaftlicher Mitarbeiter
Die Haftung des Erstunternehmers nach schweizerischem Entsendegesetz – Materiell- und kollisionsrechtliche Fragen 503

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

Isabelle Wildhaber/Silvio Hänsenberger
Prof. Dr., Ordinaria für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität St.Gallen / M.A. HSG, wissenschaftlicher Assistent
Social Media-Kontakte im Arbeitsverhältnis – Wem «gehören» Accounts, Kontakte und Zugangsdaten? 529

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

Eingeschränkte Arbeitnehmerhaftung

Vito Roberto/Roman Schister

Inhaltsübersicht

I. Einführung 381
II. Gründe und Entwicklung 383
A. Gründe für die Einschränkung 383
B. Entwicklung der Einschränkung 385
III. Aktueller Stand 387
A. Haftung für Vertragsverletzungen 387
B. Bildungsgrad, Fachkenntnisse, Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers 388
C. Berufsrisiko 389
D. Verschuldensgrad des Arbeitnehmers 391
E. Faustregeln zur Festsetzung des Schadenersatzes 393
F. Dogmatische Einordnung des Berufsrisikos und Verschuldensgrades 395
IV. Doppelte Berücksichtigung der Kriterien 396
A. Allgemeines 396
B. Haftungsbegründende Voraussetzungen 396
C. Schadenersatzberechnung und -bemessung 397
V. Zusammenfassung 399

I. Einführung

Verursacht ein Arbeitnehmer in Ausübung seines Berufes bei Drittpersonen einen Schaden, sieht sich in der Regel nicht der Arbeitnehmer, sondern der Arbeitgeber mit Ersatzforderungen konfrontiert. Ist der Geschädigte ein Vertragspartner des Arbeitgebers, ergibt sich die Haftung für die Hilfspersonen aus Art. 101 Abs. 1 OR. Kommt es zu einer Schädigung ausserhalb einer Vertragsbeziehung, richtet sich der Anspruch gegen den Arbeitgeber nach Art. 55 Abs. 1 OR. Der Geschädigte könnte auch direkt gegen den Arbeitnehmer aus Art. 41 OR vorgehen. In der Praxis wendet er sich aber mit seiner Forderung regelmässig an den Arbeitgeber als solventere Gegenpartei.

Muss der Arbeitgeber Schadenersatz leisten, kommt ein Rückgriff auf den Arbeitnehmer in Betracht. Den Regress auf den Arbeitnehmer regelt Art. 321e OR. Diese Bestimmung geht den Rückgriffsnormen des allgemeinen Haftpflichtrechts, nament-

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

lich Art. 51 Abs. 2 und Art. 55 Abs. 2 OR, vor.[1] Die Bestimmung in Art. 321e OR ist auch anwendbar, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber anderweitig schädigt, ohne dass eine Drittperson beteiligt ist.

Nach Art. 321e Abs. 1 OR haftet der Arbeitnehmer für den Schaden, den er in Verletzung seiner vertraglichen Pflichten fahrlässig oder absichtlich verursacht. Er unterliegt jedoch bloss einer eingeschränkten Haftung. Die Sorgfalt, die der Arbeitnehmer aufzuwenden hat, richtet sich, so zumindest der Wortlaut von Art. 321e Abs. 2 OR, nach dem Berufsrisiko, dem Bildungsgrad beziehungsweise den Fachkenntnissen, welche die Tätigkeit erfordert, sowie den Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die dem Arbeitgeber bekannt waren oder die er hätte kennen müssen.

Obwohl sich die Idee einer solchen Haftungsbeschränkung bereits seit über 100 Jahren im Gesetz findet, sind bis heute zahlreiche Fragen offengeblieben. Die bestehende Rechtsunsicherheit in diesem Bereich des Arbeitsrechts ist bedauerlich.[2] Ein Arbeitnehmer in ungekündigter Stellung hat selten ein Interesse daran, Bestand und Umfang seiner Haftung in einer gerichtlichen Auseinandersetzung zu klären.[3] Das Machtgefälle, das bei Arbeitsverträgen typischerweise zwischen den Parteien besteht, erfordert klare Rechtsverhältnisse.

Der vorliegende Beitrag greift einige der offenen Fragen auf. Zunächst sind jedoch die Gründe, die für eine eingeschränkte Arbeitnehmerhaftung sprechen, und die bisherige Entwicklung der eingeschränkten Arbeitnehmerhaftung in Erinnerung zu rufen (II.). Im Anschluss wird ein Überblick über den aktuellen Stand der Arbeitnehmerhaftung gegeben (III.). Der vierte Abschnitt beschäftigt sich mit der konzeptionellen Verortung der Kriterien von Art. 321e Abs. 2 OR (IV.). Diskutiert wird vor allem die Frage, ob die Kriterien methodisch beim haftungsbegründenden Tatbestand oder bei der Schadenersatzbemessung anzusiedeln sind. Dabei ist auch auf die Bedeutung des Berufsrisikos und des Verschuldensgrads für die Beurteilung der Arbeitnehmerhaftung zurückzukommen. Der Beitrag schliesst mit einer Zusammenfassung (V.).

---

1 BK-Brehm, Art. 55 OR N 109; zum Ganzen auch Vito Roberto, Gedanken zur Haftung des Arbeitnehmers, in: Becker/Hilty/Stöckli/Würtenberger (Hrsg.), Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfelds, Festschrift für Manfred Rehbinder, München/Bern 2000, 91 ff., 92 ff.

2 BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 321e OR N 19. So auch schon in den 70er-Jahren des letzten Jahrhunderts Kurt Meier, Die Berücksichtigung des Berufsrisikos bei der Haftung des Arbeitnehmers, Bern 1978, 71: «Von einer befriedigenden Regelung kann allerdings nicht gesprochen werden. […] Der gravierendste Mangel liegt im praktisch unbeschränkten Ermessensspielraum des Richters, was im Bereich der Arbeitnehmerhaftung zu einer grossen Rechtsunsicherheit führt.»

3 Manfred Rehbinder, Die Haftung des Arbeitnehmers im schweizerischen Recht, in: Rehbinder (Hrsg.), Die Haftung des Arbeitnehmers, Bern 1981, 66 ff., 72 f.; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 321e OR N 23.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

II. Gründe und Entwicklung

A. Gründe für die Einschränkung

Es ist heute unstrittig, dass für den Arbeitnehmer eine eingeschränkte Haftung gilt. Diese Einschränkung beruht auf der Überlegung, dass der Arbeitgeber die Risiken, die mit der Geschäftstätigkeit im Zusammenhang stehen, zu tragen hat. Die eingeschränkte Arbeitnehmerhaftung ist aus mehreren Gründen sachgerecht.

Erstens hat sich der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber unterzuordnen. Letzterer verfügt über die Weisungsbefugnis (Art. 321d OR), welche es ihm erlaubt, Ort, Zeit und Mittel, mit denen der Arbeitnehmer seine Tätigkeit zu verrichten hat, sowie die Arbeitsabläufe und die Betriebsorganisation zu bestimmen. Der Arbeitgeber entscheidet dabei auch, welche Arbeiten und Tätigkeiten er dem Arbeitnehmer überträgt. Die Möglichkeit des Arbeitnehmers, auf die Art der zu leistenden Arbeit Einfluss zu nehmen, ist in der Regel gering oder gar nicht vorhanden. Der Arbeitgeber steuert somit das betriebliche Risiko, das er eingehen will, indem er die zu verwendenden Maschinen und Geräte bestimmt und die Arbeitnehmer entsprechend ihrer Fähigkeiten einstellt. Der Arbeitgeber sollte nicht einen ungenügend qualifizierten Arbeitnehmer, für den nur geringe Lohnkosten anfallen, beschäftigen und Arbeiten ausführen lassen, die mit einem grossen Schädigungspotenzial verbunden sind. Entsprechendes gilt für Arbeiten an teuren Geräten. Setzt der Arbeitgeber die Arbeitnehmer dennoch für solche Arbeiten ein und kommt es zu einer Schädigung, hat der Arbeitgeber eine ökonomische Risikoabwägung vorgenommen, für die er die Konsequenzen der Risikoverwirklichung zu tragen hat.

Zweitens zieht der Arbeitgeber den wirtschaftlichen Nutzen in Form des Gewinns, der aus der Arbeitnehmertätigkeit fliesst. Der Gewinn ist die ökonomische Belohnung dafür, dass der Arbeitgeber ein Risiko eingegangen ist. Gewinn erwirtschaftet der Arbeitgeber jedoch nur, wenn er die Löhne der Arbeitnehmer so bemisst, dass diese keine (oder nur eine partielle) Prämie für die Risikotragung des Unternehmens enthalten. Eine umfassende Haftung der Arbeitnehmer wäre daher nur angezeigt, wenn sie entsprechend für das getragene Risiko entschädigt würden.[4]

---

[4] BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 321e OR N 18, mit dem Hinweis, dass auch eine Mankohaftung ohne Exkulpationsbeweis nur möglich ist, wenn der Arbeitgeber eine entsprechende Risikoprämie, das sogenannte Mankogeld, entrichtet; hierzu auch Jürg Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. Aufl., Basel 2014, 104. Das Bundesgericht vertritt die Ansicht, dass bei einem hohen Lohn ein höherer Schadenersatz des Arbeitnehmers angezeigt ist (BGE 110 II 344, 351, E. 6c/ee); siehe auch Urteil des TPH GE vom 13. Januar 1989 (JAR 1990, 140 ff.), E. 15.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

Solange in erster Linie der Arbeitgeber die Früchte der Arbeitnehmertätigkeit erntet, ist es auch gerechtfertigt, ihn die Folgen des unternehmerischen Risikos tragen zu lassen. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber Schadenersatzforderungen, die mit der Geschäftstätigkeit zusammenhängen, beziehungsweise die entsprechenden Versicherungsprämien über die Preissetzung seiner Produkte und Dienstleistungen auf die Kunden überwälzen kann.[5] Dem Arbeitnehmer steht diese Möglichkeit nicht offen.

Drittens hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, sich gegen Schäden, die seine Arbeitnehmer verursachen, durch Abschluss einer Betriebs- oder Berufshaftpflichtversicherung abzusichern. Die entsprechenden Versicherungsverträge decken in der Regel auch Ansprüche, die direkt gegen den handelnden Arbeitnehmer gerichtet werden.[6] Den finanziellen Folgen infolge Beschädigungen von Sachen kann der Arbeitgeber mit Abschluss entsprechender Sachversicherungen begegnen. Zu denken ist hierbei – vor allem im Lichte der in der Rechtsprechung besonders bedeutsam gewordenen Fälle von Schäden an Motorfahrzeugen[7] – an den Abschluss einer Vollkaskoversicherung.[8] Die Versicherungen ersetzen den Schaden, der dem Arbeitgeber entstanden ist. Ein Rückgriff ist im Regelfall bloss bei Vorsatz und – theoretisch – bei Grobfahrlässigkeit möglich.[9] Die Versicherung durch den Arbeitgeber ist zudem aus ökonomischer Sicht sinnvoll.[10] Aufgrund der Kenntnisse über den Betrieb und das

---

5 Meier (Fn. 2), 24; siehe auch Thomas Geiser, Haftung bei neuen Arbeitsformen, AJP 1997, 787 ff., 789.

6 Zum Kreis der von der Betriebshaftpflichtversicherung typischerweise erfassten Personen Schweizerischer Versicherungsverband (SVV), Allgemeine Musterbedingungen für die Betriebshaftpflichtversicherung 2012, Art. 2 Bst. a und c; für die Berufshaftpflichtversicherung am Beispiel für Rechtsanwälte und Notare Schweizerischer Versicherungsverband (SVV), Musterbedingungen Berufshaftpflichtversicherung für Rechtsanwälte und Notare 2016, Art. 6.

7 Ausführlich Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 321e OR N 7 f.

8 Treffend formulierte es das Appellationsgericht Basel-Stadt, das einen Unfall eines Taxifahrers zu beurteilen hatte: «Jedenfalls aber geht nicht an, dass der Taxiunternehmer wegen der hohen Prämien auf eine Kaskoversicherung verzichtet, und gleichzeitig den entstandenen Schaden auf den Arbeitnehmer abwälzt, zumal der Beschwerdeführer dank der zügigen Fahrweise des Beschwerdebeklagten bei entsprechend höherem Unfallrisiko auch bedeutend höhere Umsätze einkassieren konnte. Wenn der Beschwerdeführer schon nicht bereit war, Versicherungsprämien zu bezahlen, so muss er wenigstens einen Teil des Schadens selber zahlen.» (Urteil des AppGer BS vom 20. Mai 1974 [BJM 1974, 216 f.], 216).

9 Siehe Art. 72 Abs. 3 VVG; beispielhaft Schweizerischer Versicherungsverband (SVV), Allgemeine Musterbedingungen für die Motorfahrzeugversicherung 2012, Art. A22.

10 So auch Reto Schiltknecht, Arbeitnehmer als Verwaltungsräte abhängiger Konzerngesellschaften, Ein Beitrag zur Rechtsstellung und zivilrechtlichen Haftung des Arbeitnehmer-Verwaltungsrates, Bern 1997, 150, mit weiteren Hinweisen.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

auf Betriebsebene aggregierte Schadenspotenzial kann er die Versicherung günstiger abschliessen als der einzelne Arbeitnehmer (sog. *cheapest insurer/cheapest cost avoider).*[11]

Diese Überlegungen gilt es bei der Würdigung der Arbeitnehmerhaftung zu berücksichtigen. Vorab ist jedoch auf die Entwicklung und den aktuellen Stand der Arbeitnehmerhaftung im schweizerischen Recht einzugehen.

B. Entwicklung der Einschränkung

Eine eingeschränkte Haftung des Arbeitnehmers wurde zum ersten Mal im Hinblick auf die Einführung des Zivilgesetzbuches im Jahr 1912 diskutiert.[12] Der Bundesrat schlug in seiner Botschaft vor, den Art. 1375 (später Art. 328 OR) in das ZGB einzufügen. Die Bestimmung sah in den Absätzen 2 und 3 vor:

> «[2] Er [der Dienstpflichtige] ist für den Schaden verantwortlich, den er aus Arglist oder Nachlässigkeit dem Arbeitgeber zufügt.
>
> [3] Das Maß der Sorgfalt, für die der Dienstpflichtige einzustehen hat, bestimmt sich nach dem Anstellungsverhältnis, unter Berücksichtigung des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Kenntnis von den Eigenschaften des Angestellten oder Arbeiters, die der Arbeitgeber beim Abschluß des Vertrages gehabt hat oder bei schuldiger Aufmerksamkeit hätte haben müssen.»[13]

Mit der Bestimmung wollte der Bundesrat konkretisieren, welche Sorgfalt der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer verlangen darf.[14] Insbesondere sollte der Arbeitnehmer nicht haften, wenn der Arbeitgeber von den ungenügenden Fertigkeiten des Angestellten gewusst hat oder diese hätte kennen sollen. Der Bundesrat formulierte es so:

> «Wenn sich der Handlanger als gelernter Maurer ausgibt, so übernimmt er auch die Haftung für die Sorgfalt eines solchen, wenn aber der Dienstherr den Handlanger, den er als solchen kennt, zu Maurerdiensten verwendet, so wird er nicht die gleiche Haftung desselben beanspruchen können.»[15]

---

[11] Wie hier BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 321e OR N 26; ZK-Staehelin, Art. 321e OR N 23. Zum Konzept des *cheapest cost avoiders* grundlegend Guido Calabresi, The Costs of Accidents, A Legal and Economic Analysis, New Haven 1970, 135 ff.

[12] Meier (Fn. 2), 14 f.

[13] Botschaft zu einem Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen, BBl II/1905 1 ff. (zit.: Botschaft OR 1905), 174.

[14] Botschaft OR 1905 (Fn. 13), 37.

[15] Botschaft OR 1905 (Fn. 13), 37.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

Diese Regelung wurde freilich auch kritisiert. So berichtete etwa Hugo Oser, der massgeblich an der Ausarbeitung des Gesetzesentwurfs beteiligt war,[16] dass die Privilegierung als «Prämie für Faulheit und Unkenntnis»[17] bezeichnet wurde. Diese Kritik übersieht, dass die Bestimmung nur von der Kenntnis der «Eigenschaften des Angestellten oder Arbeiters, die der Arbeitgeber beim Abschluß des Vertrages gehabt hat oder bei schuldiger Aufmerksamkeit hätte haben müssen», spricht. Relevant ist nicht, dass der Arbeitnehmer faul oder unerfahren ist, sondern dass der Arbeitgeber hiervon wusste.[18]

Der heute geltende Art. 321e OR wurde mit der Revision des Arbeitsvertragsrechts auf den 1. Januar 1972 in Kraft gesetzt und lautet:

> «[1] Der Arbeitnehmer ist für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufügt.
>
> [2] 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, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen.»

Aus dem bisherigen Recht wurde die Bestimmung, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber für schuldhaft zugefügte Schäden haftet (Art. 328 Abs. 1 und 2 aOR), inhaltlich unverändert in Art. 321e Abs. 1 OR übernommen.[19] Absatz 2 der neuen Norm entspricht Art. 328 Abs. 3 aOR. Dieser soll weiterhin das Mass der Sorgfalt, das vom Arbeitnehmer erwartet werden darf, genauer umschreiben. Die einzige inhaltliche Änderung betrifft die Aufnahme des Berufsrisikos in den Katalog der Kriterien, welche den Sorgfaltsmassstab bestimmen.[20]

Der Bundesrat betonte in seiner Botschaft, dass der Arbeitnehmer nur einer beschränkten Haftung unterliegt. Gleichzeitig stellte er aber fest, dass es nicht zu einer gesetzlichen Haftungsbefreiung des Arbeitnehmers für leichtfahrlässig verursachte Schäden kommen solle. Denn dies würde den Entwicklungen zu immer teu-

---

16 Botschaft OR 1905 (Fn. 13), 2 f.

17 Hugo Oser, Der Dienstvertrag nach den Beschlüssen der Expertenkommission, SJZ 1909, 305 ff., 307.

18 Siehe hierzu für das geltende Recht etwa BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 321e OR N 19.

19 Zu den begrifflichen Änderungen Botschaft zum Entwurf des Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels[bis] des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) vom 25. August 1967, BBl II/1967 241 ff. (zit.: Botschaft Arbeitsrecht 1967), 310.

20 Botschaft Arbeitsrecht 1967 (Fn. 19), 311; siehe auch Alexandre Berenstein, La responsabilité civile du travailleur en droit suisse, in: Rehbinder (Hrsg.), Die Haftung des Arbeitnehmers, Bern 1981, 9 ff., 11; zur Diskussion, ob es sich hierbei um eine Rezeption des deutschen Rechts handelt, Roberto (Fn. 1), 97, mit weiteren Hinweisen.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

rer werdenden Maschinen und Geräten, die der Arbeitgeber anschaffen müsse, nicht gerecht werden. Bereits eine geringe Nachlässigkeit könne bei wertvollen Maschinen und Geräten zu einem grossen Schaden führen. Der Bundesrat meinte daher: «Es würde dem Gedanken einer gesteigerten Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers widersprechen, ihn kraft Gesetzes in solchen Fällen von jeder Haftung zu befreien.»[21]

Die Ansicht des Bundesrates wollte bereits damals nicht zu den Entwicklungen in den umliegenden Rechtsordnungen passen.[22] Der Wertungswiderspruch in den Aussagen des Bundesrates prägt bis heute die Diskussion um eine sachgerechte Arbeitnehmerhaftung.

III. Aktueller Stand

A. Haftung für Vertragsverletzungen

Der Arbeitnehmer haftet nach dem heute geltenden Art. 321e Abs. 1 OR für Schäden, die er dem Arbeitgeber absichtlich oder fahrlässig in adäquat kausaler Weise durch Verletzung seiner vertraglichen Pflichten zufügt. Die Norm wiederholt im Wesentlichen, was nach Art. 97 Abs. 1 OR für alle Vertragsverletzungen ohnehin gilt;[23] die Haftungsvoraussetzungen sind dieselben wie bei der allgemeinen Haftung für Vertragsverletzungen. Verlangt wird mithin eine Schädigung, eine Vertragsverletzung, die Kausalität zwischen Schädigung und Vertragsverletzung sowie das Verschulden.

Das haftungsbegründende Fehlverhalten, die *Vertragsverletzung*, kann dabei auf drei Arten erfolgen: die Arbeitsleistung wird nicht, zu spät oder schlecht erfüllt.[24] Vorliegend interessiert insbesondere der letzte Fall. Schlechterfüllung liegt vor, wenn der Arbeitnehmer bei der Arbeit nicht die notwendige Sorgfalt wahren lässt oder gegen die Treuepflicht verstösst.

---

21 Botschaft Arbeitsrecht 1967 (Fn. 19), 312; siehe zum Ganzen auch Meier (Fn. 2), 14 ff.; mit berechtigter Kritik Hans-Peter Egli, Der besondere Haftungsmassstab von Art. 321e OR, in: Jung (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht, Zürich 2007, 45 ff., N 21.

22 Meier (Fn. 2), 16.

23 Geiser (Fn. 5), 788; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 321e OR N 1; ZK-Staehelin, Art. 321e OR N 3.

24 Ein Überblick über die Haftungstatbestände findet sich bei BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 321e OR N 2 ff.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

Das *Verschulden* wird – wie allgemein im Vertragsrecht – vermutet. Es liegt daher am Arbeitnehmer, den Exkulpationsbeweis zu erbringen.[25] Für die Haftungsbegründung genügt jedes Verschulden, somit auch leichte Fahrlässigkeit.[26]

Nach seinem Wortlaut beschreibt Art. 321e Abs. 2 OR das Mass der Sorgfalt, nach dem sich die Haftung des Arbeitnehmers richtet. Das Gesetz stellt ab auf den Bildungsgrad beziehungsweise die Fachkenntnisse, die von der Arbeit verlangt werden, sowie die individuellen Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen müssen. Zudem soll auch das Berufsrisiko, das der Tätigkeit innewohnt, berücksichtigt werden. Diese Kriterien konkretisieren lediglich positivrechtlich, dass sich die Frage der Haftung des Arbeitnehmers nach dem zugrunde liegenden Arbeitsvertrag[27] richtet, wobei der Arbeitgeber nicht berechtigt ist, eine sorgfältigere Person zu erwarten als diejenige, die er anhand ihrer Fähigkeiten und Kenntnisse für die konkreten Aufgaben seines Betriebs eingestellt hat.[28]

B. Bildungsgrad, Fachkenntnisse, Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers

Vereinbaren die Parteien nichts Besonders, so darf der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer durchschnittliche Fachkenntnisse in Bezug auf die Tätigkeit, die dem Arbeitsvertrag zugrunde liegt, erwarten. Entsprechendes gilt im Hinblick auf den Bildungsgrad. Von Arbeitnehmern ohne entsprechende Ausbildung kann daher regelmässig

---

[25] BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 321e OR N 17; ZK-Staehelin, Art. 321e OR N 32; Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 7), Art. 321e OR N 13; CS-Dunand, Art. 321e CO N 12; CR-Aubert, Art. 321e CO N 4; siehe auch Meier (Fn. 2), 57; Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich 2014, N 2997. Eingeschränkt wird die Tragweite der Beweislastverteilung freilich durch die Untersuchungsmaxime, welche nach Art. 247 Abs. 2 ZPO für arbeitsrechtliche Streitigkeiten bis CHF 30'000 gilt (Brühwiler [Fn. 4], 95). Diskutiert wurde auch, ob Art. 321e OR nicht zur Umkehr der Beweislast führe (Frank Vischer/Roland M. Müller, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014, § 18 N 13).

[26] Einige Autoren nehmen eine Dreiteilung des Fahrlässigkeitsbegriffs in leichte, mittlere und grobe Fahrlässigkeit bereits bei dem haftungsbegründenden Element des Verschuldens vor. Siehe hierzu auch hinten Abschnitt III. D.

[27] Der französische Wortlaut der Bestimmung ist hier insofern klarer: «La mesure de la diligence incombant au travailleur se détermine par le contrat». So auch die französischsprachigen Urteile Urteil des KGer FR vom 14. September 2006 (JAR 2007, 400 ff.), E. 2a; Urteil des CAPH GE vom 7. Dezember 2006 (JAR 2007, 428 ff.), E. 5.3; ZK-Staehelin, Art. 321e OR N 4; CS-Dunand, Art. 321e CO N 29; Berenstein (Fn. 20), 13; Vischer/Müller (Fn. 25), N 10.

[28] So auch Geiser (Fn. 5), 789.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

weniger verlangt werden. Umgekehrt sind bei besonderen Fähigkeiten höhere Anforderungen an die Sorgfalt des Arbeitnehmers zu stellen.[29]

Mangelnde Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers beeinflussen dessen Sorgfaltspflicht, sofern der Arbeitgeber von diesen gewusst hat oder hätte wissen müssen. Tritt der Arbeitnehmer eine Stelle an, von der er weiss, dass seine Qualifikation nicht ausreichend ist, trifft ihn ein Übernahmeverschulden. Es obliegt jedoch dem Arbeitgeber, die Qualifikationen des Bewerbers zu prüfen.[30] Schliesst der Arbeitgeber einen Vertrag mit einem Arbeitnehmer und lässt diesen in der Folge Arbeiten verrichten, von denen er wusste oder hätte wissen müssen, dass ihnen der Arbeitnehmer nicht gewachsen ist, liegt keine Sorgfaltspflichtverletzung des Arbeitnehmers vor.

C. Berufsrisiko

Allgemein spricht man von einem Berufsrisiko, wenn «in einer konkreten Situation des Arbeitsablaufs mit einem Versehen erfahrungsgemäss gerechnet werden muss».[31] Verwirklicht sich das Berufsrisiko, kommt es zu einer Schädigung, die eigentlich vermeidbar gewesen wäre, aufgrund der menschlichen Unzulänglichkeit[32] aber trotzdem eingetreten ist. Zu berücksichtigen ist dabei das konkrete, von einer bestimmten Tätigkeit ausgehende Gefahrenpotenzial; unerheblich ist hingegen, wie gefährlich der ausgeübte Beruf für den Arbeitnehmer ist.[33] So gehört es etwa zum Berufsrisiko, dass ein Bagger- oder Kranführer aus Versehen bei der Arbeitsausführung erhebliche Schäden verursacht. Die Tätigkeiten an sich sind für die Arbeitnehmer selbst hingegen nicht als sonderlich risikoreich einzustufen.[34]

---

29 ZK-Staehelin, Art. 321e OR N 7; Brühwiler (Fn. 4), 102.

30 ZK-Staehelin, Art. 321e OR N 8 f.; Brühwiler (Fn. 4), 100 f.; Vischer/Müller (Fn. 25), N 11.

31 BSK-Portmann/Rudolph, Art. 321e OR N 6.

32 Für den in Deutschland verwendeten Begriff der «gefahren-» oder «schadensgeneigten Arbeit» wird auf den Beschluss des Grossen Senats des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 1957 BAGE 5, 1, 7, verwiesen: «Wenn die Eigenart der vom Arbeitnehmer zu leistenden Dienste es mit grosser Wahrscheinlichkeit mit sich bringt, dass auch dem sorgfältigen Arbeitnehmer gelegentlich Fehler unterlaufen, die – für sich allein betrachtet – zwar jedesmal vermeidbar waren, also fahrlässig herbeigeführt worden sind, mit denen aber angesichts der menschlichen Unzulänglichkeit als mit einem typischen Abirren der Dienstleistung erfahrungsgemäss zu rechnen ist, kann der Arbeitgeber von dem handelnden Arbeitnehmer keinen oder jedenfalls keinen vollen Schadenersatz verlangen.»

33 Urteil des OGer LU vom 3. Oktober 2010 (JAR 2011, 527 ff.), E. 5.3; ZK-Staehelin, Art. 321e OR N 26; BSK-Portmann/Rudolph, Art. 321e OR N 6.

34 Zum klassischen Beispiel des Geschirrs im Gastgewerbe siehe Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 7), Art. 321e OR N 10; ZK-Staehelin, Art. 321e OR N 25; Berenstein (Fn. 20), 14.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

Es lässt sich nicht präzise konkretisieren, wann eine schädigende Handlung als Verwirklichung des Berufsrisikos zu qualifizieren ist.[35] Vielmehr sind nach Lehre und Rechtsprechung die Umstände des Einzelfalls massgeblich. Die in der Rechtsprechung auffindbaren Einzelfallbeurteilungen lassen denn auch kaum eine Abstrahierung des Berufsrisikobegriffs zu. Es ist daher nicht erstaunlich, dass eine klärende höchstrichterliche Rechtsprechung nach wie vor aussteht. Das Bundesgericht hat sich bis anhin nur in einem einzigen publizierten Fall zum Berufsrisiko geäussert:

> In BGE 110 II 344 erkannte das Gericht, dass sich bei einer fehlerhaften Preiskalkulation, die zu einem Verlust für die Arbeitgeberin führt, zumindest teilweise ein Berufsrisiko verwirklicht. Gerade wenn die Berechnungen auf Schätzungen beruhen, müsse mit der Gefahr eines Fehlers gerechnet werden.[36]

Mehrere Äusserungen zum Berufsrisiko finden sich in der kantonalen Rechtsprechung. Aus den Urteilen, welche in den letzten zehn Jahren ergingen, sind insbesondere die folgenden Beispiele zu nennen:

> Gemäss dem Kantonsgericht Freiburg gehört es zum Berufsrisiko, dass ein Lastwagen beim Versuch, eine Mulde aufzuladen, infolge widriger Witterungsbedingungen im Schlamm stecken bleibt und umkippt.[37] Anders wäre wohl zu entscheiden, wenn es bei schönem Wetter und guten Strassenbedingungen zu einem entsprechenden Vorfall gekommen wäre.[38]
>
> Das Kantonsgericht Graubünden stufte das Berufsrisiko eines Monteurs, der täglich zum Magazin fährt, andere Arbeiter chauffiert, Material zur Baustelle fährt sowie Bring- und Holtransporte im Auftrag des Arbeitgebers ausführt, als hoch ein.[39]
>
> Nach dem Obergericht des Kantons Luzern kann ein Chauffeur nicht jeden Unfall, den er verursacht, mit dem Hinweis auf das Berufsrisiko entschuldigen. Massgeblich für die Beurteilung des Berufsrisikos sei die konkrete Gefahrensituation, nicht die all-

---

[35] Meier (Fn. 2), 43, hält dafür, dass eine Umschreibung des Berufsrisikos sachdienlicher sei als eine abstrakte Begriffsdefinition. Er nennt vier Gefahrenbereiche, die ein Berufsrisiko begründen können: 1) die allgemeine Gefährlichkeit einer Tätigkeit, 2) die Gefahr, die vom Arbeitsmaterial ausgeht (z.B. Tellerwäscher), 3) die Gefahr, die von der Arbeitstechnik ausgeht (z.B. hohe Geschwindigkeit) und 4) die Gefahr der körperlichen und geistigen Überforderung des Arbeitnehmers; ähnlich auch ZK-Staehelin, Art. 321e OR N 25; Egli (Fn. 21), N 32, mit weiteren Hinweisen; Wolfgang Portmann, Zur Schadenersatzbemessung im Arbeitsvertragsrecht, Besondere Bestimmungen im Spannungsfeld allgemeiner Grundsätze, ArbR, 9 ff., 24.

[36] BGE 110 II 344, 350, E. 6c/cc. = Pra 74 (1985) Nr. 58; hierzu auch Ullin Streiff, Besondere Fälle der Haftung des Arbeitnehmers, Manko, Schäden am Geschäftsauto, Kalkulationsirrtümer, AJP 1997, 797 ff., 802.

[37] Urteil des KGer FR vom 14. September 2006 (JAR 2007, 400 ff.), E. 2c.

[38] So wurden ähnlich gelagerte Fälle vom deutschen Bundesarbeitsgericht entschieden; siehe Staudinger-Richardi/Fischinger, § 619a BGB N 40, mit Hinweisen auf die entsprechenden Entscheidungen.

[39] Urteil des KGer GR vom 11. Dezember 2013 (JAR 2014, 454 ff.), E. 6c.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

gemeine Gefährlichkeit des Berufs.[40] Im entsprechenden Fall wurde das Berufsrisiko vom Arbeitnehmer freilich nicht als Reduktionsgrund angeführt.[41]

Die Beispiele zeigen auf, dass der Begriff des Berufsrisikos weitgehend konturlos ist. Es bleibt letztlich den Gerichten überlassen, ob sie eine Schädigung als Verwirklichung des Berufsrisikos einstufen. In der Praxis hat das Berufsrisiko zudem erst im Rahmen der Schadenersatzbemessung eine Bedeutung, wobei das Berufsrisiko regelmässig zusammen mit dem Verschuldensgrad des Arbeitnehmers beurteilt wird.

D. Verschuldensgrad des Arbeitnehmers

Die Gesetze unterscheiden jeweils absichtlich beziehungsweise vorsätzlich herbeigeführte Schäden und solche, die lediglich fahrlässig verursacht wurden. Die Lehre unterteilt die Fahrlässigkeit dagegen in drei Arten: die leichte, die mittlere und die grobe Fahrlässigkeit. Wie bereits erwähnt,[42] kommt dieser Unterteilung auf der Stufe der Haftungsvoraussetzungen keine Bedeutung zu. Der Arbeitnehmer haftet für jedes Verschulden. Will man den Verschuldensgrad berücksichtigen, so kommt dies erst bei der Schadenersatzbemessung in Betracht (Art. 43 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR).[43]

Von *Absicht* ist auszugehen, wenn der Arbeitnehmer die Schädigung wissentlich und willentlich herbeiführt. Der Eventualvorsatz reicht hierbei aus.[44] *Grobfahrlässig* handelt, wer gegen elementare Sorgfaltspflichten verstösst und vernachlässigt, was jeder vernünftige Dritte in derselben Lage und unter denselben Umständen erkannt hätte.[45] *Leichte Fahrlässigkeit* liegt hingegen vor, wenn es sich bei der schädigenden

---

40 Urteil des OGer LU vom 3. Oktober 2010 (JAR 2011, 527 ff.), E. 5.3. Zu einem anderen Ergebnis kam offenbar das Kantonsgericht Wallis, das urteilte: «Der Beruf eines Helikopterpiloten ist zweifellos ein gefährlicher Beruf, was im Falle eines Schadenseintrittes zu berücksichtigen ist. Hinzu kommt, dass Helikopterunfälle regelmässig mit sehr hohem Sachschaden verbunden sind.» (Urteil des KGer VS vom 24. März 1993/2. April 1993 (JAR 1995, 87 ff.), E. 5d).

41 Urteil des OGer LU vom 3. Oktober 2010 (JAR 2011, 527 ff.), E. 5.3.

42 Siehe vorne Abschnitt III. A.

43 Hierzu auch hinten Abschnitt IV. C.; zur praktischen Bedeutung des leichten Verschuldens als Reduktionsgrund Vito Roberto/Roman Schister, Leichtes Verschulden – kein Reduktionsgrund, HAVE 2014, 431 ff.

44 ZK-Staehelin, Art. 321e OR N 14; Brühwiler (Fn. 4), 98; Egli (Fn. 21), N 8 f.

45 So schon BGE 54 II 403 zum Versicherungsvertrag: «Eine solche [grobe Fahrlässigkeit] liegt vielmehr, unbekümmert um die Art der Verfehlung, immer dann vor, wenn unter Verletzung der elementarsten Vorsichtsgebote nicht beachtet wurde, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen hätte einleuchten müssen.» Siehe auch ZK-Staehelin, Art. 321e OR N 19, mit Beispielen zur Haftung des Arbeitnehmers; dieselbe Formulierung findet sich auch in der französischsprachigen Literatur CS-Dunand, Art. 321e CO N 25.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

Handlung um ein alltägliches Versehen handelt. *Mittlere Fahrlässigkeit* wird lediglich negativ definiert und ist immer dann anzunehmen, wenn weder klar leichte noch klar grobe Fahrlässigkeit gegeben ist,[46] wenn also Sorgfaltspflichten verletzt wurden, jedoch nicht gegen elementarste Vorsichtsmassnahmen verstossen wurde.[47]

Unbestritten sind die Fälle der absichtlichen Vertragsverletzung. Kann einem Arbeitnehmer Wissen und Wollen nachgewiesen werden, stellen sich keine Abgrenzungsprobleme. Schwierigkeiten ergeben sich jedoch im Hinblick auf die Dreiteilung des Fahrlässigkeitsbegriffs.[48] In der Praxis bereitet bereits die Abgrenzung zwischen der groben und der leichten Fahrlässigkeit Probleme. Ein Blick in die Rechtsprechung zeigt, dass für die Bestimmung des Verschuldensgrades keine geeigneten Kriterien bestehen; es liesse sich jeweils mit guten Gründen auch eine andere Einordnung des Verschuldensgrades vertreten.

> Das Kantonsgericht Freiburg stufte einen Fall, in dem ein Lastwagen umkippte, weil er beim Aufladen einer Mulde im Schlamm stecken blieb, als mittlere Fahrlässigkeit ein. Der Fahrer hätte die schlechten Wetterbedingungen beachten und Hilfe holen oder den Lastwagen mit einem anderen Fahrzeug befreien müssen.[49]
>
> Bemerkt der Arbeitnehmer ein abruptes Bremsmanöver erst spät und touchiert daraufhin das Heck des vorausfahrenden Fahrzeugs, liegt lediglich ein leichtes Verschulden vor. Das Kantonsgericht Graubünden verneinte daher die Haftung in diesem Fall, weil nicht dargetan wurde, dass der Arbeitnehmer zumindest mittelfahrlässig gehandelt hat. Dies hätte jedoch «zumindest im konkreten Fall» nachgewiesen werden müssen.[50]
>
> Das Obergericht des Kantons Luzern befand, dass die Vorinstanz den wiederholten Unfall eines Postauto-Chauffeurs zwar nicht willkürlich als grobfahrlässig eingestuft habe, liess die Frage, ob aber nicht auch nur mittlere Fahrlässigkeit hätte angenommen werden können, offen. Das Gericht behalf sich mit dem Hinweis, dass der zugesprochene Schadenersatz im Vergleich zum Gesamtschaden ohnehin gering erscheine und weniger als einen Monatslohn betrage.[51]

---

[46] Roland Müller, Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung des Arbeitnehmers, ArbR 2006, 13 ff., 38 f.; Thomas Geiser/Roland Müller, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2015, N 471; CS-Dunand, Art. 321e CO N 25.

[47] Urteil des OGer LU vom 3. Oktober 2010 (JAR 2011, 527 ff.), E. 5.4. Zum Ganzen auch Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (Fn. 25), N 2968 ff.

[48] Ein Teil der Lehre fordert bereits seit Längerem, auf die Dreiteilung des Fahrlässigkeitsbegriffs zu verzichten (namentlich Roberto [Fn. 1], 104 f.). Herrschend ist jedoch die Auffassung, dass sich die mittlere Fahrlässigkeit als Rechtsfigur in der Schweiz etabliert habe (David Rüetschi, Aurea mediocritas, Gedanken zum Begriff der mittleren Fahrlässigkeit, HAVE 2009, 137 ff., 137, mit zahlreichen Hinweisen auf die Literatur).

[49] Urteil des KGer FR vom 14. September 2006 (JAR 2007, 400 ff.), E. 2b.

[50] Urteil des KGer GR vom 11. Dezember 2013 (JAR 2014, 454 ff.), E. 6c.

[51] Urteil des OGer LU vom 3. Oktober 2010 (JAR 2011, 527 ff.), E. 5.4 f.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

> Ein Jungpilot mit 92 Minuten Flugerfahrung handelt nach dem Kantonsgericht Wallis mittelfahrlässig, wenn er mit einem Helikopter in Seilbahnkabel und Hochspannungsleitungen fliegt, weil er vom Arbeitgeber nicht genügend eingewiesen wurde, er aber auch hätte wissen müssen, dass Kabel nicht ohne hinreichenden Grund unterflogen werden dürfen.[52]

Daneben ist anzumerken, dass das Gesetz die Dreiteilung der Fahrlässigkeit nicht kennt. Bekannt ist lediglich die Unterscheidung zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit (siehe etwa Art. 100 Abs. 1 und 2 oder Art. 101 Abs. 3 OR). Auch im Versicherungsvertragsrecht wird lediglich zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit unterschieden (Art. 14 und 72 Abs. 3 VVG). Zu besonderen Koordinationsschwierigkeiten kommt es beim eingeschränkten Regressrecht des Versicherers auf den leichtfahrlässig handelnden Arbeitnehmer, da der arbeitsvertragliche Fahrlässigkeitsbegriff nicht mit dem versicherungsrechtlichen übereinstimmt. Es ist daher zu bezweifeln, ob die Dreiteilung des Fahrlässigkeitsbegriffs die gewünschte Rechtssicherheit bringt.[53]

E. Faustregeln zur Festsetzung des Schadenersatzes

Auf der Grundlage der vorgenannten Kriterien haben Lehre und Rechtsprechung – trotz der Abgrenzungsschwierigkeiten – Regeln für die Bestimmung des Schadenersatzes abgeleitet. So soll bei leichter Fahrlässigkeit lediglich ein geringer Schadenersatz von höchstens zehn bis zwanzig Prozent des Gesamtschadens geschuldet sein.[54] Ebenfalls möglich ist der komplette Wegfall der Haftung, wobei dies in der Regel nur bei der gleichzeitigen Verwirklichung eines Berufsrisikos infrage komme.[55] Weiter gehen einzelne Gerichte, die den Arbeitnehmer bei Bagatellfällen gänzlich von der Haftung befreien wollen.[56] Bei mittlerer Fahrlässigkeit soll der Schaden zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geteilt werden. Bei grober Fahrlässigkeit kommt es – so die herrschende Ansicht[57] – ungeachtet des Berufsrisikos zu keiner Reduktion des

---

52 Urteil des KGer VS vom 24. März 1993/2. April 1993 (JAR 1995, 87 ff.), 91.

53 Ausführlich hierzu, wenn auch im Ergebnis anders Rüetschi (Fn. 48); siehe auch Roberto (Fn. 1), 104 f. kritisch gegenüber einem bloss zweiteiligen Fahrlässigkeitsbegriff äussert sich Portmann (Fn. 35), 26 f., der eine mangelnde Sorgfalt der Arbeitnehmer als Folge befürchtet.

54 BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 321e OR N 27, mit weiteren Hinweisen.

55 Urteil des KGer SG vom 20. Juni 1985 (JAR 1987, 129 ff.), E. 2; ZK-Staehelin, Art. 321e OR N 23. Dies entspricht auch den Überlegungen des Bundesrates im Rahmen der Gesetzesrevision 1967 (siehe Botschaft Arbeitsrecht 1967 [Fn. 19], 312).

56 So etwa Urteil des OGer LU vom 3. Oktober 2010 (JAR 2011, 527 ff.), E. 5; Urteil des OGer LU vom 19. September 2000 (JAR 2001, 182 ff.), E. 4.3.5.

57 BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 321e OR N 27; Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 7), Art. 321e OR N 2; Brühwiler (Fn. 4), 99; Meier (Fn. 2), 39, jeweils mit weiteren Hinweisen.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

Schadenersatzes.[58] Immerhin wird auch hier jeweils auf den grossen Ermessensspielraum der Gerichte hingewiesen.[59]

Ebenfalls diskutiert wurde die Einführung von Haftungsobergrenzen. So schlägt etwa der Jubilar folgende Kategorisierung vor: Geschieht die Schädigung absichtlich, hat der Arbeitnehmer den Schaden grundsätzlich voll zu ersetzen. Bei Grobfahrlässigkeit kann von einer Maximalhaftung in Höhe von drei Monatslöhnen ausgegangen werden. Bei grösseren Schäden und einer hohen Zahlungsfähigkeit des Schädigers sei freilich auch eine höhere Ersatzforderung möglich. Leichte Fahrlässigkeit reduziere die Haftung im Regelfall auf ein Monatsgehalt; hat sich gleichzeitig ein Berufsrisiko verwirklicht, entfalle die Haftung des Arbeitnehmers ganz. In Fällen mittlerer Fahrlässigkeit könne von einer Haftung von höchstens zwei Monatslöhnen ausgegangen werden.[60] Eine ähnliche Kategorisierung hatte bereits 1973 das Gewerbliche Schiedsgericht Basel-Stadt vorgenommen: Zumindest derjenige, der einen Schaden nicht absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt habe, solle nicht mehr als einen Monatslohn für Schadenersatz leisten müssen.[61]

Diese Richtlinien blieben im Schrifttum nicht ohne Kritik. Eine starre Begrenzung durch Regeln lasse sich nicht mit dem Gesetz vereinbaren. Sie dürften daher bloss eine erste Einordnungshilfe, eine Faustregel, darstellen. Der Schadenersatz müsse hingegen im Einzelfall festgesetzt werden.[62] Anzumerken bleibt, dass in einer neueren Entscheidung die Obergrenze von Geiser und Müller herangezogen wurde, um den festgesetzten Schadenersatz zu rechtfertigen.[63]

---

58 Zum Ganzen BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 321e OR N 27.

59 Einen Einblick vermittelt die Kasuistik in BSK-Portmann/Rudolph, Art. 321e OR N 15 ff.

60 Geiser/Müller (Fn. 46), N 471; so auch schon Müller (Fn. 46), 38 f.

61 Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, Aus dem Bericht 1973 des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt, BJM 1974, 241 ff., 253. Die Praxis wurde jedoch auch von den Basler Gerichten wieder durchbrochen. So sei die Faustregel bei einem leitenden Angestellten, der einen hohen Schaden verursacht hat, nicht angemessen (Urteil des ZGer BS vom 5. Oktober 1990 [BJM 1991, 135 ff.], 140). Ebenso ging das Bundesgericht in BGE 110 II 344 weit über die Grenze von einem Monatslohn hinaus.

62 So auch Geiser (Fn. 5), 789; Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 7), Art. 321e OR N 12; Portmann (Fn. 35), 27; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 321e OR N 31; ZK-Staehelin, Art. 321e OR N 27; BSK-Portmann/Rudolph, Art. 321e OR N 18.

63 Urteil des OGer LU vom 3. Oktober 2010 (JAR 2011, 527 ff.), E. 5.5.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

F. Dogmatische Einordnung des Berufsrisikos und Verschuldensgrades

Es stellt sich die Frage, wo die soeben besprochenen Kriterien zur Bestimmung des Sorgfaltsmasses methodisch zu berücksichtigen sind. Denkbar sind zwei konzeptionelle Einordnungen: die Berücksichtigung bei einer der Haftungsvoraussetzungen und damit beim haftungsbegründenden Tatbestand; oder die Berücksichtigung bei den Haftungsfolgen, indem der Schadenersatz reduziert wird.

Die herrschende Lehre hält dafür, die Kriterien im Allgemeinen auf beiden Ebenen anzuwenden: Zum einen seien sie bei der Bestimmung des erforderlichen Sorgfaltsmasses und damit für die Haftungsbegründung wesentlich. Zum anderen seien die Kriterien als mögliche Reduktionsgründe zu berücksichtigen.[64]

Differenzierte Auffassungen bestehen insbesondere im Hinblick auf das Berufsrisiko. Ein Teil der Lehre möchte dieses Kriterium beim Haftungstatbestand prüfen.[65] Nach anderer Auffassung hat es hingegen bloss im Rahmen der Schadenersatzbemessung Platz.[66]

Einzelne Unklarheiten bestehen sodann bei der Einordnung innerhalb der Haftungsvoraussetzungen. So wird etwa vertreten, das nach den Kriterien von Art. 321e Abs. 2 OR zu bestimmende Sorgfaltsmass konkretisiere das Verschulden.[67] Bleibt die mangelnde Sorgfalt des Arbeitnehmers unter der im Einzelfall definierten Grenze, fehlt es damit an dieser Haftungsvoraussetzung. Anderer Ansicht nach sind die Sorgfaltspflicht und damit die gesetzlichen Kriterien bei der Vertragsverletzung zu prüfen.[68] Schliesslich wird vertreten, dass die Kriterien bei der Vertragsverletzung und beim Verschulden zu prüfen seien.[69]

---

64 So etwa Geiser/Müller (Fn. 46), N 468; Geiser (Fn. 5), 789; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 321e OR N 19 und 23; Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 7), Art. 321e OR N 3, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; BSK-Portmann/Rudolph, Art. 321e OR N 3; ZK-Staehelin, Art. 321e OR N 24; siehe auch BGE 110 II 344, 350, E. 6b; Urteil des BGer 4C.155/2006 vom 23. Oktober 2006, E. 7.3.1; Urteil des CJ GE vom 15. Januar 2013 (JAR 2014, 424 ff.), E. 4.1.

65 BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 321e OR N 26; Meier (Fn. 2), 37 f.; Roberto (Fn. 1), 103 f.

66 ZK-Staehelin, Art. 321e OR N 24; Geiser (Fn. 5), 789; Egli (Fn. 21), N 30; wohl auch Brühwiler (Fn. 4), 100.

67 BSK-Portmann/Rudolph, Art. 321e OR N 3; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 321e OR N 19.

68 Geiser (Fn. 5), 789; Roberto (Fn. 1), 103 f.

69 ZK-Staehelin, Art. 321e OR N 17: «Das Gesetz bezeichnet folglich mit dem Mass der Sorgfalt nicht nur die vom Arbeitnehmer zu erwartende Arbeitsleistung, sondern grenzt damit auch die Fahrlässigkeit vom schuldlosen Verhalten des Arbeitnehmers ab.»; ähnlich auch Berenstein (Fn. 20), 15.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

IV. Doppelte Berücksichtigung der Kriterien

A. Allgemeines

Der herrschenden Lehre ist insofern zuzustimmen, als die Kriterien des Berufsrisikos und des Verschuldensgrades sowohl bei der Haftungsbegründung als auch bei der Schadenersatzbemessung bedeutsam sind. Klärungsbedarf besteht dagegen bei der genaueren Verortung der Kriterien.

B. Haftungsbegründende Voraussetzungen

Aus dogmatischer Sicht stellt sich zunächst die Frage, in welchem Verhältnis die Vertragsverletzung zum Verschulden steht. Nach vorherrschender Auffassung konkretisieren die Kriterien in Art. 321e Abs. 2 OR das Verschulden. Richtiger Ansicht nach liegt in der Abweichung von der geschuldeten Sorgfalt die Vertragsverletzung.[70] Zutreffend formuliert dies Geiser:

> «Von einem unerfahrenen Arbeitnehmer kann nicht erwartet werden, dass er mit der gleichen Umsicht an die Arbeit geht wie ein bereits seit Jahren im Betrieb tätiger, hochqualifizierter Arbeitnehmer. Was beim letzten eine Vertragsverletzung darstellen kann, muss beim ersteren noch als ein vertraglich korrektes Verhalten angesehen werden. Soweit gar keine Vertragsverletzung vorliegt, besteht auch keine vertragliche Haftung.»[71]

Die Einordnung bei der Vertragsverletzung hat zur Folge, dass der Arbeitgeber bei einer Klage in einem ersten Schritt den Umfang der geschuldeten Sorgfaltspflicht darzutun hat. Er muss daher nachweisen, dass er berechtigt war, ein höheres Sorgfaltsmass als jenes, das der Arbeitnehmer beachtet hat, zu erwarten.[72]

Bildungsgrad und Fachkenntnisse sowie die *Fähigkeiten und Eigenschaften* beziehen sich auf die individuellen Fähigkeiten des Arbeitnehmers. Während bei der Haftung gegenüber Dritten ein objektiver Sorgfaltsmassstab gilt und damit das Verhalten einer vernünftigen und umsichtigen Person beziehungsweise (bei der Vertragshaftung) eines fachkundigen Berufsmannes erwartet werden darf, kann der Arbeitgeber zwar grundsätzlich auf durchschnittliche Fachkenntnisse vertrauen. Ihn trifft aber die Obliegenheit, sich über die Qualifikationen des Arbeitnehmers zu informieren

---

70 So bereits Roberto (Fn. 1), 103 f.; im Grundsatz ebenso ZK-Staehelin, Art. 321e OR N 4 ff.

71 Geiser (Fn. 5), 789.

72 Siehe auch die Hinweise bei Fn. 25.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

und seine bisherigen Leistungen zu würdigen. Auf dieser Grundlage hat er dem Arbeitnehmer seine Tätigkeiten zuzuweisen. Bei der Arbeitnehmerhaftung sind mit anderen Worten die für den Arbeitgeber erkennbaren Fähigkeiten des Arbeitnehmers massgebend.[73] Bildungsgrad, Fachkenntnisse, Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers konkretisieren das Sorgfaltsmass und sind damit bereits bei der Prüfung der Haftungsvoraussetzungen heranzuziehen.

Das *Berufsrisiko* ist dagegen objektiviert. Im Rahmen der Haftungsbegründung geht es dabei um diejenigen Konstellationen, in denen von einem umsichtigen Arbeitnehmer kein anderes Verhalten beziehungsweise keine höhere Sorgfalt bei der Wahrnehmung der Arbeiten gefordert werden kann. Massgebend sind dabei die Arbeitstechnik, etwa eine sehr hohe Arbeitsgeschwindigkeit, sowie die Besonderheiten des Arbeitsmaterials.[74] Zu denken ist etwa an eine versehentliche Fehlbedienung einer Maschine oder die versehentliche Beschädigung eines Arbeitsgeräts, namentlich eines Dienstfahrzeugs. Keine erhöhte Sorgfalt kann dann eingefordert werden, wenn es sich um den täglichen Gebrauch von Gegenständen mit einem geringen Wert handelt (z.B. Geschirr). In diesen Fällen führt das Berufsrisiko als Teil des Betriebsrisikos zu einer Reduktion der erforderlichen Sorgfalt.

Darf dagegen von einem umsichtigen Arbeitnehmer trotz der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken eine Vermeidung der Schadensverursachung erwartet werden, ist das besondere Risiko im Rahmen der Schadenersatzberechnung zu berücksichtigen. Als Beispiele für solche Konstellationen kann auf die vorne erwähnten Fälle, die einen Lastwagen und einen Helikopter betrafen, verwiesen werden.[75]

C. Schadenersatzberechnung und -bemessung

Führt das Berufsrisiko nicht dazu, dass dem Arbeitnehmer die Schädigung von vorneherein nicht als Vertragsverletzung vorgeworfen werden kann, so ist dieses Risiko zumindest bei der Schadenersatzberechnung als Mitverantwortlichkeit des Arbeitgebers zu berücksichtigen.[76] Denn verwirklicht sich das Berufsrisiko, ist jener Schaden eingetreten, für welchen den Arbeitgeber insoweit eine Mitverantwortung trifft, als er die mit den betreffenden Risiken verbundenen Tätigkeiten durch seine Arbeitneh-

---

[73] ZK-Staehelin, Art. 321e OR N 7 ff., mit weiteren Hinweisen; Brühwiler (Fn. 4), 8.

[74] Zu den Fallgruppen ZK-Staehelin, Art. 321e OR N 25.

[75] Bei Fn. 38 bzw. Fn. 52.

[76] Art. 44 Abs. 1 OR; siehe auch Benjamin Fehr, Grundzüge der arbeitsvertraglichen Haftung von Managern, Bern 2003, 126; ZK-Staehelin, Art. 321e OR N 24; Portmann (Fn. 35), 25.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

mer verrichten liess. Dieses Risiko muss – wie vorne erläutert wurde[77] – der Arbeitgeber tragen.[78]

Diese Sicht der Dinge deckt sich mit der Versicherungssituation. Der Arbeitgeber kann sich bei Arbeitstätigkeiten, welche latent mit Schädigungsrisiken verbunden sind, gegen die Folgen solcher Schädigungen versichern. Der Verzicht auf den Abschluss einer Versicherung sollte zu seinen Lasten, nicht zulasten des Arbeitnehmers gehen. Die eingesparten Versicherungsprämien erhöhen den Gewinn des Arbeitgebers, weshalb er auch die Kosten dieser Entscheidung zu tragen hat.[79]

Besteht eine Versicherungsdeckung, reduziert sich die Einbusse des Arbeitgebers auf den Selbstbehalt und etwaige Mehrprämien durch Bonusverluste.[80] Mehr kann der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer nicht fordern. Gleiches sollte dann gelten, wenn ein Versicherungsabschluss wegen der Betriebsgefahr sachgerecht wäre, der Arbeitgeber jedoch darauf verzichtet hat.[81] Der ganze Schaden ist bloss dann massgebend, wenn die Versicherung ihre Leistung, namentlich wegen einer vorsätzlichen Schadensverursachung, verweigert.

Die Berücksichtigung der Versicherung betrifft die Schadenersatzberechnung. Es handelt sich dabei um einen vermeidbaren Schaden. In der Lehre wird dem Unterschied zwischen Schadenersatzberechnung und Schadenersatzbemessung regelmässig zu wenig Beachtung geschenkt.[82]

Die trotz Versicherungsdeckung verbleibende Einbusse beziehungsweise – bei Vorliegen eines Versicherungsausschlussgrundes – der ganze verursachte Schaden stellt bloss den (berechneten) Höchstbetrag dar. Im Rahmen der Schadenersatzbemessung sind sodann die Reduktionsgründe zu berücksichtigen. Der in einem ersten Schritt berechnete Schaden, welcher auch das Berufsrisiko und die daraus sich aufdrängende Versicherungspflicht berücksichtigt, ist in einem zweiten Schritt nach Massgabe des Bildungsgrades und der Fachkenntnisse sowie der erkennbaren Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers zu bemessen.

---

77 Siehe vorne Abschnitt II. A.

78 Illustrativ hierzu BGE 111 Ib 192: Gemäss dieser verwaltungsrechtlichen Entscheidung verwirklicht sich eine «Betriebsgefahr» (im konkreten Fall die Militärgefahr), wenn ein Sprengoffizier grobfahrlässig einen Schaden von etwa einer Million Franken verursacht. Der Armeeangehörige wurde denn auch nur zu einer Ersatzzahlung von 20'000 Franken verurteilt; siehe auch Portmann (Fn. 35), 25 f.

79 Siehe dazu bereits vorne Abschnitt II. A.; ähnlich auch Geiser (Fn. 5), 789.

80 Brühwiler (Fn. 4), 102.

81 Urteil des AppGer BS vom 20. Mai 1974 (BJM 1974, 216 f.), 216; anderer Ansicht Brühwiler (Fn. 4), 102.

82 Siehe zu der Unterscheidung und den Auswirkungen, namentlich auch bei der versicherungsrechtlichen Regresssituation, Vito Roberto, Schadensrecht, Basel 1997, 287 ff.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

V. Zusammenfassung

Nach der vorherrschenden Ansicht zur eingeschränkten Arbeitnehmerhaftung sind die Kriterien von Art. 321e Abs. 2 OR sowohl bei der Begründung der Haftung als auch bei der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen. Von besonderer Bedeutung bei der Bestimmung des Schadenersatzes sind das Berufsrisiko und der Verschuldensgrad des Arbeitnehmers. Eine vollständige Haftungsbefreiung des Arbeitnehmers kommt dabei nur infrage, wenn leichte Fahrlässigkeit vorliegt und sich – je nach Auffassung – auch ein Berufsrisiko verwirklicht hat. Bei mittlerer Fahrlässigkeit soll es zu einer Schadensteilung kommen. Bei grober Fahrlässigkeit hat der Arbeitnehmer grundsätzlich den ganzen Schaden zu tragen, eine Reduktion fällt ausser Betracht. Dasselbe gilt für absichtlich verursachte Schäden.

Die vorherrschende Ansicht vermag aus mehreren Gründen nicht zu überzeugen. Zunächst bildet sie die rechtspolitische Motivation einer eingeschränkten Arbeitnehmerhaftung nur ungenügend ab. Verwirklicht sich bei der Arbeit ein Betriebsrisiko, hat dieses in erster Linie der Arbeitgeber zu tragen. Er zieht den Gewinn aus der Arbeitnehmertätigkeit, kann das eingegangene Risiko steuern und sich auch gegen die finanziellen Folgen einer Risikoverwirklichung versichern. Zudem führen der konturlose Begriff des Betriebsrisikos und der dreiteilige Fahrlässigkeitsbegriff zu Rechtsunsicherheit. Arbeitnehmer können heute kaum abschätzen, wie ein etwaiger Prozess gegen den Arbeitgeber ausgehen würde. Im Zweifel wird er daher auf eine Klage verzichten, um die eigene Anstellung nicht zu gefährden.

Die dogmatische Einordnung der Kriterien von Art. 321e Abs. 2 OR sollte überdacht werden. Bei der Rechtsanwendung gilt es zu beachten, dass sich die vom Arbeitnehmer geschuldete Sorgfalt in erster Linie nach dem zugrunde liegenden Arbeitsvertrag beurteilt. Das haftungsbegründende Sorgfaltsmass ist in jedem Einzelfall zu beurteilen. Dabei ist zunächst auf den Bildungsgrad respektive die Fachkenntnisse, welche die Arbeitstätigkeit erfordert, abzustellen. Der Arbeitgeber hat für die auszuführende Arbeit Arbeitnehmer einzusetzen, welche dieser gewachsen sind. Er darf zwar auf durchschnittliche Fähigkeiten des Arbeitnehmers vertrauen, hat aber die Obliegenheit, die Qualifikationen des Arbeitnehmers zu prüfen und bei der zukünftigen Arbeitsplanung die bisherigen Leistungen des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Hat der Arbeitgeber Kenntnis von besonderen Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, oder hätte er Kenntnis von diesen haben sollen, wirken sich diese auf das erwartbare Sorgfaltsmass aus. Das Berufsrisiko ist ebenfalls bei den haftungsbegründenden Voraussetzungen zu prüfen. Kann nämlich auch von einem umsichtigen Arbeitnehmer aufgrund der mit der Arbeit verbundenen Risiken (z.B. hohe Arbeitsgeschwindigkeit, Zerbrechlichkeit des Arbeitsmaterials, geringer Wert des Materials usw.) keine grössere Sorgfalt verlangt werden, liegt keine Vertragsverletzung vor.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

Ist trotz Berücksichtigung dieser Kriterien eine Haftung zu bejahen, muss insbesondere das Berufsrisiko im Rahmen der Schadenersatzbemessung (nochmals) berücksichtigt werden. Das Betriebsrisiko hat in erster Linie der Arbeitgeber zu tragen. Gegen die Folgen einer Risikoverwirklichung kann sich der Arbeitgeber versichern. Hat er dies getan, reduziert sich der berechnete Schaden auf den Selbstbehalt und etwaige Bonusverluste. Schliesst er keine Versicherung ab, kann der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer nicht mehr fordern, da er die Versicherungsprämien nicht zulasten des Arbeitnehmers einsparen darf. Die Mitverantwortlichkeit des Arbeitgebers gebietet in diesen Fällen eine Berechnung des Schadenersatzes nach Massgabe desjenigen Betrags, den der Arbeitnehmer bei bestehender Versicherungsdeckung maximal zu tragen gehabt hätte. Eine Ausnahme hiervon bilden freilich jene Fälle, in denen die Versicherungsleistung ohnehin verweigert worden wäre, namentlich bei vorsätzlicher Schadensverursachung. An den solchermassen berechneten Schaden schliesst sich die Schadenersatzbemessung an.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist somit die Haftung des Arbeitnehmers – im Vergleich zur herrschenden Auffassung – erheblich eingeschränkt. Verstösst der Arbeitnehmer nicht gegen die geforderte Sorgfalt, die im Einzelfall und unter Berücksichtigung des Berufsrisikos zu bestimmen ist, besteht keine Haftung. Sind die Haftungsvoraussetzungen gegeben, muss die Berechnung des ersatzfähigen Schadens das Berufsrisiko berücksichtigen. Mit Ausnahme absichtlicher Handlungen umfasst der rechtlich einklagbare Schadensbetrag somit den versicherungsrechtlichen Selbstbehalt und die nachteiligen finanziellen Folgen auf die Versicherungsprämien (Bonusverlust). Und schliesslich ist dieser berechnete Schaden nach Massgabe der Schadensbemessungsgründe herabzusetzen.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.