
Die Bedeutung des Verschuldens im schweizerischen Arbeitsrecht

ROLAND MÜLLER*

Inhaltsverzeichnis

I.	Problemstellung	658
II.	Begriff des Verschuldens	659
	A. Definition	659
	B. Unterscheidung in Vorsatz und Fahrlässigkeit	660
	C. Durch das Gesetz verwendete Begriffe	660
III.	Überblick über die Anwendbarkeit des Verschuldens	661
	A. Allgemeiner Teil des Obligationenrechts	661
	B. Arbeitsvertragsrecht	662
	C. Arbeitsgesetz	667
	D. Arbeitslosenversicherungsrecht	668
IV.	Hauptanwendungsbereiche des Verschuldens	670
	A. Haftung des Arbeitnehmers	670
	1. Voraussetzungen der Haftung des Arbeitnehmers nach Art. 321e OR im Allgemeinen	670
	2. Verschulden im Rahmen des Art. 321e OR im Besonderen ...	671
	3. Beweislast des Verschuldens	673
	B. Annahmeverzug der Arbeitgeberin	674
	1. Annahmeverzug der Arbeitgeberin im Allgemeinen	674
	2. Verschulden beim Annahmeverzug der Arbeitgeberin im Besonderen	674
	3. Beweislast des Verschuldens	676
	C. Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin	677
	1. Voraussetzungen der Lohnfortzahlungspflicht im Allgemeinen	677
	2. Verschulden bei der Lohnfortzahlungspflicht im Besonderen	678
	3. Beweislast des Verschuldens	679
	D. Kürzung des Ferienanspruchs	681
V.	Zusammenfassung und Empfehlungen	683

* Prof. Dr. ROLAND MÜLLER, Zivilistisches Seminar, Universität Bern.

I. Problemstellung

Das Verschulden ist in vielen Rechtsgebieten von grosser Bedeutung, sei dies nun direkt oder nur indirekt. Als Beispiel für eine direkte Bedeutung kann Art. 34 StGB angeführt werden, wonach das Gericht die Geldstrafe ausdrücklich nach dem Verschulden des Täters bestimmt. Eine indirekte Bedeutung ergibt sich meistens im Zusammenhang mit fahrlässigen Handlungen oder Unterlassungen. Dazu kann als Beispiel Art. 754 OR dienen, wonach Mitglieder der Verwaltung und der Geschäftsleitung für jegliche fahrlässige Pflichtverletzung (egal, ob leicht oder grob) haften. Auch THOMAS KOLLER hat bereits in seinem viel beachteten Grundlagenwerk zur Balkongrillverordnung (BGV) auf die Strafbestimmungen bei unsorgfältigem Grillieren hingewiesen.¹ Damit hat er faktisch den Anstoss zu einer vertieften Auseinandersetzung mit der Bedeutung des Verschuldens gegeben.²

Im schweizerischen Arbeitsrecht spielt das Verschulden im Zusammenhang mit verschiedenen Bestimmungen eine entscheidende Rolle. Dabei wird der Begriff «Verschulden» jedoch in den entsprechenden Artikeln völlig unterschiedlich ausgelegt. So wird beispielweise in Art. 324a OR erwähnt, dass ein Arbeitnehmer, der aus Gründen, die in seiner Person liegen, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert ist, beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen für eine beschränkte Zeit weiterhin Lohn von der Arbeitgeberin beziehen kann.³ In diesem Zusammenhang wird ein Verschulden des Arbeitnehmers sehr selten angenommen.⁴ Auf der anderen Seite wird das Verschulden des Arbeitnehmers, das die Arbeitgeberin zur Kürzung des Ferienanspruchs nach Art. 329b OR berechtigt, durch Teile der Lehre eher weit ausgelegt.⁵ In beiden Artikeln wird dabei die Wendung «ohne Verschulden» verwendet.

¹ Auch wenn dieser wissenschaftliche Aufsatz am 1. April im Jusletter 2014 publiziert wurde, so zeigt er doch exemplarisch auf, welche Konsequenzen ein Grillverschulden haben kann.

² In der Kommentierung des Urteils 6 K 2803/15 des Finanzgerichts Baden-Württemberg vom 7.6.2016 lässt THOMAS KOLLER das Verschulden dann erneut anklingen: Trägt nicht der Urheber der Statuten des Grillvereins ein Verschulden, weil er zu wenig Wert auf eine angemessene Formulierung der Wohltätigkeit legte? (vgl. THOMAS KOLLER, Ein wichtiger Meilenstein in der Entwicklung des Grillrechts, in: npoR 2/2017, 57 ff.).

³ Vgl. Art. 324a Abs. 1 OR.

⁴ WOLFGANG PORTMANN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 324a N 4.

⁵ Vgl. Nachweis in THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2015, Rz. 496. Eine Übersicht über die Vielfalt der Auslegungsmöglichkeiten und die dabei verwendeten Begriffe findet sich bei CYRIL DOMINIK BLATTNER, Der Verschuldensbegriff im schweizerischen Arbeitsrecht, Masterarbeit Bern 2012, S. 43.

Das Verschulden und der Grad des Verschuldens eines Arbeitnehmers spielen auch bei der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung eine entscheidende Rolle. Demnach werden die Zahlungen eingestellt, wenn der Arbeitnehmer durch eigenes Verschulden arbeitslos geworden ist.⁶ Die Dauer der Einstellung bemisst sich dabei nach dem Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers.⁷ Ebenso wenig wie im Arbeitsvertragsrecht wird auch im Bereich der Arbeitslosenentschädigung der Begriff des Verschuldens genauer umschrieben.⁸

Es ist mit anderen Worten aus dem Wortlaut der diversen Bestimmungen nicht ersichtlich, inwiefern im einen Fall das Verschulden eng und in einem anderen das Verschulden eher breit ausgelegt wird. Die folgenden Ausführungen sollen daher bezüglich der massgebenden Bestimmungen im Arbeitsrecht klarstellen, welche Art und welcher Grad an Verschulden vorausgesetzt wird.

II. Begriff des Verschuldens

A. Definition

Das Gesetz enthält keine Legaldefinition des Verschuldens.⁹ Dem Allgemeinen Teil des Obligationenrechts folgend, lässt sich der Begriff als «die Nichtanwendung der erforderlichen Sorgfalt oder die Missachtung derjenigen Grundsätze des menschlichen Zusammenlebens, die für den Schuldner nach den allgemeinen Regeln massgebend sind»¹⁰, definieren. Im Allgemeinen wird damit also ein gesetzlich missbilligtes Verhalten des Schädigers verstanden.¹¹ Das Verschulden im Arbeitsrecht besteht darin, dass der Schuldner eine für ihn aus dem Arbeitsvertrag erwachsende Pflicht verletzt.¹²

⁶ Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG.

⁷ Art. 30 Abs. 3 AVIG.

⁸ JACQUELINE CHOPARD, Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung: Art. 30/30a AVIG unter Berücksichtigung des Übereinkommens Nr. 168 der IAO, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 1998, S. 45.

⁹ PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. II, 9. Aufl., Zürich 2008, Rz. 2963.

¹⁰ ROLF H. WEBER, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, 5. Teilband, Bern 2000, Art. 99 OR N 28.

¹¹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 9), Rz. 2963.

¹² ANDREAS VON THUR, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., bearbeitet von ARNOLD ESCHER, Zürich 1984, S. 114.

B. Unterscheidung in Vorsatz und Fahrlässigkeit

Es können verschiedene Arten von Verschulden unterschieden werden. Das abweichende Verhalten resp. die Vertragsverletzung kann vorsätzlich oder fahrlässig sein.¹³ Beim Vorsatz kennt der Schuldner die Vertragswidrigkeit seines Handelns und den daraus resultierenden Erfolg, den er auch erreichen will (*dolus*) oder den er mindestens in Kauf zu nehmen bereit ist (*dolus eventualis*).¹⁴ Bei Fahrlässigkeit handelt der Schuldner sorgfaltswidrig (*culpa*).¹⁵ Die Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt wird üblicherweise in drei Fahrlässigkeitsstufen eingeteilt: Die leichte, die mittlere und die grobe Fahrlässigkeit.¹⁶ Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Schuldner unter Verletzung der elementarsten Vorsichtsgebote das ausser Acht gelassen hat, was jedem vernünftigen Menschen in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen hätte einleuchten müssen.¹⁷ Bei der leichten Fahrlässigkeit werden hingegen lediglich Vorsichtsgebote ausser Acht gelassen, deren Beachtung man von einer vernünftigen Person in derselben Lage und unter denselben Umständen erwarten würde.¹⁸ Von einer mittleren Fahrlässigkeit geht das Bundesgericht dann aus, wenn die Verletzung der gebotenen Sorgfalt weder leicht noch schwer wiegt.¹⁹ Die Unterscheidung in leichte, mittlere und grobe Fahrlässigkeit spielt in der Regel bei der Begründung der Schadenersatzpflicht keine Rolle. Im Allgemeinen haftet der Schädiger dem Geschädigten für jedes Verschulden, jedoch kann der Schwere des Verschuldens bei der Schadenersatzbemessung eine Bedeutung zukommen.²⁰

C. Durch das Gesetz verwendete Begriffe

Im Arbeitsrecht finden sich unterschiedliche Formulierungen für die Berücksichtigung des Verschuldens. Insbesondere die Verwendung der Begriffe «Verschulden»²¹, «Sorgfalt»²², «sorgfältig»²³, «fahrlässig»²⁴, «absichtlich»²⁵

¹³ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 9), Rz. 2963.

¹⁴ WOLFGANG WIEGAND, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 99 N 5.

¹⁵ BSK OR I-WIEGAND (Fn. 14), Art. 99 N 6.

¹⁶ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 9), Rz. 2963.

¹⁷ WALTER FELLMANN, Der einfache Auftrag – Art. 394-406 OR, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 2. Abteilung, 4. Teilband, 4. Aufl., Bern 1992, Art. 398 OR N 503.

¹⁸ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 9), Rz. 2963.

¹⁹ Urteil des Bundesgerichts (4C.126/2004) vom 15. September 2004, E. 2.4.

²⁰ BSK OR I-WIEGAND (Fn. 14), Art. 99 N 6.

²¹ Art. 322b Abs. 3 OR, Art. 324 Abs. 1 OR, Art. 324a Abs. 1 OR, Art. 326 OR, Art. 328a Abs. 2 OR, Art. 329b Abs. 1 und 2 OR, Art. 336c Abs. 1 lit. b OR, Art. 349c Abs. 1 OR, Art. 352 Abs. 2 OR und Art. 353b Abs. 2 OR.

und «vorsätzlich»²⁶ deuten darauf hin, dass das Verschulden in der entsprechenden Bestimmung in einer Form zu berücksichtigen ist. Im Arbeitslosenversicherungsbereich, insbesondere im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Sanktionen, wurde der Begriff «Verschulden» direkt in die Bestimmung von Art. 30 Abs. 1 und 3 AVIG aufgenommen.

In welcher Weise das Verschulden zu berücksichtigen ist, kann aus den verwendeten Begriffen nicht abgeleitet werden. Insofern ist eine allgemeine Auslegung nicht zielführend. Vielmehr müssen die verschiedenen Begriffe bei jeder einzelnen Bestimmung bezüglich Art und Grad des Verschuldens analysiert werden.

III. Überblick über die Anwendbarkeit des Verschuldens

A. Allgemeiner Teil des Obligationenrechts

Grundsätzlich haftet nach den Regeln des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts jede Partei der anderen für Schäden, welche sie durch Vertragsverletzung verursacht. Dies ergibt sich aus der Bestimmung von Art. 97 ff. OR. Dieser Grundsatz gilt, soweit nicht bspw. im Arbeitsvertragsrecht selbst eine Einschränkung dieses Grundsatzes festgelegt wird.²⁷

Kommt der Schuldner seiner vertraglichen Pflicht nicht nach, so liegt eine Vertragsverletzung vor. Resultiert daraus in natürlicher und adäquat kausaler Weise ein Schaden für den Gläubiger, ist der Schuldner im Falle seines Verschuldens nach den allgemeinen Grundsätzen haftbar (Art. 97 ff. OR). Dabei hat der Gläubiger die Vertragsverletzung und den dadurch bewirkten Schaden nachzuweisen, der Schuldner hingegen, dass ihm kein Verschulden zur Last gelegt werden kann.²⁸ Der Schuldner haftet in der Grundnorm der Art. 97 ff. OR grundsätzlich für jedes Verschulden. Haftungsauslösend sind somit bereits leichtes Verschulden des Schädigers und folglich auch sämtliche weiteren Grade des Verschuldens bis hin zum Vorsatz.

²² Art. 352a Abs. 1 OR und Art. 321e Abs. 2 OR.

²³ Art. 321a Abs. 1 und 2 OR.

²⁴ Art. 321e Abs. 2 OR, Art. 59 Abs. 1 lit. a und c ArG, Art. 60 Abs. 2 ArG.

²⁵ Art. 321e Abs. 1 OR, Art. 323b Abs. 2 OR, Art. 324 Abs. 2 OR, Art. 337c Abs. 2 OR.

²⁶ Art. 59 Abs. 1 lit. a, b und c ArG, Art. 60 Abs. 1 ArG.

²⁷ ROLAND MÜLLER, Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung des Arbeitnehmers, ArbR 2006, S. 15.

²⁸ Wie bei allen Vertragshaftungen wird das Verschulden des Schuldners vermutet (MÜLLER [Fn. 27], ArbR 2006, S. 16).

B. Arbeitsvertragsrecht

Im Arbeitsvertragsrecht finden sich eine ganze Reihe Bestimmungen, welche Ausdrücke enthalten, die auf die Berücksichtigung von Verschulden schliessen lassen. Die folgende Auflistung gibt einen Überblick über diese Bestimmungen und hält in aller Kürze fest, ob und in welcher Weise das Verschulden im betreffenden Fall zu berücksichtigen ist.

- Art. 321a OR: Der Arbeitnehmer hat die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen, die Instrumente der Arbeitgeberin fachgerecht zu bedienen und diese sowie zur Verfügung gestellte Materialien sorgfältig zu behandeln. Damit wird eine Sorgfaltspflicht im Sinne einer Vertragspflicht statuiert, welche die elementaren Anforderungen an die Erfüllung der Arbeitspflicht darstellt und deren Verletzung sich auf das Arbeitszeugnis oder auf eine Kündigung auswirken kann und nicht nur im Zusammenhang mit der Haftung zu sehen ist.²⁹ Das Mass des Verschuldens bei einer Verletzung dieser Pflichten richtet sich jedoch nach Art. 321e OR.³⁰
- Art. 321e OR: Der Arbeitnehmer ist für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig der Arbeitgeberin zugefügt hat. Die Haftung des Arbeitnehmers nach Art. 321e OR stellt eine Sondervorschrift zu Art. 97 Abs. 1 OR dar.³¹ Die Haftungsvoraussetzungen von Art. 321e OR entsprechen jenen des Art. 97 OR: Der Arbeitnehmer haftet, wenn ein Schaden im Sinne einer unfreiwilligen Vermögenseinbusse in Form von Verminderung der Aktiven oder Vermehrung der Passiven entstanden ist, eine Vertragsverletzung vorliegt und zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang besteht. Das Verschulden als weitere Haftungsvoraussetzung ist jedoch im Unterschied zu Art. 97 OR nach dem besonderen Haftungsmassstab von Art. 321e Abs. 2 OR zu beurteilen.³² Dies ist einer der Hauptanwendungsbereiche des Verschuldens im Arbeitsrecht, weshalb darauf im Speziellen noch eingegangen wird.³³ Es kann an dieser Stelle jedoch bereits erwähnt werden, dass bereits leichtes Verschulden die Haftung des Arbeitnehmers auslösen kann.
- Art. 322b OR: Der Provisionsanspruch des Arbeitnehmers fällt dann nachträglich dahin, wenn das Geschäft von der Arbeitgeberin ohne sein Verschulden nicht ausgeführt wird oder wenn der Dritte seine Verbind-

²⁹ GEISER/MÜLLER (Fn. 5), Rz. 348.

³⁰ WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Rz. 195.

³¹ BBl 1967 311.

³² PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 30), Rz. 209.

³³ Vgl. dazu weiter hinten unter Ziff. IV. A.

lichkeiten nicht erfüllt.³⁴ Dabei spielt es keine Rolle, wieso der Dritte seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt, solange die Arbeitgeberin daran keine Schuld trägt.³⁵ Kommt die Arbeitgeberin hingegen ihrerseits den Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag ganz oder teilweise nicht nach (Schlecht-, Spät-, oder Nichtleistung), fällt der Provisionsanspruch dennoch nicht dahin, sofern die Arbeitgeberin nicht nachweisen kann, dass sie kein Verschulden trifft.³⁶ Der Verschuldensbegriff wird nicht näher spezifiziert, weshalb davon auszugehen ist, dass jedes Verschulden der Arbeitgeberin massgeblich ist.

- Art. 323b OR: Diese Bestimmung zur Lohnsicherung hält fest, dass die Arbeitgeberin Gegenforderung mit der Lohnforderung nur soweit verrechnen darf, als diese pfändbar ist, jedoch dürfen Ersatzforderungen für absichtlich zugefügten Schaden unbeschränkt verrechnet werden.³⁷ Der Begriff der Absicht entspricht jenem von Art. 41 OR. Damit ist Vorsatz oder Eventualvorsatz gemeint, wobei Böswilligkeit nicht vorausgesetzt ist.³⁸ Nicht erfasst ist damit die leichte bis grobe Fahrlässigkeit.
- Art. 324 OR: Diese Bestimmung regelt den Arbeitgeberverzug. Demnach bleibt die Arbeitgeberin zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, wenn die Arbeit infolge Verschuldens der Arbeitgeberin nicht geleistet werden kann oder sie aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug kommt.³⁹ Auf diese Bestimmung ist bei der Darstellung der Hauptanwendungsbereiche vertieft einzugehen. An dieser Stelle ist lediglich darauf hinzuweisen, dass das Verschulden der Arbeitgeberin entweder in der unterlassenen Vorbereitung oder in der Nichtannahme der gehörig angebotenen Arbeitsleistung gesehen wird.⁴⁰ Immerhin ist ebenso darauf hinzuweisen, dass die Arbeitgeberin auch ohne Verschulden zur Lohnzahlung verpflichtet bleibt, nämlich dann, wenn der Wegfall der Arbeitsleistung auf Gründe zurückzuführen ist, welche im weitesten Sinne

³⁴ Art. 322b Abs. 3 OR.

³⁵ MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1. Abschnitt, Bern 2010, Art. 322b OR N 9.

³⁶ BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 35), Art. 322b OR N 10.

³⁷ Art. 323b Abs. 2 OR.

³⁸ AGER ZH ZR 2001 Nr. 71; ADRIAN STAEHELIN, Der Arbeitsvertrag – Art. 319-330a OR, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Teilband V 2c, 4. Aufl., Zürich 2006, Art. 323b OR N 15; BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 35), Art. 323b OR N 14.

³⁹ Art. 324 Abs. 1 OR.

⁴⁰ CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEBER/CHRISTIAN BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2005, Art. 324 OR N 1.

aus der Risikosphäre der Arbeitgeberin stammen.⁴¹ In diesem Sinne ist für den Arbeitgeberverszug damit grundsätzlich kein Verschulden vorausgesetzt. Im zweiten Absatz des Art. 324 OR wird des Weiteren festgehalten, dass sich der Arbeitnehmer auf den Lohn anrechnen lassen muss, was er bei einer Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat. Hierfür ist Vorsatz vorausgesetzt. Fahrlässigkeit alleine genügt demnach nicht.⁴²

- Art. 324a OR: Durch Abs. 1 dieser Bestimmung wird der Fall geregelt, dass ein Arbeitnehmer aus persönlichen Gründen, aber ohne Verschulden, an der Arbeitsleistung gehindert wird.⁴³ Das Verschulden des Arbeitnehmers wird in diesem Zusammenhang erst angenommen, wenn es sich bei der fraglichen Handlung um ein offensichtliches Fehlverhalten handelt, womit leichtes Verschulden ausgenommen wird.⁴⁴ Von Art. 324a Abs. 1 OR sind demnach grundsätzlich mittlere Fahrlässigkeit bis Vorsatz erfasst. In einigen Fällen, welche unter Art. 324a Abs. 1 OR subsumiert werden, ist die Arbeitsverhinderung zwar durch den Arbeitnehmer herbeigeführt, das entsprechende Verhalten wird jedoch nicht als Fehlverhalten angesehen und folgerichtig bleibt eine Lohnfortzahlung unabhängig vom Verschulden geschuldet.⁴⁵ Dasselbe gilt bei der Schwangerschaft nach Art. 324a Abs. 3 OR. Auf Art. 324a OR ist zurückzukommen, da diese Bestimmung in der Praxis sehr relevant ist.
- Art. 326 OR: Akkordlohnarbeit kann beliebig vereinbart und ausgestaltet werden. Art. 326 Abs. 1 OR hält jedoch fest, dass zur Einkommenssicherung die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer so viel Arbeit zuweisen muss, wie dieser bewältigen kann. Ist sie dazu ohne ihr Verschulden ausserstande, muss die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer im Zeitlohn beschäftigen.⁴⁶ Dabei sind keine Einschränkungen ersichtlich, so dass bereits leichtes Verschulden der Arbeitgeberin zur Unzulässigkeit der Entlohnung nach Zeitarbeit führt.⁴⁷ Die Beweislast für die Berechtigung der Zuweisung

⁴¹ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, *Arbeitsvertrag, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht*, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 324 OR N 4.

⁴² BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 324 N 13; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 324 OR N 12.

⁴³ Der Arbeitsunfähigkeit ist die Unzumutbarkeit gleichgestellt (FRANK VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, 3. Aufl., Basel 2005, zugleich in: *Schweizerisches Privatrecht*, Bd. VII/4, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2005, S. 127).

⁴⁴ OGer TG in JAR 1984, S. 126; BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 324a N 4.

⁴⁵ Zu denken ist bspw. an die Übernahme öffentlicher Ämter oder die Erfüllung gesetzlicher Pflichten (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ [Fn. 40], Art. 324a OR N 10).

⁴⁶ Art. 326 Abs. 2 OR.

⁴⁷ Zu beachten ist jedoch, dass die Leistung von Zeitarbeit unter Umständen aufgrund der Treuepflicht nach Art. 321a OR und den Regeln des Arbeitgeberverszugs nach Art. 324 Abs. 2 OR im Rahmen der «anderen Arbeit» geleistet werden muss, wobei jedoch die

- von Zeitarbeit inklusive des fehlenden Verschuldens liegt bei der Arbeitgeberin.⁴⁸
- Art. 328a Abs. 2 und 3 OR: Danach hat die Arbeitgeberin im Falle einer Hausgemeinschaft mit dem Arbeitnehmer die Pflicht, bei unverschuldeter Krankheit und unverschuldetem Unfall oder bei Schwangerschaft und Niederkunft für die Dauer der entsprechenden Lohnzahlungspflicht⁴⁹ Pflege und ärztliche Behandlung zu gewähren. Obwohl in Art. 328a OR, anders als bei Art. 324a OR, keine Karenzfrist vorgesehen ist,⁵⁰ wird das Verschulden in dieser Bestimmung gleich auszulegen sein wie bei Art. 324a OR.
 - Art. 329b OR: Hier geht es um die Möglichkeit der Arbeitgeberin zur Ferienkürzung bei verschuldeter Abwesenheit des Arbeitnehmers. Auf die Frage, was unter schuldhafter Arbeitsverhinderung, welche die Arbeitgeberin berechtigt, vom Ferienkürzungsrecht bereits ab dem ersten vollen Monat an Gebrauch zu machen, zu verstehen ist, wird noch im Detail einzugehen sein. Im Ergebnis ist nach der hier vertretenen Meinung jedoch für das Verschulden die Auslegung des Verschuldensbegriffs nach Art. 324a OR heranzuziehen, mithin sollte leichtes Verschulden nicht zu einer Kürzung des Ferienanspruchs nach Art. 329b Abs. 1 OR führen.⁵¹
 - Art. 336c OR: Bei einer unverschuldeten Verhinderung an der Arbeitsleistung darf die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer während einer gewissen Zeit nicht kündigen.⁵² Das Verschulden richtet sich dabei nach jenem des Art. 324a OR.⁵³
 - Art. 337c OR: Wird ein Arbeitnehmer ungerechtfertigterweise fristlos entlassen, soll er gemäss Art. 337c OR gleich gestellt sein, wie wenn er gar keine fristlose, sondern höchstens eine ordentliche Kündigung erhalten hätte.⁵⁴ Obwohl es sich bei dem von der Arbeitgeberin zu bezahlenden Betrage um Schadenersatz und nicht um Lohn handelt, belegt die Entstehungsgeschichte des Artikels, dass die Berechnung des Schadens abschliessend durch diese Bestimmung geregelt werden soll und damit kein Mitverschuldensabzug wie bei Art. 44 OR möglich ist.⁵⁵ Nur bei der zusätzlichen Entschädigung nach Abs. 3 kann ein solcher in Anwendung

Arbeitgeberin zur Lohnzahlung im Umfang des durchschnittlich verdienten Akkordlohns verpflichtet bleibt (ZK-STAEHELIN [Fn. 38], Art. 326 OR N 12).

⁴⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 326 OR N 4.

⁴⁹ Vgl. dazu Art. 324a OR.

⁵⁰ BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 328a N 2.

⁵¹ GL.M. BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 329b N 1; BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 35), Art. 329b OR N 1; VISCHER (Fn. 43), S. 184 Fn. 21; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 329b OR N 3.

⁵² Art. 336c Abs. 1 lit. b OR.

⁵³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 326c OR N 8.

⁵⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ (Fn. 40), Art. 337c OR N 2.

⁵⁵ GEISER/MÜLLER (Fn. 5), Rz. 606.

gebracht werden.⁵⁶ Der Arbeitnehmer muss sich indes anrechnen lassen, was er anderweitig verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat. Hierbei ist, ebenso wie bei Art. 324 OR, Vorsatz vorausgesetzt. Fahrlässigkeit genügt dafür nicht. Die Beweislast trägt grundsätzlich die Arbeitgeberin. Nichtsdestotrotz wird in der Praxis der Arbeitnehmer nachweisen müssen, dass er sich aktiv um eine Stelle bemüht hat, denn wenn die Arbeitgeberin eine allgemein grosse Arbeitskräftenachfrage für den betreffenden Beruf oder mehrere freie, zumutbare Stellen nachweist, auf die sich der Arbeitnehmer nicht beworben hat, wird der Beweis als erbracht betrachtet.⁵⁷

- Art. 349c OR: Diese Bestimmung regelt die Lohnfortzahlung des Handelsreisenden bei Verhinderung an der Reisetätigkeit. Bezüglich der Lohnfortzahlungspflicht richtet sich die Beurteilung nach den Grundsätzen des Art. 324a OR. Das gilt auch in Bezug auf das Verschulden. Demnach ist für eine allfällige Verneinung des Lohnfortzahlungsanspruchs ein offensichtliches Fehlverhalten vorausgesetzt. Leichte Fahrlässigkeit wird nicht genügen. Art. 349c OR regelt damit eigentlich lediglich die Berechnungsweise der Zahlungspflicht.⁵⁸
- Art. 352 OR: Der Heimarbeiter wird durch diese Bestimmung verpflichtet, bei verschuldeter mangelhafter Ausführung der Arbeit, diese unentgeltlich zu verbessern, sofern dadurch die Mängel behoben werden können. Ist eine Verbesserung nicht möglich, bleibt es bei den allgemeinen Haftungsgrundsätzen des Arbeitnehmers gemäss Art. 321e OR. Das Verschulden des Arbeitnehmers ist dabei zu bejahen, wenn er fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt hat. Das gilt auch für leichte Fahrlässigkeit. Das Verschulden ist gemäss den allgemeinen Regeln der Vertragsverletzung vom Arbeitnehmer zu beweisen (Exkulpationsbeweis; Art. 97 OR).
- Art. 352a OR: Hat der Heimarbeiter Material oder Geräte, die ihm übergeben wurden, schuldhaft verdorben, so haftet er der Arbeitgeberin höchstens für den Ersatz der Selbstkosten. Vorausgesetzt ist für die Anwendung dieser Bestimmung Vorsatz oder Fahrlässigkeit, wobei in Analogie zu Art. 321e OR auch leichte Fahrlässigkeit eine Schadenersatzpflicht begründet.⁵⁹ Durch diese Bestimmung wird hauptsächlich die Haftung des Heimarbeiters für den entgangenen Gewinn der Arbeitgeberin ausgeschlossen, wobei dieses Haftungsprivileg bei vorsätzlich zugefügtem Schaden entfallen dürfte.⁶⁰

⁵⁶ BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 327c N 6.

⁵⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 337c OR N 7; Urteil des Bundesgerichts (4C.158/2002) vom 20. August 2002, E. 4.2.

⁵⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 349c OR N 1.

⁵⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 352a OR N 6.

⁶⁰ Dies ist umstritten. Dafür aber BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 352a N 3; THOMAS GEISER, Haftung bei neuen Arbeitsformen (Job Sharing, Computer-Arbeitsplätze, Per-

- Art. 353b OR: Bei der Verhinderung an der Arbeitsleistung der ununterbrochen im Dienst der Arbeitgeberin stehenden Arbeitnehmern werden die Heimarbeitnehmer durch diese Bestimmung allen übrigen Arbeitnehmern gleichgestellt. Art. 324a OR und Art. 324b OR, welcher der Gesetzgeber zu erwähnen vergass, sind voll anwendbar.⁶¹
- Das Verschulden spielt auch bei der Beurteilung einer allfälligen Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten der Arbeitgeberin (bspw. Verletzung von Art. 328 OR) eine Rolle. Dies wird zwar nicht ausdrücklich im Arbeitsvertragsrecht ausgedrückt, folgt jedoch aus den allgemeinen Grundsätzen des Art. 97 OR i.V.m. Art. 42 ff. OR.⁶² Sowohl für das Zusprechen von Schadenersatz als auch für allfällige Genugtuungsansprüche ist Verschulden vorausgesetzt. Erfasst wird dabei jedes Verschulden der Arbeitgeberin. Auch für die Zusprechung von Genugtuung ist entgegen dem früheren Wortlaut von Art. 49 OR auf Seiten der Arbeitgeberin nicht mehr ein schweres Verschulden erforderlich.⁶³

C. Arbeitsgesetz

- Art. 59 ArG: Diese Bestimmung behandelt die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Arbeitgeberin. Unter Strafe gestellt wird dabei das vorsätzliche oder fahrlässige Zuwiderhandeln gegen den Gesundheitsschutz und die Plangenehmigung.⁶⁴ Ebenfalls ist sowohl eine vorsätzliche als auch eine fahrlässige Verletzung der Bestimmungen über den Sonderenschutz der jugendlichen oder weiblichen Arbeitnehmer strafbar.⁶⁵ Hingegen ist eine fahrlässige Verletzung der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften nicht strafbar. Dafür ist Vorsatz vorausgesetzt.⁶⁶

sonalverleih), AJP 1997, S. 787-796, S. 793; PIERRE TERCIER/PASCAL G. FAVRE, Les contrats spéciaux, 4. Aufl., Zürich 2009, Art. 342a OR Rz. 4038; a.M. ADRIAN STAEHELIN, Der Arbeitsvertrag – Art. 331-355 OR, in: Peter Gauch / Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Teilband V 2c, 3. Aufl., Zürich 1996, Art. 352a N 7; FRANZ WALDNER, Die Heimarbeit aus rechtlicher und historischer Sicht, Basel 1994, S. 160; wohl auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 352a OR N 5 und OLIVIER SUBILIA/JEAN-LOUIS DUC, Droit du travail, Lausanne 2010, Art. 352a OR N 8.

⁶¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 353b OR N 2; ZK-STAEHELIN (Fn. 60), Art. 353b OR N 2.

⁶² BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 328 N 53 ff.

⁶³ THEO GUHL/ALFRED KOLLER, in: Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, bearbeitet von Alfred Koller (§§ 1-47), Anton K. Schnyder (§§ 48-58) und Jean Nicolas Druey (§§ 59-89), 9. Aufl., Zürich 2000, § 10 Rz. 10 f.

⁶⁴ Art. 59 Abs. 1 lit. a ArG.

⁶⁵ Art. 59 Abs. 1 lit. c ArG.

⁶⁶ Art. 59 Abs. 1 lit. b ArG.

- Art. 60 ArG: Gemäss dem ersten Absatz dieser Bestimmung macht sich ein Arbeitnehmer strafbar, wenn er vorsätzlich den Vorschriften über den Gesundheitsschutz zuwiderhandelt.⁶⁷ Wenn er aber durch die Zuwiderhandlung gegen die Bestimmungen über den Gesundheitsschutz andere Personen gefährdet, ist auch die fahrlässige Verletzung der entsprechenden Bestimmungen strafbar.⁶⁸ Da es sich sowohl bei Art. 59 ArG als auch bei Art. 60 ArG um Strafbestimmungen handelt, sind für die Bestimmung des Verschuldensbegriffs die massgeblichen strafrechtlichen Bestimmungen heranzuziehen. Damit genügt für eine vorsätzliche Zuwiderhandlung bereits Eventualvorsatz.⁶⁹ Fahrlässig begeht ein Verbrechen oder Vergehen hingegen, wer «die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist.»⁷⁰

D. Arbeitslosenversicherungsrecht

- Art. 30 AVIG: Diese Bestimmung bezweckt eine angemessene Beteiligung des Versicherten am Schaden, den er durch pflichtwidriges Verhalten der Arbeitslosenversicherung natürlich und adäquat kausal zugefügt hat.⁷¹ Als erster Einstellungstatbestand nennt Art. 30 AVIG die Arbeitslosigkeit durch eigenes Verschulden.⁷² Liegt kein Verschulden vor, kann die Leistung nicht eingestellt werden.⁷³ Ein Selbstverschulden in diesem Sinne ist gegeben, wenn und soweit der Eintritt der Arbeitslosigkeit nicht auf objektive Faktoren zurückzuführen ist, sondern in einem vermeidbaren Verhalten des Ver-

⁶⁷ Art. 60 Abs. 1 ArG.

⁶⁸ Art. 60 Abs. 2 ArG.

⁶⁹ LAURENT MOREILLON, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel /Rémy Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 60 ArG N 9; Art. 12 Abs. 2 StGB.

⁷⁰ Art. 12 Abs. 3 StGB.

⁷¹ BARBARA KUPFER BUCHER, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung in: Erwin Murer/Hans-Ulrich Stauffer (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2013, Art. 30 AVIG, S. 160.

⁷² Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG; Unterstützung können auch Versicherte u.U. beantragen, die eine dauernde selbstständige Erwerbstätigkeit aufnehmen wollen und die ohne eigenes Verschulden arbeitslos sind (Art. 71b Abs. 1 lit. a AVIG i.V.m. Art. 71a Abs. 1 AVIG).

⁷³ CHOPARD (Fn. 8), S. 47. Der Arbeitgeber hat in beschränktem Umfange bei der Verschuldensabklärung mitzuwirken (vgl. BENJAMIN KAMBER, Die Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers bei Verschuldensabklärung der Arbeitslosenkasse, Masterarbeit Bern 2013, S. 63 ff.).

sicherten liegt.⁷⁴ Dieses Verhalten muss gemäss Art. 20 lit. b des Übereinkommens Nr. 168 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) über Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit vorsätzlich erfolgt sein.⁷⁵ Das Bundesgericht hat überdies entschieden, dass es ausreicht, dass das allgemeine Verhalten am Arbeitsplatz aus sachlich gerechtfertigten Gründen von der Arbeitgeberin missbilligt wurde und der Arbeitnehmer trotz Wissens um diese Missbilligung sein Verhalten nicht geändert hat, womit er der Arbeitgeberin Anlass zur Kündigung gab bzw. eine solche in Kauf nahm. Ausschlaggebend ist, ob der Versicherte wissen konnte und musste, dass er durch sein Handeln womöglich eine Kündigung bewirkt.⁷⁶ Anders ist die Sanktion bei Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG zu beurteilen. Demnach ist, aufgrund der Ermangelung einer Beschränkung auf Grobfahrlässigkeit oder Vorsatz, auch eine leichte Fahrlässigkeit zu sanktionieren, wenn die versicherte Person nicht alles unternimmt, um einen drohenden Schaden abzuwenden.⁷⁷ Dasselbe gilt für die Einstellungsgründe nach Art. 30 Abs. 1 lit. e und g AVIG.⁷⁸ Hingegen setzt die Anwendung von Art. 30 Abs. 1 lit. f AVIG zumindest Eventualvorsatz voraus. Nur wer mit Wissen und Willen die Arbeitslosenentschädigung zu Unrecht erwirkt oder zu erwirken versucht, unterliegt der Sanktion.⁷⁹

- Art. 41 AVIG: Nimmt der Arbeitnehmer eine ihm zugewiesene zumutbare Zwischenbeschäftigung nicht an, bemüht er sich nicht genügend um Zwischenbeschäftigung oder gibt er eine solche ungerechtfertigterweise auf, so verfügt die kantonale Amtsstelle, dass ihm je nach Grad des Verschuldens mindestens 100 und höchstens 1000 Franken von seiner Kurzarbeitsentschädigung abgezogen werden. Zu Abzügen kommt es auch in dieser Bestimmung bereits bei leichtem Verschulden.⁸⁰
- Art. 55 AVIG: Im Rahmen der Insolvenzenschädigung muss der Arbeitnehmer die Insolvenzenschädigung in Abweichung von Art. 25 Abs. 1 ATSG zurückerstatten, soweit die Lohnforderung im Konkurs oder in der Pfändung abgewiesen oder aus Gründen nicht gedeckt wird, die der Arbeitnehmer absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat, ebenso soweit sie von der Arbeitgeberin nachträglich erfüllt wird.⁸¹ Leichte Fahrlässigkeit wird damit durch diese Bestimmung ausgeschlossen.

⁷⁴ KUPFER BUCHER (Fn. 71), Art. 30 AVIG, S. 161.

⁷⁵ Vgl. dazu SR 0.822.726.8 in Kraft seit 17.10.1991.

⁷⁶ Urteil des Bundesgerichts (8C_466/2007) vom 19. November 2007, E. 3.1.

⁷⁷ BGE 124 V 232 E. 4.d; KUPFER BUCHER (Fn. 71), Art. 30 AVIG, S. 173.

⁷⁸ KUPFER BUCHER (Fn. 71), Art. 30 AVIG, S. 181; ARV 2007 N 13, S. 212 E. 3.2.

⁷⁹ THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Ulrich Meyer-Blaser (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XIV, Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2007, Rz. 851.

⁸⁰ Art. 64 Abs. 1 lit. a AVIV.

⁸¹ Art. 55 Abs. 2 AVIG.

Die Vielzahl der Bestimmungen, welche in irgendeiner Form das Verschulden berücksichtigen, verunmöglicht es an dieser Stelle, für jede einzelne Bestimmung vertiefende Fallbeispiele aufzuführen. In diesem Beitrag wird der Fokus daher auf vier Hauptanwendungsbereiche des Verschuldens gelegt. Dabei handelt es sich um die Haftung des Arbeitnehmers, die Lohnfortzahlungspflicht und die Ferienkürzung.

IV. Hauptanwendungsbereiche des Verschuldens

A. Haftung des Arbeitnehmers

1. Voraussetzungen der Haftung des Arbeitnehmers nach Art. 321e OR im Allgemeinen

Der Arbeitnehmer ist gemäss Art. 321e Abs. 1 OR verantwortlich für den Schaden, den er absichtlich oder fahrlässig der Arbeitgeberin zufügt. Voraussetzung für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches ist vorab ein konkreter Schaden, der durch die Vertragsverletzung verursacht wurde. Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung, die in der Verminderung der Aktiven, der Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen kann. Sie entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem hypothetischen Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.⁸² Generell besteht eine Ersatzpflicht nur dann, wenn eine Vertragsverletzung vorliegt, d.h. wenn die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden kann. Unter die nichtgehörige Erfüllung kann auch die Leistungsverzögerung fallen. Auf das Arbeitsverhältnis bezogen heisst dies, dass eine Pflichtverletzung vorliegt, wenn der Arbeitnehmer seiner Arbeitspflicht oder seiner Treuepflicht nicht nachkommt.⁸³ Zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung und dem Schaden muss zudem ein adäquat kausaler Zusammenhang bestehen, welcher den natürlichen Kausalzusammenhang, also die Relation zwischen Ursache und Erfolg, voraussetzt. Schliesslich muss den Arbeitnehmer ein Verschulden treffen.

Schädigt der Arbeitnehmer in Ausübung seiner arbeitsvertraglichen Tätigkeit nicht die Arbeitgeberin, sondern sich selbst oder einen Dritten, ist Art. 321e Abs. 2 OR analog heranzuziehen. Haftet der Arbeitnehmer (insbesondere aus Art. 41 OR) einem Dritten für Schaden, den er diesem in Erfüllung arbeitsvertraglicher Pflichten zugefügt hat, muss ihn die Arbeitgeberin von der Haf-

⁸² Anstelle vieler Urteile vgl. BGE 116 II 444 f.

⁸³ MÜLLER (Fn. 27), ArbR 2006, S. 18.

tung gegenüber dem Dritten insoweit freihalten, als der Arbeitnehmer nach Art. 321e Abs. 2 OR im Verhältnis zum Arbeitgeber befreit ist.⁸⁴ Auch bei dieser sogenannten Freizeichnung ist das Verschulden demnach von Bedeutung.

2. Verschulden im Rahmen des Art. 321e OR im Besonderen

Der Arbeitnehmer hat nur für das in Art. 321e Abs. 2 OR vorgegebene Sorgfaltsmass einzustehen. Der Grund dafür liegt darin, dass überall dort, wo gearbeitet wird, auch Fehler geschehen. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Arbeitnehmer für einen Schaden aufkommen soll, der von der Arbeitgeberin schon bei Vertragsabschluss erwartet werden musste.⁸⁵ Konsequenterweise ist die Bestimmung gemäss Art. 362 OR als eine einseitig zwingende Vorschrift ausgestaltet, weshalb sie gemildert, nicht aber verschärft werden darf.⁸⁶ Vertragsabreden oder Kollektivvereinbarungen, die eine Haftung ohne Rücksicht auf das Verschulden vorsehen, sind daher nichtig, auch wenn der Arbeitsvertrag selbst gültig bleibt.⁸⁷

Das Mass der Sorgfalt, für welches der Arbeitnehmer gemäss Gesetz 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, welche die Arbeitgeberin gekannt hat oder hätte kennen sollen.⁸⁸ Das heisst, dass bereits für die Frage, ob überhaupt eine Haftung besteht oder nicht, Art. 321e Abs. 2 OR heranzuziehen ist. Denn von einem unerfahrenen Arbeitnehmer kann nicht die gleiche Sorgfalt erwartet werden wie von einem erfahrenen, hochqualifizierten Arbeitnehmer.

Das Verschulden des Arbeitnehmers ist eng mit dieser Sorgfaltspflicht verbunden. Es kann in absichtliche oder fahrlässige Schadenszufügung unterteilt werden. Unter die absichtliche Schadenszufügung wird auch die eventualvorsätzliche gerechnet.⁸⁹ Bezüglich der Fahrlässigkeit ist zu beachten, dass «Fahrlässigkeit» nicht mit «Unsorgfalt» gleichgesetzt werden kann. Die Handlung des Arbeitnehmers kann zwar objektiv mangelhaft sein, dennoch ist von einem schuldhaften Handeln erst dann zu sprechen, wenn zusätzlich

⁸⁴ BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 321e N 24 mit Hinweis auf die Haftung eines Kanzleihinhabers für Fehler eines angestellten Anwalts (OGer BE, JAR 2011, 417).

⁸⁵ GEISER/MÜLLER (Fn. 5), Rz. 466a.

⁸⁶ MÜLLER (Fn. 27), ArbR 2006, S. 14.

⁸⁷ ZK-STAEHELIN (Fn. 60), Art. 362 OR N 5; GEISER/MÜLLER (Fn. 5), Rz. 467.

⁸⁸ Art. 321e Abs. 2 OR.

⁸⁹ ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 321e OR N 14.

ein subjektiver Mangel des Könnens oder des Wollens hinzutritt.⁹⁰ Da ein Verschulden des Arbeitnehmers als Haftungsvoraussetzung gilt, wird eine Haftung erst dann begründet, wenn auch der subjektive Mangel vorliegt.⁹¹ Fahrlässigkeit in diesem Sinne bedeutet immer eine Missachtung einer nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit oder Sorgfalt, womit ein Verstoß des Arbeitnehmers gegen die Sorgfaltspflicht nicht nur eine Vertragsverletzung darstellt, sondern auch für die Beurteilung des Verschuldens relevant ist.⁹²

Die Haftung nach Art. 321e OR wird also grundsätzlich bei jedem Verschulden des Arbeitnehmers ausgelöst.⁹³ Die Einteilung in grobe, mittlere und leichte Fahrlässigkeit spielt erst für die Bemessung der Haftung eine Rolle. Die Bemessung des Schadenersatzes richtet sich primär nach Art. 321e Abs. 2 OR und ergänzend nach Art. 99 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 43 und 44 OR. Gestützt auf diese Bestimmungen kann das Gericht die Ersatzpflicht ermässigen oder ganz von ihr entbinden. Zumindest mittlere und leichte Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers führen dabei, neben anderen Reduktionsgründen wie Berufsrisiko, Mitverschulden der Arbeitgeberin, Lohnhöhe des Arbeitnehmers etc.⁹⁴, regelmässig zu einer Reduktion der Schadenersatzpflicht.⁹⁵ Art. 321e OR gewährt dem Richter jedoch einen grossen Ermessensspielraum.⁹⁶ Es ist für eine Arbeitgeberin daher i.d.R. schwierig abzuschätzen, in welchem Umfange ein Schadenersatzanspruch gegen einen fehlbaren Arbeitnehmer gerichtlich durchsetzbar ist. Folgende Faustformel⁹⁷ aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁹⁸ kann diesbezüglich hilfreich sein.⁹⁹

- Bei *leichter Fahrlässigkeit* kann grundsätzlich von einer Maximalhaftung in Höhe eines Monatslohnes ausgegangen werden. Handelt es sich aber

⁹⁰ ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 321e OR N 15. In diesem Sinne auch der «Barhockerfall» (Urteil des AppGer BS vom 5. November 1999 in Sachen H.G. gegen S.Z.-L., abgedruckt in: BJM 2001, S. 296-301), bei der eine vom Barhocker fallende Frau reflexartig nach ihrer Kollegin griff und diese damit ebenfalls zu Fall brachte, woraus eine Invalidität resultierte.

⁹¹ BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 321e N 3.

⁹² Dem Arbeitnehmer wird eine Sorgfaltspflichtverletzung sowohl als Vertragsverletzung als auch als Verschulden angelastet (ZK-STAEHELIN [Fn. 38], Art. 321e OR N 16).

⁹³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 321e OR N 2.

⁹⁴ Vgl. dazu die Aufzählung bspw. in BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 321e N 5 ff.

⁹⁵ ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 321e OR N 27.

⁹⁶ BGE 110 II 344 E. 6b.

⁹⁷ Von dieser Faustformel kann im Einzelfall abgewichen werden.

⁹⁸ BGE 110 II 344; JAR 1995, S. 87; JAR 2004, S. 428; JAR 2000, S. 120; BJM 1981, S. 295; Urteil des Bundesgerichts (4C.16/2003) vom 24. Juni 2003; Urteil des Bundesgerichts (4C.103/2005) vom 1. Juni 2005; Urteil des Bundesgerichts (4C.195/2004) vom 7. September 2004; Urteil des AGer ZH vom 12. August 2003 AN 03058.

⁹⁹ Vgl. zum Nachweis auch MÜLLER (Fn. 27), ArbR 2006, S. 20.

- um schadensgeneigte Arbeit, kann bei leichter Fahrlässigkeit i.d.R. kein Schadenersatzanspruch durchgesetzt werden.¹⁰⁰
- Bei *mittlerer Fahrlässigkeit* kann grundsätzlich von einer Maximalhaftung in Höhe von zwei Monatslöhnen ausgegangen werden. Mittlere Fahrlässigkeit ist immer dann anzunehmen, wenn weder klar leichte Fahrlässigkeit noch klar grobe Fahrlässigkeit vorwerfbar ist.
 - Bei *grober Fahrlässigkeit* kann grundsätzlich von einer Maximalhaftung in Höhe von drei Monatslöhnen ausgegangen werden. Nur bei grossem Schaden und entsprechender Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers besteht die Möglichkeit, eine höhere Schadenersatzforderung durchzusetzen.
 - Bei nachweisbarer *Absicht* kann grundsätzlich die gesamte Schadenersatzforderung gegenüber dem fehlbaren Arbeitnehmer durchgesetzt werden. Bestand im Zeitpunkt der Sorgfaltspflichtverletzung jedoch Urteilsunfähigkeit, so kommt nur eine Billigkeitshaftung nach Art. 54 OR in Frage.¹⁰¹

Ein starres Festhalten an einer solchen Formel ist jedoch abzulehnen. Für das Festlegen des Haftungsumfanges ist das Gebot der fallgerechten Einzeloptik unter Berücksichtigung der Gesamtheit der Umstände zu befolgen.¹⁰² Die Faustformel soll jedoch eine Hilfestellung dafür bieten, abschätzen zu können, in welchem Umfang ein Schadenersatz in der Regel gerichtlich durchsetzbar sein wird.

3. *Beweislast des Verschuldens*

Die Arbeitgeberin hat im Rahmen von Art. 321e OR nach allgemeiner Regel von Art. 8 ZGB die Vertragsverletzung, den dadurch bewirkten Schaden und den natürlichen und den adäquaten Kausalzusammenhang nachzuweisen.¹⁰³ Wie bei allen Vertragshaftungen wird das Verschulden des Arbeitnehmers indes vermutet.¹⁰⁴ Es obliegt damit dem Arbeitnehmer, den Nachweis zu erbringen, dass ihm kein Verschulden zur Last fällt (Exkulpation).¹⁰⁵ Dies ergibt sich aus Art. 97 Abs. 1 OR, der nach herrschender Auffassung auch auf das Arbeitsrecht anwendbar ist.¹⁰⁶

¹⁰⁰ JAR 1987, S. 131.

¹⁰¹ ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 321e OR N 14.

¹⁰² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 321e OR N 12.

¹⁰³ ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 321e OR N 32.

¹⁰⁴ GEISER/MÜLLER (Fn. 5), Rz. 469.

¹⁰⁵ BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 321e N 1.

¹⁰⁶ Vgl. zum Nachweis STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 321e OR N 13.

B. Annahmeverzug der Arbeitgeberin

1. Annahmeverzug der Arbeitgeberin im Allgemeinen

Es gilt der Grundsatz: ohne Arbeit keinen Lohn. Der Arbeitsvertrag ist ein schuldrechtliches Austauschverhältnis.¹⁰⁷ Es wird eine Leistung und eine Gegenleistung ausgetauscht. Wenn die Leistung nicht erbracht wird, braucht auch die Gegenleistung nicht ausgerichtet zu werden. Wenn die eine Partei nicht leistet, kann die andere ihre Leistung zurückbehalten. Das ergibt sich aus den in Art. 119 OR festgehaltenen allgemeinen Grundsätzen und wurde vom Bundesgericht auch bezüglich des Rechts auf Arbeitsverweigerung bei Lohnrückständen ausdrücklich festgehalten.¹⁰⁸ Für die Lohnverweigerung bei fehlender Arbeitsleistung ist das so selbstverständlich, dass die Gerichte dies gar nicht ausdrücklich festhalten müssen.

Von diesem Grundsatz gibt es aber gewichtige Ausnahmen. Zum einen bleibt der Lohnanspruch erhalten, wenn die Arbeitsleistung nicht möglich ist, weil die Arbeitgeberin im Annahmeverzug ist.¹⁰⁹ Zum anderen sehen die Art. 324a/b OR aus sozialen Gründen vor, dass die Arbeitgeberin das Risiko einer in der Person des Arbeitnehmers liegenden Arbeitsunfähigkeit während einer beschränkten Zeit und unter bestimmten Voraussetzungen tragen muss. In beiden Fällen behält der Arbeitnehmer trotz fehlender Arbeitsleistung seinen Lohnanspruch und er muss die nicht geleistete Arbeit auch nicht nachholen.¹¹⁰ Die entsprechenden Zeiten dürfen ihm deshalb auch nicht auf die Ferien oder auf Überstunden oder auf Gleitzeiten angerechnet werden.

2. Verschulden beim Annahmeverzug der Arbeitgeberin im Besonderen

Dem Wortlaut von Art. 324 Abs. 1 OR zufolge bleibt die Arbeitgeberin zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, wenn die Arbeit infolge Verschuldens der Arbeitgeberin nicht geleistet werden kann oder sie aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug kommt. Diese Bestimmung bildet einen Fall des Gläubigerverzugs nach Art. 91 OR. Demnach gerät die Arbeitgeberin in Annahmeverzug, wenn sie in ungerechtfertigter Weise die vom Arbeitnehmer gehörig angebotene Arbeitsleistung nicht annimmt oder

¹⁰⁷ BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 324 N 1; BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 35), Art. 324a OR N 1.

¹⁰⁸ BGE 120 II 209.

¹⁰⁹ Art. 324 OR.

¹¹⁰ PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 30), Rz. 309.

wenn sie die ihr obliegenden notwendigen Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen nicht vornimmt.¹¹¹ Will der Schuldner seine Leistung nicht später noch erbringen, kann er nach den Regeln des Allgemeinen Teils des OR, soweit eine Hinterlegung seiner Leistung nicht möglich ist, im Wesentlichen in diesen Fällen vom Vertrag zurücktreten. Da diese Rechtslage beim Arbeitsvertrag kaum angemessen wäre, hat der Gesetzgeber für den Arbeitsvertrag eine abweichende Regel getroffen. Die Arbeitgeberin hat den Lohn für die ganze Dauer der Verhinderung zu bezahlen, obgleich sie die Arbeitsleistung nicht erhält und der Arbeitnehmer auch nicht später die Leistung noch erbringen muss. Dafür steht dem Arbeitnehmer kein Recht zu, vom Vertrag zurückzutreten.¹¹² Entgegen dem verwirrenden Wortlaut von Art. 324 Abs. 1 OR ist für das Eintreten dieser Rechtsfolge das Verschulden der Arbeitgeberin nicht vorausgesetzt.¹¹³ Es steht in der Lehre und Rechtsprechung ausser Diskussion, dass Art. 324 OR auch jene Fälle erfasst, in denen ohne das Verschulden der Arbeitgeberin die Arbeitsleistung wegen eines Ereignisses unmöglich geworden ist, das in der Risikosphäre der Arbeitgeberin liegt.¹¹⁴ Damit hat die Arbeitgeberin das Betriebsrisiko zu tragen, indem sie für Betriebsstörungen technischer Art¹¹⁵, wirtschaftlicher Art¹¹⁶ oder behördlicher Art¹¹⁷ haftet.¹¹⁸ Nicht einzustehen hat die Arbeitgeberin im Umkehrschluss grundsätzlich für unverschuldete Verhinderungsgründe, die nicht in ihren, sondern in den Risikobereich des Arbeitnehmers fallen. Zu denken ist dabei zum einen an die subjektiv in der Person des Arbeitnehmers liegenden Verhinderungsgründe wie Krankheit oder Unfall¹¹⁹ und zum anderen an objektive Gründe, wie bspw. Strassensperrungen, Reiseverbote etc.¹²⁰ Diese objektiven Verhinde-

¹¹¹ BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 324 N 3.

¹¹² VISCHER (Fn. 43), S. 122.

¹¹³ BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 324 N 4.

¹¹⁴ Urteil des Bundesgerichts (4A_291/2008) vom 2. Dezember 2008; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 324 OR N 4; ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 324 OR N 10 und 12; VISCHER (Fn. 43), S. 122; JÜRIG BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, Art. 324 OR N 2; MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, Rz. 113 und 206.

¹¹⁵ Zu denken ist hier bspw. an Unterbrechung der Energieversorgung, Maschinenschäden etc.

¹¹⁶ Bspw. Auftragsmangel, Personalmangel, Rohstoffmangel etc.

¹¹⁷ So bspw. bei fehlender Arbeitsbewilligung, Entzug der Betriebsbewilligung, Schliessung eines Betriebes aus polizeilichen Gründen (Urteil des BGer [4C.417/2006] vom 16. März 2007, E. 3.3 etc.).

¹¹⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 324 OR N 5; BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 324 N 4.

¹¹⁹ Das Gesetz mildert diesen Grundsatz aber dahin, dass es eine Lohnfortzahlungspflicht während einer beschränkten Dauer vorsieht, wenn die Arbeitsunfähigkeit in der Person des Arbeitnehmers begründet ist und diesen kein Verschulden trifft (Art. 324a OR).

¹²⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 324 OR N 5.

rungsgründe können je nach konkreter Konstellation jedoch auch der Risikosphäre der Arbeitgeberin zugeordnet werden.¹²¹

Ein Fall des Annahmeverzugs stellt die einseitige, durch Weisung angeordnete Freistellung dar.¹²² Bezüglich Verschuldens stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, inwieweit sich der Arbeitnehmer an seinen Lohn anrechnen lassen muss, was er während der Dauer der Freistellung absichtlich zu verdienen unterlassen hat.¹²³ Für das Anrechnen eines hypothetischen Einkommens ist Vorsatz vorausgesetzt. Für die Grundkonstellation von Art. 324 OR, abgesehen von der Freistellung, ist diese Vorschrift von geringer Bedeutung. Der Ersatzerwerb müsste für den Arbeitnehmer zumutbar sein sowie sofort aufgenommen und – zur Wiederaufnahme der Arbeit – wieder abgebrochen werden können.¹²⁴ Es ist daher davon auszugehen, dass sich der Arbeitnehmer deshalb einen unterlassenen Verdienst praktisch nur anrechnen lassen muss, wenn die Arbeitgeberin ausdrücklich auf eine konkrete Möglichkeit aufmerksam gemacht hat. Dasselbe gilt grundsätzlich auch bei einer Freistellung. Der Arbeitnehmer ist jedoch im Sinne einer Obliegenheit verpflichtet, sich um eine Ersatzstelle zu bemühen,¹²⁵ insbesondere dann, wenn die Dauer der Freistellung eine entsprechende Arbeitsaufnahme zulässt.

3. *Beweislast des Verschuldens*

Da in Art. 324 Abs. 1 OR grundsätzlich kein Verschulden vorausgesetzt ist, muss es auch nicht nachgewiesen werden. Immerhin ist jedoch vom Arbeitnehmer nach der allgemeinen Regel des Art. 8 ZGB nachzuweisen, dass überhaupt ein Fall von Arbeitgeberverzug vorliegt. Demnach muss er nachweisen, dass die Verhinderung der Arbeitsleistung in der Risikosphäre der Arbeitgeberin liegt und dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erfolglos angeboten hat.¹²⁶ Auf der anderen Seite hat die Arbeitgeberin, will sie die Lohnzahlung durch die Anrechnung von Ersparnissen und anderweitigem Verdienst begrenzen, das Vorliegen dieser Ersparnisse resp. eines Ersatzverdienstes auch nachzuweisen.¹²⁷ Bei unterlassenem Erwerb muss sie zudem die Zumutbarkeit der nicht angetretenen Stelle sowie den Vorsatz des Arbeitnehmers beweisen.¹²⁸

¹²¹ Vgl. dazu das Beispiel in STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 324 OR N 5.

¹²² BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 324 N 7.

¹²³ Art. 324 Abs. 2 OR.

¹²⁴ GEISER/MÜLLER (Fn. 5), Rz. 422.

¹²⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 324 OR N 13.

¹²⁶ BGE 135 III 357.

¹²⁷ BGE 96 II 57.

¹²⁸ BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 324 N 13.

C. Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin

I. Voraussetzungen der Lohnfortzahlungspflicht im Allgemeinen

Die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin ist eine wichtige Konkretisierung der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin.¹²⁹ Sie ermöglicht dem Arbeitnehmer, trotz fehlender Arbeitsleistung weiterhin den Lebensunterhalt bestreiten zu können.¹³⁰ Sind alle Voraussetzungen von Art. 324a OR gegeben, so hat die Arbeitgeberin für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten, samt einer angemessenen Vergütung für ausfallenden Naturallohn. Der Arbeitnehmer soll wirtschaftlich so gestellt werden, wie wenn er gearbeitet hätte.¹³¹ Ein Lohnfortzahlungsanspruch ist aber nur unter gewissen Voraussetzungen gerechtfertigt. Dazu gehört eine gewisse Mindestdauer (Karenzfrist), in welcher der Arbeitnehmer der Arbeitgeberin die Treue gehalten hat.¹³² Weitere Voraussetzung der Lohnfortzahlungspflicht ist, dass die Leistungsverhinderung durch Gründe hervorgerufen wird, die in der Person des Arbeitnehmers liegen.¹³³ Das Gesetz zählt beispielhaft Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes als Gründe auf, die von Art. 324a OR erfasst werden.¹³⁴ Die Lohnfortzahlungspflicht ist damit auf subjektive Leistungshinderungsgründe beschränkt.¹³⁵ Das Vorliegen einer dieser oben genannten Gründe ist jedoch nur in jenen Fällen relevant, in denen diese Gründe den Arbeitnehmer hindern, seiner Arbeit nachzugehen. Eine Verhinderung wird in Lehre und Rechtsprechung dahingehend verstanden, dass es dem Arbeitnehmer entweder unzumutbar oder unmöglich sein muss, die vertragsgemässe Arbeit zu erbringen.¹³⁶ Umstände, die den Arbeitnehmer ausserhalb der Arbeitszeit beein-

¹²⁹ GEISER/MÜLLER (Fn. 5), Rz. 426.

¹³⁰ ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 324a OR N 2; Art. 324a OR gilt für alle Arten von Arbeitsverträgen, insbesondere auch für Teilzeitarbeit, Arbeit auf Abruf oder für Arbeit im Stundenlohn (GUY LONGCHAMP, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon [Hrsg.], *Commentaire du contrat de travail*, Bern 2013, Art. 324a OR N 1).

¹³¹ THOMAS GEISER, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, AJP 2003, S. 328.

¹³² PHILIPPE GNAEGI, *Le droit du travailleur au salaire en cas de maladie*, Diss. Neuenburg, Zürich 1996, S. 44; BGE 126 III 75 E. 2d; ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 324a OR N 2; vgl. Art. 324a Abs. 1 OR.

¹³³ Deutlicher wäre wohl die Formulierung «Verhinderung, die in seinen persönlichen Verhältnissen liegt» (VISCHER [Fn. 43], S. 127).

¹³⁴ HANS-PETER EGLI, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, AJP 2000, S. 1065; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (Fn. 40), Art. 324a OR N 1.

¹³⁵ REHBINDER (Fn. 114), Rz. 194.

¹³⁶ BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 324a N 1; ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 324a OR N 3.

trächtigen, aber grundsätzlich nicht an der Verrichtung der Arbeit hindern, sind unbeachtlich.¹³⁷

Die Ursache des Nichterbringens der Arbeitsleistung muss des Weiteren einen Kausalzusammenhang mit dem Ausbleiben der Arbeitsleistung aufweisen.¹³⁸ Schliesslich würde Art. 324a Abs. 1 OR nach dem Wortlaut voraussetzen, dass die Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers unverschuldet entstanden ist. Trotz des klaren Wortlauts hat sich die Rechtsprechung jedoch gegenteilig entwickelt, weshalb darauf näher einzugehen ist.

2. *Verschulden bei der Lohnfortzahlungspflicht im Besonderen*

Nach dem Wortlaut von Art. 324a Abs. 1 OR ist eine Lohnfortzahlung nur geschuldet, wenn die Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers unverschuldet entstanden ist. Dabei ist jedoch zu beachten, dass an den Verschuldensbegriff höhere Anforderungen gestellt werden als im allgemeinen Zivilrecht.¹³⁹ Der Arbeitnehmer soll bei seiner Freizeitgestaltung gewisse Risiken eingehen dürfen, ohne befürchten zu müssen, seinen Lohnanspruch bei einer Arbeitsverhinderung zu verlieren.¹⁴⁰ Insbesondere soll der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch nicht bereits dann verlieren, wenn er bei gehöriger Sorgfalt hätte voraussehen können, dass sein Verhalten zu einer Arbeitsunfähigkeit führen könnte und es ihm möglich gewesen wäre, dieses Ergebnis in irgendeiner Weise zu verhindern.¹⁴¹ Die Arbeitgeberin hat also in diesem beschränkten Ausmass das allgemeine Lebensrisiko zu tragen.¹⁴² Damit Verschulden im Sinne dieser Bestimmung angenommen wird, muss ein offensichtliches Fehlverhalten vorliegen.¹⁴³ Dazu zählt zumindest die vorsätzliche oder eventualvorsätzliche Herbeiführung der Arbeitsverhinderung.¹⁴⁴ Nicht

¹³⁷ ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 324a OR N 3.

¹³⁸ GEISER (Fn. 131), AJP 2003, S. 325.

¹³⁹ EGLI (Fn. 134), AJP 2000, S. 1065; VISCHER (Fn. 43), S. 129; HANS UELI SCHÜRER/MARIANNE WANNER, Arbeit und Recht, 13. Aufl., 2017, S. 86.

¹⁴⁰ BGE 122 III 268 E. 3a; ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 324a OR N 24.

¹⁴¹ GEISER (Fn. 131), AJP 2003, S. 325.

¹⁴² REHBINDER (Fn. 114), Rz. 195.

¹⁴³ BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 324a N 5.

¹⁴⁴ Als Beispiel für eine vorsätzliche Herbeiführung einer Arbeitsunfähigkeit kann die Selbstverstümmelung dienen, als Beispiel für eventualvorsätzliche Herbeiführung kann das Autofahren in angetrunkenem Zustand angeführt werden (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH [Fn. 41], Art. 324a/b OR N 29; OGer ZH in JAR 1980, S. 137; RÉMY WYLER, Droit du travail, 2. Aufl., Bern 2008, S. 223); bezüglich strafrechtlich relevanten Verhaltens vgl. BGE 138 V 140 E. 2.3. THOMAS GEISER geht davon aus, dass jeder Fahrausweisentzug vom Lenker/Arbeitnehmer verschuldet ist und demnach keine Lohnfortzahlungspflicht gegeben ist (THOMAS GEISER, Arbeitsrechtliche Folgen von Verkehrsdelikten, Strassenverkehr 2/2017, S. 35-44).

dazu zählt in der Regel jedoch bloss leichte Fahrlässigkeit.¹⁴⁵ Bei Fahrlässigkeit ist danach zu unterscheiden, ob es sich um eine grobe oder lediglich eine leichte Fahrlässigkeit handelt. Handelt es sich um grobe Fahrlässigkeit, so fällt der Anspruch auf Lohnfortzahlung nicht dahin, sondern er ist zu kürzen.¹⁴⁶ Bei leichter Fahrlässigkeit wird hingegen weder eine Kürzung vorgenommen noch fällt der Anspruch auf Lohnfortzahlung dahin.¹⁴⁷ Aus sozialen Gründen ist hier eine grosszügige Haltung einzunehmen.¹⁴⁸

In einigen Fällen, welche unter Art. 324a Abs. 1 OR subsumiert werden, ist die Arbeitsverhinderung zwar durch den Arbeitnehmer herbeigeführt, das entsprechende Verhalten wird jedoch nicht als Fehlverhalten angesehen und folgerichtig bleibt eine Lohnfortzahlung entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes unabhängig vom Verschulden des Arbeitnehmers geschuldet.¹⁴⁹ Das ist beispielsweise bei der Übernahme öffentlicher Ämter oder bei der Erfüllung gesetzlicher Pflichten der Fall. Dasselbe gilt richtigerweise auch bei der Schwangerschaft nach Art. 324a Abs. 3 OR.

3. *Beweislast des Verschuldens*

Den Arbeitnehmer trifft nach den allgemeinen Beweislastregeln von Art. 8 ZGB die Beweislast¹⁵⁰ für die anspruchsbegründenden Voraussetzungen der Lohnfortzahlung.¹⁵¹ Er muss damit namentlich beweisen, sofern er die Lohnfortzahlungspflicht geltend macht, dass er aus Gründen, die von Art. 324a OR gedeckt werden, an der Arbeit verhindert ist, dass zwischen der Arbeitsverhinderung und dem dafür ursächlichen Grund ein Kausalzusammenhang besteht und dass die Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses erfüllt ist. Die Arbeitgeberin hingegen hat die anspruchshindernden Sachumstände zu bewei-

¹⁴⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 324a/b OR N 29.

¹⁴⁶ ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 324a OR N 29; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 324a/b OR N 29; EGLI (Fn. 134), AJP 2000, S. 1065; GNAEGI (Fn. 132), S. 63 f.; WYLER (Fn. 144), S. 223; a.M. BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 324a N 5; BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 35), Art. 324a OR N 17; VISCHER (Fn. 43), S. 129.

¹⁴⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 324a/b OR N 29.

¹⁴⁸ OGer ZH in JAR 1990, S. 159.

¹⁴⁹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (Fn. 40), Art. 324a OR N 10.

¹⁵⁰ Mit Beweislast ist hier die objektive Beweislast gemeint, welche die Folgen der Beweislosigkeit regelt und nicht die subjektive, welche bestimmt, wer einen Sachverhalt zu behaupten, bestreiten oder substantiieren hat (CHRISTOPH SCHÖNENBERGER, Das Erschleichen der Lohnfortzahlung unter Berufung auf Krankheit, Diss. Zürich, Bern 2001, S. 16 Fn. 67).

¹⁵¹ LONGCHAMP (Fn. 130), Art. 324a OR N 48; THOMAS GEISER, Arztzeugnisse zur Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit – Zwischen Informationsbedürfnissen und Datenschutz, in: Wolfgang Wiegand/Thomas Koller/Hans Peter Walter (Hrsg.), Tradition mit Weitsicht – Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Bern 2009, S. 209.

sen.¹⁵² Dazu zählen der Untergang des Lohnfortzahlungsanspruches infolge Ablaufs der beschränkten Zeit und die vertragliche Karenzfrist.¹⁵³ Uneinigkeit herrscht indes bezüglich der Frage, wer die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens trägt. Die Lehre scheint in dieser Frage unterschiedlicher Auffassung zu sein. Der eine Teil sieht die Beweislast beim Arbeitnehmer¹⁵⁴, der andere Teil bei der Arbeitgeberin.¹⁵⁵ Begründet werden beide Positionen mit dem Verweis auf Art. 8 ZGB, wobei bei der ersten Ansicht davon ausgegangen wird, dass im Rahmen von Art. 324a OR fehlendes Verschulden eine rechtsbegründende Voraussetzung darstellt, wohingegen die zweite Auffassung die Meinung vertritt, das Vorhandensein eines Verschuldens sei als rechtshindernde Tatsache zu verstehen.¹⁵⁶ Das Bundesgericht hat die Frage indirekt dahingehend entschieden, dass es davon ausgeht, dass die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens die Arbeitgeberin zu tragen hat.¹⁵⁷

Diese restriktive Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Verschulden gemäss Art. 324a OR führt letztlich dazu, dass nur in ganz seltenen Fällen ein derart gravierendes Verschulden des Arbeitnehmers angenommen wird, dass die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin entfällt. Ein Beispiel dazu findet sich im Urteil des Obergerichts Thurgau vom 29. September 1983 in JAR 1984 S. 126 ff. Ausgangslage dieses Falles waren Kinder des Quartiers, welche am 10. Februar 1982 wie schon früher, mutwillig die Hausglocke der klägerischen Wohnung betätigten. Darüber erbost, rannte der Kläger in den Hof, wo die Kinder spielten und ergriff das erstbeste von ihnen. Es war die 10-jährige Natascha, die er heftig schlug und zu Boden warf. Der Arzt stellte zahlreiche Prellungen am Körper und Gesicht fest, an den Lippen eine Quetschung und hielt eine leichte Hirnerschütterung für möglich. In der Folge kam der Vater des Mädchens aus dem Hause, machte dem Kläger scharfe Vorwürfe, die dieser nicht unerwidert liess. Empört nahm der Vater dem Kläger die Brille ab, worauf eine Schlägerei zwischen den beiden Männern entstand. Der Kläger, der noch gegen den Briefkastentrakt des Wohnhauses fiel, erlitt Verletzungen und musste notfallmässig ins Spital verbracht werden. Dort musste

¹⁵² SCHÖNENBERGER (Fn. 150), S. 16.

¹⁵³ SCHÖNENBERGER (Fn. 150), S. 16.

¹⁵⁴ GABRIEL AUBERT, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), *Commentaire romand, Code des Obligations I*, Genf 2003, Art. 324a OR N 35; BRÜHWILER (Fn. 114), Art. 324a OR N 7a; BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 324a N 4; BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 35), Art. 324a OR N 20; ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 324 OR, Art. 324a OR N 31; VISCHER (Fn. 43), S. 130 und wohl auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 324a/b OR N 29.

¹⁵⁵ EGLI (Fn. 134), AJP 2000, S. 1068; GNAEGI (Fn. 132), S. 64; REHBINDER (Fn. 114), Rz. 318; WYLER (Fn. 144), S. 224; THOMAS GEISER, Kündigungsschutz bei Krankheit, AJP 1996, S. 557 und mit ausführlicher Begründung SCHÖNENBERGER (Fn. 150), S. 16 und S. 141 ff.

¹⁵⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 324a/b OR N 29.

¹⁵⁷ Urteil des Bundesgerichts (4C.74/2000) vom 16. August 2001, E. 4b = JAR 2002, S. 199 f.

er sich bis zum 17. März 1982 aufhalten und war noch bis Ende Mai 1982 zu 100 % arbeitsunfähig. Während dieser Zeit richtete ihm die Arbeitgeberin keinen Lohn aus. Entstanden waren ihm gleichzeitig Spital- und Arztkosten von rund Fr. 10'000. Am 14. April 1982 verweigerte die SUVA gestützt auf Art. 67 Abs. 3 KUVG sämtliche Leistungen. Darauf lehnte auch die beklagte Arbeitgeberin mit Hinweis auf die gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen jede Lohnzahlung ab. Am 23. Juni 1982 verlangte der Kläger klageweise Nachzahlung von drei Monatslöhnen, ausgehend von einem Bruttolohn von Fr. 2'605 bzw. Nettoverdienst von Fr. 2'373.90, total Fr. 7'121.90 nebst 5 % Zins seit 23. Juni 1982. Die erste Instanz hiess die Klage mit Urteil vom 26. April 1983 gut. Trotz Leistungsausschluss der SUVA entfalle die Leistungspflicht des Arbeitgebers nicht. Hierfür wäre nämlich ein grobes Verschulden notwendig, welches vom Arbeitgeber zu beweisen wäre und dieses fehle hier (Art. 324a und 324b OR). Das Obergericht bewertete das Verschulden des Arbeitnehmers nicht als leicht und verneinte die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin. In seiner Begründung verwies das Obergericht u.a. auf BGE 107 V 234, wonach die Beteiligung an Raufereien und Schlägereien eine aussergewöhnliche Gefahr im Sinne von Art. 67 Abs. 3 KUVG darstelle.

D. Kürzung des Ferienanspruchs

Der Ferienanspruch des Arbeitnehmers ergibt sich aus der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin und ist in Art. 329a OR in relativ zwingender Form ausgestaltet worden. Mit der Gewährung von Ferien soll dem Arbeitnehmer Anspruch auf Einräumung von zusammenhängender Freizeit von mehreren Tagen zum Zweck der Erholung zugestanden werden und zum anderen soll der Arbeitnehmer Anspruch auf Lohnfortzahlung erhalten, damit er in die wirtschaftliche Lage versetzt wird, die Ferien überhaupt dem Erholungszweck widmen zu können.¹⁵⁸ Der Ferienanspruch wächst dabei mit der geleisteten Arbeit an.¹⁵⁹ Im Umkehrschluss bedeutet das jedoch auch, dass der Ferienanspruch grundsätzlich nicht wächst, wenn keine Arbeit geleistet wird.¹⁶⁰ Ausnahmen von diesem Prinzip sieht das Gesetz im Falle von Art. 324 OR und Art. 329b OR vor.¹⁶¹ Nach Art. 329b OR darf die Arbeitgeberin in gewissen Fällen den Ferienanspruch kürzen. Eine entscheidende Rolle bei der Frage, wie gross die Kürzung ausfällt, spielt dabei das Verschulden am Arbeitsausfall. Die Bestimmung des Art. 329b OR ist äusserst unklar formuliert. Lehre und Recht-

¹⁵⁸ GEISER/MÜLLER (Fn. 5), Rz. 488.

¹⁵⁹ AGer ZH in JAR 1999, S. 205.

¹⁶⁰ AUBERT (Fn. 154), CR, Art. 329b OR N 1 f.

¹⁶¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 329b OR N 2.

sprechung scheinen sich jedoch auf eine Auslegung geeinigt zu haben.¹⁶² Demnach regelt Abs. 1 von Art. 329b OR die Verhinderung an der Arbeit aus Verschulden des Arbeitnehmers. Die Arbeitgeberin darf in diesem Fall bei einer Verhinderung von mehr als einem Monat um einen Zwölftel des Jahresanspruchs pro vollen Abwesenheitsmonat vornehmen. Der zweite Absatz regelt die schuldlose Verhinderung an der Arbeitsleistung aus Gründen, die in der Person des Arbeitnehmers liegen. In diesem Fall darf ab dem vollendeten zweiten Monat eine Kürzung von einem Zwölftel des Jahresferienanspruchs pro vollen Abwesenheitsmonat vorgenommen werden, wobei für den ersten Abwesenheitsmonat noch keine Kürzung erfolgen darf. Bei schwangerschaftsbedingten Verhinderungen sind es nach Abs. 3 drei vollendete Monate Absenz, die eine Kürzung um einen Zwölftel des Jahresanspruchs zulassen.¹⁶³

Die Voraussetzung des Verschuldens resp. des Unverschuldens in den Absätzen 1 und 2 wird teilweise weit ausgelegt und soll jedes Versäumnis erfassen, welches der Arbeitnehmer zu verantworten habe und welches in seiner Sphäre liege.¹⁶⁴ Dies ist abzulehnen. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Bestimmung vor allem erreichen, dass Fälle, in denen die Arbeitsverhinderung nach den Grundsätzen des Annahmeverzuges im Hinblick auf das Betriebsrisiko von der Arbeitgeberin zu vertreten ist, von einer Kürzung ausgeschlossen sind.¹⁶⁵ Anknüpfungspunkt ist jedoch in erster Linie die Arbeitsverhinderung. In Fällen, in denen zwar nicht gearbeitet wird, jedoch keine Arbeitsverhinderung vorliegt, ist Art. 329b OR nicht anwendbar. Vielmehr sind dann die Bestimmungen über den Arbeitgeberverzug (Art. 324 OR) oder das Prinzip «ohne Arbeit keine Ferien» anwendbar.¹⁶⁶ Verschulden spielt nur im Bereich der Verhinderung in der Person des Arbeitnehmers eine Rolle. Trifft in diesen Fällen den Arbeitnehmer ein Verschulden, so bemisst sich die Ferienkürzung ausschliesslich nach Absatz 1, während bei fehlendem Verschulden die Privilegierung der Absätze 2 und 3 die Kürzung beschränkt.¹⁶⁷ Objektive Verhinderungsgründe berechtigen daher keinesfalls zur Kürzung des Ferienanspruchs.¹⁶⁸ Zur Frage, welches Verschulden eine Privilegierung ausschliessen

¹⁶² Urteil des Bundesgerichts (4A_631/2009) vom 17. Februar 2010, E. 4 = JAR 2011, S. 129; JAR 1999, S. 167, E. 3b; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 329b OR N 2; WYLER (Fn. 144), S. 350; VISCHER (Fn. 43), S. 184 f.; ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 329b OR N 3-10; BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 35), Art. 329b OR N 1.

¹⁶³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 329b OR N 2.

¹⁶⁴ Eine Ausdehnung befürwortet bspw. ERIC CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, Diss. Lausanne 2001, S. 111 f.

¹⁶⁵ Botschaft BBl 1982 III, S. 231 f.

¹⁶⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 329b OR N 3.

¹⁶⁷ ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 329b OR N 4.

¹⁶⁸ GEISER/MÜLLER (Fn. 5), Rz. 495; BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 35), Art. 329b OR N 1.

soll, ist auf den Verschuldensbegriff des Art. 324a OR zurückzugreifen.¹⁶⁹ Demnach ist die Anwendung von Absatz 1 bei leichter Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers nicht anwendbar.

V. Zusammenfassung und Empfehlungen

Es können verschiedene Arten von Verschulden unterschieden werden. Die im Arbeitsrecht gängigen fünf Stufen des Verschuldens beinhalten die leichte Fahrlässigkeit, die mittlere Fahrlässigkeit, die grobe Fahrlässigkeit, den Eventualvorsatz und den Vorsatz. Die Unterscheidung in leichte, mittlere und grobe Fahrlässigkeit spielt in der Regel bei der Begründung der Schadenersatzpflicht keine Rolle. Im Allgemeinen haftet der Schädiger dem Geschädigten für jedes Verschulden, jedoch kann der Schwere des Verschuldens bei der Schadenersatzbemessung eine Bedeutung zukommen.

Der Begriff «Verschulden» wird in zahlreichen Bestimmungen im Arbeitsrecht verwendet. Das Gesetz verwendet jedoch unterschiedliche Formulierungen für die Berücksichtigung des Verschuldens. Insbesondere die Verwendung der Begriffe «Verschulden», «Sorgfalt», «sorgfältig», «fahrlässig», «absichtlich» und «vorsätzlich» deuten darauf hin, dass das Verschulden in der entsprechenden Bestimmung in einer Form zu berücksichtigen ist. Obwohl alle diese Begriffe auf Verschulden hindeuten, wird das Verschulden in den entsprechenden Artikeln völlig unterschiedlich ausgelegt.

Vom Grundsatz, dass der Schädiger für jedes Verschulden haftet, weichen insbesondere die Art. 324a OR und Art. 329b OR ab, bei denen leichte Fahrlässigkeit nicht schadet. Ebenfalls hinzuweisen ist auf Art. 324 OR, bei dessen Anwendung es entgegen dem etwas verwirrenden Wortlaut der Bestimmung nicht auf ein Verschulden ankommt. Bei der Haftung des Arbeitnehmers nach Art. 321e OR führen zumindest mittlere und leichte Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers, neben anderen Reduktionsgründen wie Berufsrisiko, Mitverschulden der Arbeitgeberin, Lohnhöhe des Arbeitnehmers etc., regelmässig zu einer Reduktion der Schadenersatzpflicht.

Glücklicherweise kann im Arbeitsrecht auf eine reiche Rechtsprechung zurückgegriffen werden, welche zu jeder Bestimmung eine individuelle Auslegung des Verschuldensbegriffes erlaubt. Dies ist in anderen Rechtsgebieten nicht so einfach. So fehlen zum Beispiel im Grillhaftungsrecht oder im Grillsteuerrecht weitgehend publizierte Urteile. Insbesondere forensisch tätige

¹⁶⁹ So auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 41), Art. 329b OR N 3; ZK-STAEHELIN (Fn. 38), Art. 329b OR N 4; BSK OR I-PORTMANN (Fn. 4), Art. 329b N 1; BK-REH-BINDER/Stöckli (Fn. 35), Art. 329b OR N 1.

Juristen, aber auch Richter und Sicherheitsexperten sind deshalb darauf angewiesen, dass renommierte und fachlich bestens ausgewiesene Wissenschaftler mit umfassender Erfahrung, wie zum Beispiel Prof. Dr. THOMAS KOLLER von der Universität Bern, sich dieser Problematik annehmen und noch viele weitere erhellende Aufsätze dazu publizieren. Auch an dieser Stelle sei ihm deshalb noch lange beste Gesundheit und frohes Schaffen gewünscht.