

Sonderdruck aus

RECHT IM WANDEL SEINES  
SOZIALEN UND TECHNOLOGISCHEN  
UMFELDES

FESTSCHRIFT FÜR  
MANFRED REHBINDER

VERLAG C. H. BECK  
STÄMPFLI VERLAG  
2002

ALFRED KOLLER

## Beidseits verschuldete Leistungsunmöglichkeit des Arbeitnehmers

Die Herausgeber der vorliegenden Festschrift wünschten Beiträge aus Bereichen, in denen der Jubilar schwergewichtig tätig war und ist. Manfred Reh binder ist in sehr vielen Bereichen tätig, nur nicht in den mir vertrauten. Diesem Umstand ist die ausserordentliche Kürze meines Beitrags zu verdanken. Damit wird beim Gefeierten – so hoffe ich – gleichzeitig die Bereitschaft erhöht, den Beitrag zu lesen.

### I. Die Auffassung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat sich mit der im Titel angesprochenen Problematik in BGE 114 II 274 befasst.

1. Sachverhalt: Der jugoslawische Staatsangehörige X. wurde am 1. Dezember 1978 von der Firma A. insbesondere für den Export von Maschinen und Werkzeugen nach Jugoslawien angestellt. Die Anstellung stand unter dem Vorbehalt, dass die erforderliche behördliche Genehmigung erteilt werde. Es handelte sich dabei um eine Bewilligung, deren Personen mit Wohn- und Arbeitsort in Jugoslawien bedurften, wenn sie für ein ausländisches Unternehmen tätig werden wollten. Diese Bewilligung wurde in der Folge nicht eingeholt. Von Dezember 1978 bis Mitte Februar 1979 weilte X. im Auftrag der Firma A. in Jugoslawien. Nach einem kurzen Aufenthalt in der Schweiz kehrte er Ende Februar 1979 wiederum in seine Heimat zurück, wo ihm anfangs April 1979 der Reisepass abgenommen wurde. Er wurde daraufhin wegen Verletzung von Vorschriften betr. Warenverkehr und Dienstleistungen zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt. Man warf ihm vor, dass er für die Firma A. eine nach jugoslawischem Recht verbotene Tätigkeit ausgeübt habe. Am 30. Oktober 1980 wurde er aus der Haft entlassen. Im November 1981 klagte X. gegen die Firma A. auf Zahlung von Fr. 180'967.– nebst Zins. Das Bezirksgericht Wil schützte die Klage im Betrage von Fr. 34'051.80 und wies sie im Mehrbetrag ab. Auf Appellation hin beschränkte das Kantonsgericht St. Gallen die Forderung auf Fr. 23'752.45. Eine gegen diesen Entscheid gerichtete Berufung des Klägers wies das Bundesgericht ab.

Alle drei Instanzen gingen davon aus, der Kläger habe sich die Festnahme und Haft selbst zuzuschreiben, damit auch die damit verbundene Arbeitsunmöglichkeit. Den Arbeitgeber treffe allerdings ein Mitverschulden, weil es zu seinen Vorbereitungs- und Mitwirkungspflichten gehört hätte, die erforderliche Arbeitsbewilligung einzuholen. Das Verschulden des Arbeitnehmers hielten sie für überwiegend (2/3 zu 1/3).

2. Erwägungen: „(...) Das schweizerische Recht regelt die vom Schuldner verschuldete (Art. 97 OR) und die beidseits unverschuldete (Art. 119 Abs. 2 OR) nachträgliche Unmöglichkeit der Erfüllung. Vom Gesetz nicht erwähnt wird dagegen der Fall, dass die Leistung des Schuldners durch einen Umstand, den der Gläubiger zu vertreten hat, verunmöglicht wird (von *Tuhr/Escher*, OR Allg. Teil II S. 134). Nach deutschem Recht behält der Schuldner in solchen Fällen den Anspruch auf Gegenleistung abzüglich des Betrages, den er durch das Unterbleiben seiner eigenen Leistung erspart (§ 324 BGB). Aus Art. 324 OR ergibt sich eine damit vergleichbare Lösung, die sinngemäss auch für den Fall gelten muss, dass der Arbeitgeber für die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung einzustehen hat (*Rehbinder*, N. 27 zu Art. 324 OR). Die Folgen einer beidseitig, d. h. von Schuldner und Gläubiger zu vertretenden Unmöglichkeit sodann sind weder im deutschen noch im schweizerischen Recht geregelt. In Deutschland werden diesfalls entweder der Schadenersatzanspruch des Gläubigers, der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung oder beide gekürzt (siehe insbesondere *Staudinger/Otto*, N. 32 ff. zu § 324 BGB; *MünchKomm-Emmerich*, N. 31 ff. zu § 324 BGB).

Eine solche Lösung drängt sich auch für das schweizerische Recht auf, weil sie einen gerechten Interessenausgleich ermöglicht und dem Mitverschulden am Ausfall der Arbeitsleistung auf beiden Seiten Rechnung trägt. Das ist offenbar auch die Meinung von *Vischer* (S. 382 f.). Die Lösung besteht darin, dass einerseits der Schuldner der unmöglich gewordenen Leistung seinen Anspruch auf die versprochene Gegenleistung behält, sich jedoch verrechnungsweise den Schadenersatzanspruch des Gläubigers entgegenhalten lassen muss, dass andererseits dieser Anspruch aber in dem Masse zu kürzen ist, als die Ersatzpflicht des Schuldners wegen Umständen, die der Gläubiger zu verantworten hat, zu ermässigen ist. Durch die Kürzung bloss einer der zur Verrechnung stehenden Forderungen wird vermieden, dass eine Partei für die von ihr zu vertretenden Umstände doppelt belastet wird (*Staudinger/Otto*, N. 35 zu § 324 BGB; *Teubner*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 1975 S. 2295 f.). Der Lohnanspruch des Arbeitnehmers wird damit nicht etwa in analoger Anwendung von Art. 43/44 OR selbständig herabgesetzt, sondern im Ausmass seiner Ersatzpflicht und in den Schranken von Art. 323b Abs. 2 OR bloss verrechnungsweise gekürzt (*Staubelin*, N. 23 zu Art. 324 OR; *Rehbinder*, N. 16 zu Art. 324 OR).“

## II. Stellungnahme

Das Bundesgericht ist zum richtigen Ergebnis gelangt, meines Erachtens jedoch auf falschem Wege:

1. Das Bundesgericht vertritt die Ansicht, dass bei beidseits verschuldeter Arbeitsunmöglichkeit immer nur der Schadenersatzanspruch des Arbeitgebers zu kürzen ist, nicht aber der Lohnanspruch des Arbeitnehmers. Dieser Anspruch wird nur „verrechnungsweise gekürzt“, indem er um den – reduzierten – Schadenersatzanspruch vermindert wird. Dass diese Auffassung nicht zutreffend sein kann, zeigt sich an ihren Konsequenzen: Man stelle sich nur vor, dass dem Arbeitgeber der Schadensbeweis misslingt. Diesfalls würde nach der bundesgerichtlichen Konzeption der Arbeitnehmer Anspruch auf den ganzen Arbeitslohn behalten, irgendeine Reduktion würde nicht erfolgen. Das verstiesse nicht nur gegen jedes Rechtsgefühl, sondern auch gegen gesetzliche Wertungen: Wenn es richtig ist, dass jeder Lohnanspruch entfällt, falls der Arbeitnehmer die Arbeitsunmöglichkeit alleine verschuldet, so muss es auch richtig sein, dass er im Falle eines Mitverschuldens nicht den *ganzen* Lohn bekommt. Dass aber der allein schuldige Arbeitnehmer keinen Lohn zugute hat, ergibt sich aus Art. 119 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 324a OR. Im konkret beurteilten Fall ist das Bundesgericht nur deshalb zum richtigen Resultat gelangt, weil es offenbar angenommen hat, dem Arbeitgeber sei ein Schaden in Höhe des Lohnanspruchs entstanden. Ob dies tatsächlich der Fall war, lässt sich dem Urteil nicht entnehmen und scheint zumindest zweifelhaft. Das Ausbleiben einer Arbeitsleistung stellt ja – im Unterschied etwa zum Ausbleiben einer Sachleistung – nicht eo ipso einen Schaden dar (z.B. BGE 99 II 221 ff.). Dementsprechend ist eine objektiv-abstrakte Schadensberechnung ausgeschlossen (ebenso neustens BGE 126 III 388 E. 11 mit Bezug auf das Ausbleiben von Gebrauchsvorteilen). Anhaltspunkte für einen konkreten Schaden, etwa zufolge Anstellung einer Ersatzkraft, aber sind dem Urteil nicht zu entnehmen.
2. *Generell* zu richtigen Ergebnissen gelangt man, wenn man so vorgeht, wie *Rehbinder* dies im Basler Kommentar (Nr. 5 zu Art. 324 OR) vorgeschlagen hat: Zu kürzen sind sowohl der Lohnanspruch des Arbeitnehmers wie auch der Schadenersatzanspruch des Arbeitgebers. Dabei ist der Schaden nach der Differenztheorie zu berechnen. Es ist also vom Gesamtschaden der auf die Zeit der Unmöglichkeit entfallende Lohn in Abzug zu bringen. Ist kein Schaden in diesem Sinne entstanden, so ist im Ergebnis nur der Lohn zu kürzen. Das gilt somit immer dann, wenn der Arbeitgeber konkret überhaupt keinen Schaden erlitten hat oder wenn sein konkreter Schaden hinter dem auf die Zeit der Unmöglichkeit entfallenden Lohn zurückbleibt. Zu falschen Ergebnissen würde man gelangen, wenn man nicht auf die Differenztheorie, sondern auf die Austauschtheorie abstellen und den entsprechenden Schadenersatzanspruch kürzen würde. Alsdann würde der Arbeit-

nehmer für die von ihm zu vertretenden Umstände doppelt belastet, ein Resultat, das es – wie das Bundesgericht zutreffend feststellt – zu vermeiden gilt.

Massgebliches Kriterium für die Kürzung der gegenseitigen Ansprüche ist in erster Linie der Verschuldensanteil der Parteien (Art. 99 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 43 Abs. 1 und 44 Abs. 1 OR). Die so ermittelten Ergebnisse kann der Richter nach seinem Ermessen in die eine oder andere Richtung korrigieren, so etwa dann, wenn der Arbeitnehmer auf seinen Lohn dringend angewiesen ist (Art. 44 Abs. 2 OR). Im Grundsatz aber hat jede Partei den Nachteil, den die andere erleidet, entsprechend ihrem Verschuldensbeitrag mitzutragen.

Die hier vertretene Auffassung entspricht im Ergebnis der in Deutschland herrschend gewordenen<sup>1</sup>. Demgegenüber folgt die schweizerische Lehre grossenteils dem Bundesgericht<sup>2</sup> oder enthält sich einer Stellungnahme<sup>3</sup>. Beizufügen ist, dass die bundesgerichtliche Auffassung mit der hier vertretenen *im Ergebnis* übereinstimmt, wenn man unterstellt, dass der Arbeitgeber einen Mindestschaden in Höhe des auf die Unmöglichkeit entfallenden Lohnes erleidet. Dies trifft jedoch nach den allgemeinen Grundsätzen der Schadensberechnung nicht zu. Wer der bundesgerichtlichen Ansicht folgt, muss sich daher mit einer Fiktion behelfen. Dogmatisch vorzugswürdig scheint es indessen, im Sinne Rehbinders die gegenseitigen Ansprüche der Parteien verhältnismässig zu kürzen. Dagegen sollte nicht vorgebracht werden, eine Kürzung des Lohnanspruchs zufolge Selbstverschuldens des Arbeitnehmers sei im Gesetz nicht vorgesehen. Denn vorliegend geht es ja nicht um Gesetzesanwendung, sondern um Lückenfüllung (Art. 1 Abs. 2 ZGB), weil eine Regelung der beidseits verschuldeten Leistungsunmöglichkeit eben gerade fehlt. Im Rahmen der Lückenfüllung aber ist es nicht nur erlaubt, sondern geradezu naheliegend, dem Verschulden des Arbeitnehmers über eine Reduktion seines Lohnanspruchs Rechnung zu tragen. Demgegenüber ist nicht einzusehen, inwiefern es die fragliche Fiktion rechtfertigen sollte.

Zur Illustration ein *Beispiel*: Ein Arbeitnehmer verletzt sich schuldhaft an einer Maschine, an welcher die erforderlichen Schutzvorrichtungen fehlen, und fällt in der Folge für zwei Wochen aus. Dem Arbeitgeber ist der Vorwurf zu machen, er habe durch Verletzung seiner Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) zur Arbeitsunmöglichkeit beigetragen, den Arbeitnehmer trifft den Vorwurf, bei Bedienung der gefährlichen Maschine nicht die nötige Aufmerksamkeit an den Tag gelegt zu haben. Angenommen, der Lohnanspruch

<sup>1</sup> Z.B. *Larenz*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. A., 1987, § 25 III, S. 402, Text und Anm. 32; *Köhler*, BGB Schuldrecht I, 17. A., 1998, S. 44, Bemerkungen zu Fall 25; anders z.B. *Medicus*, Bürgerliches Recht, 17. A., 1996, Nr. 270, der von der Austauschtheorie ausgeht.

<sup>2</sup> Z.B. *Weber*, Berner Kommentar, Nr. 143 zu Art. 97 OR, *Wiegand*, Basler Kommentar, Nr. 24 zu Art. 97 OR.

<sup>3</sup> *Gauch/Schluep/Schmid/Rey*, Nr. 3322; *Aeppli*, Zürcher Kommentar, Nr. 154 zu Art. 119 OR.

beträgt für die zwei Wochen Fr. 3'000.-. Angenommen weiter, der Arbeitgeber muss in dieser Zeit eine Ersatzkraft einstellen, welche ihn Fr. 4'000.- kostet. Angenommen schliesslich, das Verschulden der beiden Parteien sei in etwa gleich gross. Hier gilt: Der Anspruch des Arbeitnehmers gemäss Art. 324 OR besteht zur Hälfte, also in Höhe von Fr. 1'500.-. Der Schadenersatzanspruch des Arbeitgebers aus Art. 97 i.V.m. Art. 321e OR ist ebenfalls um die Hälfte gekürzt, er besteht also nur in Höhe von Fr. 500.- (Fr. 4'000.- - Fr. 3'000.- : 2). Insgesamt verbleibt dann ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Bezahlung von Fr. 1'000.-. Nach bundesgerichtlicher Konzeption hätte der Arbeitnehmer zwar den gleichen Betrag zugute, jedoch anders berechnet: Fr. 3'000.- abzüglich Fr. 2'000.- (Fr. 4'000.- : 2). Hätte die Ersatzkraft jedoch nur Fr. 2'000.- gekostet, so hätte der Arbeitnehmer nach der hier vertretenen Ansicht Fr. 1'500.- zugute, wogegen er nach bundesgerichtlicher Konzeption Fr. 2'000.- zugute hätte (Fr. 3'000.- - Fr. 1'000.- [2'000.- : 2]). Hätte der Arbeitgeber überhaupt keinen Schaden erlitten, so müsste er nach der hier vertretenen Ansicht ebenfalls Fr. 1'500.- bezahlen, nach Auffassung des Bundesgerichts hingegen Fr. 3'000.-. Deshalb aber dem schuldhaft handelnden Arbeitnehmer der ganze Lohnanspruch erhalten bleiben soll, ist - wie bereits unter Ziff. 1 erwähnt - nicht einzusehen. Unterstellt man freilich, dass der minimale Schaden des Arbeitgebers im Sinne einer Fiktion immer dem auf die Zeit der Unmöglichkeit entfallenden Lohn entspricht, so käme auch das Bundesgericht zu identischen Resultaten.

3. *Rehbinder* selbst scheint die vom Bundesgericht vertretene Auffassung früher ebenfalls vertreten zu haben, nämlich im Berner Kommentar in Nr. 16 zu Art. 324 OR. Jedenfalls hat sich das Bundesgericht in seinem Entscheid auf diese Stelle berufen. Das beweist die Wertschätzung, welche unser höchstes Gericht dem Jubilar entgegenbringt. Dem schliesse ich mich an. Vivat, crescat, floreat!