

Mike Schumacher

## Verteidigungskosten des Arbeitnehmers

**Zu BGer 4A\_124/2022 vom 23. August 2022 und darüber hinaus**

---

Im Urteil des Bundesgerichts 4A\_124/2022 vom 23. August 2022 befasste sich das Bundesgericht mit einer arbeitsvertraglichen Klausel, welche die Kostentragung bei Verfahren und Untersuchungen, in die der Arbeitnehmer aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit für die Arbeitgeberin einbezogen wird, regelte. Der vorliegende Beitrag geht auf die wichtigsten Punkte des Entscheids ein und analysiert die Rechtslage hinsichtlich dieser Kosten auch bei Fehlen einer entsprechenden Klausel. Schliesslich wird angesichts des teilzwingenden Charakters der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht auf Stolpersteine bei der Vereinbarung einer solchen Klausel hingewiesen.

---

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Arbeitsrecht

Zitiervorschlag: Mike Schumacher, Verteidigungskosten des Arbeitnehmers, in: Jusletter 12. Dezember 2022

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Prozesshistorie und Urteil des Bundesgerichts
  - 2.1. Erstinstanzliches Verfahren, Arbeitsgericht Zürich
  - 2.2. Rechtsmittelverfahren, Obergericht Zürich
    - 2.2.1. Leistungsklage auf Erstattung bereits angefallener Verteidigungskosten
    - 2.2.2. Feststellungsklage bezüglich zukünftig anfallender Verteidigungskosten
  - 2.3. Beschwerde in Zivilsachen
3. Gesetzliche Pflicht zur Schadloshaltung?
  - 3.1. Schadloshaltung als Teil der Fürsorgepflicht
  - 3.2. Einschränkung der Schadloshaltung
4. Zulässigkeit der Schadloshaltungserklärung?
  - 4.1. Teilzwingender Charakter der Fürsorgepflicht
  - 4.2. Zulässigkeit bei Pflichtverletzung des Arbeitnehmers
  - 4.3. Zulässigkeit bei gehörigem Verhalten des Arbeitnehmers?
5. Fazit

### 1. Einleitung

[1] Im Rahmen des Steuerstreits zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika kam es regelmässig zu Verfahren gegen Angestellte von Schweizer Banken, worüber auch medi-enträchtigt berichtet wurde.<sup>1</sup> In eine gute Ausgangsposition bringt sich ein Arbeitnehmer deshalb, wenn es ihm gelingt, der Arbeitgeberin die Einsetzung folgender Klausel in seinen Arbeitsvertrag abzuverlangen:

*«6. SCHADLOSERKLÄRUNG*

*Sollte der Mitarbeiter im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit bei der B. \_\_\_\_\_ in zivilrechtlicher Hinsicht belangt oder in strafrechtliche Verfahren einbezogen werden, verpflichtet sich die B. \_\_\_\_\_, soweit im Rahmen der anwendbaren Versicherungen keine Versicherungsdeckung besteht, sämtliche Kosten derartiger Verfahren (Anwaltskosten bei freier Anwaltswahl, Schadenersatz, Bussen, etc.) zu übernehmen.»<sup>2</sup>*

[2] Diese Klausel war Gegenstand eines arbeitsrechtlichen Verfahrens, welches mit dem hier zu thematisierenden Urteil des Bundesgerichts 4A\_124/2022 vom 23. August 2022 seinen Abschluss fand. Der klagende Arbeitnehmer, der am 23. Mai 2016 durch die beklagte Arbeitgeberin fristlos entlassen wurde, machte erstinstanzlich mehrere Ansprüche geltend.<sup>3</sup> So begehrte er um eine Entschädigung für die ungerechtfertigte fristlose sowie missbräuchliche Kündigung, machte Ansprüche aufgrund einer durch die öffentliche Bekanntmachung der Kündigung erlittene Persönlichkeitsverletzung geltend und verlangte schliesslich die Übernahme von bereits entstandenen als auch zukünftigen Verteidigungskosten, welche ihm im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit

---

<sup>1</sup> Z.B. Neue Zürcher Zeitung vom 25. Februar 2011, «Anklage der USA gegen Schweizer Banker» ([https://www.nzz.ch/anklage\\_der\\_usa\\_gegen\\_schweizer\\_banker-ld.1000240](https://www.nzz.ch/anklage_der_usa_gegen_schweizer_banker-ld.1000240)); The New York Times vom 21. August 2009, «U.S. Indicts Two in Switzerland on Tax Charges» (<https://www.nytimes.com/2009/08/22/business/global/22tax.html>, alle Websites zuletzt besucht am 26. Oktober 2022).

<sup>2</sup> Klausel abgedruckt in Urteil des BGer 4A\_124/2022 vom 23. August 2022 Sachverhalt A.

<sup>3</sup> Urteil des Arbeitsgerichts Zürich AN1600059-L/U vom 10. März 2021. Der Entscheid wurde dem Autor durch das urteilende Gericht zur Verfügung gestellt und bislang nicht publiziert. Wo immer es der Text erlaubt, werden die (veröffentlichten) Erwägungen der Rechtsmittelinstanzen zitiert.

für die Arbeitgeberin anfallen. Im Folgenden wird einzig die letztgenannte Schadloshaltung behandelt, zumal der Bundesgerichtsentscheid auch bloss zu dieser Frage ergangen ist.<sup>4</sup>

[3] Der vorliegende Beitrag bezweckt einerseits, die wichtigsten Erwägungen der urteilenden Gerichte bezüglich der vertraglich vereinbarten Verteidigungskosten zusammenzufassen und andererseits auf Fragen einzugehen, welche das Bundesgericht zwar im konkreten Fall nicht beantworten musste, die aber für die arbeitsrechtliche Praxis dennoch von Bedeutung sind.

## 2. Prozesshistorie und Urteil des Bundesgerichts

### 2.1. Erstinstanzliches Verfahren, Arbeitsgericht Zürich

[4] Der Arbeitnehmer stützte den Anspruch hinsichtlich der bereits angefallenen sowie zukünftigen Verteidigungskosten im Wesentlichen auf drei verschiedene Grundlagen: Erstens berief er sich auf die eingangs wiedergegebene Schadloserklärung, welche Teil einer Zusatzvereinbarung zu seinem Arbeitsvertrag war. Zweitens sah er seinen Anspruch in Engagement Letters einer Anwaltskanzlei begründet, welche auch von der Arbeitgeberin unterzeichnet worden waren, und drittens stützte er sich auf Art. 328 bzw. Art. 327a OR.<sup>5</sup>

[5] In seinen Erwägungen setzte sich das Arbeitsgericht mit der Schadloserklärung auseinander und kam zum Schluss, dass die Klage gestützt auf diese Klausel gutzuheissen sei.<sup>6</sup> Angesichts dessen äusserte es sich zu den Engagement Letters gar nicht<sup>7</sup> und zu den gesetzlichen Grundlagen nur kurz und erwog mit Verweis auf bloss eine Lehrmeinung,<sup>8</sup> dass einzig notwendige Auslagen zu ersetzen seien, worunter Verteidigungskosten in Strafverfahren nicht fallen würden.<sup>9</sup> Das Arbeitsgericht Zürich verpflichtete die Arbeitgeberin somit, dem Arbeitnehmer CHF 608'482.70 zzgl. Zinsen zu bezahlen.<sup>10</sup> Zugleich stellte es fest, dass die Arbeitgeberin auch künftige dem Arbeitnehmer durch interne, externe, private oder hoheitliche Untersuchungen entstehende Kosten im Zusammenhang mit seiner Berufstätigkeit bei der Beklagten erstatten müsse.<sup>11</sup>

---

<sup>4</sup> Gegen den erstinstanzlichen Entscheid legten beide Parteien Berufung ein. Da das Obergericht Zürich die beiden Verfahren getrennt führte (Urteil des Obergerichts Zürich LA2100013-O/U vom 3. Februar 2022 E. II.1) zielte die Beschwerde in Zivilsachen einzig auf die Schadloshaltung ab.

<sup>5</sup> Urteil des Obergerichts Zürich LA2100013-O/U vom 3. Februar 2022 E. III.1.1.

<sup>6</sup> Siehe die Zusammenfassung bei Urteil des Obergerichts Zürich LA2100013-O/U vom 3. Februar 2022 E. III.1.2.

<sup>7</sup> Sowohl das Obergericht (Urteil des Obergerichts Zürich LA2100013-O/U vom 3. Februar 2022 E. III.2.5.) als auch das Bundesgericht (Urteil des BGer 4A\_124/2022 vom 23. August 2022 E. 5) erachteten die Engagement Letters nicht als Grundlage für den Anspruch, weshalb im Folgenden nicht näher darauf einzugehen ist.

<sup>8</sup> WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 327a N 1 (zit. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH).

<sup>9</sup> Urteil des Arbeitsgerichts Zürich AN1600059-L/U vom 10. März 2021 S. 106; siehe auch den Verweis auf diese erstinstanzliche Erwägung in Urteil des Obergerichts Zürich LA2100013-O/U vom 3. Februar 2022 E. III.2.5.

<sup>10</sup> Im Umfang von CHF 87'032.60 zog der Arbeitnehmer im Berufungsverfahren seine Klage zurück, weil er aus einem anderen Verfahren eine Parteientschädigung zugesprochen erhielt, vgl. Urteil des Obergerichts Zürich LA2100013-O/U vom 3. Februar 2022 E. II.2.

<sup>11</sup> Urteil des Arbeitsgerichts Zürich AN1600059-L/U vom 10. März 2021 Ziff. 1 und 2 des Dispositivs.

## 2.2. Rechtsmittelverfahren, Obergericht Zürich

### 2.2.1. Leistungsklage auf Erstattung bereits angefallener Verteidigungskosten

[6] Gegen dieses Urteil erhob die Arbeitgeberin Berufung. Das Obergericht Zürich befassete sich daraufhin eingehend mit der vertraglichen Schadloserklärung. Ausgehend von der Feststellung, dass die Entstehung des Erstattungsanspruchs eine fehlende Versicherungsdeckung voraussetze,<sup>12</sup> widmete es sich der Frage, wie der Begriff «Versicherungsdeckung» zu verstehen sei. Da unter den Parteien kein tatsächliches übereinstimmendes Verständnis über diesen Begriff bestand, legte das Gericht die Erklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip aus, wobei es die Umstände zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses für massgebend erachtete und dem späteren Parteiverhalten keine Bedeutung zumass. Mit Bezug auf das sowohl allgemeine als auch das juristische Sprachverständnis kam das Gericht zum Ergebnis, dass mit dem Ausdruck «Versicherungsdeckung» die Leistungspflicht des Versicherers gemeint sei. Diese ergäbe sich wiederum aus dem Versicherungsvertrag und den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB). Versicherungsdeckung bedeutet damit, im Ereignisfall versichert zu sein, nicht aber, bereits Zahlungen erhalten zu haben. Somit kommt das Obergericht zum Schluss, dass die Arbeitgeberin gemäss der fraglichen Klausel nur Kosten übernehme, die nicht vom Versicherungsumfang abgedeckt seien.<sup>13</sup>

[7] In prozessualer Hinsicht hielt das Obergericht anschliessend fest, dass es entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen am Arbeitnehmer gewesen wäre, das Fehlen der Versicherungsdeckung zu behaupten und im Bestreitungsfall nachzuweisen. Seine Behauptung vor dem Arbeitsgericht, keine Zahlung der Versicherung erhalten zu haben, ver helfe ihm dabei genauso wenig zum Erfolg<sup>14</sup> wie die zu spät ins Recht gelegten tatsächlichen Ausführungen zur Versicherungsdeckung.<sup>15</sup> Gestützt auf die objektive Auslegung der Schadloserklärung hiess das Obergericht die Beschwerde der Arbeitgeberin daher gut und wies den Anspruch des Arbeitnehmers ab.

[8] Demgegenüber setzte sich das Obergericht (und in der Folge auch das Bundesgericht) nicht mit den gesetzlichen Normen als mögliche Anspruchsgrundlagen für den Ersatz der Verteidigungskosten auseinander. Es begründete dies mit der Relativierung des Grundsatzes *iura novit curia* im Berufungsverfahren.<sup>16</sup> So hätte der Arbeitnehmer, obwohl er erstinstanzlich obsiegte, in seiner Berufungsantwort darlegen müssen, dass der Anspruch auf Kostenersatz nicht einzig aufgrund der Vertragsklausel, sondern auch nach Art. 327a bzw. 328 OR bestünde. Da der Arbeitnehmer die diesbezüglich (möglicherweise) falsche Rechtsanwendung der Vorinstanz nicht gerügt hat, müsse die Berufungsinstanz trotz Art. 57 ZPO nicht näher darauf eingehen.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> Urteil des Obergerichts Zürich LA2100013-O/U vom 3. Februar 2022 E. III.2.4.

<sup>13</sup> Zum Ganzen Urteil des Obergerichts Zürich LA2100013-O/U vom 3. Februar 2022 E. III.2.4.1.

<sup>14</sup> Urteil des Obergerichts Zürich LA2100013-O/U vom 3. Februar 2022 E. III.2.4.4.

<sup>15</sup> Urteil des Obergerichts Zürich LA2100013-O/U vom 3. Februar 2022 E. III.2.4.5.

<sup>16</sup> Urteil des Obergerichts Zürich LA2100013-O/U vom 3. Februar 2022 E. II.4. Vgl. dazu aus der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 147 III 176 E. 4.2.1; 142 III 413 E. 2.2.4 sowie aus der Lehre THOMAS SUTTER-SOMM/BENEDIKT SEILER, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1–408 ZPO, Zürich/Basel/Genf 2021, Art. 57 ZPO N 6.

<sup>17</sup> Urteil des Obergerichts Zürich LA2100013-O/U vom 3. Februar 2022 E. III.2.5.

Ob dieses Unterlassen auf prozesstaktische oder andere Gründe zurückzuführen ist, kann nicht beurteilt werden.<sup>18</sup>

### **2.2.2. Feststellungsklage bezüglich zukünftig anfallender Verteidigungskosten**

[9] Abschliessend befasste sich das Obergericht mit dem Feststellungsbegehren, wonach dem Arbeitnehmer sämtliche Kosten im Zusammenhang mit den angeführten Untersuchungen innert 30 Tagen nach Rechnungsstellung bezahlt werden sollten. Es bemängelte zunächst, dass das Arbeitsgericht die konkreten Voraussetzungen einer Feststellungsklage, namentlich das Erfordernis eines Feststellungsinteresses, im Widerspruch zu Art. 60 ZPO nicht geprüft hatte.<sup>19</sup> In der Folge erwog das Obergericht, dass der Arbeitnehmer kein schutzwürdiges Interesse an der angebehrten Feststellung habe darlegen können, weshalb auf das Feststellungsbegehren nicht einzutreten sei.<sup>20</sup> Dieser Nichteintretensentscheid wurde durch den Arbeitnehmer vor Bundesgericht nicht mehr thematisiert.<sup>21</sup>

### **2.3. Beschwerde in Zivilsachen**

[10] Gegenstand der Beschwerde in Zivilsachen war folglich einzig die Leistungsklage auf Erstattung der bereits entstandenen Verteidigungskosten. Das Bundesgericht schloss nicht völlig aus, dass der Regelungszweck der Schadloserklärung gewesen war, den Arbeitnehmer in gegen ihn gerichteten Untersuchungen rasch finanziell zu unterstützen, ungeachtet der allfälligen Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen. Indes fehlte ein solches Tatsachenfundament im vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt. Im Ergebnis sei deshalb das Auslegungsergebnis des Obergerichts, wonach die Arbeitgeberin die Kosten nur übernehme, wenn sie nicht vom Versicherungsschutz erfasst seien, nicht zu beanstanden.<sup>22</sup>

[11] Auch in den anderen Punkten, namentlich die zu spät vorgebrachten Ausführungen hinsichtlich der fehlenden Versicherungsdeckung,<sup>23</sup> stützte das Bundesgericht die vorinstanzlichen Erwägungen und wies die Beschwerde in Zivilsachen ab, soweit es darauf eintrat.

[12] Den ober- und bundesgerichtlichen Erwägungen ist der hier vertretenen Meinung nach vollumfänglich zuzustimmen.

## **3. Gesetzliche Pflicht zur Schadloshaltung?**

[13] Im Folgenden interessiert, wozu sich das Bundesgericht nicht äussern musste: Losgelöst vom konkreten Fall stellt sich nämlich die Frage, ob eine Schadloshaltungspflicht auch ohne entspre-

---

<sup>18</sup> Immerhin läuft ein separates Berufungsverfahren hinsichtlich der rechtswidrigen und missbräuchlichen Kündigung. Das Abstellen auf die gesetzliche Grundlage führte zwingend zur Frage, ob die Untersuchungen, aufgrund derer dem Arbeitnehmer Kosten entstehen, auf Pflichtverletzungen zurückzuführen sind (siehe dazu unten 3.2). Diesfalls bestünde zumindest die Gefahr einer Präjudizierung des zweiten Verfahrens.

<sup>19</sup> Urteil des Obergerichts Zürich LA2100013-O/U vom 3. Februar 2022 E. III.3.5.

<sup>20</sup> Urteil des Obergerichts Zürich LA2100013-O/U vom 3. Februar 2022 E. III.3.5.1.

<sup>21</sup> Urteil des BGer 4A\_124/2022 vom 23. August 2022 Sachverhalt C.

<sup>22</sup> Zum Ganzen Urteil des BGer 4A\_124/2022 vom 23. August 2022 E. 3.2.4.

<sup>23</sup> Urteil des BGer 4A\_124/2022 vom 23. August 2022 E. 3.3.

chende Vertragsklausel aufgrund der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht – mithin aufgrund der Art. 327a bzw. 328 OR – besteht, da die Verteidigungskosten dem Arbeitnehmer aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit für die Arbeitgeberin erwachsen.

### 3.1. Schadloshaltung als Teil der Fürsorgepflicht

[14] Das Bundesgericht sprach die Möglichkeit eines Schadloshaltungsanspruchs gegen die Arbeitgeberin mit Verweis auf verschiedene Lehrmeinungen noch vor wenigen Jahren bloss an, ohne abschliessend dazu Stellung zu beziehen.<sup>24</sup> In einem jüngeren Entscheid hielt es aber nun ausdrücklich fest, dass den Arbeitnehmenden Anwaltskosten, die aufgrund von Anschuldigungen in Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit anfallen, grundsätzlich zu erstatten seien: «(...) le travailleur peut certes s'appuyer sur l'art. 327a al. 1 CO pour obtenir le remboursement des frais d'avocat qu'il a dû engager pour parer à des accusations portées contre lui.»<sup>25</sup> Bemerkenswert ist sodann auch ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts,<sup>26</sup> welches das Bundesstrafgericht als Arbeitgeberin aufgrund der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht dazu verurteilte,<sup>27</sup> die Kosten eines Anwalts zu übernehmen, den eine Bundesstrafrichterin zwecks Abwehr von persönlichkeitsverletzenden Medienberichten beauftragte.<sup>28</sup> Auch in der Lehre wird der Schadloshaltungsanspruch des Arbeitnehmers als Teil der Fürsorgepflicht weithin anerkannt.<sup>29</sup> Selbst diejenige Lehrmei-

---

<sup>24</sup> Urteil des BGer 4A\_610/2018 vom 29. August 2019 E. 6.2.

<sup>25</sup> Urteil des BGer 4A\_479/2020 vom 30. August 2022 E. 7. Im konkreten Fall verneinte das Bundesgericht den Anspruch aber aufgrund schwerwiegender Pflichtverletzungen des ehemaligen (Kader-) Angestellten. Aus der kantonalen Gerichtspraxis siehe z.B. Urteil des Tribunal cantonal de l'État de Fribourg, Ile Cour d'appel civil, vom 6. Oktober 2009 E. 2b, in: JAR 2010, S. 486; Urteil der Chambre d'appel des prud'hommes du Canton de Genève vom 12. November 2003 E. 3, in: JAR 2005, S. 369.

<sup>26</sup> Urteil des BVGer A-3584/2020 vom 12. April 2021.

<sup>27</sup> Siehe aber jüngst das nicht rechtskräftige Urteil des Bundesstrafgerichts RR.2021.116 vom 14. September 2022 E. 5.3.4, wonach das Bundesverwaltungsgericht nicht Arbeitgeberin eines Bundesverwaltungsrichters ist und eine entsprechende Kostenübernahme nicht auf die Fürsorgepflicht gestützt werden kann. Zum Zeitpunkt der Abgabe dieses Beitrags ist eine Beschwerde gegen diesen Entscheid vor dem Bundesgericht hängig.

<sup>28</sup> Urteil des BVGer A-3584/2020 vom 12. April 2021 E. 6.4.4. Siehe dazu auch die Bemerkungen von THOMAS GEISER, Rechtsprechungs panorama Arbeitsrecht, Ausgewählte Entscheide des Bundesgerichts aus den Jahren 2020/2021, in: AJP 2021, S. 1407 ff., S. 1410 f.

<sup>29</sup> GABRIEL AUBERT, La communication aux autorités américaines, par des banques, de données personnelles sur leurs employés, aspects de droit du travail, in: SZW 2013, S. 40 ff., S. 47; CHRISTIAN BRUCHEZ/PATRICK MANGOLD/JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2019, Art. 327a OR N 1; PHILIPPE CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 327a OR N 1; THOMAS GEISER, Rechte und Pflichten von Banken und Bankmitgliedern in Verfahren vor Behörden und Gerichten (Datenherausgabe, Unterstützungspflichten, Schadenersatz), in: ZBJV 2016, S. 231 ff., S. 255 (zit. Banken); DERS., Behördliche und interne Untersuchungen: Die arbeits- und datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht, Schweizerische Bankrechtstagung 2014, Basel 2014, S. 165 ff., S. 191 (zit. Rahmenbedingungen); BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 8), Art. 327a N 5; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, Berner Kommentar, Der Einzelarbeitsvertrag, Art. 319–330b OR, Bern 2010, Art. 327a OR N 1; ROGER RUDOLPH, Auslagenersatz: Nachvertragliche Pflicht des Arbeitgebers zur Übernahme von Rechtsverfolgungskosten, die dem Arbeitnehmer als Folge seiner beruflichen Tätigkeit entstanden sind, in: ARV 2016, S. 264 ff. S. 267; ULIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 327a OR N 2; MICHEL VERDE, Grundzüge eines Schadloshaltungsanspruchs des Arbeitnehmers im Falle einer Strafverfolgung, in: Paul Eitel/Barbara Graham-Siegenthaler (Hrsg.), Aspekte rechtlicher Nähebeziehungen, Liber amicorum für Regina E. Aebi-Müller, Zürich/Basel/Genf 2021, S. 271 ff., S. 280 f. Vgl. für das deutsche Recht WOLFGANG DÄUBLER, Angriffe auf den Arbeitnehmer im Internet, in: Roland Müller/Kurt Pärli/Isabelle Wildhaber (Hrsg.), Arbeit und Arbeitsrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2017, S. 31 ff., S. 42.

nung, die dem Arbeitsgericht als Beleg für die Ablehnung des Kostenersatzes diene, bejaht einen grundsätzlichen Anspruch darauf im Rahmen des Auslagenersatzes.<sup>30</sup>

[15] Ob sich die gesetzliche Schadloshaltung auf Art. 327a oder auf Art. 328 OR stützt, ist umstritten. Die herrschende Lehre<sup>31</sup> und auch die Rechtsprechung<sup>32</sup> scheint die Grundlage eher in Art. 327a OR zu erblicken, wohingegen für das Bundesverwaltungsgericht der Anspruch aus Art. 328 OR resultiert.<sup>33</sup> Mangels praktischer Auswirkungen auf das Ergebnis der hier interessierenden Problemstellung hält es der vorliegende Beitrag gleich wie das Obergericht Zürich und nennt beide Anspruchsgrundlagen nebeneinander.<sup>34</sup>

### 3.2. Einschränkung der Schadloshaltung

[16] Nach dem Gesagten hätte das Arbeitsgericht Zürich der hier vertretenen Ansicht nach die Möglichkeit eines Schadloshaltungsanspruchs aufgrund der gesetzlichen Normen zumindest im Grundsatz bejahen und anschliessend untersuchen müssen, ob im konkreten Einzelfall aufgrund etwaiger Vorkommnisse keine Erstattungspflicht besteht. Denn nicht in jedem Fall kann der Arbeitnehmer die Schadloshaltung durch die Arbeitgeberin in Anspruch nehmen. Vielmehr ist jeweils abzuklären, aus welchem Grund der Arbeitnehmer in eine Lage geraten ist, in welcher die fraglichen Kosten anfallen. Oftmals steht ein Verstoss gegen eine Weisung oder ein Gesetz am Anfang eines solchen privaten oder hoheitlichen Verfahrens.<sup>35</sup> Die Frage stellt sich dann, ob die Arbeitgeberin trotzdem verpflichtet ist, die Kosten für die Verteidigung des Arbeitnehmers zu tragen.

[17] In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, dass bei einer Pflichtverletzung des Arbeitnehmers keine Kosten übernommen werden müssen.<sup>36</sup> Vereinzelt finden sich entsprechende Erwägungen auch in der kantonalen Gerichtspraxis.<sup>37</sup> Nach hier vertretener Meinung ist diese Auffassung zu restriktiv und blendet ungerechtfertigterweise das Verhalten der Arbeitgeberin komplett aus. Es ist immerhin die Aufgabe der Arbeitgeberin, die Einhaltung ihrer Weisungen zu überwachen und durchzusetzen.<sup>38</sup> Dies ist auch der Grund, weshalb im Rahmen der Geschäftsherrenhaftung i.S.v. Art. 55 Abs. 1 OR die Haftung der Arbeitgeberin bestehen bleibt, wenn eine

---

<sup>30</sup> BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 8), Art. 327a N 5.

<sup>31</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 29, kritisch einzig VERDE (Fn. 29), S. 282. Hinzuweisen ist ferner auf die Dissertation von FADRI BRUNOLD, Die Arbeitsauslagen im schweizerischen Individualarbeitsrecht, Diss. Zürich 2013, Bern 2014, der mit seiner Arbeit eine Lücke in der Literatur hinsichtlich des arbeitsrechtlichen Auslagenersatzes schliessen wollte (Rz. 6), sich aber nicht zu den Verteidigungskosten als mögliche Auslagen i.S.v. Art. 327a OR äusserte.

<sup>32</sup> Urteile des BGer 4A\_479/2020 vom 30. August 2022 E. 7; 4A\_610/2018 vom 29. August 2019 E. 6.2.

<sup>33</sup> Urteil des BVGer A-3584/2020 vom 12. April 2021 E. 6.3 i.V.m. E. 6.4.4.

<sup>34</sup> Vgl. Urteil des Obergerichts Zürich LA2100013-O/U vom 3. Februar 2022 E. III.2.5.

<sup>35</sup> Nach GEISER, Rahmenbedingungen (Fn. 29), S. 191, bestehe vermutungswise eine «Weisung zu gesetzeskonformem Verhalten».

<sup>36</sup> BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB (Fn. 29), N 1 zu Art. 327a OR; GEISER, Banken (Fn. 29), S. 252: «Für ein *weisungswidriges* Verhalten des Arbeitnehmers trägt die Arbeitgeberin keine Verantwortung» (Hervorhebung im Original). So auch noch GABRIEL AUBERT, in: Commentaire Romand Code des Obligations I, 2. Aufl., Basel 2012, Art. 327a N 9, in der Neuauflage (AURÉLIEN WITZIG, in: Commentaire Romand Code des Obligations I, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 327a OR N 4) wird dazu allerdings nicht mehr Stellung bezogen. Weiter differenzierend AUBERT (Fn. 29), S. 47, für den es darauf ankommt, ob schweizerisches oder ausländisches Recht verletzt worden ist.

<sup>37</sup> Urteil des Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, IIe Cour d'appel civil, vom 6. Oktober 2009 E. 2b, in: JAR 2010, S. 486; Urteil der Chambre d'appel des prud'hommes du Canton de Genève vom 12. November 2003 E. 3, in: JAR 2005, S. 369.

<sup>38</sup> Statt aller STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 29), Art. 321d OR N 2.

Schädigung einer Drittperson auf einen Weisungsverstoss des Arbeitnehmers zurückzuführen ist.<sup>39</sup> Es ist daher demjenigen Teil der Lehre zuzustimmen, welcher im Rahmen einer Gesamtabwägung der Umstände die Kosten der Verteidigung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeberin nach Massgabe ihrer konkreten Verfehlungen verteilen möchte.<sup>40</sup> Rechtsdogmatisch handelt es sich dabei um einen Anwendungsfall von Art. 44 OR, der kraft Art. 99 Abs. 3 OR auch für das (Arbeits-)Vertragsrecht massgebend ist.<sup>41</sup>

[18] Die hier bereits mehrmals thematisierte Erwägung des Arbeitsgerichts wäre daher nicht zu beanstanden, wenn das Gericht den Anspruch auf Erstattung der Verteidigungskosten aufgrund schwerer Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers verneint hätte. Entsprechende Überlegungen können aus dem Entscheid aber nicht nachvollzogen werden. Deshalb hätte sich eine Rüge dieser Erwägung der hier vertretenen Ansicht nach – dem Autor nicht bekannte Gründe vorbehalten – aufgedrängt.

## **4. Zulässigkeit der Schadloshaltungserklärung?**

### **4.1. Teilzwingender Charakter der Fürsorgepflicht**

[19] Wie dargelegt, besteht eine Pflicht zur Schadloshaltung in gegen den Arbeitnehmer angelegten Verfahren, die einen Zusammenhang zu seiner beruflichen Tätigkeit aufweisen, bereits aufgrund der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht.<sup>42</sup> Gemäss Art. 362 Abs. 1 OR sind sowohl Art. 327a als auch Art. 328 OR teilzwingender Natur und können arbeitsvertraglich daher einzig zu Gunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden. Weicht die vertragliche Abrede zum Nachteil des Arbeitnehmers von der gesetzlichen Regelung ab, ist die entsprechende Klausel nichtig.<sup>43</sup> Daher ist zu klären, ob die eingangs erwähnte Schadloshaltungserklärung überhaupt zulässig ist. Es sind hierbei zwei verschiedene Szenarien zu unterscheiden:

### **4.2. Zulässigkeit bei Pflichtverletzung des Arbeitnehmers**

[20] Eine Pflichtverletzung des Arbeitnehmers kann, wie vorne erwähnt, dazu führen, dass sein Anspruch auf Schadloshaltung herabgesetzt wird oder gänzlich entfällt.<sup>44</sup> Die Schadloshaltungserklärung ist in diesem Fall zulässig, da sie dem Arbeitnehmer einen Anspruch verleiht, den er kraft Gesetzes nicht mehr oder nicht im gleichen Umfang hätte. So hat auch das Arbeitsgericht zutreffend festgehalten, dass ein redliches Verhalten des Arbeitnehmers keine Bedingung für die Anwendung der Klausel sei und nicht differenziert werde, ob der Arbeitnehmer als Beschuldigter oder bloss als Zeuge Beteiligter eines Strafprozesses sei.<sup>45</sup>

---

<sup>39</sup> Statt aller ROLAND BREHM, Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 5. Aufl., Bern 2021, Art. 55 OR N 41 m.w.Verw. auf Lehre und Rechtsprechung.

<sup>40</sup> RUDOLPH (Fn. 29), S. 267; VERDE (Fn. 29), S. 284.

<sup>41</sup> Statt aller ROLF H. WEBER/SUSAN EMMENEGGER, Berner Kommentar, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, 2. Aufl., Bern 2020, Art. 99 OR N 224.

<sup>42</sup> Siehe vorne 3.1.

<sup>43</sup> Statt aller STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 29), Art. 362 OR N 7.

<sup>44</sup> Siehe vorne 3.2.

<sup>45</sup> Vgl. Urteil des Obergerichts Zürich LA2100013-O/U vom 3. Februar 2022 E. III.1.2.

### 4.3. Zulässigkeit bei gehörigem Verhalten des Arbeitnehmers?

[21] Weniger klar ist die Zulässigkeit der eingangs zitierten Klausel, wenn dem Arbeitnehmer kein pflichtwidriges Verhalten vorgeworfen werden kann. Es ist in diesem Fall vielmehr zu untersuchen, ob sich die vertragliche Regelung zu Gunsten oder zu Ungunsten des Arbeitnehmers auswirkt.<sup>46</sup>

[22] In gewissen Punkten verbessert die Vertragsklausel die Stellung des Angestellten. Erst dank der gewählten Formulierung kommt ihm das Recht auf eine freie Anwaltswahl zu, denn aus der Fürsorgepflicht lässt sich dieses Recht meiner Meinung nach nicht ableiten: Die durch die Fürsorgepflicht gedeckten Kosten müssen «notwendig und verhältnismässig»<sup>47</sup> sein. Folglich hätte der Arbeitnehmer, wenn er eine teurere Rechtsvertretung mit seiner Interessenwahrung beauftragt als nötig, ohne die Klausel die das übliche Honorar übersteigenden Kosten selbst zu bezahlen.

[23] Schwieriger gestaltet sich die Beurteilung des Vorbehalts der Versicherungsdeckung. Für den Arbeitnehmer kann der Abschluss einer Versicherung einerseits aufgrund geringerer Insolvenzrisiken von Vorteil sein, namentlich dann, wenn nicht nur gegen ihn, sondern auch gegen die Arbeitgeberin ein Verfahren läuft. Andererseits kann die bloss subsidiäre Verantwortung der Arbeitgeberin in praktischer Hinsicht auch nachteilig sein, z.B., wenn die Abklärungen der Versicherung hinsichtlich ihrer Leistungspflicht unverhältnismässig lange andauern oder sogar zuerst ein Prozess gegen die Versicherung geführt werden muss. Entscheidend dürften damit die Einzelheiten des Versicherungsvertrags sein.

[24] Dem Arbeitsrecht ist der Vergleich zwischen gesetzlicher Leistung und Versicherungsleistung nicht fremd: Als Inspirationsquelle können Lehrmeinungen zur Gleichwertigkeit der Krankentaggeld-Versicherung im Vergleich zur gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht dienen.<sup>48</sup> Dabei ist insbesondere auf das in Art. 95a VVG statuierte direkte Forderungsrecht des Arbeitnehmers gegen die kollektive Krankentaggeldversicherung hinzuweisen. Dem Arbeitnehmer müsste der hier vertretenen Ansicht nach auch für die Verteidigungskosten ein solches direktes Forderungsrecht gegen den Versicherer eingeräumt werden, um dem teilzwingenden Gehalt von Art. 327a bzw. 328 OR gerecht zu werden.<sup>49</sup>

[25] Zusammenfassend ist also jeweils im Einzelfall zu beurteilen, ob mittels Schadloserklärung mit dem eingangs dargelegten Wortlaut von der gesetzlichen Regelung abgewichen werden darf. Dabei ist namentlich auf die konkrete Ausgestaltung der Versicherungslösung zu achten, sollte die Arbeitgeberin bloss subsidiär für die Kosten aufkommen wollen.

---

<sup>46</sup> Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 29), Art. 362 OR N 3.

<sup>47</sup> Urteil des BVGer A-3584/2020 vom 12. April 2021 E. 6.4.5.2.

<sup>48</sup> Eingehend dazu BK-REHBINDER/Stöckli (Fn. 29), Art. 324 OR N 37; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 29), Art. 324a OR N 23 f. je m.w.Verw.

<sup>49</sup> Ist die Versicherungsdeckung Teil einer sogenannten D&O-Versicherung, ist dieses Erfordernis oftmals erfüllt. Denn obwohl der Arbeitnehmer nicht Versicherungsnehmer ist, hat er einen direkten Anspruch gegen den Versicherer, da die meisten Policen als echte Verträge zu Gunsten Dritter i.S.v. Art. 112 Abs. 2 OR konzipiert sind. Siehe eingehend dazu BENJAMIN SCHUMACHER/PATRICK DUMMERMUTH, D&O-Versicherung, Ausgewählte Fragen zur «Side A»-Deckung, in: HAVE 3/2022, S. 350 ff., S. 353.

## 5. Fazit

[26] Die Klage des Arbeitnehmers scheiterte aufgrund der für ihn nachteiligen objektiven Vertragsauslegung durch das Ober- und Bundesgericht, mithin an einer klassisch vertragsrechtlichen Frage. Dennoch ist der Entscheid für das Individualarbeitsrecht bedeutsam, wenn er in einem breiteren Kontext beleuchtet wird. So ist auch ohne entsprechende Vertragsklausel eine Pflicht der Arbeitgeberin zur Schadloshaltung eines Arbeitnehmers, der aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit in private oder hoheitliche Verfahren einbezogen wird, als Teil der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht anerkannt. Bei Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers kann die Schadloshaltung allerdings eingeschränkt sein oder bei schweren Verstößen ganz entfallen. Wenn die Parteien diesen Anspruch in einer zusätzlichen Vertragsklausel detaillierter regeln wollen, haben sie zu beachten, dass es sich um teilzwingendes Recht handelt und die Abänderung daher einzig zu Gunsten des Arbeitnehmers zulässig ist. Wird vereinbart, dass primär eine Versicherung die anfallenden Kosten übernehmen soll, ist nach hier vertretener Ansicht dem Arbeitnehmer vertraglich ein direktes Forderungsrecht gegen den Versicherer einzuräumen, da ansonsten nicht von einer Abweichung zu Gunsten des Arbeitnehmers ausgegangen werden kann.

---

MIKE SCHUMACHER, MLaw, Wissenschaftlicher Assistent und Doktorand am Lehrstuhl für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung von Prof. Dr. iur. Regina E. Aebi-Müller an der Universität Luzern.