

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NP200035-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie  
Gerichtsschreiber MLaw H. Schinz

## Urteil vom 20. Oktober 2021

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X1.\_\_\_\_\_ und / oder Rechtsanwältin MLaw  
X2.\_\_\_\_\_

gegen

**Kanton Zürich,**

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am  
Bezirksgericht Bülach vom 12. Oktober 2020 (FV190091-C)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 2 S. 2)

- "1. Die Beklagte habe dem Kläger CHF 23'077.50 nebst Zins zu 5 % von CHF 2'414.00 seit 15. Februar 2017, von CHF 1'469.30 seit 23. April 2017, von CHF 2'272.65 seit 9. Januar 2018, von CHF 11'589.95 seit 28. Oktober 2018, von CHF 4'374.60 seit 11. Februar 2018 und von CHF 957.00 seit 15. April 2018 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten."

**Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht**

**Bülach vom 12. Oktober 2020:**

(Urk. 17 S. 13 = Urk. 20 S. 13)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 23'077.50 zu bezahlen, nebst Zins zu 5 % auf Fr. 2'414.– seit 15. Februar 2017, auf Fr. 1'469.30 seit 23. April 2017, auf Fr. 2'272.65 seit 9. Januar 2018, auf Fr. 11'589.95 seit 28. Oktober 2018, auf Fr. 4'374.60 seit 11. Februar 2018 und auf Fr. 957.– seit 15. April 2018.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'400.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 5'300.– zuzüglich der Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 525.– zu bezahlen.
5. (Schriftliche Mitteilung)
6. (Rechtsmittel)

**Berufungsanträge:**

**der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 19 S. 2):**

- "1. Die Berufung sei gutzuheissen, demnach das Urteil vom 12. Oktober 2020 des Bezirksgerichts Bülach (Geschäfts-Nr.:

FV190091-C/U) aufzuheben und die Klage vom 11. November 2019 abzuweisen.

2. Eventualiter sei die Berufung gutzuheissen, das Urteil vom 12. Oktober 2020 des Bezirksgerichts Bülach (Geschäfts-Nr.: FV190091-C/U) aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers und Berufungsbeklagten."

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 25 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 12. Oktober 2020 sei zu bestätigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren zulasten der Berufungsklägerin."

**Erwägungen:**

1. Ausgangslage und Prozessgeschichte

1.1 Mit Eingabe vom 11. November 2019 (Urk. 2) und unter Beilage der Klagebewilligung vom 15. Oktober 2019 (Urk. 1) machte der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Kläger) bei der Vorinstanz gegenüber der Beklagten und Berufungsklägerin (nachfolgend: Beklagte) Regressforderungen für nicht versicherte Lohnfortzahlungen geltend, die er als Arbeitgeber sechs Arbeitnehmern während deren Arbeitsunfähigkeit geleistet hatte. Die Arbeitnehmer waren bei Verkehrsunfällen mit bei der Beklagten obligatorisch haftpflichtversicherten Motorfahrzeughaltern verletzt worden, wobei die geltend gemachten Unfälle und deren Schadensfolgen sowie die Anstellungs- und Versicherungsverhältnisse von der Beklagten nicht bestritten wurden, ebenso die nicht versicherten Lohnfortzahlungen des Klägers und deren Umfang. Die Beklagte hatte die Regressforderungen der Unfallversicherung des Klägers auch bereits vollumfänglich beglichen (Urk. 2 S. 3 und S. 6; Urk. 12 S. 6; Prot. VI S. 7). Umstritten ist vorliegend einzig die Rechtsauffassung des Klägers, wonach beim Regress des Arbeitgebers gegenüber der haftpflichtigen Person bzw. deren Versicherung gemäss der bundesgerichtliche Rechtsprechung kein eigener Schaden, sondern lediglich die erbrachten Lohn-

fortzahlungen und der hypothetische Schaden des Arbeitnehmers zu beweisen seien (u. a. Urk. 2 S. 33). Die Beklagte vertritt dagegen die Ansicht, dass ein Rückgriffsanspruch des Arbeitgebers zwingend den Nachweis eines Schadens im Sinne der Differenztheorie bedinge (u. a. Urk. 12 S. 15 und S. 19). Für den weiteren Prozessverlauf vor erster Instanz ist auf die zutreffenden Erwägungen des am 12. Oktober 2020 ergangenen und eingangs im Dispositiv wiedergegebenen angefochtenen Entscheids zu verweisen (Urk. 20 S. 3).

1.2 Mit Eingabe vom 16. November 2020 erhob die Beklagte fristgerecht (vgl. Urk. 18) Berufung und stellte die obgenannten Berufungsanträge (Urk. 19 S. 2). Nach Eingang des mit Verfügung vom 4. Dezember 2020 einverlangten Kostenvorschusses (Urk. 22-23) wurde dem Kläger mit Verfügung vom 29. Januar 2021 Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 24). Die Berufungsantwortschrift vom 1. März 2021 (Urk. 25) wurde der Beklagten mit Verfügung vom 25. März 2021 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 27) und auch ihre daraufhin eingegangene Stellungnahme vom 8. April 2021 (Urk. 28) wurde dem Kläger zur Kenntnis gebracht (Urk. 29).

1.3 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-18). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## 2 Prozessuales

Hinsichtlich der vorliegend geltend gemachten unrichtigen Rechtsanwendung verfügt die Berufungsinstanz über unbeschränkte Kognition. Sie ist weder an die in einer Parteieingabe geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden (BGer 2C\_124/2013 vom 25. November 2013, E. 2.2.2; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al., ZPO-Komm., Art. 318 N 21; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, § 17 Rn 1507). Abgesehen von offensichtlichen Mängeln ist die Beurteilung indes auf die formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 mit weiteren Hinweisen). In der schriftlichen Berufungsbegründung ist daher hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist. Dies setzt eine argu-

mentative Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen voraus (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1).

### 3. Standpunkt der Parteien und Erwägungen im angefochtenen Entscheid

3.1 Die Vorinstanz hält vorab unter Verweis auf BGE 126 III 521 fest, das Bundesgericht habe die Arbeitgeber für die Lohnfortzahlungen an ihre arbeitsunfähigen Arbeitnehmer den subrogierenden Sozial- und Schadensversicherern gleichgestellt und ihnen einen Regressanspruch gegenüber dem Schädiger bzw. dessen Versicherung zugesprochen. Dies werde vorliegend auch von der Beklagten anerkannt (Urk. 20 S. 6). Die Lehre und Rechtsprechung hätten den erwähnten Bundesgerichtsentscheid überwiegend positiv aufgenommen, wobei namentlich mit der von der Beklagten kritisierten Lückenschliessung keine vertiefte Auseinandersetzung stattgefunden habe (Urk. 20 S. 7f.). Das Bundesgericht stütze den Regressumfang auf den hypothetischen Schaden, den der Arbeitnehmer ohne die Zahlungen des Arbeitgebers erlitten hätte. Dieses Vorgehen sei nicht direkt begründet worden. Vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Erwägungen erscheine dies indessen als sachgerecht und überzeugend, da dadurch verhindert werde, dass der Arbeitgeber systemwidrig einen Reflex- oder Drittschaden geltend machen könne. Gleichzeitig sei der Schaden dadurch auf den Lohnausfall des geschädigten Arbeitnehmers begrenzt. Auch die besondere Stellung des Arbeitgebers, dem anerkanntermassen aus Billigkeitsgründen ein Rückgriffsrecht zugesprochen worden sei, der aufgrund seiner arbeitsrechtlichen bzw. vertraglichen Lohnfortzahlungspflicht jedoch kein Haftpflichtiger im Sinne von Art. 51 OR sei, vermöge zu rechtfertigen, sich bei der Berechnung des Regressumfangs auf das Rechtsverhältnis Schädiger und Geschädigter zu beschränken. Die damit einhergehende Gefahr, dass ein Arbeitgeber sich am Unfall seines Angestellten bereichern könnte, wenn ihm kein Schaden im Sinne der Differenztheorie entstanden sei, er aber gleichwohl den hypothetischen Schaden des Arbeitnehmer zugesprochen erhalte, sei hinzunehmen, wenn der Schädiger nicht privilegiert und dem Arbeitgeber der Rückgriff auf den Haftpflichtigen zugestanden werden solle. Das Bundesgericht habe sich mit diesem Problem nicht auseinandergesetzt,

ebenso wenig mit der Frage, ob auch betreffend den Regressumfang eine Gesetzeslücke vorliege. Dem Vorwurf der Beklagten, wonach das Bundesgericht seine Kompetenzen mit einer unzulässigen Lückenfüllung überschritten habe, indem es nicht den im Haftpflichtrecht praktizierten Schadensbegriff der Differenztheorie befolgt habe, könne deshalb nicht gefolgt werden, da das Bundesgericht bei der Berechnung des Regressumfangs die Differenztheorie anwende. Weiter sei das von der Beklagten zitierte Urteil des Handelsgerichts St. Gallen nicht einschlägig, da darin ein direkter Schaden verlangt werde. Die von der Beklagten gegen den Bundesgerichtsentscheid angeführte Argumentation sei beachtenswert, vermöge jedoch eine Praxisänderung nicht hinreichend zu begründen (Urk. 20 S. 8 ff.).

3.2 Die Beklagte hält das vom Bundesgericht gewählte Konstrukt eines "Regresses" dogmatisch für falsch und nicht mit den Grundsätzen des Haftpflichtrechts vereinbar. Ein solcher Rückgriffsanspruch des Arbeitgebers könne nur bestehen, wenn diesem tatsächlich ein Schaden im Sinne der Differenztheorie entstanden sei. Dies werde vorliegend bestritten. Da der Schaden des Arbeitgebers ohne weiteres beziffert werden könne, gebe es keinen zureichenden Grund, stattdessen auf einen hypothetischen Schaden abzustellen. Über die Zulässigkeit des Arbeitgeberregresses hinaus bestehe keine Lücke, weshalb in Bezug auf den Regressumfang nicht auf einen hypothetischen Schaden abgestellt werden könne. Zu Unrecht sei das Bundesgericht diesbezüglich von einer Lücke ausgegangen und habe auf einen hypothetischen Schaden abgestellt. Auch die vorinstanzliche Begründung, wonach auf einen hypothetischen Schaden abzustellen sei, da ansonsten ein systemwidriger Reflex- oder Drittschaden geltend gemacht werden könne, sei falsch, da der Reflex- oder Drittschaden gerade nicht ersatzfähig sei. Einzig aus Billigkeit könne eine hypothetische Schadensberechnung nicht gerechtfertigt werden. Eine abstrakte bzw. hypothetische Schadensermittlung sei nur unter äusserst restriktiven Voraussetzungen zulässig. Diese Voraussetzungen seien vorliegend nicht erfüllt, zumal eine konkrete Berechnung des Schadens möglich sei und dem Arbeitgeber nicht automatisch ein Schaden entstehe, wenn der Arbeitnehmer an der Arbeitsleistung verhindert sei. Nämlich sei die Lohnfortzahlungspflicht ein Erfüllungsanspruch und stehe daher ausserhalb der Auswirkungen durch ein schädigendes Ereignis. Deshalb sei auf den konkreten Schaden

bzw. auf allfällige effektive Mehrkosten abzustellen, die dem Arbeitgeber entstanden seien, um den Ausfall des Arbeitnehmers auszugleichen. Dieses Vorgehen halte auch dem Vermögensvergleich nach der Differenztheorie stand. Analog der im Zusammenhang mit dem Angehörigenschaden in der Lehre vertretenen Ansicht sei auch beim Schaden des Arbeitgebers infolge Leistungsausfällen der Angestellten von einem mittelbaren Direktschaden auszugehen, welcher von diesem direkt geltend gemacht werden könne, sofern der Verletzte nicht ein überwiegendes Restitutionsinteresse habe. Gleich wie bei Familienmitgliedern bilde der Arbeitgeber und sein Arbeitnehmer in Bezug auf die Arbeitsleistung und Wertschöpfung nach aussen ebenfalls eine Einheit. Aus dem von der Vorinstanz zitierten Aufsatz von Hürzeler ergebe sich, dass es keine tiefere Bedeutung dafür gebe, auf den hypothetischen Schaden des Arbeitnehmers abzustellen. Der einzige Grund dafür sei, dass der Schädiger nicht privilegiert werden solle. Der von ihr (der Beklagten) aufgezeigte Lösung sei daher der Vorzug zu geben. Entgegen der Ansicht des Klägers handle es sich nicht um eine Regress-, sondern um eine eigene Schadenersatzforderung des Arbeitgebers. Über die Frage der Zulässigkeit hinaus brauche es bei der vorgeschlagenen Lösung keinen weiteren Kunstgriffe. Es leuchte nicht ein, weshalb nicht auf die tatsächlich entstandenen Mehrkosten oder den entgangenen Gewinn abzustellen sei. Der Kläger halte fest, dass das Institut des Regresses eine Ausgleichs- und Korrekturfunktion habe, um schadenausgleichende Leistungen vom Haftpflichtigen zurückzuverlangen. Die Lohnfortzahlungspflicht werde jedoch unbestrittenermassen nicht durch das schädigende Ereignis ausgelöst, weshalb in diesem Zusammenhang nicht von schadenausgleichender Leistung gesprochen werden könne. Soweit auf den hypothetischen Schaden abgestellt werde, sei dieser niemandem entstanden. Würde es dem Arbeitgeber ermöglicht, den Haftpflichtigen regressweise für seinen eigenen Schaden als mittelbaren Direktschaden haftbar zu machen, würde ein Schaden dann ersetzt, wenn er tatsächlich entstanden sei. Dadurch würde es dem Arbeitgeber auch ermöglicht, den übrigen Schaden geltend zu machen, was der Kläger implizit moniert habe. Hinzu komme, dass die von der Vorinstanz vertretene Auffassung respektive die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts zu einer unrichtigen und ungerechtfertigten Bereicherung des Arbeitgebers führe.

Eine solche lasse sich nicht rechtfertigen und ihre Sachdienlichkeit werde nicht begründet. Dadurch, dass nicht einmal geprüft worden sei, ob der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin im Zeitraum der unfallbedingten Abwesenheit tatsächlich Arbeit geleistet hätte, werde dies ohne Hinterfragen in Kauf genommen. Als Beispiel sei die Kindergartenlehrperson B. \_\_\_\_\_ zu erwähnen, welche über die Festtage krankgeschrieben gewesen sei. Diese ungerechtfertigte Bereicherung habe das Bundesgericht nicht bedacht und die Vorinstanz fälschlicherweise hingenommen. Die Auffassung, dass die Abwesenheit eines Mitarbeiters sofort Auswirkungen auf die Produktivität eines Betriebs habe, möge bei einem kleinen Unternehmen noch vertretbar sein, nicht jedoch bei einem Grossbetrieb wie dem Kläger. Dort sei der Personalbestand grösser, wodurch ein Ausfall leicht aufgefangen werden könne. Umso mehr gelte dies bei kurzen Abwesenheiten, bei einem Teilzeitpensum und erst recht bei teilweiser Krankschreibung. Mindestens einer dieser Umstände treffe bei mehreren Teilklagen zu. Zudem würden üblicherweise auch Ferien- und Krankheitsvertretungen geleistet. Ein normal organisierter Betrieb sei in der Lage, diese Abwesenheiten aufzufangen. Ebenfalls zu bemerken sei, dass die Arbeitsunfähigkeiten insgesamt nur einige Wochen oder sogar nur einige Tage gedauert hätten. Zudem handle es sich lediglich um die Lohndifferenz zwischen 80 % und 100 %. Der gegenüberzustellende Leistungsausfall entspreche daher auch nur einem Umfang von 20 %. Aufgrund dieses geringen Umfangs könne davon ausgegangen werden, dass dieser Ausfall der Arbeitsleistung im Betrieb aufgefangen werden könne, was umso mehr bei einem Teilzeitpensum gelte, weil es sich beim Ausfall der Arbeitsleistung um eine relative Grösse zum Arbeitspensum handle. Dem Arbeitgeber obliege in diesem Zusammenhang eine Schadensminderungspflicht, die ihn dazu verpflichte, mittels einer geeigneten Betriebsorganisation einen Schaden zu vermeiden bzw. zu vermindern. Das im Haftpflichtrecht als allgemeines Prinzip anerkannte Bereicherungsverbot schliesse es aus, dem Geschädigten eine Entschädigung zuzugestehen, die den durch das schädigende Ereignis erlittenen Schaden übersteige. Das blosses Argument der Billigkeit genüge nicht, um von den Grundsätzen des Haftpflichtrechts abzuweichen. Weiter habe die Vorinstanz ihren Hinweis unbeachtet gelassen, wonach sie im Rahmen einer Kausalhaftung zahlungspflichtig werde und das Verschulden

dabei gänzlich unberücksichtigt bleibe. Dies sei ein weiterer Grund, weshalb die bundesgerichtliche Rechtsprechung insgesamt nicht sachgerecht sei, mindestens aber die unrichtige Anwendung durch die Vorinstanz vorliegend zu einem falschen Ergebnis führe. Dass Reduktionsgründe zu berücksichtigen seien, sage das Bundesgericht in der nicht publizierten Version von BGE 126 III 521. Schliesslich würden hinreichende Gründe für eine Praxisänderung vorliegen, namentlich da das Bundesgericht seine Rechtsprechung nicht eingehend und überzeugend begründet habe, weshalb nicht auf besonders gewichtige Gründe abgestellt werden könne, um an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten. Infolge der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis würden unter der Prämisse des Schadensausgleichs Zahlungen geleistet, ohne dass jemandem ein Schaden entstanden sei. Der einzige dafür vorgebrachte Grund sei, dass Schädiger nicht privilegiert werden dürften, wobei stattdessen hingenommen werde, dass sehr viele Arbeitgeber dadurch eine nicht gerechtfertigte Bereicherung erfahren würden. Diverse Argumente seien von der Vorinstanz unberücksichtigt gelassen oder nur deskriptiv aufgegriffen worden, weshalb dieser nebst der unrichtigen Rechtsanwendung die Verletzung des rechtlichen Gehörs vorgeworfen werde (Urk. 19 S. 4 ff.).

3.3 Der Kläger hält im Wesentlichen fest, die fragliche Rechtsprechung des Bundesgerichts sei nicht zu beanstanden. Er weist zudem darauf hin, dass das Bundesgericht die in BGE 126 III 521 E. 2 getätigten Überlegungen jüngst bestätigt habe (Urk. 25 S. 4 f.). Aufgrund der Gleichstellung des Arbeitgebers mit den subrogierenden Sozial- und Schadensversicherern trete der Arbeitgeber in die Ansprüche seines Arbeitnehmers gegenüber dem Haftpflichtigen ein. Es seien die Schadenersatzansprüche des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gegenüber dem Haftpflichtigen im Regress geltend mache. Die Beklagte verwechsle einen (Reflex-) Schaden des Arbeitgebers mit dem aus der Subrogation fliessenden Rückgriffsrecht des Arbeitgebers. Für das Regressrecht des Arbeitgebers sei nach der Rechtsprechung gerade nicht erforderlich, dass dieser einen Schaden erleide. Dass es für den Umfang des Regresses alleine auf den (hypothetischen) Schaden des Arbeitnehmers ankomme, würden auch die nicht publizierten Erwägungen des Bundesgerichts bestätigen. Einen weitergehenden Schaden des Arbeit-

gebers brauche es nicht. Ein solcher Schaden wäre vom Haftpflichtigen mangels Widerrechtlichkeit der Schädigung nicht zu ersetzen. Durch die Verkehrsunfälle seien nur die Arbeitnehmer verletzt und (widerrechtlich) geschädigt worden, nicht jedoch der Arbeitgeber, welcher nur indirekt geschädigt worden sei, indem er von Gesetzes wegen verpflichtet gewesen sei, den verunfallten Arbeitnehmern den Lohn weiter zu entrichten, ohne dafür eine Gegenleistung in Form von Arbeit zu erhalten. Die Lohnfortzahlung dürfe nicht den Schädiger entlasten und das Ziel des Koordinationsrechts sei es, Schädiger und geschädigte Person so zu stellen, als ob keine Schadensausgleichssysteme bestünden. Da der Arbeitgeber in die Schadenersatzforderung des geschädigten Arbeitnehmers eintrete, wäre bei der Höhe der Schadenersatzforderung ein Selbstverschulden allenfalls reduzierend zu berücksichtigen. Entsprechende Behauptungen habe die Beklagte allerdings nie aufgestellt (Urk. 25 S. 6 ff.).

#### 4. Beurteilung der Berufung

4.1 Als zutreffend erweisen sich die Ausführungen der Vorinstanz zur Rezeption von BGE 126 III 521 durch die Lehre, namentlich soweit festgehalten wird, dass die von der Beklagten beanstandete unzulässige Lückenschliessung betreffend den Umfang des Regressanspruchs einzig von Brehm thematisiert und kritisiert worden sei (Urk. 20 S. 7 f.). Dieser Ansicht nach ist dem Arbeitgeber lediglich dann eine Rückgriffsforderung zuzubilligen, wenn dieser effektiv eine Einbusse infolge Mehrkosten oder eines Umsatzrückgangs erlitten hat (BK OR-Brehm, Art. 41 N 31c). Ergänzend sei auf einen neueren Beitrag von Geiser hingewiesen, worin der vorstehend wiedergegebenen Ansicht widersprochen wird, mit der Begründung, dass dieser die unzutreffende Vorstellung zugrunde liege, dass die Arbeitsleistung der Arbeitgeberin immer einen wirtschaftlichen Gewinn bringe (Geiser, Genügt das geltende Recht?, in: HAVE 2021 S. 80).

4.2 Ebenfalls richtig stellt die Vorinstanz fest, dass sich sowohl das Bundesgericht (in späteren Entscheiden) als auch die Handelsgerichte Zürich und St. Gallen auf BGE 126 III 521 berufen haben, ohne sich indes vertieft mit dem Regressumfang auseinanderzusetzen (Urk. 20 S. 8). Immerhin sei angemerkt, dass das Handelsgericht St. Gallen den Standpunkt der Beklagten unter Berufung auf

Brehm gestützt hat, wengleich dies in Zusammenhang mit einem vertraglichen Haftungsanspruch erfolgte und eine Bezugnahme auf die Erwägungen des Bundesgerichts zum Regressumfang (BGE 126 III 521 E. 2c) fehlt (HGer St. Gallen HG.2008.42 vom 6. Januar 2010 [publiziert in: GVP 2010 Nr. 91 S. 207]). Hinsichtlich des vom Kläger in seiner Berufungsantwortschrift zitierten Bundesgerichtsentscheids bemerkt die Beklagte zu Recht, dass dabei einzig auf das Regressrecht des Arbeitnehmers an sich und nicht auf den Umfang des Anspruchs Bezug genommen wird (Urk. 28 S. 1; BGer 4A\_29/2020 und 4A\_31/2020 vom 27. August 2020, E. 4.3).

4.3 Dass beim Regress des Arbeitgebers auf den hypothetischen Schaden des Arbeitnehmers abgestellt wird, rechtfertigt bereits der Umstand, dass der zur Lohnfortzahlung verpflichtete Arbeitgeber für das geleistete Entgelt keine Gegenleistung erhält und der Wert dieser entfallenen Gegenleistung dem dafür bezahlten Lohn entspricht. Da der Haftpflichtige für das Ausbleiben der abgegoltenen Gegenleistung verantwortlich ist, hat er dem Arbeitgeber die dafür geleistete Vergütung zu ersetzen. Dadurch wird die vom Bundesgericht beabsichtigte Gleichstellung des lohnfortzahlungspflichtigen Arbeitgebers mit den subrogierenden Sozial- und Schadensversicherern realisiert (BGE 126 III 521 E. 2b).

4.4 Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 324a Abs. 1 OR ist Ausdruck seiner Fürsorgepflicht und stellt eine sozialpolitisch begründete Ausnahme vom Prinzip dar, dass das Ausbleiben einer Leistung den Partner berechtigt, seine Gegenleistung zu verweigern, wie dies in Art. 119 Abs. 3 OR vorbehalten wird (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 324a N 5). Aus sozialpolitischen Überlegungen wird das Lohnrisiko bei einer unverschuldeten Arbeitsverhinderung dem Arbeitgeber überbunden. Er hat mithin den Lohn weiterhin zu entrichten und auch die Kosten zu tragen, welche durch die Kompensation der Abwesenheit verursacht werden, wengleich diese zumeist bereits im Voraus einkalkuliert und die Anzahl der zur Verfügung stehenden Arbeitnehmer gerade auch im Hinblick auf derartige Vorkommnisse genügen wird. Wird nun jedoch der Arbeitnehmer aufgrund eines Unfalls an seiner Arbeitsleistung gehindert und haftet für diesen Unfall (gegebe-

nenfalls kausal) eine Drittperson, greift die sozialpolitisch begründete Rechtfertigung zur Überbindung des Lohnrisikos auf den Arbeitgeber nicht mehr. Vielmehr ist unter diesen Umständen der Arbeitgeber für die auch im Hinblick auf derartige Vorkommnisse zusätzlich geschaffenen Ressourcen durch den haftpflichtigen Dritten schadlos zu halten. Der Schaden ist dabei der Lohn, welcher bezahlt werden musste, um den Arbeitsausfall aufzufangen. Dies ist der hypothetische Lohnausfall des Arbeitnehmers, denn dieser entspricht bei einer optimalen (in der Realität kaum je zu erreichenden) Planung dem beim Arbeitgeber zusätzlich angefallenen Lohnaufwand. Diese theoretisch ermittelte Höhe des Schadens ist einem Beweis in der Praxis kaum je zugänglich. Dies ist darauf zurückzuführen, dass – wie die Beklagte richtig erkennt – zumindest ein umsichtiger Arbeitgeber derart organisiert sein wird, dass genügend interne Ressourcen zur Verfügung stehen, um allfällige Abwesenheit aufzufangen. Offensichtlich wirken sich diese zusätzlichen Ressourcen direkt auf den Lohnaufwand des Arbeitgebers aus. Konkret beziffern lässt sich dieser zusätzliche Aufwand in Bezug auf einzelne Abwesenheiten jedoch nicht, da die Zahl der notwendigen Arbeitnehmer vom Arbeitgeber prospektiv festgelegt wird und bereits deshalb kein Kausalzusammenhang zu den einzelnen Abwesenheiten nachgewiesen werden kann.

4.5 Der Ansatz der Beklagten (Ersatz nur für einen konkreten Schaden bzw. allfällige effektive Mehrkosten oder einen entgangenen Gewinn) würde letztlich dazu führen, dass vorwiegend jenen Arbeitgebern, welche im Hinblick auf Abwesenheiten der Arbeitnehmer über zu wenig Kapazitäten verfügen, ein Schadenersatz zustehen würde, wogegen die umsichtig planenden Arbeitgeber die Kosten der zusätzlich einkalkulierten Ressourcen, welche auch die Dritten anzulastenden Abwesenheiten abzudecken vermögen, selbst zu tragen hätten. Dies erscheint stossend. Ein Arbeitgeber soll für Dritten anzulastende Abwesenheiten seiner Arbeitnehmer in dem Sinne schadlos gehalten werden, als die haftpflichtige Person ihm den hierfür einkalkulierten zusätzlichen Lohnaufwand entschädigt. Der Arbeitgeber trägt über diesen Entschädigungsanspruch hinaus das Risiko, mehr Arbeitgeber einzustellen, als dies zur Kompensation von Abwesenheiten erforderlich wäre, wie auch das Risiko, wegen zu wenig Arbeitnehmern eine Abwesenheit nicht aufzufangen zu können und dadurch einen Schaden tragen zu müssen.

4.6 Wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt, erweist sich die Differenztheorie zur Berechnung des Schadens, der einem Arbeitgeber bei einer unfallbedingten Abwesenheit eines Arbeitnehmers aufgrund der Lohnfortzahlungspflicht entsteht, als ungeeignet. Zu Recht stellte das Bundesgericht deshalb bei der Ermittlung des Umfangs des Regresses des Arbeitgebers auf den hypothetischen Schaden des Arbeitnehmers ab, welcher zumindest theoretisch dem Schaden des Arbeitgebers entspricht. Eine unzulässige Lückenschliessung ist nicht ersichtlich. Soweit die Beklagte den Schaden des Arbeitgebers als mittelbaren Direktschaden qualifizieren will, erkennt sie das damit einhergehende Problem bereits selbst (Urk. 12 S. 18 und Urk. 19 S. 10). Dies würde nämlich dazu führen, dass dem Arbeitgeber ermöglicht würde, einen Reflex- bzw. Drittschaden geltend zu machen (zur Qualifikation als Reflex- bzw. Drittschaden vgl. BGE 126 III 521 E. 2a). Damit würde die Haftung weitreichend ausgedehnt und der Haftpflichtige durch den Umstand, dass der Schadenersatzanspruch in der Form eines Regressanspruchs des Arbeitgebers geltend gemacht wird, benachteiligt. Eben dies beabsichtigte das Bundesgericht zu verhindern (BGE 126 III 521 E. 2c). Im Zusammenhang mit der Haftungsbeschränkung zieht die Beklagte den hypothetischen Schaden des Arbeitnehmers in Betracht (Urk. 12 S. 18), was inkonsequent erscheint, zumal dieses Konstrukt durch das Abstellen auf einen mittelbaren Direktschaden gerade umgangen werden soll. Ebenso überzeugt es nicht, dass der Arbeitgeber und sein Arbeitnehmer gleich wie Familienmitglieder in Bezug auf die Arbeitsleistung und Wertschöpfung nach aussen eine Einheit bilden sollen. Die in diesem Zusammenhang zitierte Lehrmeinung begründet die Schadenseinheit der Kernfamilie namentlich auch mit der Einheit des ehelichen Vermögens (Landolt, Angehörigenschaden: Reflex- oder Direktschaden - oder sogar beides?, in: HAVE 2009 S. 5 f.), was bei einem Arbeitgeber und seinem Arbeitnehmer offensichtlich nicht zutrifft. Auch das Näheverhältnis von Familienmitgliedern, aufgrund dessen von einer ökonomischen Produktionseinheit ausgegangen wird, ist mit dem Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in keiner Weise vergleichbar. Dem Standpunkt der Beklagten kann dem Gesagten zufolge nicht gefolgt werden.

4.7 Wie bereits dargelegt entspricht der hypothetische Schaden des Arbeitnehmers (theoretisch) dem beim Arbeitgeber durch die Abwesenheit eines Arbeit-

nehmers verursachten Schaden. Von einer ungerechtfertigten Bereicherung ist demnach nicht auszugehen, soweit der für die Abwesenheit verantwortliche Dritte dem Arbeitgeber den hypothetischen Schaden des Arbeitnehmers zu ersetzen hat. Daran ändert auch der Einwand der Beklagten nichts, dass B.\_\_\_\_\_s Abwesenheit unter anderem auch über die Festtage bzw. Weihnachtsferien angedauert und diese sich folglich für den Kläger nicht ausgewirkt habe (Urk. 12 S. 8 und Urk. 19 S. 10), denn letztlich ändert sich an der Höhe des Regressanspruchs nichts, wenn der unbestrittenermassen geschuldete Monatslohn nicht auf die Kalender-, sondern auf die Arbeitstage aufgeteilt wird. Ohnehin verkennt die Beklagte in diesem Zusammenhang, dass Lehrpersonen gemäss § 79 VVO ZH bei einem Vollpensum grundsätzlich einen Ferienanspruch von 25 Tagen haben. Diese Ferien sind gemäss § 13 Abs. 1 LPVO ZH während der Schulferien zu beziehen. Die 13 Wochen dauernden Schulferien können folglich nicht ohne Weiteres mit den Ferien von Lehrpersonen gleichgesetzt werden.

4.8 Schliesslich verfangen auch die weiteren Einwände der Beklagten nicht. Namentlich ist es für die vorliegend relevante Frage belanglos, wie gross das jeweilige Arbeitspensum des verunfallten Arbeitnehmers war, da auch bei kleinen Arbeitspensen eine Gegenleistung für den vom Arbeitgeber bezahlten Lohn ausbleibt und ein Schaden im ausgeführten Sinne entsteht bzw. die bestenfalls intern zur Verfügung stehenden zusätzlichen Ressourcen zum Tragen kommen. Dasselbe gilt für den geltend gemachten Umstand, dass es vorliegend einzig um den von der Unfallversicherung nicht gedeckten Lohnanteil von 20 % bzw. um die diesem gegenüberstehende Arbeitsleistung gehe. Schliesslich bemerkt die Beklagte grundsätzlich zutreffend, dass in der nicht publizierten Version von BGE 126 III 521 Reduktionsgründe erwähnt werden. Allerdings blieb die Behauptung des Klägers unbestritten, wonach vorliegend die Geschädigten kein Selbstverschulden treffen würde (Urk. 25 S. 10). Ob ein Selbstverschulden zu berücksichtigen wäre oder ein solches im Einzelfall sogar einem Regress des Arbeitgebers entgegenstünde, kann deshalb vorliegend offen bleiben.

4.9 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die Klage zu Recht gutgeheissen und dem Kläger den hypothetischen Schaden seiner Arbeitnehmer

zugesprochen hat. Die Ausführungen der Beklagten zur Notwendigkeit einer Praxisänderungen erweisen sich unter diesen Umständen als nicht weiterführend. Zudem ist zu konstatieren, dass sich die von der Vorinstanz nicht aufgenommenen Argumente der Beklagten als nicht entscheidungswesentlich erwiesen haben, so dass keine Verletzung des rechtlichen Gehörs festzustellen ist (zur Begründungspflicht des Gerichts vgl. BGE 142 III 433 E. 4.3.2). Die Berufung ist deshalb abzuweisen.

#### 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist an der erstinstanzlichen Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen festzuhalten (Urk. 20 Dispositiv-Ziffern 2-4). Die Entscheidunggebühr für das Berufungsverfahren ist ausgehend von einem Streitwert von Fr. 23'077.50 und in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'400.– festzusetzen und ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Weiter ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und § 11 Abs. 2 AnwGebV auf Fr. 2'500.– (zuzüglich Mehrwertsteuer zu 7.7 % bzw. von Fr. 192.50) festzulegende Parteientschädigung zu bezahlen.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 12. Oktober 2020 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 3'400.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'692.50 zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 23'077.50.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 20. Oktober 2021

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. D. Scherrer

MLaw H. Schinz

versandt am:  
ya