

Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Die Haftung des Arbeitnehmers – Grundlagen und Grenzen

Der nachstehende Beitrag greift die neuere BAG-Rechtsprechung auf und verteidigt sie gegen mögliche verfassungsrechtliche Einwände. Die eigenständige arbeitsrechtliche Haftungsordnung sollte nicht nur eine „gefahrgeneigte“, sondern jede betriebliche Tätigkeit erfassen. Schadensersatzpflichtig wird der Arbeitnehmer nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit; aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes muß seine Haftung allerdings summenmäßig beschränkt sein. Auch dürfen die Problemfelder „Gruppenarbeit“ und „Mankohaftung“ nicht ausgeklammert bleiben.

I. Vorbemerkung

Die Grundsätze über die Arbeitnehmerhaftung sind in Bewegung geraten. Nach der neueren Rechtsprechung des BAG haftet der Arbeitnehmer nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit¹ – der Große Senat wird in Kürze zu entscheiden haben, ob dies ausschließlich für gefahrgeneigte Arbeit oder generell für jede betriebliche Tätigkeit gilt². Die dadurch aufgeworfenen Fragen sollen im folgenden näher untersucht werden. Dabei geht es zunächst um den „Normalfall“, daß der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber einen Sach- oder Vermögensschaden zufügt (unten II). Es folgt die vergleichbar bedeutsame Problematik, daß der Arbeitnehmer einen Dritten schädigt und nun vom Arbeitgeber Freistellung verlangt (unten III). Die zu beiden Konstellationen entwickelten Grundsätze erleiden Durchbrechungen, die bis zu einer „Erfolgshaftung“ des Arbeitnehmers gehen können (unten IV). Schließlich ist von Interesse, ob die für Arbeitnehmer entwickelte Sonderordnung auch auf andere Beschäftigte Anwendung findet (unten V).

II. Die Haftung für Schäden des Arbeitgebers

1. Der Stand der Rechtsprechung

a) Bei sogenannter gefahr- oder schadensgeneigter Tätigkeit bestimmt sich die Arbeitnehmerhaftung nicht in erster Linie nach den Vorschriften des BGB, sondern nach eigenständigen Prinzipien, die in Ansätzen schon vom RAG formuliert³ und die vom BAG im einzelnen entwickelt und ausdifferenziert wurden⁴.

„Gefahrgeneigt“ ist eine Tätigkeit dann, „wenn die vom Arbeitnehmer zu leistende Arbeit infolge ihrer Eigenart eine besonders hohe Wahrscheinlichkeit mit sich bringt, daß dem Arbeitnehmer gelegentlich ein Versehen unterläuft, auch wenn er im allgemeinen die erforderliche Sorgfalt anwendet“⁵. Zunächst sah die Rechtsprechung diese Voraussetzung insbesondere dann als gegeben an, wenn die erhöhte Gefahr von der Technik ausging, so bei Kraftfahrzeugen, Straßenbahnen, Baukränen und Planiermaschinen. Im Laufe der Jahre wurden jedoch auch büromäßige Tätigkeiten einbezogen, wenn sie sich durch besonders große Schadensanfälligkeit auszeichneten⁶. Die Ausdehnung ging jedoch nie so weit, daß jede Arbeit für „gefahrgeneigt“ erklärt worden wäre. Das BAG ist vielmehr immer stärker zu einer situationsbezogenen Betrachtung übergegangen: Entscheidend kommt es danach auf die Umstände des Einzelfalles an, so daß etwa das Fahren auf einer verkehrsarmen und übersichtlichen Straße mit guter Fahrbahn nicht gefahrgeneigt ist⁷, während andererseits einem kaufmännischen Angestellten, der wegen Arbeitsüberlastung ein Fernschreiben nicht sorgfältig gelesen hatte, die Haftungslockerung sehr wohl zugute kam⁸. An die Stelle

1) BAG, AP § 611 BGB – Haftung des Arbeitnehmers – Nrn. 82, 84.

2) Vorlagebeschluß des 3. Senats vom 12. 2. 1985, NZA 1986, 91 = Betr 1985, 2562 = NJW 1986, 954 (in diesem Heft).

3) Grdl. RAG, ARS 41, 55 ff. Vgl. weiter RAG, ARS 30, 1 ff., und 41, 259 ff.

4) Grdl. BAG (GS), AP §§ 898, 899 RVO Nr. 4.

5) BAG, AP §§ 898, 899 RVO Nr. 4. Ähnlich definierte das RAG (o. Fußn. 3, Ls 2): Eine Einschränkung der Verschuldenshaftung könne sich ergeben, „wenn die Eigenart der zu leistenden Dienste es mit sich bringt, daß auch einem gewissenhaften Gefolgsmann Fehlgriffe unterlaufen, die zwar für sich allein betrachtet jedesmal vermeidbar sind, mit denen aber angesichts der menschlichen Unzulänglichkeit als mit einem typischen Abirren der Dienstleistung erfahrungsgemäß gerechnet wird.“

6) S. die Zusammenstellung bei Gamillscheg-Hanau, Die Haftung des Arbeitnehmers, 2. Aufl. (1974), S. 7 ff., und bei Lichtenberg, Berufliches Haftpflichtrisiko und Versicherungsschutz des Arbeitnehmers, 1976, S. 25 ff.

7) BAG, AP § 611 BGB – Haftung des Arbeitnehmers – Nr. 22.

8) BAG, AP § 611 BGB – Haftung des Arbeitnehmers – Nr. 53 m. Anm. Hanau = SAE 1970, 221 m. Anm. Däubler.

einer typisierenden ist so eine „situative“ Betrachtungsweise getreten⁹.

b) Liegt gefahrgeneigte Arbeit in diesem Sinne vor, so wird wie folgt verfahren:

(1) Die Haftung bestimmt sich nach der Schwere des Verschuldens. Während bei vorsätzlichem Handeln die allgemeinen BGB-Regeln gelten, muß man bei Fahrlässigkeit unterscheiden. Kann dem Arbeitnehmer nur geringe Schuld („leichte“ oder „mittlere“ Fahrlässigkeit) vorgeworfen werden, entfällt jede Haftung. Hat er grob fahrlässig gehandelt (das BAG spricht von „schwerer Schuld“¹⁰), muß er den vollen Schaden bezahlen. Bis zur BAG-Entscheidung vom 23. 3. 1983¹¹ hatte noch eine „Zwischenzone“ bestanden, wonach bei normaler oder mittlerer Fahrlässigkeit der Schaden nach Billigkeitsgrundsätzen aufzuteilen war; sie ist nunmehr weggefallen.

(2) Der Fahrlässigkeitsmaßstab wird entgegen § 276 BGB „subjektiviert“. Grobe Fahrlässigkeit kann nur dann angenommen werden, wenn dem Arbeitnehmer ein schwerer persönlicher Schuldvorwurf zu machen ist¹², wenn er eine „subjektiv schlechthin unentschuldbar“ Pflichtverletzung begangen hat¹³.

(3) Anders als im Zivilrecht müssen sich Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit nicht allein auf die Pflichtverletzung, sondern auch auf den „Unfall“, das heißt auf den Schadenserfolg als solchen beziehen¹⁴. Setzt sich etwa der Arbeitnehmer bewußt über Weisungen des Arbeitgebers oder über Verkehrsvorschriften hinweg, so begründet dies allein noch keine Verantwortlichkeit wegen vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Schädigung.

(4) Im Streitfall muß der Arbeitgeber das Verschulden des Arbeitnehmers beweisen. § 282 BGB, der vom Schuldner den Exkulpationsbeweis verlangt, ist im Arbeitsverhältnis nicht anwendbar¹⁵. Da es in Fragen der subjektiven Vorwerfbarkeit keine „typischen Geschehensabläufe“ gibt, ist auch ein Beweis des ersten Anscheins zugunsten des Arbeitgebers ausgeschlossen¹⁶.

(5) Mitwirkendes Verschulden des geschädigten Arbeitgebers ist von Amts wegen zu berücksichtigen¹⁷. Es wirkt sich auch dann haftungsmindernd aus, wenn dem Arbeitnehmer grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

c) Noch nicht höchstrichterlich entschieden ist die Frage, ob dieses durchaus eigenständige Haftungssystem definitiv nur bei gefahrgeneigter Arbeit eingreift oder ob es einer verbreiteten Literaturmeinung entsprechend¹⁸ jede Tätigkeit als Arbeitnehmer erfaßt. Der 3. Senat des BAG hat sich für eine Ausweitung ausgesprochen und deshalb den Großen Senat angerufen¹⁹, der 7. Senat hat ebenfalls Bedenken gegen die bisherige Begrenzung geäußert²⁰.

2. Legitime richterliche Rechtsfortbildung?

Die Abweichung von den BGB-Regeln ist evident. Läßt sie sich mit der Bindung des Richters an Recht und Gesetz nach Art. 20 III GG vereinbaren? Die Frage zu stellen besteht um so mehr Anlaß, als das BVerfG gerade gegenüber Entscheidungen des BAG einen strengen Maßstab anlegt und beispielsweise die Zuerkennung eines koalitionsrechtlichen Zugangsrechts²¹ und die Einräumung eines Konkursprivilegs für Arbeitnehmerforderungen („§ 61 Nr. 0“)²² sinngemäß bzw. ausdrücklich an Art. 20 III GG scheitern ließ. In der Literatur wurde deshalb auch im vorliegenden Zusammenhang ein „verfassungsrechtliches Verwerfungsrisiko“ konstatiert²³. Eich hat überdies die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit als sachwidrige richterliche Rechtsfortbildung kritisiert²⁴.

Nicht sehr hilfreich ist der Versuch, der Rechtsprechung global gewohnheitsrechtlichen Charakter beizumessen²⁵. Zum einen wäre damit die Frage nach einer Weiterentwicklung nicht beantwortet, dürfte doch die Bindungswirkung gegenüber dem Richter nicht unbedingt geringer als beim geschriebenen Recht sein. Zum anderen bestehen in der juristischen Literatur, aber auch bei den Rechtsunterworfenen noch immer erhebliche inhaltliche Meinungsunterschiede, so daß es an der für die Begründung von Gewohnheitsrecht erforderlichen allgemeinen Rechtsüberzeugung fehlt²⁶. Bedeut-

sam ist die bisherige Entwicklung allerdings insoweit, als ein Konsens deutlich wird, wonach die Arbeitnehmerhaftung sich jedenfalls nicht ausschließlich nach BGB-Regeln bestimmt. So wird eine reine Verschuldenshaftung in der Literatur praktisch nicht mehr vertreten²⁷. Schon vor 50 Jahren betonte das ArbG Plauen²⁸, es sei „Allgemeingut der beteiligten Kreise“, daß im Arbeitsverhältnis nicht für jede Fahrlässigkeit gehaftet werde. Hinzu kommt, daß Schadensersatzansprüche in sehr viel geringerem Umfang geltend gemacht werden, als dies nach der BAG-Rechtsprechung möglich wäre²⁹ – ein weiteres Indiz dafür, daß eine schärfere Haftung nicht akzeptabel wäre. Man kann also von der Existenz einer Art „negativen Gewohnheitsrechts“ ausgehen; mangels genereller Anwendbarkeit der BGB-Regeln ist ein gesetzessfreier Raum entstanden, dessen Ausfüllung bis auf weiteres Sache der Rechtsprechung ist.

Auch wenn man keine derartige „Gestaltungswirkung“ annehmen würde, könnte die richterliche Kompetenz zur (Weiter-)Entwicklung der Arbeitnehmerhaftung schwerlich in Zweifel gezogen werden. Dafür spricht schon die Tatsache, daß bei der Schaffung des BGB keine umfassende Regelung dieses Sachbereichs gewollt war³⁰. Entscheidend fällt jedoch ins Gewicht, daß das Delikts- wie das Vertragsrecht von einem autonomen, selbständigen Rechtssubjekt ausgeht, nicht aber von einem in eine fremdbestimmte Organisation eingegliederten Individuum³¹. Insoweit würde eine schematische Anwendung der einschlägigen Regeln auf das Arbeitsverhältnis zu zweckwidrigen, mit dem gesetzgeberischen „Programm“ nicht in Einklang stehenden Ergebnissen führen. Die deshalb notwendig werdende teleologische Reduktion führt zu einer verdeckten Regelungslücke, die mangels spezialgesetzlicher Vorschriften durch den Richter zu füllen ist³².

Eine solche Annahme steht auch im Einklang mit zahlreichen auf das Arbeitsrecht bezogenen Aussagen des BVerfG. So hat es schon

9) Gick, JuS 1980, 394.

10) So schon BAG, AP §§ 898, 899 RVO Nr. 4, und nunmehr BAG, NJW 1983, 1693 (1695) = Betr 1983, 1207.

11) S. o. Fußn. 10.

12) Zusammenfassung in BAG, AP § 282 BGB Nr. 5.

13) BAG, AP § 611 BGB – Haftung des Arbeitnehmers – Nr. 69.

14) S. Fußn. 13. Zu Ansätzen der Subjektivierung im Zivilrecht s. *Dubischar*, in: AK-BGB, 1980, §§ 276, 277 Rdnrn. 12ff.

15) BAG, AP § 67 VVG Nr. 1; AP § 611 BGB – Haftung des Arbeitnehmers – Nr. 62; dazu auch *Döring*, Arbeitnehmerhaftung und Verschulden, 1977, S. 77f.

16) BAG, AP § 282 BGB Nr. 5.

17) BAG, AP § 611 BGB – Haftung des Arbeitnehmers – Nr. 69.

18) BAG, AP § 611 BGB – Haftung des Arbeitnehmers – Nr. 64.

19) S. etwa *Brox-Walker*, Betr 1985, 1473; *Gick*, JuS 1980, 397; *Kohte*, BB 1983, 1608; *Mayer-Maly*, in: *Festschr. f. Hilger und Stumpf*, S. 467ff.; *Naendrup*, JuS 1984, 339.

20) BAG, NZA 1986, 91 = Betr 1985, 2564.

21) BAG, NZA 1984, 83 = Betr 1984, 1482.

22) BVerfGE 57, 220 (245) = NJW 1981, 1829.

23) BVerfGE 65, 182 = NJW 1984, 475.

24) *Naendrup*, JuS 1984, 338.

25) *Eich*, NZA 1984, 72. Zur weiter zurückliegenden Diskussion s. *Gamillscheg-Hanau* (o. Fußn. 6), S. 30ff.

26) Vgl. *Brox-Walker*, Betr 1985, 1469; *Eich*, NZA 1984, 72; *Gamillscheg-Hanau* (o. Fußn. 6), S. 34; *Gick*, JuS 1980, 398; *Lichtenberg* (o. Fußn. 6) S. 11.

27) Vgl. *Kohte*, AuR 1983, 235. Daß es bei der Bildung von Gewohnheitsrecht gerade auch auf die Überzeugung der Rechtsunterworfenen ankommt, betont zu Recht BAG, Betr 1980, 1268.

28) Vgl. *Kohte*, Arbeitnehmerhaftung und Arbeitgeberisiko, 1981, S. 208ff.

29) ARS 29, 62.

30) Dazu *Kohte* (o. Fußn. 28), S. 26ff., 78ff.

31) S. die Darstellung bei *Kohte*, AuR 1983, 234f.

32) *U. Reinhardt*, Die dogmatische Begründung der Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers, 1977, S. 99ff.

33) *Kohte* (o. Fußn. 28), S. 302ff.

sehr früh betont, bei diesem Gebiet handle es sich um eine gegenüber dem bürgerlichen Recht eigenständige Materie, das Dienstvertragsrecht sei daher weitgehend ausgeschlossen oder modifiziert³⁴. An anderer Stelle wurde betont, je größer der zeitliche Abstand zum Erlaß eines Gesetzes sei, um so eher könne der Richter von seiner Kompetenz zur Rechtsfortbildung Gebrauch machen; angesichts der sozialen Entwicklung komme dem Richterrecht gerade im Arbeitsrecht besonderes Gewicht bei³⁵. Konsequenterweise blieb es unbeanstandet, daß die Rechtsprechung über die eigenständige Entwicklung eines Arbeitnehmerbegriffs den Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher Gesetze selbst bestimmt³⁶. Es liegt daher ganz auf dieser Linie, daß die Grundsätze über die Haftung bei gefahrgeneigter Arbeit ausdrücklich als Beispiel für die Selbständigkeit des Arbeitsrechts genannt wurden³⁷.

3. Gründe für die Haftungsbeschränkung

Die Existenz relativ großer richterlicher Spielräume rechtfertigt keine am Einzelfall orientierte „Billigkeitsjustiz“³⁸. Vielmehr geht es darum, auf der Grundlage einer umfassenden Folgediskussion normative Prinzipien zu entwickeln, die sich im Rahmen des irgend Möglichen an den in anderen Gesetzen zum Ausdruck gekommenen Wertentscheidungen orientieren müssen. Nur wenn diese Voraussetzung gewahrt ist und überdies die juristische Fachöffentlichkeit ihre Funktion als kritische Instanz voll wahrnimmt, läßt sich „Richterrecht“ mit den demokratischen Prinzipien des Grundgesetzes in Einklang bringen.

a) *Überlegungen in der Literatur.* Verschiedentlich wurde der Versuch unternommen, den Haftungsstatbestand enger als im allgemeinen Zivilrecht zu bestimmen. So vertritt *Rother* die Auffassung, der Arbeitnehmer schulde keine (nie erreichbare) fehlerfreie Leistung, sondern nur das einem durchschnittlichen Beschäftigten Mögliche³⁹. Andere Autoren entwickeln einen eigenständigen arbeitsrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriff, wonach sich die „erforderliche Sorgfalt“ i. S. des § 276 I 2 BGB nach der Person des Arbeitnehmers bestimme; ein gelegentlich vorkommendes Fehlverhalten sei daher nicht „fahrlässig“⁴⁰. Zutreffend ist dem entgegengehalten worden, daß das geltende Recht die Haftung an die einzelne Pflichtverletzung, nicht aber an einen Dauertatbestand knüpfe⁴¹. Eine derartige isolierende Betrachtungsweise mag man bedauern, weil ihr die Ursachen für menschliches Verhalten allzu schnell aus dem Blick geraten; gleichwohl geht das geltende Recht von ihr aus. Von einer solchen Grundentscheidung könnte im Rahmen des Arbeitsrechts nur dann abgewichen werden, wenn andernfalls schwer erträgliche Ergebnisse drohen würden – davon kann jedoch angesichts der übrigen Lösungswege nicht die Rede sein. Auch würden sich erhebliche Abgrenzungsprobleme ergeben: Was geschieht mit dem Wiederholungstäter, wie wird derjenige behandelt, der nach zweijähriger unfallfreier Fahrpraxis innerhalb von 4 Monaten dreimal einen Sachschaden verursacht? Da jedenfalls nicht beliebig viele „Ausrutscher“ hinzunehmen wären, müßte für jeden Arbeitnehmer eine Art „Schadenskonto“ geführt werden, mit der zusätzlichen Folge, daß sich bestimmte Beschäftigte „großzügiger“ als andere verhalten könnten.

Etwas mehr Überzeugungskraft entfaltet das Argument, bei voller Haftung würde sich der Arbeitnehmer ruinösen Ansprüchen aussetzen⁴²; angesichts der technisierten Arbeitswelt stünden immer höhere Vermögenswerte auf dem Spiel, würde das Risiko daher ein immer größeres Ausmaß annehmen⁴³. Auch wenn man dem entgegengehalten hat, moderne Geräte seien gegen Schäden stärker abgesichert⁴⁴, läßt sich die grundsätzliche Richtigkeit dieser Aussage schwerlich bestreiten: Gegenüber der Zeit um 1900 sind nicht nur die Gefahren des Straßenverkehrs, sondern auch die durch die Fabrikationsmethoden geschaffenen gewachsen. Allerdings kann dieser Gesichtspunkt primär nur die Höhe der Haftung beeinflussen, nicht aber die Sorgfaltsmaßstäbe: Für den angestell-

ten Kapitän ist es in gleicher Weise eine persönliche Katastrophe, ob er mit leichter oder schwerer Fahrlässigkeit einen Schiffsschaden in Höhe von 5 Mio DM verursacht.

Grundsätze über die Arbeitnehmerhaftung lassen sich auch nicht über eine Auslegung der Arbeitsverträge gewinnen. Eine stillschweigende Regelung der Haftungsfrage erscheint im Regelfall fiktiv; da zumindest der Arbeitgeber häufig juristisch beraten ist, hätte er un schwer eine entsprechende Klausel in den Vertrag aufnehmen können⁴⁵. Auch bestünde die Gefahr, daß der Arbeitgeber bei der Einstellung eine für ihn besonders günstige Regelung durchsetzt, ohne daß Kriterien ersichtlich wären, nach denen diese zu überprüfen und gegebenenfalls zu korrigieren wäre.

Schließlich bringt das Abstellen auf die Fürsorgepflicht⁴⁶ gleichfalls keine überzeugende Lösung. Soweit man die Fürsorgepflicht als selbständige Rechtsfigur anerkennen will, führt sie lediglich zu einer Verschuldenshaftung des Arbeitgebers⁴⁷. Eine weitere Ausdehnung entbehrt jeder Grundlage. Soweit überhaupt rational nachvollziehbare Schlüsse auf konkrete Rechtsfolgen möglich sind, würden diese zudem eher in Richtung auf eine summenmäßige Beschränkung der Haftung gehen: Den Arbeitnehmer vor dem totalen wirtschaftlichen Ruin zu bewahren, erscheint naheliegender als ein Haftungsverzicht bei jeder nicht schweren Schuld.

b) *Haftungsbeschränkung als Risikozuteilung.* Den fruchtbarsten Ansatz hat die Rechtsprechung selbst entwickelt, die die Schadenstragung als Risikoproblem begreift⁴⁸. Dies trägt von vornherein der Tatsache Rechnung, daß – statistisch gesehen – arbeitsbedingte Schäden unvermeidbar sind. Allein aus der Qualifizierung als „Risikoproblem“ läßt sich allerdings kein eindeutiges Ergebnis ableiten⁴⁹; vielmehr ist nach Wertungspunkten zu fragen, die für eine bestimmte Verteilung sprechen könnten. Drei Erwägungen sind dabei von Bedeutung⁵⁰:

(1) In seiner Eigenschaft als Unternehmer schafft der Arbeitgeber bestimmte, mit dem Arbeitsprozeß verbundene Gefahren. Durch die Organisation des Betriebs kann er weitgehend darüber entscheiden, wer im konkreten Fall einzelne Risiken beherrschen (oder nicht beherrschen) kann⁵¹. Aus diesen Rahmenbedingungen ergeben sich zahlreiche Unfallursachen, die gleichgewichtig neben „menschlichem Versagen“ stehen⁵². Wären Arbeitgeber und Arbeitnehmer Gesellschafter, würde dies eine Teilung des Risikos nahelegen. Da das Arbeitsverhältnis aber primär dem Arbeitgeber Vorteile bringt, spricht mehr dafür, ihn die Nachteile fahrlässig verursachter Schäden tragen zu lassen⁵³.

34) *BVerfGE* 7, 342 (350) = *NJW* 1958, 1179.

35) *BVerfGE* 34, 269 (288) = *NJW* 1973, 1221.

36) *BVerfGE* 59, 231 (257) = *NJW* 1982, 1447.

37) *BVerfGE* 34, 118 (131) = *NJW* 1973, 502.

38) *BVerfGE* 66, 116 (138) = *NJW* 1984, 1741.

39) *Rother*, Haftungsbeschränkung im SchadensR, 1965, S. 268.

40) *Scheuerle*, RdA 1958, 247; ähnlich *Döring* (o. FuBn. 15), S. 75; *Steindörff*, JZ 1959, 1.

41) *Brox-Walker*, Betr 1985, 1469; *Gick*, JuS 1980, 397; *Zöllner*, ArbR, 3. Aufl. (1983), § 19 II 2 a. E.

42) *Hanau-Adomeit*, ArbR, 7. Aufl. (1983), G VI 2.

43) *Gick*, JuS 1980, 393; *Söllner*, Grundriß d. ArbR, 8. Aufl. (1984), § 30 I.

44) *Brox-Walker*, Betr 1985, 1474; *Naendrup*, JuS 1984, 337.

45) Gegen die Annahme einer stillschweigenden vertraglichen Regelung auch *Gick*, JuS 1980, 397; *Hueck-Nipperdey*, Lehrb. d. ArbR I, 7. Aufl. (1963), S. 233.

46) So etwa *Hueck-Nipperdey*, S. 232, und die frühe BAG-Rechtsprechung.

47) *Brox-Walker*, Betr 1985, 1470.

48) So insb. BAG, *NJW* 1983, 1693 = Betr 1983, 1207.

49) *Zöllner*, Anm. zu BAG, EzA § 611 BGB – Gefahrgeneigte Arbeit – Nr. 14.

50) *Brox-Walker*, Betr 1985, 1470.

51) Insofern geht der Einwand *Eichs* (NZA 1984, 68) fehl, der Arbeitgeber könne die von seinem auf der Landstraße fahrenden Lkw ausgehende Gefahr nicht beherrschen; darauf kommt es gar nicht an.

52) *Reinhard* (o. FuBn. 32), S. 157: Nur die Hälfte aller (erfaßten) Unfälle kann dem menschlichen Faktor zugeschoben werden. Vgl. auch *Kohle* (o. FuBn 28), S. 158 ff.

53) Der Vorteil des Arbeitgebers muß nicht notwendigerweise in ei-

(2) Der Arbeitgeber ist wirtschaftlich in der Lage, die Schäden „aufzufangen“, während sie für den Arbeitnehmer den Ruin bedeuten könnten. So kann sich der Arbeitgeber im Regelfall versichern und ein bestimmtes Maß an erwarteten Einbußen bei der Preiskalkulation berücksichtigen⁵⁴.

(3) Der Arbeitgeber weiß beim Abschluß des Arbeitsvertrags, daß er keinen perfekten Modellmenschen einstellt, dem nie Fehler unterlaufen werden. Die Vergütung wird für eine normale, nicht für eine nie erreichbare Idealleistung vereinbart. Wollte man eine Ersatzpflicht für jeden fahrlässig verursachten Schaden annehmen, würde das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nachträglich zu Lasten des Arbeitnehmers korrigiert⁵⁵.

Der zumindest nahegelegte Schluß, daß der Arbeitgeber den Schaden zu tragen hat, kann sich außerdem auf eine an anderer Stelle vom Gesetzgeber selbst getroffene Wertentscheidung stützen. Die gesetzliche Unfallversicherung wird – wie bekannt – ausschließlich aus Beiträgen der Arbeitgeberseite finanziert⁵⁶. Abgedeckt werden damit alle Personenschäden, und zwar völlig unabhängig davon, ob den Arbeitgeber ein Verschulden traf oder ob gar die Schuld vorwiegend oder ausschließlich beim Opfer zu suchen war⁵⁷. Vom wirtschaftlichen Ergebnis her handelt es sich somit um eine Gefährdungshaftung, die sich sogar auf den Fall erstreckt, daß ein Arbeitnehmer einen Arbeitskollegen fahrlässig schädigt (§ 637 RVO)⁵⁸. Die darin liegende Risikozuweisung ist auch für die „Normalfälle“ der Arbeitnehmerhaftung maßgebend; andernfalls würden gleichliegende Fälle nach völlig unterschiedlichen Prinzipien behandelt – eine Wertungssinkonsistenz, die schwerlich hingenommen werden kann^{58a}.

4. Begrenzung auf Vorsatz?

Das BAG hat das Arbeitgeberisiko als Haftungsausschlußgrund im Rahmen des § 254 BGB berücksichtigt und dabei die Arbeitnehmerhaftung bei grober Fahrlässigkeit bestehen lassen⁵⁹. In der Literatur wird demgegenüber unter Berufung auf § 637 RVO auf der einen Seite eine Beschränkung der Haftung auf Vorsatz gefordert⁶⁰. Auf der anderen Seite wird das BAG mit dem Argument kritisiert, es habe die Präventionswirkung der Haftung verkannt und würde so letztlich unordentlichem Arbeiten Vorschub leisten⁶¹.

Unstreitig sollte zunächst sein, daß die Haftung als solche ein grundsätzlich mögliches Mittel ist, um das Verhalten von Individuen zu steuern. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß bei der Bemessung der Höhe des Schadensersatzes allein der Ausgleichsgedanke maßgebend ist, präventive Gesichtspunkte also ins zweite Glied verbannt sind⁶². Voraussetzung für eine Verhaltenssteuerung ist jedoch immer, daß der einzelne einen Entscheidungsspielraum besitzt. Gerade daran fehlt es häufig beim Arbeitnehmer, der in eine arbeitsteilige Organisation eingebunden ist und dem Direktionsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Dies bedeutet, daß die „Abschreckung“ durch Haftung meist übers Ziel hinauschießt, da auch dann Ersatz geleistet werden muß, wenn andere, vom Arbeitnehmer nicht zu beeinflussende Ursachen maßgeblich mitgewirkt haben⁶³. Hinzu kommt, daß er zusätzlichen Sanktionen ausgesetzt ist: bei Pflichtverletzungen droht gegebenenfalls nicht nur ein Strafverfahren, sondern auch eine verhaltensbedingte oder ein fristlose Kündigung⁶⁴. Schließlich riskiert der pflichtwidrig handelnde Arbeitnehmer insbesondere im Straßenverkehr Kopf und Kragen, doch entfaltet dies keineswegs immer die erwartete Abschreckungswirkung: Jedermann weiß, daß unvernünftiges und rücksichtsloses Autofahren auch den Fahrer selbst zum Invaliden auf Lebenszeit machen kann – sollte eine drohende Schadensersatzforderung wirklich stärkeren Eindruck hinterlassen als eine drohende Querschnittslähmung⁶⁵?

Dem Präventionsprinzip kommt unter diesen Umständen sehr geringe Bedeutung zu. Eine reale Funktion hat es nur dort, wo sich der

Arbeitnehmer entgegen bestehendem Recht ein Stück Handlungsfreiheit (heraus-)nimmt: Beim vorsätzlichen Verstoß.

Der Verzicht auf den Präventionsgedanken im Bereich der Fahrlässigkeit bedeutet nicht, den Arbeitnehmer auch bei groben Verstößen zu entlasten. Bedenkt man, daß es dabei um Fälle eines subjektiv schlechthin unentschuldbaren Verhaltens geht⁶⁶, liegt es nahe, keinen „Risikofall“ mehr anzunehmen. Da ein „besonderes Maß an persönlicher Vorwerfbarkeit“ voraussetzt, daß außerhalb des Individuums liegende Ursachen keine oder nur eine untergeordnete Rolle gespielt haben, läßt sich nicht mehr damit argumentieren, der Arbeitgeber habe die Rahmenbedingungen für das schadenstiftende Ereignis gesetzt. Auch die Belastbarkeit mit den wirtschaftlichen Folgen spielt in einem solchen Fall eine geringere Rolle. Schließlich geht ein derartiges Arbeitnehmerverhalten nicht in die Erwartungen ein, die beim Abschluß eines Arbeitsvertrags vorhanden sind. Bedenkt man, daß auch die Unfallversicherung gem. § 640 RVO einen Rückgriff wegen grober Fahrlässigkeit kennt⁶⁷, so erweist sich die Rechtsprechung im Ergebnis als zutreffend⁶⁸. Dies gilt auch für die weiteren zur Arbeitnehmerhaftung entwickelten Grundsätze⁶⁹. Der Risikobereich des Arbeitgebers ist in der Tat erst dann verlassen, wenn dem Arbeitnehmer nicht nur ein persönlicher Schuldvorwurf gemacht werden kann, sondern wenn sich die grobe Fahrlässigkeit auch auf den eingetretenen Erfolg bezog, wenn sie vom Arbeitgeber bewiesen wurde und wenn kein mitwirkendes Verschulden im Spiel war. Warum die „Subjektivierung“ des Fahrlässigkeitsbegriffs mit dem „Risikomodell“ nicht vereinbar sein soll⁷⁰, ist nicht ersichtlich: Standardisierte Verhaltensabweichungen sind kalkulierbar, individuelles „Durchdrehen“ schwerster Art ist es nicht.

Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit im hier skizzierten Sinne werden weniger bei Sachschäden als dann eine Rolle spielen, wenn dem Arbeitgeber aufgrund einer Pflichtverletzung des Arbeitnehmers ein Vermögensschaden entsteht. Die Auseinandersetzung verlagert sich dabei auf die Schadenshöhe. Tritt der Arbeitnehmer die Arbeit nicht an, so muß er dem Arbeit-

nem Gewinn liegen; es reicht die Schaffung wirtschaftlicher Werte. Dies übersieht Eich, NZA 1984, 68.

54) So auch Brox-Walker, Betr 1985, 1472. Eingehend Denck, NZA 1986, 82.

55) Insofern liegt in der These von der stillschweigenden Haftungsbeschränkung ein richtiger Kern.

56) § 723 I RVO.

57) Nur bei absichtlicher Selbstschädigung besteht eine Ausnahme: § 553 RVO.

58) Dazu unten III 2.

58a) Denck, NZA 1986, 81, zieht weiter die Parallele zum Eigenverschulden des Arbeitnehmers bei der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, wo gleichfalls nur „grobe“ Verstöße Nachteile bringen. Dem ist zuzustimmen, ebenso den Parallelen zum Sozialrecht. Problematisch erscheint jedoch die Annahme einer „haftungsrechtlichen Parität“ (aaO, S. 83), die „unternehmerisches Versagen“ und Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers gleichsetzt: Konsequenz zu Ende gedacht, müßte sich dann die Arbeitnehmerhaftung auf Fälle absichtlicher Schädigung beschränken.

59) BAG, NJW 1983, 1693.

60) Kohle, AuR 1983, 238.

61) Eich, NZA 1984, 70; Naendrup, JuS 1984, 336.

62) H. Lange, Schadensersatz, 1979, S. 6f. Der Unterschied von Haftungs- und Schadensrecht ist nicht ausreichend beachtet bei Kohle (o. FuBn. 28), S. 107ff.

63) Zur Unfallforschung s. die Nachw. bei Reinhardt (o. FuBn. 32), S. 131ff.

64) Die Arbeitsteilung zwischen den juristischen Disziplinen bringt es mit sich, daß in der Regel nur die Schadensersatzsanktion gesehen wird.

65) Skeptisch gegenüber der Verhaltenssteuerung im Straßenverkehr auch Lange (o. FuBn. 62), S. 4 FuBn. 5.

66) Dazu oben 1b.

67) Krit. dazu Denck, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 1980, S. 107ff.

68) Ebenso Denck, BB 1985, 1739.

69) Oben 1b.

70) Gamillscheg, AuR 1983, 318; Naendrup, JuS 1984, 337.

geber im Hinblick auf den Abschluß des Arbeitsvertrags gemachte Aufwendungen ersetzen⁷¹. Scheidet der Arbeitnehmer ohne Beachtung der Kündigungsfristen aus, schuldet er Ersatz für die Überstundenzuschläge, die der Arbeitgeber an einspringende Arbeitskollegen zahlen mußte⁷². Insetatskosten sind allerdings dann nicht zu ersetzen, wenn sie auch bei fristgerechter Kündigung entstanden wären⁷³. Nicht mehr anwendbar ist die Vorschrift des § 124b GewO, wonach unter bestimmten Voraussetzungen eine Schadenspauschale von einem Wochenlohn verlangt werden konnte, ohne daß ein konkreter Schaden zu belegen war⁷⁴.

Sonderprobleme ergeben sich beim rechtswidrigen Streik, bei dem insbesondere die Frage des Verbotsirrtums eine Rolle spielt⁷⁵. Auch hier besteht kein Anlaß, von der Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit abzugehen; die eine wie die andere Schuldform muß sich dabei nicht nur auf die Pflichtverletzung, sondern auch auf den schädigenden Erfolg beziehen.

5. Summenmäßige Begrenzung?

Tritt nach den eben skizzierten Grundsätzen eine Arbeitnehmerhaftung ein, so richtet sie sich grundsätzlich auf den gesamten Schaden. Ein genereller Abschlag im Hinblick auf die „Betriebsgefahr“ des Arbeitgebers scheidet aus, da es sich nach dem oben Gesagten gerade um Fälle handelt, die von der Risikohaftung nicht mehr gedeckt sind. Dies schließt es allerdings nicht aus, daß im Einzelfall besondere Umstände vorliegen können, die zu einer Haftungsminderung nach § 254 BGB führen. Zu denken wäre etwa an den Fall, daß der Arbeitgeber den Wagen nicht beim TÜV vorgeführt hatte und technische Defekte eine Erhöhung des Schadens zur Folge hatten.

Im Regelfall stellt sich somit das Problem, daß der grob fahrlässig handelnde Arbeitnehmer durch ein einziges Fehlverhalten seine wirtschaftliche Existenz ruinieren kann. Dies erscheint bedenklich im Hinblick auf den vom Grundgesetz gewollten Persönlichkeitsschutz⁷⁶: Die Persönlichkeitsentfaltung des einzelnen hängt entscheidend davon ab, daß ihm ein gewisses Maß an materiellen Gütern zur Verfügung steht; das in Art. 14 I GG garantierte Eigentum erhält von daher seine Legitimation⁷⁷. Eine summenmäßig unbeschränkte Schadensersatzpflicht wäre im Hinblick darauf eine unverhältnismäßige Sanktion, die weit über das hinausginge, was etwa das Strafrecht bei vorsätzlicher Sachbeschädigung oder vorsätzlicher Körperverletzung vorsieht. Ein so tiefer Eingriff in die Rechtssphäre des einzelnen ist auch deshalb bedenklich, weil der damit erreichte „Erfolg“ von durchaus zweifelhaftem Wert ist: Bei größeren Schäden erhält der Arbeitgeber sowieso keine volle Befriedigung. Bei intaktem Arbeitsverhältnis entsteht weiter der vom Ausgleichsgedanken nicht gedeckte „Nebeneffekt“, daß der Arbeitnehmer sich das Wohlwollen des Arbeitgebers durch ein besonderes Maß an Loyalität erkaufen muß, um so eventuell einer Inanspruchnahme zu entgehen⁷⁸. Die summenmäßige Beschränkung könnte sich auch auf die Praxis der Unfallversicherungsträger stützen, die bei grober Fahrlässigkeit nur dann Rückgriff nehmen, wenn der Arbeitnehmer versichert war; die „erzieherische Funktion“ wird demgegenüber durch Bußgelder erfüllt und damit durch Sanktionen, deren Höhe grundsätzlich absehbar ist⁷⁹. Schließlich kennt auch das Arbeitsrecht insofern erste Ansätze, als der Arbeitgeber für das vom Arbeitnehmer gesteuerte Fahrzeug eine Kaskoversicherung abschließen muß – die dabei in der Regel vorgesehene Selbstbeteiligung soll die Höhe einer Monatsvergütung nicht übersteigen⁸⁰. Mehr als diesen Betrag braucht der Arbeitnehmer auch dann nicht zu bezahlen, wenn der Arbeitgeber auf die Versicherung verzichtet hatte.

Eine Verallgemeinerung dieses Maßstabs erscheint angemessen⁸¹, wengleich die genaue Grenze letztlich nicht ohne

individuelle Wertung bestimmbar ist. So gäbe es kein „falsch“ oder „richtig“, wenn die Rechtsprechung die Höchstsumme bei zwei oder drei Monatsvergütungen ansiedeln würde.

6. „Betriebliche“ statt „gefahrgeneigte“ Arbeit?

Die Rechtsprechung hat bisher die von ihr entwickelten Grundsätze auf die „gefahrgeneigte“ Arbeit beschränkt. Dagegen ist u. a. eingewandt worden, dieselben Umstände würden sowohl bei der Beurteilung der Gefahrgeneigtheit wie bei der Beurteilung des Verschuldens Anwendung finden: Entschuldbares Verhalten lasse der situationsbezogenen Betrachtungsweise entsprechend den Schluß auf gefahrgeneigte Arbeit zu. Bei einer groben Fehlleistung werde auch die Gefahrgeneigtheit verneint⁸². Wäre dies immer der Fall, müßte man auf das Erfordernis der Gefahrgeneigtheit verzichten, da es als eine Art Pseudoargument die eigentliche Begründung eher verschleiern als erhellen würde. So sehr die Rechtsprechung im Einzelfall in eine solche Richtung tendieren mag, so wenig kann man jedoch von einem Automatismus ausgehen. Trotz gefahrgeneigter Arbeit kann im konkreten Fall grobe Fahrlässigkeit angenommen werden, und nicht ausgeschlossen ist es auch, einen schuldhaften Pflichtverstoß dann zu bejahen, wenn es – wie beispielsweise bei der Säuglingspflege – nicht um „unfallträchtige“ Situationen geht⁸³.

Der Rechtsprechung ist weiter entgegengehalten worden, sie besitze allzu unscharfe Konturen; niemand könne ernsthaft voraussagen, wie ein Gericht eine Situation qualifizieren (und überdies das Verschulden des Arbeitnehmers bewerten) würde⁸⁴. Dem läßt sich hinzufügen, daß es nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG Aufgabe des Richterrechts ist, die Rechtsanwendung normativ zu leiten, nicht aber einen Blankoscheck für Billigkeitsentscheidungen im Einzelfall zu geben⁸⁵. Der situationsbezogene Ansatz ist daher in hohem Maße fragwürdig; allenfalls käme eine Rückkehr zur typisierenden Betrachtungsweise in Frage.

Entscheidend fällt jedoch ins Gewicht, daß die für die Haftungsbeschränkung angeführten Argumente⁸⁶ gleichermaßen für alle Arbeitsverhältnisse gelten, ohne daß es darauf ankäme, ob mit einer Tätigkeit viele oder wenige Unfälle verbunden sind⁸⁷. Die Schaffung und Beherrschung technischer Risi-

71) BAG, Betr 1984, 2701.

72) BAG, NZA 1984, 123.

73) BAG, NZA 1984, 122.

74) Wegen Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip wird diese Vorschrift vom BAG außer Anwendung gelassen – BAG, Betr 1984, 2199.

75) Einzelheiten bei Colneric, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampf, 1984, Rdnrn. 1132ff.

76) Steindorff, JZ 1959, 1, und AuR 1966, 66; Däubler, SAE 1970, 222. Grundsätzlich zustimmend Döring (o. Fußn. 15), S. 118ff. Eine summenmäßige Beschränkung bei grober Fahrlässigkeit erwägt auch Denck, BB 1985, 1739.

77) BVerfGE 50, 290 (339 ff.) = NJW 1979, 699.

78) Vgl. Wenzel, AuR 1973, 269; Pressionsmittel und Strafinstrument.

79) Denck (o. Fußn. 67), S. 109; Kohte (o. Fußn. 28), S. 206ff. Vgl. auch BGH, AP § 611 BGB – Haftung des Arbeitnehmers – Nr. 52.

80) LAG Bremen, Betr 1979, 1235, ähnlich OLG Stuttgart, BB 1980, 1160. Die Frage blieb dahingestellt in BAG, NJW 1983, 1693 = Betr 1983, 1207.

81) Dafür auch Föhr, ArbR, 3. Aufl., (1983), S. 184. Ähnlich Döring (o. Fußn. 15), S. 119, 120.

82) So insb. Döring, S. 30 bis 36, auf der Basis von 11 veröffentlichten BAG-Entscheidungen. Krit. zur „Doppelprüfung“ derselben Umstände auch Brox-Walker, Betr 1985, 1473; Gamillscheg-Hanau (o. Fußn. 6), S. 122; Mayer-Maly, in: Festschr. f. Hilger und Stumpf, S. 467.

83) So der Fall BAG, NZA 1986, 91 = Betr 1985, 2562.

84) Gamillscheg-Hanau (o. Fußn. 6), S. 122. Ähnlich BAG, NZA 1986, 91 = Betr 1985, 2562.

85) BVerfGE 66, 116 (138) = NJW 1984, 1741.

86) Oben 3b.

87) Vgl. Gamillscheg-Hanau (o. Fußn. 6), S. 122; Kohte, BB 1983, 1608; nunmehr BAG, NZA 1986, 91 = Betr 1985, 2562.

ken, die wirtschaftliche Belastbarkeit der Beteiligten und die vertraglich versprochene Leistung sind Begleitumstände jeder abhängigen Arbeit. Auch die Unfallversicherung unterscheidet deshalb seit 1963 konsequenterweise nicht mehr zwischen bestimmten Arten von Tätigkeiten⁸⁸. Schließlich kennen andere Staaten nichts Vergleichbares, sondern entwickeln generelle Regeln für alle Arbeitsverhältnisse⁸⁹. Die besseren Argumente sprechen daher für einen Abschied von der Gefährdungsneigtheit⁹⁰.

Die „Sonderordnung“ der Arbeitnehmerhaftung greift daher schon dann ein, wenn im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses gehandelt wird. Wie dabei die Abgrenzung von der Privatsphäre erfolgen soll, kann hier nicht im einzelnen vertieft werden. Anregungen bietet das Unfallversicherungsrecht, wo sich zu dem parallelen Problem der „versicherten“ Tätigkeit eine außerordentlich reichhaltige Kasuistik findet⁹¹.

III. Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers bei Haftung gegenüber Dritten

1. Der Grundsatz

Dritten gegenüber ist die Haftung des Arbeitnehmers im Normalfall nicht beschränkt. Dies ist im Interesse der Betroffenen hinzunehmen, wengleich es den Arbeitnehmer mit Risiken belastet, die er nach den oben skizzierten arbeitsrechtlichen Grundsätzen gerade nicht zu tragen hat. Im Regelfall ist das Ergebnis gleichwohl akzeptabel, da er vom Arbeitgeber Freistellung verlangen kann – und zwar immer dann, wenn er bei einem innerbetrieblichen Schadensfall nicht auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden könnte⁹². Insofern werden Wertungswidersprüche vermieden. Der Freistellungsanspruch kann an den geschädigten Dritten abgetreten werden und verandert sich dabei in einen Zahlungsanspruch gegen den Arbeitgeber⁹³.

Schwierig wird die Situation nur dann, wenn ausnahmsweise kein Rückgriff gegen den Arbeitgeber möglich ist, weil dieser z. B. Konkurs angemeldet hat. Hier hilft allenfalls die Erwägung, der Dritte habe von vornherein keine volle Befriedigung aus Einkommen und Vermögen des Arbeitnehmers erwarten können; sie jetzt einzufordern, verstoße gegen immanente Grenzen seines Anspruchs und stelle sich daher als Rechtsmißbrauch dar. Auf gesichertem Terrain bewegt man sich dabei allerdings nicht.

2. Schädigung von Arbeitskollegen

Besondere Probleme wirft die Schädigung von Arbeitskollegen auf. An sich handelt es sich dabei um einen normalen Fall der „Außenhaftung“, so daß der Schädiger unter den allgemeinen Voraussetzungen einen Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber hat. Dieses Haftungsmodell wird jedoch nur bei Sachschäden praktiziert⁹⁴, nicht bei den ungleich wichtigeren Personenschäden. Würde man nämlich auch dort so verfahren, wäre § 636 RVO aus den Angeln gehoben, wonach der Arbeitgeber bei Unfällen nur in dem (reichlich irrealen) Fall der vorsätzlichen Verursachung haftet: Wegen der Freistellungsverpflichtung wäre er eben doch mit Kosten belastet. Um dies zu vermeiden, hat der Gesetzgeber 1963 die Vorschrift des § 637 I RVO geschaffen, die den Haftungsausschluß des § 636 RVO auf jeden „in demselben Betrieb tätigen Betriebsangehörigen“ erstreckt. Damit ist für das Verhältnis der Belegschaftsmitglieder untereinander eine sinnvolle Regelung geschaffen.

Offen ist allerdings, wie weit der Kreis der erfaßten Arbeitnehmer reicht. Nach dem Wortlaut der Vorschrift sind Beschäftigte aus einem anderen Betrieb desselben Arbeitgebers und erst recht „Fremdfirmenleute“ nicht erfaßt. Dies ist besonders unbefriedigend, weil die zu Unfällen führenden Gefahren nicht im geringsten davon abhängen, zu welchem Be-

trieb oder Unternehmen der verantwortliche (oder der geschädigte) Arbeitnehmer gehört. Die Rechtsprechung hat deshalb den interessanten Versuch unternommen, nicht primär auf die arbeitsvertraglichen Beziehungen, sondern auf die „Eingliederung“ abzustellen⁹⁵. Dabei reicht es aus, daß der Arbeitnehmer sich für den Betrieb nützlich machen und eine dort üblicherweise geleistete Arbeit verrichten wollte⁹⁶. Ohne daß man deshalb generell zu der in der Weimarer Zeit vertretenen Eingliederungstheorie zurückkehren will⁹⁷, wird offensichtlich der Realität der Arbeitsvollzüge eine höhere Bedeutung zugemessen als vertraglichen Gestaltungen – eine These, die sich etwa bei der Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs wiederfindet⁹⁸, die jedoch sonst nur selten zur Begründung von Rechtsbeziehungen verwendet wird.

Auch bei weiter Auslegung des betrieblichen Zusammenhangs verbleiben Problemfälle, so wenn Monteure oder Kundendiensttechniker im Auftrage ihres Arbeitgebers vorübergehend im Betrieb arbeiten⁹⁹. § 637 I RVO in diesen Fällen entsprechend anzuwenden, ist auch durch den Gleichheitssatz geboten: Es fehlt an einem sachlichen Grund, weshalb der in ein fremdes Unternehmen entsandte Arbeitnehmer andere Haftungsrisiken als der im Stammbetrieb bleibende auf sich nehmen soll¹⁰⁰. Auch ist nicht einzusehen, daß der Arbeitgeber allein wegen der äußeren Umstände der Arbeit gegebenenfalls einem Freistellungsanspruch ausgesetzt wird.

3. Der Sonderfall: Personenschaden des Arbeitgebers

In kleineren und mittleren Unternehmen kann es vorkommen, daß der Inhaber oder Mitinhaber selbst in den Arbeitsprozeß eingebunden ist. Wird er – etwa auf einer Autofahrt – von einem seiner Arbeiter schuldhaft verletzt, so greift der Haftungsausschluß der §§ 636, 637 RVO nicht ein¹⁰¹. Dies bedeutet, daß die allgemeinen Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung zum Tragen kommen mit der Folge, daß die Kranken- oder Unfallversicherung des Arbeitgebers im Falle gro-

88) *Gamillscheg-Hanau* (o. Fußn. 6), S. 122; *Kohte*, BB 1983, 1609; *Söllner* (o. Fußn. 43), § 301.

89) *Gamillscheg-Hanau* (o. Fußn. 6), S. 121 f.; zur Rechtslage in England und Frankreich s. *Bringezu*, Begrenzung der Arbeitnehmerhaftung in der BRP. Dtschld., in England und Frankreich, 1974.

90) Ebenso zahlreiche Stimmen in der Literatur; s. etwa *Brox-Walker*, Betr 1985, 1473; *Döring* (o. Fußn. 42), S. 36; *Gamillscheg-Hanau* (o. Fußn. 6), S. 122; *Gick*, JuS 1980, 397; *Hanau-Adomeit* (o. Fußn. 42), G VI 2; *Kohte*, BB 1983, 1608 ff.; *Koller*, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen im Austauschverhältnis, 1979, S. 408; *Lichtenberg* (o. Fußn. 6), S. 37 ff.; *Mayer-Maly* (o. Fußn. 82), S. 467 ff.; *Motzer*, Die „positive Vertragsverletzung“ des Arbeitnehmers, 1982, S. 215; *Naendrup*, JuS 1984, 339; *Schwerdtner*, ArbR 1, 1976, S. 147; *Trinkner-Wolfer*, BB 1986, 4. W. Nachw. bei *Motzer*, S. 215 Fußn. 120.

91) Näher *Gamillscheg-Hanau* (o. Fußn. 6), S. 12 f.; *Schaub*, ArbR-Hdb., 5. Aufl. (1983), § 52 VI 3; sowie *BAG*, NZA 1984, 93 = Betr 1984, 1482 (Erholungspause in der eigenen Wohnung steht in innerem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, wenn die Höchstlenkzeiten überschritten waren). S. weiter *LAG Frankfurt*, BB 1983, 574.

92) *BAG*, AP §§ 898, 899 RVO Nr. 4; AP § 611 BGB – Haftung des Arbeitnehmers – Nr. 37. Umfassende Aufarbeitung bei *Denck* (o. Fußn. 67).

93) *BAG*, AP § 611 BGB – Haftung des Arbeitnehmers – Nrn. 37, 45.

94) *Zöllner* (o. Fußn. 41), § 19 II 5 a.E.

95) So etwa *BAG*, AP § 637 RVO Nr. 7.

96) Überblick bei *Denck* (o. Fußn. 67) S. 100 ff.

97) Dazu die Übersicht bei *Unterseher*, Arbeitsvertrag und innerbetriebliche Herrschaft, 1969, S. 36 ff.

98) S. etwa *BAG*, AP § 611 BGB – Abhängigkeit – Nr. 42, wonach sich die Abgrenzung zwischen dem Dienst- oder Werkvertrag eines freien Mitarbeiters und dem Arbeitsvertrag nach dem „Geschäftsinhalt“ bestimmt; dabei komme es entscheidend auf die praktische Durchführung der Vereinbarung, nicht auf ihren Text an. Ebenso bei der Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung *BAG*, AuR 1984, 348 ff. m. Anm. *Ulber*.

99) S. die Fälle *BAG*, AP § 637 RVO Nr. 5 und *BGH*, AP § 637 RVO Nr. 10.

100) Eingehend und überzeugend dazu *Denck* (o. Fußn. 67), S. 103 bis 106.

101) *BGH*, AP § 637 RVO Nr. 12.

ber Fahrlässigkeit Rückgriff gegen den Arbeitnehmer nehmen kann¹⁰².

IV. Haftungserweiterungen

1. Personenmehrheit auf Arbeitnehmerseite

Eine sehr unbefriedigende Haftungserweiterung ergibt sich, wenn der Schaden im Rahmen von Gruppenarbeit eintritt, nachträglich aber nicht mehr zu klären ist, welchem Gruppenmitglied die grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt: Nach Auffassung des BAG haften in einem solchen Falle alle, es sei denn, der einzelne könne seine fehlende Mitwirkung oder sein mangelndes Verschulden beweisen¹⁰³. Dies entspricht der Regelung in § 830 I 2 BGB, die sich jedoch ausschließlich auf unerlaubte Handlungen bezieht und die schon ihrer Singularität wegen nicht ins Vertragsrecht übernommen werden kann. Weiter ist dem BAG entgegengehalten worden, in der Regel bestimme der Arbeitgeber Existenz, Zusammensetzung und Organisation der Gruppe selbst und könne sich deshalb nicht auf fehlende Aufklärungsmöglichkeiten berufen¹⁰⁴. Auch die Subjektivierung des Haftungsmaßstabs schließt es aus, einen Unschuldigen für die schwere Verfehlung eines anderen haften zu lassen¹⁰⁵.

Wirkt bei der Pflichtverletzung ein außenstehender Dritter (z. B. ein Familienangehöriger) mit, so kann auch er sich auf die Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers berufen. Jede andere Lösung würde zu Unzuträglichkeiten führen, sei es, daß der Dritte den ganzen Schaden tragen müßte, sei es, daß man ihm ein Rückgriffsrecht gem. § 426 BGB gegen den Arbeitnehmer einräumen und so dessen Haftungsbefreiung gegenstandslos machen würde¹⁰⁶.

Wird ein Sachschaden durch Familienangehörige des Arbeitnehmers allein verursacht – was etwa bei elektronischer Fernarbeit unschwer denkbar ist¹⁰⁷ – so können sie nur bei grober Fahrlässigkeit in Anspruch genommen werden: Die Schutzwirkung des Arbeitsverhältnisses erstreckt sich auch auf sie¹⁰⁸.

2. Mankohaftung

Weist der einem Arbeitnehmer anvertraute Warenbestand oder die von ihm verwaltete Kasse einen Fehlbestand auf, so sollen nach bisheriger Rechtsprechung die Grundsätze über die Haftung bei gefahrgeneigter Arbeit keine Anwendung finden¹⁰⁹. Um von der Haftung freizukommen, muß der Arbeitnehmer in diesen Fällen belegen, daß ihn kein Verschulden traf¹¹⁰. Dies kommt einer (verschuldensunabhängigen) Erfolgshaftung bedenklich nahe. Auch hätte es der Arbeitgeber in der Hand, sich durch geschickte organisatorische Maßnahmen den Sonderregeln über die Arbeitnehmerhaftung zu entziehen. „Dezentralisierung“ und „Autonomisierung“ einzelner Aufgaben würde das Verlustrisiko voll auf den einzelnen Beschäftigten abwälzen. Dies zuzulassen würde gegen den Sinn der Haftungsbeschränkung und das hinter ihr stehende Schutzprinzip verstoßen¹¹¹. Der von der Rechtsprechung häufig gewählte Ausweg, über das mitwirkende Verschulden des Arbeitgebers nach § 254 BGB unbillige Ergebnisse zu korrigieren¹¹², ist wenig konsequent und auch nicht in allen Fällen gangbar.

3. Vertragliche Verschärfung der Haftung

Nach verbreiteter Auffassung kann im Arbeitsvertrag von den Grundsätzen über die Arbeitnehmerhaftung abgewichen und beispielsweise die uneingeschränkte Anwendung der BGB-Vorschriften vereinbart werden¹¹³. Eine solche Abmachung sei allerdings nicht zu vermuten¹¹⁴. Einzige Wirksamkeitsvoraussetzung ist eine „Risikoprämie“, die der Arbeitnehmer als Gegenleistung erhalten muß¹¹⁵. Die bloße Risikoverlagerung wäre in der Tat eine unbillige Ausnutzung der überlegenen Verhandlungsmacht des Arbeitgebers, die keinen rechtlichen Bestand haben könnte¹¹⁶. Auf der anderen Seite besteht kein generelles Bedenken gegen die entgeltliche

Übernahme eines Risikos durch den Arbeitnehmer. Voraussetzung ist allerdings, daß auch wirklich ein Entgelt vorliegt und nicht nur die sowieso geschuldete Vergütung in Prämie und Lohn aufgeteilt wird. Ob ein solcher Fall gegeben ist, läßt sich am ehesten durch einen Vergleich mit der Vergütung anderer Arbeitnehmer ohne entsprechende Zusatzaufgabe ermitteln. Schließlich muß die finanzielle Abgeltung in einem angemessenen Verhältnis zum übernommenen Risiko stehen und darf den Arbeitnehmer nicht in die Situation bringen, seine wirtschaftliche Existenz aufs Spiel setzen zu müssen.

Sonderprobleme ergeben sich im Zusammenhang mit der Vereinbarung einer Vertragsstrafe. Häufig versprechen Arbeitnehmer die Zahlung eines größeren Geldbetrags für den Fall, daß sie vor einem bestimmten Zeitpunkt kündigen¹¹⁷ oder daß sie bestimmte Pflichten nicht erfüllen¹¹⁸. Abmachungen dieser Art werden von der Rechtsprechung zugelassen¹¹⁹. Dies erstaunt, da sie den ausschließlichen Zweck haben, den Arbeitgeber im Vergleich zum allgemeinen Schadensersatzrecht günstiger zu stellen, braucht er doch den Eintritt eines Schadens nicht mehr nachzuweisen¹²⁰. Das BAG hat lediglich einige Randkorrekturen vorgenommen; so verlangt es grundsätzlich eine *schuldhaft*e Pflichtverletzung¹²¹ und bezieht die Verletzung von Nebenpflichten nur dann in das Strafversprechen ein, wenn dies ausdrücklich vereinbart war¹²².

Dennoch bedarf diese Rechtsprechung insgesamt der Revision. Sie macht es möglich, daß formularmäßig vom gesetzlichen Normalmodell ausschließlich im Interesse einer Seite abgewichen wird, was bei den insoweit ähnlich gelagerten AGB schon vor dem AGB-Gesetz grundsätzlich nicht hingegenommen wurde¹²³. Auch muß man sich fragen, inwieweit die Vertragsstrafe nicht einer Betriebsbuße gleichkommt, deren Verhängung auch im Einzelfall nur mit Zustimmung des Betriebsrats möglich wäre¹²⁴. Bemerkenswert ist schließlich, daß die Vereinbarung einer Vertragsstrafe bei der Wohnungs-

102) Rechtsgrundlage: § 116 SGB X bei der Sozialversicherung, § 67 VVG bei der Privatversicherung.

103) BAG, AP § 611 BGB – Akkordkolonne – Nr. 4.

104) So insb. *Schaub* (o. Fußn. 91), § 192 IV 3. S. weiter die fundierte Darstellung der Problematik bei *Martin Hoffmann*, Die Gruppenakkordarbeit 1981.

105) Wenigstens stellt job sharing keine Gruppenarbeit im Sinne der BAG-Rechtsprechung dar: *Schüren*, job sharing, 1983, S. 152f.

106) *Ebenso Gick*, JuS 1980, 398 Fußn. 104.

107) *Dazu Kappus*, NJW 1984, 2384.

108) Vgl. *Esser-Schmidt*, SchuldR AT, 6. Aufl. (1984), § 36 V, sowie die bei *Gamillscheg-Hanau* (o. Fußn. 6), S. 23 Fußn. 87, angegebene Rspr. u. Lit.

109) BAG, AP § 611 BGB – Haftung des Arbeitnehmers – Nrn. 32, 64, 67.

110) Wie Fußn. 109. Es ist allerdings Sache des Arbeitgebers, den alleinigen Zugang des Arbeitnehmers zu beweisen: BAG, EzA § 282 BGB Nr. 8.

111) Krit. auch *Schaub* (o. Fußn. 91), § 52 X 4; *Stehl*, AuR 1970, 257.

112) S. den Überblick bei *Gamillscheg-Hanau* (o. Fußn. 6), S. 17.

113) *Gamillscheg-Hanau* (o. Fußn. 6), S. 37f.; *Gick*, JuS 1980, 401; *Pa-landt-Putzo*, § 611 Anm. 14b.

114) Vgl. *Gamillscheg-Hanau* (o. Fußn. 6), S. 38.

115) *LAG Frankfurt*, Betr 1970, 888; *Gamillscheg-Hanau* (o. Fußn. 6), S. 37.

116) Zur Billigkeitskontrolle gegenüber Arbeitsverträgen s. *Däubler*, ArbR 2, 4. Aufl. (1986), unter 3.3.2.

117) Bedenken aus § 888 II ZPO bei *Langheid*, Betr 1980, 1220.

118) S. den Fall BAG, AP § 339 BGB Nr. 5.

119) BAG, AP § 339 BGB Nrn. 3, 5, 6; zuletzt BAG, NZA 1984, 255.

120) Vgl. *Schaub* (o. Fußn. 91), § 59 I.

121) BAG, AP § 339 BGB Nr. 6; ebenso *LAG Berlin*, Betr 1976, 1871.

122) BAG, AP § 339 BGB Nr. 3. Ähnlich *LAG Berlin*, Betr 1976, 1871, das die im AGB-Recht entwickelte Unklarheitenregelung anwandte.

123) *BGHZ* 22, 90 = NJW 1957, 17.

124) *Dazu Däubler* (o. Fußn. 116), unter 6.4.2.; *Schaub* (o. Fußn. 91), § 61.

miete generell verboten ist¹²⁵; sollte der Arbeitnehmer weniger schutzwürdig als der Mieter sein? Die Rechtsprechung leidet letztlich unter dem Defizit, daß die Vertragsstrafe wie ein aliud gegenüber der Arbeitnehmerhaftung behandelt wird, obwohl dies ihrer tatsächlichen Funktion in keiner Weise gerecht wird.

V. Eingeschränkte Haftung auch bei anderen Dienstverhältnissen?

Keine Anwendung finden die Sonderregeln über die Arbeitnehmerhaftung zugunsten selbständiger Unternehmer oder Angehöriger freier Berufe: Die Elektronikfirma, die einen Computer repariert, der Arzt, der ein Medikament verschreibt, und der Rechtsanwalt, der eine Revision einlegt, können sich nicht darauf berufen, wegen der „Gefährlichkeit“ ihres Tuns würden sie nur wegen grober Fahrlässigkeit haften. So wenig hier Zweifel bestehen¹²⁶, so groß ist die Unsicherheit, wenn die Arbeitsleistung von arbeitnehmerähnlichen Personen erbracht wird, die zwar formal selbständig, wirtschaftlich jedoch von ihrem Auftraggeber mehr oder weniger stark abhängig sind. So hat auf der einen Seite der BGH einen Studenten voll haften lassen, der als eine Art Ausleiher ein Fahrzeug von Düsseldorf nach München überführt hatte – mangels enger Verbindung zum Arbeitgeber bestehe keine Fürsorgepflicht, die eine Haftungseinschränkung rechtfertigen könnte¹²⁷. Auf der anderen Seite wird diese Entscheidung in der Literatur einhellig abgelehnt, da sie von einer unrichtigen Begründung der Arbeitnehmerhaftung ausgeht¹²⁸. Stellt man auf die neuere Entwicklung ab, so kommt es in erster Linie darauf an, wer die bei der Arbeit bestehenden Risiken geschaffen hat, wer sich versichern kann und wie die normalen Erwartungen bei Vertragsabschluß beschaffen sind. Besteht insoweit kein wesentlicher Unterschied zum Arbeitsverhältnis, müssen die Grundsätze über die Arbeitnehmerhaftung entsprechende Anwendung finden¹²⁹. Dies bedeutet, daß beispielsweise Heimarbeiter¹³⁰ sowie freie Mitarbeiter in aller Regel nur bei grober Fahrlässigkeit haften¹³¹.

Entsteht ein Schaden bei ehrenamtlicher Tätigkeit, so sind nach der Rechtsprechung des BGH die Grundsätze über die Arbeitnehmerhaftung entsprechend anzuwenden¹³². Dahinter steht die zutreffende Wertung, daß der freiwillige Einsatz schlecht entgolten wäre, würden schärfere Maßstäbe als bei dem gegen Entgelt tätigen Arbeitnehmer angelegt¹³³. Alle anderen Voraussetzungen der Haftung sind sowieso gleichgelagert. Angesichts der häufig beschränkten wirtschaftlichen Kapazität des „Arbeitgebers“ (Verein usw.) liegt eine Ausdehnung der Unfallversicherung oder der Abschluß einer privaten Haftpflichtversicherung besonders nahe.

125) § 550a BGB.

126) Vgl. Brox-Walker, Betr 1985, 1477; Gamillscheg-Hanau (o. Fußn. 6), S. 21.

127) BGH, AP § 611 BGB – Haftung des Arbeitnehmers – Nr. 28.

128) S. nur Brox-Walker, Betr 1985, 1477; Gamillscheg-Hanau (o. Fußn. 6), S. 22.

129) Gamillscheg-Hanau (o. Fußn. 6), S. 22 ff.; Larenz, JuS 1965, 376; Neumann-Duesberg, JZ 1964, 433; Zeuner, RdA 1975, 87. Ähnlich Brox-Walker, Betr 1985, 1477.

130) Vgl. dazu BAG, AP § 242 BGB – Gleichbehandlung – Nr. 12, wonach das Arbeitsvertragsrecht grundsätzlich entsprechende Anwendung auf das Heimarbeitsverhältnis findet.

131) Keine Probleme dürfte entgegen BGH, AP § 611 BGB – Haftung des Arbeitnehmers – Nr. 52, die Frage aufwerfen, daß auch leitende Angestellte den Grundsätzen über die Arbeitnehmerhaftung unterliegen. Richtig Brox-Walker, Betr 1985, 1476 m. w. Nachw. in Fußn. 105. Vgl. auch BAG, AP § 611 BGB – Haftung des Arbeitnehmers – Nr. 80. Zur Haftung von Geschäftsführern einer GmbH Pullen, BB 1984, 989.

132) BGH, Betr 1984, 558.

133) Brox-Walker, Betr 1985, 1478, wollen diesen Fall im Wege der Vertragsauslegung bewältigen.

Professor Dr. Dr. Kristian Kühl, Gießen

Landfriedensbruch durch Vermummung und Schutzbewaffnung?*

Der strafwürdige Unrechtsgehalt des vermummten oder schutzbewaffneten Verbleibens in einer teilweise unfriedlichen Menschenmenge entgegen hoheitlicher Aufforderung liegt nicht offen zu Tage, muß aber im Hinblick auf das Verfassungsprinzip der Verhältnismäßigkeit klar herausgearbeitet werden. Die Analyse der möglichen Einordnung des neuen § 125 II StGB – Ungehorsam gegenüber Verwaltungsakten, Behinderung der Strafverhinderung und Strafverfolgung, Auffangtatbestand zu § 125 I StGB, Bestrafung potentiell Gewalttätiger, Ansteckung anderer zu Gewalttaten – kann Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift nicht völlig zerstreuen.

I. Demonstrationsstrafrecht und Versammlungsrecht in Bewegung

1. Gesetzgeber und BVerfG

Das die Demonstrationsfreiheit einschränkende Versammlungsrecht und das Demonstrationsstrafrecht sind im Jahre 1985 in Bewegung geraten. Im Strafrecht wurde der „wichtigste Demonstrationstatbestand“¹ durch das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Versammlungsgesetzes vom 18. 7. 1985 (BGBl I, 1511) geändert: Wegen Landfriedensbruches gem. § 125 StGB macht sich nicht mehr nur der als Täter oder Teilnehmer an – in Abs. 1 näher umschriebenen – Gewalttätigkeiten und Bedrohungen Beteiligte und der sog. Aufwiegler strafbar, sondern auch der aufforderungs-widrig in einer teilweise unfriedlichen Menschenmenge Verbleibende, wenn er bestimmte – in Abs. 2 Nr. 1 näher umschriebene – Gegenstände mit sich führt oder in einer bestimmten – in Abs. 2 Nr. 2 näher umschriebenen – Aufmachung verweilt.

Im Versammlungsgesetz wurde ebenfalls durch das Änderungsgesetz vom 18. 7. 1985 das Mitführen derselben – jetzt in § 17a I VersammlG umschriebenen – Gegenstände bei einer Versammlung sowie die Teilnahme in derselben – jetzt in § 17a II VersammlG umschriebenen – Aufmachung an einer Versammlung verboten. Diese neuen Verbote der sog. Vermummung und der sog. Passivbewaffnung wurden zugleich durch § 29 I 1a und b VersammlG als Ordnungswidrigkeiten mit einer Bußgeldandrohung versehen.

Das Versammlungsrecht kam aber 1985 auch noch durch den Brokdorf-Beschluß des BVerfG vom 14. 5. in Bewegung². Die hohe Einstufung³ der in Art. 8 I GG gewährleisteten Versammlungsfreiheit⁴ führte zwar nicht zu einer Nichtigkeitserklärung einzelner, diese Freiheit beschränkenden Bestimmungen des Versammlungsgesetzes, aber als allein verfassungskonforme wurde die „demonstrationsfreundliche“ Anwendung dieser Bestimmungen den Verwaltungsbehörden vorgegeben⁵.

* Hinw. d. Schriftl.: Vgl. auch OLG Düsseldorf, NJW 1986, 942 (in diesem Heft).

1) Kostaras, Zur strafrechtlichen Problematik der Demonstrationsdelikte, 1982, S. 81.

2) NJW 1985, 2395 ff.

3) Nach Eyermann, UPR 1986, 1, singt unser höchstes Gericht den Demonstrationen „das Hohe Lied“.

4) Kritisch zu dieser Begrenzung auf Art. 8 GG, insbesondere im Hinblick auf die Schranken des Demonstrationsrechtes, Schneider, DÖV 1985, 783. – Zur Schranke der Demonstrationsfreiheit, die sich aus der Staatsaufgabe „Abwehr versammlungsspezifischer Gefahren“ ergibt und vom BVerfG nicht gesehen wurde, Götz, DVBl 1985, 1348.

5) Vgl. v. Mutius, GG, Art. 8 Anm. 2. Krit. zu solch faktischen Festlegungen durch obiter dicta Schenke, JZ 1986, 35.