

Juristische Schulung

Zeitschrift für Studium und Ausbildung

HERAUSGEBER

Professor Dr. Dr. Gerhard Lüke
Rechtsanwalt Dr. Heinrich Götz
Rechtsanwalt Dr. Helmut Michel
Richter Dr. Karl G. Deubner

SCHRIFTFLEITUNG

Rechtsanwalt
Professor Dr. Hermann Weber
Dr. Klaus-Peter Schroeder

26. Jahrgang
Juni 1986 · Heft 6

Aufsätze

Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Haftung im Arbeitsverhältnis – der geschädigte Arbeitnehmer

I. Die Problematik

Eines der zentralen Themen des überkommenen Zivilrechts ist die Haftung. Wer muß dafür einstehen, daß ein anderer an Leben, Gesundheit, Eigentum oder Vermögen Schaden nahm? Welches sind die vermögensrechtlichen Konsequenzen, wenn Verträge nicht wie geplant abgewickelt oder allgemeine Regeln des Zusammenlebens verletzt wurden? Das BGB geht von dem selten ausdrücklich genannten Grundsatz aus, daß der Geschädigte das Nachsehen hat. Er muß die Verletzung seiner Güter hinnehmen wie ein Naturereignis, sofern nicht eine der zahlreichen Haftungsnormen eingreift, die einen anderen für ersatzpflichtig erklären¹. Wichtigstes Zurechnungsprinzip ist dabei das Verschulden; hat jemand bestimmte Pflichten vorsätzlich oder fahrlässig verletzt, muß er den daraus folgenden Schaden ersetzen. Daneben stehen andere „Zurechnungsgründe“ wie insbesondere die Schaffung eines besonderen Risikos, doch greift die Gefährdungshaftung nach praktisch unangefochtener Auffassung nur in den ausdrücklich vom Gesetz vorgesehenen Fällen ein².

Ist ein Haftungstatbestand verwirklicht, muß der entstandene Schaden ausgeglichen werden; der Geschädigte darf grundsätzlich weder besser noch schlechter stehen als dann, wenn es nicht zu dem „abweichenden Verhalten“ gekommen wäre³. Bei der Verschuldenshaftung ist es im Normalfall ohne Bedeutung, ob der Schaden bewußt und aus böser Absicht oder nur wegen eines kleinen Sorgfaltsverstößes herbeigeführt wurde. Kein ausdrücklicher Regelungsgegenstand ist schließlich die Schadensprävention. Vom Fall eines unmittelbar drohenden Eingriffs einmal abgesehen (gegen den sich der Betroffene mit einer Unterlassungsklage wehren kann⁴), überläßt es das BGB der Vernunft des Einzelnen, seine Angelegenheiten so zu ordnen, daß weder ihm noch anderen ein Schaden entsteht.

Die unveränderte Anwendung dieser Grundsätze auf das Arbeitsverhältnis führt zu gravierenden Unzuträglichkeiten. Wird ein Arbeitnehmer bei der Arbeit körperlich verletzt, so könnte er nur dann Ersatz verlangen, wenn den Arbeitgeber oder seine Hilfspersonen i. S. des § 278 BGB ein Verschulden trifft. Diese Voraussetzung wird in vielen Fällen nicht vorliegen, in einer Reihe von anderen nicht zu beweisen sein.

Wie schwierig es ist, die Schuldfrage in dem noch relativ überschaubaren Bereich der Arbeitsunfälle zu klären, zeigt der Unfallverhütungsbericht 1984 der Bundesregierung⁵. Danach wurden im Jahre 1983 insgesamt 1709072 Unfälle und (anerkannte) Berufskrankheiten angezeigt, von denen 3277 den Tod des Versicherten zur Folge hatten⁶. Da nur solche Unfälle angezeigt werden, die zu einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als 3 Tagen führen⁷, dürften in einem beträchtlichen Teil der Fälle jedenfalls die objektiven Voraussetzungen einer fahrlässigen Körperverletzung nach § 230 StGB bzw. einer fahrlässigen Tötung nach § 222 StGB vorgelegen haben. Gleichwohl wird nur von 138 Strafanzeigen durch die Gewerbeaufsicht berichtet⁸, über deren Resultat nichts mitgeteilt wird.

Davon ganz abgesehen, wäre es für einen Arbeitnehmer sowieso außerordentlich schwierig, während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses gegen seinen Arbeitgeber zu prozessieren. Derartiges würde leicht als Illoyalität gewertet, die die Chancen auf Beförderung zunichte machen und gegebenenfalls sogar den Arbeitsplatz gefährden würde⁹. Eine weitere, ganz wesentliche Hürde liegt im Kausalzusammenhang. Wie will der Arbeitnehmer beweisen, daß seine Krankheit gerade durch die Arbeit verursacht wurde? Man weiß zwar mittlerweile, daß die Art der Tätigkeit wesentlichen Einfluß auf die Krankheitshäufigkeit hat: Wie eine 1982 veröffentlichte Studie des Bundesverbands der Betriebskrankenkassen ergab, erkrankten beispielsweise Gußputzer im Maschinenbau etwa viermal so häufig als Verwaltungsangestellte in derselben Branche¹⁰. Statistische Häufigkeiten ersetzen jedoch grund-

1) Vgl. Kötz, DeliktsR, 3. Aufl. (1983), S. 17.

2) Zu den Zurechnungsnormen s. im einzelnen Larenz, JuS 1965, 373 ff.; Esser-Schmidt, SchuldR I, 6. Aufl. (1984), § 8 II (S. 110 ff.).

3) Dazu Herm. Lange, Schadensersatz, 1979, S. 5 ff.

4) Vgl. §§ 12 S. 2, 862 I 2, 1004 I 2 BGB, aus denen ein Unterlassungsanspruch auch bei drohendem erstmaligem Eingriff abgeleitet wird.

5) BT-Dr 10/2353.

6) BT-Dr 10/2353 S. 3.

7) § 1552 I RVO.

8) BT-Dr 10/2353, S. 53.

9) Außerhalb des öffentlichen Dienstes wird daher in der Praxis von Arbeitnehmern so gut wie immer erst nach Kündigung oder sonstiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses prozessiert – nähere Angaben bei Däubler, ArbR II, 4. Aufl. (1986), 17.2.1. (S. 897 ff.).

10) Die Ergebnisse der Studie sind zusammengefaßt in BKK 1982, 317. S. auch Braun-Georg u. a., Soziale Sicherheit 1982, 301 ff. Vgl. weiter Miles-Müller (Hrsg.), Berufsarbeit und Krankheit, 1985, S. 198 ff.

sätzlich keine Kausalität; ob der Hautkrebs des Arbeiters X auf seiner beruflichen Tätigkeit beruht oder sowieso aufgetreten wäre, läßt sich nicht allein aufgrund der Tatsache entscheiden, daß entsprechende Erkrankungen überproportional oft in dem betreffenden Betrieb aufgetreten sind. Dennoch erscheint es unbefriedigend, daß bestimmte, in Wahrheit arbeitsbedingte Gesundheitsschäden voll zu Lasten des betroffenen Arbeitnehmers gehen.

Vergleichsweise geringfügig sind die Probleme, die im Zusammenhang mit Sachschäden auftreten: Kann der Arbeitnehmer Ersatz verlangen, wenn er beispielsweise als angestellter Vertreter mit Wissen des Arbeitgebers seinen eigenen Wagen benutzt und dieser schwer beschädigt wird¹¹? Auch stellt sich das Problem, inwieweit für das erbrachte „Opfer“ ein Ausgleich gewährt werden muß.

Schwer erträgliche Ergebnisse drohen bei Anwendung der BGB-Regeln auch dann, wenn der Arbeitnehmer Sachen seines Arbeitgebers beschädigt hat. Würde man die allgemeinen Haftungsregeln unverändert anwenden, könnte eine kleine Unachtsamkeit den Arbeitnehmer auf viele Jahre hinaus wirtschaftlich ruinieren. In vielen Fällen wäre damit aber auch dem Arbeitgeber nicht gedient: Oft wird er den Arbeitnehmer gar nicht in Anspruch nehmen wollen, weil ihm dies unsozial erscheint, weil er Solidarisierungsprozesse mit dem Betroffenen befürchtet oder weil er nicht gerne eine wertvolle Arbeitskraft verlieren möchte. Bei hohen Schäden kommt zudem schon mit Rücksicht auf die begrenzten wirtschaftlichen Möglichkeiten des Arbeitnehmers keine volle Befriedigung in Betracht.

Daß die Haftungsregeln des BGB nicht zum Arbeitsverhältnis „passen“, ist in Rechtsprechung und Literatur im wesentlichen unstreitig. Mit Recht ist darauf verwiesen worden, daß das BGB von einem autonomen, seine Handlungen selbst bestimmenden Rechtssubjekt ausgeht, während der Arbeitnehmer in eine fremdbestimmte Ordnung eingegliedert ist¹². So wurde etwa in der Unfallforschung herausgearbeitet, daß rund die Hälfte der maßgebenden Schadensursachen nichts mit der Person des betroffenen Arbeitnehmers zu tun hatten¹³. So sehr man sich in einer gewissen Distanzierung vom BGB einig ist, so unterschiedlich sind die Auffassungen über das zu wählende Haftungsmodell. Soll es nur um einzelne kleinere Korrekturen etwa im Sinne einer Einzelfall-Billigkeit gehen¹⁴, oder kommt eine völlig neuartige Risikoverteilung in Betracht, die ihr Vorbild in den Normen der Unfallversicherung findet¹⁵? Die Breite des Diskussionspektrums hängt unter anderem damit zusammen, daß der Gesetzgeber nur in sehr wenigen Bereichen aktiv geworden ist. Auf sicherem normativem Boden bewegt man sich nur, wenn es um Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten geht – insoweit haben sich durch die §§ 539 ff. RVO zahlreiche Fragen erledigt. Die Unsicherheit beginnt jedoch bereits bei solchen arbeitsbedingten Erkrankungen, die nicht als Berufskrankheiten im Rechtssinne anerkannt sind. Erst recht bleibt die Frage der nur statistischen Kausalität ungelöst. Dasselbe gilt für Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sowie für Sach- und Vermögensschäden, die der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis erleidet.

Die Arbeitnehmerhaftung hat trotz verschiedener Vorschläge¹⁶ bislang keine gesetzliche Normierung erfahren. Sonderregeln, die die Rechtsprechung für die sog. gefahrgeneigte Arbeit entwickelt hat¹⁷, sollen zwar „im Kern“ gewohnheitsrechtlichen Charakter tragen¹⁸, doch ist damit wenig gewonnen: So bestehen etwa weiterhin Meinungsverschiedenheiten darüber, ob das BAG die Arbeitnehmerhaftung zu Recht auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt hat¹⁹ und ob die Haftungserleichterung bei jeder betrieblichen Tätigkeit oder nur bei besonderer „Gefahrgeneigtheit“ bestehen soll²⁰.

Im folgenden wird nur die eine Hälfte der Haftung im Arbeitsverhältnis angesprochen.^{20a} Was geschieht, wenn der Arbeitnehmer bei der Arbeit geschädigt wurde? Wie sind seine eventuellen Ersatzansprüche beschaffen? Im einzelnen soll dabei nach den betroffenen Rechtsgütern unterschieden werden; neben der Verletzung von Leben und Gesundheit (unten II) werden uns Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht (unten III) sowie Sach- und Vermögensschäden des Arbeitnehmers beschäftigen (unten IV und V). Abschließend soll noch kurz auf die Schadensprävention eingegangen werden.

II. Verletzung von Leben und Gesundheit

Nach § 618 I BGB hat der Arbeitgeber die Arbeit so zu organisieren, daß der Arbeitnehmer gegen Gefahren für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, „als die Natur der Dienstleistung es gestattet.“ Wird diese Pflicht schuldhaft verletzt, kann der betroffene Arbeitnehmer Ersatz des ihm daraus entstandenen Schadens verlangen. Gleichzeitig liegt eine unerlaubte Handlung nach § 823 I BGB vor, die ihm gegebenenfalls auch Anspruch auf ein angemessenes Schmerzensgeld nach § 847 I BGB gibt. Inhalt und Grenzen dieses Anspruchs sind in der Praxis bislang nur von bescheidener Bedeutung²¹. Dies hängt damit zusammen, daß § 636 I 1 RVO bei Arbeitsunfällen die Haftung des Arbeitgebers ausschließt und § 551 III RVO für Berufskrankheiten Entsprechendes anordnet. In den praktisch wichtigsten Fällen tritt daher eine „Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz“ ein; an die Stelle des Arbeitgebers tritt die Unfallversicherung.

Das Gesetz kennt zwei Ausnahmen, die jedoch von beschränkter Reichweite sind. So soll die Haftung des Arbeitgebers dann nicht entfallen, wenn dieser „vorsätzlich“ gehandelt hat. Der Vorsatz muß sich dabei nicht nur auf die Pflichtverletzung als solche (z. B. die Nichtbeachtung einer Unfallverhütungsvorschrift), sondern auch auf den Eintritt des Schadens beziehen²². Inhaltlich muß daher vorsätzliche Körperverletzung bzw. vorsätzliche Tötung vorliegen. Selbst in einem solchen Extremfall muß überdies der Arbeitgeber persönlich gehandelt haben; das Verhalten selbst leitender Angestellter wird ihm insoweit nicht zugerechnet. Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, so kann ein „Haftungsfall“ dieser Art überhaupt nicht auftreten, da selbst das Verhalten von Vorstandsmitgliedern nur diese selbst, nicht aber das Arbeitgeberunternehmen haftbar macht²³. Etwas weniger „exotisch“ ist die zweite Ausnahme: Der Arbeitgeber ist nicht befreit, wenn der Arbeitsunfall „bei der Teilnahme am allgemeinen Verkehr eingetreten ist“ (§ 636 I 1 RVO). Gemeint sind damit insbesondere die Fälle, in denen der Arbeitnehmer – etwa auf dem Weg

11) Vgl. den Fall BAG, NJW 1981, 702.

12) *Gamillscheg-Hanau*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 2. Aufl. (1974), S. 60. S. auch *Sinzheimer*, Das Weltbild des bürgerlichen Rechts, 1932, erneut abgedr. in: *ders.*, ArbR und Rechtssoziologie II, 1976, S. 313ff.

13) Eingehend dazu *U. Reinhardt*, Die dogmatische Begründung der Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers, 1977, S. 148ff., 157.

14) So *Brox-Walker*, Betr 1985, 1475.

15) So *Kohte*, AuR 1983, 229.

16) S. die Vorarbeiten zu einem zweiten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz, RdA 1971, 356; Vorschlag der Arbeitsgesetzbuchkommission für ein Arbeitsvertragsgesetz, § 26.

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

18) So *Brox-Walker*, Betr 1985, 1469.

19) BAG, NJW 1983, 1693 = Betr 1983, 1207; kritisch dazu etwa *Naendrup*, JuS 1984, 336; w. Nachw. bei *Brox-Walker*, Betr 1985, 1469 Fußn. 9.

20) Für einen Verzicht auf das Erfordernis der Gefahrgeneigtheit BAG, Betr 1985, 2562; *Döring*, Arbeitnehmerhaftung und Verschulden, 1977, S. 29ff.; *Gamillscheg-Hanau*, (o. Fußn. 12), S. 59ff. *Mayer-Maly*, in: *Festschr. f. Hilger-Stumpf*, 1983, S. 467ff. u. a.

20a) Zur Haftung des Arbeitnehmers s. *Däubler*, NJW 1986, 867ff.

21) Näher dazu unten II 3.

22) BAG, AP § 636 RVO Nr. 9 mit eingehender Begründung; aus der Literatur s. etwa *Baumer-Fischer-Salzmann*, Die gesetzliche Unfallversicherung, Losebl. (Stand: Februar 1982), § 636 Anm. 8; *Plagemann-Plagemann*, Gesetzliche Unfallversicherung, 1981, Rdnr. 417.

23) *Lauterbach*, Unfallversicherung, Losebl. (Stand: Juni 1984) § 636 Anm. 32; *Plagemann-Plagemann* (o. Fußn. 22), Rdnr. 416.

zum Betrieb – von einem Arbeitgeberfahrzeug angefahren wird, ohne daß dabei irgendein besonderer Bezug zum Arbeitsverhältnis bestand; es war gewissermaßen „Zufall“, daß das schädigende Fahrzeug dem Arbeitgeber gehörte. Anders wird insoweit der Werksverkehr behandelt; werden die Arbeitnehmer mit Bussen abgeholt und nach Hause gebracht, greift der Haftungsausschluß des § 636 I RVO wieder ein²⁴.

Für die weitere Darstellung empfiehlt es sich daher, zunächst die Regelung der „Personenschäden“ bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten darzustellen, ehe der verbleibende Anwendungsbereich von § 618 I BGB skizziert wird.

1. Arbeitsunfälle

a) *Der Begriff „Unfall“.* Die RVO gibt keine Umschreibung der Phänomene, die sie als „Unfall“ qualifizieren will. Rechtsprechung und Literatur haben deshalb beträchtliche Mühe darauf verwandt, einigermaßen handhabbare Kriterien zu entwickeln. Das BSG spricht von einem „von außen auf den Menschen einwirkenden, körperlich schädigenden, plötzlichen, d. h. zeitlich begrenzten Ereignis“²⁵, eine in ihrer Formulierung nicht eben besonders elegante Definition, die jedoch – soweit ersichtlich – im wesentlichen Zustimmung gefunden hat²⁶. Danach müssen drei Merkmale erfüllt sein, deren Handhabung relativ „großzügig“ ist. „Von außen“ kommt die Einwirkung immer schon dann, wenn ihre Ursache nicht in der Person des Arbeitnehmers liegt. Erfasst wird etwa der Fall, daß ein Arbeitnehmer bei der Arbeit stolpert und sich beim Aufprall auf den Fußboden verletzt²⁷. Auch die „Plötzlichkeit“ wird nicht allzu wörtlich genommen; so reicht es aus, wenn die Schädigung während einer Arbeitsschicht eintritt²⁸. Schließlich muß eine Beeinträchtigung der Gesundheit oder der körperlichen Unversehrtheit vorliegen. Die bisweilen etwas gekünstelt anmutende Abgrenzung hat den Sinn, den Unfall von sonstigen arbeitsbedingten Gesundheitsschädigungen, aber auch von Krankheiten im allgemeinen abzugrenzen²⁹.

b) *Bezug zum Arbeitsverhältnis.* Von allen denkbaren Unfällen werden durch das dritte Buch der RVO (§§ 537 ff.) nur diejenigen erfasst, die sich „bei“ einer versicherten Tätigkeit, d. h. insbesondere im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ereignen³⁰. Voraussetzung ist, daß die Tätigkeit dem Betrieb dienlich war³¹; dabei genügt es, daß der Arbeitnehmer von einem entsprechenden Effekt ausgehen konnte³². So gehört etwa der Kauf von Zigaretten grundsätzlich zur (nicht versicherten) privaten Tätigkeit, doch bejaht die Rechtsprechung den „dienstlichen Charakter“, wenn der Arbeitnehmer auf diese Weise Müdigkeitsercheinungen überwinden will³³. In Zweifelsfällen wird darauf abgestellt, ob die versicherte Tätigkeit eine „wesentliche Bedingung“ für den Unfall war³⁴. Diese relativ „enge“ Kausalitätsbeziehung wird auch für die Folgen des Unfalls vorausgesetzt³⁵. Inhaltlich wird durch die Handhabung dieser Formel über die Abgrenzung zwischen betrieblichen und persönlichen Risiken entschieden³⁶; die nahezu unübersehbare Kasuistik³⁷ wäre möglicherweise weniger komplex, hätte man das Kind immer beim Namen genannt und ausdrücklich auf den Zweck der Unfallversicherung abgestellt.

Etwas festeren Boden hat man unter den Füßen, wenn es um die sog. Wegeunfälle geht. Mitversichert sind nach § 550 RVO Unfälle, die sich auf dem Weg von der Familienwohnung zur Arbeitsstätte und zurück ereignen. „Kleinere“ Unterbrechungen und Umwege sind dabei unschädlich, wobei es wiederum eine „Daueraufgabe“ der Sozialgerichte ist, die Abgrenzung zum Bereich des „Größeren“ zu bewerkstelligen³⁸. Umwege, die durch Fahrgemeinschaften bedingt sind, fallen nach dem aufgrund der sog. Ölkrise eingefügten § 550 II Nr. 2 RVO nicht aus dem Versicherungsschutz heraus.

c) *Weitere Voraussetzungen?* Liegt ein Arbeitsunfall im eben beschriebenen Sinne vor, ist normalerweise der Versiche-

rungsfall gegeben. Auf Verschulden kommt es nicht an. Die Leistungen der Unfallversicherung werden auch dann gewährt, wenn offensichtlich niemandem ein Vorwurf zu machen ist. Darüber hinaus ist auch das Eigenverschulden des Verletzten ohne Bedeutung; selbst verbotswidriges Handeln wie die bewußte Übertretung einer Unfallverhütungsvorschrift bleibt nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 548 III RVO ohne Bedeutung. Eine Ausnahme gilt nach § 553 RVO nur dann, wenn der Verletzte den Arbeitsunfall „absichtlich“ verursacht hat. Dies setzt mehr voraus, als „vorsätzliches“ Handeln; der Verletzte muß den Unfall nicht nur in Kauf genommen, sondern als notwendige Folge seines Tuns gewollt haben³⁹. Erfasst sind damit im Grunde nur Fälle von Selbstmord und Selbstverstümmelung⁴⁰.

d) *Die Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung.* Liegt ein Arbeitsunfall vor, so hat der Betroffene Anspruch auf Heilbehandlung und „Berufshilfe“. Letztere umfaßt insbesondere Maßnahmen, die den Verletzten zur Wiederaufnahme seines früheren Berufs, notfalls zur Aufnahme eines anderen Berufs befähigen sollen⁴¹. Inhaltlich stehen diese Ansprüche der Naturalrestitution nach § 249 S. 1 BGB nahe⁴². Ist der Betroffene auch nach Durchführung der Heilbehandlung nicht voll hergestellt, erhält er nach näherer Maßgabe der §§ 581 ff. RVO eine sog. Verletztenrente. Voraussetzung ist, daß seine „Erwerbsfähigkeit“ um mindestens 20% gemindert ist. Ob diese Voraussetzung vorliegt, richtet sich nicht nach dem im konkreten Fall eintretenden Einkommensverlust, sondern allein nach abstrakten Maßstäben, die im wesentlichen auf den Grad der Versehrtheit abstellen⁴³. Insoweit handelt es sich um einen der abstrakten Schadensberechnung verwandten Tatbestand.

Die Praxis der Unfallversicherungen zeichnet sich dabei allerdings nicht durch ein besonderes Maß an Großzügigkeit aus. So wird der Verlust eines Auges mit 25% Minderung der Erwerbsfähigkeit (ME) bewertet. Der Defekt einer Lippe mit Speichelfluß hat 20%, eine Kiefersperre, die nur Aufnahme flüssiger Nahrung zuläßt, 25%, und der Verlust beider Ohrmuscheln 25% zur Folge⁴⁴. Der Verlust

24) BAG, AP § 636 RVO Nr. 1; BGH, NJW 1980, 996; Kötz (o. Fußn. 1), S. 263; Plagemann-Plagemann (o. Fußn. 22), Rdnr. 420.

25) BSGE 23, 139 (141).

26) Brackmann, Hdb. der Sozialversicherung II, 1981 S. 479ff. Lauterbach (o. Fußn. 23), § 548 Anm. 3 m. w. Nachw. Einprägsamer die sachlich übereinstimmende Beschreibung bei Gitter, Schadensausgleich im Arbeitsunfall, 1969, S. 80: Plötzliche körperschädigende Einwirkung.

27) BSG, SozR 2200 § 550 Nr. 35.

28) BSG, Breithaupt 1974, 843; zustimmend Brackmann (o. Fußn. 26), S. 479f.; Lauterbach (o. Fußn. 23) § 548 Anm. 3. Auf die engere Interpretation desselben Begriffs in der privaten Unfallversicherung verweist Gitter (o. Fußn. 26), S. 90ff.

29) Gitter (o. Fußn. 26), S. 94. Ein wenig erinnern die Definitionsversuche an die Abgrenzung der Arznei vom Heilmittel im Rahmen der Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung nach § 182 I RVO – auch dort soll es darauf ankommen, ob etwas „von innen“ (dann Arznei) oder „von außen“ (dann Heilmittel) wirkt – s. BSGE 28, 158 (159f.).

30) § 548 I i. V. mit § 539 I Nr. 1 RVO.

31) Lauterbach (o. Fußn. 23), § 548 Anm. 7.

32) BSGE 30, 282 (283). Bley, SozialR, 4. Aufl. (1982), C III 4ab (S. 217), spricht von „finaler Handlungstendenz“ des Arbeitnehmers.

33) BSGE 12, 254 (256).

34) S. die Nachweise bei Brackmann (o. Fußn. 26), S. 479i sowie eingehend Barta, Kausalität im Sozialrecht, Entstehung und Funktion der sog. Theorie der wesentlichen Bedingung, 1983.

35) Gitter (o. Fußn. 26), S. 123.

36) Gitter (o. Fußn. 26), S. 115.

37) S. die Übersicht bei Plagemann-Plagemann (o. Fußn. 22), Rdnr. 94ff.

38) Kötz (o. Fußn. 1), S. 258.

39) Lauterbach (o. Fußn. 23), § 553 Anm. 6.

40) Vgl. Plagemann-Plagemann (o. Fußn. 22), Rdnr. 91.

41) § 556 I Nr. 2 RVO.

42) Gitter (o. Fußn. 26), S. 151ff.

43) Gitter (o. Fußn. 26), S. 159ff.

44) Angaben nach Liniger-Molineus, Der Rentenmann, 16. Aufl. (1967), S. 93 – zit. nach Klee, Gefahrenzone Betrieb, 1977, S. 161. W. Literatur-nachw. bei Brackmann (o. Fußn. 26), S. 570c.

eines Beines bis zur Hälfte des Oberschenkels wird mit 66 ⅔%, der Verlust des Fußes im Fußgelenk wird mit 35% MdE veranschlagt. Weniger als 20% MdE liegen beim Verlust einer Ohrmuschel (0% beim Mann, 10% bei der Frau), bei einseitiger Taubheit (10–15%) oder beim Verlust des Geruchs „beim gewöhnlichen Arbeiter“ (0%) vor, so daß hier eine Rente in aller Regel entfällt⁴⁵.

Neben der Verletztenrente ist ein Schmerzensgeld nicht vorgesehen. Die Unfallversicherung hat nach herrschender Auffassung auch nicht das Recht, freiwillig entsprechende Leistungen zu gewähren⁴⁶. Daß Schmerzensgeld auch nicht vom Arbeitgeber verlangt werden kann, folgt unmittelbar aus dem Haftungsausschluß des § 636 I RVO⁴⁷.

e) *Defizite des Leistungssystems, insbesondere Benachteiligung der Schwerverletzten.* Das geltende Recht hat zur Folge, daß sich unter den Unfallgeschädigten eine Dreiteilung ergibt. Auf Heilbehandlung und gegebenenfalls Wiedereingliederungsmaßnahmen sind diejenigen beschränkt, deren Erwerbsfähigkeit um weniger als 20% gemindert ist. Dies bedeutet, daß Schmerzen und andere immaterielle Nachteile ohne Entschädigung bleiben. Der Kreis dieser Personen ist außerordentlich groß, da nur ein geringer Teil aller Unfälle zur Gewährung einer Rente führt⁴⁸. Eine zweite Gruppe stellt sich durch den Unfall wirtschaftlich besser. Dies gilt in all jenen Fällen, in denen eine Minderung der Erwerbsfähigkeit zwischen 20 und 50% vorliegt, gleichzeitig jedoch die bisherige Arbeit fortgeführt wird. Die Rente stellt hier ein Zusatzeinkommen dar, das die Funktion eines Schmerzensgeldes erfüllt⁴⁹. Verletzte mit über 50% sind schließlich in doppelter Weise benachteiligt. Zum einen erleiden sie schwere materielle Einbußen – ihre Chancen auf beruflichen Aufstieg sind in der Regel zerstört, werden sie längere Zeit arbeitslos, stellt die Rente keinen ausreichenden Ausgleich dar⁵⁰.

Die bei 100% Minderung der Erwerbsfähigkeit gewährte sog. Vollrente beträgt zwei Drittel des bisherigen Bruttoeinkommens; da sie nicht mit Steuern und Sozialabgaben belastet ist, kommt sie wirtschaftlich dem bisherigen Nettolohn ungefähr gleich. Bei 50% Minderung der Erwerbsfähigkeit halbiert sich jedoch diese Rente; wer einen Fuß eingebüßt hat, muß sich mit 35% begnügen.

Zum zweiten schlägt gerade bei diesen Betroffenen das fehlende Schmerzensgeld besonders zu Buche. Während schwere Verunstaltungen und Verletzungen mit dauernder Schmerzfolge nach allgemeinem Haftungsrecht zu einem Schmerzensgeld von mehreren 10000 DM führen können, geht der Arbeitnehmer insoweit völlig leer aus⁵¹. Dies ist in der Literatur als „sehr hart“⁵² und „besonders problematisch“⁵³ insbesondere für den Fall bezeichnet worden, daß der Arbeitgeber oder ein anderer für den Unfall Verantwortlicher grob fahrlässig gehandelt hat.

f) *Verfassungsverstoß?* Der Ausschluß des Anspruchs auf Schmerzensgeld nach § 847 BGB wurde Anfang der 70er Jahre von mehreren Gerichten als Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 I GG angesehen, da Opfer anderer Unfälle vergleichbare Einschränkungen ihrer Rechte nicht hinzunehmen hätten⁵⁴. Das BVerfG wies diese Einwendungen jedoch zurück⁵⁵. Die vom traditionellen Deliktsrecht abweichende Ausgestaltung des Rechts der Unfallversicherung könne sich auf sachliche Gründe stützen. Dem Schutz des Arbeitnehmers diene die Schnelligkeit des Verfahrens, das fehlende Verschuldenserfordernis sowie die Leistungsfähigkeit der Versicherung. Den Interessen des Arbeitgebers werde dadurch Rechnung getragen, daß die Aufwendungen für Arbeitsunfälle kalkulierbar würden. Schließlich sei die geltende Regelung geeignet, Anlässe für betriebliche Konflikte einzuschränken⁵⁶. Im übrigen verwies das Gericht darauf, bei leichten und mittelschweren Unfällen wiege die Rente ein entgangenes Schmerzensgeld auf⁵⁷. Die Rechtsprechung zum Schmerzensgeld bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts könne nicht

entsprechend herangezogen werden, da das Schmerzensgeld dort oft das einzige Mittel sei, um überhaupt die Respektierung „des Persönlichkeitswertes des Einzelnen“ zu sichern⁵⁸. Verbleibende Unbilligkeiten würden auch nicht gegen das Sozialstaatsprinzip verstoßen⁵⁹.

Mit dieser Rechtsprechung, die in der Literatur im wesentlichen Zustimmung gefunden hat⁶⁰, ist freilich nur eine Dimension der verfassungsrechtlichen Problematik angesprochen. Gegenstand des Urteils war allein der durch § 636 I RVO verfügte Ausschluß des Schmerzensgeldanspruchs gegenüber dem Arbeitgeber. Insoweit vermögen die Ausführungen des BVerfG durchaus zu überzeugen. Nicht Gegenstand des Verfahrens war jedoch die Frage, ob nicht der Leistungskatalog der Unfallversicherung durch ein Schmerzensgeld erweitert werden müßte.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG folgt aus dem Grundrecht auf Leben und Gesundheit nach Art. 2 II GG die Verpflichtung der staatlichen Gewalt, Schutzvorkehrungen gegen Eingriffe durch Dritte zu treffen⁶¹. Ziel dieser staatlichen Maßnahmen muß es sein, das Grundrecht in der Realität zur vollen Wirksamkeit kommen zu lassen⁶². Dies bedeutet insbesondere, daß die Instrumente des einfachen Gesetzesrechts so zu handhaben sind, daß dieser Effekt im Rahmen des Möglichen eintritt und nicht etwa unterlaufen wird. So muß etwa aufgrund des verfassungsrechtlichen Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der (presserechtliche) Gegendarstellungsanspruch so gehandhabt werden, daß er die Selbstbestimmung des Einzelnen über die Darstellung seiner Person in der Öffentlichkeit wirksam absichert⁶³. Weiter darf die aus § 823 I BGB folgende Haftung eines Sachverständigen im Prozeß nicht auf Vorsatz beschränkt werden, wenn die Erstattung eines Gutachtens zu Eingriffen in die Rechtsgüter des Art. 2 II GG führt; angesichts ihrer Bedeutung für den einzelnen müsse mindestens eine Haftung bei grober Fahrlässigkeit bestehen bleiben⁶⁴. In einer anderen Entscheidung betonte das Gericht, der Wesensgehalt des Grundrechts aus

45) Sämtliche Angaben wie Fußn. 44. Bei tödlichen Unfällen erhalten die Familienangehörigen eine Hinterbliebenenrente – dazu Gitter, SozialR, 1981, S. 106 ff.

46) Lauterbach (o. Fußn. 23), § 547 Anm. 5.

47) BAG, AP § 636 RVO Nrn. 1, 3; Gitter, in: Festschr. f. Sieg, 1976, S. 145.

48) Gamillscheg-Hanau (o. Fußn. 12) teilen mit, nur 3% aller angezeigten Unfälle würden zu einer Rente führen (S. 152 Fußn. 4). Im Jahre 1983 wurden 1709072 Unfälle und Berufskrankheiten angezeigt, 67342 erstmals entschädigt (BT-Dr 10/2353, S. 14 f.).

49) Vgl. Gitter (o. Fußn. 47), S. 142 ff.; Kötz (o. Fußn. 1), S. 260 f.

50) Gesundheitlich Reduzierte gehören zu den schwer vermittelbaren Problemgruppen des Arbeitsmarktes – s. die Angaben bei Bosch, in: Kittner (Hrsg.), Gewerkschaftsjahr. 1985, 1985, S. 286.

51) Vgl. Gamillscheg-Hanau (o. Fußn. 12), S. 152.

52) Zöllner, ArbR, 3. Aufl. (1983), § 19 I 1.

53) Söllner, Grundriß des ArbR, 8. Aufl. (1984), § 8 III Fußn. 14.

54) S. die Wiedergabe der Argumentation bei BVerfGE 34, 118 (120 ff.).

55) BVerfGE 34, 118 ff.

56) BVerfGE 34, 118 (132).

57) BVerfGE 34, 118 (132).

58) BVerfGE 34, 118 (135).

59) BVerfGE 34, 118 (136).

60) S. etwa Brackmann (o. Fußn. 26), S. 469; Gamillscheg-Hanau (o. Fußn. 12), S. 155; Gitter (o. Fußn. 47), S. 148; Söllner (o. Fußn. 53), § 8 III; Zöllner (o. Fußn. 52), § 19 I 1 u. a.

61) Grdl. BVerfGE 39, 1 (41 f.), st. Rspr.

62) BVerfGE 56, 213 (236): „Indes bedürfen Grundrechte allgemein, sollen sie ihre Funktion in der sozialen Wirklichkeit erfüllen, geeigneter Organisationsformen und Verfahrensregeln sowie einer grundrechtskonformen Anwendung des Verfahrensrechts, soweit dies für einen effektiven Grundrechtsschutz von Bedeutung ist.“

63) BVerfGE 63, 131 (142), wo zugleich betont wird, daß der Gegendarstellungsanspruch als solcher nicht unmittelbar verfassungsrechtlich gewährleistet ist.

64) BVerfG, NJW 1979, 305 ff. Im konkreten Fall war es um die Unterbringung in einer geschlossenen Anstalt und damit um die Freiheit der Person i. S. des Art. 2 II GG gegangen.

Art. 2 II GG könne betroffen sein, „wenn jeglicher Störungsabwehranspruch, den die Rechtsordnung zum Schutze eines Grundrechts einräumt, materiellrechtlich beseitigt oder wenn verfahrensrechtlich verwehrt wird, ihn wirkungsvoll geltend zu machen, mag er oder das Grundrecht, zu dessen Schutz er gewährt ist, auch – unbewehrt in bezug auf ein bestimmtes Vorhaben – materiellrechtlich bestehen bleiben“⁶⁵.

Im konkreten Fall war es um eine Präklusionsfrist gegangen, nach deren Ablauf die Geltendmachung aller Ansprüche ausgeschlossen war. Das BVerfG bestätigte die Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem Grundgesetz (nur) mit der Erwägung, „triftige öffentliche Interessen“ würden diesen Eingriff rechtfertigen⁶⁶. Schließlich bestätigte es die Rechtsprechung des BGH, wonach entgegen § 253 BGB bei schweren Persönlichkeitsverletzungen in Anlehnung an § 847 BGB auch der immaterielle Schaden zu ersetzen sei – angesichts der Garantie des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG sei der Richter von Verfassungs wegen nicht verpflichtet gewesen, auf den Gesetzgeber zu warten⁶⁷.

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so muß man die Rechtsprechung zumindest für befugt ansehen, die Berufsgenossenschaft zur Gewährung eines Schmerzensgeldes zu verpflichten. § 547 RVO sollte insoweit verfassungskonform ausgelegt werden, zumal sein Wortlaut keine unüberwindlichen Hindernisse für eine Erweiterung des Leistungskatalogs aufstellt⁶⁸. Anlaß besteht hierfür jedenfalls bei der Gruppe der Schwerverletzten mit über 50% Minderung der Erwerbsfähigkeit in stärkerem Maße als bei bloßen Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht: Der Verlust an Lebensqualität ist bei wesentlichen Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit ungleich größer als bei Ehrverletzungen oder anderen vergleichbaren Tatbeständen. Eine isolierende Gegenüberstellung von „allgemeinem Persönlichkeitsrecht“ und „Recht auf Gesundheit“ mit der Folge, daß man sich bei letzterem mit einem Ausgleich wesentlicher Vermögensnachteile begnügen könne, verkennt, daß bei erheblichen Körperschäden eben zusätzlich auch die Persönlichkeit betroffen ist.

Nur über die Einräumung eines Schmerzensgeldes wird weiter auch ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 I GG vermieden. Dieser läßt es zwar zu, zwischen Arbeitsunfällen und (beispielsweise) Unfällen im Straßenverkehr zu unterscheiden, doch ist keine Rechtfertigung dafür ersichtlich, bei den durch Arbeitsunfällen Verletzten Leistungen in der Weise zu differenzieren, daß die oben beschriebenen drei Gruppen entstehen. Der bei einem Rechtsverlust eintretende Ausgleich darf nicht beliebig schematisiert werden, sondern muß der Betroffenheit des Einzelnen Rechnung tragen. Dies ist für die Enteignung nach Art. 14 III GG ausdrücklich anerkannt, wonach die Entschädigung „unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten“ zu bestimmen ist⁶⁹.

Wie unplausibel dort die Übernahme des Entschädigungsmodells der gesetzlichen Unfallversicherung erscheinen würde, mag ein Beispiel deutlich machen. Unterstellt, die Errichtung einer großtechnischen Anlage wäre für die Anlieger so belastend, daß der Tatbestand eines entschädigungspflichtigen Eigentumseingriffs angenommen würde. Die zu leistenden Zahlungen würden nun für alle gleich bemessen, obwohl der eine Grundeigentümer seine Gärtnerei schließen muß, während der andere sein Hotel erweitert, das die Gäste des Unternehmens beherbergt und so zusätzliche Gewinne einbringt.

Geht es um den Ausgleich von Eingriffen in die Rechtsgüter des Art. 2 II GG, muß angesichts ihrer besonderen „Persönlichkeitsnähe“ eher stärker auf die individuelle Betroffenheit Rücksicht genommen werden. Es ist mit dem personalen Charakter der Grundrechte⁷⁰ schlechthin unvereinbar, einem Schwerverletzten den vollen materiellen Ausgleich seiner Einbuße und ein Schmerzensgeld mit dem Argument zu verweigern, weniger schwer Betroffene würden ja durch die Ku-

mulation von Arbeitsverdienst und Rente begünstigt. Etwas Derartiges läßt sich auch nicht mit dem Massencharakter rechtfertigen, den Entschädigungsverfahren der gesetzlichen Unfallversicherung notwendigerweise besitzen: Genau wie bei der Berechnung der Rentehöhe könnten selbstredend standardisierte Maßstäbe angelegt werden, so daß das Verfahren keineswegs langwieriger würde.

2. Berufskrankheiten

Die Ausdehnung des Versicherungsschutzes auf beruflich bedingte Krankheiten stieß (und stößt) auf das Hindernis, daß die Zuordnung zur beruflichen bzw. zur privaten Sphäre noch sehr viel schwieriger ist als bei Arbeitsunfällen. Das Bestreben des Gesetzgebers geht deshalb eher in die Richtung, berufsbedingte Krankheiten im Einzelfall unentschädigt zu lassen, statt die Unfallversicherung auch mit solchen Krankheiten zu belasten, die möglicherweise ausschließlich im privaten Bereich wurzeln. Zwischen 1885 (Inkrafttreten des Unfallversicherungsgesetzes⁷¹) und 1911 (Erlaß der Reichsversicherungsordnung) waren Berufskrankheiten überhaupt nicht erfaßt. Danach bestand eine Ermächtigung, bestimmte Krankheiten in den Versicherungsschutz einzubeziehen, doch wurde davon erst 1925 Gebrauch gemacht⁷². Seither hat eine allmähliche Erweiterung stattgefunden, die sich jedoch noch immer in bescheidenem Rahmen bewegt.

Nach § 551 I 1 RVO gilt als Arbeitsunfall auch eine Berufskrankheit. Damit sind nicht etwa sämtliche „beruflich bedingten“, sondern nur solche Krankheiten erfaßt, die in der sog. Berufskrankheitenverordnung der Bundesregierung ausdrücklich genannt sind⁷³. Voraussetzung für die Aufnahme einer bestimmten Krankheit ist, daß sie „nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft durch besondere Einwirkungen verursacht“ ist, „denen bestimmte Personengruppen durch ihre Arbeit in erheblich höherem Grade als die übrige Bevölkerung ausgesetzt sind“ (§ 551 I 2 RVO). Durch das Abstellen auf die besonderen Risiken sollen insbesondere solche Krankheiten erfaßt werden, die wie Lärmschwerhörigkeit oder Staublunge mit der besonderen Schädlichkeit bestimmter Produktionsvorgänge zusammenhängen.

Erkrankt ein Versicherter an einem in der Berufskrankheitenverordnung genannten Leiden, so erhält er die im Gesetz für Arbeitsunfälle vorgesehenen Leistungen nur dann, wenn mit „hinreichender Wahrscheinlichkeit“ feststeht, daß die versicherte Tätigkeit, d. h. die Arbeit, für die Krankheit ursächlich war⁷⁴. Dies stellt eine gewisse Privilegierung gegenüber dem allgemeinen Haftungsrecht dar, da der Kausalzusammenhang dort mit an Sicherheit grenzender (und nicht nur mit „hinreichender“) Wahrscheinlichkeit feststehen muß. Andererseits reicht eine bloße Möglichkeit nicht aus⁷⁵. Erkrankt etwa ein Arbeitnehmer an Leukämie, der zuvor radioaktiver Strahlung ausgesetzt war, so erhält er keine Entschädigung, wenn die Wahrscheinlichkeit eines Kausalzusammenhangs nach Auffassung der Sachver-

65) BVerfGE 61, 82 (113).

66) BVerfGE 61, 82 (114).

67) BVerfGE 34, 269 (289).

68) Dort heißt es, der Träger der Unfallversicherung gewähre „nach Maßgabe der folgenden Vorschriften an Leistungen insbes. . .“ Dies läßt sich auch so lesen, daß die „folgenden Vorschriften“ nur die Art und Weise der Gewährung regeln, jedoch keine anderen Leistungen ausschließen.

69) Zur Bemessung der Enteignungsentschädigung s. insb. *Bryde*, in: *v. Münch* (Hrsg.), GG, 3. Aufl. (1985), Art. 14 Rdnr. 90ff.; *Kimminich*, in: BK, Drittbearb. (1976), Art. 14 Rdnr. 362; v. *Brünneck*, Die Eigentumsgarantie des GG, 1984, S. 420ff.

70) BVerfGE 50, 290 (336ff.).

71) Zur Entstehung s. im einzelnen *Peters*, Die Geschichte der sozialen Versicherung, 2. Aufl. (1973), S. 60.

72) Näher dazu *Brackmann* (o. Fußn. 26), S. 490a.

73) Abgedr. bei *Aichberger* unter Nr. 320.

74) BSG, SozR 2200 § 551 RVO Nr. 1, allg. Meinung.

75) *Bley* (o. Fußn. 32), C III 4ace (3), S. 225.

ständigen nur 1:52 betrug⁷⁶. Die verbleibende „Grauzone“ ist daher selbst im Bereich der anerkannten Berufskrankheiten beträchtlich.

Nach § 551 II RVO erfährt das „Listensystem“ eine Durchbrechung, um so besondere Härten zu vermeiden⁷⁷. Danach soll „im Einzelfalle“ auch eine nicht in der Verordnung genannte Krankheit entschädigt werden, „sofern nach neuen Erkenntnissen die übrigen Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllt sind.“ Zu diesen „übrigen Voraussetzungen“ zählt insbes. die Tatsache, daß mit der Arbeit besondere, typische Gefahren verbunden sein müssen⁷⁸. Von „neuen Erkenntnissen“ kann dann die Rede sein, wenn diese nach Erlass der letzten Neufassung der Berufskrankheitenverordnung bekannt geworden sind oder zwar schon vorher vorlagen, dem Verordnungsgeber aber nicht bekannt waren⁷⁹. Blieben bestimmte wissenschaftliche Ergebnisse bewußt unberücksichtigt, weil sie nicht als ausreichend angesehen wurden, schließt dies auch eine „Anerkennung“ im Rahmen des § 551 II RVO aus⁸⁰; der Rechtsprechung ist es von daher nicht möglich, eine eigene Berufskrankheitenliste zu erstellen⁸¹. In aller Deutlichkeit betonte das BSG, § 551 II RVO wolle nicht erreichen, daß jede berufsbedingte Krankheit wie eine Berufskrankheit entschädigt werde⁸²; Andernfalls könnte § 551 I RVO über eine derartige Generalklausel aus den Angeln gehoben werden. Wenn das BVerfG demgegenüber betonte, § 551 II RVO ziele „auf Lückenlosigkeit des Schutzes für alle Versicherten“⁸³, so ist dies eine allzu optimistische Würdigung dieser Vorschrift. Auch ihre praktische Bedeutung ist bislang minimal; so wurden etwa in der Zeit zwischen 1978 und 1983 nie mehr als 10 Fälle pro Jahr nach dieser Bestimmung entschädigt⁸⁴. Die „Lückenlosigkeit“ muß daher offensichtlich auf andere Weise erreicht werden.

3. Sonstige arbeitsbedingte Schäden an Leben und Gesundheit

Soweit die Unfallversicherung nicht eingreift, bleibt es grundsätzlich bei den allgemeinen Regeln des im BGB niedergelegten Haftungsrechts. Erfolgreich geltend gemachte Schadensersatzansprüche sind insoweit allerdings absolute Ausnahmerecheinungen. Aus der Rechtsprechung des BAG ist – soweit ersichtlich – nur der Fall bekannt, daß ein Arbeitgeber dafür haftbar gemacht wurde, einen schwerbehinderten leitenden Angestellten nicht vor Überarbeitung geschützt und so dessen Schlaganfall verschuldet zu haben⁸⁵. In der Praxis dürften daher in der Regel Arbeitnehmer auf diejenigen Rechte beschränkt sein, die bei nicht arbeitsbedingter Erkrankung eingreifen, d. h. Lohnfortzahlung für die Dauer von 6 Wochen⁸⁶ mit anschließendem Krankengeld durch die Krankenkasse⁸⁷. Entscheidende Unterschiede ergeben sich bei der Rentenhöhe, wenn ein Fall der Erwerbsunfähigkeit oder der Erwerbsminderung eintritt. Auch kommt weder ein Ersatz für weitergehende finanzielle Nachteile noch ein Schmerzensgeld in Betracht.

Zumindest bei Erkrankungen, deren Arbeitsbedingtheit sich belegen läßt, sollte man sich mit diesem Ergebnis nicht zufrieden geben. Anhaltspunkte für abweichende Lösungen ergeben sich aus dem Recht der Unfallversicherung. Das geltende Recht bürdet den Arbeitgebern bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten im wirtschaftlichen Ergebnis eine Gefährdungshaftung auf, da sie gem. § 723 ff. RVO über ihre Beiträge die gesamten Leistungen der Unfallversicherung finanzieren müssen⁸⁸. Um besonders unfallträchtige Betriebe nicht zu privilegieren, gibt § 725 II RVO die Möglichkeit von Zuschlägen (bzw. Nachlässen)⁸⁹. Über die reine Gefährdungshaftung hinaus ermöglicht § 640 I RVO sogar einen Regreß des Trägers der Unfallversicherung gegen den Arbeitgeber, wenn der Unfall vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt wurde. In der Praxis wird dieses Risiko zwar in aller Regel durch die Betriebshaftpflicht abgedeckt⁹⁰, doch ändert dies nichts daran, daß der Arbeitgeber in solchen Fällen zwei-

mal haftet: Neben dem Beitrag als dem eigentlichen Äquivalent für die Versicherungsleistung muß er auch den konkreten Schaden ersetzen, so daß die in unserem Recht sehr seltene Figur des doppelten Schadensersatzes vorliegt⁹¹. Rechtspolitisch ist diese Regelung mit guten Gründen kritisiert worden⁹², doch läßt sich dies hier nicht weiter vertiefen.

Die hinter der Gefährdungshaftung des Arbeitgebers stehende Wertung muß jedoch nicht auf die Unfallversicherung beschränkt bleiben. Mit Recht weisen *Gamillscheg-Hanau* darauf hin, ohne die Unfallversicherung hätte die Rechtsprechung längst eine verschuldensunabhängige Risikohaftung des Arbeitgebers für Gesundheitsschäden der Arbeitnehmer entwickelt⁹³. Ansatzpunkt ist der Gedanke, das Schadensrisiko demjenigen zuzurechnen, der aus einer Tätigkeit Nutzen zieht und dies ist nun einmal der Arbeitgeber⁹⁴. Wichtigster gesetzlicher Anwendungsfall ist die Vorschrift des § 670 BGB, die beim Auftrag als einer anderen Form fremdnütziger Tätigkeit einen Aufwendungsersatz vorsieht, der sich auch auf Gesundheitsschäden erstreckt⁹⁵. Beim Ersatz von Sachschäden des Arbeitnehmers sind Rechtsprechung und Literatur im Prinzip diesen Weg gegangen⁹⁶; bei Opfern an Leben und Gesundheit mehr Zurückhaltung zu üben, entbehrt jedes einsichtigen Grundes. Weiter würde es sich möglicherweise lohnen, der Frage nachzugehen, inwieweit nicht nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen ein Ausgleich geschuldet ist, da der Arbeitnehmer gewissermaßen mehr an Arbeitskraft verausgabt hat, als er dies nach richtig verstandenem Arbeitsvertrag zu tun hatte⁹⁷.

Sehr viel schwieriger stellt sich die Situation eines Arbeitnehmers dar, der lediglich einen statistischen Zusammenhang zwischen der Art seiner Arbeit und der Art seiner Erkrankung belegen kann⁹⁸. Kann ein Nachtschichtarbeiter, der von chronischen Magengeschwüren heimgesucht wird, Schadensersatz allein aufgrund der (unbestrittenen) Behauptung verlangen, Nachtarbeiter würden dreimal so häufig unter Magengeschwüren leiden wie Arbeiter mit normalem Tages-Rhythmus⁹⁹? Im Einzelfall kann bei bloß möglicher Kausalität

76) BSG, SozR 2200 § 551 RVO Nr. 1. Kritisch dazu *Fischerhof*, SGB 1974, 250f.

77) *Gitter*, in: Festschr. zum 25-jährigen Bestehen des BSG I, 1979, S. 266. Ob ein reines Listensystem verfassungskonform wäre, blieb dahingestellt in *BVerfG*, NJW 1982, 694 = SozR 2200 § 551 RVO Nr. 19.

78) BSG, SozR 2200 § 551 RVO Nr. 20 (S. 35).

79) So *BVerfG*, SozR 2200 § 551 RVO Nr. 19; BSG, SozR 2200 § 551 RVO Nr. 18.

80) BSG, SozR 2200 § 551 RVO Nr. 18.

81) *Brackmann* (o. Fußn. 26), S. 492 o. II.

82) BSG, SozR 2200 § 551 RVO Nr. 18 (S. 27).

83) *BVerfG*, SozR 2200 § 551 RVO Nr. 19 (S. 31).

84) Vgl. Unfallverhütungsbericht 1984, BT-Dr 10/2353, S. 35: 1978 wurden 10 Fälle, 1979 4, 1980 7, 1981 9, 1982 3 und 1983 9 entschädigt.

85) BAG, AP § 618 BGB Nrn. 15, 16 (gleicher Sachverhalt).

86) Rechtsgrundlage: Lohnfortzahlungsgesetz (für Arbeiter), § 616 II BGB (für Angestellte).

87) § 182 III RVO.

88) Vgl. *Kohte*, AuR 1983, 231 ff.

89) Übersicht über die Praxis in: BT-Dr 10/2353, S. 64.

90) Dazu *Denck*, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 1980, S. 107 ff.

91) Anders etwa das US-Kartellrecht, das bei bestimmten Verstößen einen dreifachen Schadensersatz vorsieht. S. Sec. 4 Clayton Act – dazu *Blechman*, in: Frankfurter Komm. z. GWB, Losebl. (Stand: Jan. 1984) Ausland USA Tz. 97.

92) *Denck* (o. Fußn. 96), S. 107 ff.; *Kohte*, Arbeitnehmerhaftung und Arbeitgeberberrisiko, 1981, S. 205 ff.

93) *Gamillscheg-Hanau* (o. Fußn. 12), S. 153.

94) Vgl. *Larenz*, JuS 1965, 375.

95) RGZ 167, 85 ff.; vgl. weiter *Gick*, JuS 1979, 641 ff. m. w. Nachw.

96) Dazu unten IV.

97) Die Problematik ist, soweit ersichtlich, nicht erörtert. Zum Bereicherungsausgleich bei unbefugtem Namensgebrauch s. *BGH*, NJW 1981, 2402.

98) S. die Nachw. o. Fußn. 10.

99) Zur Krankheitsanfälligkeit von Schichtarbeitern s. schon *Funkgeißler-Thoma* (Red.), Industriearbeit und Gesundheitsverschleiß, 1974, S. 151 ff.

ein Anscheinsbeweis helfen; spricht die Erfahrung dafür, daß eine bestimmte Arbeit eine bestimmte Krankheit zur Folge hat, so muß der Arbeitgeber die ernsthafte Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufs belegen¹⁰⁰. Welchen Grad von Wahrscheinlichkeit man hier ausreichen läßt, ist letztlich eine Wertungsfrage. Für einen sehr frühen Eintritt der Beweiserleichterung könnte die Erwägung sprechen, daß die Unternehmen als einzige in der Lage sind, die Gefahren zu beseitigen, die in der statistischen Häufung bestimmter Krankheiten zum Ausdruck kommen¹⁰¹.

III. Verletzung von Persönlichkeitsrechten

Geht es nicht um Leben und Gesundheit, sondern „nur“ um den Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers, hat man Mühe, überhaupt Aussagen zur Haftung oder Nicht-Haftung des Arbeitgebers zu finden. Dies mag damit zusammenhängen, daß in aller Regel kein materieller Schaden entsteht, und ideelle Einbußen nur dann zu einem Ersatzanspruch entsprechend § 847 BGB führen, wenn ein schwerer und schuldhafter Eingriff vorliegt¹⁰². Das BAG hat zunächst jede Diskussion um einen Ersatz des immateriellen Schadens mit der Erwägung abgeschnitten, arbeitsvertragliche Ansprüche (die kein Schmerzensgeld ermöglichen) hätten den Vorrang vor Ansprüchen aus unerlaubter Handlung¹⁰³. Da dies gegen allgemein anerkannte Grundsätze der Anspruchskonkurrenz verstieß¹⁰⁴, hat das Gericht seine Position zwar im Jahre 1979 revidiert¹⁰⁵, doch gibt es bisher kaum Fälle, in denen immaterieller Schadensersatz effektiv zugesprochen worden wäre. So blieb etwa die widerrechtliche Offenlegung von Personalakten im konkreten Fall ohne Sanktion¹⁰⁶, und dasselbe galt für einen Aushang, mit dem ein Arbeitnehmer zu Unrecht des Diebstahls bezichtigt worden war¹⁰⁷. Ein „Schmerzensgeld“ in Höhe von 2000 DM hielt das LAG Baden-Württemberg für angemessen, als eine Arbeitnehmerin durch ein grob unsachliches, ihre Person herabwürdigendes graphologisches Gutachten diffamiert wurde¹⁰⁸. In durchaus deutlichem Gegensatz dazu ist der BGH bereit, bei Ehrkränkungen (allerdings meist hochgestellter Persönlichkeiten) fünfstellige Summen zuzusprechen¹⁰⁹. Erst recht sind keine Fälle bekannt, in denen der Arbeitgeber zu Schadensersatz wegen Verletzung spezieller Persönlichkeitsrechte verurteilt worden wäre: Theoretisch käme hierfür etwa die Verletzung des aus Art. 1 und 2 GG abgeleiteten Beschäftigungsanspruchs¹¹⁰ oder die Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts¹¹¹ in Betracht. Auch hat man noch wenig darüber nachgedacht, ob die schuldhaftes Nichterfüllung der Pflicht zur Schaffung humaner Arbeitsbedingungen¹¹² nicht auch ökonomische Sanktionen haben sollte. Schwierigkeiten bestehen dabei nicht nur wegen des selten vorliegenden schweren Verschuldens und der vermutlich noch seltener vorhandenen Beweisbarkeit als wegen der Tatsache, daß unser Schadensersatzrecht grundsätzlich nur auf den Ausgleich vermögenswerter Nachteile ausgerichtet ist, die Verletzung andersartiger Interessen daher letztlich einen systemfremden Ausnahmetatbestand darstellt.

IV. Sachschäden des Arbeitnehmers

Werden Sachen des Arbeitnehmers im Zusammenhang mit der Arbeit beschädigt oder zerstört, so steht für einen Ersatzanspruch grundsätzlich nur das allgemeine zivilrechtliche Instrumentarium zur Verfügung: Die Unfallversicherung deckt nur Personenschäden ab, der Haftungsausschluß des § 636 I RVO ist deshalb bei Sachschäden ohne Bedeutung.

1. Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung

Bringt der Arbeitnehmer mit ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung des Arbeitgebers bestimmte Sachen mit in den Betrieb, so trifft den Arbeitgeber grundsätz-

lich eine Obhuts- und Verwahrungspflicht¹¹³. Dies gilt etwa für die Straßenkleidung, wenn sich die Beschäftigten vor Arbeitsbeginn umziehen und Arbeitskleidung tragen müssen¹¹⁴. Ob der Arbeitgeber einen Parkplatz für die Fahrzeuge der Arbeitnehmer zur Verfügung stellen muß, richtet sich nach den näheren Umständen¹¹⁵. Ist ein Parkplatz eingerichtet, so ist er verkehrssicher zu halten, selbst wenn der Arbeitgeber an sich eine solche Maßnahme als zu aufwendig hätte ablehnen können¹¹⁶. Rechtsgrundlage für diese Pflichten ist der auf „eingebrachte Sachen“ entsprechend anwendbare § 618 I BGB, nicht die normativ nicht abgesicherte und vielfältiger Auslegung zugängliche Fürsorgepflicht¹¹⁷.

Schadensersatz kann der Arbeitnehmer allerdings nur verlangen, wenn den Arbeitgeber oder seine Hilfspersonen i. S. des § 278 BGB ein Verschulden trifft. Der Arbeitnehmer braucht freilich keinen entsprechenden Nachweis zu führen; vielmehr ist es in analoger Anwendung der §§ 282, 285 BGB Sache des Arbeitgebers, seine Schuldlosigkeit zu beweisen. Je nach den Umständen wird ihm dies allerdings ohne größere Mühe möglich sein.

2. Verschuldensunabhängige Haftung des Arbeitgebers?

Auch dann, wenn Sachen des Arbeitnehmers beschädigt oder zerstört werden, ohne daß der Arbeitgeberseite dabei ein Vorwurf zu machen ist, besteht nach allgemeiner Auffassung grundsätzlich ein Ersatzanspruch¹¹⁸. Bisweilen wird insoweit sogar von einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung gesprochen¹¹⁹. Als Rechtsgrundlage wird vom BAG¹²⁰ wie von der ganz herrschenden Meinung¹²¹ § 670 BGB herangezogen und analog angewandt. Dabei ist man sich einig, daß diese Vorschrift einen weiten Aufwendungsbegriff benutzt, der nicht nur bewußte, sondern auch ungewollte und zufällige Vermögensopfer einbezieht. Auch wird er nicht nur auf selbstständige, sondern auch auf unselbstständige Tätigkeiten wie die des Arbeitnehmers erstreckt. Schließlich steht auch – wie schon § 675 BGB beweist – die Unentgeltlichkeit des Auf-

100) Zum Anscheinsbeweis bei Kausalitätsfragen s. BGH, LM § 276 ZPO (C) Nr. 26.

101) Vgl. Kohle (o. FuBn. 92), S. 152f., der unter Berufung auf *Calabresi* und die sog. ökonomische Analyse des Rechts auf diesem Wege eine Unternehmensgefährdungshaftung entwickelt.

102) Vgl. BGH, NJW 1971, 698. Eingehend Kötz (o. FuBn. 1), S. 281ff.

103) BAG, AP § 611 BGB Nr. 9 – öffentlicher Dienst; BAG, AP § 611 BGB Nr. 80 – Fürsorgepflicht.

104) Krit. deshalb auch *Brehmer-Voegeli*, JA 1978, 493f.; Wiese, Betr 1975, 2309.

105) BAG, Betr 1979, 1513 = AuR 1980, 92 m. zust. Anm. *Herschel*.

106) LAG Köln, Betr 1983, 1664.

107) BAG, Betr 1979, 1513.

108) LAG Baden-Württemberg, NJW 1976, 310; zustimmend *Bepler*, NJW 1976, 1874.

109) Zusammenstellung bei *Lau*, DuR 1976, 313f. Krit. auch *Föhr*, ArbR für Arbeitnehmer, 3. Aufl. (1984), S. 228.

110) Grdl. BAG, AP § 611 BGB Nr. 2 – Beschäftigungspflicht.

111) Dazu zuletzt *Däubler*, AuR 1985, 172f. (am Beispiel Computer-Software).

112) *Zöllner* (o. FuBn. 52), § 16 I 2 d (S. 168f.).

113) Dazu etwa *Schaub*, ArbR-Hdb., 5. Aufl. (1983), § 108 IV.

114) BAG, AP § 611 BGB Nr. 7 – Fürsorgepflicht.

115) BAG, AP § 618 BGB Nrn. 7, 9.

116) BAG, AP § 611 BGB Nr. 1 – Parkplatz.

117) Zur Kritik an der Fürsorgepflicht s. *Däubler* (o. FuBn. 9), 6.2.1.3. (S. 310ff.).

118) So ausdrücklich *BAGE* 12, 15ff. = AP § 611 BGB Nr. 2 – Gefährdungshaftung des Arbeitgebers.

119) So v. *Hoyningen-Huene*, SAE 1982, 51, unter Berufung auf *Canaris*, RdA 1966, 42.

120) *BAGE* 12, 15ff. = AP § 611 BGB Nr. 2 – Gefährdungshaftung; *BAG*, SAE 1982, 49 = NJW 1981, 702.

121) In neuerer Zeit insb. *Gick*, JuS 1979, 641f.; *Hanau-Adomeit*, ArbR, 7. Aufl. (1983), G VII 2; v. *Hoyningen-Huene*, SAE 1982, 51 m. w. Nachw. (FuBn. 17). Anders *Koch*, Der Eigenschaden des Arbeitnehmers, 1982, S. 58ff.

trags einer entsprechenden Anwendung des § 670 BGB auf entgeltliche Verträge (und damit auch den Arbeitsvertrag) nicht im Wege¹²².

Das eigentliche Problem besteht darin zu bestimmen, unter welchen konkreten Voraussetzungen ein Sachschaden vom Arbeitgeber ersetzt verlangt werden kann. Der *Große Senat* des BAG hat in seiner Entscheidung vom 10. 11. 1961¹²³ entscheidend darauf abgestellt, ob es sich um einen außergewöhnlichen Schaden bei einer gefährlichen Arbeit handelte; in diesem Fall sollte der Arbeitgeber zur Zahlung verpflichtet sein, während „arbeitsadäquate“ Schäden, mit denen jeder rechnen muß, vom Arbeitnehmer zu tragen sind¹²⁴. In einem Urteil vom 8. 5. 1980 hat der *3. Senat* diesen Grundsatz verdeutlicht¹²⁵. Grundsätzlich habe der Arbeitnehmer diejenigen Schäden zu tragen, die ihm wie die Abnutzung von Kleidern und Schuhen herkömmlicherweise angesonnen würden. Dasselbe gelte für solche Risiken, für deren Hinnahme ausdrücklich oder erkennbar ein besonderes Entgelt bezahlt werde. Eine Ausnahme sei allerdings dann zu machen, wenn die Schäden wider Erwarten nach Anlaß und Umfang ungewöhnlich seien. Bei sonstigen Schäden, die der Arbeitnehmer weder nach der Natur der Sache noch wegen eines besonderen „Risikoentgelts“ hinnehmen müsse, komme es darauf an, ob der Schaden im Betätigungsbereich des Arbeitgebers entstanden sei (dann Ersatz) oder ob er zum Lebensbereich des Arbeitnehmers gehörte (dann kein Ersatz).

Dieser Abgrenzung ist im wesentlichen zuzustimmen. Einleuchtend ist, daß nicht jeder irgendwie mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang stehende Vermögensschaden ersetzt verlangt werden kann – da der Arbeitnehmer anders als der Auftragnehmer im Rahmen der §§ 663 ff. BGB eine Vergütung erhält, ist immer danach zu fragen, welche Risiken durch die Vergütungszahlung von vornherein abgegolten sind¹²⁶. Bei all jenen Verlusten, die darüber hinausgehen, muß der entsprechend anwendbare § 670 BGB eingreifen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Arbeitnehmer etwa als angestellter Vertreter zur Erledigung seiner Aufgaben einen eigenen Wagen benutzt und dafür nur ein Kilometergeld von 25 Pfennig erhält¹²⁷. Anders wäre es bei einem Kilometergeld von 60 Pfennigen, das erkennbar auch das Unfallrisiko abdecken würde. Lassen sich aus dem Vertrag keine eindeutigen Rückschlüsse ziehen, ist ähnlich wie im Bereich der Unfallversicherung auf die betroffenen „Sphären“ abzustellen. Konnte der Arbeitnehmer davon ausgehen, daß die zum Schaden führende Tätigkeit der Arbeit förderlich war, kann er Ersatz verlangen, geht es um individuelle Bequemlichkeit oder privates Vergnügen, trägt allein er das Risiko.

Bringt ein angestellter Installateur eigenes Werkzeug mit, das während der Arbeit gestohlen wird, so muß der Arbeitgeber ebenso Ersatz leisten, wie bei der Beschädigung von Kleidung bei einem Unfall¹²⁸. Anders wird im Regelfall zu entscheiden sein, wenn die ins Büro mitgebrachte Kaffeemaschine zu Bruch geht¹²⁹. Keine Rolle spielt es, ob die Tätigkeit von vornherein als „gefährlich“ einzustufen war, da eine solche zusätzliche Voraussetzung weder aus § 670 BGB ersichtlich ist noch interessengerecht wäre, da das Problem der Risikoverteilung in gleicher Weise bei „harmlosen Tätigkeiten“ auftreten kann. Die entsprechende Formulierung in der Entscheidung des *Großen Senats* ist deshalb in neuerer Zeit stillschweigend fallengelassen worden¹³⁰. Die Risikoverteilung kann auch nicht durch entsprechende Vertragsklauseln einseitig zu Lasten des Arbeitnehmers verschoben werden: Entsprechende Versuche des Arbeitgebers wären eine unbillige Ausnutzung seiner Vertragsposition¹³¹. Mit Recht hat das BAG sogar eine Betriebsvereinbarung als unwirksam behandelt, in der lediglich die Haftung des Arbeitgebers für Kraftfahrzeuge der Belegschaftsangehörigen ausgeschlossen wurde¹³² – wenn schon der über mehr Verhandlungsmacht verfügende Betriebsrat insoweit keine Abweichung vom gesetzlichen Modell vereinbaren kann, ist dies bei dem schwächeren Arbeitnehmerindividuum erst recht nicht der Fall.

Trifft den Arbeitnehmer ein Mitverschulden an der Entstehung des Schadens, kann sein Ersatzanspruch nach § 254 BGB gemindert sein¹³³. Obwohl § 670 BGB keinen Schadensersatz-, sondern einen Aufwendungsersatzanspruch gewährt, ist § 254 als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auch hier anwendbar¹³⁴. Es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wollte derjenige, der einen Schaden selbst verschuldet hat, vollen Ersatz von einem anderen verlangen. Die Maßstäbe für das relevante Verschulden bestimmen sich in gleicher Weise wie im Rahmen der Arbeitnehmerhaftung¹³⁵ – für die Ersatzpflicht darf es keinen Unterschied machen, ob der Arbeitnehmer eigene oder fremde Sachen fahrlässig beschädigt hat¹³⁶.

V. Vermögensschäden des Arbeitnehmers

Keine besonderen haftungsrechtlichen Überlegungen hat bislang die Frage provoziert, ob und in welchem Umfang der Arbeitgeber für Vermögensnachteile aufzukommen hat, die mit dem Arbeitsverhältnis im Zusammenhang stehen. Die Grundsätze der positiven Vertragsverletzungen scheinen insoweit völlig auszureichen – so, wenn etwa der Arbeitgeber ersatzpflichtig wird, weil er Steuern oder Sozialabgaben falsch berechnet¹³⁷ oder über den Arbeitnehmer eine unrichtige Auskunft gibt, die diesen bei der Stellensuche behindert¹³⁸.

VI. Schadensprävention

Für das Zivilrecht ist die Verhinderung von Schäden grundsätzlich kein eigenständiges Thema sondern ein bloßer Nebeneffekt der Haftung. Die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten ist denn auch im öffentlichrechtlichen Teil des Arbeitsrechts, d. h. im Arbeitsschutzrecht geregelt. Auch

122) In diesem Sinne schon BAGE 12, 15 ff.

123) AaO (o. Fußn. 118).

124) Unter B VII der Gründe.

125) BAG, NJW 1981, 702 = SAE 1982, 49.

126) Ausschließlich auf diesen Gedanken will sich Koch (o. Fußn. 121) stützen, der einen Ersatzanspruch (nur) dann bejaht, wenn der Arbeitnehmer Risiken übernimmt, die über das typische „Leistungsbild“ des betreffenden Arbeitsverhältnisses hinausgehen; als Rechtsgrundlage will er insoweit § 612 BGB heranziehen (S. 87 ff., 109 ff.). Damit ergeben sich jedoch nicht nur zahlreiche Abgrenzungsprobleme; es besteht auch die Gefahr, daß der Arbeitgeber durch von ihm initiierte Vertragsgestaltung das Risiko einseitig zu Lasten des Arbeitnehmers verschiebt.

127) So im Fall BAG, NJW 1981, 702.

128) Vgl. den Ameisensäure-Fall des BAGE 12, 15 ff.

129) Anders wäre dann zu entscheiden, wenn durch den Kaffee regelmäßig arbeitsbedingte Müdigkeit bekämpft werden soll – s. das Zigarettenbeispiel (o. bei Fußn. 33).

130) Eine Modifizierung der Rechtsprechung konstatieren deshalb zu Recht Brox, Anm. zu BAG, AP § 611 BGB Nr. 6 – Gefährdungshaftung, und v. Hoyningen-Huene, SAE 1982, 51. Die neuere Rechtsprechung hat jedoch fast ausschließlich Zustimmung gefunden – s. etwa Föhr (o. Fußn. 109), S. 183; Hanau-Adomeit (o. Fußn. 121) G VII 2; Palandt-Putzo, BGB, 44. Aufl. (1985), § 611 Anm. 11 b; Schaub (o. Fußn. 113), § 118 IV 1; Zöllner (o. Fußn. 52), § 19 I 2 (S. 208). Ähnlich schon vorher Gick, JuS 1979, 641 ff.; Derleder, in: AK-BGB, 1979, § 611 Rdnr. 99.

131) Zur Billigkeitskontrolle gegenüber Arbeitsverträgen s. BAG, AP § 242 BGB Nr. 1 – Ruhegeld-Unterstützungskasse; BAG, AP § 611 BGB Nr. 48 – Gratifikation Bl. 2 R, bestätigt in BAG, AP § 611 BGB Nr. 86 – Gratifikation. S. weiter Däubler (o. Fußn. 9), unter 3.3.2. (S. 98 ff.) m. w. Nachw.

132) BAG, AP § 611 BGB Nr. 26 – Fürsorgepflicht.

133) So zuletzt BAG, AP § 611 BGB Nr. 6 – Gefährdungshaftung = NJW 1981, 702 = SAE 1982, 49.

134) Lange (o. Fußn. 3), § 10 IV 3; vgl. auch Esser-Schmidt (o. Fußn. 2), § 35 I.

135) Dazu Däubler, NJW 1986, 867 ff.

136) Ebenso i. Erg. v. Hoyningen-Huene, SAE 1982, 53.

137) Vgl. BAG, AP § 611 BGB Nr. 79 – Fürsorgepflicht; BAG, AP § 670 BGB Nr. 8.

138) Als Anspruchsgrundlage kommt dabei auch § 823 I BGB in Betracht (Eingriff in das Recht auf Verwertung der Arbeitskraft) – näher dazu Däubler, in: AK-BGB, § 823 Rdnr. 53.

hier macht sich allerdings die Differenzierung zwischen Unfällen und Berufskrankheiten auf der einen und sonstigen (möglicherweise) berufsbedingten Krankheiten auf der anderen Seite bemerkbar: Nach den §§ 708 ff. RVO sind die Berufsgenossenschaften als Träger der gesetzlichen Unfallversicherung zum Erlaß von „Unfallverhütungsvorschriften“ berechtigt und verpflichtet, während es allgemeine „Krankheitsverhütungsvorschriften“ nicht gibt¹³⁹.

Zivilrechtliche Folgen ergeben sich allerdings insoweit, als der Arbeitgeber auch dem einzelnen Arbeitnehmer gegenüber kraft Arbeitsvertrags verpflichtet ist, die bestehenden Vorschriften einzuhalten¹⁴⁰. Die Beachtung dieser Pflicht im Klagewege zu erzwingen, ist jedoch nicht nur unüblich, sondern könnte auch für den Arbeitnehmer gravierende Nachteile bis hin zum Arbeitsplatzverlust zur Folge haben¹⁴¹. Auch die direkte Einschaltung der Gewerbeaufsicht ist nicht immer ohne Risiko¹⁴². Besteht in dem betreffenden Betrieb ein Betriebsrat, wird sich der Arbeitnehmer sinnvollerweise an ihn wenden; einer Einschaltung der Gewerbeaufsicht steht dann mit Rücksicht auf § 89 BetrVG nichts mehr im Wege¹⁴³. Schließlich hat das BAG anerkannt, daß die Nichteinhaltung arbeitschutzrechtlicher Vorschriften den Arbeitnehmer grundsätzlich zur Zurückbehaltung der Arbeitsleistung berechtigt¹⁴⁴ – wobei dieses Recht nicht nur den Lohnanspruch unberührt läßt, sondern auch von allen Betroffenen gemeinsam ausgeübt werden kann¹⁴⁵. Belegschaften, die über die nötigen Informationen verfügen, können sich daher in gewissem Umfang selbst schützen.

139) Näher dazu *Däubler*, Ztschr. f. Sozialreform 1984, 351.

140) BAG, AP § 618 BGB Nr. 17.

141) S. o. bei Fußn. 9.

142) Vgl. *LAG Baden-Württemberg*, KritJ 1979, 323, m. krit. Anm. *Janzen*. Dazu auch *Denck*, Betr 1980, 2132.

143) Auch die Geheimhaltungspflicht des § 79 BetrVG greift insoweit nicht ein – s. die Nachw. bei *Däubler*, ArbR I, 7. Aufl. (1985), S. 360 Fußn. 170.

144) BAG, AP Art. 9 GG Nr. 58 – Arbeitskampf Bl. 4.

145) BAG, AP Art. 9 GG Nr. 32 – Arbeitskampf Bl. 6. Ebenso *Brox*, in: *Brox-Rüthers*, ArbeitskampfR, 2. Aufl. (1982), Rdnrn. 599 ff.; *Moll*, RdA 1976, 100 ff.; *Seiter*, StreikR und AussperrungsR, 1975, S. 430; *Zöllner* (o. Fußn. 52), § 40 III 3.

Dr. Walter Schwarz, Zürich

Zur Einführung: Das Recht der Wiedergutmachung und seine Geschichte

I. Einleitung

Die heutige Generation der Jura-Studenten wird vielleicht mit Verwunderung zur Kenntnis nehmen, daß während vieler Jahrzehnte nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs bestimmte Aufgaben der deutschen Justiz in den Händen ausländischer Richter lagen. Es ging dabei um die Rückerstattung, einem integrierenden Bestandteil der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts. So konnte es geschehen, daß ein Anwalt aus Illinois, ein früherer Gerichtspräsident in Khartum und ein Generalstaatsanwalt in Algier gemeinsam mit deutschen Richtern unter dem Vorsitz eines Stockholmer Oberrichters in einem der Obersten Rückerstattungsgerichte zusammensaßen, um über das Schicksal einer Fabrik in Dortmund zu befinden. Dies und vieles andere hat sich fernab vom Licht der Öffentlichkeit abgespielt. Es scheint an der Zeit, den Vorhang zu lüften und der heutigen

Generation künftiger Juristen ein so gut wie unbekanntes Kapitel der deutschen Rechtsgeschichte nahe zu bringen.

Die Wiedergutmachung hat 1947 begonnen. Sie war und ist ein moralischer, politischer und juristischer Vorgang, der nach Anlaß, Art der Durchführung und Umfang in der neueren Geschichte nichts seinesgleichen hat. Im Bereich der Leistungsfestsetzung ist sie praktisch abgeschlossen. Die Renten werden das Jahr 2000 zum Teil überdauern. Das endgültige finanzielle Volumen wird auf einen Betrag geschätzt, der zwischen 90 und 100 Milliarden DM liegt. Dieses einmalige Werk soll den kommenden Generationen überliefert werden.

Der Bundesminister für Finanzen, in Zusammenarbeit mit dem Verfasser dieses Beitrags, gibt seit 1974 ein Sammelwerk „Die Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts durch die Bundesrepublik Deutschland“ heraus, das jetzt vor der Vollendung steht. Die Autoren bemühen sich, den historischen Ablauf der Wiedergutmachung in seinen Grundzügen und Schwerpunkten darzustellen. Was in sieben Bänden mit rund 3000 Seiten zusammengefaßt dargestellt ist, kann im Rahmen eines Zeitschriftenbeitrages nicht ein zweites Mal kondensiert werden. Es muß vielmehr ein eigenes, stark vereinfachendes Modell für diesen Zweck gebaut werden, an dem der Leser vorbeigeführt werden kann. Wen es reizt, mehr zu erfahren, dem steht das Sammelwerk zur Verfügung, und wer die lebendige Wirklichkeit der abstrakten Darstellung vorzieht, findet dort die Fundstellen einer Rechtsprechung mit vielen Tausenden Fällen mit grundsätzlichen Entscheidungen, die einen guten Einblick in die Verfolgungsgeschichte vermitteln.

Die heutige Generation hat sehr wahrscheinlich weder auf der Schule noch im Studium viel über die Wiedergutmachung erfahren. Die akademischen Juristen haben die entlegensten Rechtsgebiete befruchtet, aber einstimmig das Feld der Wiedergutmachung ignoriert – sei es wegen deren vermeintlich ephemeren Charakters, sei es unter dem Einfluß einer moralischen Schwellenangst. Ihr betretenes Schweigen zählt nicht zu den Ruhmesblättern der juristischen Fakultäten, die hier viele Chancen rechtsschöpferischer Mitwirkung auf juristischem Neuland vertan haben. Der Verfasser meint allerdings, daß die rechtspolitischen, gesetzesinterpretierenden und administrativen Aufgaben der Wiedergutmachung im Rahmen des Möglichen auch ohne die Mitwirkung der „Lehre“ befriedigend gelöst worden sind. Dies ist umso höher einzuschätzen, als die rechtliche Ordnung der Wiedergutmachung ein erstmaliges Experiment und eigentlich ein Abenteuer war. Es ist mit Sicherheit anzunehmen, daß die positiven und negativen Erfahrungen auf dem Gebiet der Wiedergutmachung von künftigen Gesetzgebern andernorts, die vor ähnliche Aufgaben gestellt werden könnten oder bereits gestellt sind, zur Kenntnis genommen und verwertet werden. Denn es wäre wünschenswert, daß vermeidbare Fehler nicht aus Unkenntnis und Unerfahrenheit sinnlos wiederholt würden.

II. Die Entstehung der Wiedergutmachung

Die Wiedergutmachung ist nicht auf dem Reißbrett entstanden; ihr ermangelt als Ganzes die Konzeption. Nur die Weltfremdheit darf ihr das vorwerfen. Als sie begann, war das Gebiet der heutigen Bundesrepublik Deutschland vom Kriege zerstört, die Infrastruktur zerschlagen, die Menschen hatten kaum zu essen und zu wohnen, die öffentlichen Kassen waren leer. Dann kamen die Jahre des Wiederaufbaus, dann die des Aufschwungs und schließlich die des Wirtschaftswunders. Die selbstverständliche Notwendigkeit der Wiedergutmachung stand nie im Zweifel, wohl aber der Grad ihrer Priorität angesichts der Fülle unaufschiebbarer Aufgaben der Selbsterhaltung und wirtschaftlichen Fundierung. Die Entwicklung des westlichen Nachkriegsdeutschlands verlief in Sprüngen; deshalb mußte sich auch die Wiedergutmachung als eine unter vielen dringenden Aufgaben, den jeweiligen finanziellen Möglichkeiten und politischen Gegebenheiten