

**İŞÇİ VE MÜSTAHDEMLERİN İŞLETME İÇİNDEKİ VE
ÜÇÜNCÜ KİŞİLER KARŞISINDAKİ SORUMLULUK
BAKIMINDAN DURUMLARI ***

Prof. Dr. Georg BAUMERT
Hür Berlin Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dekanı

Çeviren : **Dr. İrfan YAZMAN**

Alman medenî hukukuna göre ilke olarak, hukuka aykırı, kusurlu her fiil, sebep olduğu zararın giderilmesi yükümlülüğünü doğurduğu halde, bir işçi ya da müstahdemin sorumluluğu belirli bazı hallerde sınırlanır ya da tümüyle kalkar. Zarara uğrayan hak sahipleri olarak şu kişiler sözkonusudur : 1. işveren, 2. zarar veren işçi ya da müstahdemin çalışma arkadaşı, 3. işletme dışından üçüncü bir kişi.

1. En çok rastlanan hal, işçi ya da müstahdemin işletme gereçleri (makine v.b.) üzerindeki yanlış hareketleri ile işverene zarar verilmesidir. İşçi ya da müstahdemin faaliyeti «zarara yatkın iş»lerden sayılmak gerektiği oranda, eğer bu kimse daha önce belirli bir süre kusursuz çalışmış bulunuyor ve şimdi de yalnız hafif bir kusurla suçlanıyorsa, kanundaki kuralların aksine, sorumlu tutulmayacaktır.

Bu tür işlem görmesinin dayanağı, işçi ya da müstahdemin korunması düşüncesinden, yahut kusura dayanan sorumlulukla ilgili bir sorundan çok, rizikonun paylaşılması düşüncesinde yatmaktadır. Eski bir alman atasözü şöyle der : «Gülü seven dikenine katlanır». Bunu iş hukukuna uygularsak, şu anlama gelir : başkasının çalışmasından yarar sağlayan, bunun sakıncalarına da katlanmak zorundadır. Ne denli dikkat edilirse edilsin, tek bir olayda suçlamaya kesinlikle yeterli olsa bile insancıl açıdan bakınca anlayışla karşılamak gereken bir boş bulunma sonucu olarak bir zararın ortaya çıkması kaçınılmazdır. İşveren, çalışmayı kendi yap-

(*) A. Ü. Hukuk Fakültesi'nde 4 Ekim 1977 günü verilen konferans.

saydı da, er ya da geç benzer bir yanlışlık onun da başına gelebilirdi. Bunun rizikosu ona aittir. Bu nedenle, bu rizikoyu başkalarına - olayımızda, işçi ya da müstahdemlere - aktarmasına izin verilmemelidir.

İşin «zarar yatkın» olması gibi bir şartın da eklenmesiyle, bu tür durumların işçi ya da müstahdem aleyhine sınırlandırılmasının doğru olup olmadığı tartışmalıdır. Çünkü bu kavram kesinlikten yoksundur ve haklı olarak işaret edildiği gibi, her fiil başarısızlığa uğramak ve dolayısıyla bir zarara neden olmak tehlikesiyle karşı karşıya bulunur. Bu yüzden, «zarara yatkın iş» deyimini artık ancak, münferit bir olayda işçi ya da müstahdem'in yanlış hareketinin, insancıl açıdan bakıldığında, anlayışla karşılanmak gerekip gerekmediğini ve dolayısıyla işverenin riziko alanına ait olup olmadığını denetlemek bakımından bir vesileden ibaret sayılmalıdır.

2. İşçi ya da müstahdem başka bir çalışma arkadaşına zarar verdiğinde, iki hali ayırt etmek zorundayız : birincisi insan vücuduna, ikincisi eşyaya verilen zarar.

a) İnsan vücuduna zarar verilmesi ve adam ölmesi halleri birkaç yıldanberi Reichsversicherungsordnung'da (= Reich Sigorta Kanunu) (§ 637 RVO) yasal olarak düzenlenmiştir. Buna göre işçi ya da müstahdem bir iş kazasından dolayı ancak, kasıtlı olması halinde ya da kazanın genel trafiğe katılma sırasında olması halinde sorumludur. Sorumluluğun bu tür sınırlandırılması tarihsel bir gelişime dayanır : 1885 yılından bu yana işveren işletme kazasından dolayı işçi ya da müstahdeme karşı ancak, ceza mahkemesince saptanan kasıtlı zarara neden olmuşsa, sorumludur. İşverenin böyle ayrıcalıklı tutulması haklı idi, çünkü sosyal kaza sigortası işverenin primleri ile finanse ediliyordu.

Buna karşılık bir işçi ya da müstahdem, bir çalışma arkadaşına hafif kusuruyla bir zarar verecek oldu mu, gerçi zararın tüm kapsamı için sorumlu tutuluyordu, ne var ki, o arada artık geliştirilmiş bulunan işletme rizikosu kuramı uyarınca, işverene karşı sorumluluktan kurtarılmayı talep ya da ona rücu (başvurma) hakkına sahip bulunuyordu, çünkü önünde sonunda işletme rizikosuna katlanmak zorunda olan işverendi. Böylece işveren, kazaya kendi neden olsaydı hiç de borçlanmıyacağı bir edim için sorumlu tutuluyordu. İşverenin sorumlu tutulmama ayrıcalığı böylece işçi ya da müstahdem aracılığıyla dolambaçlı bir biçimde kaldırılmış olacaktı. Bu durum, 1957 yılında Federal İş Yüksek Mahkemesi Genel Kurulunu, bu tür hafif ihmal olaylarında işçi ya da müstahde-

min, zararı gören çalışma arkadaşına karşı sorumluluğunu reddetmeye sevketti. Bu düşüncelerin de etkisi altında kanun koyucu nihayet 1963 yılında işveren ve işçinin sorumluluklarını eşit olarak düzenledi ve bunu kasıt hali ile sınırlandırdı.

Sorumlu tutulmama ayrıcalığı kapsamından, genel karayolları trafiğinin çıkarılması, özel hukuk kökenli sigortalara sosyal sigortalar lehine olmak üzere daha çok yük yüklemek düşüncesine dayanır. Gene de uygulamada sınırlama güçlükleri doğurmaktadır : örneğin, işletme kazası, genel trafiğin kenarından akıp gittiği bir yol yapım yerinde olunca. Böyle bir yerde işletmeye ait bir kamyonu bir işçi ya da müstahdem tarafından işaret verilerek yol gösterildiğinde, bu yer aslında genel trafiğe açık fakat o sırada manevra için kısa süreli kapalı bulunuyorsa, bu durumda genel trafiğin mi devam ettiği, yoksa salt işletme faaliyeti mi yapıldığı tartışılabilir.

Başka bir olay : aynı işletmeye ait iki araç bir kavşakta rastlantı sonucu karşılaşırsa ve çarpışsa, sürücülerden her biri kendi aracındaki yolcular karşısında sorumlu tutulmama ayrıcalığına sahiptir. Öteki araçtaki yolcular karşısında ise her sürücü sorumlu olup, yalnız kendi özel sorumluluk sigortasının koruyuculuğundan yararlanabilir. Her aracın içindeki yolcular, kendi sürücülerini ile olan ilişkileri bakımından genel trafiğe katılmış sayılmazlar. Halbuki öteki araçtaki yolcular karşısında bu, bir genel trafiğe katılmadır.

Kanunun sözüne göre, işçi ya da müstahdem sorumlu tutulmama ayrıcalığı, «aynı işletmede çalışan» işletme mensubu karşısında geçerlidir. Bu aynı zamanda, başka bir işverenden ödünç alınan işçi için de geçerli olur.

Tartışmalı olan, birkaç firmanın bir yapıt yapmak için bir çalışmada grubu kurmaları halidir. Burada çeşitli olasılıkları ayırt etmek gerekir.

Firmalar, bir «topluluk» olarak biraraya geldikleri zaman, bir anlamda ortak bir işletme kurmuş sayılırlar ki, bu çerçevede sorumlu tutulmama ayrıcalığı geçerliğini korur. Buna karşılık, firmalar, birleşik bir ortak yönetim altında olsa bile, bir proje üzerinde ayrı ayrı çalıştıkları zaman, «ortak işletme»den yoksundurlar. Aynı şekilde, birden çok firma aynı inşaatta hernekadar yer bakımından yanyana olsa da, ayrı ayrı işler üzerinde çalıştıkları sırada, başka başka işletmelerin işçi ya da müstahdemleri arasında vücut tamlığıyla ilgili zarar meydana gelecek olursa, sorumlu tutulmama ayrıcalığı işlemez.

b) Eşyaya ilişkin zarar halinde işçi ya da müstahdem, kendi çalışma arkadaşlarına karşı sorumlu tutulmama ayrıcalığından yararlanamaz. Ancak hafif kusur halinde, zarar verenin, daha önce sözü edilen, sorumluluktan kurtarılmayı talep ya da rücu (başvurma) hakkı vardır.

3. Ödeme gücü yüksek işveren karşısındaki bu, sorumluluktan kurtarılmayı talep hakkıdır ki, işçi ya da müstahdem üçüncü kişiler karşısındaki sorumluluğunu ilginç bir hale dönüştürmüştür, çünkü sorumluluktan kurtarılmayı talep hakkı, haczedilebilen bir haktır. İlke olarak işçi ya da müstahdem üçüncü kişilere karşı haksız fiil çerçevesi içinde, hukuka aykırı her kusurlu fiilinden dolayı sorumludur. Fiil, işletmeyle ilgili bir iş edimi çerçevesinde yapılmış ve işçi ya da müstahdeme ancak hafif bir ihmal düşüyorsa, bu durumda onun işverene karşı, sorumluluktan kurtarılmayı talep hakkı vardır. İşte bu hafif ihmal halinden hareket etmek istiyoruz.

İşveren, sorumluluktan kurtarılma talebini yerine getirebildiği sürece, işçi ya da müstahdem sorumluluğu kuramsal olarak kalır ve bir sorun yaratmaz.

Ama ya işveren bu, kurtarmada bulunma gücüne fiilen sahip değilse durum ne olacaktır? İşçi ya da müstahdem, örneğin işverenin bir bankaya teminat amacıyla temlik ettiği bir araca zarar verecek olursa, hafif ihmalinden ötürü üçüncü kişi karşısında sorumlu mu tutulacaktır? İşçi ya da müstahdem, aracın işverene ait olmadığını, çünkü bunun kiraya verildiğini yahut teminat amacıyla temlik edildiğini bilip bilmemesi; ya da üçüncü kişinin eşyanın bir işçi ya da müstahdem tarafından kullanıldığını bilip bilmemesi bir fark yaratmalı mıdır? O halde işveren, işçi ya da müstahdemi sorumluluktan kurtarmak için iktisaden yeter güçte değilse, işçi ya da müstahdem üçüncü kişi karşısında çaresiz sorumlu mu kalmalıdır?

Aşağıdaki açıklamalarda şu noktadan hareket edilmektedir: işletme gereçleri (araçlar, makineler v.b.) işverenin mülkiyetinde olsaydı, işçi ya da müstahdem işverene karşı sorumlu olmayacaktı, çünkü zarara yatkın işlerde işçi ya da müstahdeme yalnız hafif ihmal yüklenmektedir. Burada işçi ya da müstahdem sorumlu tutulmak istenseydi, rizikonun işverenden işçi ya da müstahdem üstüne yıkılması gerçekleştirilmiş olurdu. Bundan böyle işveren işletme rizikosunu yalnız başına taşımayacak, onun yanında işçi ya da müstahdem de yer alması olacaktır.

Buna karşı, işletmeyle ilgili münferit konularda yönetime katılma hakkına işaret edilmesi de bir yardım sağlamaz, çünkü yönetime katılma, eşit haklara sahip olma ile bir tutulursa ve bundan işletme üzerinde eşit haklara hattâ eşit yükümlülüklerle sahip olma sonucu çıkarılırsa, bu eşit haklara sahip olma hali ancak tüm personel için sözkonusu olacağından, yükümlülüğün tek tek işçi ya da müstahdeme düşmesine izin verilemez.

Bu bakımdan, rizikoyu münferit işçi ya da müstahdem üstüne yıkmak yakışık almıyacaktır. Böylece işçi ya da müstahdem sorumluluktan kurtulmayı talep ve rücu (başvurma) hakkı da başka bir ışık altında görünmektedir. İşverenin malvarlığı yoksa işçi ya da müstahdem nasıl ki sorumlu tutulmak gerekmiyorsa, işverenin ödeme gücüne sahip olması halinde bunların sorumlu tutulmasını açıklamak daha da güç olacaktı. Bu görüş kabul edildiği takdirde, işçi ya da müstahdem tarafından üçüncü bir kişiye tazminat ödenmesi, vekâletsiz iş görme olacaktır; buna karşılık işverene karşı sorumluluktan kurtarılmayı talep hakkının içeriği sadece, işverenin gerçek borçlu olarak ortaya çıkması olacaktır.

Herhalde yukarıda belirtilen kaygılar, işçi ya da müstahdem sorumluluğunun veya sorumsuzluğunun dogmatik temellerini incelemek için yeteri kadar vesile oluşturmaktadır.

Teminat amaçlı temlik, «leasing» (bir tür kira) ve mülkiyeti saklı tutma hallerinde işveren ile üçüncü kişi arasında kural olarak hep bir sözleşme vardır ve buna dayanarak işveren, zarara uğrayan eşyayı kullanma yetkisine önceden sahip bulunmaktadır. Bu sözleşmeden, işçi ya da müstahdem lehine olarak, bu kimseyi üçüncü kişi karşısında da aynı işveren karşısında olduğu ölçüde sorumluluktan kurtaran bir anlam çıkarmak akla yakın olacaktır. Ancak böyle bir yorum nihayet bir varsayıma dayanacaktır. Sözleşmenin tarafları, işçi ya da müstahdemlerin sorumluluktan kurtarılmasını düşünmemektedirler. Bu, Federal Yüksek Mahkeme'nin önceleri mütereddit içtihadında açıkça görülmektedir. Federal Yüksek Mahkeme, başlangıçta işçi ya da müstahdem sorumluluktan kurtulmasını reddediyordu. Yüksek Mahkeme'nin içtihadı, sadece eşyanın işçiler ya da müstahdemler tarafından kullanıldığının üçüncü kişi tarafından hiç değilse farkına varılmış olunmasını şart koşmakla kalmıyor, aynı zamanda üçüncü kişinin işçi ya da müstahdeme karşı bu tür hallerde bir talep hakkına sahip olduğunu da şart koşuyordu. Halbuki asıl şüpheyile karşılanmak gereken de budur. Varılan sonuç, yani, «ödeme gücü olan bir işverenin işçi ya da müstahdemi sorumludur, çünkü malvarlığının uğrıyacağı eksil-

meyi işverene aktarabilir (yani fiilen sorumlu tutulmasına ihtiyaç yoktur); öte yandan, malvarlığı olmıyan işverenin işçi ya da müstahdemi sorumlu değildir, çünkü kendi işverenin malvarlığından yoksun olması gerçeğinin ardına sığınabilecektir» şeklindeki sonuç, dogmatik bakımdan dayanaksızdır. İşçi ya da müstahdem, üçüncü kişiye karşı ya herhalde sorumlu olmalı veya hiç sorumlu olmamalıdır. Yeğlemenin ölçütü ancak, malvarlığı bulunmıyan işveren olabilir. İşçi ya da müstahdem, işletmeye ait borçları ödemek zorunda kalma durumu, ancak bu halde açıkça ortaya çıkmaktadır.

Ayrıca, yürürlükteki hukukta, rücu (başvurma) borçlusunun malvarlığı bulunmaması nedeniyle bir itiraza da yer verilmediğine göre, şu türden bir yardımcı gerekçeyle de çalışılmaz : «işçi ya da müstahdem, ancak işverenin malvarlığının bulunmaması halinde BGB § 242'deki itiraz imkânına ihtiyaç duyacaktır». BGB § 242 (bu, zaten gereğinden çok kullanılagelmiş genel ilke), eğer burada uygulanacak idiyse, o zaman bu, daha talebin doğumunda yapılmalıdır, yoksa işverenin iflâsı halinde değil.

Uygulamada hernekadar bir mahkemenin, bir işçi ya da müstahdemi tazminata mahkûm etmek suretiyle, ona teşebbüs rizikosunu yüklemesi, hemen hemen hiç beklenmeyen birşey ise de, gene de, işçi ya da müstahdem, davanın hangi aşamasında işverenin iflâsı defini öne sürmek zorunda olduğu üzerinde düşünmek gerekir. İşverenin dava sırasında iflâs etmesi ve mahkemenin kusur saptamak gibi güç sorunların orta yerinde bir nefes alarak, denize düşenin yılanı sarılması gibi BGB § 242'ye başvurması ve zarar gören üçüncü kişinin davasını reddetmesi, az da olsa gülünç olmayacak mıdır? Öte yandan sorumluluğa karşı kendini sigorta ettirmiş bir işçi ya da müstahdem, sigorta bedeli tutarınca ödemedi bulunmaya zorlanacağı kesindir.

Bir işçi ya da müstahdemi, zarar gören üçüncü kişiye karşı ağır ihmâl ve kasıttan sorumlu tutup, hafif ihmâlden sorumlu tutmamak da düşünülemez. İşçi ya da müstahdem, üçüncü kişi karşısında her zaman yalnız BGB § 823 gereğince sorumlu olacağı için, yukarıdaki gibi bir ayırımda bulunmanın dayanağı da yoktur. Buna karşın bazı kararlarda, işçi ya da müstahdem, üçüncü kişi karşısında ağır ihmâl ve kasıttan dolayı herhalde sorumlu olacağına açıkça işaret edilmektedir.

Benzer şekilde, örneğin Hoffmann,¹ işçi ya da müstahdem, yumuşatılmış sorumluluğunu üçüncü kişi karşısında ancak, özenli bir sözleşmecinin, kiracının yardımcı kimseler kullanacağını hesap

etmesi gereken hallerde kabul etmektedir. Burada çıkış noktası kesinlikle yanlış seçilmiştir. İlke olarak her zaman, eşyayı yalnız sözleşmecinin değil, aynı zamanda başka birinin de (işçi ya da müstahdem, bir aile mensubunun, bir dost veya iş arkadaşının) kullanabileceğinden hareket etmelidir. Ne zaman ki, borç ilişkisinin açık içeriğine ve edimin türüne göre, edim konusunu yalnız karşı sözleşmecinin ancak kişisel olarak kullanabileceği sabit bulunuyorsa, o zaman sözleşme ayrıcalığının üçüncü kişileri de kapsamı söz konusu olamayacaktır. Ne var ki, bu takdirde güvenli bir hukukî temel terk edilmiş ve dayanışmalı borçlular arasında kanunca emredilen denklige uyulmamış olacağı gerekçesiyle, Boeck,² sorumluluk sınırlamalarının kişi bakımından kapsamının genişletilmesine karşıdır.

Üçüncü kişi, bir işçi ya da müstahdem tarafından zarara uğratılınca, BGB'nin özel hükmü sadece işverenin sorumluluğunu ele almakta (BGB § 831) ve bu durumu öyle düzenlemektedir ki, işveren ancak kendi kusuru bulunması halinde sorumlu olmaktadır.

Bunun yanında BGB § 823'teki genel hüküm, görünüşte çok doğalmış gibi, işçi ya da müstahdem üçüncü kişiye karşı sorumlu olması gerektiğini hükme bağlamaktadır. Bunun doğru olup olmadığı, aşağıdaki düşüncelerle açıklanacaktır.

BGB hükümleri, eşit durumdaki bağımsız kişiler için yaratılmış ve kusur ilkesi üzerine oturtulmuştur. Bu her iki nitelik de iş hukuku alanına uymaz. Bir yanda işçi ya da müstahdem bağımlılığı, öte yanda işletme yararının ve dolayısıyla işletme rizikosunun işverene ait olması, işçi ya da müstahdem ile işveren arasındaki ilişkide, yukarıdaki hükümlerden önemli sapmalarda bulunmayı zorunlu kılar. Bu yüzden iş hukuku önemli ölçüde BGB'nin dışında gelişmek zorunda kalmıştır, çünkü BGB'deki hizmet sözleşmesi hukuku, işçi ya da müstahdem ile işveren arasındaki ilişkinin özünü kapsamamaktadır. Ama dış ilişkide de, BGB'nin içinde bile (başka bir yerde olsa da), bağımlı bir kişinin söz konusu olması halinde, kuraldan sapmaların zorunlu olduğu görülmektedir. Nitekim BGB § 166 f.1, bağımsız temsilciyi, yönergeye bağlı olanından (BGB § 166 f.2) ayrı işleme tabi tutmaktadır. Belirli bazı hallerin bilinmesi ya da bilinmesinin gerekmesi, ilke olarak temsilci olan kişiye göre değişmekte ve belirlenmektedir. Buna karşılık temsilci, temsil edilenin belirli yönergelerine göre hareket ediyorsa, bunun yanında temsil edilenin bilgisi önem taşımaktadır (BGB § 166 f.2). Demek ki, bir yönerge verme yetkisinin kullanılması, yönerge yetkilisini hukukî ilgi alanının orta yerine getirmek-

tedir. Gene de temsilci bağımsız da hareket edebildiği için, onun bilgisi de önemli olmakta devam eder.

Ancak, BGB § 166 hükmü münhasıran hukuki işlem alanı için yaratılmıştır. Gene de göstermektedir ki, isnadın ağırlık merkezinin dışarıdan içeriye doğru yer değiştirmesi yalnız mümkün olmakla kalmamakta, aynı zamanda son derece makul da olmaktadır. Hiç değilse bundan belirli bir imkân çıkarılarak, haksız fiil hukukunda benzer bir kullanımda bulunulabilir ve işçi ya da müstahdem, yönerge yetkisine sahip işverenin sadece yürütmeye görevli bir uzantısı olarak kabul edilerek sorumluluk bakımından safdışı bırakılabilir.

Fiilde bulunan kimse, temsilci değil de, işçi ya da müstahdem olarak sadece yönergeyle bağlı, yürütmeye görevli bir kişi olunca, artık bir önem taşımaktan çıkar.

Bu tür bir hüküm BGB'de yoktur, çünkü böyle bir bağımlılık ilişkisi ona yabancıdır. Bu bakımdan, düzenlenmemiş bir alan olduğu sonucuna varılabilir; bu alan içerisinde, işçi ya da müstahdem sorumluğu, BGB § 823 çerçevesinde mümkün olandan farklı bir biçimde ele alınmalıdır. Bu kanun boşluğu ise, bir üçüncü kişinin bir işçi ya da müstahdem tarafından bir haksız fiille zarara uğratılması halinde, şöyle bir tesbitte bulunmayı haklı kılmaktadır: BGB § 831, ayrıca BGB § 823'ü istihdam edilene uygulamaksızın, yalnız istihdam eden istihdam edilenin fiilinden dolayı sorumlu tutmaktadır, çünkü istihdam edilen ancak kendisine verilen yönergeler çerçevesinde hareket etmeğe mezundur. İşçi ya da müstahdem, kendi işverenin sadece yürütmeye görevli bir kişisi olduğu için, üçüncü kişi karşısında da münhasıran işveren sorumlu olmalıdır.

Düzenlenmemiş bir alan bulunduğu görüşü lehinde şu gerçek de öne sürülebilir: eskiden, işçi ya da müstahdem olan kişi, sorumluluk bakımından hiçbir önem taşımazdı, çünkü elinden alınabilecek birşeyi zaten bulunmazdı. Sorumluluktan kurtarılmayı talep hakkı ile birlikte durum da değişmiştir, çünkü şimdi malvarlığından yoksun işçi ya da müstahdem arkasında işverenin sermayesi bulunmaktadır. Gamillscheg,³ açıkça buna dikkati çekmektedir. İşverenin malvarlığı yoksa, asıl o zaman talebin yöneltildiği işçi ya da müstahdem şahsında yalnız işverenin parasına göz dikildiği bütün açıklığıyla kendini belli etmektedir, çünkü zararın büyükçe olması halinde işçi ya da müstahdem zaten önemsiz kalmaktadır. İşçi ya da müstahdem, zarar gören üçüncü kişi karşı-

sında sorumluluk bakımından yalnız bir paravana işlevi görmektedir.

Ayrıca BGB § 840 f.2'de işçi ya da müstahdeme rücuda bulunması (başvurması) için işverene davetiye çıkarıldığı halde, bu imkândan hemen hiç yararlanılmamış olduğu dikkate alındığında, bu gerçek de, BGB'nin haksız fiillere ilişkin kurallarının işçi ya da müstahdem içinde bulunduğu baskı durumu bakımından makul karşılanmadığına bir başka işaret sayılmalıdır.

Nihayet, işverenden - hangi nedenle olursa olsun - birşey koparılamaması halinde, işçi ya da müstahdem de sorumlu tutulmaması görüşüne varıldı mı, artık BGB § 823'ün (bu hüküm bu tür bir çıkarlar durumuna uymadığı için) işçi ya da müstahdeme uygulanmamasına ufak bir adım kalmış demektir. Bu arada Helm⁴ ile Boeck⁵ün, medenî hukuk sistemimizin bu tür bir yumuşatılmasına şiddetle itiraz etmelerinin, son seddelerden birinin yıkılmasından ve güven verici hukukî temellerin terkedilmesinden söz etmelerinin, pek bir zararı olduğu söylenemez. Bir hukuk düzeninin görevi, herşeyden önce dogmatik bakımdan sağlam sonuçlar imal etmek olmayıp, bu düzen gerçek yaşam gereklerine hergün kendini yeniden uydurmak zorundadır. Aksi halde anlamlı bir hukuk evrimi olanaksızdır.

Artık, işçi ya da müstahdem işletme borçlarını ödemesi gerekip gerekmediği sorununa el atmanın vakti gelmiştir, çünkü bu sorun eskiden malvarlığı ile ilgili pratik nedenler yüzünden bir önem taşımıyordu ve dogmatik bakımdan da ele alınmadan bırakılmıştı.

Burada önerilen radikal çare henüz kabule değer görülmesi bile, bu sorun, BGB § 831'deki kurtuluş kanıtının kaldırılması sırasında gözönünde bulundurulmalıdır. En geç, kurtuluş kanıtının kaldırılması ile birlikte, işçi ya da müstahdem işini yaparken üçüncü kişilere verdiği zararlardan dolayı olan sorumluluğu da kaldırılmalıdır. İşçi ya da müstahdem, eğer bunun için gereken şartlar mevcutsa, sadece işveren tarafından yöneltilecek bir taleple karşı karşıya bırakılmalıdır.

Burada önerilen çözümün başka bir yararı daha vardır. İşçi ya da müstahdem, artık sadece kendi işverenin bir talebi ile karşı karşıya kaldı mı, o zaman işçi ya da müstahdem sorumluluğu sorunu her zaman, konu bakımından daha çok uzmanlık bilgisine sahip olan iş mahkemesi önünde karara bağlanacaktır.

Gene de her zaman için ön şart, işçi ya da müstahdemin işini görmekte olması, yani alet olarak davranışta bulunması, olmalıdır. Yönerge, başkasına ait mülkiyete zarar vermeyi içerse ve işveren yönergeyi, örneğin üçüncü kişiye hemen bir tazminat ödemek bilinci içerisinde vermiş olsa bile, yönergeye uygun olarak hareket eden işçi ya da müstahdemin neden sorumlu olması gerektiği anlaşılmaz birşeydir. Münhasıran istihdam edenin üçüncü kişiler karşısında sorumlu tutulması biçimindeki bu görüş ancak, istihdam eden (işveren) için gerçekten yönergeyle bağlı işçi ya da müstahdemlerin faaliyet gösterdiği hallerde geçerli olabilir. Bir işçiden, belli bir faaliyette bulunmayı reddetmek suretiyle işini yitirmek rizikosuna girmesi beklenemez, çünkü o, bu faaliyetin arkasında neler döndüğünü çoğu kez bilecek durumda olmayacaktır da. İşçi ya da müstahdemin içinde bulunduğu bu baskı durumu için BGB § 823 geçerli olamaz, çünkü bu hüküm belirli bir bağımsızlığı şart koşar ki, bağımsızlığı nedeniyle işçi ya da müstahdemin asıl sahip olmadığı şey de budur.

Önüde sonunda burada kusur ilkesi ile riziko paylaşırma (tehlike) ilkesinin, çözülmesi olanaksız bir karşıtlık içinde çatıştığı görülmektedir. Son zamanlarda kusur ilkesine giderek daha çok istisnalar getirilmektedir, çünkü bu ilke zararın adaletli bir paylaşılmasını sağlayamamıştır. Asıl iş hukukunda şu düşünce geliştirilmiştir: özellikle ücret ile yalnız çalışma süresi karşılanıp da, faaliyetle bağlantılı bulunan üçüncü kişiler karşısındaki sorumluluk tehlikesi nazara alınmayan hallerde, riziko, emekten yararlananda kalmalıdır. İşverenin sorumluluğu bakımından burada anlatılan görüş sonuçta bir değişikliğe neden olmaz. Şimdiye kadar ki uygulamaya göre işveren ya BGB § 831 aracılığıyla veya işçi ya da müstahdemin rücuu (başvurması) dolayısıyla sorumlu kalır. Burada tartışmaya sunulan görüşe göre ise, üçüncü kişiye karşı münhasıran işveren doğrudan doğruya BGB § 823'e göre sorumlu olup, gerektiğinde kendi işçi ya da müstahdemine karşı iş sözleşmesinin ihlâlinden dolayı rücu (başvurma) imkânına sahiptir.

Köbler⁶ burada, istihdam eden şahsen değil ifa yardımcıları vasıtasıyla hareket ettiğinde, bir tür tehlike sorumluluğu olduğundan söz etmektedir.

Böylece işverenin malvarlığı bulunmaması halinde zarar rizikosunun işçi ya da müstahdeme aktarılması önlenmiş olmaktadır.

DIE POSITION DES ARBEITNEHMERS HINSICHTLICH SEINER INNERBETRIEBLICHEN HAFTUNG UND DER HAFTUNG GEGENÜBER DRITTEN

Prof. Dr. Georg BAUMERT

Während nach deutschem Zivilrecht im Prinzip jede schuldhaftere rechtswidrige Handlung zum Ersatz des durch sie verursachten Schadens verpflichtet, wird die Haftung eines Arbeitnehmers in gewissen Fällen eingeschränkt oder ausgeschlossen. Als verletzte Rechtsinhaber kommen hier 1. der Arbeitgeber, 2. ein Arbeitskollege des schädigenden Arbeitnehmers sowie 3. ein außenstehender Dritter in Betracht.

1. Der häufigste Fall ist die Schädigung des Arbeitgebers durch Fehlhandlungen des Arbeitnehmers an Betriebsgegenständen (Maschinen usw.). Entgegen den Regeln des Gesetzes läßt man den Arbeitnehmer dann nicht haften, wenn ihm nur leichtes Verschulden vorzuwerfen ist und er bereits eine gewisse Zeit fehlerfrei gearbeitet hat, sofern die Tätigkeit des Arbeitnehmers als «schadengeneigte Arbeit» anzusehen ist.

Grundlage für diese Behandlung ist weniger der Schutz des Arbeitnehmers oder eine Problematik in der Verschuldenshaftung als vielmehr der Risikoverteilung. Ein altes deutsches Rechtspruchwort sagt: «Wer den guten Tropfen genießt, muß auch den bösen genießen».

Angewandt auf das Arbeitsrecht bedeutet dies, wer den Vorteil aus fremdbestimmter Arbeit hat, muß auch den sich dabei ergebenden Nachteil tragen. Es ist unausweichlich, daß auch bei angespannter Aufmerksamkeit irgendwann einmal infolge eines sicherlich im Einzelfall vorwerfbareren, aber menschlich verständlichen Versagens ein Schaden eintritt. Hätte der Arbeitgeber diese Tätigkeit selbst ausgeübt, wäre auch ihm früher oder später ein ähnlicher Fehler unterlaufen. Dieses Risiko liegt bei ihm. Er soll es deshalb nicht auf andere — hier den Arbeitnehmer — abwälzen dürfen.

Ob derartige Fälle zu Lasten des Arbeitnehmers eingeschränkt werden dürfen, indem man als weitere Voraussetzung verlangt, die Arbeit müsse «schadengeneigt» sein, ist umstritten. Der Begriff ist unscharf und zu Recht wird darauf hingewiesen, daß jede Handlung unter der Gefahr steht, zu mißlingen und damit einen Schaden zu verursachen. Man sollte deshalb dieses Schlagwort «schadengeneigte Arbeit» lediglich zum Anlaß nehmen, um im Einzelfall zu prüfen, ob tatsächlich das Versagen des Arbeitnehmers menschlich verständlich ist und damit zum Risikobereich des Arbeitgebers gehört.

2. Schädigt der Arbeitnehmer einen anderen Arbeitskollegen, so müssen wir zwei Fälle unterscheiden, nämlich einmal die Verletzung des Körpers und zum anderen die Verletzung des Eigentums.

a) Körperverletzung und auch Tötung sind seit einigen Jahren gesetzlich in der Reichsversicherungsordnung geregelt (§ 637 RVO). Danach haftet der Arbeitnehmer aus einem Arbeitsunfall nur bei Vorsatz oder wenn der Unfall bei der Teilnahme am allgemeinen Verkehr eingetreten ist. Dieser Haftungsausschluß basiert auf folgender historischer Entwicklung: Seit 1885 haftet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer aus Betriebsunfall nur dann, wenn der Arbeitgeber durch strafgerichtlich festgestellten Vorsatz den Schaden verschuldet. Die Bevorzugung des Arbeitgebers war gerechtfertigt, weil die soziale Unfallversicherung aus den Beiträgen der Unternehmer finanziert wurde.

Schädigte jedoch ein Arbeitnehmer auf Grund leichten Verschuldens einen Arbeitskollegen, so haftete er, zwar in vollem Umfang, hatte jedoch gemäß der mittlerweile entwickelten Betriebsrisikolehre einen Freistellungs—oder Regreßanspruch gegen den Arbeitgeber, der ja das Betriebsrisiko letztendlich zu tragen hat. Dadurch wurde der Arbeitgeber zu einer Leistung herangezogen, die er nie geschuldet hätte, wenn er den Unfall selbst verursacht hätte. Auf dem Umweg über den Arbeitnehmer wäre das Haftungsprivileg des Unternehmers also aufgehoben worden. Diese Situation veranlaßte den Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1957 für diesen Fall der leichten Fahrlässigkeit die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem geschädigten Arbeitskollegen abzulehnen. Mit auf Grund dieser Erwägungen hat der Gesetzgeber dann im Jahre 1963 die Haftung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleichmäßig geregelt, indem er sie auf Vorsatz beschränkt hat.

Die Herausnahme des allgemeinen Straßenverkehrs aus diesem Haftungsprivileg beruht auf der Überlegung, den privatrechtlichen Versicherungsträger zu Gunsten der Sozialversicherung zu belasten. Die tatsächliche Abgrenzung bereitet jedoch Schwierigkeiten, wenn zum Beispiel der Betriebsunfall an einer Straßenbaustelle dieses Unternehmens erfolgt, an welcher der allgemeine Verkehr vorüberfließt. Wird ein Lastwagen des Betriebes dort von einem Arbeitnehmer auf einer Stelle eingewinkt, die zwar noch dem allgemeinen Verkehr zugänglich ist, für diesen Moment aber wegen des Rangierens kurz gesperrt wäre, so ist fraglich, ob hier noch allgemeiner Verkehr gegeben ist, oder reine betriebliche Tätigkeit vorliegt.

Ein anderer Fall: Begegnen sich zwei Fahrzeuge desselben Betriebes zufällig auf einer Kreuzung und kollidieren, so hat jeder Fahrer gegenüber seinen Mitfahrern das Haftungsprivileg. Den Insassen des anderen Fahrzeuges haftet er jedoch, lediglich geschützt durch seine private Pflichtversicherung. Die eigenen Mitfahrer nahmen nicht am allgemeinen Verkehr teil im Verhältnis zu ihrem Fahrer. Gegenüber den Insassen des anderen Fahrzeuges war es dagegen Teilnahme am allgemeinen Verkehr.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes gilt das Haftungsprivileg des Arbeitnehmers gegenüber einem «in demselben Betrieb tätigen» Betriebsangehörigen. Damit trifft es auch gegenüber dem Leiharbeiter zu.

Fraglich ist es jedoch, wenn mehrere Firmen eine Arbeitsgemeinschaft bilden, um ein Werk zu erstellen. Hier sind mehrere Möglichkeiten zu unterscheiden.

Tun sich die Firmen zu einer «Gemeinsamkeit» zusammen, so bilden sie insofern *einen* gemeinschaftlichen Betrieb innerhalb dessen das Haftungsprivileg Gültigkeit hat. Arbeiten die Firmen jedoch getrennt, wenn auch unter einheitlicher Gesamtleitung, an einem Projekt, so fehlt es an einem «gemeinsamen Betrieb». Ebensowenig gilt das Haftungsprivileg, wenn mehrere Firmen an einer Baustelle zwar räumlich nebeneinander, aber an verschiedenen Aufgaben arbeiten und es dabei zu Personenschäden kommt zwischen Arbeitnehmern unterschiedlicher Betriebe.

b) Bei Sachschäden genießt der Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitskollegen kein Haftungsprivileg. Im Falle leichten Verschuldens hat der Schädiger jedoch den bereits erwähnten Freistellungs — oder Regreßanspruch.

3. Dieser Freistellungsanspruch gegenüber dem zahlungskräftigen Arbeitgeber hat dann auch die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber Dritten interessant werden lassen, weil man den Freistellungsanspruch pfänden kann.

Grundsätzlich haftet der Arbeitnehmer Dritten gegenüber im Rahmen des Deliktrechts für jede schuldhaft rechtswidrige Handlung. Erfolgte die Handlung im Rahmen betrieblicher Arbeitsleistung und trifft den Arbeitnehmer nur leichte Fahrlässigkeit, so hat er einen Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber. Von dem Fall dieser leichten Fahrlässigkeit wollen wir ausgehen.

Solange der Arbeitgeber den Freistellungsanspruch erfüllen kann, bleibt die Haftung des Arbeitnehmers theoretisch und ist somit unproblematisch.

Wie aber steht es, wenn der Arbeitgeber zu dieser Entlastung faktisch nicht in der Lage ist? Soll der Arbeitnehmer dem Dritten für leichte Fahrlässigkeit haften, wenn er das an eine Bank sicherungsweise übereignete Fahrzeug des Arbeitgebers beschädigt? Soll es einen Unterschied machen, ob der Arbeitnehmer weiß, daß das Fahrzeug nicht dem Arbeitgeber gehört, weil es gemietet oder sicherungsübereignet ist oder ob der Dritte weiß, daß die Sache auch von einem Arbeitnehmer benutzt wird? Soll der Arbeitnehmer also einem Dritten unentrinnbar haften, wenn der Arbeitgeber zur Freistellung des Arbeitnehmers wirtschaftlich nicht in der Lage ist? Ausgangspunkt für die folgenden Überlegungen ist dabei, daß der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber nicht haften würde, wenn die Betriebsmittel (Fahrzeug, Maschinen usw.) im Eigentum des Arbeitgebers stünden, da dem Arbeitnehmer nur leichte Fahrlässigkeit bei schadengeneigter Arbeit zur Last fällt. Wollte man den Arbeitnehmer hier endgültig haften lassen, dann vollzöge sich eine Risikoabwälzung auf den Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber trüge das Betriebsrisiko nicht mehr allein, sondern neben ihm ersatzweise auch der Arbeitnehmer.

Dagegen hilft auch nicht ein Hinweis auf das Mitbestimmungsrecht in einzelnen Betriebsangelegenheiten weiter; denn wollte man die Mitbestimmung einer Gleichberechtigung gleichsetzen und daraus eine Mitberechtigung und sogar Mitverpflichtung am Betrieb herleiten, so stünde diese Mitberechtigung nur der gesamten Belegschaft zu, und die Verpflichtung dürfe nicht den einzelnen Arbeitnehmer treffen.

Es wäre darum absurd, eine Risikoabwälzung auf einen einzelnen Arbeitnehmer eintreten zu lassen. Damit erscheint auch der Freistellung — und Rückgriffsanspruch des Arbeitnehmers in einem anderen Lichte. Braucht der Arbeitnehmer bei Vermögenslosigkeit des Arbeitgebers nicht zu haften, so ist erst recht kein Grund zu sehen, warum er bei Zahlungsfähigkeit des Arbeitgebers haften sollte. Folgt man dieser Meinung, so wäre die Zahlung von Schadensersatz durch den Arbeitnehmer an einen Dritten auftragslose Geschäftsführung; der Anspruch auf Freistellung gegen den Arbeitgeber hätte dagegen nur zum Inhalt, daß sich der Arbeitgeber als richtiger Schuldner meldet.

Jedenfalls geben die angeführten Bedenken hinreichenden Anlaß, die dogmatischen Grundlagen einer Haftung oder Nichthaftung des Arbeitnehmers zu untersuchen.

In den Fällen von Sicherungsübereignung, Leasing und Eigentumsvorbehalt besteht zwischen Arbeitgeber und Dritten regelmäßig ein Vertrag, kraft dessen der Arbeitgeber zur Benutzung der später beschädigten Sache berechtigt ist. Es läge nahe, in diesen Vertrag einen Haftungsausschluß zugunsten der Arbeitnehmer hineinzulesen, des Inhalts, den Arbeitnehmer dem Dritten gegenüber insoweit freizustellen, als der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber nicht zu haften braucht. Eine derartige Interpretation beruht jedoch letztlich auf einer Fiktion. Die Parteien denken nicht an einen Haftungsausschluß der Arbeitnehmer. Dies zeigt sich klar in der zunächst schwankenden Rechtsprechung des BHG, der zunächst eine Freizeichnung für die Arbeitnehmer ablehnte. Zudem setzt sie nicht nur voraus, daß dem Dritten zumindest bewußt werden mußte, die Sache werde auch von Arbeitnehmern benutzt, sondern sie setzt vor allem voraus, daß der Dritte überhaupt einen Anspruch gegen den Arbeitnehmer in solchen Fällen hat. Gerade das aber soll hier in Zweifel gezogen werden. Das Ergebnis, der Arbeitnehmer eines liquiden Arbeitgebers hafte, weil er die Vermögenseinbuße abwälzen kann—also praktisch nicht zu haften braucht—der Arbeitnehmer eines vermögenslosen Arbeitgebers hafte nicht, weil er die Vermögenslosigkeit seines Arbeitgebers vorschützen dürfe, ist dogmatisch nicht haltbar. Entweder haftet der Arbeitnehmer dem Dritten in jedem Falle oder aber überhaupt nicht. Prüfstein für die Entscheidung kann nur der Fall des vermögenslosen Arbeitgebers sein. Nur hier tritt die Situation des Arbeitnehmers, Betriebsschulden zahlen zu müssen, klar hervor.

Da es ferner im geltenden Recht keine Einwendungen aus der Vermögenslosigkeit seines Regreßschuldners gibt, kann man auch nicht mit der Hilferwägung arbeiten, der Arbeitnehmer brauche eben nur im Falle der Vermögenslosigkeit des Arbeitgebers die Möglichkeit zu einer Einwendung aus § 242 BGB. Wenn § 242 BGB — eine reichlich überstrapazierte Generalklausel — hier überhaupt eingreifen soll, dann schon bei der Anspruchsentstehung, nicht aber erst durch Konkurs des Arbeitgebers.

Wenn es auch in der Praxis kaum zu erwarten steht, daß ein Gericht einem Arbeitnehmer durch Verurteilung zum Schadensersatz das Unternehmerrisiko aufbürdet, so gilt es dennoch zu überlegen, in welchem Stadium des Prozesses der Arbeitnehmer die Einrede des Arbeitgeber — Konkurses vorbringen müßte. Es dürfte nicht ganz der Lächerlichkeit entbehren, wenn der Arbeitgeber während des Prozesses in Konkurs fällt und das Gericht nunmehr inmitten schwieriger Verschuldensfragen aufatmend zum Strohalm des § 242 BGB greift und die Klage des geschädigten Dritten wegen Konkurses des Arbeitgebers abweist. Andererseits wird ein gegen Haftpflicht versicherter Arbeitnehmer bis zur Höhe seiner Versicherungssumme mit Sicherheit zur Zahlung gerangezogen werden.

Es ist auch nicht denkbar, einen Arbeitnehmer dem geschädigten Dritten zwar für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz, nicht jedoch für leichte Fahrlässigkeit haften zu lassen. Da der Arbeitnehmer dem Dritten stets nur aus § 823 BGB haftet, ist eine derartige Modifikation nicht zu begründen. Trotzdem wird in einigen Entscheidungen ausdrücklich darauf hingewiesen, daß der Arbeitnehmer für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz dem Dritten gegenüber in jedem Falle hafte.

Ähnlich will zum Beispiel Hoffmann die mildere Haftung des Arbeitnehmers dem Dritten gegenüber nur eintreten lassen, wenn ein sorgfältiger Vertragspartner damit rechnen mußte, daß der Mieter Hilfspersonen heranziehen würde. Hier ist mit Sicherheit der Ausgangspunkt falsch gewählt. Man muß im Prinzip immer davon ausgehen, daß nicht nur der Vertragspartner, sondern auch ein anderer (Arbeitnehmer, Familienangehöriger, Freund, Geschäftspartner) den Gebrauch der Sache handhabt. Nur wenn auf Grund eindeutigen Inhalts des Schuldverhältnisses und der Art der Leistung feststeht, daß allein der Vertragspartner höchstpersönlich den Leistungsgegenstand gebrauchen darf, erst dann kann eine Erstreckung des Vertragsprivilegs auf Dritte ausgeschlossen

sein. Weil damit aber eine sichere Rechtsgrundlage verlassen und der gesetzlich angeordnete Ausgleich unter Gesamtschuldern mißachtet werde, spricht sich Boeck gegen eine Ausdehnung der Haftungsbeschränkungen aus.

Wird ein Dritter durch einen Arbeitnehmer geschädigt, so beschäftigt sich die spezielle Vorschrift des BGB lediglich mit der Haftung des Arbeitgebers (§ 831 BGB) und regelt diesen Fall derartig, daß der Arbeitgeber nur bei eigenem Verschulden haften soll.

Daneben bestimmt die allgemeine Vorschrift des § 823 BGB scheinbar mit Selbstverständlichkeit, daß der Arbeitnehmer dem Dritten haften muß. Ob dies richtig ist, müssen die folgenden Überlegungen zeigen.

Die Bestimmungen des BGB sind geschaffen für gleichgestellte selbständige Partner und aufgebaut auf dem Verschuldensprinzip. Beides paßt für den Bereich des Arbeitsrechts nicht. Die Abhängigkeit des Arbeitnehmers und die Zuweisung von Betriebsvorteil und damit auch Betriebsrisiko an den Arbeitgeber zwingen im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu erheblichen Abweichungen. Deshalb mußte sich das Arbeitsrecht weitgehend außerhalb des BGB entwickeln, weil das Dienstvertragsrecht im BGB nicht den wesentlichen Kern des Verhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erfasst. Aber auch im Außenverhältnis — wenn auch an anderer Stelle — zeigt es sich sogar im BGB, daß bei Einschaltung eines Abhängigen abweichende Regelungen notwendig werden. So behandelt § 166 Absatz 1 BGB den selbständigen Vertreter anders als den an Weisungen gebundenen (§ 166 Absatz 2 BGB). Kenntnis oder Kennenmüssen gewisser Umstände richtet sich grundsätzlich nach der Person des Vertreters. Handelt der Vertreter dagegen nach bestimmten Weisungen des Vertretenen, wird daneben die Kenntnis des Vertretenen wesentlich (§ 166 Absatz 2 BGB). Die Ausübung einer Weisungsbefugnis bringt also den Weisungsberechtigten in den Mittelpunkt des juristischen Interesses. Da jedoch der Vertreter noch selbständig handeln kann, bleibt seine Kenntnis außerdem wesentlich.

Nun ist die Vorschrift des § 166 BGB ausschließlich für den rechtsgeschäftlichen Bereich geschaffen. Trotzdem zeigt sie, daß die Verlagerung des Zurechnungsschwerpunktes von außen nach innen nicht nur möglich, sondern sogar äußerst sinnvoll ist. Im-

merhin kann man daraus eine gewisse Möglichkeit schöpfen, es im Deliktsrecht derart rechtsähnlich zu handhaben, daß der Arbeitnehmer nur als ausführende Hand des weisungsberechtigten Arbeitgebers anzusehen ist und dadurch haftungsmäßig außer Betracht bleibt.

Wenn dann der Handelnde nicht Vertreter, sondern als Arbeitnehmer lediglich weisungsgebundene, ausführende Person ist, so könnte es auf ihn gar nicht mehr ankommen. Eine derartige Bestimmung ist im BGB nicht enthalten, weil ihm ein solches Unterordnungsverhältnis fremd ist. Man könnte insofern auf einen nicht geregelten Bereich schließen, innerhalb dessen die Haftung des Arbeitnehmers anders gehandhabt werden muß als dies im Rahmen des § 823 BGB geschehen kann. Diese Gesetzeslücke müßte dann dazu berechtigen, im Falle der deliktischen Schädigung eines Dritten durch einen Arbeitnehmer festzustellen, daß § 831 BGB nur den Geschäftsherrn zur Haftung für die Handlung seines Arbeitnehmers heranziehen will, ohne daß außerdem § 823 BGB auf den Arbeitnehmer anwendbar wird, da dieser nur im Rahmen der ihm erteilten Weisungen handeln darf. Weil der Arbeitnehmer nur Ausführungsperson seines Arbeitgebers ist, sollte dem Dritten ausschließlich der Arbeitgeber haften.

Für einen nicht geregelten Bereich spricht auch die Tatsache, daß früher die Person des Arbeitnehmers haftungsmäßig völlig uninteressant war, weil bei ihm ohnehin nichts zu holen war. Dies ändert sich mit dem Freistellungsanspruch, da jetzt hinter dem vermögenslosen Arbeitnehmer das Kapital seines Arbeitgebers steht. Darauf weist Gamillscheg ausdrücklich hin. Ist der Arbeitgeber vermögenslos, so offenbart sich erst richtig, daß in der Person des in Anspruch genommenen Arbeitnehmers nur das Geld des Arbeitgebers gesucht wird, denn bei größeren Schäden bleibt der Arbeitnehmer weiterhin uninteressant. Der Arbeitnehmer fungiert für den geschädigten Dritten nur als haftungsmäßiger Strohhalm.

Berücksichtigt man ferner, daß trotz der in § 840 Absatz 2 BGB liegenden Aufforderung zum Regreß gegen den Arbeitnehmer diese Möglichkeit kaum je genutzt worden ist, so liegt darin ebenfalls ein Zeichen, daß die Deliktsregeln des BGB für die Druksituation des Arbeitnehmers als nicht sinnvoll empfunden werden.

Ist man schließlich der Auffassung, der Arbeitnehmer dürfe nicht haften, wenn vom Arbeitgeber — gleich, aus welchem Grunde — nichts zu holen ist, so bedeutet es nur einen kleinen Schritt zur

Nichtanwendung des § 823 BGB auf den Arbeitnehmer, da diese Vorschrift einer derartigen Interessenlage nicht gerecht wird. Dagegen verschlägt es wenig, wenn sich Helm und Boeck geradezu verbittert gegen eine derartige Aufweichung unseres Zivilrechtssystems wenden und vom Einreißen eines letzten Dammes und dem Verlassen sicherer Rechtsgrundlagen sprechen. Aufgabe einer Rechtsordnung kann es nicht sein, in erster Linie dogmatisch gesicherte Ergebnisse zu liefern, sondern sie muß sich den tatsächlichen Erfordernissen täglich neu anpassen. Anderenfalls ist eine sinnvolle Rechtsfortbildung unmöglich.

Im Augenblick muß man sich deshalb dem Problem stellen, ob der Arbeitnehmer Betriebsschulden bezahlen soll oder nicht, da diese Frage früher aus vermögenspraktischen Gründen unerheblich war und darum dogmatisch unberücksichtigt geblieben ist.

Selbst wenn man sich noch nicht zu der hier angeregten Radikalkur durchringen kann, muß man dieses Problem bei der Abschaffung des Entlastungsbeweises in § 831 BGB berücksichtigen. Spätestens mit der Abschaffung des Entlastungsbeweises muß man die Haftung des Arbeitnehmers für die Schäden fallenlassen, die er Dritten in Ausführung seiner Verrichtung zufügt. Der Arbeitnehmer selbst sollte lediglich vom Arbeitgeber in Anspruch genommen werden können, wenn dafür die Voraussetzungen vorliegen.

Die hier vorgeschlagene Lösung hat noch einen weiteren Vorteil. Kann der Arbeitnehmer nur von seinem Arbeitgeber in Anspruch genommen werden, dann muß die Frage der Haftung des Arbeitnehmers stets einheitlich vor dem Arbeitsgericht geklärt werden, das für diese Materie die größere Sachkenntnis besitzt.

Voraussetzung muß jedoch immer sein, daß der Arbeitnehmer in Ausführung der Verrichtung, also als Werkzeug, handelt. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb der weisungsgemäß handelnde Arbeitnehmer haften soll, selbst wenn die Weisung Beschädigung fremden Eigentums zum Inhalt hat und der Arbeitgeber die Weisung zum Beispiel in dem Bewußtsein erteilt, dem Dritten umgehend Schandensersatz zu gewähren. Diese Auffassung, ausschließlich den Geschäftsherrn Dritten gegenüber haften zu lassen, kann jedoch nur dort gelten, wo wirklich weisungsabhängige Arbeitnehmer für den Geschäftsherrn (als Arbeitgeber) tätig werden. Man kann einen Arbeitnehmer schlechterdings kaum darauf verweisen, durch Verweigerung einer Tätigkeit den Verlust seines

Arbeitsplatzes zu riskieren, da er auch die Hintergründe oft gar nicht übersehen kann. Für diese Drucksituation des Arbeitnehmers kann § 823 BGB nicht gelten, da diese Vorschrift eine gewisse Selbstständigkeit voraussetzt, die der Arbeitnehmer wegen seiner Abhängigkeit gerade nicht hat .

Letzten Endes stehen hier das Verschuldensprinzip und das Prinzip der Risikozuteilung (Gefährdung) in unlösbarem Widerspruch. In letzter Zeit wurden immer mehr Ausnahmen vom Verschuldensprinzip gemacht, weil dieses Prinzip keine gerechte Schadenszuteilung gewährleisten konnte. Gerade im Arbeitsrecht ist der Gedanke entwickelt worden, daß das Risiko bei demjenigen liegen müsse, der den Vorteil der Arbeitsleistung genießt, insbesondere dann, wenn durch das Entgelt nur die Arbeitszeit, nicht aber die mit Tätigkeit verbundene Gefahr einer Haftung Dritten gegenüber berücksichtigt werden. Am Ergebnis der Haftung des Arbeitgebers ändert die hier vorgetragene Auffassung nichts. Nach bisheriger Handhabung haftet der Arbeitgeber entweder über § 831 BGB oder durch Rückgriff des Arbeitnehmers. Nach der hier zur Diskussion gestellten Meinung haftet ausschließlich der Arbeitgeber dem Dritten direkt nach § 823 BGB, hat aber gegebenenfalls die Möglichkeit des Rückgriffs gegen seinen Arbeitnehmer aus Verletzung des Arbeitsvertrages.

Köbler spricht hier von einer Art Gefährdungshaftung, wenn der Geschäftsherr nicht persönlich, sondern durch Verrichtungshilfen handelt.

Dadurch wird für den Fall der Vermögenslosigkeit des Arbeitgebers die Abwälzung des Schadensrisikos auf den Arbeitnehmer vermieden.