VITO ROBERTO

Gedanken zur Haftung des Arbeitnehmers

Die Arbeitnehmerhaftung ist in der schweizerischen Rechtswissenschaft vor allem von REHBINDER untersucht und entwickelt worden[1]. Da zu der Haftung des Arbeitnehmers keine gesicherte Rechtsprechungspraxis vorliegt, obliegt es der Lehre, die bestehende Rechtsunsicherheit durch die Aufstellung von Regeln zu schliessen. Nachfolgend ist der Stand der Arbeitnehmerhaftung, namentlich auch der Arbeitnehmeraussenhaftung, aufzuzeigen; sodann ist zu prüfen, ob die Auffassungen zur Haftungsbeschränkung aufgrund des Berufsrisikos weiterzuentwickeln sind.

I. Problemstellung

Der Arbeitgeber muss grundsätzlich für Schäden, welche seine Arbeitnehmer in Ausübung ihrer Verrichtungen Drittpersonen verursachen, einstehen. Hat der Arbeitnehmer einem Vertragspartner des Arbeitgebers einen Schaden zugefügt, wird die Handlung nach OR 101 I dem Arbeitgeber zugerechnet, bei Schädigungen vertragsfremder Dritter folgt die Haftung aus OR 55 I[2]. Die vertragliche und deliktische Haftung des Arbeitgebers für Handlungen seiner Arbeitnehmer hat sich trotz unterschiedlicher Haftungsvoraussetzungen in der

* Ich danke meiner Assistentin, lic. iur. Petra Ginter, für ihre Unterstützung bei der Ausarbeitung des Beitrages.

[1] Vgl. *BernerKomm/Rehbinder* OR 321e, insbesondere N 19ff.; *ders.*, Die Haftung des Arbeitnehmers im schweizerischen Recht, in: M. Rehbinder (Hg.), Die Haftung des Arbeitnehmers, Bern 1981, 66ff.; vgl. auch die umfassende Untersuchung in der von Rehbinder betreuten Dissertation von *K. Meier*, Die Berücksichtigung des Berufsrisikos bei der Haftung des Arbeitnehmers, Bern 1978; ferner *J. Brühwiler*, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, OR 321e N 4ff.; *E. Schweingruber*, Kommentar zum Arbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1976, 70ff.; *U. Streiff/A. von Kaenel*, Arbeitsvertrag, 5. Aufl., Zürich 1992, OR 321e N 2ff.; *F. Vischer*, Der Arbeitsvertrag, 2. Aufl., Basel 1994, 94ff.

[2] *BernerKomm/Brehm*, OR 55 N 4ff.; *BernerKomm/Weber*, OR 101 N 39ff.; *H. Honsell*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Zürich 2000, § 13 N 33ff.; *H. Rey*, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Zürich 1998, N 902ff.; *I. Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern 2000, N 23.12ff.

Praxis weitgehend angenähert[3]; unterschiedlich ist im Grunde vor allem noch die Verjährungsfrist[4].

Sowohl bei der Vertrags- als auch bei der Deliktshaftung hat der Geschädigte die Wahl, ob er gegen den verantwortlichen Arbeitnehmer (aus OR 41) oder gegen den für ihn verantwortlichen Arbeitgeber (aus OR 55 I oder 101 I) vorgehen will. In aller Regel wird sich der Geschädigte mit seinen Schadenersatzansprüchen an den Arbeitgeber halten, da er von ihm grössere Solvenz erwartet und überdies den verantwortlichen Arbeitnehmer häufig nicht kennen dürfte.

Hat der Arbeitgeber dem Geschädigten Ersatz geleistet, stellt sich die Frage des Rückgriffs auf den Arbeitnehmer. Haftet der Arbeitgeber aufgrund von OR 55 I, so ist das Verhältnis der Regressbestimmungen in OR 55 II und OR 51 II zu der Haftungsbestimmung des Arbeitnehmers in OR 321e zu klären; bedeutsam ist diesbezüglich insbesondere die Stellung und Berechtigung des aus dem deutschen Recht übernommenen Kriteriums „Berufsrisiko" bzw. „gefahrgeneigte Arbeit". Hält sich der Geschädigte dagegen ausnahmsweise an den Arbeitnehmer, stellt sich umgekehrt die Frage, welche Ansprüche der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber hat.

Arbeitgeber schliessen regelmässig Betriebs- und Berufshaftpflichtversicherungen ab, welche die vom Arbeitnehmer verursachten Schäden mit einschliessen. Aus diesem Grunde dürfte sich die Rückgriffsfrage des Arbeitgebers bloss ausnahmsweise, etwa bei fehlender Versicherungsdeckung, Überschreitung der Versicherungssumme oder schuldhafter Herbeiführung der Schädigung[5], stellen. Diesfalls trifft der Rückgriffsanspruch den Arbeitnehmer umso härter, da er meist *nicht damit rechnet*, mit solchen Ansprüchen konfrontiert zu werden. Überdies kann der Versicherer im Rahmen von VVG 72 auf den Arbeitnehmer Rückgriff nehmen.

II. Rückgriffsbestimmungen

1. Verhältnis von OR 51 II zu OR 55 II

Haftet der Geschäftsherr deliktisch aufgrund von OR 55 I und hat er den Geschädigten befriedigt, so gehen die Ansprüche des Geschädigten gegenüber der Hilfsperson auf den Geschäftsherrn über; dieser kann gemäss OR 55 II

[3] Vgl. *Schwenzer* (Fn. 2), N 23.22; *C. Widmer*, Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, ZSR 2001 I, 101, 107 f. Insbesondere kommt der dem Arbeitgeber offen stehende Sorgfaltsbeweis kaum mehr Bedeutung zu, da die Rechtsprechung die Anforderungen kontinuierlich angehoben und überdies auch ein Organisationsverschulden anerkannt hat.

[4] Die divergierende Definition des Hilfspersonenbegriffs in OR 101 und 55 ist vorliegend nicht massgeblich, da der Arbeitnehmer unter beide Begriffe fällt.

[5] Vgl. VVG 14. Die Versicherungsverträge decken freilich auch Ansprüche gegen den Arbeitgeber wegen vorsätzlicher Handlungen der Arbeitnehmer ab.

Rückgriff auf die verantwortliche Hilfsperson nehmen. Da andererseits sowohl Geschäftsherr als auch Hilfsperson dem Geschädigten haften, ist auch die allgemeine Regressordnung in OR 51 anwendbar[6].

Die beiden Regressregeln sind nicht deckungsgleich: Gemäss OR 51 II trägt im internen Verhältnis derjenige in erster Linie den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat, und in letzter Linie derjenige, der ohne eigene Schuld und ohne eigene vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift haftet. Die Haftung des Geschäftsherrn wird von der vorherrschenden Lehre als Kausalhaftung qualifiziert, weshalb der Geschäftsherr auf die schuldhaft handelnde Hilfsperson zurückgreifen kann. Aufgrund des Verweises in OR 51 I auf OR 50 erfährt diese Regelung insofern eine Einschränkung, als der Umfang des Rückgriffs nach Ermessen des Richters bestimmt wird[7]. Demgegenüber fehlt es in OR 55 II an einer entsprechenden Einschränkung. Die Diskrepanz der beiden Bestimmungen wird darauf zurückgeführt, dass OR 55 II von den Räten bereits abgesegnet war, als OR 51 II in den Debatten behandelt wurde. Um beide Bestimmungen in Einklang zu bringen, muss die Tragweite von OR 55 II eingeengt bzw. OR 51 II Vorrang gegeben werden, da dieser die neue ratio des Gesetzes wiedergibt[8]. Sofern den Geschäftsherrn neben der in OR 55 I erwähnten Sorgfaltspflicht noch eine weitere ursächliche Pflichtwidrigkeit trifft, ist OR 50 anwendbar[9], und es kommt zu einer anteilsmässigen Beteiligung der Hilfsperson an dem vom Geschäftsherrn geleisteten Schadenersatz[10].

Nun ist freilich zu beachten, dass der Vorrang von OR 50 II/51 II den Umfang des Rückgriffsanspruchs einschränkt, das Problem aber nicht löst. Auch wenn dem Ermessen des Richters – trotz der Rangfolge in OR 51 II – ein grosser Spielraum bei der Regressregelung eingeräumt bzw. der Regress wegen eines konkurrierenden Verschuldens des Geschäftsherrn bloss auf etwa die Hälfte des Gesamtbetrages reduziert wird, dürfte der Regressanspruch die *finanziellen Möglichkeiten der Hilfsperson oftmals übersteigen*. Der wenig glücklichen gesetzlichen Regelung trägt auch der Vorentwurf der Haftpflichtrevision Rechnung, welcher in Art. 53c I die sachgerechte Anordnung vorsieht, dass sich der Rückgriff nach den Umständen, insbesondere nach dem Verschuldensgrad und der Intensität des Risikos richten soll.

[6] Vgl. *BernerKomm/Brehm* OR 55 N 39; *Honsell* (Fn. 2), § 13 N 41.

[7] Zutreffend *Schwenzer* (Fn. 2), N 88.32; zurückhaltend *BernerKomm/Brehm* OR 51 N 8 und 80 f.

[8] *BernerKomm/Brehm* OR 55 N 107; *Guhl/Koller* § 26 N 17; *G. Krieger*, Der innerbetriebliche Schadensausgleich im Rahmen der Haftung des Arbeitnehmers bei der Ausführung schadensgeneigter Arbeit, Diss. Basel 1968, 64 und 68.

[9] Sowohl Geschäftsherr als auch Hilfsperson haften aufgrund von OR 41; vgl. *BernerKomm/Brehm* OR 55 N 37.

[10] *BernerKomm/Brehm* OR 55 N 107.

2. Verhältnis zur vertragsrechtlichen Haftung

Hat der Arbeitgeber einem geschädigten Dritten aus OR 55 I Schadenersatz geleistet, stellt sich die Frage, ob sich der Rückgriff nach den dargestellten deliktsrechtlichen Regressbestimmungen oder nach der arbeitsvertragsrechtlichen Haftungsbestimmung in OR 321e richtet. Die Frage ist insofern bedeutsam, als die Haftung des Arbeitnehmers einerseits durch den subjektivierten Fahrlässigkeitsbegriff und andererseits durch den Begriff des „Berufsrisikos" eingeschränkt wird (dazu sogleich Ziff. III).

Die Konkurrenz dieser Anspruchsgrundlagen für den Rückgriff ist nach herrschender Auffassung dahingehend zu lösen, dass die deliktsrechtliche Regressregelung dann keine Anwendung findet, wenn zwischen dem Geschäftsherrn und der Hilfsperson ein Arbeitsvertrag besteht. Die vertragliche Haftung des Arbeitnehmers gemäss der relativ zwingenden Bestimmung in OR 321e geht den Bestimmungen in OR 50/51 bzw. 55 II vor, da die dem Dritten zugefügte Schädigung als Verletzung der dem Arbeitgeber geschuldeten Sorgfaltspflicht zu betrachten ist[11].

Die deliktsrechtliche Regressordnung kann indes bei *Temporärarbeitsverhältnissen* bedeutsam sein. Nach der Rechtsprechung und vorherrschenden Lehre gilt als Geschäftsherr im Sinne von OR 55 das „mietende" Unternehmen[12]. Der Arbeitsvertrag besteht dagegen zum „vermietenden" Temporärarbeitunternehmen. Da der Temporärangestellte nicht Arbeitnehmer des Einsatzbetriebs ist, haftet er diesem gegenüber nicht aus OR 321e, sondern aus OR 41[13]; entsprechend richtet sich der Rückgriff nach OR 50 II/51 II, wobei das richterliche Ermessen in OR 50 II insofern zu konkretisieren ist, als dabei die *arbeitsvertragsrechtlichen Haftungsgrundsätze massgebend* sein sollen[14]. Folgt man dieser Auffassung, ist der Arbeitnehmer auch nicht auf einen Freistellungsanspruch gegen seinen Arbeitgeber (dem Temporärunternehmen) angewiesen[15].

3. Freistellungsanspruch

Dem Geschädigten ist es unbenommen, sich mit seiner Schadenersatzforderung nicht an den Arbeitgeber, sondern direkt an den Arbeitnehmer zu wenden. Dies ist dann problematisch, wenn der Arbeitnehmer stärker in Anspruch genommen wird, als dies bei einem Rückgriff durch den Arbeitgeber der Fall wäre. Obwohl eine gesetzliche Regelung dieses *Freistellungsanspruches* fehlt, muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer richtiger Ansicht nach von diesen Ersatzansprüchen freistellen[16]. Die Voraussetzungen und die Höhe dieses Freistellungsanspruches entsprechen der Beschränkung des Regressanspruches des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer, wenn der geschädigte Dritte sich an den Arbeitgeber gewendet hätte. Hat der Arbeitnehmer dem Geschädigten selbst geleistet, wandelt sich der Freistellungsanspruch in einen *Anspruch auf Ersatzleistung*[17].

Fraglich ist, ob ein zwischen dem Arbeitgeber und dem Dritten vereinbarter *Haftungsausschluss* auch den Anspruch gegen den Arbeitnehmer ausschliesst. Richtiger Ansicht nach ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die Haftungsvereinbarung auch Schutzwirkung zugunsten des Arbeitnehmers hat[18], was im Zweifelsfall eher zu bejahen ist.

Nicht gelöst ist die Frage der Risikotragung im Falle einer *Insolvenz des Arbeitgebers*, d.h. wenn der Freistellungs- oder Ersatzanspruch wegen Insolvenz des Arbeitgebers nicht durchgesetzt werden kann. Der Arbeitnehmer riskiert in diesem Fall, auch bei leichter Fahrlässigkeit für den vollen Schaden aufkommen zu müssen. Keine Lösung wäre eine erhebliche Ersatzreduktion zu Lasten des Geschädigten: Erscheint es schon hart, dass jemand durch ein kleines Versehen sich einer weitgehenden Ersatzpflicht aussetzt, so ist es auf der anderen Seite noch viel härter, dem überhaupt keine Schuld treffenden Geschädigten die Tragung eines Teils des Schadens aufzubürden[19].

III. Vertragshaftung des Arbeitnehmers

1. Allgemeines

Gemäss OR 321e, welcher mit der am 1.1.1972 in Kraft getretenen Revision des Arbeitsvertragsrechts eingeführt wurde[20], haftet der Arbeitnehmer für Schäden, welche er dem Arbeitgeber zufügt. Abs. 1 dieser Bestimmung hält fest, dass der Arbeitnehmer sowohl für absichtliche als auch für fahrlässige Handlungen einzustehen hat. Abs. 2 von OR 321e beschreibt das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat. Danach soll bei der Konkretisierung nicht bloss auf die individuellen Fähigkeiten und Eigenschaften,

[11] *Rey* (Fn. 2), N 964; *Guhl/Koller* § 26 N 22; *BernerKomm/Brehm* OR 55 N 109; *Krieger* (Fn. 8), 123; ferner *Vischer* (Fn. 1), 95.
[12] *BernerKomm/Brehm* OR 55 N 19 m.w.N.
[13] *Streiff/von Kaenel* (Fn. 1), OR 321e N 5.
[14] Vgl. *Vischer* (Fn. 1), 96 f.; *Meier* (Fn. 1), 61 f.
[15] Ebenso für das deutsche Recht *MünchenerKomm/Müller-Glöge* BGB 611 N 476.

[16] *M. Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht, 14. Auflage, Bern 1999, § 8 N 61; *BernerKomm/Rehbinder* OR 321e N 27; zur dogmatischen Begründung siehe *Meier* (Fn. 1), 63 ff. Entwickelt wurde der Gedanke des Freistellungsanspruchs im deutschen Recht, siehe dazu *MünchenerKomm/Müller-Glöge* BGB 611 N 476 ff.; *Staudinger/Richardi* BGB 611 N 537 f.; *M. Beckers*, Die Aussenhaftung des Arbeitnehmers, Diss. Konstanz 1995, 53 ff.
[17] Vgl. *Rehbinder* (Fn. 16), § 8 N 61; für das deutsche Recht *Beckers* (Fn. 16), 53 ff.
[18] *Schwenzer* (Fn. 2), N 86.03; so auch das deutsche Recht, vgl. *MünchenerKomm/Müller-Glöge* BGB 611 N 477 m.N.
[19] *V. Roberto*, Schadensrecht, Basel 1997, 253 f.
[20] Vgl. Botschaft des Bundesrates zur Revision des Arbeitsvertragsrechts vom 25. August 1967, BBl 1967, Bd. II, 300 und 310 ff. (zit. Botschaft).

sondern auch auf das einer bestimmten Tätigkeit innewohnende „Berufsrisiko" abgestellt werden.

Konkrete Anhaltspunkte über Art und Umfang der Haftungseinschränkung aufgrund des „Betriebsrisikos" können dem Gesetz jedoch keine entnommen werden[21]. Zu Recht weist REHBINDER auf die zentrale Bedeutung der Bestimmung in OR 321e II für den Bereich der Schlechterfüllung hin, weshalb es zu bedauern sei, dass sie so viele Fragen offenlasse[22]. Bevor auf die verschiedenen Auffassungen in Lehre und Rechtsprechung eingegangen wird, ist kurz die Entwicklung der Arbeitnehmerhaftung darzulegen.

2. *Entwicklungen in der Arbeitnehmerhaftung*

Eine erste Einschränkung der Arbeitnehmerhaftung erfolgte im Zusammenhang mit der Revision des OR anlässlich des Erlasses des ZGB im Jahre 1912[23]. Die Sorgfaltspflicht wurde subjektiviert, indem sie nach Massgabe der konkreten Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers zu bestimmen ist[24]. Kritiker sahen in dieser Haftungseinschränkung eine „Prämie auf Faulheit und Unkenntnis"[25] und hofften, gemäss MEIER, „auf eine einschränkende Gerichtspraxis, damit diese Bestimmungen keinen Schaden anrichten"[26].

Sechzig Jahre später, bei der Revision des Arbeitsvertragsrechts im Jahre 1972, stellte die Botschaft des Bundesrates den subjektiven Sorgfaltsbegriff zwar nicht in Frage; umgekehrt lehnte sie aber – entgegen entsprechender Forderungen einzelner Arbeitnehmerverbände – eine weitergehende Haftungseinschränkung ausdrücklich ab. Dies wurde damit begründet, dass die „veränderten betrieblichen Verhältnisse und der immer mehr sich ausbreitende Einsatz von kostspieligen Maschinen, Geräten und Apparaten in allen Arten von Betrieben ... zum Schutz der berechtigten Interessen des Arbeitgebers nicht eine verminderte, sondern eine gesteigerte Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers" verlangen[27].

Die Überlegung, dass mit zunehmender Schadensträchtigkeit der Arbeit in industrialisierten Betrieben auch eine gesteigerte Verantwortlichkeit der Arbeitnehmer einhergehen müsse, stand schon damals quer zum internationalen Diskussionsstand[28]. Eine klarere Sicht auf die Anforderungen an eine zeitgemässe und sachgerechte Regelung der Arbeitnehmerhaftung bewies das Parlament, indem es dem Bundesrat nicht folgte und das Kriterium des „Berufsrisikos" im Wortlaut der revidierten Bestimmung in OR 321e verankerte[29].

[21] Vgl. *Meier* (Fn. 1), 36 f.
[22] *BernerKomm/Rehbinder* OR 321e N 19.
[23] *Meier* (Fn. 1), 14 f.
[24] A.O.R. 328 III.
[25] *H. Oser*, Der Dienstvertrag nach den Beschlüssen der Expertenkommission, SJZ 1909, 307.
[26] *Meier* (Fn. 1), 15; vgl. auch *BernerKomm/Rehbinder* OR 321e N 1.
[27] Botschaft (Fn. 20), 312.
[28] *Meier* (Fn. 1), 16.

3. *Rezeption der deutschen Lehre und Rechtsprechung?*

Nach REHBINDER wurde mit der Aufnahme des Begriffes „Berufsrisiko" in den Gesetzestext, „von den meisten Beteiligten wahrscheinlich unbemerkt, die deutsche Lehre und Gerichtspraxis zur sog. *schadensgeneigten* oder *gefahrgeneigten Arbeit* in das schweizerische Recht übernommen"[30].

Anderer Ansicht ist BRÜHWILER: Die Gesetzesmaterialien würden keinerlei Anhaltspunkte für die Rezeptionsthese Rehbinders liefern, und auch in der Rechtsprechung sei die deutsche Lehre und Praxis zur Arbeitnehmerhaftung nicht bestätigt worden. Durch die Aufnahme des Wortes „Betriebsrisiko" sollte lediglich der Gesetzestext redaktionell verbessert werden. Auch die hierauf ergangene Rechtsprechung verfolge „in Abwägung des Berufsrisikos und zahlreicher anderer Gesichtspunkte das Ziel einer möglichst *einzelfallgerechten* Ersatzbemessung und hat schematisierende Lösungen, wie sie in Deutschland entwickelt worden sind, bisher abgelehnt"[31].

Auf letzteren Aspekt betreffend Einzelfallgerechtigkeit ist zurückzukommen[32]. Ob bei der Revision des Arbeitsrechts tatsächlich eine Rezeption des deutschen Rechts beabsichtigt war, kann letztlich aber offengelassen werden. So oder anders sollte das Heranziehen ausländischer Rechtsprechung und Entwicklungen für die Fortbildung des eigenen Rechts eine Selbstverständlichkeit sein. Zutreffend hat KRAMER unlängst ausgeführt, dass zu Rechtsfragen, die in der Schweiz „gleich oder ähnlich gestellt sind, in Deutschland regelmässig erheblich mehr praktisches Erfahrungsmaterial anfällt, aber auch eine erheblich dichtere literarische Auseinandersetzung erfolgt". Es sei daher geradezu unverantwortlich, würde man sich hierzulande dieser Argumentationshilfe nicht bedienen[33]. Aus diesem Grunde ist nachfolgend der deutschen Lehre und Rechtsprechung zur „schadensgeneigten oder gefahrgeneigten Arbeit" nachzugehen und auszuloten, inwiefern die dortigen gewandelten Auffassungen zur Arbeitnehmerhaftung auch in der Schweiz berücksichtigt werden sollten. Zunächst muss aber die gegenwärtige schweizerische Auffassung dargelegt werden.

[29] Einzelheiten zur Entstehungsgeschichte bei *Meier* (Fn. 1), 16.
[30] *BernerKomm/Rehbinder* OR 321e N 20; *Meier* (Fn. 1), 17.
[31] *Brühwiler* (Fn. 1), OR 321e N 9c.
[32] Hinten Ziff. V/1.
[33] *E.A. Kramer*, Der Einfluss des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht, AcP 2000, 365, 399. Das Bundesgericht zieht bei seiner Entscheidfindung seit jeher ausländische Rechtsprechung bei, wobei dem deutschen Recht besondere Bedeutung zukommt; vgl. *A. Gerber*, Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: Osmose zwischen Rechtsordnungen, Berichte des Kolloquiums anlässlich des zehnjährigen Bestehens des schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Zürich 1992, 141, 143 ff.

4. Lehre und Rechtsprechung zum „Berufsrisiko"

Die schweizerische Lehre und Rechtsprechung versteht OR 321e II in dem Sinne, dass die Haftung des Arbeitnehmers für Fahrlässigkeit zwingend gemindert wird, wenn der von ihm zu verrichtenden Tätigkeit ein besonderes „Berufsrisiko" innewohnt. Denn „wo eine Tätigkeit ein besonderes ‚Berufsrisiko' darstellt, rechtfertigt es sich, dieses als Teil des Unternehmerrisikos zu behandeln und den Schaden ganz oder teilweise auf den Arbeitgeber zu überwälzen, welcher sich gegen dieses Risiko durch Abschluss einer speziellen Haftpflichtversicherung absichern kann"[34].

Lehre und Rechtsprechung unterscheiden regelmässig nicht bloss zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit, sondern anerkennen auch den Zwischengrad einer mittleren Fahrlässigkeit[35]. Bei einer solchen Dreiteilung des Fahrlässigkeitsbegriffs wird namentlich von REHBINDER vertreten, dass *leichteste* Fahrlässigkeit „bei *besonderem Berufsrisiko* nach OR 321e II zum völligen Wegfall der Haftung" führe[36]. Gegen einen gänzlichen Wegfall der Schadenersatzpflicht bei sehr leichter Fahrlässigkeit und gleichzeitig vorhandenem Berufsrisiko wendet sich BRÜHWILER, da dies mit den gesetzlichen Regeln über die Ersatzbemessung unvereinbar wäre[37]. Anstelle schematisierender Lösungen müssten im Einzelfall das Berufsrisiko, der Verschuldensgrad und andere Gesichtspunkte im Rahmen der Schadenersatzbemessung abgewogen werden[38].

Bei *mittlerer* Fahrlässigkeit soll nach herrschender Auffassung eine Schadenersatzreduktion im Sinne einer Schadensteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erfolgen[39]. Verschiedentlich wird in diesem Fall eine Schadenersatzleistung von höchstens einem Monatsgehalt postuliert[40]. Bei Vorsatz und *Grobfahrlässigkeit* liegen dagegen nach vorherrschender Auffassung keine Reduktionsgründe vor[41]; nach einer Mindermeinung ist eine Reduktion auch bei Grobfahrlässigkeit möglich[42].

Zu beachten ist, dass nach allgemein herrschender Auffassung ohne Vorliegen eines bestimmten „Berufsrisikos" eine Haftungsbefreiung nicht in Betracht kommt, auch nicht bei leichtester Fahrlässigkeit. Dies wird damit begründet, dass der Gesetzgeber bei der Revision des Arbeitsvertragsrechts einem gegenteiligen Begehren einzelner Arbeitnehmerverbände nicht entsprochen habe und eine Haftungsbefreiung überdies nicht mit den gesetzlichen Regeln über die Ersatzbemessung vereinbar wäre. Leichte Fahrlässigkeit könne nur zu einer Reduktion der Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers führen[43]. Infolgedessen wird auch die Basler Gerichtspraxis kritisiert[44], welche bei leichter Fahrlässigkeit die „Faustregel" entwickelt hat, dass der Arbeitnehmer nicht mehr als einen Monatslohn für den Schaden leisten soll, und zwar unabhängig vom Vorliegen eines „Berufsrisikos"[45].

[34] Vgl. *Rehbinder* (Fn. 16), § 8 N 61; ebenso *ZürcherKomm/Staehelin* OR 321e N 23.

[35] Vgl. z.B. BGE 100 II 338; *BernerKomm/Rehbinder* OR 321e N 25; *Brühwiler* (Fn. 1), OR 321e N 5b; *ZürcherKomm/Staehelin* OR 321e N 19 unterscheidet dagegen nur grobe und leichte Fahrlässigkeit.

[36] *BernerKomm/Rehbinder* OR 321e N 26; ebenso *Schweingruber* (Fn. 1), 72; *Meier* (Fn. 1), 39.

[37] *Brühwiler* (Fn. 1), OR 321e N 5c und 9c.

[38] *Brühwiler* (Fn. 1), OR 321e N 9c.

[39] *BernerKomm/Rehbinder* OR 321e N 27; *Schweingruber* (Fn. 1), 72.

[40] *Meier* (Fn. 1), 39.

[41] Vgl. *Rehbinder* (Fn. 16), § 8 N 61; *BernerKomm/Rehbinder* OR 321e N 27; *A. von Kaenel*, Managementorientiertes Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht, St. Gallen/Lachen 1999, 63; *J. Brühwiler* (Fn. 1), OR 321e N 5; *Meier* (Fn. 1), 39.

[42] *ZürcherKomm/Staehelin* OR 321e N 24; Rechtsprechungsnachweise bei *Meier* (Fn. 1), 33 Fn. 58.

IV. Rechtslage in Deutschland

1. Gefahren- oder schadensgeneigte Arbeit

Gemäss der Rechtslage in Deutschland besteht im Rahmen der Schadenersatzbemessung keine Möglichkeit, den Ersatzbetrag im Hinblick auf leichtes Verschulden des Ersatzpflichtigen zu reduzieren. Aufgrund fehlender Möglichkeit, durch (zweifelhafte) Billigkeitserwägungen den Schadenersatzbetrag im Einzelfall herabzusetzen, wurde in der Rechtsprechungspraxis rasch offenkundig, dass die Haftung des Arbeitnehmers für jede Sorgfaltspflichtverletzung zu sozial unannehmbaren Konsequenzen führen muss.

Bereits in den dreissiger Jahren des letzten Jahrhunderts setzte sich die Erkenntnis durch, dass infolge der Arbeitnehmerhaftung das „Betriebsrisiko" des Arbeitgebers weitgehend dem Arbeitnehmer auferlegt wird. Sachgerecht wäre es dagegen, dass der Arbeitgeber, „welcher den Arbeitnehmer im eigenen Interesse mit der Leistung von Arbeit beauftragt, den Betriebsablauf und die Organisation beherrscht, sowie letztlich die Gewinne aus der betrieblichen Tätigkeit erzielt, auch das mit dem Betriebsprozess zwangsläufig verbundene Risiko tragen soll, das im gelegentlichen Ausfall der die Arbeit leistenden Menschen liegt"[46]. Ausserdem hat der Arbeitnehmer keinen Einfluss auf Höhe und Umfang des Schadensrisikos; er ist somit einem erhöhten Haftungsrisiko

[43] Vgl. Botschaft (Fn. 20), 72; *Brühwiler* (Fn. 1), OR 321e N 2b und 5c; *ZürcherKomm/Staehelin* OR 321e N 27. Dass die allgemein vertretene Ansicht, OR 43 I erlaube eine weitgehend von Billigkeitserwägungen beeinflusste Schadenersatzfestsetzung, nicht zu überzeugen vermag, ist ausführlich dargelegt in *Roberto* (Fn. 19), 270 ff., insbesondere 281 ff. Obwohl die Marginale von OR 43 „Bestimmung des Ersatzes" lautet und das Gesetz erst bei OR 44 von „Herabsetzungsgründen" spricht, nimmt die allgemeine Auffassung ohne weiteres an, auch OR 43 sehe Herabsetzungsgründe vor.

[44] Vgl. etwa *Brühwiler* (Fn. 1), OR 321e N 2b: „rechtlich nicht haltbar"; vgl. auch *ZürcherKomm/Staehelin* OR 321e N 27: „Die von erstinstanzlichen Gerichten immer wieder erlassenen Urteile, worin der Arbeitnehmer von seiner Haftpflicht wegen leichter Fahrlässigkeit befreit wird, sind daher mit dieser Begründung unhaltbar."

[45] BJM 1974, 253; vgl. auch *Schweingruber* (Fn. 1), 72.

[46] Vgl. *Beckers* (Fn. 16), 18.

ausgesetzt, dem er anders als bei privaten Tätigkeiten auch kaum ausweichen kann. Da er dem Arbeitgeber keinen Arbeitserfolg schuldet, sondern nur die Dienstleistung selbst, ist schliesslich sein Arbeitsentgelt auch nicht ein Äquivalent für dieses zusätzliche Risiko[47].

Aus diesen Gründen führten die deutschen Gerichte und insbesondere auch das BAG auf dem Wege der Rechtsfortbildung eine einschneidende Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung aufgrund der sog. „schadens- oder gefahrgeneigten Arbeit" ein[48]. Dem Begriff kam zentrale Bedeutung zu, und er wurde zu einem der umstrittensten Punkte in der deutschen Arbeitnehmerhaftung. Seit dem Beschluss des Grossen Rates vom 25. September 1957 galt eine Tätigkeit dann als „gefahrgeneigt", wenn die Eigenart der Tätigkeit es „mit grosser Wahrscheinlichkeit mit sich bringt, dass auch dem sorgfältigsten Arbeitnehmer gelegentlich Fehler unterlaufen, die – für sich allein betrachtet – zwar jedesmal vermeidbar waren, also fahrlässig herbeigeführt worden sind, mit denen aber angesichts der menschlichen Unzulänglichkeit als mit einem typischen Abirren der Dienstleistung erfahrungsgemäss zu rechnen ist"[49]. Ergänzt wurde die Umschreibung des Begriffes der Schadensgeneigtheit in dem Sinne, dass es jeweils nicht auf die allgemeine Gefährlichkeit der Arbeit, sondern auf die konkrete Gefahrenlage ankam. Es konnte grundsätzlich also jede mögliche Verrichtung im konkreten Fall „gefahrgeneigt" sein[50].

2. *Von der schadensgeneigten zur betrieblich veranlassten Tätigkeit*

Gegen das Kriterium der „schadensgeneigten Arbeit" wurde in der Lehre verschiedentlich Kritik geübt. Zum einen wurde bezweifelt, dass sich für die Abgrenzung der „schadensgeneigten" von den übrigen Arbeiten sachgerechte Kriterien finden lassen; dies gelte umso mehr, als die Rechtsprechung bei der Unterscheidung nicht lediglich auf die Tätigkeit als solche, sondern auf die konkreten Umstände des Einzelfalles abstelle. „Wenn aber ein typischer Fall gefahrengeneigter Arbeit im konkreten Fall nicht als gefahrengeneigt zu beurteilen ist, wie umgekehrt ein nicht typischer Fall gefahrengeneigter Arbeit wegen der konkreten Umstände des einzelnen Falles gefahrengeneigt sein kann, so ist das Kriterium der Gefahrengeneigtheit nicht mehr geeignet, einen besonderen Sachverhalt abzugrenzen, auf den sich die Haftungserleichterung für den Arbeitnehmer beschränkt."[51]

Zum anderen machte die Lehre zunehmend geltend, dass die Argumente für eine Haftungsbegrenzung im Grunde für alle Tätigkeiten gleichermassen gel-

[47] Vgl. *Staudinger/Richardi* BGB 611 N 489.

[48] Vgl. z.B. BGHZ 16 (1955), 111, 116; *Staudinger/Richardi* BGB 611 N 493 m.w.N.

[49] BAGE 5 (1957), 1, 7; vgl. auch *Beckers* (Fn. 16), 43; *A. Busemann*, Die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber und Dritten, Haftung im Vorvertragsstadium, während des Arbeitsverhältnisses und im Nachvertragsstadium, Berlin 1999, 74 ff.

[50] Vgl. *Beckers* (Fn. 16), 43; *Staudinger/Richardi* BGB 611 N 497 je m.w.N.

[51] *Staudinger/Richardi* BGB 611 N 498.

ten müssten und es daher nicht darauf ankommen könne, ob für diese Tätigkeit das Risiko eines Schadenseintrittes hoch oder niedrig ist[52]. Die Erkenntnis, dass letztlich jeder Schadenseintritt bei Verrichtung der Arbeit die Verwirklichung des Betriebsrisikos bedeutet, begann sich in den achtziger Jahren auch in der Rechtsprechung des BAG durchzusetzen. Der BAG konnte aber nicht ohne weiteres auf das Kriterium der „Schadensgeneigtheit der Arbeit" verzichten, da diese Rechtsauffassung von der Rechtsprechung des BGH abgewichen wäre. Der Grosse Senat des BAG rief deshalb im Jahre 1992 den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe zur Klärung der Rechtsfrage an. Noch vor der Entscheidung des Gemeinsamen Senates schloss sich jedoch der BGH der Rechtsansicht des BAG an. Damit stimmten BAG und BGH überein, dass die „Schadensgeneigtheit" keine Voraussetzung mehr für einen Haftungsausschluss bzw. Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers sein dürfe, sie lediglich zu den Abwägungskriterien im Rahmen der Mitverursachung gehöre[53].

3. *Dreigeteilter Fahrlässigkeitsbegriff*

Das BAG hat in einigen Entscheidungen die Haftung des Arbeitnehmers bei gefahrgeneigter Arbeit auf Vorsatz und Grobfahrlässigkeit beschränkt[54], ist dann aber wieder zum dreigeteilten Fahrlässigkeitsbegriff zurückgekehrt. Unterschieden wird zwischen grober, mittlerer und leichter Fahrlässigkeit. Als Faustregel gilt, dass bei grober Fahrlässigkeit der Arbeitnehmer, von Härtefällen abgesehen, den Schaden vollständig ersetzen muss, bei mittlerer Fahrlässigkeit eine Schadensteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vorgenommen wird und bei leichter Fahrlässigkeit der Arbeitnehmer gar nicht haftet[55].

Sodann sind sich BAG und BGH darüber einig, dass bei fahrlässiger Haftung des Arbeitnehmers sein Verschulden gegen das „Berufsrisiko" des Arbeitgebers (unter Beachtung aller weiteren Umstände) abgewogen werden muss; dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer den Schaden grobfahrlässig verursachte. Bei Grobfahrlässigkeit ergibt sich eine Haftungsbeschränkung aber lediglich dann, wenn ausnahmsweise Umstände vorliegen, die trotz der groben Sorgfaltspflichtverletzung eine Haftungsbeschränkung rechtfertigen; dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Schadenersatzbetrag eine Grös-

[52] Nachweise bei *Beckers* (Fn. 16), 43; *Staudinger/Richardi* BGB 611 N 499.

[53] Vgl. *Staudinger/Richardi* BGB 611 N 501; *MünchenerKomm/Müller-Glöge* BGB 611 N 464; *Beckers* (Fn. 16), 45; *Busemann* (Fn. 49), 74.

[54] Vgl. *Staudinger/Richardi* BGB 611 N 503, wonach der BAG damit „die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschritten" habe.

[55] Die Terminologie ist nicht ganz einheitlich: vgl. *MünchenerKomm/Müller-Glöge* BGB 611 N 427 ff, welcher grobe, mittlere und leichteste Fahrlässigkeit unterscheidet; *Staudinger/Richardi* BGB 611 N 504, der von grober, normaler und leichter Fahrlässigkeit spricht; siehe auch *Beckers* (Fn. 16), 47 ff.; *Busemann* (Fn. 49), 30.

senordnung übersteigt, die den Arbeitnehmer in seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet[56].

V. Fortentwicklung des schweizerischen Rechts

1. Vorbemerkungen

Ein Arbeitsverhältnis ist ein besonderes Vertragsverhältnis: Der Arbeitnehmer ist dem Arbeitgeber subordiniert; er führt mit den ihm zur Verfügung gestellten Mitteln, in der ihm vorgeschriebenen Zeit und aufgrund der ihm erteilten Weisungen Arbeiten für den Arbeitgeber aus. Sein Einfluss auf die von ihm verursachten Schäden ist daher oftmals gering, die Schäden hingegen nicht selten hoch und der Ersatzanspruch übersteigt rasch die finanziellen Möglichkeiten des Arbeitnehmers. Auch fliessen dem Arbeitgeber die wirtschaftlichen Vorteile der Arbeitnehmertätigkeit in Form des Gewinnes zu, weshalb ihm zuzumuten ist, auch die Nachteile betriebsbedingter Verluste zu tragen. Überdies hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, Schadenersatzleistungen bzw. Versicherungsprämien über die Preisgestaltung auf Dritte zu überwälzen[57].

Sodann hat namentlich REHBINDER auf einen weiteren besonderen Aspekt der Schadensabwälzung im Arbeitsverhältnis hingewiesen. In der derzeitigen Arbeitnehmerhaftung fehlt es an klaren Regeln: So bestehen divergierende Ansichten über die Einteilung der Fahrlässigkeit in verschiedene Grade und über die Folgen, die an einen bestimmten Fahrlässigkeitsgrad zu knüpfen sind. Ferner hängt es nach vorherrschender Auffassung vom freien Ermessen des Richters ab, welche Reduktionsgründe er in welchem Umfang berücksichtigen will. Zutreffend führt REHBINDER aus: „Nach der gesetzlichen Regelung weiss also niemand, welche Höhe der Schadenssumme er seinem Arbeitgeber schuldet, d.h. wieviel ihm sein Arbeitgeber vom Lohn abziehen darf, bevor der zuständige Richter entschieden hat. Ein Gerichtsverfahren aber bedeutet im Regelfall das Ende des Arbeitsverhältnisses. Der Arbeitnehmer ist also hier im Ergebnis, will er seinen Arbeitsplatz nicht gefährden oder zumindest das Arbeitsklima entscheidend verschlechtern, von der Gnade des Arbeitgebers abhängig. Diese Situation ist sozialstaatswidrig."[58]

Bei der Forderung, im Rahmen der Arbeitnehmerhaftung die erwähnten Aspekte zu berücksichtigen, geht es freilich um mehr als bloss um das Zufügen des „Tropfens sozialen Öls", das ein am ökonomischen Liberalismus ausgerichtetes Haftungskonzept sozialpolitisch tragbar gestaltet. Vielmehr muss für die vom Arbeitnehmer verursachten Schäden eine *sachgerechte, von der*

[56] *Staudinger/Richardi* BGB 611 N 504; *Beckers* (Fn. 16), 50 m.N.
[57] Vgl. *Meier* (Fn. 1), 24.
[58] *BernerKomm/Rehbinder* OR 321e N 23.

Rechtswirklichkeit nicht völlig abgekoppelte Regelung gefunden werden. Diese Zielsetzung vermag die derzeitige Rechtsdogmatik jedenfalls nicht zu erfüllen. Dies wird durch den Umstand untermauert, dass insbesondere erstinstanzliche Gerichte – trotz Kritik seitens der Lehre – versuchen, die Rechtsunsicherheiten durch Aufstellung von Regeln zu schliessen[59].

2. Berufsrisiko als Konkretisierung der Vertragsverletzung

Neben den erwähnten Unsicherheiten, wie der Verschuldensgrad bei der Ersatzfestsetzung zu berücksichtigen ist, besteht in der Lehre auch keine Einigkeit über die rechtstechnische Einordnung des Kriteriums „Berufsrisiko". Es stellt sich die Frage, ob dieses Kriterium bereits die Haftungsbegründung einschränkt, indem der Begriff der Sorgfaltspflicht modifiziert wird, oder erst auf der Rechtsfolgenseite eingreift und einen spezifischen Herabsetzungsgrund im Sinne von OR 44 darstellt.

Nach letzterer Auffassung mindert ein erhöhtes „Berufsrisiko" die Sorgfaltspflicht des Arbeitnehmers als solche nicht; es mache „das schädigende Handeln des Arbeitnehmers weder rechtmässig, noch befreit es ihn vom Vorwurf der Fahrlässigkeit, sondern ist nur für die Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers von Bedeutung"[60]. Die Berücksichtigung des „Berufsrisikos" stellt damit eine Schadenersatzreduktion dar und erfolgt im Rahmen der Schadensbemessung gemäss OR 44.

Richtiger Auffassung nach bestimmt das „Berufsrisiko" indes das *Mass der Sorgfalt*, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat[61]. Dies legt im Grunde bereits der Wortlaut von OR 321e II nahe. Sodann kann die anzustrebende Rechtsklarheit, welche die Schadensverteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Regelfall auch ohne Gerichtsverfahren ermöglicht, bloss durch eine einschränkende Definition des Sorgfaltsbegriffes, d.h. eine Anhebung der Haftungsvoraussetzungen erreicht werden. Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass dies zu einer dem Privatrecht fremden Relativierung der Fahrlässigkeit führe[62]. Das Mass der zurechenbaren Fahrlässigkeit, genauer: der haftungsbegründenden Sorgfaltspflichtverletzung, ist weder im Vertragsrecht noch im Deliktsrecht einheitlich definiert[63]. Das Berufsrisiko bestimmt daher

[59] Etwa die Beschränkung auf einen Monatslohn bei leichter Fahrlässigkeit durch die Basler Gerichte; siehe vorne III/4.
[60] *ZürcherKomm/Staehelin* OR 321e N 24.
[61] So wohl auch *Rehbinder* (Fn. 16), § 8 N 61; *BernerKomm/Rehbinder* OR 321e N 26; *Meier* (Fn. 1), 37 f.
[62] So *Staudinger/Richardi* BGB 611 N 506.
[63] So bestimmt sich etwa im Arbeitsrecht die Fahrlässigkeit subjektiv, im übrigen Vertragsrecht objektiv, setzt im Schenkungsrecht die Verantwortlichkeit erst bei Grobfahrlässigkeit ein (OR 248 II) und variieren im Deliktsrecht die Anforderungen für das Bejahen einer Sorgfaltspflichtverletzung (einer „duty of care") je nach Handlung und gefährdetem Rechtsgut, wobei sie namentlich bei falschen Auskünften höher liegen (vgl. *V. Roberto*, Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens, AJP 1999, 511, 519 ff.; ausführlich *V. Roberto/C. Widmer*, Tort Liability for Services, in: Schwei-

die Grenze, von der an den Arbeitnehmer eine *haftungsbegründende Sorgfaltspflichtverletzung* trifft. Wie diese Grenzziehung zu erfolgen hat, ist nachfolgend zu untersuchen.

Zu erwähnen bleibt, dass im Arbeitsverhältnis eine Schlechterfüllung dann vorliegt, „wenn der Arbeitnehmer zwar arbeitet, aber während der Arbeit gegen seine Sorgfaltspflicht verstösst“[64]. Die *Sorgfaltspflichtverletzung gehört daher zur Vertragsverletzung* und ist infolgedessen vom Arbeitgeber zu beweisen; dies relativiert die Bedeutung der Beweislastfrage hinsichtlich des Verschuldens[65].

3. Berufsrisiko als Haftungsbeschränkung für leichte Fahrlässigkeit

Folgt man der vorherrschenden Auffassung, die von einem dreigeteilten Fahrlässigkeitsbegriff ausgeht, so ist eine haftungsbegründende Handlung erst bei mittlerer Fahrlässigkeit anzuerkennen. Bei leichter Fahrlässigkeit entfällt die Haftung dagegen vollständig. Nach REHBINDER soll dies jedoch bloss im Falle schadensgeneigter Arbeit gelten[66]. Meines Erachtens sollte diese Einschränkung aufgegeben werden. Wie vorne dargelegt, hat man im im deutschen Recht seit längerer Zeit erkannt, dass das Kriterium der „gefahrgeneigten Arbeit“ problematisch ist, da sich „gefahrgeneigte“ kaum von anderen Arbeiten abgrenzen lassen; diese Einschränkung gilt daher mittlerweile als überwunden. Zu beachten ist, dass auch in der Schweiz „nicht nur die allgemeine Gefährlichkeit eines bestimmten Berufes, sondern die konkrete Gefahrenlage der schadensstiftenden Handlung“ massgebend ist[67]. Letztlich stellt jede leicht fahrlässige Schädigung bei Verrichtung der Arbeit die Verwirklichung des vom Arbeitgeber steuerbaren Berufsrisikos dar. Es ist daher an der Zeit, das Kriterium der *„Gefahrgeneigtheit“* als Voraussetzung für eine Haftungsbeschränkung *auch hierzulande aufzugeben.*

Sodann ist auch fraglich, ob am dreigeteilten Fahrlässigkeitsbegriff festgehalten werden soll. Das Gesetz kennt bloss die Abstufung leichte und grobe Fahrlässigkeit[68]. Diese Unterteilung liegt auch dem Versicherungsvertragsrecht zugrunde: So ist etwa der Regress des Versicherers gegen leichtfahrlässig handelnde Arbeitnehmer eingeschränkt[69] – die Unterscheidung zwischen mittlerer

zerisches Institut für Rechtsvergleichung (Hg.), Swiss Reports Presented at the XVI[th] International Congress of Comparative Law, Zürich 2002 (erscheint demnächst).

[64] *BernerKomm/Rehbinder* OR 321e N 12.

[65] Siehe die entsprechenden Ausführungen bei *BernerKomm/Rehbinder* OR 321e N 17; *ZürcherKomm/Staehelin* OR 321e N 32f.; *Brühwiler* (Fn. 1), OR 321e Vorbemerkungen; für eine Beweislast des Arbeitgebers sprechen sich aus *Meier* (Fn. 1), 51ff.; *Vischer* (Fn. 1), 96; siehe auch *Schweingruber* (Fn. 1), 70.

[66] *Rehbinder* (Fn. 16), § 8 N 61. Ein Teil der Lehre wendet sich dagegen nach wie vor gegen solche klaren Haftungseinschränkungen, vgl. vorne III/4.

[67] *ZürcherKomm/Staehelin* OR 321e N 26; ebenso *BernerKomm/Rehbinder* OR 321e N 27.

[68] Vgl. etwa OR 100, 101 III, 248 I; VVG 14.

[69] VVG 72 III.

und leichtester Fahrlässigkeit führt daher zwangsläufig zu Abstimmungsschwierigkeiten.

Hinzu kommt die Frage, wie die Unterscheidung zwischen drei Fahrlässigkeitsgraden in der Praxis erfolgen soll, bereitet doch schon die Abgrenzung der Grobfahrlässigkeit von der leichten Fahrlässigkeit Schwierigkeiten. Grobfahrlässig handelt bekanntlich, wer die Sorgfaltspflichten in ungewöhnlichem Masse vernachlässigt, wer in zu missbilligender Weise wesentlich von der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt abweicht, d.h. elementarste Vorsichtsgebote verletzt, wer ausser acht lässt, was jedem verständigen Menschen in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen hätte einleuchten müssen[70]. Um leichte Fahrlässigkeit handelt es sich dagegen, wenn diese qualifizierenden Merkmale nicht vorliegen, d.h. also bei einem alltäglichen Versehen. Zweifelhaft ist der Wert der in der Literatur gelegentlich verwendeten Formulierungen, wie z.B.: „das darf nicht passieren“ für grobe Fahrlässigkeit und „das kann passieren“ für leichte Fahrlässigkeit[71]. So wird man wohl auch bei einer leicht fahrlässigen schweren Körperverletzung oder gar Tötung nie sagen: „das kann passieren“.

Angesichts dieser eher vagen Abgrenzungskriterien hinsichtlich der groben und leichten Fahrlässigkeit ist eine *weitergehende Differenzierung der Fahrlässigkeit* kaum durchführbar und daher *abzulehnen.* Damit wird gleichzeitig die Grenze der Haftungseinschränkung angehoben: Eine haftungsbegründende Sorgfaltspflichtverletzung liegt erst bei Vorliegen der qualifizierenden Merkmale der Grobfahrlässigkeit vor.

Entgegen der schweizerischen Lehre und in Übereinstimmung mit der deutschen Rechtsprechung ist schliesslich zu fordern, dass die Ersatzleistung *auch bei grober Fahrlässigkeit reduziert* werden kann; dies gilt namentlich dann, wenn der zu ersetzende Schaden „wegen besonderer, in der Art der Arbeit oder der Person des Arbeitnehmers oder der Höhe des Schadens liegender Umstände eine unzumutbare Härte bedeuten würde“[72] und den Arbeitnehmer in seiner wirtschaftlichen Existenz gefährden“ könnte[73].

[70] BGE 115 II 287; 119 II 448.

[71] *A. Keller* Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. Aufl., Bern 2001, 110f.; befürwortet auch von *K. Oftinger/E.W. Stark*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. Aufl., Zürich 1995, § 5 Fn. 121.

[72] *MünchenerKomm/Müller-Glöge* BGB 611 N 474.

[73] *Staudinger/Richardi* BGB 611 N 504 m.N.