

Kapitel 2: Grundprinzipien der Unfallversicherung vor dem Hintergrund gesellschaftlichen Wandels

A. Relevanz für die Abgrenzung von Arbeits- und Privatunfall

Aus dem ersten Kapitel ergibt sich für die Abgrenzung von Arbeits- und Privatunfall die Notwendigkeit, Wertentscheidungen zu treffen, die auf der Auslegung des § 8 Abs. 1 SGB VII basieren. Das vorliegende Kapitel eruiert daher die für diese Auslegung maßgeblichen Faktoren in vier Abschnitten.

Gegenstand der Auslegung ist nach allgemeiner Ansicht der in der konkreten Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung in ihrem Sinnzusammenhang ergibt.⁴⁰⁵ Dabei ist die Entstehungsgeschichte der Norm als Hilfsmittel zum Verständnis der mit ihr verfolgten Ziele heranzuziehen. Um dies zu ermöglichen, wird im Folgenden in einem ersten Schritt die Lebenswirklichkeit zur Zeit der Einführung der Unfallversicherung untersucht (B.). Die Darstellung des sozialpolitischen Anstoßes für die Einführung der Unfallversicherung und die Begründung ihrer rechtstechnischen Ausgestaltung ermöglichen es, bei der Wertentscheidung zur Reichweite des Schutzbereichs auf die sich aus der genetischen und historischen Betrachtung ergebenden teleologischen Aspekte zu achten. Aus diesen Schutzzwecken ergeben sich die in der Unfallversicherung wirkenden Zurechnungsprinzipien der Betriebsrisikolehre, der Haftungsetzungen, des sozialen Schutzes und der Fürsorgepflicht, welche die Basis jeder Argumentation im Rahmen der Schutzbereichseröffnung darstellen und als solche sowohl in ihrem historischen als auch in ihrem aktuellen Kontext untersucht werden (C.). Das Verständnis dieser Grundgedanken und der daraus folgenden Zurechnungsprinzipien ist unbedingt notwendig, um Auslegungsfragen systemgerecht beantworten zu können.⁴⁰⁶

405 Vgl. nur *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 725 f.; *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, S. 37; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 17; *Schweigler*, Das Recht auf Anhörung eines bestimmten Arztes, S. 30 ff. m.w.N.

406 *Gitter/Nunius*, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts Band 2: Unfallversicherungsrecht, S. 98, 98, Rn. 4; *Schweigler*, Das Recht auf Anhörung eines bestimmten Arztes, S. 32.

Bei der Anwendung einer auszulegenden Norm darf nicht bei einer rückwärtsgerichteten Betrachtung stehengeblieben werden.⁴⁰⁷ Vielmehr ist auf ihren Schutzzweck zum Zeitpunkt der Auslegung abzustellen. So wird berücksichtigt, dass die sozialen und gesellschaftlich-politischen Verhältnisse, auf welche das Gesetz wirken soll, mit zunehmendem zeitlichem Abstand zwischen dem Gesetzesbefehl und seiner Anwendung Veränderungen unterliegen.⁴⁰⁸ Die Ergebnisse des entstehungsgeschichtlichen Kontextes sind daher zu modifizieren, wenn sich die tatsächlichen Rahmenbedingungen der Anwendung der Norm verändert haben.⁴⁰⁹ In Abschnitt D. werden daher die Aspekte der modernen Arbeitswelt dargelegt, die eine solche relevante Modifikation der erlebten Welt bewirkt haben. Neben einem Überblick über die heutige Ausgestaltung der Unfallversicherung (D. I.) werden dabei die Aspekte Digitalisierung, Tertiarisierung und subjektive Modernisierung der Arbeitsverhältnisse beleuchtet, da diese maßgeblich für den Anpassungsbedarf der Unfallversicherung verantwortlich sind (D. II. und III.) Auf das Phänomen der entgrenzten Arbeit, welches die hier konkret im Mittelpunkt stehende Veränderung auslöst, wird im Anschluss speziell eingegangen (E.).

B. Entstehung und Ausgestaltung der gesetzlichen Unfallversicherung

I. Sozialpolitischer Anstoß für die Einführung der gesetzlichen Unfallversicherung: Risikoverteilung vor 1884

Zum Verständnis der in die gesetzliche Unfallversicherung einfließenden Wertungen ist es unverzichtbar, sich die gesellschaftliche Gesamtsituation in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts vor Augen zu führen.⁴¹⁰ Sie war

407 Std. Rspr., vgl. BVerfG, Urt. v. 17.5.1960, E 11, 126, 130; v. 11.6.1980, E 54, 277, 298 f.; v. 19.9.2007, E 119, 247, 274.

408 BVerfG, Urt. v. 14.2.1973, E 34, 269, 288; *Schweigler*, Das Recht auf Anhörung eines bestimmten Arztes, S. 32.

409 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 795; *Schweigler*, a.a.O., S. 33.

410 *Kohle*, ArbuR 31 (1983), S. 229, 229; zur Gesamtsituation und zu ihrer Auswirkung auf die sogenannte „Arbeitergesetzgebung“ des Deutschen Kaiserreichs insgesamt vgl. *Hänlein/Tennstedt*, in: Maydell/Ruland et al. (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, S. 67, 67 ff.; *Breuer*, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts Band 2: Unfallversicherungsrecht, S. 1, 2, Rn. 1 ff. Da es dazu auch in Bezug auf die Unfallversicherung bereits eine Vielfalt an vertiefender Literatur gibt, kann und soll hier ein kurzer Abriss der sozialen Lage genügen. Ausführlich zum geschichtlichen Hintergrund z.B. *Baldschun*, Solidarität und sozia-

der sozialpolitische Impuls für die Entstehung der gesetzlichen Unfallversicherung.⁴¹¹ Ausgangspunkt ist die auf die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts zu datierende industrielle Revolution in Deutschland,⁴¹² die zum Entstehen der unter dem Schlagwort „Soziale Frage“ bekannt gewordenen Missstände führte. Im hiesigen Kontext interessiert vor allem die wirtschaftliche Notlage der sozial schwachen Gruppe der Arbeiterschaft, die infolge der Landflucht durch ein Überangebot von Arbeitskräften geprägt war und dadurch bedingt ein sehr niedriges Lohnniveau hinnehmen musste, welches die Menschen zu Nacht- und Sonntagsarbeit und überlangen Arbeitsschichten von 12 bis zu 18 Stunden zwang.

Zudem entwickelte sich erstmalig eine klare Ausdifferenzierung zwischen Arbeits- und Privatsphäre.⁴¹³ In der bis dahin agrarisch und handwerklich geprägten Bevölkerung waren Arbeit und Privatleben zum größten Teil miteinander verschmolzen und fanden unter einem Dach statt.⁴¹⁴ Landwirtschaftliche Arbeiter und Handwerksgesellen der vorindustriellen Zeit waren in den sozialen Verband der arbeitgebenden Familie eingegliedert gewesen, welche Kost und Logis am eigenen Gut und im Falle von Unfälle und Krankheiten Fürsorge gewährte.⁴¹⁵ Nun, da die Erwerbsarbeit in Fabriken an Maschinen und Fließbändern geleistet wurde, war sie an den Betriebsort gekoppelt und fand nur dort statt. Wohn- und Arbeitsplatz wurden damit getrennt. Auch zeitlich gab die Produktion den Ablauf des Arbeitstages vor. Arbeitszeiten waren genau festgelegt und standardisiert, sodass auch insoweit eine klare Konturierung zwischen Arbeitszeit und

les Schutzprinzip in der gesetzlichen Unfallversicherung, S. 20 ff.; *Gitter*, in: Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften e.V./Bundesverband der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften e.V. et al. (Hrsg.), 100 Jahre gesetzliche Unfallversicherung, S. 22, 22 ff.; *Reiff*, Die Lösung des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Unfall und Tätigkeit in der Unfallversicherung der RVO, S. 6 ff.; *Wickenhagen*, Geschichte der gewerblichen Unfallversicherung, S. 5 ff.; *Wicke*, Soziale Sicherung bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, S. 71 ff.

411 *Rohrbeck*, in: Bogs (Hrsg.), Gegenwartsfragen sozialer Versicherung, S. 17, 17.

412 Die soziale Lage, die zur Einführung eines Unfallsicherungssystems führte, war in vielen Ländern vergleichbar. Siehe z.B. für eine ausführliche Analyse der Gründe der Einführung der *workers' compensation laws* in den USA *Fishback/Kantor*, A Prelude to the Welfare State, 2000, S. 28 ff.

413 *Kleemann*, Zur Re-Integration von Arbeit und Leben in Teleheimarbeit, in: Gottschall/Voß (Hrsg.), Entgrenzung von Arbeit und Leben, S. 59, 61, 66.

414 *Gitter*, SGB 1993, S. 297, 297; *Däubler*, SR 2014, S. 45, 46; *Hillmann*, Wörterbuch der Soziologie, S. 12. Zu den Arbeitsbedingungen während des Wandels von der Agrar- zur Industriegesellschaft überblicksartig auch *Hromádka*, Zukunft des Arbeitsrechts, NZA 1998, S. 1, 1 f.

415 *Gitter*, SGB 1993, S. 297, 297.

Freizeit entstand. Die industrielle Arbeitskultur bedeutete mithin eine deutliche räumlich-zeitliche Abgrenzung von Erwerbsarbeit und Privatleben.⁴¹⁶ Da der Arbeiter nun nicht mehr in einem familiären Solidarverband mit seinem Arbeitgeber lebte, erhielt er auch nicht mehr dessen Schutz in Unglücksfällen.⁴¹⁷

Zur Existenzerhaltung einer Familie war es nötig, dass mehrere Familienmitglieder arbeiteten; auf Gesundheits- oder Unfallschutz wurde wegen des Überschusses an billigen Arbeitskräften, die wegen ihrer mangelnden Spezialisierung leicht austauschbar waren, kein Wert gelegt.⁴¹⁸ Unfälle während der Arbeitsausübung kamen immer häufiger vor, da die neu entwickelten industriellen Maschinen bisher unbekannte Verletzungsrisiken bargen und es weder Unfallverhütungs- noch Schutzvorschriften bei gefährdender Tätigkeit gab.⁴¹⁹ Die Tätigkeiten in der Fabrik waren meist weitaus risikobehafteter als die Verrichtung von Arbeit im landwirtschaftlichen und handwerklichen Betrieb.⁴²⁰ Verlor ein Werkstätiger bei einem solchen Arbeitsunfall die Fähigkeit zu arbeiten, fiel er als Arbeitskraft für das Unternehmen aus, erhielt aber weder eine Entgeltfortzahlung noch andere soziale Leistungen. Damit verlor er nicht nur seine eigene Existenzgrundlage, sondern auch die Möglichkeit, seine Familie zu ernähren. Denn ausschließliche Haftungsgrundlage im damaligen Schadensersatzrecht war das Verschuldensprinzip.⁴²¹ Nur wenn der Arbeitgeber den Unfall in seiner Person selbst verschuldet hatte und der Arbeitnehmer dies beweisen konn-

416 Diese sog. „fordistisch-tayloristische Normalarbeit“ bildet die historische Referenzfolie für die Diskussion von Entgrenzungsprozessen, vgl. ausführlich *Kratzer/Sauer*, Entgrenzung von Arbeit, in: Gottschall/Voß (Hrsg.), Entgrenzung von Arbeit und Leben, S. 87, 94 ff. Zum Ganzen *Deutschmann*, Der Weg zum Normalarbeitstag, passim; *Ritter/Tenfelde*, Arbeiter im Deutschen Kaiserreich, S. 263 ff.

417 Gitter, SGB 1993, S. 297, 297.

418 Vgl. zum Ganzen *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S. 23 ff., 58 ff.; *Frerich/Frey*, Handbuch der Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland Band 1: Von der vorindustriellen Zeit bis zum Ende des Dritten Reiches, S. 85 ff.; *Tennstedt*, Sozialgeschichte der Sozialpolitik in Deutschland, S. 51 ff.; *Wehler*, Deutsche Gesellschaftsgeschichte: Dritter Band, S. 772 ff.

419 *Tennstedt/Winter*, ZSR 1993, S. 362, 366; *Tennstedt*, in: Hänlein/Roßnagel (Hrsg.), Wirtschaftsverfassung in Deutschland und Europa, S. 483, 483; mit Zahlenmaterial *Wickenhagen*, Geschichte der gewerblichen Unfallversicherung, S. 21 f.

420 Gitter, SGB 1993, S. 297, 297.

421 *Zacharias*, Wesen und Rechtsnatur der Ansprüche der Versicherten aus der gesetzlichen Unfallversicherung, S. 4; *Rümelin*, Der Zufall im Recht., S. 6 ff.

te, standen dem Geschädigten Ansprüche gegen den Arbeitgeber zu.⁴²² Die häufigen Fälle, in denen etwa eine Maschine versagte oder auf sonstige Weise ohne das Verschulden eines Einzelnen ein Unfall geschah oder in denen neben dem Verschulden des Arbeitgebers noch andere Faktoren eine Rolle gespielt hatten, waren somit nicht erfasst.

Der Fortschritt der Industrie hatte folglich Verhältnisse geschaffen, denen die bestehenden Regelungen des Schadensersatzrechts nicht mehr gerecht wurden.⁴²³ Im Jahr 1871 wurde daher versucht, dieser Situation durch die Einführung des Reichshaftpflichtgesetzes⁴²⁴ Abhilfe zu verschaffen. Darin wurden für Unternehmer einiger „gefahrgeneigter“ Branchen der strenge Verschuldensgrundsatz ausgehebelt und die Verantwortung des Unternehmers auf das Verschulden seiner Repräsentanten und höhergestellten Angestellten ausgedehnt. Einige Arbeitnehmer hatten nun die Möglichkeit, im Rahmen der Bestimmungen des Reichshaftpflichtgesetzes gegen den Unternehmer zu klagen. Dazu mussten sie nachweisen, dass den Unternehmer das Verschulden an der Verletzung traf.⁴²⁵ Vor diesem Unterfangen schreckten viele aus Angst, gekündigt zu werden, zurück. Durch die Anstrengung eines solchen Prozesses setzte sich der Beschäftigte dem realen Risiko aus, seinen Arbeitsplatz und eventuelle freiwillige Zuwendungen seines Arbeitgebers zu verlieren.⁴²⁶

Selbstverschuldete sowie durch Zufall oder das Verschulden anderer Personen (etwa anderer Arbeitnehmer) ausgelöste Unfälle führten noch immer nicht zu Entschädigungsansprüchen gegen den Arbeitgeber.⁴²⁷ Selbst wenn theoretisch ein deliktsrechtlicher Anspruch gegen den Arbeitgeber bestand, war es für den Arbeitnehmer beinahe unmöglich, diesen gerichtlich durchzusetzen. Zum einen konnte der „typische“ Arbeiter sich die

422 *Tennstedt/Winter*, ZSR 1993, S. 362, 367; *Schmitt*, in: Maydell/Ruland et al. (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, S. 802, 803 Rn. 2.

423 *Kohle*, ArbuR 31 (1983), S. 229, 231 f. Ausführlich zum historischen Prozess des Umdenkens sowie zu den moralisch-philosophischen Hintergründen *Stegner*, Zwischen Souveränität und Ökonomie, S. 62 ff.

424 Gesetz v. 7.6.1871 betreffend die Verbindlichkeit zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken usw. herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen, RGBl. 1871, S. 207.

425 *Baldschun*, Solidarität und soziales Schutzprinzip in der gesetzlichen Unfallversicherung, S. 21.

426 Ebd., S. 20.

427 Ausführlich *Bernstein*, Schadensausgleich bei Arbeitsunfällen, S. 42 ff.

Prozesskosten nicht leisten;⁴²⁸ zum anderen lag die Beweislast für das Verschulden des Unternehmers beim Arbeitnehmer.⁴²⁹ Beweisschwierigkeiten und die existenzielle Bedeutung des Ausgangs eines solchen Gerichtsstreits für den Geschädigten resultierten in einer erheblichen Arbeitsbelastung für die Gerichte.⁴³⁰ Zu guter Letzt war die Situation auch für Unternehmer nicht optimal. Bei Unfällen größeren Umfangs mit vielen Verletzten mussten sie immerhin fürchten, dass hohe Forderungen zahlreicher Inhaber deliktischer Ansprüche sie finanziell überlasteten.⁴³¹

Das Reichshaftpflichtgesetz genügte somit nicht, um die rechtliche Lage signifikant zu verbessern. Bevor die Verteilung des Risikos eines Gesundheitsschadens im Beruf durch die Einführung der gesetzlichen Unfallversicherung im Jahr 1884 gesetzlich geregelt wurde, trug der Beschäftigte das Risiko faktisch selbst und allein. Mit dem Argument, der Arbeiter habe seinen Arbeitsvertrag freiwillig geschlossen, sich also der durch die Arbeit entstehenden Risiken bewusst ausgesetzt, und erhalte als Gegenleistung den Lohn, gab sich eine Mehrheit der zeitgenössischen Juristen zunächst mit diesen Gegebenheiten zufrieden.⁴³²

Vor dem Hintergrund der geschilderten Situation wurde die von Reichskanzler Otto von Bismarck angestoßene Diskussion um die Einführung einer gesetzlichen Unfallversicherung geführt. Ziel war es, das Risiko eines Arbeitsunfalls auf mehrere Schultern zu verteilen. Es sollte ein umfassender und insolvenzfester Schutz der bisher schutzlosen Beschäftigten bei Arbeitsunfällen bewirkt werden;⁴³³ das Risiko, durch Gesundheitsschäden in der Erwerbsfähigkeit beeinträchtigt zu sein, sollte aufgefangen werden.

428 *Bulla*, Der Dienst- und Arbeitsunfall als Institut des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 11, 13 mit Hinweis darauf, dass es zwar ein Armenrechtsgesuch gab, das aber wegen Verfahrensmängeln meist nicht funktionierte.

429 Reichshaftpflichtgesetz v. 7.6.1871, RGBl. S. 207; *Gitter*, in: Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften e.V./Bundesverband der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften e.V. et al. (Hrsg.), 100 Jahre gesetzliche Unfallversicherung, S. 22, 22. Detailliert zu den damaligen Anforderungen an die Beweisführung *Wicke*, Soziale Sicherung bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, S. 78 f.

430 *Hippel*, in: Fleming/Hellner et al. (Hrsg.), Haftungersatzung durch Versicherungsschutz, S. 40, 43.

431 *Baldschun*, Solidarität und soziales Schutzprinzip in der gesetzlichen Unfallversicherung, S. 20.

432 *Andersen*, in: Machtan (Hrsg.), Bismarcks Sozialstaat, S. 207, 211; *Endemann*, Vierteljahresschrift für Volkswirtschaft und Kulturgeschichte 1872, 58 f.

433 *Becker*, Soziales Entschädigungsrecht, S. 38 f.

Zudem wünschte Bismarck, ein „soziales Band“ zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu knüpfen.

II. Rechtstechnische Ausgestaltung des Unfallversicherungsschutzes

Zur erwünschten Absicherung der Beschäftigten standen bei den Überlegungen zur Einführung einer gesetzlichen Ausgestaltung Ende des 19. Jahrhunderts zwei Modelle im Raum:⁴³⁴ die Ausgestaltung einer gesetzlichen, sozialen Versicherung zum Zwecke der Absicherung des Arbeitsunfallrisikos sowie alternativ eine Verschärfung der zivilrechtlichen Haftung des Arbeitgebers. Letztere Überlegung sah vor, das bereits bestehende Reichshaftpflichtgesetz zu erweitern, indem die Haftung des Arbeitgebers auf verschuldensunabhängige Tatbestände ausgedehnt und/oder Beweisregeln zugunsten der Verletzten hätten eingeführt werden sollen.⁴³⁵ Gegen eine solche verschärfte zivilrechtliche Haftung hätten sich die Arbeitgeber dann durch den Abschluss einer privatrechtlichen Versicherung absichern können. Die juristische Alternative, statt der Einführung einer Versicherung die zivilrechtliche Haftung des Arbeitgebers zu verschärfen, lehnte Bismarck mit dem Argument ab, dass sie die beiden Parteien eines Arbeitsvertrags in eine „feindliche Stellung“ zueinander hätten treten lassen.⁴³⁶ Denn wie zuvor hätten auch nach der Einführung einer Haftungsverschärfung Arbeitnehmer und Arbeitgeber nach Eintritt eines Arbeitsunfalls gerichtlich gegeneinander vorgehen müssen. Der Reichskanzler erwartete sich von der Einführung einer Unfallsicherung in Form einer Sozialversicherung nicht zuletzt eine Befriedung der Betriebe und damit einen Beitrag zum sozialen Frieden in der Gesellschaft insgesamt.⁴³⁷ Es setzte sich

434 Vgl. nur *Tennstedt*, in: Hänlein/Roßnagel (Hrsg.), *Wirtschaftsverfassung in Deutschland und Europa*, S. 483, 487 f.; *Tennstedt/Winter*, ZSR 1993, S. 362, 378; *Wicke*, *Soziale Sicherung bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten*, S. 31 ff.

435 Diese Alternative wurde z.B. in Großbritannien (vgl. *Ricke*, ZESAR 2008, S. 13, 13 ff.) und in Tschechien (vgl. *Wicke*, *Soziale Sicherung bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten*, S. 156 ff.) gewählt; zu Sicherungssystemen im Ausland vgl. *Gitter*, *Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht*, S. 82 ff. sowie die Literaturhinweise bei *Ricke*, in: Körner/Leitherer et al. (Hrsg.), *Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht*, Vor § 1 SGB VII Rn. 11.

436 *Gitter*, *Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht*, S. 26 ff.

437 Vgl. statt vieler nur *Krasney*, *ArbuR* 49 (2001), S. 423, 423 ff. Bismarck verfolgte darüber hinaus noch andere politische Ziele, wie bei *Kaltenborn*, *JZ* 1998, S. 770, 773 nachzulesen ist.

daher die Variante einer öffentlich-rechtlich ausgestalteten Pflichtversicherung⁴³⁸ der Arbeitnehmer auf Rechnung der Arbeitgeber durch.⁴³⁹

Als zweiter Zweig der Sozialversicherung wurde die gesetzliche Unfallversicherung durch das Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884⁴⁴⁰ in Deutschland eingeführt. In seinem § 1 normierte es einen vom Verschulden des Unternehmers unabhängigen Entschädigungsanspruch für in bestimmten gewerblichen Unternehmen beschäftigte Arbeiter, die einen „Betriebsunfall“ erlitten: „Alle in Bergwerken, Salinen, Aufbereitungsanstalten, Steinbrüchen, Gräbereien (Gruben), auf Werften und Bauhöfen, sowie in Fabriken und Hüttenwerken beschäftigten Arbeiter und Betriebsbeamten, letztere sofern ihr Jahresarbeitsverdienst an Lohn oder Gehalt zweitausend Mark nicht übersteigt, werden gegen die Folgen der bei dem Betriebe sich ereignenden Unfälle nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Gesetzes versichert.“

Die versicherungspflichtigen Unternehmer hatten die Finanzierung alleine zu stemmen (§ 10 UVG). Dazu wurden die Unternehmen in Gefahrenklassen eingeteilt; sie zahlten diesen entsprechend unterschiedliche Beitragssätze. Von einem Reichszuschuss oder Arbeitnehmerbeitrag wurde abgesehen.⁴⁴¹ Als Träger der Unfallversicherung wurden statt einer zentralen Trägerorganisation in Form einer Reichsversicherungsanstalt Berufsgenossenschaften eingerichtet. Diese sind Zwangszusammenschlüsse der einzelnen Unternehmen einer Branche, die sich selbst verwalten. Dadurch erhielten die Beschäftigten im Falle eines Arbeitsunfalls einen sicheren, durchsetzungsfähigen Anspruch gegen eine stets leistungsfähige öffentlich-rechtliche Solidargemeinschaft.⁴⁴² Im Gegenzug wurden die Unternehmer

438 Die Auseinandersetzung mit der lange Zeit geführten Diskussion um die Rechtsnatur der gesetzlichen Unfallversicherung – Daseinsvorsorge, Fürsorge oder, richtigerweise, Versicherung – würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen und ist für den Verlauf der Untersuchung entbehrlich. Folgende Literaturhinweise zu dieser Problematik mögen genügen: *Rohrbeck*, in: Bogs (Hrsg.), *Gegenwartsfragen sozialer Versicherung*, S. 17, 17 ff.; *Bulla*, SGb 2007, S. 653, 659; *Zacharias*, *Wesen und Rechtsnatur der Ansprüche der Versicherten aus der gesetzlichen Unfallversicherung*, jeweils m.w.N.

439 *Baldschun*, *Solidarität und soziales Schutzprinzip in der gesetzlichen Unfallversicherung*, S. 20 f.

440 Unfallversicherungsgesetz v. 6.7.1884, bekanntgemacht am 9.7.1884, in Kraft getreten zum 1.10.1884, RGBl. 1884 Nr. 19, S. 69–111. Zum Entstehungsprozess des Gesetzes über all seine Entwürfe hinweg eingehend *Tennstedt/Winter*, ZSR 1993, S. 362.

441 *Gitter*, *Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht*, S. 46 ff.

442 *Kaltenborn*, JZ 1998, S. 770, 771 f.

durch § 95 UVG von ihrer individuellen zivilrechtlichen Haftung befreit, sofern weder der Unternehmer selbst noch seine Bevollmächtigten oder Repräsentanten den Unfall vorsätzlich herbeigeführt hatten. Auf ein Selbst- oder Mitverschulden des Verletzten oder des Unternehmers kam es nicht an. Die gesetzliche Unfallversicherung wurde das erste öffentlich-rechtliche Entschädigungssystem, das auf dem Gefährdungsgedanken beruhte.⁴⁴³ Diese Übertragung des Schadensrisikos musste nicht nur sozialpolitisch, sondern auch rechtlich begründbar sein; ohne Beziehung zwischen Finanzierung und Leistung findet ein Sozialsystem bei seinen Adressaten keine Akzeptanz.⁴⁴⁴ Aufgrund der deutlich sicht- und fühlbaren Unterscheidung zwischen Arbeits- und Privatsphäre war es naheliegend, den Schutz der Unfallversicherung von der Zugehörigkeit eines schädigenden Ereignisses zu der beruflichen Sphäre abhängig zu machen.

Die genannten Erwägungen brachten die zwei als Grundprinzipien der Unfallversicherung bezeichneten Zurechnungsprinzipien hervor, die Prinzip der Haftungsetzsetzung und soziales Schutzprinzip genannt werden.⁴⁴⁵ Als Basis aller Auslegung von Zuordnungsfragen und Fortentwicklung der Unfallversicherung ist ihre genaue Untersuchung unumgänglich. Ihre Her-

443 Bulla, SGB 2007, S. 653, 655 mit Aufzählung der heutigen hinzugekommenen Entsprechungen, etwa im Atom- oder Arzneimittelhaftungsrecht.

444 von Maydell, NJW 1992, S. 2195, 2197. Die Diskussion um die Rechtfertigung der Risikotragung der Arbeitgeber ist nicht allein in der Unfallversicherung relevant. Auch bei der Frage der Haftung der Arbeitgeber für das Fehlverhalten ihrer Arbeitnehmer ist sie virulent (dazu z.B. Schelp, Die Haftungsbelastung des Arbeitnehmers bei Schädigung Dritter, passim; Diem, Die theoretischen Grundlagen der Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber bei schadensgeneigter Arbeit, passim; Reinhardt, Die dogmatische Begründung der Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers, passim; Kohle, Arbeitnehmerhaftung und Arbeitgeberberrisiko, passim). Ein Blick auf Lösungsansätze, die zu diesem Problemkreis entwickelt wurden, ist daher lohnend, vgl. ebenso Kohle, ArbuR 31 (1983), S. 229, 229 ff., 236; Frey, ArbuR 7 (1959), S. 193, 203 f. Auch bei der Frage nach den Arbeitgeberbeiträgen in der Sozialversicherung allgemein wird die Rechtfertigung der Risikotragung diskutiert, vgl. z.B. Vítů, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Abgabenbelastung des Arbeitgebers, passim; Weingarten, Die Beitragspflicht der Arbeitgeber und Arbeitnehmer zur sozialen Pflegeversicherung unter grundrechtlichem Blickwinkel, passim; Friauf, DB 1991, S. 1773 ff.; Isensee, Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge, passim; Zacher (Hrsg.), Die Rolle des Beitrags in der sozialen Sicherung, passim.

445 Vgl. nur Rieke, in: DGV (Hrsg.), 125 Jahre gesetzliche Unfallversicherung, S. 18 f.; Gitter, BB 1998, Beilage 6 S. 1, 3; ders./Nunius, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts Band 2, § 5 Rn. 28 ff. Passender ist es, statt vom Prinzip der Haftungsetzsetzung vom Prinzip der Betriebsrisikozuweisung zu sprechen, s.u. Kap. 2 C I.

kunft und Bedeutung sind daher Gegenstand des folgenden Abschnitts (Kap. 2 C).

C. Grundprinzipien der Risikoverteilung in der Unfallversicherung

I. Betriebsrisikolehre und Prinzip der Haftungsersetzung

1. Die Zurechnung von Risiken nach Sphären

Tragendes Argument für die Absicherung der Arbeitsunfälle in der arbeitgeberfinanzierten Unfallversicherung war bei ihrer Einführung die Betriebsrisikolehre.⁴⁴⁶ Die Analyse des Zuordnungsmechanismus des § 8 Abs. 1 SGB VII in Kapitel 1 zeigte, dass der Gedanke des Unternehmerwagnisses – wie die Betriebsrisikolehre auch bezeichnet wird – in der kontemporären Rechtsprechung und Literatur ein gewichtiges Argument innerhalb der wertenden Auslegung des Arbeitsunfalls darstellt. Die Betriebsrisikolehre ist untrennbar mit dem in der Unfallversicherung gewählten Prinzip der Haftungsersetzung verbunden. Ob die Haftungsersetzung der zivilrechtlichen Haftung der Unternehmer lediglich Mittel zur Umsetzung der Betriebsrisikolehre oder eigenständiger Rechtsgrund ist,⁴⁴⁷ ist, wie die folgenden Ausführungen deutlich machen, letztlich aufgrund ihrer Verworfenheit ineinander nicht entscheidend.

Die Betriebsrisikolehre ist eine Ausprägung der Zurechnung nach Risikosphären, welche als „Risikoprinzip“ im Deliktsrecht entwickelt wurde.⁴⁴⁸ Unter einer Sphäre in diesem Sinne ist der Lebensbereich einer Partei zu verstehen, aus dem heraus Gefahren entstehen oder abgewehrt wer-

446 Inzwischen wird der Begriff der „Betriebsrisikolehre“ zumeist für die hier nicht gemeinte, nunmehr in § 615 BGB geregelte Frage gebraucht, ob der Arbeitgeber auch dann Lohn zu zahlen hat, wenn der Betrieb aus von ihm unverschuldeten Gründen stillsteht, z.B. *Buchner*, in: *Buchner/Becker*, Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, Rn. 12; *Preis*, in: Müller-Glöße/Preis et al. (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 615 Rn. 120, 123 ff. Die rechtliche Figur des Betriebsrisikos ist bereits im römischen Recht sowie in den Glossen des Mittelalters nachweisbar, vgl. *Söllner*, AcP 1967, S. 132, 143, m.w.N. Zum eigenständigen Zurechnungsgrund wurde sie im Unfallversicherungsrecht entwickelt, siehe *Kohle*, ArbuR 31 (1983), S. 229, 232, sodass der Begriff hier weiterhin genutzt werden sollte.

447 Für Ersteres *Ricke*, WzS 2017, S. 9, 11 f.; Letzteres befürwortend *Waltermann*, VSSR 2005, S. 103, 107.

448 *Kümper*, Risikoverteilung im Staatshaftungsrecht, S. 144 ff.

den können.⁴⁴⁹ Der Risiko- oder Sphärengedanke ist ein eigenständiger Zurechnungsgrund.⁴⁵⁰ Er besagt, dass derjenige den Schaden zu tragen hat, von dem man annimmt, dass er besser als der andere eine mögliche Schädigung des Vertragsgegenstandes verhindern kann.⁴⁵¹ Auf eine tatsächliche Beherrschungsmöglichkeit kommt es dabei nicht an.⁴⁵² Tragend ist der Gedanke, dass der Schaden von einer Seite eher hätte verhindert werden können als von der anderen.⁴⁵³ Das Risiko trifft damit diejenige Vertragspartei, die näher am Schaden ist.⁴⁵⁴ Das Risikoprincip bezweckt dadurch eine möglichst gerechte Verteilung von Lasten in Fällen, in denen es sich nicht um Unrecht, sondern um Unglück handelt.⁴⁵⁵ Diese Zuordnung erscheint so logisch, dass sie als „vorgegebene Struktur, die der Natur der Sache entspringt und gar nicht erfunden, sondern nur gefunden werden konnte“⁴⁵⁶ bezeichnet wurde. Tatsächlich lässt sich der Gedanke in der

449 Erman, JZ 1965, S. 657, 657.

450 Gamillscheg/Hanau, Die Haftung des Arbeitnehmers, S. 48.

451 Ebd.; Diem, Die theoretischen Grundlagen der Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber bei schadensgeneigter Arbeit, S. 74. Darin unterscheidet sich die Risikozurechnung nach Sphären von dem aus dem römischen Recht stammenden und im 19. Jahrhundert noch durchgängig angewandten Prinzip *casum sentit dominus*, vgl. Meder, Schuld, Zufall, Risiko, S. 20, 39–75. Demnach soll die Sphäre, in der das Risiko eintritt, zugleich Risikosphäre des Geschädigten sein. Das Prinzip bezeichnet also die „natürliche“ Schadenszuständigkeit des Rechts- und Sachinhabers und teilt diesem auch das allgemeine soziale Risiko, das die Sache betrifft, zu, Faude, Selbstverantwortung und Solidarverantwortung im Sozialrecht, S. 96; Hübner, Schadenszurechnung nach Risikosphären, S. 57. Es gilt als genereller Zurechnungsgrund noch immer dann, wenn keine ausdrückliche Zurechnung zu anderen Sphären erfolgt, Zacher, ZfS 1983, S. 171, 172; Esser, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, S. 69 ff. Dies zeigt sich etwa in der generellen Regel der Beweislastverteilung: Derjenige, der den Schaden hat, braucht ihn nur dann nicht zu tragen, wenn er beweisen kann, dass jemand anders zur Übernahme der Last verpflichtet ist, Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 240.

452 Die gesetzliche Unfallversicherung ist damit eine sozialrechtliche Gefährdungshaftung, vgl. dazu Becker, Soziales Entschädigungsrecht, S. 75 f.; Keller, in: Hauck/Noftz, et al. (Hrsg.), SGB VII, Einführung, E 010, S. 3; Fuchs, SGB 1995, S. 421, 422; Triebel, JURA 2007, S. 521, 522.

453 Müller-Erzbach, AcP 106 (1910), S. 309, 413; Diem, Die theoretischen Grundlagen der Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber bei schadensgeneigter Arbeit, S. 74 f.

454 Erman, JZ 1965, S. 657, 657.

455 Kümpfer, Risikoverteilung im Staatshaftungsrecht, S. 15, 144.

456 Gamillscheg/Hanau, Die Haftung des Arbeitnehmers, S. 49; auch in vielen ausländischen Rechtsordnungen sei der Sphärengedanke eigenständiger Zurechnungsgrund, S. 50 Fn. 173.

Rechtsprechung und in der wissenschaftlichen Literatur immer wieder als eines von mehreren begründenden Elementen von Haftungserleichterungen nachweisen.⁴⁵⁷ Begründet wird die Zurechnung nach dem Sphärenprinzip damit, dass derjenige den Schaden zu tragen hat, der durch diese Last dazu gebracht werden soll, das Entstehen des Schadens überhaupt zu verhindern, weil dieser am ehesten in seiner Vermeidbarkeitssphäre liegt.⁴⁵⁸ Die Verwirklichung des Schadenseintritts wann immer möglich zu vermeiden, ist erhoffter Effekt dieser Theorie; wenn derjenige haftet, der am ehesten in der Lage war, die Realisierung der Gefahr zu verhindern, dann wird dieser alles ihm Mögliche tun, um das Risiko gering zu halten.⁴⁵⁹

Die Betriebsrisikolehre konkret bezeichnet den Gedanken, dass Schäden, die infolge betrieblicher Arbeit entstehen, zum Betrieb gehören und damit dem Inhaber des Betriebes – dem Arbeitgeber – zuzuordnen sind.⁴⁶⁰ Diese Sphärentheorie – auch: Lehre der Gefahrtragung – wurde vornehmlich in Literatur und Rechtsprechung zu der Frage der Arbeitnehmerhaftung bei schadensgeneigter Arbeit weiterentwickelt, wird aber auf vielen Gebieten fruchtbar gemacht.⁴⁶¹ Unter einem Betrieb wird die organisatorische Einheit verstanden, innerhalb derer bestimmte arbeitstechnische Ziele fortgesetzt verfolgt werden.⁴⁶² Im alltäglichen Sprachgebrauch ist damit vor allem der Ort, an dem die Beschäftigten zusammen arbeiten, gemeint.⁴⁶³ Derjenige, der die für diese Zusammenarbeit notwendigen Arbeitsmittel, also Material, Räume, Maschinen etc., bereitstellt und durch seine Weisungen die Arbeitsleistung nach Zeit, Ort und Modus bestimmt, muss nach der Betriebsrisikolehre für die Fehler und Störungen in diesem Bereich eintreten und trägt das in diesem Bereich entstehende Risiko.⁴⁶⁴ Dies liegt an der unterschiedlichen wirtschaftlichen und sozialen Stellung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer.⁴⁶⁵ Auch ökonomisch wurde argumentiert, dass Schäden, die ein Unternehmen seiner Umgebung zufügt, zu des-

457 Dargestellt bei *Gamillscheg/Hanau*, Die Haftung des Arbeitnehmers, S. 50.

458 *Diem*, Die theoretischen Grundlagen der Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber bei schadensgeneigter Arbeit, S. 74.

459 *Müller-Erzbach*, AcP 106 (1910), S. 309, 414; zum Präventionsprinzip in der Haftung vgl. instruktiv *Marton*, AcP 162 (1963), S. 1, 45 ff.

460 Ebenso für den Bereich der Arbeitnehmerhaftung *Kohle*, Arbeitnehmerhaftung und Arbeitgeberisiko, S. 226.

461 *Söllner*, AcP 167 (1967), S. 132, 141, Fn. 39.

462 Vgl. *Giesen/Kersten*, Arbeit 4.0, S. 125 m.w.N.

463 Ebd. m.w.N.

464 *Söllner*, AcP 167 (1967), S. 132, 143.

465 *Jorns*, Das Betriebsrisiko, S. 47 ff.

sen Betriebskosten hinzuzurechnen sind; alles andere wäre eine Quasi-Subvention des Unternehmens auf Kosten der Geschädigten, die durch eine reine Geltung des Verschuldensprinzips nicht ausreichend geschützt wären.⁴⁶⁶ Im entscheidenden Entwurf des Unfallversicherungsgesetzes von 1884 wurde dies so formuliert: „Wie dem Betriebsunternehmer die an dem Anlage- und Betriebskapital entstehenden Schäden und Verluste zur Last fallen, so soll derselbe auch die Verluste an persönlicher Arbeitskraft, welche durch die seinem Industriezweig eigentümlichen Gefahren veranlaßt wurden, tragen und für beide in dem Gesamtertrage des Unternehmens Deckung finden.“⁴⁶⁷

Diese Idee stützte sich in der Diskussion zur Einführung der gesetzlichen Unfallversicherung im Wesentlichen auf zwei Wertungsaspekte, nämlich zum einen auf den Gedanken, dass der Arbeitgeber die Herrschaftsmacht über die beruflichen Sphäre des Arbeitnehmers hat (Beherrschbarkeitsargument); zum anderen auf den Aspekt, dass der Arbeitgeber, da er die Gewinnchancen des Betriebes hat, auch das Risiko des Betriebes tragen muss (Gewinnerzielungsargument).⁴⁶⁸ Beide Wertungsaspekte werden im Folgenden näher dargestellt.

2. Beherrschbarkeitsargument

Dominierender Rechtsgrund für die alleinige Finanzierung der Unfallversicherung durch die Arbeitgeber war bei der Einführung der gesetzlichen Unfallversicherung der Gedanke, dass die berufliche Sphäre eines Beschäftigten von seinem Arbeitgeber beherrscht wird. Der Arbeitnehmer wird schon definitionsgemäß in den vom Arbeitgeber organisierten und gesteuerten Arbeitsprozess integriert.⁴⁶⁹ Er soll dabei den arbeitstechnischen

466 *Mataja*, Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, S. 28, 57; *Marton*, AcP 162 (1963), S. 1, 48 f.

467 Zitiert nach *Kohle*, ArbuR 31 (1983), S. 229, 232. Die Tatsache, dass die Eröffnung des Betriebes den Arbeitnehmern durch die Schaffung ihrer Arbeitsplätze zum Vorteil gereicht (vgl. *Eich*, NZA 1984, S. 65, 67), ändert nichts daran, dass der Unternehmer auch die mit dem Betrieb verbundenen Risiken geschaffen hat.

468 Diese beiden Aspekte finden sich auch in der Rechtsprechung des BAG zur Arbeitnehmerhaftung, vgl. *Kohle*, Arbeitnehmerhaftung und Arbeitgeberisiko, S. 226 ff.

469 „Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages zur Arbeit im Dienst eines anderen verpflichtet ist“; vgl. *Thüsing*, NZA 2015, S. 1478, 1478 m.w.N.; inzwischen ohne inhaltliche Änderung legaldefiniert in § 611a Abs. 1

Zweck durch weisungsgebundene Arbeit verwirklichen. Der Arbeitgeber erteilt die Weisungen und legt den Zweck der Arbeit sowie die technische und taktische Betriebsorganisation fest; er gestaltet die gesamten Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers. Das Umfeld, in dem sich ein Arbeitsunfall zutragen kann, liegt also insoweit unter der Kontrolle des Arbeitgebers.

Da der Arbeitgeber die Betriebsorganisation kontrolliert, hat er es in der Hand, Unfallrisiken seiner Arbeitnehmer zu minimieren. Er kann in Ausübung seiner Organisationsbefugnis Risiken sowohl schaffen als auch vernichten, verringern, erhöhen, beibehalten oder verlagern; es liegt an ihm, Gefahren durch die Veränderung von Arbeitsabläufen, durch die Installation von Schutzvorrichtungen und durch Schulung und Überwachung seiner Mitarbeiter zu mindern.⁴⁷⁰ Der Arbeitnehmer dagegen kann die bestimmenden Faktoren seiner Arbeitsaufgaben und -umgebung weder tatsächlich noch rechtlich beeinflussen.⁴⁷¹ Die Arbeitsorganisation des Unternehmers bestimmt also im Wesentlichen das Schadensrisiko des Beschäftigten.⁴⁷² Als der für das Entstehen dieser Risiken Verantwortliche soll der Arbeitgeber deshalb auch die aus ihnen erwachsenden Lasten tragen.⁴⁷³ Hintergrund dieser Überlegungen war die bereits dargestellte Situation der Arbeiter in Fabriken, die zur Arbeit an fehleranfälligen Maschinen angewiesen waren. Ein Versagen der noch jungen Technik konnte schnell zu schwerwiegenden Verletzungen des Personals führen. Durch das Treffen von Schutzvorkehrungen wie beispielsweise der Einstellung der Produktionsgeschwindigkeit, dem von der Maschine zu haltenden Abstand, der Vermeidung von Überhitzung oder der Vorschrift zum Tragen von Schutzkleidung war der Arbeitgeber unmittelbar in der Lage, die vom Arbeitsort ausgehenden Risiken zu verringern.

Die alleinige Zuweisung des Betriebsrisikos an den Unternehmer ist auch angesichts weiterer Entwicklungen in der Arbeitswelt gerechtfertigt.⁴⁷⁴ Zwar ist der Arbeitgeber bei der Gestaltung des Betriebsgeländes nunmehr an Sicherheitsvorschriften und technische Vorschriften gebun-

BGB. Zur Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft spielt der Gesichtspunkt der Eingliederung in den Betrieb eine wesentliche Rolle, vgl. nur *Reiserer*, in: Moll (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 6 Rn. 12 f.

470 BAG, Beschl. v. 27.9.1994, E 78, 56, 57.

471 *Baldschun*, Solidarität und soziales Schutzprinzip in der gesetzlichen Unfallversicherung, S. 20; *Gitter*, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht, S. 18.

472 *Zänker*, Die Haftung der Unternehmer, der Unternehmensangehörigen und anderer Personen in der gesetzlichen Unfallversicherung, S. 24 f.

473 *Schelp*, Die Haftungsbelastung des Arbeitnehmers bei Schädigung Dritter, S. 38 m.w.N.; *Kohte*, *ArbU* 31 (1983), S. 229, 230.

474 *Schelp*, Die Haftungsbelastung des Arbeitnehmers bei Schädigung Dritter, S. 41.

den, die ihn in seiner diesbezüglichen Freiheit beschränken. In Betrieben, in denen ein Betriebsrat besteht, können Arbeitnehmer zudem über diesen an der Gestaltung ihrer unmittelbaren Arbeitsumgebung mitwirken: Über die §§ 90 und 91 BetrVG hat der Betriebsrat eine gewisse Einflussmöglichkeit, was die Gestaltung der Arbeitsplätze angeht. Diese ist jedoch gering; das Mitbestimmungsrecht des § 91 BetrVG gilt nur, wenn die Arbeitnehmer durch eine Veränderung der Gestaltung des Arbeitsplatzes offensichtlich besonders belastet werden. Das Ausmaß dieser Mitbestimmungsrechte ist nicht umfassend genug, um eine teilweise Zuordnung des Betriebsrisikos an die Arbeitnehmer zu gebieten. Sicherheitsvorschriften und technische Vorgaben führen nicht zu einer gefahrbehafteteren Umgebung, sondern intendieren gerade die Minimierung von Arbeitsrisiken und stellen für den Unternehmer daher keine Verschlechterung, sondern eine Erleichterung seiner Risikolast dar.

Von vornherein war die Unfallversicherung auch dann einstandspflichtig, wenn der Arbeitgeber den konkreten Arbeitsunfall auch durch eine andere Betriebsorganisation nicht hätte verhindern können. Auch das Risiko unverschuldeter, fremdverschuldeter und zufälliger Unfälle wurde auf die Arbeitgebergemeinschaft übertragen. Dies liegt daran, dass sich der Beschäftigte nicht in der zum Unfall führenden Situation befunden hätte, wenn er nicht Arbeitnehmer seines Unternehmers gewesen wäre. Dieses Argument kann nicht durch den Hinweis entkräftet werden, dass Arbeitnehmer den sie zur Arbeit verpflichtenden Vertrag privatautonom eingegangen seien und es in ihrer Hand gelegen hätte, einen anderen Arbeitsplatz zu wählen.⁴⁷⁵ Es ist unbestritten, dass der Abschluss eines Arbeitsvertrages aufgrund seiner gravierenden Folgen für den Beschäftigten nicht als gänzlich frei anzusehen ist: Zur Sicherung seiner Existenzgrundlage ist (beinahe) jeder Mensch auf Erwerbstätigkeit angewiesen – nicht nur des Lohnes wegen, auch viele Sozialleistungen werden an das Beschäftigungsverhältnis geknüpft.⁴⁷⁶ Darüber hinaus ist Arbeit das wesentliche gesellschaftliche Identifikationselement, mit dem soziale Anerkennung und Teilhabe an der Gesellschaft einhergehen.⁴⁷⁷ Die Tatsache, dass der Beschäftigte dem Arbeitgeber die Arbeit schuldet, in deren Zusammenhang er den Unfall erlitt, lässt diesen in die Verantwortungssphäre des Arbeitgebers

475 *Beckers*, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, S. 25.

476 *Becker*, in: Benvenisti/Nolte (Hrsg.), *The Welfare State, Globalization, and International Law*, S. 1, 9; *Zacher*, in: Gitter/Schulin/ders. (Hrsg.), *FS Krasney*, S. 807, 807 f.

477 *Negt*, *Arbeit und menschliche Würde*, S. 10 f.; *Körner*, *Das internationale Menschenrecht auf Arbeit*, S. 12.

übertreten. Denn macht sich der Unternehmer die Arbeitskraft seiner Beschäftigten zunutze und tragen diese dabei Verletzungen davon, so sind diese Gesundheitsschäden Auswirkungen der besonderen Zwangslage, in der sich die Arbeitnehmer aufgrund ihres Arbeitsverhältnisses befinden: dass sie zur Erwirtschaftung ihres Lebensunterhalts darauf angewiesen sind, dem Arbeitgeber ihre körperliche oder geistige Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen.⁴⁷⁸ Dass der Arbeitnehmer sich selbst durch den Abschluss des Arbeitsvertrages in die Gefahrenzone begibt, bleibt als Verantwortungsgrund daher hinter der Schaffung der Gefahrenquelle zurück.

Der Gedanke der Betriebsgefahr geht so weit, dass auch die Beschäftigten des Betriebes als Betriebsmittel angesehen werden. Weder fahrlässiges noch vorsätzlich verbotswidriges oder risikoe erhöhendes Verhalten des Beschäftigten hindert die Zurechnung der konkreten Tätigkeit zur Betriebsrisikosphäre.⁴⁷⁹ Handelt ein Arbeitnehmer fahrlässig und verursacht dadurch einen Arbeitsunfall, so ist das Ausdruck der menschlichen Natur: Jeder lässt gelegentlich die erforderliche Sorgfalt außer Acht.⁴⁸⁰ Der Arbeitsstil des Beschäftigten – sei er ruhig und bedächtig, überlegt und risikobewusst oder unruhig, impulsiv, risikofreudig und unüberlegt – hat keinen Einfluss auf die unfallversicherungsrechtliche Beurteilung eines Unfallereignisses, da die Individualität des Arbeitsstils der menschlichen Arbeitskraft immanent ist.⁴⁸¹ Diese Argumentationslinie basierte zwar zunächst auf einem speziellen Bild des Beschäftigten, das für die Zeit, in der die Unfallversicherung entstand, typisch war. Im Mittelpunkt der Überlegungen stand der in seiner Leistung jederzeit austauschbare, weil nicht mit Denk-, sondern mit rein körperlicher Arbeit befasste Fabrikarbeiter, welcher nur

478 *Baldschun*, Solidarität und soziales Schutzprinzip in der gesetzlichen Unfallversicherung, S. 20; *Gitter*, SGB 1993, S. 297, 298 f.

479 Ausführlich *Köhler*, VSSR 2017, S. 111, 122 ff.; *Gitter*, BB 1998, Beilage 6 S. 1, 8 f. So ist etwa auch die strafbare alkoholisierte Teilnahme am Straßenverkehr nach den Grundsätzen der inneren Ursache zu behandeln und schließt einen Unfallversicherungsschutz nicht von vornherein aus, vgl. *Sandbiller*, SGB 2012, S. 576, passim; *Gitter*, a.a.O. S. 1, 9; *Krasney*, VSSR 1993, S. 81, 109 f. Ausdrücklich geregelt in § 7 Abs. 2 SGB VII, der weit ausgelegt wird, vgl. *Krasney*, in: *Devetzi/Janda* (Hrsg.), FS Eichenhofer, S. 389, 394 m.w.N.

480 Vgl. v.a. die Beiträge der Abgeordneten *Winterer* und *Hertling* in den Verhandlungen des Reichstags, abgedruckt bei *Kohle*, ArbuR 31 (1983), S. 229, 232; ausführlich *Gamillscheg/Hanau*, Die Haftung des Arbeitnehmers, S. 54 ff. Siehe auch *Canaris*, RdA 1966, S. 41, 45; *Schelp*, Die Haftungsbelastung des Arbeitnehmers bei Schädigung Dritter, S. 33 f. m.w.N.

481 *Krasney*, in: *Devetzi/Janda* (Hrsg.), FS Eichenhofer, S. 389, 390, der den individuellen Arbeitsstil in seiner konkreten Ausprägung zur Würde des Menschen zählt.

in seiner Funktion als Beschäftigter existiert und dessen Handlungen ausschließlich durch die Weisungen seines Arbeitgebers bestimmt werden. Aber auch für Beschäftigte, die nicht nur mit rein körperlichen Aufgaben betraut sind, beansprucht der Aspekt Gültigkeit. Ermüdung und individuelle Leistungsschwankungen im Tagesablauf treffen jeden arbeitenden Menschen.⁴⁸² Kein Beschäftigter wird im Laufe seines Arbeitslebens fehlerfrei bleiben.⁴⁸³ Bedient man sich der menschlichen Arbeitskraft, so sind menschliche Unzulänglichkeiten wie Arbeiterfahrlässigkeit, schwankende Arbeitsgeschwindigkeit und -qualität, Missachtung von Vorgaben, risikoerhöhendes Verhalten, Fehleinschätzungen oder Irrtümer der Betriebsgefahr zuzurechnen; der Arbeitgeber hat daher auch das daraus entstehende Risiko zu tragen.⁴⁸⁴

3. Gewinnerzielungsargument

Der zweite Aspekt der Betriebsrisikolehre ist das sog. „Gewinnerzielungsargument“. Aus der Stellung des Arbeitgebers als Unternehmensinhaber resultiert, dass er die Möglichkeit hat, aus seinem Betrieb Gewinne zu ziehen. Seine finanzielle Situation verbessert sich mit steigendem Gewinn des Unternehmens, während die Beschäftigten unabhängig von der Höhe des wirtschaftlichen Erfolgs des Unternehmens einen gleichbleibenden Lohn erhalten. Der Unternehmer übernimmt damit das Risiko, dass sich sein Betrieb nicht als Gewinn bringend erweist.⁴⁸⁵ Ein möglicher Gewinn des Unternehmers schöpft sich nicht nur aus der Arbeitsleistung der Beschäftigten, sondern notwendigerweise auch aus den Risiken, die für die Beschäftigten mit der Betätigung verbunden sind.⁴⁸⁶ Als Inhaber der Gewinnchancen muss der Arbeitgeber umgekehrt auch die Chancen des Ver-

482 *Reinhardt*, Die dogmatische Begründung der Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers, S. 136 ff.

483 *Schuffelen*, Die verschuldensunabhängige Haftung des Arbeitgebers, S. 21, m.w.N.

484 *Kohte*, Arbeitnehmerhaftung und Arbeitgeberberrisiko, S. 272. Deswegen schuldet ein Arbeitnehmer auch nicht den erwünschten Erfolg, sondern nur die Leistung, vgl. *Fuchs*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, § 611 Rn. 10.

485 *Bulla*, DAR 1942, S. 19, 21.

486 *Zänker*, Die Haftung der Unternehmer, der Unternehmensangehörigen und anderer Personen in der gesetzlichen Unfallversicherung, S. 24.

lustes, also die Risiken seines Betriebes, tragen.⁴⁸⁷ Dieses Argument lässt sich mit dem lateinischen Sinnspruch *cuius commodum, eius periculum* (wessen Sache, dessen Gefahr) umschreiben.⁴⁸⁸ Es sei, so einer der Entwürfe zum Unfallversicherungsgesetz, ein „die ganze Güterproduktion beherrschender Satz, daß jedes Unternehmen seine eigenen Kosten zu tragen hat“; zu diesen Kosten gehöre das Risiko der Arbeitsunfälle.⁴⁸⁹

Der Arbeitnehmer übernimmt die mit der Berufsausübung verbundenen Verletzungsrisiken aufgrund des Arbeitsvertrags zugunsten des Arbeitgebers. Dies ist der Grund dafür, warum dem Arbeitgeber auch die Haftung für solche Schäden der Beschäftigten auferlegt werden kann, die der Arbeitnehmer entweder selbst (mit-)verschuldet hat oder die durch Zufall, also ohne Verschulden des Arbeitnehmers oder Arbeitgebers, entstanden sind.⁴⁹⁰ Denn – in den Worten des Abgeordneten des Reichstags *Winterer* – „ein einfacher Lohnarbeiter kann nicht für einen Betrieb, der nicht der seine ist, verantwortlich gemacht werden“.⁴⁹¹

487 Schadensrisiko und Gewinnchance zusammen bilden den Begriff „Unternehmerwagnis“; so *Herschel*, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 1943, S. 145, 151 f. Zu der Debatte des Reichstags zusammenfassend *Gitter*, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht, S. 18 f.; *Kohle*, Arbeitnehmerhaftung und Arbeitgeberberrisiko, S. 226; *Kohle*, ArbuR 31 (1983), S. 229, 230. Zur Verbindung von Gewinn und Risiko als rechtlichem Prinzip *Diem*, Die theoretischen Grundlagen der Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber bei schadensgeneigter Arbeit, S. 81 ff. Vgl. auch *Rümelin*, Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 96 ff.

488 *Gamillscheg/Hanau*, Die Haftung des Arbeitnehmers, S. 48; Kritik am Zurechnungsprinzip des Vorteil-Nachteil-Gedankens als rein tatsächlichem Zusammenhang übt *Diem*, Die theoretischen Grundlagen der Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber bei schadensgeneigter Arbeit, S. 83 ff.

489 *Tennstedt/Winter*, ZSR 1993, S. 362, 370 m.w.N.

490 Verhandlungen des Reichstags, Bd. 62, S. 727, im Wortlaut bei *Kohle*, ArbuR 31 (1983), S. 229, 232.

491 Verhandlungen des Reichstags, Bd. 63, S. 1530, im Wortlaut bei *Kohle*, aa.O. S. 229, 232. Zwar existieren mittlerweile Modelle der Lohnzahlung, nach denen Arbeitnehmer am Gewinn ihres Unternehmens teilhaben können. Möglich sind zum Beispiel Belegschaftsaktien, Genussrechte oder GmbH-Anteile für die Mitarbeiter. Eine derartige Mitarbeiterkapitalbeteiligung ist politisch erwünscht und wird staatlich gefördert, vgl. BMAS (Hrsg.), Mitarbeiterkapitalbeteiligung – Modelle und Förderwege, <http://www.bmas.de> (Stand: 18.11.2018). Sie bildet dennoch die Ausnahme: Nur 10 Prozent der deutschen Betriebe beteiligten ihre Beschäftigten im Jahr 2011 am Gewinn und nur 2 Prozent am Kapital des Unternehmens, vgl. *Möller*, IAB-Forum 2013, S. 48, 49. In größeren Betrieben mit mehr als 500 Beschäftigten ist die Mitarbeiterbeteiligung mit 36 Prozent dabei häufiger als in kleineren Betrieben mit bis zu 49 Mitarbeitern (9 Prozent). In

4. Das Prinzip der Haftungsersetzung als Rechtsgrund und Übertragungstechnik

Die gesetzliche Unfallversicherung wurde von Anfang an als Zwangs-Haftpflichtversicherung der Unternehmer zugunsten der Beschäftigten ausgestaltet. Das bedeutet, dass die Arbeitgeber im Gegenzug für die Übernahme der vollen Beitragslast eine Freistellung von jeglichen zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen des Arbeitnehmers, die sich auf individuelle Haftung des Arbeitgebers für eigenes oder fremdes Verschulden gestützt hätten, erhalten (anfangs in § 95 UVG, heute in den §§ 104 ff. SGB VII geregelt).⁴⁹² Ausnahmen bestehen gemäß § 104 Abs. 1 S. 1 SGB VII für Wegeunfälle sowie dann, wenn der Arbeitgeber vorsätzlich gehandelt hat.

Dieses Prinzip der Haftungsersetzung ist sowohl ein Rechtsgrund für die Risikoübertragung auf die Unternehmer als auch ein rechtstechnisches (und politisches)⁴⁹³ Mittel, um diese Übertragung zu verwirklichen.⁴⁹⁴

Da die Arbeitgeberschaft durch die Unfallversicherung von ihren Haftungsrisiken befreit wird, hat sie die Kosten für diese Risikobefreiung tragen.⁴⁹⁵ Die Haftungsablösung kann deswegen als Rechtsgrund für die Übertragung der Risiken, die aus der zivilrechtlichen Verantwortung des

großen europäischen Unternehmen ist die Mitarbeiterbeteiligung dagegen inzwischen die Regel: Im Jahr 2014 hatten 94 Prozent aller großen europäischen Firmen irgendeine Art der Arbeitnehmerbeteiligung, *Mathieu*, Annual Economic Survey Of Employee Ownership In European Countries 2014, <http://www.efesonline.org/AnnualEconomicSurvey/2014/Survey2014.pdf> (Stand: 18.11.2018). Beschäftigte sind daher nur in sehr eingeschränktem Maß als Mitunternehmer zu bezeichnen. Soweit ein Beschäftigter tatsächlich Mitunternehmer ist, so ist er das im Vergleich zum Unternehmer selbst nur in sehr geringem Maße. Das Gewinnerzielungsargument, nach dem das Risiko demjenigen zuzuordnen ist, der aus ihm Vorteile zieht, führt deswegen auch in diesem Kontext noch zu einer alleinigen Risikotragung des Arbeitgebers. Für die Unfallversicherung zwischen Arbeitnehmern mit und Arbeitnehmern ohne Gewinn- und Verlustbeteiligung am Unternehmen zu unterscheiden, wäre zudem impraktikabel.

492 Vgl. nur *Becker*, in: Ehlers/Fehling et al. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht Band 3, § 78 Rn. 1, 111 ff.; *Burmann/Jahnke*, NZV 2014, S. 5, 5; *Möller*, SGB 2014, S. 435, 435; *Waltermann*, VSSR 2005, S. 103, 107 ff.

493 *Ricke*, WzS 2017, S. 9, 12.

494 Zur Vereinbarkeit des in § 104 SGB VII enthaltenen Ausschlusses von Schmerzensgeldansprüchen mit dem Verfassungsrecht vgl. nur BGH, Urt. v. 4.6.2009 – III ZR 229/07 –, juris; *Ricke*, in: Körner/Leitherer et al. (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 105 SGB VII Rn. 2 m.w.N.; zum Ganzen eingehend *Lepa*, Haftungsbeschränkungen bei Personenschäden nach dem Unfallversicherungsrecht, passim.

495 *Möller*, SGB 2014, S. 435, 435.

Arbeitgebers herrühren, bezeichnet werden. Bedenken gegen die Einordnung der Haftungsersatzung als Rechtsgrund wurden vorgetragen, weil die Leistungen der Unfallversicherung nicht in jedem Fall deckungsgleich mit denen des zivilrechtlichen Schadensersatzes sind.⁴⁹⁶ Soweit die Unfallversicherung für mehr Schäden einsteht als für solche, die durch zivilrechtlich ahndbares Verhalten des Arbeitgebers entstanden sind, kann sie nicht auf der Beschränkung der Haftung der Unternehmer basieren.⁴⁹⁷ Insoweit gründet die Unfallversicherung auf dem Gedanken des Betriebsrisikos sowie dem sozialen Schutzprinzip (dazu sogleich Kap. 3 C. II.).

Als Übertragungstechnik löst das Haftungsprivileg mehrere Probleme: Erstens erhalten die Beschäftigten mit der Übertragung auf die Unfallkassen Ansprüche gegen diese Körperschaften. Deren Solvenz ist im Normalfall derer ihres Arbeitgebers überlegen, sodass die Arbeitnehmer in jedem Fall einen leistungsfähigen Schuldner beanspruchen können.⁴⁹⁸ Das Insolvenzrisiko des Arbeitgebers entfällt damit. Zudem können die Ansprüche des Arbeitnehmers schneller festgestellt werden, da langwierige Streitigkeiten über Verschulden und Mitverschulden unterbleiben.⁴⁹⁹ Zweitens wird durch die Ablösung aller individuellen Haftungsgründe sichergestellt, dass sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber nicht doch als Feinde gegenüberstehen. Der Verletzte hat sich nunmehr mit der Unfallkasse, nicht aber mit seinem Arbeitgeber auseinanderzusetzen. Der Betriebsfrieden, der durch einen öffentlichen Streit zwischen den Parteien des Beschäftigungsverhältnisses gefährdet wäre,⁵⁰⁰ ist damit gesichert.⁵⁰¹ Dies gilt allerdings nicht für entstandene Sachschäden. Da diese nicht von § 104 SGB VII umfasst sind,

496 von Koppenfels-Spies, SDSRV Bd. 62, S. 87, 96 f.; Waltermann, in: von Wulffen/Krasney (Hrsg.), FS 50 Jahre BSG, S. 571, passim; Rolfs, in: Müller-Glöge/Preis et al. (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 104 SGB VII Rn. 2 m.w.N.

497 Waltermann, in: von Wulffen/Krasney (Hrsg.), FS 50 Jahre BSG, S. 571, 589 nennt für diese Fälle den Gedanken der Gefahrengemeinschaft als tragenden Rechtsgrund für die Risikoübertragung.

498 Stelljes, in: Rolfs/Giesen et al. (Hrsg.), BeckOK Sozialrecht, § 104 SGB VII Rn. 6.

499 Ebd.

500 Vgl. Krasney, ArbuR 49 (2001), S. 423, 424.

501 Sog. „Friedensargument“, vgl. Gitter, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht, S. 238 ff.; ders., BB 1998, Beilage 6 S. 1, 3; Stelljes, in: Rolfs/Giesen et al. (Hrsg.), BeckOK Sozialrecht, § 104 SGB VII Rn. 2; von Koppenfels-Spies, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, § 104 SGB VII Rn. 2 m.w.N.; Rieke, in: Körner/Leitherer et al. (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 104 SGB VII Rn. 2. Historisch: Verhandlungen des Reichstags, 5. Legislaturperiode, VI. Session, Stenogr. Berichte S. 89, im Wortlaut bei Kohle, ArbuR 31 (1983), S. 229, 232.

bleiben gerichtliche Auseinandersetzungen um sie möglich.⁵⁰² Insgesamt ist das Haftungsprivileg dennoch dazu geeignet, Konflikte im Betrieb zu verringern.⁵⁰³ Drittens löst die Einführung der Haftungsersatzung das Problem, dass sich Unternehmer durch die Regelungen der Unfallversicherung ungerechtfertigterweise als benachteiligt ansehen könnten. Da sie durch ihre Beitragszahlung von der zivilrechtlichen Haftung frei werden, erhalten sie eine spürbare Gegenleistung für ihren finanziellen Einsatz.⁵⁰⁴ Dieser äußert sich auch darin, dass das Risiko von Arbeitsunfällen durch die Haftungsersatzung für den Arbeitgeber kalkulierbar wird.⁵⁰⁵

Das Prinzip der Haftungsersatzung ist somit Rechtsgrund für die Übertragung des Arbeitsunfallrisikos auf die Unternehmer sowie Mittel zur Durchsetzung der Unfallversicherung zugleich. Die Haftungsablösung kann nur im Zusammenhang mit der Betriebsrisikolehre gesehen und verstanden werden. Schutzzweck und Finanzierungsgrundlage bedingen sich dabei gegenseitig.⁵⁰⁶ Allerdings begründet die Betriebsrisikolehre eine Zuordnung von Risiken deutlich über die bis dahin angenommene zivilrechtliche Verantwortlichkeit hinaus, sodass das Prinzip der Haftungsersatzung bei der Auslegung der Zuordnungsmechanismen der Unfallversicherung mit Bedacht angewendet werden muss.⁵⁰⁷ Die zwei tragenden Grundprinzipien der Unfallversicherung sind daher korrekterweise nicht als Prinzip

502 *von Koppenfels-Spies*, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, § 104 SGB VII Rn. 2.

503 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.11.1972, E 34, 118; *Stelljes*, in: Rolfs/Giesen et al. (Hrsg.), BeckOK Sozialrecht, § 104 SGB VII Rn. 5 f.

504 Sog. Finanzierungsargument, vgl. *Ricke*, in: Körner/Leitherer et al. (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 104 SGB VII Rn. 2; *von Koppenfels-Spies*, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, § 104 SGB VII Rn. 2.

505 *Stelljes*, in: Rolfs/Giesen et al. (Hrsg.), BeckOK Sozialrecht, § 104 SGB VII Rn. 6.

506 *Ricke*, in: Körner/Leitherer et al. (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Vor § 1 SGB VII Rn. 3.

507 In diesem Sinne auch *Ricke*, WzS 2017, S. 9, 12, der die Absicherung der Beschäftigten als Zweck der Unfallversicherung, die Haftungsablösung dagegen nur als Mittel zur Finanzierung bezeichnet sehen will, ihr aber dadurch nicht ihr Wesen als Strukturprinzip absprechen möchte; *ders.*, in: Körner/Leitherer et al. (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Vor § 1 SGB VII Rn. 3a. Vgl. dazu *Waltermann*, VSSR 2005, S. 103, 112, der betont, dass die Haftungsfreistellung der Unternehmer selbst über die Haftungsablösung hinausgeht, also nicht die gesamte Befreiung der Arbeitgeber von ihrer Haftung mit deren alleiniger Finanzierung der Unfallversicherung begründet werden kann. Vielmehr kommen hier wiederum das Friedensargument und zusätzlich der Gedanke der Gefahrengemeinschaft der Unternehmer untereinander zum Tragen.

der Haftungsersetzung und Prinzip des sozialen Schutzes, sondern genauer als Betriebsrisikolehre und soziales Schutzprinzip zu bezeichnen.

II. Soziales Schutzprinzip und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

Gleichsam ergänzend und auch als Gegenpol zu Betriebsrisikolehre und Prinzip der Haftungsersetzung wirkt das soziale Schutzprinzip.⁵⁰⁸ Als solches wird das primäre Ziel der Einführung der Unfallversicherung bezeichnet, Arbeitnehmer gegen die Risiken, denen sie sich im Berufsleben ausgesetzt sahen, abzusichern.⁵⁰⁹ Dieser Schutz durch die Gewährung von Leistungen im Schadensfall sollte ihnen unabhängig von einem etwaigen eigenen Verschulden zustehen und durch eine leistungsfähige Versicherung gewährleistet werden.⁵¹⁰ Angelehnt an die Strukturen der zivilrechtlichen Gefährdungshaftung greift der Schutz der Unfallversicherung nur dann nicht, wenn der Verunfallte den Unfall vorsätzlich herbeigeführt hat.⁵¹¹ Selbst Handeln gegen ein ausdrückliches betriebliches, behördliches oder gesetzliches Verbot hindert die Einordnung als Arbeitsunfall nicht.⁵¹² Das soziale Schutzprinzip äußert sich darüber hinaus darin, dass auch die Prävention von Arbeitsunfällen schon seit ihrer Einführung als wichtige Aufgabe der gesetzlichen Unfallversicherung angesehen wird.⁵¹³

508 Zum Zusammenhang beider Prinzipien *Gitter*, BB 1998, Beilage 6, S. 1, 3.

509 *Waltermann*, VSSR 2005, S. 103, 105; *Gitter/Nunius*, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts Band 2, § 5 Rn. 43; *Krohn*, in: Schimmelpfennig (Hrsg.), Grundsatzfragen der sozialen Unfallversicherung, S. 23, 30.

510 *Gitter/Nunius*, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts Band 2, § 5 Rn. 43; *Gitter*, SGB 1993, S. 297, 299.

511 *Gitter/Nunius*, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts Band 2, § 5 Rn. 45. Eine vorsätzliche Selbstschädigung entspringt vollkommen der Privatsphäre des Beschäftigten und kann dem Arbeitgeber nicht zugerechnet werden, vgl. nur *Ricke*, in: Körner/Leitherer et al. (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 7 SGB VII Rn. 15 f. m.w.N. Hier fehlt es bereits am Vorliegen eines Unfalls, da ein bewusst herbeigeführtes schädigendes Ereignis dessen Definition nicht zu erfüllen vermag (s.o. Kap. 1 C.).

512 Heute normiert in § 7 Abs. 2 SGB VII (vorher: § 548 Abs. 3 RVO). Vgl. dazu *Ricke*, in: Körner/Leitherer et al. (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 7 SGB VII Rn. 14. Relevant ist die Regelung inzwischen vor allem bei Unfällen, die sich im Straßenverkehr ereignen und während derer der Beschäftigte gegen § 315c StGB verstößt, vgl. *Marschner*, in: Rolfs/Giesen et al. (Hrsg.), BeckOK Sozialrecht, § 7 SGB VII Rn. 4.

513 *Waltermann*, VSSR 2005, S. 103, 105; vgl. die heutige Normierung der Präventionsaufgabe in § 1 SGB VII.

Argumentativ speist sich das soziale Schutzprinzip im historischen Kontext aus der Fürsorgepflicht, welche dem Unternehmer für die Arbeitnehmer und ihre Familien obliegt.⁵¹⁴ Diese Fürsorgepflicht war nach der allgemeinen Vorstellung bei der Einführung der Unfallversicherung den Arbeitgebern öffentlich-rechtlich auferlegt,⁵¹⁵ knüpfte aber an das Arbeitsvertragsverhältnis an und sollte sich aus dem Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber ergeben.⁵¹⁶ Den Motiven zum Unfallversicherungsgesetz von 1884 lässt sich entnehmen, dass diese Fürsorgepflicht als tragendes Prinzip der alleinigen Beitragslast der Unternehmer gesehen wurde.⁵¹⁷ Die Argumentation ging dahin, dass der Unternehmer eigentlich nur für Verschulden einzustehen habe, wegen der ihm obliegenden Fürsorgepflicht allerdings auch das Risiko der zufälligen Unfälle tragen müsse.⁵¹⁸ Da im Arbeitsleben der Industrialisierung häufig schon ein leicht fahrlässiges Verhalten eines Werk tätigen, wie es alle Menschen gelegentlich an den Tag legen, zu einer erheblichen Verletzung seiner selbst oder anderer Personen führen konnte, war das Absehen vom Verschuldenskriterium auch sozial gerechtfertigt.⁵¹⁹ Die Fürsorgepflicht manifestiert den sozial-ethischen Gedanken, dass der Unternehmer noch immer⁵²⁰ auch dann für seinen Arbeitnehmer und dessen Familie zu sorgen hat, wenn dieser im Dienste des Unternehmens seine Gesundheit eingebüßt hat.⁵²¹ Das soziale Schutzprinzip dient außerdem dem bei Einführung der Unfallversicherung gewünschten Zweck, den Betriebsfrieden zu erhalten, da der Verzicht auf das Verschuldenskriterium Ermittlungen innerhalb des Betriebes ent-

514 *Baldschun*, Solidarität und soziales Schutzprinzip in der gesetzlichen Unfallversicherung, S. 22; *Gitter*, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht, S. 18; *ders.*, SGB 1993, S. 297, 299; *Pesch*, DVBl. 1959, S. 43, 46; a.A. *Schnapp*, in: Söllner/Gitter et al. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, S. 815 ff.

515 *Gitter*, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht, S. 18; *Baldschun*, Solidarität und soziales Schutzprinzip in der gesetzlichen Unfallversicherung, S. 22.

516 *Schrader*, ZSR 1958, S. 682, 684.

517 Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, Bd. 77, Berlin 1884, S. 66; abrufbar unter <http://www.reichstagsprotokolle.de> (Stand: 18.11.2018); ebenso *Gitter*, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht, S. 18.

518 *Koch*, ZSR 1956, S. 207, 208.

519 *Gitter/Nunius*, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts Band 2, § 5 Rn. 48; *Gitter*, BB 1998, Beilage 6 S. 1, 3.

520 So wie dies bereits vor der Industrialisierung üblich war, vgl. *Gitter*, SGB 1993, S. 297, 297 s.o. Kap. 2 B. I.

521 *Schrader*, ZSR 1958, S. 682, 683; *Koch*, ZSR 1956, S. 207, 208.

behrlich macht, welche beinahe zwangsläufig zu Vorhalten und Misstrauen zwischen Kollegen und Vorgesetzten führen würden.⁵²²

Unter dem Stichwort des „emanzipierten Arbeitnehmers“ wurde in jüngerer Zeit allerdings in Zweifel gezogen, ob überhaupt noch Bedarf für die Annahme einer Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer besteht.⁵²³ Im Ergebnis ist die Fürsorgepflicht – wenn auch ihre dogmatische Herleitung im Einzelnen strittig ist – auch heute noch integraler Bestandteil des Arbeitsrechts.⁵²⁴ Jeder privatrechtliche gegenseitige Vertrag birgt nicht nur Leistungs-, sondern auch Verhaltenspflichten, die früher aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB a.F.) hergeleitet wurden und inzwischen in § 241 Abs. 2 BGB ausdrücklich genannt sind. Diese Nebenpflichten verlangen die Rücksichtnahme auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Vertragspartners. Da das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber aufgrund des arbeitgeberseitigen Weisungsrechts und der Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb besonders eng ist, sind diese Nebenpflichten im Arbeitsverhältnis besonders ausgeprägt und verdichten sich zur Fürsorgepflicht des Arbeitgebers sowie zur Treuepflicht des Arbeitnehmers.⁵²⁵ Dies ist gerechtfertigt, da der Arbeitnehmer in einem stärkeren Maße von seinem Arbeitgeber abhängig ist, als das in einem anderen Vertragsverhältnis der Fall wäre.⁵²⁶ Beschäftigte sind auch in ihrer Persönlichkeitsentfaltung und finanziellen Existenz der Bestimmung des Arbeitgebers unterworfen, wodurch persönliche und wirtschaftliche Dispositionsmöglichkeiten verloren gehen.⁵²⁷ Daraus folgt eine Mitverantwortung des Arbeitgebers für seinen Arbeitnehmer.⁵²⁸ Die Fürsorgepflicht umfasst die Verantwortung des Arbeitgebers, Betriebsab-

522 *Gitter/Nunius*, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts Band 2, § 5 Rn. 49.

523 *Diem*, Die theoretischen Grundlagen der Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber bei schadensgeneigter Arbeit, S. 60 ff. m.w.N.

524 Vgl. Nachweise bei *Gitter*, in: Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften e.V./Bundesverband der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften e.V. et al. (Hrsg.), 100 Jahre gesetzliche Unfallversicherung, S. 22; *ders.*, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht, S. 18; *Link*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 108 Rn. 2.

525 *Koch*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 106 Rn. 1; *Edenfeld*, NZA 2009, S. 938, 939.

526 *Schelp*, Die Haftungsbelastung des Arbeitnehmers bei Schädigung Dritter, S. 36.

527 *Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, S. 14.

528 *Schelp*, Die Haftungsbelastung des Arbeitnehmers bei Schädigung Dritter, S. 36 m.w.N.

läufe möglichst risikoarm zu gestalten, Gesundheit und Leben des Arbeitnehmers möglichst zu schützen, das jeweils Gebotene zu tun, um betriebsbedingte Schäden vom Arbeitnehmer abzuhalten sowie dennoch erlittene Schäden auszugleichen. Sie erstreckt sich auf Gefahren und Umstände, die ihren Ursprung in der betrieblichen Sphäre haben.⁵²⁹ Diese Schutzpflicht ist dem Unternehmer zwar öffentlich-rechtlich auferlegt, knüpft aber an das privatrechtliche Verhältnis des Arbeitsvertrages an.⁵³⁰ Konkretisierungen dieser Pflicht finden sich in den §§ 617, 618 BGB sowie im öffentlichen Arbeitnehmerschutzrecht.⁵³¹ Teilweise wird sogar von einem personen- oder gemeinschaftsrechtlichen Einschlag⁵³² des Arbeitsverhältnisses gesprochen, also eine Verwandtschaft des Arbeitsverhältnisses mit solchen Rechtsverhältnissen angenommen, die die Sorge um das Wohl eines anderen zum Inhalt haben.⁵³³

Es ist realitätsfern, ein persönliches Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber als Norm anzunehmen, um daraus eine besondere Schutzpflicht zu begründen. In den meisten Fällen arbeiten Arbeitnehmer in Großbetrieben, in denen sie keinerlei persönliches Verhältnis zu ihrem Arbeitgeber haben. Das Arbeitsverhältnis ist im Regelfall ein rein wirtschaftliches, nicht gefühlsbestimmtes Verhältnis.⁵³⁴ Was aber bleibt, ist das starke Machtgefälle zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, in dem Letzterer das eindeutig schwächere Glied ist. Daran ändern auch die Vielzahl an Arbeitnehmerschutzgesetzen und die Organisation der Arbeitnehmer in Gewerkschaften nichts. Diese Veränderungen basieren aber gerade auf der Schutzpflicht der Arbeitgeber. Sie ist deswegen weiterhin notwendig, denn an der ihnen zugrunde liegenden Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber hat sich dem Grunde nach nichts geändert.⁵³⁵ Nach wie vor ist der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer überlegen, weil Letzterer zur Sicherung seiner wirtschaftlichen und persönlichen Existenzgrundlage auf Ersteren angewiesen ist. Verletzt der Unternehmer diese Schutzpflicht und erleidet der Beschäftigte dadurch einen Arbeitsunfall, wird der Arbeitgeber

529 LSG Hessen, Urt. v. 15.05.2011 – L 9 U 154/09 –, juris.

530 *Baldschun*, Solidarität und soziales Schutzprinzip in der gesetzlichen Unfallversicherung, S. 20; *Gitter*, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht, S. 18, 55.

531 *Koch*, in: *Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch*, § 106 Rn. 12.

532 Ebd. Rn. 1.

533 *Schuster*, Die rechtliche Stellung des mehrköpfigen Betriebsrats, S. 84.

534 *Diem*, Die theoretischen Grundlagen der Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber bei schadensgeneigter Arbeit, S. 57; *Schelp*, Die Haftungsbelastung des Arbeitnehmers bei Schädigung Dritter, S. 37.

535 *Schelp*, aa.O., S. 36 f.

durch die gesetzliche Unfallversicherung für Beschäftigte von der Haftung dafür frei;⁵³⁶ im Umkehrschluss ist daher das Bestehen dieser Schutzpflicht auch heute noch ein Grund dafür, warum es rechtfertigbar ist, das Risiko auf den Arbeitgeber zu übertragen.

Insgesamt ergänzt das soziale Schutzprinzip die soeben dargestellte historische Argumentation um das Betriebsrisiko bzw. Unternehmerwagnis herum, welche ebenso zeigt, dass man vom Verschuldensprinzip Abstand genommen hatte und eine Gefährdungshaftung entstanden war.⁵³⁷ Die Fürsorgepflicht muss nicht separat, sondern verstärkend als Rechtsgrund herangezogen werden: Nimmt man an, dass das Risiko sowieso in den Gefahrenbereich des Arbeitgebers fällt, bedarf es keiner Fürsorgepflicht mehr, um es ihm zu übertragen.⁵³⁸

Gleichzeitig stellt eine stärkere Ausbildung des sozialen Schutzprinzips auch eine gewisse Loslösung vom Prinzip der Haftungsersetzung dar. Durch die Fortentwicklung der Unfallversicherung hinsichtlich Aspekten, welche nur teilweise durch die Haftungsersetzung erklärt werden können – etwa die Erweiterung der Versicherungsfälle um Wegeunfälle und Berufskrankheiten,⁵³⁹ eine Ausweitung des versicherten Personenkreises⁵⁴⁰ sowie die Verbesserung der Leistungen und die Betonung des Präventionsprinzips⁵⁴¹ –, hat das soziale Schutzprinzip im Laufe der Entwicklung der Unfallversicherung eine zentralere Bedeutung gewonnen.⁵⁴² So rückte vor allem *Ricke* in jüngerer Zeit verstärkt den Aspekt des sozialen Schutzes und der Fürsorge wieder in den Fokus.⁵⁴³ Seiner Ansicht nach ist der Gedanke der Betriebsrisikolehre für die Unfallversicherung unbeachtlich und es dürfe aus der Tatsache, dass der Unternehmer Einflussmöglichkeiten auf die

536 BSG, Urt. v. 19.12.2000, E 87, 224, 224; LSG Hessen, Urt. vom 15.05.2011 – L 9 U 154/09 –, juris.

537 Vgl. *Gitter*, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht, S. 18.

538 *Gamillscheg/Hanau*, Die Haftung des Arbeitnehmers, S. 50, die auch nachweisen, dass in der Rechtsprechung dennoch Betriebsrisikolehre und Fürsorgegedanke zusammen als Gründe angeführt werden.

539 Dazu sogleich Kap. 2 D. I.

540 Ebd.

541 *Waltermann*, VSSR 2005, S. 103, 106.

542 Das soziale Schutzprinzip als vorrangiges Grundprinzip betonend *Krohn*, in: Schimmelpfennig (Hrsg.), Grundsatzfragen der sozialen Unfallversicherung, S. 23, 32; zur zunehmenden Bedeutung *Gitter/Nunius*, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts Band 2, § 5 Rn. 50.

543 *Ricke*, WzS 2017, S. 9, 12; *ders.*, in: Körner/Leitherer et al. (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Vor § 1 SGB VII Rn. 3. Ebenso bereits *Krohn*, in: Schimmelpfennig (Hrsg.), Grundsatzfragen der sozialen Unfallversicherung, S. 23, 30 f.

sich im Unfall verwirklichten Risiken hatte, keinerlei Argument für oder gegen das Bestehen eines Unfallversicherungsschutzes gewonnen werden. Es käme bei der Beurteilung eines Unfalls rein auf „autochthon unfallversicherungsrechtliche Merkmale des sozialen Schutzbedürfnisses“ an.⁵⁴⁴ Während *Ricke* eine konkrete Definition dieser Merkmale schuldig bleibt, so ist aus einer Zusammenschau seiner diesbezüglichen Veröffentlichungen doch herauszulesen, dass er für die Einordnung eines Unfalls als Arbeitsunfall dessen Zusammenhang mit der Arbeitstätigkeit, die Berufsbezogenheit der verwirklichten Risiken und die konkrete Schutzbedürftigkeit des Beschäftigten für maßgeblich erachtet.⁵⁴⁵ Zur Beurteilung des Vorliegens eines rechtsfolgenauslösenden Zusammenhangs zwischen Unfall und versicherter Tätigkeit wird aber auch von *Ricke* die Betriebsrisikolehre herangezogen, da die Beherrschbarkeit des Geschehens durch den Unternehmer ein starker Indikator für die Berufsbezogenheit ist.⁵⁴⁶

D. Die Arbeitswelt des 21. Jahrhunderts

I. Überblick über die Unfallversicherung heute

Die eben umrissene, während der Industrialisierung geltende gesellschaftliche Lage bildet noch immer den Hintergrund der rechtlichen Regelungen der gesetzlichen Unfallversicherung.⁵⁴⁷ Ihre Strukturprinzipien sind unangetastet geblieben. Veränderungen bezogen sich vor allem auf den Normtext und die Reichweite des persönlichen Schutzbereichs. Im Folgenden werden sie kurz dargestellt.

⁵⁴⁴ *Ricke*, WzS 2017, S. 9, 12.

⁵⁴⁵ Vgl. *Ricke*, in: Körner/Leitherer et al. (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Vor § 1 SGB VII Rn. 3 ff.

⁵⁴⁶ So z.B. in *Ricke*, WzS 2017, S. 9, 11.

⁵⁴⁷ *Meik*, NZA-Beilage 2017, S. 43, 43. Vgl. zu der Argumentation mit den oben genannten, „historischen“ Rechtsgründen z.B. *Keller*, in: Hauck/Noftz/ders. (Hrsg.), SGB VII, Einführung, E 100, S. 5; *Köhler*, VSSR 2013, S. 47, 51 f.; *Zänker*, Die Haftung der Unternehmer, der Unternehmensangehörigen und anderer Personen in der gesetzlichen Unfallversicherung, S. 24.

Zu den wichtigsten Neuerungen zählt die Einführung von Berufskrankheiten⁵⁴⁸ und Wegeunfällen⁵⁴⁹ als Versicherungsfälle im Jahr 1925.⁵⁵⁰

Konzeptionell wurde die zunächst als Betriebsversicherung ausgestaltete Unfallversicherung zwischenzeitlich in eine umfassende Personenversicherung umgewandelt, als ihr personeller Schutzbereich im Jahr 1942 erheblich erweitert⁵⁵¹ und später auf Schüler, Studenten und Kindergartenkinder (1971)⁵⁵², Pflegepersonen (1994)⁵⁵³ sowie ehrenamtlich Tätige (2004)⁵⁵⁴ ausgedehnt wurde.

548 Verordnung über die Ausdehnung der Unfallversicherung auf gewerbliche Berufskrankheiten vom 12.5.1925, RGBl. I S. 69, die am 1.7.1925 in Kraft trat. Bereits bei Einführung der Reichsunfallversicherung hatte man darüber nachgedacht, dass Arbeitnehmer auch Gesundheitsschäden erlitten, die zwar in direktem Zusammenhang mit ihrer Erwerbstätigkeit standen, aber den Begriff des „Unfalls“ nicht erfüllten, da es am Kriterium der Plötzlichkeit scheiterte. Sehr bald, nämlich bereits am 19.7.1911, erhielt das Gesetz eine Ermächtigungsgrundlage, § 547 RVO (RGBl. S. 509), den Schutz der Unfallversicherung auf sog. Gewerbekrankheiten auszudehnen, also Krankheiten, die „als das Endergebnis der eine längere Zeit andauernden, der Gesundheit nachteiligen Betriebsweise bei bestimmten Gewerbetätigkeiten aufzutreten pflegen“, vgl. Reichsversicherungsamt (Hrsg.), Handbuch der Unfallversicherung Band 1, § 1 Anm. 26, S. 70. Grund für die Risikozuweisung sind auch für den Versicherungsfall der Berufskrankheiten das soziale Schutzprinzip und die Betriebsrisikolehre: Der Arbeitgeber bestimmt, welchen schädigenden Einwirkungen der Beschäftigte ausgesetzt ist: Sei es hohe Lärmbelastung oder der Umgang mit giftigen Stoffen, immer liegt es am Unternehmer, seinen Betrieb so zu organisieren, dass der Arbeitnehmer keinen Schaden davonträgt. Auch im Falle der Berufskrankheiten profitiert der Arbeitgeber von der Haftungsablösung durch die Unfallversicherung. Ob der Gesundheitsschaden im Zusammenhang mit der Arbeitsausübung durch ein plötzliches Ereignis oder durch lang andauernden Kontakt mit dem schädlichen Einfluss entsteht, macht für die Verantwortlichkeit des Arbeitgebers keinen Unterschied. Zum Einbezug des Berufskrankheitsrisikos vgl. Gitter, BB 1998, Beilage 6 S. 1, 7 f.

549 2. Änderungsgesetz zur Unfallversicherung v. 14.7.1925, RGBl. I S. 97. Die Erwägungen, die zum Einbezug des Wegeunfallrisikos führten, werden unten (Kap. 3 A. VI. 3. a.) dargestellt.

550 Zur Situation vor der Eingliederung des Berufskrankheitsrisikos lesenswert Andersen, in: Machtan (Hrsg.), Bismarcks Sozialstaat, S. 207 ff.

551 6. Änderungsgesetz vom 9.3.1942, RGBl. I, S. 107.

552 Gesetz vom 18.3.1971, BGBl. I, S. 237.

553 Durch das PflegeVG vom 26.5.1994, BGBl. I, S. 1014.

554 Gesetz zur Verbesserung des unfallversicherungsrechtlichen Schutzes bürgerschaftlich Engagierter und weiterer Personen vom 9.12.2004, BGBl. I, S. 3299.

Mit dem Unfallversicherungseinordnungsgesetz vom 7.8.1997 erfolgte die Eingliederung der gesetzlichen Unfallversicherung als siebtes Buch in das SGB.⁵⁵⁵

Die Aufgaben der gesetzlichen Unfallversicherung werden heute in § 1 SGB VII prägnant aufgezählt: Sie hat mit allen geeigneten Mitteln Arbeitsunfälle, Berufskrankheiten sowie arbeitsbedingte Gesundheitsgefahren zu verhüten und, so solche eintreten, die Leistungsfähigkeit der Versicherten mit allen geeigneten Mitteln wiederherzustellen und sie oder ihre Hinterbliebenen durch Geldleistungen zu entschädigen. Man spricht von einer Aufgabentrias: Prävention, Rehabilitation und Entschädigung.⁵⁵⁶ Das Gesetz stellt klar, dass die Priorität dieser Aufgaben in dieser Reihenfolge besteht. Nach dem Grundsatz „besser verhüten als vergüten“ ist die Verhinderung von Schadenseintritten das oberste Gebot der gesetzlichen Unfallversicherung. Dies dient sowohl der Verwirklichung der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG und des Schutzes der körperlichen Integrität aus Art. 2 Abs. 2 GG⁵⁵⁷ als auch der Finanzierbarkeit der gesetzlichen Unfallversicherung, da dadurch das versicherte Risiko begrenzt wird.⁵⁵⁸

Die Einweisungsvorschrift § 22 Abs. 1 SGB I benennt, für welche Leistungen die gesetzliche Unfallversicherung in Anspruch genommen werden kann. Dies sind demnach präventive Maßnahmen zur Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, Heilbehandlungen, Teilhabeleistungen am Arbeitsleben, Erwerbsminderungs- und Hinterbliebenenrenten sowie Rentenabfindungen, Sterbegeld, Haushalts- und Betriebshilfen. Die Datenschutzvorschrift des § 199 SGB VII bietet einen Katalog aller Aufgaben der gesetzlichen Unfallversicherung. Dazu gehören neben dem Erbringen der Leistungen an die Versicherten auch organisatorische Aufgaben wie die Feststellung der Zuständigkeit und des Versicherungsstatus oder die Berechnung und Erhebung von Beiträgen. Außerdem ist auch die Erforschung von Risiken und Gesundheitsgefahren für die Versicherten Aufgabe der gesetzlichen Unfallversicherung.

Zuständig für die Durchführung der gesetzlichen Unfallversicherung sind die nach Branchen gegliederten Berufsgenossenschaften und die Un-

555 BGBl. I, S. 1254. Zu den Entwicklungstendenzen über die Historie hinweg vgl. Becker, in: *ders./Burchardt/Krasney/Kruschinsky*, Gesetzliche Unfallversicherung, S. 9 Rn. 28 ff.

556 *Reyels*, in: Schlegel/Voelzke et al. (Hrsg.), SGB VII, § 1 Rn. 23.

557 Ebd. Rn. 29.

558 *Kranig*, in: Hauck/Noftz/ders. (Hrsg.), SGB VII, § 1 Rn. 6.

fallkassen der öffentlichen Hand (§ 22 Abs. 2 SGB I).⁵⁵⁹ Die Unternehmer sind Zwangsmitglieder dieser Körperschaften.⁵⁶⁰ Im Jahr 2007 schlossen sich diese zu einem gemeinsamen Spitzenverband zusammen, dem Verband „Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung – DGUV“. Lediglich die landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften gehören nicht dazu; sie sind in der Sozialversicherung für Landwirtschaft, Forsten und Gartenbau (SVLFG) organisiert. Die gesetzliche Unfallversicherung wird paritätisch durch Arbeitnehmer und Arbeitgeber selbstverwaltet. Als Teil der unmittelbaren Staatsverwaltung unterliegt sie gem. Art. 87 Abs. 2 GG, § 90 SGB IV staatlicher Aufsicht.⁵⁶¹ Die ausschließliche Finanzierung der Unfallversicherung durch die Arbeitgeber ist in § 150 Abs. 1 SGB VII geregelt. Dies geschieht nach dem Prinzip der nachträglichen Bedarfsdeckung, indem der Finanzbedarf des abgelaufenen Kalenderjahres auf alle Beitragspflichtigen umgelegt wird (§ 152 Abs. 2 SGB VII). Wie viel der Unternehmer bezahlt, hängt von der Vergütung seiner Arbeitnehmer und von der Gefahrenklasse des Unternehmens ab.⁵⁶² Die als Gegenleistung zu verstehende Ablösung der zivilrechtlichen Haftungsansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber findet sich in § 104f. SGB VII (Ausnahmen bestehen gem. § 104 Abs. 1 SGB VII bei vorsätzlichem Handeln und Unfällen auf versicherten Wegen im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 SGB VII). § 7 Abs. 2 SGB VII bestimmt, dass das Verschulden des Versicherten einen Versicherungsfall nicht ausschließt.

Im Jahr 2013 waren 3,9 Mio. Unternehmen und Einrichtungen Mitglieder des Spitzenverbands der gesetzlichen Unfallversicherung (DGUV). Rund 78,1 Mio. Personen waren damit gegen Arbeits-, Wege- und Schülerunfälle sowie Berufskrankheiten versichert.⁵⁶³ 2012 wurden bei den Berufs-

559 Zur Organisation der Unfallversicherung vgl. *Becker*, in: Maydell/Ruland et al. (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, S. 673, 682, Rn. 29 f.; *Brock*, in: Doetsch (Hrsg.), Handbuch zum Sozialrecht, Rn. 453 ff.

560 Zur Frage der Vereinbarkeit des faktischen Unfallversicherungsmonopols der Berufsgenossenschaften mit dem Verfassungs- und Europarecht vgl. BSG, Urt. v. 9.5.2006 – B 2 U 34/05 R –, juris, *Keller*, in: Hauck/Noftz/ders. (Hrsg.), SGB VII, Einführung, E 010, S. 6–8 u. 10–12.

561 *Triebel*, JURA 2007, S. 521, 522.

562 Ebd., S. 521, 523; zum Finanzausgleich in der gesetzlichen Unfallversicherung vgl. *Becker*, Der Finanzausgleich in der gesetzlichen Unfallversicherung, S. 35 ff.

563 Spitzenverband Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung, <http://www.dguv.de/de/Zahlen-und-Fakten/Versicherte-und-Unternehmen/index.jsp> (Stand: 18.11.2018). Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales gibt in seinem Sozialbericht 2017, S. 128, an, abzüglich der Schülerunfallversicherung stünden et-

genossenschaften und Unfallkassen 885.009 Arbeitsunfälle gemeldet. Das Unfallrisiko betrug 23,32 Arbeitsunfälle je 1000 Vollarbeiter.⁵⁶⁴

II. Tertiärisierung und Digitalisierung

Die Arbeitswirklichkeit des 21. Jahrhunderts unterscheidet sich maßgeblich von den bei der Einführung der Unfallversicherung herrschenden soziokulturellen Gegebenheiten. Sie wird vor allem durch die Digitalisierung und die Metamorphose der Industriegesellschaft zur Dienstleistungsgesellschaft, die Tertiärisierung genannt wird, geprägt. Körperliche Arbeit in der Fabrik weicht in vielen Fällen der kundenorientierten Dienstleistungsarbeit.⁵⁶⁵ Dabei wird die wirtschaftliche Wertschöpfung immer stärker durch den Umgang mit Informationen und weniger durch die Bearbeitung materieller Gegenstände erreicht.⁵⁶⁶ Man spricht deswegen auch von der „Informationsgesellschaft“. Der bisher als „Grundtatbestand des Arbeitsrechts“⁵⁶⁷ anerkannte Arbeitnehmer, der Leistung nach den Weisungen des Leistungsberechtigten unter Eingliederung in dessen Betrieb erbringt, ist im Rückgang begriffen.⁵⁶⁸ An seiner Stelle entwickeln sich unterschiedliche Arbeitskulturen, die nach dem Grad der Verselbstständigung der Arbeitnehmer unterschieden werden. Sie werden als „Prozessarbeit“ (weitgehend bezüglich Arbeitsort und Arbeitszeit vorbestimmte, vollständig weisungsgebundene Tätigkeiten), „Projektarbeit“ (vollständig dem Weisungsrecht unterworfenen Tätigkeiten, die aufgrund der technischen Möglichkeiten mobiler Internet-Kommunikationsmittel bezüglich Arbeitszeit und Arbeitsort in größerem Umfang durch die Arbeitnehmer selbst festgelegt werden können, etwa im Einkauf, im Anwaltsberuf, im Personalbereich) und „Pionierarbeit“ (Tätigkeiten, bei denen der Arbeitge-

wa 62,6 Millionen Menschen unter dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung, von denen der Hauptteil durch Beschäftigte gebildet wird. Abzurufen unter www.bmas.de (Stand: 18.11.2018).

564 Geschäfts- und Rechnungsergebnisse der Berufsgenossenschaften und Unfallkassen, veröffentlicht am 1.8.2013, zitiert nach FD-ArbR 2013, 349005 – beck-online.

565 Welche Veränderungen sich im unmittelbaren Produktionsbetrieb im Rahmen der Digitalisierung ergeben werden, ist noch nicht genau vorhersehbar; Stichworte dazu sind „Industrie 4.0“ bzw. „connected industry“, siehe Schirmer, NZA-Beilage 2016, S. 85, 86.

566 Krause, Digitalisierung der Arbeitswelt, Gutachten B zum 71. DJT, B 16.

567 Mestitz, ZNR 1980, S. 47, 47.

568 Krause, Digitalisierung der Arbeitswelt, Gutachten B zum 71. DJT, B 20.

ber sein inhaltliches Weisungsrecht sowie sein Recht, Arbeitsort und -zeit zu bestimmen, vollkommen an den Mitarbeiter übertragen hat, etwa im Forschungs- und Entwicklungsbereich) bezeichnet.⁵⁶⁹

Mit der Entstehung der Informationsgesellschaft einher geht die sogenannte Digitalisierung der Arbeitswelt. Erst die technischen Fortschritte digitaler Informations- und Kommunikationstechnologie ermöglichen den örtlich und zeitlich unabhängigen Austausch von Informationen. Dass die fortschreitende Digitalisierung rechtlichen Anpassungsbedarf auslöst, ist längst als drängendes Thema erkannt und Gegenstand nicht nur wissenschaftlicher, sondern auch gesamtgesellschaftlicher kontroverser Debatten.⁵⁷⁰ Unter dem Stichwort „Arbeiten 4.0“ wird die berufliche Tätigkeit in einer digital vernetzten und flexiblen Arbeitswelt diskutiert.⁵⁷¹ Krause hat das Topos in seinem Gutachten für den 71. Deutschen Juristentag auch auf tatsächlicher Ebene durchdrungen und so eine Grundlage für die rechtliche Auseinandersetzung mit ihren Auswirkungen geschaffen.⁵⁷² Mit dem Begriff der Digitalisierung der Arbeitswelt sind, ihm folgend, die zunehmende Durchdringung des Arbeitslebens mit digitaler Informations- und

569 Schirmer, NZA-Beilage 2016, S. 85, 86 f. Arbeitsrechtlich stellen sich hier Probleme der Abgrenzung von Arbeitsverhältnis und freiem Dienstverhältnis, ebd.

570 Krause, NZA-Beilage 2017, S. 53, 53, nennt die Digitalisierung der Arbeitswelt das „nationale und internationale ‚Megathema der arbeitsrechtlichen und arbeitsrechtspolitischen Debatte‘“; bei Schirmer, NZA-Beilage 2016, S. 85, 86 ist vom „Megatrend Digitalisierung/Vernetzung“ die Rede. Welskop-Deffaa sieht die Wichtigkeit der Digitalisierung als „gefestigte Überzeugung der meisten Akteure der arbeitswissenschaftlichen und sozialpolitischen Debatte des Jahres 2016“ an, NZA-Beilage 2017, S. 60, 60. Der 71. Deutsche Juristentag widmete sich in seiner arbeits- und sozialrechtlichen Abteilung diesem Thema, vgl. Krause, Digitalisierung der Arbeitswelt, Gutachten B zum 71. DJT, B 7 ff., und das Bundesministerium für Arbeit und Soziales stieß mit einem Grünbuch einen gesamtgesellschaftlichen Dialog an und brachte schließlich ein Weißbuch mit Ergebnissen heraus, vgl. BMAS, Grünbuch Arbeiten 4.0, passim; dass., Weißbuch Arbeiten 4.0, passim. In der rechtswissenschaftlichen Literatur finden sich außerdem zahlreiche Debattenbeiträge, z.B. Meik, NZA-Beilage 2017, S. 43, 43 ff.; Heise, NZA 2017, S. 1571, 1571 ff.; Uffmann, NZA 2016, S. 977, 977 f. m.w.N.; Eichen-dorf, Sicherheitsingenieur 2016, S. 20, 20 ff.

571 I.E. Krause, Digitalisierung der Arbeitswelt, Gutachten B zum 71. DJT, B 11 Rn. 27; vgl. zum Begriff auch Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, S. 13 ff.

572 Krause, Digitalisierung der Arbeitswelt, Gutachten B zum 71. DJT, B 7 ff.; vgl. auch So auch Uffmann, NZA 2016, S. 977, 981. Krause betont insbesondere, dass sich die Veränderungen der Arbeitswelt nicht alleine durch den technischen Fortschritt vollziehen, sondern maßgeblich durch vorhandene ökonomischen Interessen, den institutionellen Rahmenbedingungen und den zur Verfügung stehenden Machtressourcen bedingt werden, ebd. B 9.

Kommunikationstechnologie und ihre Auswirkungen gemeint.⁵⁷³ Für die vorliegende Untersuchung relevant sind insbesondere die technischen Entwicklungen, die ein von der klassischen Betriebsstätte unabhängiges Arbeiten ermöglichen. Anzusprechen sind dabei insbesondere Software, die den Zugriff auf firmeneigene Datenverarbeitungsnetzwerke von auswärtigen Rechnern zulässt, sowie Endgeräte wie Smartphones, Laptops und Tablets, die ein örtlich ungebundenes Arbeiten ermöglichen können.⁵⁷⁴ Studien darüber, wie viele Arbeitnehmer mit diesen Technologien arbeiten, kommen zu zwar voneinander abweichenden, aber stets hohen Prozentzahlen.⁵⁷⁵

III. Subjektive Modernisierung der Arbeitswelt

Auch Mentalitätsveränderungen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber haben Einfluss auf die Arbeitswelt (sog. subjektive Modernisierung).⁵⁷⁶ Die Machtverhältnisse zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern sind nicht dieselben geblieben. Beschäftigte sind zu immer größerem Anteil nicht mehr wirtschaftlich und intellektuell unterlegene Fabrikarbeiter, wie sie den Sozialreformen Bismarcks zugrunde lagen, sondern mündige Fachleute.⁵⁷⁷ Der ungelernte, schnell ersetzbare Arbeiter, für dessen Auswahl der Arbeitgeber kaum Zeit aufwenden musste, wird inzwischen durch Maschinen ersetzt. Dafür steigt die Anzahl von Angestellten, die wegen der für ihren Aufgabenbereich notwendigen Vorbildung weniger austauschbar

573 Mit ausführlicher Darstellung verschiedener Technologien und deren Einsatzbereiche *Krause*, Digitalisierung der Arbeitswelt, Gutachten B zum 71. DJT, B 7 ff. Zustimmend *Uffmann*, NZA 2016, S. 977, 977 f.

574 *Schirmer*, NZA-Beilage 2016, S. 85, 86.

575 Das BMAS etwa spricht von 83 Prozent der Beschäftigten, die an ihrem Arbeitsplatz mit einem PC arbeiten, und von 82 Prozent der Führungskräfte in Betrieben mit mehr als 500 Beschäftigten, die ein mobiles Endgerät zu Arbeitszwecken besäßen, BMAS (Hrsg.), Digitalisierung am Arbeitsplatz, www.bmas.de/SharedDocs/.../a875-monitor-digitalisierung-am-arbeitsplatz.pdf (Stand: 18.11.2018), S. 6, 8. Nach dem IKT-Report der ZEW waren im Jahr 2014 49 Prozent aller Beschäftigten überwiegend am ortsfesten PC tätig, und 23 Prozent aller Arbeitnehmer wurden von ihrem Arbeitgeber mit mobilen Endgeräten ausgestattet, was eine erhebliche Steigerung zum Stand des Jahres 2010 bedeutete, vgl. ZEW (Hrsg.), IKT-Report 2015, www.zew.de/fileadmin/FTP/div/IKTRep/IKT_Report_2015.pdf (Stand: 18.11.2018), S. 3.

576 *Krause*, Digitalisierung der Arbeitswelt, Gutachten B zum 71. DJT, B 20.

577 *Latzel/Picker*, in: dies. (Hrsg.), Neue Arbeitswelt, S. V.

sind.⁵⁷⁸ Durch die Verschmelzung einzelner Unternehmen zu immer größeren Organisationen mehrten sich die Arbeitsplätze der leitenden Angestellten, die Arbeitgeberfunktionen übernehmen und mit der Rolle des unterlegenen Arbeiters nicht mehr vergleichbar sind.⁵⁷⁹ Ebenfalls zunehmend ist die Anzahl von beruflichen Tätigkeiten, die Kreativität erfordern. Dazu gehören etwa Tätigkeiten in der Softwareentwicklung. Mit kreativen Aufgaben betraute Arbeitnehmer benötigen Freiräume, um bestmöglich arbeiten zu können, und sind deswegen häufig zeitlich und örtlich wenig gebunden.⁵⁸⁰ Beschäftigte wünschen sich zudem mehr Handlungsautonomie, um ihre Arbeit im Hinblick auf Zeit und Ort der Ausführung selbstbestimmt erledigen zu können.⁵⁸¹ Sie wollen damit eine verbesserte „Work-Life-Balance“ erreichen.⁵⁸² Auch deswegen wird davon ausgegangen, dass sich die bis dato als prägend angesehenen Kennzeichen der Arbeitnehmer-eigenschaft – Weisungsbindung und Eingliederung in eine feste Arbeitsorganisation zu festen Zeiten – verflüchtigen werden.⁵⁸³

Nicht nur im Berufsleben, sondern auch privat nutzt ein großer Anteil der Beschäftigten ständig Informations- und Kommunikationstechnologien. Wer beispielsweise ein Smartphone hat,⁵⁸⁴ nimmt dieses einer Studie zufolge im Durchschnitt alle sechs Minuten zur Hand, um mit anderen in

578 Walter/Böhm, in: Paulssen/Richter et al. (Hrsg.), Sozialpolitik, Arbeits- und Sozialrecht, S. 181, 185 ff.

579 Ebd., S. 181, 189.

580 Schirmer, NZA-Beilage 2016, S. 85, 86 f.

581 Krause, Digitalisierung der Arbeitswelt, Gutachten B zum 71. DJT, B 20. Dies gilt vor allem für Beschäftigte mit Kindern unter 14 Jahren, solche, die Überstunden machen, unter hohem Termindruck stehen oder mit Multitasking-Aufgaben befasst sind, vgl. BMAS, Mobiles und entgrenztes Arbeiten, S. 17. Der Wertewandel hin zu Individualität und Autonomie (vom „Berufsautomaten“ zum „flexiblen Mitarbeiter“) begann in den 1970er Jahren, vgl. Bernet, in: Dietz/Neuheiser (Hrsg.), Wertewandel in der Wirtschaft und Arbeitswelt, S. 32 f.

582 BMAS, Mobiles und entgrenztes Arbeiten, S. 17. Zu den Hintergründen und Studien bzgl. der motivierenden Faktoren der sog. „Generation Y“ vgl. BMAS, Wertewelten Arbeiten 4.0, passim; Krause, Digitalisierung der Arbeitswelt, Gutachten B zum 71. DJT, B 20 m.w.N.

583 Uffmann, NZA 2016, S. 977, 979.

584 Nach einer Erhebung des Interessenverbandes Bitkom waren das im Januar 2017 78 Prozent aller Deutschen, <https://www.bitkom.org/Presse/Anhaenge-an-PIs/2017/02-Februar/Bitkom-Presskonferenz-Smartphone-Markt-Konjunktur-und-Trends-22-02-2017-Praesentation.pdf> (Stand: 23.11.2018).

Kontakt zu treten.⁵⁸⁵ Die Digitalisierung ist damit bei jeder rechtspolitischen Überlegung mitzudenken.⁵⁸⁶

E. Entgrenzte Arbeit

I. Entbetrieblichung: örtliche und zeitliche Flexibilität im Arbeitsverhältnis

Mit der Digitalisierung unmittelbar zusammenhängend ist das für die Unfallversicherung besonderes relevante Phänomen der Entgrenzung.⁵⁸⁷ Strukturen, die bisher als betrieblich wahrgenommen wurden, sind in Auflösung begriffen.⁵⁸⁸ Grenzen zwischen Arbeits- und Privatleben verschwimmen nicht nur zeitlich und räumlich, sondern auch inhaltlich. Diese Entwicklung steht den Strukturprinzipien der Unfallversicherung diametral entgegen, da diese, wie gezeigt werden konnte, gerade die Grenzziehung zwischen privater und beruflicher Sphäre als Basis für die Einordnung von Versicherungsfällen nutzt.⁵⁸⁹

Treiber dieses Aspekts der Entgrenzung ist unter anderem die Natur dienstleistungsbezogener Arbeit, welche erhöhte Anforderungen an die zeitliche und örtliche Flexibilität der Arbeitnehmer stellt. Beschäftigte im Dienstleistungsbereich sollen dann dort verfügbar sein, wo der Kunde sie wünscht. Der technische Fortschritt ermöglicht diesen Beschäftigten, örtlich und zeitlich immer flexibler zu arbeiten.⁵⁹⁰ Anders als körperlich geprägte Arbeit, die nach der Schicht am Werkort endet, kann dienstleistungsbezogene Arbeit – durch moderne Technologien unterstützt – von vielerlei Orten aus verrichtet werden.⁵⁹¹ Diese Art entgrenzten Arbeitens

585 Bitkom (Hrsg.), Crowdsourcing für Unternehmen, <https://www.bitkom.org/noi/index/ Publikationen/2014/Leitfaden/Crowdsourcing/140917-Crowdsourcing.pdf> (Stand: 18.11.2018), S. 6.

586 Krause, Digitalisierung der Arbeitswelt, Gutachten B zum 71. DJT, B 15 m.w.N.

587 Uffmann, NZA 2016, S. 977, 979; zum Begriff der Entgrenzung vgl. Fn. 5.

588 Dies gilt in unterschiedlichem Maße, da Entgrenzung sehr stark vom Grad der Digitalisierung abhängt, welche wiederum branchen- und betriebsabhängig ist („Digitale Ungleichzeitigkeit“), vgl. Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, S. 128. Die stetige Verstärkung der Entgrenzung belegend Däubler, SR 2014, S. 45, 58 ff.

589 S.o. Kap. 2 C.

590 Latzel/Picker, in: dies. (Hrsg.), Neue Arbeitswelt, S. V, V.

591 Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, S. 86.

gewinnt immer mehr an Bedeutung.⁵⁹² Eine Erosion des Betriebs als stabile räumliche und organisatorische Einheit ist die Folge.⁵⁹³ Denn örtlich flexibles Arbeiten bedeutet, dass sich der Beschäftigte nicht in einem vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Gebäude aufhalten muss, um seine Arbeit zu verrichten. Stattdessen kann er sogenannte Telearbeit⁵⁹⁴ erbringen, indem er ganz oder teilweise außerhalb des Betriebs arbeitet, zum Beispiel in Nachbarschafts- und Satellitenbüros, unterwegs oder von zu Hause aus (Homeoffice oder Teleheimarbeit, zu den Begriffen s.u. Kap. 3 A. I.). Laut einer Erhebung aus dem Jahr 2016 bietet bereits ein Drittel der Betriebe in Deutschland seinen Beschäftigten die Möglichkeit, von zu Hause zu arbeiten; bei Betrieben mit über 500 Beschäftigten ist es die Hälfte.⁵⁹⁵ Nicht nur in der Dienstleistungsbranche, sondern selbst in der Industrieproduktion hat zeitlich und örtlich entgrenztes Arbeiten bereits Einzug gehalten – Produktionsmitarbeiter können die Fertigung etwa über Tablets steuern, wenn ihnen Videobilder über den Maschinenzustand übermittelt werden.⁵⁹⁶ Damit ist der – ursprünglich zugleich als Arbeitsort verstandene – Betrieb in der entgrenzten Arbeitswelt keine räumliche Einheit mehr, sondern umfasst die Verfolgung des gemeinschaftlichen Arbeitszwecks von verschiedenen Örtlichkeiten aus.⁵⁹⁷ Auch zeitlich sind Beschäftigte häufig nicht mehr an strikte Vorgaben gebunden. Gleitzeitmodelle oder das Konzept der Vertrauensarbeit ermöglichen es Arbeitnehmern, ihre Arbeitszeit innerhalb gewisser Vorgaben selbst festzulegen. *Hanau* bezeichnet diesen Prozess der Lösung der Konzentration von Arbeitserbringung an einem physischen Ort als „Entbetrieblichung“.⁵⁹⁸ Richtig ist, dass der Betrieb in seinem ursprünglichen Sinne als physischer Ort, an dem Arbeitnehmer

592 So auch das BSG, welches darauf hinweist, dass Arbeitnehmern im Zuge moderner Entwicklungen mehr Freiheiten bezüglich der Bestimmung von Arbeitsort und Arbeitszeit eingeräumt werden, vgl. Ur. v. 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R –, juris Rn. 36 m.w.N. Vgl. auch *Uffmann*, NZA 2016, S. 977, 979; *dies.*, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), *Industrie 4.0 als Herausforderung des Arbeitsrechts*, S. 31, 37 f.

593 *Krause*, Digitalisierung der Arbeitswelt, Gutachten B zum 71. DJT, B 19; *Giesen/Kersten*, *Arbeit 4.0*, S. 128.

594 Begriff, Entwicklung, Anwendungsbereiche und arbeitsrechtliche Aspekte der Telearbeit werden eingehend dargelegt bei *Wedde*, *Telearbeit*, passim.

595 *BMAS*, *Mobiles und entgrenztes Arbeiten*, S. 7, 8 f.;

596 Unter Nennung eines konkreten Beispiels *Uffmann*, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), *Industrie 4.0 als Herausforderung des Arbeitsrechts*, S. 31, 34.

597 *Giesen/Kersten*, *Arbeit 4.0*, S. 129, die die Schwierigkeiten der Definition des Betriebes im Hinblick auf das Betriebsverfassungsrecht behandeln. Zur verringerten Eingliederung am Beispiel von IT-Kräften *Heise*, NZA 2017, S. 1571, 1574.

598 *Hanau*, NJW 2016, S. 2613, 2614.

gleichzeitig ihre Arbeitsleistung erbringen, für diese Fälle der Entgrenzung nicht mehr besteht. Als organisatorische Einheit ist er jedoch im selben Maße existent: Bei raum- und zeitübergreifendem Zusammenarbeiten auf einen arbeitstechnischen Zweck hin ist lediglich der physische Ort einem virtuellen Raum gewichen.⁵⁹⁹

Insgesamt ist davon auszugehen, dass die Tendenz weiterhin zu zeitlich und örtlich ungebundenerer Arbeit geht.⁶⁰⁰ Gerade die im Zunehmen begriffene Gruppe der Arbeitnehmer, die kreativ denken müssen, benötigt Freiraum in zeitlicher und örtlicher Hinsicht. Die meisten Ideen entstehen schon jetzt im privaten Umfeld, nicht im Büro.⁶⁰¹ Dies bestätigt auch eine Studie des Fraunhofer-Instituts für Arbeitswirtschaft und Organisation (IAO), welcher zufolge der feste Arbeitsplatz in naher Zukunft immer mehr zugunsten von Smart Working Centers, öffentlichen Cafés, Transit-Lounges, Verkehrsmitteln, Wohnungen von Privatpersonen und Ähnlichem verschwinden wird.⁶⁰²

Diese Entwicklung scheint im Interesse sowohl der Arbeitnehmer- als auch der Arbeitgeberseite zu sein.⁶⁰³ Die Beschäftigten begrüßen ihre größere zeitliche und örtliche Flexibilität, um Privat- und Berufsleben besser in Einklang bringen zu können.⁶⁰⁴ Das gesellschaftliche Problem der Vereinbarkeit gerade von familiärer Sorgearbeit und beruflicher Tätigkeit bedingt die in diesem Zusammenhang stehende anhaltende Diskussion darüber, ob es ein Recht auf „Wahlarbeitszeit“ geben soll. Hier befindet sich vieles im Umbruch. Der 71. Deutsche Juristentag forderte im Herbst 2016 in seinen Beschlüssen sogar ein Recht der Beschäftigten auf örtliche und

599 Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, S. 131, 133; Franzen, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), Industrie 4.0, S. 107, 112 ff.; Thüsing, SR 2016, S. 87, 102 f.

600 Vgl. etwa den Vorschlag zur Einführung einer „Wahlarbeitszeit“ des Deutschen Juristinnenbundes, *djb-Kommission für Arbeits-, Gleichstellungs- und Wirtschaftsrecht*, djbz 2015, S. 121, 188; näher dazu Aumann/Hack, ZESAR 2016, S. 266 ff. Insgesamt zu den diesbezüglichen Gestaltungsvorschlägen Uffmann, NZA-Beilage 2017, S. 45, 45 ff.

601 Schirmer, NZA-Beilage 2016, S. 85, 88.

602 Bauer/Rief et al., Arbeitswelten 4.0, S. 27.

603 Den Vorteilen stehen gerade für die Beschäftigten allerdings auch gravierende Nachteile gegenüber, wie z.B. das erhöhte Risiko der Überarbeitung, eines Burnouts etc., vgl. nur Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, S. 75 ff., 86.

604 BMAS, Mobiles und entgrenztes Arbeiten, S. 17. Allerdings besteht weiterhin der Wunsch nach einer Trennung von Beruf und Privatem, was durch eine Beschäftigung im Homeoffice als gefährdet angesehen wird, vgl. BMAS, Mobiles und entgrenztes Arbeiten, S. 16.

zeitliche Souveränität im Hinblick auf die zu leistende Arbeit.⁶⁰⁵ Auch für Arbeitgeber bringt das örtlich und zeitlich entgrenzte Arbeiten Vorteile. Beschäftigte, die räumlich und/oder zeitlich entgrenzt arbeiten, fühlen sich etwa enger mit ihrem Betrieb verbunden als solche, die dies nie tun.⁶⁰⁶ Arbeitnehmer, die gelegentlich im Homeoffice arbeiten, arbeiten zudem insgesamt deutlich mehr als Angestellte, die nur im Betrieb selbst arbeiten.⁶⁰⁷

II. Fortschreitende Erosion zwischen Arbeits- und Privatleben

1. Eindringen der Arbeit ins Private

Die zweite Facette der Entgrenzung der Arbeit ist die vermehrte zeitliche, räumliche und inhaltliche Vermischung von Berufs- und Privatleben. Der Begriff der Entgrenzung bezieht sich dabei auf die Erosion der Trennlinie beider Lebensbereiche. Diese ist kein einseitiger Prozess. Nicht nur die berufliche Sphäre dringt in den privaten Lebensbereich ein, sondern auch Privates greift auf das Berufsleben über. Zum einen handelt es sich auch hier um eine Begleiterscheinung des digitalisierten Arbeitens.⁶⁰⁸ Denn Tätigkeiten, die überall zu jeder Zeit ausgeübt werden können, eröffnen den Arbeitnehmern Freiräume für ein in stärkerem Maße selbstbestimmteres Arbeiten, das zu beliebigen Zeiten an beliebigen Orten ausgeführt werden kann.⁶⁰⁹ Die vielzitierte „ständige Erreichbarkeit“, die durch Mobiltelefone, Tablets und Internet bedingt ist, betrifft eine große Anzahl von Beschäftig-

605 Vgl. Beschlüsse des 71. DJT, Arbeits- und sozialrechtliche Abteilung, Beschluss III.1 (abrufbar unter http://www.djt.de/fileadmin/downloads/71/Beschluesse_gesamt.pdf, Stand: 18.11.2018).

606 BMAS, Mobiles und entgrenztes Arbeiten, S. 7, 11.

607 Ebd., S. 10 (43,5 Stunden pro Woche im Gegensatz zu 39,4 Stunden pro Woche).

608 Schirmer, NZA-Beilage 2016, S. 85, 85. Die Hälfte der Beschäftigten, die gelegentlich im Homeoffice arbeiten, empfinden dadurch eine stärkere Vermischung von Arbeit und Privatem, vgl. BMAS, Mobiles und entgrenztes Arbeiten, S. 14. Virulent ist die Frage vor allem in Bezug auf das Arbeitszeitrecht, wenn es darum geht, ob die gesetzlich vorgeschriebenen Ruhezeiten eingehalten werden, vgl. m.w.N. Krause, Digitalisierung der Arbeitswelt, Gutachten B zum 71. DJT, B 39 ff.

609 Schirmer, NZA-Beilage 2016, S. 85, 85. 56 Prozent derjenigen, die von zu Hause arbeiten, tun dies außerhalb der Zeit, die sie selbst als Arbeitszeit betrachten, vgl. BMAS, Mobiles und entgrenztes Arbeiten, S. 12.

ten.⁶¹⁰ Jedenfalls 90 Prozent aller Arbeitnehmer sind zumindest außerhalb ihrer Arbeitszeit erreichbar.⁶¹¹ Zwei Drittel aller Beschäftigten werden zumindest gelegentlich in der Freizeit dienstlich kontaktiert; lediglich 35 Prozent sind nie in der Freizeit dienstlich erreichbar.⁶¹² Aber auch unabhängig von der Digitalisierung greift die Arbeitswelt durch sogenannte „Freizeittätigkeit“ auf den privaten Lebensbereich über; etwa 15 Prozent der Beschäftigten nehmen regelmäßig Arbeit mit nach Hause.⁶¹³ Verbreitet ist auch das zielgerichtete abendliche oder morgendliche Überprüfen des dienstlichen E-Mail-Accounts.⁶¹⁴ Kurze Kontaktaufnahmen von Vorgesetzten mit Beschäftigten auch in den eigentlich nach der vereinbarten Arbeitszeit liegenden Abendstunden werden als sozialadäquat angesehen.⁶¹⁵

Schon auf tatsächlicher Ebene – ohne den Zurechnungsmechanismus der Unfallversicherung mitzudenken – ist es gerade in informationsbezogenen Berufen wegen der ständigen Möglichkeit, auf seine Arbeitsmaterialien zuzugreifen, schwierig, zwischen Arbeit und Freizeit zu unterscheiden. *Schirmer* nennt als Beispiel einen Arbeitnehmer, der im Homeoffice arbeitet, eine Stunde Joggen geht und während des Joggens eine kreative Idee entwickelt, die ihm im Anschluss dabei hilft, ein schwieriges Problem am Schreibtisch besser zu lösen.⁶¹⁶ Es sei unmöglich, hier trennscharf zwischen Arbeitszeit und Freizeit zu unterscheiden, da auch nicht nachweisbar sei, ob der Arbeitnehmer nur Sport gemacht oder auch über ein betriebliches Problem nachgedacht habe.⁶¹⁷ Selbst wenn der Arbeitgeber keine Kenntnis davon hat, dass der Arbeitnehmer eine vertragsgemäße Tätigkeit entfaltet, liegt nach überwiegender Meinung in der Literatur Arbeit vor, solange der Arbeitgeber sich ein solches Tätigwerden aus Eigeninitiati-

610 Das extrem verbreitete, „kurze“ „Checken der E-Mails“ am Smartphone aus einem inneren Drang des Beschäftigten heraus wird als „Morbus Blackberry“ bezeichnet, vgl. von *Steinau-Steinrück*, NJW-Spezial 6/2012, S. 178, 178; *Tamm*, ZfPR 2011, S. 67, 67.

611 *Schuchart*, in: Latzel/Picker (Hrsg.), Neue Arbeitswelt, S. 175, 178.

612 *BMAS*, Mobiles und entgrenztes Arbeiten, S. 11.

613 *Krause*, Digitalisierung der Arbeitswelt, Gutachten B zum 71. DJT, B 28 m.w.N.; *BMAS*, Mobiles und entgrenztes Arbeiten, S. 9 f.

614 *Krause*, Digitalisierung der Arbeitswelt, Gutachten B zum 71. DJT, B 46.

615 *Giesen/Kersten*, Arbeit 4.0, S. 102 m.w.N.

616 *Schirmer*, NZA-Beilage 2016, S. 85, 87, im Zusammenhang mit der Frage nach der Anpassung des Arbeitszeitrechts im Rahmen der Digitalisierung der Arbeitswelt.

617 *Schirmer*, NZA-Beilage 2016, S. 85, 87.

ve nicht ausdrücklich verboten hat.⁶¹⁸ Nur, wenn sich der Beschäftigte ausschließlich im eigenen Interesse während seiner Freizeit mit dienstlichen Belangen beschäftigt, etwa in seinem dienstlichen E-Mail-Account liest, sei diese Tätigkeit dieser Ansicht nach nicht als „Arbeit“ zu qualifizieren.⁶¹⁹

2. Übergreifen des Privaten in die Arbeit

Selbst bei der Verrichtung der Beschäftigung am Arbeitsort zur Arbeitszeit geht die Trennung von Privat- und Berufssphäre, wie sie im Rahmen der Prüfung des Unfallversicherungsschutzes durch die Bestimmung der wesentlichen Handlungstendenz der tatsächlichen Verrichtung notwendig gemacht wird, in vielen Fällen an der Lebenswirklichkeit der Beschäftigten vorbei.⁶²⁰ Wo Arbeitgeber verlangen und erwarten, dass Arbeitnehmer auch außerhalb der Bürozeiten erreichbar sind und sich selbst, wenn nötig, in den „Dienst“ versetzen, sehen Arbeitnehmer die Grenze zwischen Privatem und Beruflichem selbst ebenfalls nicht mehr so scharf und nehmen sich deswegen umgekehrt die Freiheit, während ihrer Arbeitszeit am Arbeitsort private Dinge zu erledigen.⁶²¹ Die Hälfte aller Arbeitnehmer tut dies bereits,⁶²² obwohl sie die arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeitszeit ohne Abzug von privat genutzten Zeiten schulden.⁶²³ Eine Studie aus dem Jahr 2016 kommt zu dem Ergebnis, dass 66 Prozent der Arbeitnehmer gelegentlich während der Arbeitszeit Privatem nachgehen, wobei es sich vor allem um private Telefonate, das Surfen im Internet, den Besuch von Social-Media-Portalen und Online-Shopping handelt.⁶²⁴ Unter den 18- bis 34-jährigen Beschäftigten erledigen sogar 82 Prozent zumindest eine private

618 *Krause*, Digitalisierung der Arbeitswelt, Gutachten B zum 71. DJT, B 36 m.w.N. sowie *Giesen/Kersten*, Arbeit 4.0, S. 98 m.w.N.

619 *Krause*, Digitalisierung der Arbeitswelt, Gutachten B zum 71. DJT, B 36; von *Steinau-Steinrück*, NJW-Spezial 6/2012, S. 178, 178.

620 Vgl. nur *Giesen/Kersten*, Arbeit 4.0, S. 77 f.

621 *Falder*, NZA 2010, S. 1150, 1150; *Krause*, Digitalisierung der Arbeitswelt, Gutachten B zum 71. DJT, B 43, mit dem Hinweis auf eine australische Studie, nach der dortige Arbeitnehmer das Internet durchschnittlich in einem größeren zeitlichen Umfang während der Arbeit für private Zwecke als während der Freizeit für dienstliche Zwecke nutzen (*Wajcman et. al* 2010).

622 *Schuchart*, in: Latzel/Picker (Hrsg.), Neue Arbeitswelt, S. 175, 178. Dieses Phänomen wird unter dem Schlagwort „Work-Life-Integration“ behandelt.

623 Gem. § 611a Abs. 1 BGB, vgl. *Giesen/Kersten*, Arbeit 4.0, S. 99 m.w.N.

624 Die Daten stammen aus einer Umfrage von YouGov und Statista, für die im August 2016 543 Arbeitnehmer befragt wurden, abrufbar unter <https://de.statista.c>

Tätigkeit täglich am Arbeitsplatz.⁶²⁵ Dieser Aspekt der Entgrenzung hängt maßgeblich auch mit der Omnipräsenz von Smartphones und ähnlichen mobilen Endgeräten sowohl im Privat- als auch im Berufsleben der Beschäftigten zusammen. So wird etwa vom Arbeitsplatz aus das Familienleben organisiert, indem über das Mobiltelefon mit den Mitgliedern des eigenen Haushalts in Kontakt getreten wird und Einkäufe, Kinderbetreuung und Ähnliches koordiniert werden.⁶²⁶ Häufig nutzen Arbeitnehmer ein und dasselbe mobile Endgerät sowohl für berufliche als auch private Zwecke („Bring Your Own Device“),⁶²⁷ was – wenn man bedenkt, dass diese Geräte von ihren Nutzern im Durchschnitt alle sechs Minuten⁶²⁸ auf Neuigkeiten überprüft werden und das Gerät dabei unterschiedslos berufliche und private Meldungen weitergibt – eine Scheidung der beiden Lebenssphären weiter lebensfremd macht. Die kurze Konsultation des Mobiltelefons, etwa um digital Beziehungen zu pflegen, wird inzwischen auch während der Arbeitszeit in den meisten Fällen als sozialadäquat akzeptiert.⁶²⁹ Umgekehrt werden auch vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Arbeitsmittel, wie etwa das „Dienst“-Handy oder -Hardware, schon aus Praktikabilitätsgründen privat genutzt.⁶³⁰

In einigen Fällen ist diese Verquickung von Privat- und Berufsleben vom Arbeitgeber sogar ausdrücklich erwünscht. Eine wachsende Anzahl von Unternehmen bemüht sich bewusst darum, das Privatleben ihrer Mitarbeiter mitzugestalten, und wird dies nach Einschätzung des Fraunhofer-Instituts für Arbeitswirtschaft und Organisation in immer stärkerem Maße tun.⁶³¹ Ziel dieser Arbeitgeber ist es, Privat- und Berufsleben möglichst po-

om/infografik/6432/private-taetigkeiten-waehrend-der-arbeit/ (Stand: 23.11.2018).

625 So das Ergebnis der Studie „Mobileiron Gen M Survey“, für die das Meinungsforschungsinstitut Harris Poll im Auftrag des Herstellers Mobileiron 3.500 Voll- und Teilzeitbeschäftigte in sechs Ländern befragt hat, abrufbar unter <https://www.mobileiron.com/en/company/press-room/press-releases/global-study-finds-58-generation-mobile-suffering-mobile-guilt> (Stand: 18.11.2018).

626 Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, S. 98.

627 Krause, Digitalisierung der Arbeitswelt, Gutachten B zum 71. DJT, B 15; Günther/Böglmüller, NZA 2015, S. 1025, 1030.

628 Bitkom (Hrsg.), Crowdsourcing für Unternehmen, <https://www.bitkom.org/niindex/Publikationen/2014/Leitfaden/Crowdsourcing/140917-Crowdsourcing.pdf> (Stand: 18.11.2018), S. 6.

629 Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, S. 100.

630 Günther/Böglmüller, NZA 2015, S. 1025, 1030 m.w.N.

631 So das Ergebnis einer Studie, die „aus der Befragung ausgewählter Experten sowie Auswertung zahlreicher Quellen zu Trend- und Zukunftsstudien“ entstanden ist, Bauer/Rief et al., Arbeitswelten 4.0, S. 45.

sitiv miteinander zu vermengen. Dieses Konzept wird auch „Corporate Life“ genannt. Die Unternehmen wollen als „Caring Companies“ ihren Mitarbeitern Wohnangebote, Ausbildungsmöglichkeiten, gesundheits- und vorsorgebezogene Maßnahmen sowie Freizeitangebote bieten, um zum einen die wegen des fortschreitenden Fachkräftemangels immer notwendige Attraktivität des Arbeitsplatzes zu steigern und zum anderen ihre Mitarbeiter körperlich fit und leistungsfähig zu halten.⁶³² Eine gelungene Work-Life-Integration wird für die Beschäftigten als Statussymbol gelten.⁶³³

Das in der Industrialisierung angenommene Gesellschaftsmodell einer zeitlichen, räumlichen und inhaltlichen Trennung von Arbeits- und Privatleben – auf welchem das System der Unfallversicherung beruht – ist bereits weniger Realität denn je und wird immer weiter zurückgedrängt werden.⁶³⁴

F. Fazit: Bedeutung der modernen Arbeitswelt für die Unfallversicherung

Dem System der Unfallversicherung liegt die gesellschaftliche Realität der Industrialisierung zugrunde. Für die Eröffnung des unfallversicherungsrechtlichen Schutzbereichs kommt es darauf an, dass der Unfall als Arbeitsunfall qualifiziert wurde, was der Fall war, wenn er mittels der Zurechnungsprinzipien der Betriebsrisikolehre oder des sozialen Schutzprinzips der Risikosphäre des Arbeitgebers zugeordnet wurde. Der Fokus dieser Wertentscheidung lag im Rahmen der Betriebsrisikolehre auf der Eingliederung des Beschäftigten in den Betrieb des Unternehmers. Dessen Möglichkeit, die örtliche Umgebung und den zeitlichen Ablauf der betrieblichen Tätigkeit kraft seiner Organisationsgewalt und Weisungsbefugnis zu beherrschen, stellte das primäre Argument für die Zuordnung eines Unfalls zum Betriebsrisiko dar. Dies erklärt sich aus der Entstehungsgeschichte der Unfallversicherung, da ihre Notwendigkeit aus der neuartigen, gefährträchtigen Arbeit an Maschinen in Fabriken im Zuge der Industrialisierung geboren wurde.

Bereits mit dem Übergang zur Dienstleistungsgesellschaft sank die Bedeutung ortsbezogener Unfallrisiken, da Beschäftigte häufiger an Schreib-

632 Ebd., S. 18.

633 Ebd., S. 27.

634 Ob die Mehrheit der Arbeitnehmerschaft dies begrüßt, kann noch nicht nachgewiesen werden, vgl. *Krause*, Digitalisierung der Arbeitswelt, Gutachten B zum 71. DJT, B 44 m.w.N.

tischen als in der Fertigung arbeiten. Mit der mit der Entgrenzung der Arbeitsverhältnisse einhergehenden zunehmenden Entbetrieblichung sind die traditionell zur Abgrenzung von Arbeit und Freizeit genutzten Parameter von Arbeitsort und Arbeitszeit endgültig nicht mehr in dem Maße aussagekräftig, wie sie im Rahmen der Betriebsrisikolehre traditionell für die Bestimmung eines Arbeitsunfalls angewandt wurden. Die Abgrenzung von Arbeit und Freizeit kann in diesen Fällen nicht mehr nach räumlich-zeitlichen Kriterien vorgenommen werden, was dazu führt, dass das Kriterium der physischen Beherrschbarkeit des Arbeitgebers für die Zuordnung des Arbeitsunfalls nicht mehr zeitgemäß ist. Es liegt daher die Vermutung nahe, dass sich die geänderte Lebenswirklichkeit der Beschäftigten negativ auf die Reichweite ihres Unfallversicherungsschutzes auswirkt. Dies zu bestätigen und einen Lösungsvorschlag für die dadurch entstandene Erosion des Unfallversicherungsschutzes der Beschäftigten zu entwickeln, ist Ziel der Kapitel drei und vier.