



XVIII WORLD CON- GRESS OF LABOUR AND SECURITY LAW

Paris, September 5th to 8th 2006

Gesetzliche Unfallversicherung und Arbeitsschutzrecht – Prävention, Rehabilitation und Kompensation bei Gesundheitsschäden des Arbeitnehmers

Deutscher Länderbericht für den

TOPIC 3 OCCUPATIONAL RISKS: SOCIAL PROTECTION AND EMPLOYERS' LIABILITY)

ERSTATTET VON

PRIVATDOZENT DR. MARTIN GUTZEIT
Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Infanteriestraße 8
80797 München

Inhaltsübersicht

<u>XVIII WORLD CONGRESS OF LABOUR AND SECURITY LAW.....</u>	<u>1</u>
<u>A Arbeitsschutz und Unfallversicherung – Entwicklung und Grundlagen.....</u>	<u>4</u>
<u>I. Arbeitsschutzrecht.....</u>	<u>4</u>
1. Historische Schlaglichter.....	4
2. Grundstrukturen des geltenden Rechts	4
a. Rechtsquellen.....	4
b. Aufgaben und Systematisierungen.....	7
<u>II. Unfallversicherung.....</u>	<u>9</u>
1. Historische Schlaglichter.....	9
2. Grundkonzeption.....	10
3. Insbesondere: Versicherungslösung und Haftungsprivilegierung.....	11
<u>B Arbeitsschutz und Unfallversicherung – Einzelfragen.....</u>	<u>12</u>
<u>I. Rechtsgebietsübergreifende Fragen.....</u>	<u>12</u>
1. Geschützte Personengruppe(n).....	12
a. Ausgangspunkt: Schutz der Arbeitnehmer.....	12
b. Weiterungen.....	14
c. Insbesondere: Leiharbeiternehmer und Fremdarbeiternehmer.....	15
2. Kontrolle und Sanktionen.....	16
3. Kündigung bei Arbeitsunfall und Berufskrankheit.....	17
4. Auf die Gesundheit bezogene Fragen bei der Einstellung und Untersuchungen.....	18
a. Grundsätzliches zum Fragerecht des Arbeitgebers.....	18
b. HIV-Infektion und AIDS.....	18
c. Genetische Disposition.....	19
<u>II. Arbeitsschutz.....</u>	<u>21</u>
1. Grundpflichten des Arbeitgebers.....	21
2. Insbesondere: Nichtraucherchutz.....	23
3. Privatrechtliche Relevanz.....	23

4. Weitere Institutionen.....	24
5. Beteiligungsrechte des Betriebsrats.....	25
III. Unfallversicherung.....	26
1. Versicherungsfälle.....	26
a. Arbeitsunfall.....	27
b. Insbesondere: Wegeunfall.....	28
c. Berufskrankheit.....	28
2. Versicherungsleistungen.....	30
3. Finanzierung.....	30

A Arbeitsschutz und Unfallversicherung – Entwicklung und Grundlagen

I. Arbeitsschutzrecht

1. Historische Schlaglichter

Die Geburtsstunde des deutschen Arbeitsschutzrechts datiert mit dem „Regulativ über die Beschäftigung jugendlicher Arbeiter in Fabriken“ (sog. Preußisches Regulativ) auf den 9.3.1839. Nach Maßgabe des § 1 des Preußischen Regulativs war eine Beschäftigung von Kindern unter neun Jahren in Fabriken, Berg-, Hütten- und Pochwerken verboten. Die Neun- bis Fünfzehnjährigen durften längstens 10 Stunden täglich arbeiten (§ 3 des Regulativs), sofern sie eine hinreichende Schulbildung vorweisen konnten oder die Schulbildung von den Fabrikherren durch Errichtung und Unterhaltung von Fabriksschulen gesichert wurde (§ 2 des Regulativs). Das preußische Regulativ gilt gemeinhin als der erste Akt einer staatlichen Arbeitsschutzgesetzgebung, wenngleich auch schon vor dem Jahre 1839 arbeitsschutzrechtlich relevante Maßnahmen zugunsten von Kindern erwogen und ergriffen wurden. Als Motiv für solche arbeitsschutzrechtlichen Maßnahmen dienten vielfach (wie beim Preußischen Regulativ selbst auch) wehrpolitische Erwägungen. Es sollte die Qualität künftiger Rekruten gesichert werden.

Das sich in Preußen seither entwickelnde Arbeitsschutzrecht wurde in der Folge ausgebaut und durch die Gewerbeordnung für den norddeutschen Bund vom 21.6.1869 für den gesamten norddeutschen Bund übernommen. Als weiteren historischen Meilenstein des deutschen Arbeitsschutzrechts ist an das Arbeiterschutzgesetz vom 1.6.1891 zu erinnern, welches nicht zuletzt über weit gefaßte Generalklauseln eine bedeutende Grundlage zur Fortentwicklung des Arbeitsschutzes insgesamt legte. Damals wie heute wurde freilich die Konkretisierung arbeitsschutzrechtlicher Rechte und Pflichten dem Ordnungsgeber überantwortet. Arbeitsschutzrechtlich bedeutsam sind auch die Verordnung über die Arbeitszeit vom 21.12.1923 sowie das erste Mutterschutzgesetz vom 16.7.1927. In die Zeit des Nationalsozialismus fallen das Jugendschutzgesetz vom 30.4.1938, das Mutterschutzgesetz vom 17.5.1942 sowie die Arbeitszeitordnung vom 30.4.1938.

2. Grundstrukturen des geltenden Rechts

a. Rechtsquellen

In der Nachkriegszeit ist es in Deutschland nicht geglückt, den Arbeitsschutz stringent zu

kodifizieren. Die heute maßgeblichen und arbeitsschutzrechtlich relevanten Regelungen finden sich nach wie vor in einer Vielzahl von Einzelgesetzen und Verordnungen. Der Entwurf eines Arbeitsschutzrahmengesetzes aus dem Jahre 1993 (BT-Drucks. 12/6752), der für Rechtsvereinheitlichung sorgen sollte, ist nicht Gesetz geworden¹. Wenige Jahre später wurde immerhin das wesentlich „schlankere“ Arbeitsschutzgesetz installiert.

Die Rechtszersplitterung im Arbeitsschutzrecht mag gewiß auch der zu regelnden Materie geschuldet sein, die vielfältige Spezifizierungen und Ausdifferenzierungen geradezu einfordert. Überdies muß das Arbeitsschutzrecht (vor allem das technische Arbeitsschutzrecht) entsprechend den wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen fortlaufend angepaßt werden. Gleichwohl ist es inzwischen gelungen, das moderne Arbeitsschutzrecht – freilich angestoßen durch vielfältige europarechtliche Vorgaben – einer gewissen Systematisierung zuzuführen. An arbeitsschutzrechtlichen (bzw. arbeitsschutzrechtlich relevanten) Gesetzen sind vor allem zu nennen²: das Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) vom 7.8.1996, das Arbeitssicherheitsgesetz (ASiG) vom 12.12.1973, das Geräte- und Produktsicherheitsgesetz (GPSG) vom 6.1.2004, das Chemikaliengesetz (ChemG) vom 20.6.2002, das Gentechnikgesetz (GenTG) vom 16.12.1993, das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) vom 6.6.1994, das Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) vom 8.1.1963, das Mutterschutzgesetz (MuSchG) vom 20.6.2002 sowie das Jugendarbeitsschutzgesetz (JArbSchG) vom 12.4.1976. Regelungen zum Schwerbehindertenschutz finden sich im Sozialgesetzbuch IX (SGB IX) vom 19.6.2001.

Zu den beispielhaft genannten gesetzlichen Vorschriften treten zahlreiche Verordnungen hinzu³ – etwa die Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) vom 12.8.2004 nebst den Arbeitsstätten-Richtlinien, die Gefahrstoffverordnung (GefStoffV) vom 23.12.2004, die Bildschirmarbeitsverordnung (BildscharbV) vom 4.12.1996, die Strahlenschutzverordnung (StrlSchV) vom 20.7.2001, die Röntgenverordnung (RöV) vom 30.4.2003, die Baustellenverordnung (BaustellV) vom 10.6.1998, die Mutterschutzverordnung (MuSchV) vom 15.4.1997 sowie die Kinderarbeitsschutzverordnung (KindArbSchV) vom 23.6.1998.

Mit diesen Normen ist aber erst ein Teil der in Deutschland relevanten arbeitsschutzrechtlichen Bestimmungen beschrieben. Ergänzt werden die staatlichen Vorschriften⁴ im Rahmen eines dualen Arbeitsschutzsystems durch das autonome Recht der Unfallversicherungsträ-

¹ Zum Entwurf siehe etwa *Oetker*, ZRP 1994, S. 219; *Wlotzke*, NZA 1994, S. 602.

² Die nachfolgenden Gesetze werden aus Gründen der Übersichtlichkeit nicht mit ihrer vollständigen amtlichen Bezeichnung angeführt.

³ Die nachfolgenden Verordnungen werden aus Gründen der Übersichtlichkeit nicht mit ihrer vollständigen amtlichen Bezeichnung angeführt.

⁴ Eine ausführliche Zusammenstellung der in Deutschland maßgeblichen Arbeitsschutzvorschriften findet sich in dem nach § 25 Abs. 1 SGB VII jährlich geschuldeten Bericht der Bundesregierung über den Stand von Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit und über das Unfall- und Berufskrankheitengeschehen in der Bundesrepublik Deutschland (vormals: Unfallverhütungsbericht). Allein die Auflistung der arbeitsschutzrechtlichen Bestimmungen in Anhang 1 des Berichts für das Jahr 2003 umfaßt 34 Druckseiten (BT-Drucks. 15/4620, S. 173 – 207).

ger (das sind insbesondere die Berufsgenossenschaften – vgl. §§ 114 ff. SGB VII). Die Unfallversicherungsträger erlassen auf der Grundlage des § 15 SGB VII arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen in Unfallverhütungsvorschriften (zentral: „Grundsätze der Prävention“ [BGV A1] vom 1.1.2004). Die Unfallverhütungsvorschriften bedürfen allerdings der staatlichen Genehmigung (§ 15 Abs. 4 SGB VII). Zur Durchführung respektive zur Einhaltung der Unfallverhütungsvorschriften sind der Unternehmer als auch die versicherten Arbeitnehmer (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 SGB VII) verpflichtet (vgl. auch § 21 SGB VII). Der „Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Zuständigkeiten der Unfallversicherungsträger“ vom 4.11.2003 (BR-Drucks. 820/03), der auf Initiative des Freistaats Bayern den soeben skizzierten Dualismus zugunsten des staatlichen Arbeitsschutzrechts beseitigen wollte und dabei den Unfallversicherungsträgern eine vor allem beratende Rolle zuwies, ist nicht Gesetz geworden.

In einigen arbeitsschutzrechtlichen Normen wird ferner auf außerrechtliche Maßstäbe wie auf die „allgemein anerkannten Regeln der Technik“ oder auf „gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse“ verwiesen⁵. Die Praxis orientiert sich hierfür vor allem an von privater Seite verfaßten Regelwerken – insbesondere vom Deutschen Institut für Normung e.V. (DIN), vom Verband der Elektrotechnik Elektronik Informationstechnik e.V. (VDE-Bestimmungen), vom Verein Deutscher Ingenieure e.V. (VDI-Richtlinien) oder von der Deutschen Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V. (DVGW-Richtlinien). Diese privaten Regelwerke enthalten als solche zwar keine bindenden Rechtsnormen; sie werden aber nach Maßgabe der einschlägigen arbeitsschutzrechtlichen Normen verbindlich, sofern und soweit diese auf „allgemein anerkannte Regeln der Technik“ oder auf „gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse“ verweisen⁶. Über eine solche, in die Zukunft hin offene Fassung arbeitsschutzrechtlicher Normen wird ein bestmöglicher Schutz von Leben und Gesundheit erreicht. Wollte man nämlich umgekehrt bestimmte Sicherheitsstandards über die Aufstellung starrer Regeln gesetzlich fixieren, so bedeutete dies zumindest per saldo ein Absenkung des Schutzniveaus, weil die technische Weiterentwicklung bzw. neuere wissenschaftliche Erkenntnisse bei der Normanwendung jeweils ausgeblendet blieben. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) spricht in diesem Zusammenhang anschaulich von einer Dynamisierung des Rechtsgüterschutzes⁷.

Arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen finden sich auch in Tarifverträgen. Der Betriebsrat

⁵ Zu den „allgemein anerkannten Regeln der Technik“ vgl. nur *Wiese*, Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz (GK-BetrVG), 2 Bde., 8. Aufl. 2005, § 89 Rdnr. 16 f.; zu den „gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen“ vgl. *dens.*, a. a. O., § 90 Rdnr. 33 ff.

⁶ Freilich existieren noch weitere, ähnlich lautende Formulierungen mit entsprechendem Regelungsgehalt – zu den im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter bedeutsamen Unterschieden im Einzelnen vgl. *Wiese*, GK-BetrVG, § 89 Rdnr. 16 ff., und umfassend *Wotzke*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, 2. Auflage 2000, § 210 Rdnr. 5 ff

⁷ So BVerfG vom 8.8.1978 – 2 BvL 8/77 – BVerfGE 49, 89 = DVBl. 1979, S. 45 = NJW 1979, S. 359, das im übrigen die Verwendung solch unbestimmter Rechtsbegriffe für mit der Verfassung vereinbar hält.

hat nach Maßgabe des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG⁸ ein Mitbestimmungsrecht in arbeitschutzrechtlichen Angelegenheiten. Er hat sich nach Maßgabe des § 89 Abs. 1 BetrVG dafür einzusetzen, daß die Vorschriften über den Arbeitsschutz und die Unfallverhütung im Betrieb durchgeführt werden. Und der Betriebsrat kann zusätzliche Maßnahmen zur Verhütung von Arbeitsunfällen und Gesundheitsschädigungen mit dem Arbeitgeber freiwillig vereinbaren (§ 88 Nr. 1 BetrVG).

b. Aufgaben und Systematisierungen

Kernanliegen des Arbeitsschutzrechts ist es, Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer bei der Arbeit zu schützen. In diesem Sinne heißt es in § 1 Abs. 1 ArbSchG, das Arbeitsschutzgesetz diene dazu, „Sicherheit und Gesundheitsschutz der Beschäftigten bei der Arbeit durch Maßnahmen des Arbeitsschutzes zu sichern und zu verbessern“. „Gesundheit“ im Sinne des deutschen Arbeitsschutzrecht ist dabei allerdings nicht gleichzusetzen mit dem weitgefaßten Gesundheitsbegriff der Weltgesundheitsorganisation (WHO), nach dem Gesundheit als ein „Zustand völligen körperlichen, seelischen und sozialen Wohlbefindens“ definiert wird. Ein solcher Gesundheitsbegriff führte für das deutsche Arbeitsschutzrecht insofern zu weit, als er auch bloße Befindlichkeiten des Einzelnen mit umschließt, auf die arbeitsschutzrechtlich nicht reagiert werden kann. Im Ergebnis herrscht daher weitgehend Einigkeit darüber, daß mit Gesundheit im arbeitsschutzrechtlichen Sinne sowohl die physische wie auch die psychische Integrität des Einzelnen angesprochen ist, der ein Schutz insoweit zuteil werden muß, als durch die Arbeit Schädigungen im Sinne von medizinisch feststellbaren Erkrankungen, Verletzungen oder Beeinträchtigungen drohen. Der vom Arbeitsschutzgesetz neben dem Gesundheitsbegriff verwandte Begriff der Sicherheit führt demgegenüber nicht zu einem weiterreichenden Schutzauftrag. Vielmehr ist die Gewährleistung der Sicherheit der Beschäftigten bei der Arbeit sachgerecht als bloßer Unterfall des Gesundheitsschutzes zu lesen⁹.

Daß das auf den Gesundheitsschutz abzielende deutsche Arbeitsschutzrecht einen weitreichenden Anspruch verfolgt, zeigt dessen Ausrichtung auf die „menschengerechte Gestaltung der Arbeit“. So definiert § 2 Abs. 1 ArbSchG Maßnahmen des Arbeitsschutzes als „Maßnahmen zur Verhütungen von Unfällen bei der Arbeit und arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren *einschließlich Maßnahmen der menschengerechten Gestaltung der Arbeit*“. Die Wendung „menschengerechte Gestaltung der Arbeit“ findet sich ferner in § 28 JArbSchG, § 6 ASiG, § 30 Abs. 2 GenTG und § 19 Abs. 1 ChemG.

Gewiß ist die im deutschen Arbeitsschutzrecht verwandte Wendung der „menschengerech-

⁸ Betriebsverfassungsgesetz vom 25.9.2001.

⁹ Dazu näher *Kollmer*, Arbeitsschutzgesetz, Kommentar, 2005, § 1 ArbSchG Rdnr. 20 ff.

ten Gestaltung der Arbeit“ hinsichtlich ihres konkreten Bedeutungsgehalts schillernd. Zumindest eines läßt sich ihr aber ohne weiteres entnehmen: Sie verlangt eine Optimierung von Arbeitsbedingungen mit dem Ziel, die Arbeitsbedingungen den physischen und psychischen Eigenschaften und Fähigkeiten des Menschen bestmöglich anzupassen. Und ein solches Optimierungsgebot ließe sich wiederum umfassend verstehen. Es ließe sich insbesondere auch mit Blick auf die Persönlichkeitsförderung des einzelnen Arbeitnehmers begreifen. Auch insofern stünde eine menschengerechte Gestaltung der Arbeit in Rede. Doch ist wegen des arbeitsschutzrechtlichen Kontextes vorliegend nur eine solche Optimierung von Arbeitsbedingungen angesprochen, die auf den Gesundheitsschutz bezogen ist¹⁰. Ein darüber hinausgreifender Ansatz entfernte sich zu weitgehend vom Grundanliegen des Arbeitsschutzrechts. Daß eine restriktive Interpretation insoweit richtig ist, belegt nicht zuletzt die Verwendung des Wortes „einschließlich“ in § 2 Abs. 1 ArbSchG¹¹, wodurch eine „menschengerechte Gestaltung der Arbeit“ nur vor dem Hintergrund des Gesundheitsschutzes verlangt wird. Insgesamt bedeutet die Wendung „menschengerechte Gestaltung der Arbeit“ jedoch eine Einbruchsstelle für eine umfassende Berücksichtigung ergonomischer Leitregeln.

Versucht man das deutsche Arbeitsschutzrecht nach inhaltlichen Kriterien zu systematisieren, so läßt sich vom technischen Arbeitsschutz einerseits und vom sozialen Arbeitsschutz andererseits sprechen – wenn auch eine Abgrenzung der beiden Bereiche nicht trennscharf möglich ist. Beim technischen Arbeitsschutz geht es ganz allgemein um die Verhütung von Gefahren für Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer, wobei die Gefahren von bestimmten äußeren Gegebenheiten ausgehen (Betriebseinrichtungen, Arbeitsmittel, Lärm, Vibrationen, Dämpfe usw.). Zum sozialen Arbeitsschutz zählt der Arbeitszeitschutz (Überforderungsschutz) und das Schutzrecht für bestimmte, besonders schutzbedürftige Arbeitnehmergruppen. So statuiert beispielsweise das MuSchG für (werdende) Mütter Beschäftigungsverbote hinsichtlich bestimmter Tätigkeiten. Einen Sonderschutz erfahren auch Kinder und Jugendliche sowie Scherbehinderte.

Der technische Arbeitsschutz läßt sich wiederum unterteilen in einen „betrieblichen Arbeitsschutz“ und einen (vorgreifenden) „produktbezogenen Arbeitsschutz“. Der betriebliche Arbeitsschutz richtet sich an den Unternehmer in seiner Rolle als Arbeitgeber und an die Arbeitnehmer selbst. Aus diesem Grunde gehören auch die Unfallverhütungsvorschriften der Unfallversicherungsträger regelmäßig zum betrieblichen Arbeitsschutz. Der produktbezogene Arbeitsschutz wendet sich demgegenüber an den Hersteller (Importeure, Händler) von

¹⁰ Im betriebsverfassungsrechtlichen Kontext (dort: §§ 90, 91 BetrVG) mag das wiederum anders sein – dazu *Wiese*, GK-BetrVG, § 90 Rdnr. 44.

¹¹ Zu alledem näher *Kohte* in: *Kollmer*, Arbeitsschutzgesetz, § 2 ArbSchG Rdnr. 22 ff.

Erzeugnissen und sorgt vor allem über Beschaffenheitsanforderungen für den Schutz von Leben und Gesundheit der Verwender¹².

II. Unfallversicherung

1. Historische Schlaglichter

Als Initialzündung einer sozialversicherungsrechtlichen Gesetzgebung in Deutschland gilt die berühmte Kaiserliche Botschaft, die Reichskanzler *Bismarck* am 17.11.1881 vor dem Deutschen Reichstag erklären ließ und der sich die „Bismarcksche Sozialgesetzgebung“ anschloß. Kurz zuvor war der Entwurf eines Unfallversicherungsgesetzes vom 8.3.1881 gescheitert.

Ausweislich der Kaiserlichen Botschaft ging es *Bismarck* bei der von ihm angestrebten Sozialgesetzgebung allerdings nicht nur darum, die soziale Notlage der Arbeiterschaft aus ethisch-moralischen Gründen bzw. aus christlichen Überzeugungen heraus zu bekämpfen. Es ging *Bismarck* zumindest auch darum, durch eine Besserstellung der Arbeiter den seinerzeit aufkeimenden sozialdemokratischen Strömungen das Wasser abzugraben, also dem Protest der Arbeiterschaft in Gestalt der Arbeiterbewegung durch Teilhabe am Wohlstand zu begegnen¹³. In der Folge wurde am 15.6.1883 das Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter erlassen; am 6.7.1884 folgten das Unfallversicherungsgesetz und am 22.6.1889 das Gesetz betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung.

Das im vorliegenden Zusammenhang allein interessante Unfallversicherungsgesetz reagierte auf die oftmals die Existenz des Arbeiters bedrohende Gefährdung durch Arbeitsunfälle (damals: Betriebsunfälle). Das Reichshaftpflichtgesetz vom 7.6.1871, das schon zuvor eine zivilrechtliche Bewältigung des Problems versucht hatte, erwies sich als wenig praktikabel. Nicht nur, daß das Verschuldenskriterium, das für Ansprüche des geschädigten Arbeiters erfüllt sein mußte, den Arbeiter vor erhebliche Nachweisschwierigkeiten stellte; es war seinerzeit schon die Prozeßführung als solche, die für den einzelnen Arbeiter erhebliche Nachteile auf dem Arbeitsmarkt bedeuten konnte. Diese und weitere Schwächen führten daher im Ergebnis weg von einem zivilrechtlichen Ansatz hin zu einem sozialversicherungsrechtlichen. Die seitherige Versicherungslösung hielt entsprechende Streitereien aus den Betrieben auch weitgehend fern. Die Versicherungsleistung wurde verschuldensunabhängig erbracht. Umgekehrt war der Unternehmer von zivilrechtlichen Ansprüchen grundsätzlich freigestellt.

Im Jahre 1911 wurden die drei genannten sozialversicherungsrechtlichen Gesetze in der

¹² Zu inhaltlichen Systematisierungen vgl. *Wlotzke*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 207 Rdnr. 4 ff.

¹³ Dazu instruktiv *Kaltenborn*, JZ 1998, S. 770.

Reichsversicherungsordnung (RVO) zusammengeführt und die Unfallversicherung künftig in deren drittem Buch geregelt. Die RVO erwies sich über die Jahre als fester Bestandteil der jeweils geltenden Rechtsordnungen – wenn sie freilich (auch hinsichtlich ihrer unfallversicherungsrechtlichen Vorschriften) mannigfache Abänderungen erfahren hat. Mit Blick auf die Unfallversicherung ist insoweit vor allem die erhebliche Ausweitung des Versicherungsschutzes in personeller Hinsicht zu erwähnen, eingeleitet durch einen Systemwechsel aufgrund des Sechsten Gesetzes über Änderungen in der Unfallversicherung vom 9.3.1942: An die Stelle eines (enumerativen) Katalogs der versicherten Betriebe und Einrichtungen trat fortan ein Versicherungsschutz von abgrenzbaren Personengruppen – und zwar insbesondere der Gruppe der Arbeitnehmer, die nunmehr sämtlich einen Schutz durch die gesetzliche Unfallversicherung erfuhren. Das Unfallversicherungs-Neuregelungsgesetz vom 30.4.1963 weitete den Kreis der geschützten Personengruppen weiter aus (etwa auf Gefangene und ehrenamtlich Tätige). Zudem akzentuierte es den Präventions- und Rehabilitationsgedanken.

Erst seit dem Ende des letzten Jahrhunderts wurde (und wird) die RVO sukzessive außer Kraft gesetzt. Die einzelnen Zweige der Sozialversicherung wurden in ein Sozialgesetzbuch (SGB) überführt. Das SGB besteht seinerseits aus mehreren Büchern (zur Zeit: 12). Die gesetzliche Unfallversicherung ist seit dem 7.8.1996 im Siebten Buch Sozialgesetzbuch (SGB VII) geregelt. Die Überleitung der Unfallversicherung aus der RVO in das SGB VII war allerdings nicht mit nennenswerten Sachreformen verbunden. Allein die Weiterung des Präventionsauftrags der Unfallversicherungsträger über die Verhinderung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten hinaus auf die Verhinderung sämtlicher arbeitsbedingter Gesundheitsgefahren (§ 14 Abs. 1 SGB VII) ist erwähnenswert. In der Sache stellte diese Weiterung jedoch eine ohnehin bestehende langjährige Praxis der Unfallversicherungsträger auf eine gesicherte normative Grundlage¹⁴. Bedeutsam für alle Zweige der Sozialversicherung – und damit auch für die gesetzliche Unfallversicherung – sind ferner das Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) vom 23.12.1976, das gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung enthält. Regelungen zum Sozialverwaltungsverfahren und zum Sozialdatenschutz finden sich im Zehnten Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) vom 18.1.2001. Das Sozialgesetzbuch Erstes Buch (SGB I) vom 11.12.1975 enthält ferner einen Allgemeinen Teil.

2. Grundkonzeption

Die gesetzliche Unfallversicherung hat sich in ihrer heutigen Ausdifferenzierung einem umfassenden Schutz vor und bei Arbeitsunfällen sowie Berufskrankheiten verschrieben. Es geht ihr hierbei um Prävention, Rehabilitation als auch Entschädigung (Kompensation) –

¹⁴ Dazu etwa *Niemeyer/Freund*, NZS 1996, S. 497 (499 f.).

vgl. § 1 SGB VII. Der Präventionsgedanke, dem sich die gesetzliche Unfallversicherung in ihren §§ 14 ff. SGB VII annimmt und den sie auf die Verhütung aller arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren erstreckt, führt freilich zu einem gewissen inhaltlichen Gleichlauf mit dem Arbeitsschutzrecht. Es kommt insbesondere zu einem Nebeneinander von staatlichen Schutzvorschriften und den Regelungen durch die Unfallversicherungsträger in den Unfallverhütungsvorschriften (sog. duales Arbeitsschutzsystem). Rehabilitationsleistungen (Heilbehandlung u. a. m.) als auch Entschädigungsleistungen (Renten) setzen jeweils einen Versicherungsfall voraus. Versicherungsfälle sind Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten (§ 7 Abs. 1 SGB VII).

3. Insbesondere: Versicherungslösung und Haftungsprivilegierung

Die vom deutschen Recht favorisierte Versicherungslösung bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten führt konsequent dazu, daß der Unternehmer seinerseits von einer zivilrechtlichen Haftung gegenüber den für sein Unternehmen tätigen Versicherten grundsätzlich freigestellt bleibt (vgl. § 104 SGB VII). Leiharbeiter werden in diesem Sinne für zwei Unternehmen tätig: für den Verleiher als auch für den Entleiher. Entsprechend gilt die Haftungsfreistellung des § 104 SGB VII auch für beide Unternehmer.

Die Haftungsprivilegierung des Unternehmers greift allerdings nur so weit, wie der Versicherungsschutz reicht. Er erstreckt sich deshalb lediglich auf Personenschäden sowie auf an Personenschäden anknüpfende Schmerzensgeldansprüche. Letzteres ist insofern nicht unproblematisch, als die Unfallversicherung selbst kein Schmerzensgeld gewährt. Das BVerfG hat gleichwohl den Haftungsausschluß für mit der Verfassung vereinbar gehalten¹⁵. Bei Sachschäden verbleibt es demgegenüber bei der Haftung des Arbeitgebers nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen. Sachschäden rechnen nicht zu den von der gesetzlichen Unfallversicherung abgesicherten Schäden.

Die Haftungsfreistellung des Unternehmers bei Personenschäden greift dann nicht ein, wenn der Unternehmer den Arbeitsunfall vorsätzlich herbeigeführt hat. Und es verbleibt auch dann bei den allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsgrundsätzen, wenn sich der Versicherungsfall auf einem (nach Maßgabe des § 8 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 SGB VII) versicherten Weg ereignet hat (dazu noch unten B. III. 1. b.). Angesprochen sind damit vor allem Arbeitsunfälle bei der Teilnahme am „allgemeinen Verkehr“. Bei solchen Unfällen spielen spezifische betriebliche Risiken gerade keine Rolle. Dem versicherten Arbeitnehmer sollen daher weiterreichende zivilrechtliche Ansprüche (insbesondere Schmerzensgeldansprüche) gegen den Unternehmer nicht vorenthalten werden.

¹⁵ BVerfG vom 7.11. 1972 – 1 BvL 4/71 u. a. – BVerfGE 34, 118 = NJW 1973, S. 502.

Die soeben skizzierten Haftungsprivilegien des Unternehmers gelten gemäß § 105 Abs. 1 SGB VII auch entsprechend bei Personenschäden, die im Betrieb beschäftigte Personen den im selben Betrieb beschäftigten Arbeitskollegen zufügen (Haftung von Arbeitskollegen untereinander). Die Haftungsfreistellung für im Betrieb beschäftigte Personen greift ferner auch dann, wenn nicht versicherte Unternehmer geschädigt werden (§ 105 Abs. 2 SGB VII). Die nicht versicherten Unternehmer erhalten allerdings gleichfalls Versicherungsleistungen aus der gesetzlichen Unfallversicherung. Diese Leistungen sind jedoch nach Maßgabe der § 105 Abs. 2 Satz 2 bis 4 SGB VII gedeckelt. Insbesondere Geldleistungen werden danach nur bis zur Höhe eines (hypothetischen) zivilrechtlichen Schadenersatzanspruches erbracht. Hat also beispielsweise der nicht versicherte Unternehmer den Versicherungsfall mitverschuldet, so beschneidet dieses Mitverschulden den Versicherungsanspruch – analog den zivilrechtlichen Vorschriften.

Die von der gesetzlichen Unfallversicherung vorgesehene wirtschaftliche Entlastung des Schädigers ist dann nicht mehr gerechtfertigt, wenn dem haftungsprivilegierten Schädiger grobes Verschulden (Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit) vorgeworfen werden kann. Es bleibt zwar – außer bei einer vorsätzlichen Schädigung – bei der zivilrechtlichen Haftungsfreistellung des Schädigers gegenüber Ansprüchen des Geschädigten. Der Schädiger haftet allerdings den Sozialversicherungsträgern für die infolge des Versicherungsfalls entstandenen Aufwendungen, jedoch nur bis zur Höhe eines (hypothetischen) zivilrechtlichen Schadenersatzanspruches (vgl. § 110 SGB VII).

B Arbeitsschutz und Unfallversicherung – Einzelfragen

I. Rechtsgebietsübergreifende Fragen

1. Geschützte Personengruppe(n)

a. Ausgangspunkt: Schutz der Arbeitnehmer

Im Ergebnis gilt: Sowohl der Schutz durch arbeitsschutzrechtliche Regelungen wie auch der Schutz durch die gesetzliche Unfallversicherung wird zuerst den Arbeitnehmern zuteil. Einschränkungen für geringfügig Beschäftigte oder Besserverdiener (etwa vergleichbar der Versicherungspflichtgrenze in der gesetzlichen Krankenversicherung) gibt es grundsätzlich nicht. Ebenso wenig gibt es Lockerungen für Kleinbetriebe – von nicht weiter bedeutsamen Ausnahmen einmal abgesehen (so gilt etwa die in § 6 ArbSchG angeordnete Dokumentationspflicht nicht für Kleinbetriebe). Während allerdings die arbeitsschutzrechtlichen Gesetze

ausdrücklich vom Arbeitnehmer sprechen, spricht die gesetzliche Unfallversicherung vom Beschäftigten¹⁶ (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII). In der Sache bedeutet das jedoch grundsätzlich keine (jedenfalls keine nennenswerten) Unterschiede. Das hat auch das Bundessozialgericht (BSG) schon mehrfach klar gesagt¹⁷. Entsprechend formuliert § 7 Abs. 1 SGB IV: „Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit *insbesondere in einem Arbeitsverhältnis*“. Gewiß deutet schon der Zusatz „insbesondere“ darauf hin, daß die beiden Begriffe Beschäftigungsverhältnis und Arbeitsverhältnis nicht vollständig kongruent sind. Es besteht aber Einigkeit darüber, daß die jeweiligen Statuskriterien weithin übereinstimmen. Das sozialversicherungsrechtlich angenommene Schutzbedürfnis korreliert mit dem arbeitsrechtlichen. Auf möglicherweise bestehende Unterschiede kommt es, wie erwähnt, im vorliegenden Zusammenhang nicht an.

Weder der Begriff des Arbeitnehmers noch der Begriff des Beschäftigten sind im deutschen Recht eindeutig definiert. Angesichts der Vielgestaltigkeit des Arbeitslebens lassen sich keine klaren und unverrückbaren Kriterien finden. Die Statusfindung erfolgt daher jeweils im Rahmen einer sog. typologischen Betrachtung. Es kommt auf eine Gesamtschau mehrerer Kriterien an. Dabei ist gemeinsamer Ausgangspunkt die *persönliche Abhängigkeit* des Dienstverpflichteten vom Dienstberechtigten. Der Begriff des Arbeitnehmers wie auch der Begriff des „abhängig Beschäftigten“ fußen maßgeblich auf diesem Kriterium. Gewiß ist das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit zunächst wenig mehr als ein Synonym für Unselbständigkeit und mithin für die Abgrenzungsfrage nicht sonderlich ergiebig. Immerhin stellt es aber klar, daß es auf die *persönliche Abhängigkeit* ankommt und lediglich *tatsächliche* Sachzwänge grundsätzlich unbeachtlich sind. Ferner wird klargestellt, daß auch die bloß *wirtschaftliche* Abhängigkeit nicht genügt (Personen, die wirtschaftlich abhängig und *deshalb* vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind, bezeichnet man im deutschen Recht als *arbeitnehmerähnliche* Personen). Gleichwohl bedarf das Kriterium der persönlichen Abhängigkeit seinerseits der Konkretisierung.

Im Rahmen der gebotenen Konkretisierung wird vornehmlich auf die Weisungsgebundenheit des Dienstverpflichteten abgestellt. Diese Weisungsgebundenheit kann in fachlicher, zeitlicher und/oder örtlicher Hinsicht bestehen. Insbesondere die Sozialgerichtsbarkeit fragt in diesem Zusammenhang auch nach der „Eingliederung in einen fremden Betrieb“. Das führt allerdings in der Sache nicht weiter, sondern ist in Wahrheit wenig mehr als eine Frage der Diktion. Auch eine durch Eingliederung möglicherweise begründete persönliche Abhängigkeit folgt nämlich nach Ansicht der Sozialgerichtsbarkeit nicht schon aus einem vorgege-

¹⁶ Der sozialversicherungsrechtliche Begriff des Beschäftigten ist im übrigen nicht zu verwechseln mit der Definition des Beschäftigten in § 2 Abs. 2 ArbSchG.

¹⁷ So etwa BSG vom 27.3.1980 – 12 RK 26/79 – SozR 2200 § 165 Nr. 45.

benen organisatorischen Umfeld, sondern eben erst aus der mit der Eingliederung regelmäßig einhergehenden Weisungsgebundenheit. Ferner soll es darauf ankommen, ob der Dienstverpflichtete höchstpersönlich zur Leistung verpflichtet ist. Soweit das der Fall ist, wird dies als typisches Merkmal für ein Arbeitsverhältnis respektive Beschäftigungsverhältnis gewertet. Es soll auch darauf ankommen, wer die Betriebsmittel stellt, ob der Dienstverpflichtete sich selbst beurlauben kann u.a.m.

Grundsätzlich ohne Bedeutung ist demgegenüber die von den Parteien gewählte Bezeichnung (Arbeitnehmer, freier Mitarbeiter usw.). Die Statusfrage beurteilt sich anhand objektiver Kriterien nach Maßgabe des „gelebten Rechtsverhältnisses“. Sie steht nicht zur Disposition der Vertragsparteien.

b. Weiterungen

Neben dem Schutz der Arbeitnehmer als prägendem Ausgangspunkt, läßt sowohl das deutsche Arbeitsschutzrecht als auch das gesetzliche Unfallversicherungsrecht noch weiteren Personengruppen Schutz zuteil werden. Hinsichtlich der gesetzlich Unfallversicherung spricht man insoweit von der „unechten“ Unfallversicherung – im Gegensatz zur „echten“ arbeitnehmerschützenden Unfallversicherung. Den Schutz der „unechten“ Unfallversicherung erfahren unter anderem Kinder während des Besuchs des Kindergartens, Schüler und Studenten während des (Hoch)Schulbesuchs, Pflegepersonal, ehrenamtlich Tätige im Gesundheitswesen oder in der Wohlfahrtspflege, Blut- und Organspender sowie Notfallhelfer (vgl. dazu insbesondere den Katalog in § 2 Abs. 1 SGB VII). Auch Heimarbeiter unterliegen dem Schutz der Unfallversicherung, weil sie gem. § 12 Abs. 2 SGB IV als Beschäftigte gelten. Einige als besonders schutzbedürftig angesehene Unternehmer (aus landwirtschaftlichen Unternehmen, Hausgewerbetreibende und Küstenschiffer) sind nach Maßgabe der § 2 Abs. 1 Nr. 5 lit. a, 6 und 7 SGB VII gleichfalls pflichtversichert. Für weitere Unternehmer kann der Versicherungsschutz über die Satzung der einzelnen Unfallversicherungsträger eröffnet werden (§ 3 SGB VII). Nach Maßgabe des § 6 SGB VII können sich Unternehmer auch freiwillig versichern.

Auch arbeitsschutzrechtliche Vorschriften – insbesondere solche des betrieblichen Arbeitsschutzes –unterstellen zuweilen weitere Personengruppen ihrem Schutz, wenn auch der Schutz der Arbeitnehmer das zentrale Anliegen bleibt. Die Erstreckung des Schutzes auf weitere Personengruppen erfolgt allerdings unterschiedlich, nach Maßgabe der jeweiligen arbeitsschutzrechtlichen Normen. So gilt beispielsweise das ArbSchG entsprechend seines § 2 Abs. 2 auch für zur Berufsausbildung Beschäftigte, Beamte, Richter, Soldaten sowie für arbeitnehmerähnliche Personen (mit Ausnahme freilich der in Heimarbeit Beschäftigten).

c. Insbesondere: Leiharbeiter und Fremdarbeiter

Für Leiharbeiter ordnet § 11 Abs. 6 AÜG¹⁸ ganz pauschal die Anwendung der beim Entleiher geltenden öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften an. Eine solche Anordnung ist schon aus Praktikabilitätsgründen geboten, weil der Leiharbeiter gerade im Betrieb des Entleihers tätig wird. Dem Entleiher obliegt daher die Durchführung der praktischen Arbeitsschutzmaßnahmen. Der Verleiher bleibt aber gleichwohl zur fürsorgenden Kontrolle verpflichtet. Das für den Unfallversicherungsschutz maßgebliche sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis besteht – jedenfalls für den Fall der erlaubten Arbeitnehmerüberlassung – zwischen dem Leiharbeiter und dem Verleiher (zur entsprechenden Zuständigkeit der Unfallversicherungsträger vgl. auch § 133 Abs. 2 SGB VII).

Besitzt ein gewerbsmäßiger Verleiher nicht die nach dem AÜG erforderliche Erlaubnis, so wird für einen solchen Fall der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeiter nach Maßgabe des § 10 Abs. 1 AÜG fingiert. Deshalb treffen den Entleiher dann auch sämtliche arbeitsschutzrechtlichen Verpflichtungen, ohne daß es dafür die Anordnung des § 11 Abs. 6 AÜG bräuchte; und entsprechend besteht über das nach § 10 Abs. 1 AÜG fingierte Arbeitsverhältnis auch ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis zum Entleiher. Daneben soll allerdings ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis zugleich zwischen dem – entgeltzahlenden – Verleiher und dem Leiharbeiter existieren. Die Sozialversicherung knüpft dafür an das fehlerhafte (Leih)Arbeitsverhältnis an. Diese Konstruktion ist vor allem für die Beitragsschuld bedeutsam (vgl. auch § 10 Abs. 3 AÜG, § 28e Abs. 2 SGB IV)¹⁹.

Fremdarbeiter – also Arbeitnehmer eines Drittunternehmens, die etwa zur Durchführung von Reparaturarbeiten im Betrieb eingesetzt werden – genießen den Unfallversicherungsschutz über ihr zu dem Drittunternehmen bestehendes Beschäftigungsverhältnis. Arbeitsschutzrechtlich muß sich der Arbeitgeber des Betriebes, in dem die Fremdarbeiter eingesetzt werden, vergewissern, daß die Fremdarbeiter hinsichtlich der Gefahren für ihre Sicherheit und Gesundheit während der Tätigkeit im Betrieb angemessene Anweisungen erhalten haben (§ 8 Abs. 2 ArbSchG). Die arbeitsschutzrechtliche Verantwortung trägt im übrigen das Drittunternehmen in seiner Rolle als Arbeitgeber der Fremdarbeiter.

Eine Besonderheit gilt schließlich für Unfallverhütungsvorschriften. Nach Maßgabe des § 16 Abs. 1 SGB VII gelten die für ein Unternehmen maßgeblichen Unfallverhütungsvorschriften für alle Arbeitnehmer, die für oder in diesem Unternehmen tätig werden. Es genügt der

¹⁸ Arbeitnehmerüberlassungsgesetz vom 3.2.1995.

¹⁹ Dazu BSG vom 18.8.1992 – 12 RK 38/92 – SozR 3-2200 § 1399 Nr. 2.

räumliche Bezug. Die Unfallverhütungsvorschriften gelten daher für Leiharbeitnehmer wie auch für Fremdarbeitnehmer gleichermaßen. Sie gelten auch für ausländische Beschäftigte (§ 16 Abs. 2 SGB VII).

2. Kontrolle und Sanktionen

Das öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzrecht wird hoheitlich überwacht. Die Überwachung ist grundsätzlich Aufgabe der Länder, weshalb die dafür zuständigen Behörden nicht bundeseinheitlich, sondern jeweils von den einzelnen Bundesländern benannt werden. Für das Arbeitsschutzgesetz ordnet dessen § 21 Abs. 1 neben der Überwachungsverpflichtung der nach dem Landesrecht zuständigen Behörden auch eine Beratungspflicht an. Der Arbeitgeber hat mithin einen Rechtsanspruch auf behördliche Beratung.

Im Rahmen ihrer Überwachungsverpflichtung können die zuständigen Behörden – in den Einzelheiten freilich variierend und abhängig von der Gestattung durch die jeweilige arbeitsschutzrechtliche Bestimmung – unter anderem arbeitsschutzspezifische Informationen sammeln und auswerten, die Arbeitsstätten betreten und besichtigen, ganz allgemein Beweise erheben (insbesondere Stoffproben entnehmen), geschäftliche Unterlagen einsehen und Sachverständige hinzuziehen (vgl. dazu etwa die die Befugnisse der Behörde regelnde Vorschrift des § 22 ArbSchG). Nach Maßgabe der einzelnen arbeitsschutzrechtlichen Gesetze können die zuständigen Behörden auch verbindliche Anordnungen treffen (so etwa nach § 22 Abs. 3 ArbSchG; vgl. auch § 17 Abs. 2 ArbZG usw.).

Verstöße gegen arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen sind oftmals bußgeld- oder strafbewehrt. Die maßgeblichen Bußgeld- oder Strafvorschriften finden sich in den jeweiligen arbeitsschutzrechtlichen Normen. Das Arbeitsschutzgesetz sieht beispielsweise unter dort näher geregelten Voraussetzungen eine bis zu einjährige Freiheitsstrafe oder Geldstrafe als strafrechtliche Sanktion vor (§ 26 ArbSchG).

Vergleichbar den für den Arbeitsschutz zuständigen Behörden haben auch die Unfallversicherungsträger die Einhaltung der Präventionsmaßnahmen zu überwachen sowie den Unternehmer, aber auch die Versicherten zu beraten (§ 17 SGB VII; zu den Befugnissen der Aufsichtspersonen vgl. § 19 SGB VII). Auch insoweit kann Fehlverhalten nach Maßgabe des § 209 SGB VII bußgeldbewehrt sein.

Wegen des (zumindest partiell) bestehenden Gleichlaufs bei den Überwachungsaufgaben, sollen die für den Arbeitsschutz zuständigen Behörden und die Unfallversicherungsträger bei der Überwachung eng zusammenarbeiten und den Erfahrungsaustausch fördern. Sie sollen sich ferner wechselseitig über Betriebsbesichtigungen und deren wesentliche Ergebnisse unterrichten (vgl. § 21 Abs. 3 ArbSchG, § 20 Abs. 1 SGB VII). Ob dieses Gleichlaufs

hinsichtlich der Überwachungsaufgaben wurde in § 21 Abs. 4 SGB VII eine sogenannte Experimentierklausel eingeführt, nach der die für den Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörden mit den Unfallversicherungsträgern vereinbaren können, daß letztere die Überwachung bestimmter arbeitsschutzrechtlicher Vorschriften übernehmen. Umfang und Grenzen einer solchen Delegation sind freilich näher zu vereinbaren. Die Experimentierklausel gilt nur für Kontrollen im Bereich des ArbSchG und für aufgrund des ArbSchG erlassener Rechtsverordnungen²⁰.

3. Kündigung bei Arbeitsunfall und Berufskrankheit

Die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers wird grundsätzlich nicht dadurch eingeschränkt, daß dem Arbeitnehmer ein Arbeitsunfall widerfahren ist oder er an einer Berufskrankheit leidet. Allein wenn der Unfall oder die Krankheit zu einer Schwerbehinderung im Sinne des SGB IX führt, kommt der Sonderkündigungsschutz der §§ 85 ff. SGB IX zum Tragen. Die arbeitgeberseitige Kündigung bedarf dann insbesondere der vorherigen Zustimmung durch das Integrationsamt.

Im übrigen ist der Arbeitgeber weithin frei, das Arbeitsverhältnis zu kündigen. Genießt der Arbeitnehmer den allgemeinen Kündigungsschutz nach dem KSchG²¹, der insbesondere eine bestimmte Betriebsgröße (derzeit: mehr als 10 Arbeitnehmer) als auch den Ablauf einer Wartefrist (derzeit: sechs Monate) voraussetzt, so darf die Kündigung nicht sozial ungerechtfertigt sein. Ist eine Kündigung sozial ungerechtfertigt, so ist sie unwirksam. Für die soziale Rechtfertigung einer Kündigung kommen ausschließlich betriebsbedingte, verhaltensbedingte und personenbedingte Gründe in Betracht. Insofern läßt sich bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten eher umgekehrt die Frage stellen, ob diese erst einen Kündigungsgrund schaffen. Vor allem bei Arbeitsunfällen kann das insbesondere dann zu bejahen sein, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitsunfall selbst schuldhaft herbeigeführt hat – womöglich gar durch verbotswidriges Handeln (vgl. auch § 7 Abs. 2 SGB VII). In einem solchen Fall kommt eine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht. Aber auch die durch einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit hervorgerufene Gesundheitsbeeinträchtigung kann eine Kündigung als personenbedingte (krankheitsbedingte) Kündigung durchaus rechtfertigen – zumindest dann, wenn der Gesundheitsschaden zur dauerhaften Arbeitsunfähigkeit führt.

4. Auf die Gesundheit bezogene Fragen bei der Einstellung und Untersuchungen

²⁰ Zu verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Experimentierklausel vgl. *Getsberger*, in: *Kollmer*, Arbeitsschutzgesetz, § 21 Rdnr. 20 ff.

²¹ Kündigungsschutzgesetz vom 25.8.1969.

a. Grundsätzliches zum Fragerecht des Arbeitgebers

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) wird dem Arbeitgeber ein Fragerecht bei Begründung des Arbeitsverhältnisses nur insoweit zugestanden, als er ein „berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung seiner Frage für das Arbeitsverhältnis“ hat. Das Informationsinteresse des Arbeitgebers muß dabei das Interesse des Arbeitnehmers am Schutz seines Persönlichkeitsrechts und an der Unverletzbarkeit seiner Individualsphäre nach objektiven Maßstäben übersteigen. Für die Zulässigkeit von Fragen des Arbeitgebers über bestehende Krankheiten ist daher in jedem Fall zu verlangen, daß die nachgefragten Krankheiten in einem Zusammenhang mit dem einzugehenden Arbeitsverhältnis stehen. Die pauschale Frage nach dem Gesundheitszustand ist daher regelmäßig unzulässig.

Beantwortet der Arbeitnehmer eine zulässige Frage anlässlich der Einstellung bewußt falsch, so kann sich der Arbeitgeber von einem möglicherweise eingegangenen Arbeitsverhältnis im Wege der Anfechtung wegen „arglistiger Täuschung“ durch den Arbeitnehmer lösen (§§ 123 Abs. 1, 142 Abs. 1 BGB²²). Beantwortet der Arbeitnehmer hingegen eine unzulässige Frage bewußt falsch, so täuscht er zwar den Arbeitgeber. Diese Täuschung ist aber nicht arglistig. Deshalb muß sich der Arbeitgeber in einem solchen Falle am Arbeitsverhältnis festhalten lassen. Plakativ formuliert, hat der Arbeitnehmer bei unzulässigen Fragen ein „Notwehrlügerecht“.

b. HIV-Infektion und AIDS

Die Frage nach einer HIV-Infektion ist nach wohl überwiegender Ansicht nur zulässig, wenn und soweit aufgrund der Tätigkeit ein *erhöhtes* Risiko der Ansteckung für Kollegen oder sonstige Dritte besteht. Das abstrakte Risiko der Ansteckung als solches rechtfertigt die Frage nicht, weil ohnehin jedermann das allgemeine Risiko zu tragen habe, sich im Wege des sozialadäquaten Kontakts zu infizieren. Dieses allgemeine Lebensrisiko dürfe im Arbeitsrecht nicht durch Ausgrenzung minimiert werden. Nur ein spezifisches Ansteckungsrisiko rechtfertigt deshalb entsprechende Fragen. Angesprochen sind damit insbesondere einzelne (vor allem ärztliche) Tätigkeiten im Bereich des Gesundheitswesens. Aber auch dort ist das spezifische Ansteckungsrisiko für die in Aussicht genommene Tätigkeit jeweils gesondert festzustellen.

Nach verbreiteter Ansicht kann der Arbeitgeber – jedenfalls soweit ihm ein Fragerecht zusteht – auch eine ärztliche Untersuchung des Arbeitnehmers anlässlich der Einstellung verlangen (Einstellungsuntersuchung). Einer solchen ärztlichen Untersuchung muß der Arbeit-

²² Bürgerliches Gesetzbuch i. d. Fassung vom 2.1.2002.

nehmer zwar zustimmen; er ist nicht etwa aufgrund des Vertragsanbahnungsverhältnisses zur Duldung verpflichtet. Verweigert der Arbeitnehmer allerdings die Untersuchung, dann bedeutet das zumindest faktisch, daß er nicht eingestellt wird. Ein Einstellungsanspruch steht ihm nicht zur Seite.

Was für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses gilt, gilt erst recht für das bereits in Vollzug befindliche Arbeitsverhältnis. Besteht aufgrund der vom Arbeitnehmer übernommenen Funktion ein spezifisches Ansteckungsrisiko für Arbeitskollegen und/oder für Dritte, so hat der Arbeitnehmer Fragen des Arbeitgebers zu einer HIV-Infektion wahrheitsgemäß zu beantworten. Der Arbeitnehmer hat nach vorzugswürdiger Ansicht in einem solchen Fall darüber hinausgehend auch die Pflicht, eine ihm bekanntgewordene HIV-Infektion ungefragt zu offenbaren (vgl. auch § 15 Abs. 1 Satz 2, § 16 Abs. 1 ArbSchG). Problematisch ist allerdings, ob der Arbeitnehmer sogar zur Duldung einer ärztlichen Untersuchungen hinsichtlich einer etwaigen HIV-Infektion verpflichtet ist. Dafür bräuchte es eine entsprechende Regelung, die eine Duldungspflicht statuiert. Nach § 3 Abs. 4 des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst (TVöD) vom 13.9.2005 ist der Arbeitgeber bei begründeter Veranlassung berechtigt, den Beschäftigten zu verpflichten, durch ärztliche Bescheinigung nachzuweisen, daß er zur Leistung der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit in der Lage ist. Hierin mag man möglicherweise für den Bereich des öffentlichen Dienstes eine ausreichende normative Grundlage für eine entsprechende Duldungspflicht sehen²³.

Im Gegensatz zur HIV-Infektion soll nach einer AIDS-Erkrankung stets gefragt werden dürfen. Nach verbreiteter Ansicht schränkt nämlich eine AIDS-Erkrankung die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmer erheblich ein, wenn sie sie nicht sogar gänzlich ausschließt²⁴. Entsprechendes gilt für die Einstellungsuntersuchung.

c. Genetische Disposition

Ob und gegebenenfalls inwieweit die Frage nach der genetischen Disposition zulässig ist, ist in Deutschland umstritten. In der vergangenen Legislaturperiode hatte das Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung den Entwurf eines Gendiagnostikgesetzes (GenDG) vorgelegt, der u. a. die Zulässigkeit solcher Fragen regeln sollte. Der Entwurf verfolgte dabei eine sehr rigide Position: Nach dessen § 23 sollten weder vor noch nach Be-

²³ Mit Recht zweifelnd allerdings *M. Jacobs*, Arbeitsrechtliche Probleme bei der Einstellung, Beschäftigung und Kündigung HIV-, HBV- oder HCV-infizierter Arbeitnehmer im Gesundheitswesen, in: Übertragungsrisiko von HBV, HCV und HIV durch infiziertes medizinisches Personal, hrsg. von *R. S. Roß/M. Roggendorf* (2004), S. 96 (103 f. – dort noch zur Vorgängerregelung des § 7 BAT); siehe auch *H. Kamps*, MedR 2005, S. 1.

²⁴ Allgemein zu arbeitsrechtlichen Problemen mit HIV-infizierten oder an AIDS erkrankten Arbeitnehmern vgl. *Richardi*, NZA 1988, S. 73; zur Situation im Gesundheitswesen siehe insbesondere *M. Jacobs*, a. a. O., sowie *H. Kamps*, a. a. O.

gründung eines Arbeitsverhältnisses genetische Untersuchungen oder Analysen verlangt werden können. Entsprechend sollten Ergebnisse bereits vorgenommener Untersuchungen oder Analysen weder erfragt, entgegengenommen noch verwandt werden dürfen. Aufgrund der vorzeitigen Auflösung des Deutschen Bundestages konnte der Entwurf jedoch nicht mehr in der vergangenen Legislaturperiode als Gesetz verabschiedet werden. In der neuen Legislaturperiode ist nun mit einer gesetzlichen Regelung zu rechnen.

Für die in Deutschland anstehende politische Diskussion dürfte dabei insbesondere die Position des Nationalen Ethikrats von Interesse sein, der genetische Untersuchungen sowie die Frage nach bereits vorliegenden Untersuchungsergebnissen in engen Grenzen zulassen will. Nach Auffassung des Nationalen Ethikrats in seiner Stellungnahme unter dem Titel „Prädiktive Gesundheitsinformationen bei Einstellungsuntersuchungen“ vom August 2005 soll dem Arbeitgeber ein immerhin „begrenzter Blick in die gesundheitliche Zukunft des Arbeitnehmers erlaubt“ sein. Zum einen solle die Erhebung und Nutzung prädiktiver und prognostischer Gesundheitsinformationen bei der Einstellung in sachlicher Hinsicht auf solche Informationen zu Krankheiten oder Krankheitsanlagen beschränkt werden, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (über 50 Prozent) eintreten werden und deren Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit erheblich ist. Zum anderen sollten nach Ansicht des Nationalen Ethikrats in zeitlicher Hinsicht nur solche Auswirkungen berücksichtigt werden dürfen, die innerhalb eines gesetzlich oder tarifvertraglich zu definierenden Zeitraums nach der Einstellung zu erwarten sind. Als Orientierung für einen angemessenen Zeitraum soll die übliche Probezeit von sechs Monaten dienen. Anhand dieser Grundsätze will der Nationale Ethikrat die Zulässigkeit von Fragen des Arbeitgebers als auch die Zulässigkeit von Einstellungsuntersuchungen gleichermaßen bewerten.

Differenzierter wird die Zulässigkeit genetischer Untersuchungen im Bereich des Arbeitsschutzes diskutiert. Im Rahmen der in unterschiedlichem Zusammenhang während des laufenden Arbeitsverhältnisses obligatorisch angeordneten arbeitsschutzrechtlichen Vorsorgeuntersuchungen (vgl. z.B. §§ 15, 16 GefStoffV, § 10 DruckLV²⁵, §§ 37 ff. RöV, §§ 60 ff. StrlSchV, §§ 32 ff. JArbSchG) hielt man bislang nach überwiegender Ansicht genetische Analysen per se für unzulässig, weil man dafür ob der Intensität des Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers eine klare gesetzliche Regelung verlangte²⁶. Eine solche Regelung war in § 24 des Entwurfs eines Gendiagnostikgesetzes vorgesehen. Soweit genetische Untersuchungen erforderlich und geeignet sind, um tätigkeitsspezifische Gefährdungen des Arbeitnehmers zu ermitteln, hatte der Gesetzentwurf proteinchemische Analy-

²⁵ Druckluftverordnung vom 4.10.1972

²⁶ Zum Streitstand siehe *Wlotzke*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 216 Rdnr. 37. Zum Biomonitoring vgl. § 15 Abs. 2 GefStoffV.

sen des Genprodukts zugelassen – nicht aber zytogenetische oder molekulargenetische Analysen. Für letztere sah der Entwurf allerdings vor, daß sie durch Rechtsverordnung zugelassen werden können, wenn – neben weiteren Voraussetzungen – die Wahrscheinlichkeit einer Erkrankung oder gesundheitlichen Störung hoch ist und eine schwerwiegende Schädigung der Gesundheit droht. Der Entwurf sah aber auch vor, daß genetische Untersuchungen selbst im Bereich des Arbeitsschutzes nicht gegen den Willen des Arbeitnehmers durchgeführt werden dürfen. Es bleibt abzuwarten, auf welche Position man sich im politischen Prozeß verständigen wird²⁷.

II. Arbeitsschutz

1. Grundpflichten des Arbeitgebers

Angesichts der Fülle arbeitsschutzrechtlicher Normen ist es an dieser Stelle weder leistbar noch sinnvoll, die dem Arbeitgeber obliegenden arbeitsschutzrechtlichen Pflichten im Einzelnen darzustellen. Es darf daher ein cursorischer Hinweis auf die sich aus dem Arbeitsschutzgesetz ergebenden Grundpflichten genügen. Die im Arbeitsschutzgesetz sehr weit formulierten Grundpflichten eröffnen dem Arbeitgeber ganz bewußt betriebliche Spielräume bei der Umsetzung des Arbeitsschutzes. Sie werden konkretisiert, durch zahlreiche Spezialgesetze und konstituieren damit einen „Allgemeinen Teil“ des betrieblichen Arbeitsschutzrechts²⁸.

Nach der Generalklausel des § 3 Abs. 1 ArbSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, „die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen. Er hat die Maßnahmen auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen und erforderlichenfalls sich ändernden Gegebenheiten anzupassen. Dabei hat er eine Verbesserung von Sicherheit und Gesundheitsschutz der Beschäftigten anzustreben“. Als Maßnahmen im Sinne dieses ArbSchG definiert § 2 Abs. 1 ArbSchG „Maßnahmen zur Verhütung von Unfällen bei der Arbeit und arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren einschließlich Maßnahmen der menschengerechten Gestaltung der Arbeit“.

Gemäß § 4 ArbSchG hat der Arbeitgeber bei den von ihm zu veranlassenden Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter anderem folgende Grundsätze zu beachten: Er hat die Arbeit so zu gestalten, daß eine Gefährdung für Leben und Gesundheit möglichst vermieden und die verbleibende Gefährdung möglichst gering gehalten wird; er hat Gefahren an ihrer Quelle zu bekämpfen; er hat bei den arbeitsschutzrechtlichen Maßnahmen den Stand von Technik,

²⁷ Näher zum Entwurf eines Gendiagnostikgesetzes *Wiese*, BB 2005, S. 2073 ff.

²⁸ Dazu *Kohte* in: *Kollmer*, Arbeitsschutzgesetz, § 3 Rdnr. 11 ff.

Arbeitsmedizin und Hygiene sowie sonstige gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse zu berücksichtigen; der Arbeitgeber hat weiter arbeitsschutzrechtliche Maßnahmen mit dem Ziel zu planen, Technik, Arbeitsorganisation, sonstige Arbeitsbedingungen, soziale Beziehungen und Einfluß der Umwelt auf den Arbeitsplatz sachgerecht zu verknüpfen; und er muß spezielle Gefahren für besonders schutzbedürftige Beschäftigtengruppen (Kinder und Jugendliche, [werdende] Mütter, Schwerbehinderte) berücksichtigen. Individuelle Schutzmaßnahmen sind bei alledem nachrangig zu anderen Maßnahmen.

Nach § 12 Abs. 1 ArbSchG hat der Arbeitgeber die „Beschäftigten über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit während ihrer Arbeitszeit ausreichend und angemessen zu unterweisen“. Die Unterweisung muß dabei „Anweisungen und Erläuterungen, die eigens auf den Arbeitsplatz oder den Aufgabenbereich der Beschäftigten ausgerichtet sind“, umfassen. Die Unterweisung hat „bei der Einstellung, bei Veränderungen im Aufgabenbereich, der Einführung neuer Arbeitsmittel oder einer neuen Technologie vor Aufnahme der Tätigkeit der Beschäftigten“ zu erfolgen. Sie muß an die Gefährdungsentwicklung angepaßt sein und erforderlichenfalls regelmäßig wiederholt werden.

Damit der Arbeitgeber arbeitsschutzrechtliche Maßnahmen überhaupt sachgerecht ergreifen kann, verlangt § 5 ArbSchG eine Gefährdungsanalyse. Diese Analyse hat tätigkeitsspezifisch zu erfolgen. Bei gleichartigen Arbeitsbedingungen ist die Beurteilung eines Arbeitsplatzes oder einer Tätigkeit ausreichend. Das Ergebnis der Gefährdungsbeurteilung, die vom Arbeitgeber (daraufhin) festgelegten Maßnahmen des Arbeitsschutzes sowie das Ergebnis ihrer Überprüfung sind nach näherer Maßgabe des § 6 ArbSchG vom Arbeitgeber zu dokumentieren. Durch diese Dokumentationspflicht sollen die Maßnahmen des betrieblichen Arbeitsschutzes – gerade auch für die überwachende Behörde – transparent gemacht werden.

Der Arbeitgeber kann zuverlässige und fachkundige Personen schriftlich damit beauftragen, die ihm obliegenden Aufgaben nach dem Arbeitsschutzgesetz in eigener Verantwortung wahrzunehmen (§ 13 Abs. 2 ArbSchG; zu Unternehmens- und Betriebsleitern vgl. auch § 13 Abs. 1 Nr. 4 ArbSchG). Die Aufgabendelegation an Dritte entläßt den Arbeitgeber jedoch nicht aus seiner grundsätzlichen arbeitsschutzrechtlichen Verantwortung. Die Pflicht des Arbeitgebers, die arbeitsschutzrechtlich erforderlichen Maßnahmen selbst durchzuführen, wandelt sich vielmehr in die Verpflichtung, die ordnungsgemäße Ausführung der arbeitsschutzrechtlichen Maßnahmen durch die beauftragte Person zu überwachen. Stellt der Arbeitgeber insoweit Mängel fest, muß er eingreifen und die Mängel abstellen.

2. Insbesondere: Nichtraucherchutz

Ein generelles Rauchverbot an Arbeitsplätzen gibt es in Deutschland nicht. Nach § 5 Abs. 1 ArbStättV hat jedoch der Arbeitgeber ganz allgemein „die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit die nicht rauchenden Beschäftigten in Arbeitsstätten wirksam vor den Gesundheitsgefahren durch Tabakrauch geschützt sind“. „In Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr hat der Arbeitgeber (diese) Schutzmaßnahmen ... nur insoweit zu treffen, als die Natur des Betriebes und die Art der Beschäftigung es zulassen“ (§ 5 Abs. 2 ArbStättV).

Mit § 5 ArbStättV hat der Ordnungsgeber ein deutliches Signal für den Nichtraucher-schutz in Deutschland gesetzt. Das „Ob“ des Nichtraucherschutzes steht nunmehr grundsätz-lich außer Streit. Nicht der Arbeitnehmer muß dartun, warum er welche Maßnahmen zum Schutz vor Tabakrauch verlangt. Der Arbeitgeber muß vielmehr umgekehrt darlegen, daß er alle erforderlichen Maßnahmen zum Schutze der Nichtraucher ergriffen hat. Allein die Feststellung des Umfangs der nach § 5 ArbStättV erforderlichen Schutzmaßnahmen mag in der Praxis Schwierigkeiten bereiten. Hinsichtlich des Umfangs der geschuldeten Maßnahmen muß sich der Arbeitgeber am Zweck des § 5 ArbStättV orientieren. Zweck des § 5 ArbStättV ist es, die Atemluft im Aufenthaltsbereich eines Nichtrauchers weithin frei von Tabakrauch zu halten. Dafür muß notfalls ein Rauchverbot verhängt werden. Es kommen aber auch organisatorische (Nichtraucher- und Raucherzimmer) sowie Lüftungstechnische Maßnahmen in Betracht. Demgegenüber entspricht es nicht dem Zweck des § 5 ArbStättV, die rauchenden Arbeitnehmer auch „vor sich selbst“ zu schützen und ihnen gleichfalls das Rauchen zu untersagen²⁹.

3. Privatrechtliche Relevanz

Das Arbeitsschutzrecht ist in Deutschland zuerst öffentlich-rechtlich ausgestaltet. Die Ein-haltung der entsprechenden Normen wird von den jeweils zuständigen Aufsichtsbehörden überwacht und gegebenenfalls mit Zwangsmaßnahmen durchgesetzt (vgl. dazu bereits oben B. I. 2.). Neben diesem öffentlich-rechtlichen Konzept will der (insbesondere über § 618 BGB, § 62 HGB vermittelte) privatrechtliche Arbeitsschutz den Schutz von Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer dadurch intensivieren, daß zudem *arbeitsvertragliche* Rechte und Pflichten begründet werden. Auf diese Weise wird die Durchsetzung arbeitsschutz-rechtlicher Bestimmungen (auch) in die Hände des Arbeitnehmers gelegt. Das bedeutet dann nicht nur einen entsprechenden Erfüllungsanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, den er notfalls gerichtlich durchsetzen kann. Das bedeutet für den Arbeitneh-mer vielmehr auch ein Zurückbehaltungsrecht an der Arbeitsleistung (§ 273 Abs. 1 BGB), wenn der Arbeitgeber die ihm obliegenden Schutzpflichten nicht erfüllt; es bedeutet ferner

²⁹ Näher zum komplexen Problem des Nichtraucherschutzes in Deutschland siehe *Bergwitz*, NZA-RR 2004, S. 169; *Wellenhofer-Klein*, RdA 2003, S. 155.

Schadenersatzansprüche gegen den Arbeitgeber (wobei hier freilich die Haftungsfreistellung des Unternehmers nach § 104 SGB VII zu bedenken ist – dazu oben A. II. 2.) sowie in schwerwiegenden Fällen das Recht zur außerordentlichen Kündigung (§ 626 BGB). Eine vom Arbeitgeber provozierte außerordentliche (Eigen)Kündigung des Arbeitnehmers kann dann ihrerseits Schadenersatzansprüche auslösen (sog. Verfrühungsschaden, vgl. § 628 Abs. 2 BGB). Für solche Verfrühungsschäden gilt das Haftungsprivileg des Arbeitgebers aus § 104 SGB VII gerade nicht.

In seiner inhaltlichen Ausgestaltung folgt der privatrechtliche Arbeitsschutz im Grundsatz dem öffentlich-rechtlichen. Darüber besteht zumindest im Ergebnis weithin Einigkeit, wenn auch die dogmatische Begründung im Streit steht. Das BAG formuliert hierzu apodiktisch wie folgt: „Die Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften begründen, soweit sie geeignet sind, den Gegenstand einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung zu bilden, ebenso wie die Normen des staatlichen Arbeitsschutzrechts zugleich privatrechtliche Pflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer, wie auch umgekehrt... Die danach bestehende arbeitsrechtliche Pflicht des Arbeitgebers zur Beachtung der Normen des staatlichen Arbeitsschutzrechts und der Unfallverhütungsvorschriften ist arbeitsvertraglich unabdingbar. Diese Normen konkretisieren den Inhalt der Fürsorgepflichten, die dem Arbeitgeber ... im Hinblick auf die Sicherheit und das Leben der Arbeitnehmer obliegen; die Fürsorgepflicht umfaßt auch das, was der Arbeitgeber kraft arbeitsschutzrechtlicher Vorschriften dem Arbeitnehmer angedeihen lassen muß, und ist in dem danach bestehenden Umfang gegen abweichende Parteivereinbarungen ... geschützt“³⁰.

Der privatrechtliche Arbeitsschutz ist hinsichtlich seiner konkreten inhaltlichen Ausgestaltung jedoch nicht auf die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften beschränkt. Vielmehr vermittelt das öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzrecht nur Mindeststandards. Arbeitnehmer, die aufgrund ihrer gesundheitlichen Disposition eines besonderen Schutzes bedürfen, können daher im Einzelfall besondere (zusätzliche) Schutzmaßnahmen verlangen³¹.

4. Weitere Institutionen

Verschiedentlich ist geregelt, daß der Arbeitgeber Beauftragte zu bestellen hat, die ihn bei seinen arbeitsschutzrechtlichen Verpflichtungen unterstützen sollen. Hierzu rechnen unter anderem der Betriebsarzt (§ 2 ff. ASiG), die Fachkraft für Arbeitssicherheit (§§ 5 ff. ASiG), der Sicherheitsbeauftragte (§ 22 SGB VII) sowie der Schwerbehindertenbeauftragte (§ 98 SGB IX). In Betrieben mit mehr als zwanzig Beschäftigten ist ein Arbeitsschutzausschuß zu

³⁰ BAG vom 10.3.1976 – 5 AZR 34/75 – AP Nr. 17 zu § 618 BGB = EzA § 618 BGB Nr. 2; vgl. BAG vom 14.2.1996 – 5 AZR 978/94 – AP Nr. 5 zu § 611 BGB Aufwandsentschädigung = EzA § 670 BGB Nr. 25.

³¹ BAG vom 17.2.1998 – 9 AZR 84/97 – AP Nr. 26 zu § 618 BGB = EzA § 618 BGB Nr. 14.

bilden (§ 11 ASiG), dem der Arbeitgeber oder ein Beauftragter, zwei Betriebsratsmitglieder, die Betriebsärzte, die Fachkräfte für Arbeitssicherheit sowie die Sicherheitsbeauftragten nach dem SGB VII angehören. Der Arbeitsschutzausschuß hat die Aufgabe, Anliegen des Arbeitsschutzes und der Unfallverhütung zu beraten.

5. Beteiligungsrechte des Betriebsrats

Der Betriebsrat hat im Bereich des Arbeitsschutzes Beteiligungsrechte. Zentral ist hierbei das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Danach hat der Betriebsrat – soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht – hinsichtlich der Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften mitzubestimmen. Der Zusatz „im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften“ macht dabei deutlich, daß es bei der Mitbestimmung des Betriebsrats in Fragen des Arbeitsschutzes darum geht, die nach den genannten Vorschriften bestehenden Regelungsspielräume des Arbeitgebers einer mitbestimmten Entscheidung zuzuführen. Kann der Arbeitgeber etwa seiner aus § 5 ArbStättV folgenden Verpflichtung, Nichtraucher zu schützen, dadurch nachkommen, daß er das Rauchen in Großraumbüros entweder insgesamt verbietet, oder aber Raucher und Nichtraucher räumlich voneinander trennt, dann ist diese Frage mitbestimmungspflichtig. Der Arbeitgeber muß insoweit zu einer Einigung mit dem Betriebsrat finden. Einseitig darf er eine entsprechende Anordnung grundsätzlich nicht treffen. Setzt der Arbeitgeber hingegen nur verbindliche Vorgaben des staatlichen Arbeitsschutzrechts oder der Unfallverhütungsvorschriften um und verbleibt ihm hierbei kein Regelungsspielraum, so besteht kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats.

Jenseits der arbeitsschutzrechtlich vorgegebenen Regelungsspielräume, wenn es also darum geht, zusätzliche Arbeitsschutzmaßnahmen zu ergreifen, kann der Betriebsrat gemäß § 88 Nr. 1 BetrVG zu einer freiwilligen Regelung mit dem Arbeitgeber finden. Nach Maßgabe des § 80 Abs. 1 Nr. 9 hat der Betriebsrat ferner Maßnahmen des Arbeitsschutzes zu fördern; nach Maßgabe des § 89 BetrVG hat der Betriebsrat sich dafür einzusetzen, daß die Vorschriften über den Arbeitsschutz und die Unfallverhütung im Betrieb durchgeführt werden.

Einzelne Betriebsratsmitglieder wie auch der Betriebsrat als Gremium haben einen Anspruch auf Schulung in arbeitsschutzrechtlichen Fragen nach Maßgabe der § 37 Abs. 6 BetrVG (Anspruch des Betriebsrats als Gremium) beziehungsweise § 37 Abs. 7 BetrVG (Anspruch des einzelnen Betriebsratsmitglieds). Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat rechtzeitig und umfassend über arbeitsschutzrechtliche Maßnahmen zu unterrichten (§ 80 Abs. 2

Satz 1 BetrVG). Auch der Betriebsarzt und die Fachkräfte für Arbeitssicherheit haben den Betriebsrat über wichtige Angelegenheiten des Arbeitsschutzes und der Unfallverhütung zu unterrichten (§ 9 Abs. 2 Satz 1 ASiG). Soweit es zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben des Betriebsrats erforderlich ist, hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat zudem sachkundige Arbeitnehmer als Auskunftspersonen zur Verfügung zu stellen (§ 80 Abs. 2 Satz 3 BetrVG). Genügt das dem berechtigten Informationsinteresse des Betriebsrats nicht, so kann der Betriebsrat nach näherer Vereinbarung mit dem Arbeitgeber auch externe Sachverständige hinzuziehen (§ 80 Abs. 3 BetrVG). Im erforderlichen Umfang kann der Betriebsrat ferner die Beschaffung arbeitsschutzrechtlicher Literatur verlangen (§ 40 Abs. 2 BetrVG).

Die Mitglieder des Betriebsrats führen ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt (§ 37 Abs. 1 BetrVG). Sie erfahren dabei einen besonderen Amtsschutz. Insbesondere ist ihnen gegenüber die ordentliche Kündigung grundsätzlich ausgeschlossen (§ 15 KSchG). Die Möglichkeit der Kündigung aus wichtigem Grund bleibt davon freilich unberührt. Betriebsratsmitglieder dürfen wegen ihrer Tätigkeit weder benachteiligt noch begünstigt werden (§ 78 Satz 2 BetrVG).

III. Unfallversicherung

1. Versicherungsfälle

Die gesetzliche Unfallversicherung erbringt Rehabilitations- und Entschädigungsleistungen „nur“ bei Versicherungsfällen. Versicherungsfälle sind Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten (§ 7 Abs. 1 SGB VII). Für einen Versicherungsfall braucht es dreierlei:

- ① Durch eine versicherte Tätigkeit (also etwa: Arbeitstätigkeit) muß
- ② ein Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit verursacht worden sein.
- ③ Der Arbeitsunfall bzw. die Berufskrankheit muß wiederum einen Gesundheitsschaden oder den Tod zur Folge haben.

Voraussetzung für den Versicherungsfall ist jeweils eine Kausalbeziehung zwischen „versicherter Tätigkeit“, „Arbeitsunfall/Berufskrankheit“ sowie „Gesundheitsschaden/Tod“. Die Rechtsprechung der Sozialgerichte verlangt im Rahmen einer solchen „Kausalitätsprüfung“, daß es sich hinsichtlich der einzelnen ursächlichen Zusammenhänge um „wesentliche Bedingungen“ gehandelt hat. Auf diese Weise wird eine sachgerechte Eingrenzung der Versicherungsfälle über das Kausalitätskriterium versucht³². So werden beispielsweise Trunkenheitsfälle oder Konstellationen einer „selbst geschaffenen Gefahr“ über diese Figur plausibel bewältigt. Verbotswidriges Handeln allein schließt jedoch einen Versicherungsfall nicht

³² Wenngleich es in der Sache nicht mehr um Kausalität, sondern um wertende Zurechnung geht.

aus (§ 7 Abs. 2 SGB VII).

a. Arbeitsunfall

§ 8 Abs. 1 SGB VII definiert Arbeitsunfälle als „Unfälle von Versicherten infolge einer den Versicherungsschutz ... begründenden Tätigkeit“. Unfälle, so heißt es weiter, sind „zeitlich begrenzte, von außen auf den Körper einwirkende Ereignisse, die zu einem Gesundheitsschaden oder Tod führen“. Der Körper ist dabei nicht nur in physischer, sondern auch in psychischer Hinsicht angesprochen.

Problematisch bei der Prüfung eines Versicherungsfalls ist es – neben den bereits erwähnten Kausalitätsbedingungen –, eine versicherte Tätigkeit von einer nicht (mehr) versicherten Tätigkeit abzugrenzen. Allgemein gilt: Die den Unfall auslösende Handlung muß in einem inneren Zusammenhang mit einer versicherten Tätigkeit stehen und dieser wesentlich dienen. Hierbei kommt es allerdings grundsätzlich auf die subjektiven Vorstellungen des Versicherten an. Wollte danach ein Arbeitnehmer im betrieblichen Interesse handeln, so genießt er Versicherungsschutz; verfolgte er mit seinem zum Unfall führenden Handeln eigenwirtschaftliche (private) Ziele, so liegt grundsätzlich kein Versicherungsfall vor. Insgesamt verlangt jedoch auch diese Faustformel nach einer wertenden Entscheidung über die Grenzen des Versicherungsschutzes. So sollen beispielsweise Arbeitspausen zur versicherten Tätigkeit gehören, nicht aber das Ankleiden im häuslichen Bereich. Anderes kann wiederum für das Anlegen von Arbeitskleidung im Betrieb gelten; und auch die Nahrungsaufnahme während der betrieblichen Mittagspause rechnet als solche grundsätzlich nicht zu den versicherten Tätigkeiten (wiederum anders kann die Flüssigkeitsaufnahme in einer staubigen Arbeitsumgebung zu werten sein). Zu derartigen Fragen hat sich im deutschen Recht eine sehr umfangreiche Kasuistik entwickelt.

Weil die gesetzliche Unfallversicherungen Leistungen grundsätzlich nur bei Gesundheitsschäden oder im Todesfalle erbringt, stellt sich entsprechend „nur“ die Frage, ob der Unfall zu einem Gesundheitsschaden oder zum Tode geführt hat (haftungsausfüllende Kausalität). Bei den Gesundheitsschäden kann es sich sowohl um organische als auch um psychische Schäden handeln. Ausreichend ist es, wenn sich ein schon bestehender Schaden durch das Unfallereignis weiter vertieft hat. Als Gesundheitsschaden gilt auch die Beschädigung oder der Verlust eines Hilfsmittels (§ 8 Abs. 3 SGB VII – zum Begriff des Hilfsmittels vgl. § 33 SGB V³³).

³³ Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (gesetzliche Krankenversicherung) vom 20.12.1988.

b. Insbesondere: Wegeunfall

Die gesetzliche Unfallversicherung hat ihren Versicherungsschutz insbesondere auch auf sog. Wegeunfälle erstreckt. Damit sind allerdings nicht die sogenannten Betriebswege angesprochen, die im Rahmen der versicherten Tätigkeit erfolgen (beispielsweise die Hin- und Rückfahrt von der Arbeitsstelle zu einem Kunden). Für solche Wege besteht schon nach allgemeinen Grundsätzen Versicherungsschutz. Wegeunfälle betreffen vielmehr das Zurücklegen des mit der versicherten Tätigkeit zusammenhängenden unmittelbaren Weges nach und von dem Ort der Tätigkeit. Solche Wege rechnen gleichfalls zur versicherten Tätigkeit (vgl. § 8 Abs. 2 SGB VII). Unfälle des Arbeitnehmer auf dem Hin- und Rückweg zwischen Wohnung (räumliche Grenze: Außentür) und Arbeitsstätte sind daher grundsätzlich (mit)versichert.

Ungeachtet hier nicht weiter interessanter Detailfragen muß es sich aber jeweils um den „unmittelbaren“ Weg gehandelt haben. Wählt der Arbeitnehmer einen Umweg (etwa weil dieser Weg besonders verkehrsgünstig ist, weil er sich als Fahrradfahrer unangenehme Steigungen ersparen möchte usw.), so beeinträchtigt das den Versicherungsschutz solange nicht, solange der Umweg nicht erheblich länger ist als der kürzeste Weg. Legt der Versicherte einen vom unmittelbaren Weg abweichenden Weg zurück, um sein Kind in den Kindergarten zu bringen (oder um es sonst in fremde Obhut zu geben), so ist er auch auf diesem abweichenden Weg nach Maßgabe des § 8 Abs. 2 Nr. 2 SGB VII versichert. Entsprechendes gilt für abweichende Wege aufgrund einer Fahrgemeinschaft mit Arbeitskollegen. Zum Versicherungsschutz bei Familienheimfahrten, wenn der Arbeitnehmer am Arbeitsort (oder in dessen Nähe) eine eigene Wohnung hat, vgl. § 8 Abs. 2 Nr. 4 SGB VII.

Unterbrechungen des Weges können auch zu einer Unterbrechung des Versicherungsschutzes führen. So rechnet beispielsweise der private „Wochenendeinkauf“ nach Arbeitsende gewiß nicht mehr zur versicherten Tätigkeit, sondern wird ausschließlich dem privaten Bereich zugeschlagen. Allenfalls die anschließende Fortsetzung des Weges zur Wohnung des Arbeitnehmers kann wieder dem Versicherungsschutz unterfallen, sofern die Unterbrechung nicht zu lange gedauert hat (die Rechtsprechung läßt grundsätzlich eine bis zu zweistündige Unterbrechung zu; mehrere Unterbrechungen sind zusammenzuzählen).

c. Berufskrankheit

Während die gesetzliche Krankenversicherung das allgemeine Risiko einer Erkrankung abdeckt, geht es bei dem durch die gesetzliche Unfallversicherung vermittelten Schutz bei Berufskrankheiten ausschließlich um den Schutz bei solchen Gesundheitsbeeinträchtigungen, die der betrieblichen Sphäre entstammen. Wie schon der Arbeitsunfall muß auch die Be-

rufskrankheit Folge einer versicherten Tätigkeit sein (vgl. § 9 Abs. 1 SGB VII). Weil aber die Ursachen einer Erkrankung oftmals dunkel sind, kommt es insoweit maßgeblich auf die enumerative Auflistung anerkannter Berufskrankheiten in der Anlage der Berufskrankheiten-Verordnung der Bundesregierung vom 31.10.1997 an.

Ungeachtet dieser Auflistung ist eine Krankheit allerdings auch dann als Berufskrankheit anzuerkennen, wenn im Zeitpunkt der Entscheidung nach neuen Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft die Voraussetzungen für die Bezeichnung einer Krankheit als Berufskrankheit erfüllt sind (§ 9 Abs. 2 SGB VII). Als Berufskrankheiten sind solche Krankheiten zu bezeichnen, die nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft durch besondere (chemische, physikalische usw.) Einwirkungen verursacht sind. Diesen Einwirkungen müssen bestimmte Personengruppen durch ihre versicherte Tätigkeit in erheblich höherem Grade als die übrige Bevölkerung ausgesetzt sein (§ 9 Abs. 1 Satz 2 SGB VII). „Neu“ sind die entsprechenden Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft allerdings nur dann, wenn sie bei der letzten Änderung der Berufskrankheiten-Verordnung noch nicht vorhanden, oder aber dem Ordnungsgeber noch nicht bekannt waren. Die Möglichkeit, außerhalb der Liste stehende Krankheiten als Berufskrankheiten anzuerkennen, eröffnet also weder eine umfassende Korrektur der Liste unter wissenschaftlichen Gesichtspunkten, noch soll hierüber auf Einzelschicksale (Härtefälle) reagiert werden können. Es geht zum Schutze der Versicherten vielmehr darum, einem durch Zeitablauf bedingten Informationsdefizit des Ordnungsgebers zu begegnen. In diesem Sinne ist die Möglichkeit einer Ergänzung der Liste von Berufskrankheiten ausschließlich den sich fortentwickelnden Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft geschuldet.

Ist eine Krankheit als Berufskrankheit bezeichnet oder muß sie aufgrund neuer Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft als Berufskrankheit anerkannt werden, so sind freilich noch die weiteren allgemeinen Voraussetzungen eines Versicherungsfalles zu prüfen und gegebenenfalls zu beweisen. Angesprochen sind damit insbesondere die Kausalzusammenhänge im jeweils konkreten Fall zwischen versicherter Tätigkeit und Berufskrankheit einerseits sowie Berufskrankheit und Gesundheitsschaden/Tod andererseits. Hinsichtlich des Nachweises der haftungsbegründenden Kausalität kommt dem Versicherten aber möglicherweise die gesetzliche Vermutung des § 9 Abs. 3 SGB VII zugute: Erkrankten Versicherte, die infolge der besonderen Bedingungen ihrer versicherten Tätigkeit in erhöhtem Maße der Gefahr der Erkrankung an einer in der Liste aufgeführten Berufskrankheit ausgesetzt waren, an einer solchen Krankheit und können Anhaltspunkte für eine Verursachung außerhalb der versicherten Tätigkeit nicht festgestellt werden, so wird vermutet, daß die Erkrankung infolge der versicherten Tätigkeit verursacht worden ist. Auf ein Verschulden des Ar-

beitgebers oder auf die Vorhersehbarkeit der Erkrankung kommt es insoweit nicht an.

2. Versicherungsleistungen

Ist ein Versicherungsfall festgestellt, so hat der Versicherte – in der Regel unter weiteren Voraussetzungen – Anspruch auf die Versicherungsleistungen der gesetzlichen Unfallversicherung. Hinsichtlich der Versicherungsleistungen unterscheidet das Gesetz systematisch zwischen Heilbehandlungs- und Rehabilitationsleistungen (§§ 26 bis 55 SGB VII) sowie Kompensationsleistungen (§§ 56 ff. SGB VII). Es gilt dabei der Grundsatz: Leistungen zur Heilbehandlung und zur Rehabilitation haben Vorrang vor Rentenleistungen (§ 26 Abs. 3 SGB VII). Die Wiederherstellung der Gesundheit (und in der Folge die Wiederherstellung der Arbeitskraft) bleibt also oberstes Ziel und ist einem dauerhaften, wenn auch finanziell entschädigten Abschied des Versicherten aus dem Erwerbsleben vorrangig.

Soweit der Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung bei der Wiederherstellung der Gesundheit reicht, scheiden im übrigen Ansprüche gegen die gesetzliche Krankenversicherung aus. Deshalb heißt es in § 11 Abs. 4 SGB V: Auf Leistungen (der gesetzlichen Krankenversicherung) besteht kein Anspruch, wenn sie als Folge eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit im Sinne der gesetzlichen Unfallversicherung zu erbringen sind. Entsprechendes gilt für die gesetzliche Pflegeversicherung (vgl. § 13 Abs. 1 Nr. 2 SGB IX³⁴).

Zum Leistungskatalog der gesetzlichen Unfallversicherung hinsichtlich Heilbehandlung und Rehabilitation gehören die Heilbehandlung als solche (ärztliche Behandlung, Versorgung mit Arznei-, Verbands-, Heil- und Hilfsmitteln, Behandlungen in Krankenhäusern usw.), Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben (Beratung, Vermittlung, Trainingsmaßnahmen, technische Arbeitshilfen usw.), Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft (Kraftfahrzeughilfen, Wohnungshilfe, Haushaltshilfe usw.), Leistungen bei Pflegebedürftigkeit (Pflegegeld, Pflegekraft, Heimpflege), Verletztengeld (Zahlung im Falle der Arbeitsunfähigkeit) sowie Übergangsgeld (ein Übergangsgeld wird gezahlt, wenn der Versicherte Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben erhält). An Kompensationsleistungen kennt die gesetzliche Unfallversicherung insbesondere Rentenzahlungen und Abfindungen an den Versicherten sowie Leistungen an Hinterbliebene (Sterbegeld, Hinterbliebenenrente usw.).

3. Finanzierung

Die Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung werden von den Unternehmen aufgebracht – und nicht, wie in den anderen Zweigen der Sozialversicherung, anteilig (in der Regel jeweils hälftig) von den Unternehmen und den dort beschäftigten Arbeitnehmern. Diese

³⁴ Sozialgesetzbuch Elftes Buch (soziale Pflegeversicherung) vom 26.5.1994.

Besonderheit bei der Tragung der Beiträge ist der mit dem Versicherungsschutz der Beschäftigten einhergehenden Haftungsfreistellung des Unternehmers geschuldet (dazu bereits oben A.II.2.). Soweit der Unternehmer selbst versichert ist, ist er auch selbst beitragspflichtig.

Die Beiträge werden der Höhe nach im Wege eines Umlageverfahrens festgesetzt (§ 152 SGB VII). Dabei ist zunächst der Finanzbedarf (das Umlagesoll) zu ermitteln. Der Bedarf ergibt sich aus den im abgelaufenen Kalenderjahr getätigten Aufwendungen für Präventionsmaßnahmen sowie für Entschädigungsleistungen bei Versicherungsfällen (Prinzip der nachträglichen Bedarfsdeckung). Hinzu kommen die Verwaltungskosten nebst Rücklagen (zur Höhe der Rücklagen vgl. § 172 SGB VII). Von diesen Posten sind die Einnahmen (Regreßansprüche, Bußgelder, Zinserträge etc.) abzuziehen. Ist auf diese Weise der Finanzbedarf ermittelt, so bestimmt sich die Höhe der Beiträge im Regelfall noch zusätzlich nach dem Arbeitseinkommen der Versicherten und nach Gefahrklassen (vgl. § 153 Abs. 1 SGB VII). Über solche Gefahrklassen soll für die beitragspflichtigen Unternehmer ein zusätzlicher Anreiz zu wirksamen Präventionsmaßnahmen geschaffen werden. Die Gefahrklassen orientieren sich nämlich an der Höhe der Entschädigungsleistungen sowie an der Höhe der erzielten Arbeitseinkommen. Aus diesen beiden Größen errechnet sich eine für die Beitragshöhe maßgebliche Belastungsziffer.

Dank guter Präventionsarbeit sind die Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung verhältnismäßig niedrig. Der durchschnittliche Beitragssatz, den Unternehmer für die gesetzliche Unfallversicherung an die Berufsgenossenschaften entrichten mußten, betrug im Jahr 2004 lediglich 1,33 Prozent des beitragspflichtigen Entgelts³⁵.

³⁵ Gleichwohl kritisch aus jüngerer Zeit *M. Römer* (Reform der gesetzlichen Unfallversicherung, 2004), der eine hohe Kostenbelastung der Unternehmen durch die gesetzliche Unfallversicherung rügt und dafür insbesondere die Monopolstellung der Unfallversicherungsträger verantwortlich macht. Die Monopolstellung beeinträchtigt das Kostenbewußtsein der Unfallversicherungsträger nachteilig. Es fehle der Wettbewerb.