

16. ZAAR-Kongress
„Neues Urlaubsrecht, agiles und mobiles Arbeiten“

am Freitag, 17. Mai 2019
im Paulaner am Nockherberg, München

Seit dem Schultz-Hoff-Urteil aus dem Jahr 2009 ist das deutsche Urlaubsrecht im Umbruch. Einen besonders kräftigen Innovationsschub geben die Urteile in den Rechtssachen Bauer, Kreuziger, Shimizu und Hein vom November/Dezember 2018. Zahlreiche Fragen stellen sich neu, zum Beispiel: Was muss der Arbeitgeber künftig anstellen, damit ein Urlaubsanspruch verfällt? Welche Möglichkeiten verbleiben den Tarifparteien, auf die Berechnung des Urlaubsentgelts Einfluss zu nehmen? Gilt das neue Urlaubsrecht des Europäischen Gerichtshofs auch jenseits des Mindesturlaubs von vier Wochen? Das sind nur drei beispielhaft herausgegriffene Fragen, die der erste Teil des Kongresses zu beantworten sucht. Ebenfalls aus aktuellem Anlass – den Bestrebungen, einen Home-Office-Anspruch der Arbeitnehmer gesetzlich zu verankern, und einer geänderten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Unfallversicherungsschutz – widmet sich der zweite Teil den arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Fragen des agilen und mobilen Arbeitens.

I. Voraussetzungen, Berechnung und Reichweite des unionsrechtlichen Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub



Dr. Markus Sprenger vom Kommunalen Arbeitgeberverband Hessen gab einen Überblick über die Grundzüge des unionsrechtlichen Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub und erläuterte dessen Bedeutung für das nationale Urlaubsrecht.

Seit der Festlegung einer Jahresurlaubsmindestdauer im Rahmen der Arbeitszeitrichtlinie aus dem Jahre 1993 sei das nationale Urlaubsrecht dem europäischen Einfluss unterworfen. Die immer fortschreitende Ergänzung der Richtlinien 93/104/EG und 2003/88/EG durch eine interpretatorische Rechtsprechung des EuGHs habe zwar zu einer stringenten Systembildung innerhalb des europäischen Rechts geführt, aber vielfach auch die Frage

nach der Vereinbarkeit nationaler Vorgaben aufgeworfen. Die Friktionen seien nicht allein juristischer, sondern auch personalpraktischer Natur.

Das System des EuGHs basiere auf der Überlegung, dass der einheitliche Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub aus zwei voneinander zu trennenden Komponenten bestehe, nämlich dem Aspekt der Bezahlung und dem Aspekt der Freistellung. Wesentlich für die Entstehung sei der Erdienungsgedanke: Entgegen der früheren Jurisdiktion des BAGs sei für die Anspruchsentstehung nicht allein der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses, sondern die tatsächliche Erbringung der Arbeitsleistung von Bedeutung: Erst diese löse das Bedürfnis nach Erholung aus. Unfreiwillige Ereignisse, welche die Arbeitsversäumnis des Arbeitnehmers begründeten, seien bei der Beurteilung der Urlaubsentstehung mit der tatsächlichen Arbeitsleistung aber gleichzusetzen. Dies stehe in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des ILO-Abkommens über den bezahlten Jahresurlaub, nach welchen die Freiwilligkeit des Arbeitnehmers in Bezug auf die Arbeitsversäumnis für die Beurteilung der Anrechnungsfrage maßgebend sei, sog. „Grundsatz der freiwilligen Nichterdienung.“

Bei der Koordination seiner Urlaubsrechtsprechung habe sich der EuGH sowohl in der Tirol- bzw. Brandes-, als auch in der Greenfield-Entscheidung zudem mit der Teilzeitrichtlinie beschäftigt. Weil der Urlaubsanspruch in seinem graduell erreichten Bestand als Zeit- bzw. Geldguthaben in das Vermögen des Arbeitnehmers übergehe, sei eine spätere Nachberechnung bei einem Wechsel von Voll- zu Teilzeit und umgekehrt sowohl zulasten, als auch zugunsten des Arbeitnehmers ausgeschlossen. Abweichende nationale Vorgaben könnten im Wege des sog. „Günstigkeitsprinzips“ aber berücksichtigt werden. Überdies habe der EuGH den Anspruch auf Jahresurlaub in der aktuellen Eurothermen-Entscheidung vom 13.03.2019 mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit abgeglichen.

Die Berechnung des Urlaubsentgelts erfolge nach dem „gewöhnlichen“ Arbeitsentgelt. Hierbei handle es sich nach dem Verständnis des EuGHs aber nicht um eine Entgeltfortzahlung, sondern um erdiente Bezahlung. Provisionen und Sonderentgelte seien nur dann zu berücksichtigen, wenn diese einen wesentlichen Teil des gewöhnlichen Entgelts ausmachten.

Die primärrechtliche Verankerung des Urlaubsanspruchs in Art. 31 Abs.2 EU-GRC führe dazu, dass das europäische Urlaubssystem auch zwischen Privaten unmittelbar wirke. Denn nur der in Übereinstimmung mit der Richtlinie gewährte Urlaub sei, so der EuGH, tauglicher Gewährleistungsgegenstand und damit zur Wahrung des Grundrechts geeignet. Aus diesem Umstand folge auch, dass dem europäischen Mindeststandard zuwiderlaufendes, nationales Gesetzesrecht nach dem Grundsatz des Anwendungsvorrangs unbeachtlich sei.

Rein rechtlich erstreckten sich die europäischen Vorgaben nicht auf gesetzlichen, arbeitsvertraglichen oder tariflichen Mehrurlaub. Die unterschiedliche Behandlung desjenigen Teils des Gesamturlaubs, welcher den Mindesturlaub ausmache und den europäischen Vorgaben damit unterliege, und des Teils, welcher für sich genommen als Mehrurlaub einzustufen sei, könne in personalwirtschaftlicher Hinsicht aber Probleme aufwerfen. Die Komplexität dieses Nebeneinanders führe im Bereich des Mehrurlaubs de facto zu einem Anpassungsdruck an das Unionsrecht.

II. Der Urlaubsanspruch: Erfüllung, Verfall und Abgeltung



Dr. Stefan Witschen von der *Universität zu Köln* thematisierte die dogmatische Struktur des gesetzlichen Urlaubsanspruchs sowie der sich hieraus ergebenden Konsequenzen für seine Erfüllung. Ergänzend bezog sich der Referent auf die Folgen einer nicht-ordnungsgemäßen Erfüllung unter Berücksichtigung europäischer Vorgaben.

Das zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs erforderliche Pflichtenprogramm des Arbeitgebers richte sich nach seiner Inhaltsbestimmung. Vom BAG noch nicht endgültig bestätigt sei die Frage, ob das Urlaubsentgelt neben der Freistellung als integraler Bestandteil des Urlaubsanspruchs anzusehen sei, oder ob es sich hierbei um arbeitsvertragliches Entgelt handle.

Fasse man den Urlaubsanspruch mit dem EuGH als einen einheitlichen Anspruch auf, setze die Erfüllung neben der Freistellung zusätzlich die Gewissheit des Arbeitnehmers darüber voraus, das Urlaubsentgelt zu erhalten. Eine Zahlung vor Urlaubsantritt sei hierfür nach der Rechtsprechung des EuGHs aber nicht erforderlich.

Das BAG hingegen habe den Urlaubsanspruch bisher lediglich als Freistellungsanspruch klassifiziert. Rechtsgrundlage für das Urlaubsentgelt sei dementsprechend der arbeitsvertragliche Entgeltanspruch gewesen. In einem Urteil aus dem Jahre 2015 habe sich das BAG dem europäischen Verständnis nunmehr angenähert. Zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs genüge die Freistellung hiernach allein nicht mehr, hinzutreten müsse die Urlaubsvergütung. Einer Auszahlung vor der Inanspruchnahme bedürfe es, wie es die Norm des § 11 Abs.2 BUrlG suggeriere, zwar nicht, jedenfalls aber müsse der Arbeitgeber den Anspruch auf Urlaubsentgelt anerkennen und dem Arbeitnehmer eine Zahlung im regulären Abrechnungszeitraum zusichern. In einer aktuellen Pressemitteilung vom 22.01.2019 spreche das BAG zudem von der „Vergütungskomponente“ des Urlaubsanspruchs, ein Indiz dafür, dass sich die nationale Auffassung von der dogmatischen Beschaffenheit des Urlaubsanspruchs geändert habe.

Die Einheitlichkeit von Freistellung und Entgelt sei mit Blick auf ihre Konsequenzen in Kündigungsfällen interessant: Im Falle einer ordentlichen Kündigung könne ein noch offener Urlaubsanspruch grundsätzlich durch unwiderrufliche Freistellung des Arbeitnehmers während der Kündigungsfrist unter fortlaufenden Bezügen erfüllt werden, ein bei Ablauf der Kündigungsfrist noch offener Urlaub müsse abgegolten werden. Wegen der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Falle der außerordentlichen Kündigung sei hier lediglich Abgeltung denkbar. Während eines Kündigungsschutzprozesses sei es möglich, den Arbeitnehmer „vorsorglich“, also für den Fall der Unwirksamkeit der Kündigung, für die Zeit der Prozessdauer zu beurlauben. Dies setze, entsprechend der Auslegung des BAGs, zumindest die vorbehaltlose Zusage des Entgelts voraus. Der Arbeitgeber könne vorsorglich Urlaub konkret dann erteilen, wenn und soweit er nach Ablauf einer Kündigungsfrist noch offene Urlaubsansprüche abzugelten habe. Hierfür müsse der Arbeitgeber eine Tilgungsbestimmung abgeben, nach welcher die Urlaubsabgeltung hilfsweise den Anspruch auf Urlaubsentgelt erfüllen solle, für den Fall, dass die Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht wirksam beendet habe.

Komme es nicht zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs, stelle sich die Folgefrage, ob und unter welchen Umständen Urlaub angesammelt werden könne und wann dieser verfalle. Die Erwägung des EuGHs, der Urlaubsanspruch sei gewissermaßen als Gegenleistung für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers anzusehen, gerate in Konflikt mit dem Erholungsgedanken, welcher der Monetarisierung des Urlaubsanspruchs entgegenstehe. Bei dem Urlaubsanspruch handle es sich also um ein hybrides Gebilde, welches Elemente des Leistungsaustauschs mit solchen des präventiven Gesundheitsschutzes verbinde.

Der unionsrechtliche Anspruch müsse nach Ansicht des EuGHs nicht zwingend im Bezugszeitraum genommen werden, grundsätzlich könne er auch übertragen und angesammelt werden. Ein ersatzloser Verfall sei möglich, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich die Möglichkeit gehabt habe, seinen Urlaub zu nehmen, und darüber hinaus vom Arbeitgeber auch „in die Lage versetzt“ worden sei, den Urlaub tatsächlich nehmen zu können.

Nach den Bestimmungen des BUrlG hingegen verfalle der Urlaubsanspruch grundsätzlich mit Ablauf des Bezugszeitraums, eine Übertragung auf den nächsten Bezugszeitraum (Übertragungszeitraum) sei nur unter engen Voraussetzungen möglich. Ein Anspruch auf Ersatzurlaub im Wege des Schadensersatzes wegen Verzugs, welcher den Verjährungsregeln unterliege, sei aber denkbar. Die Möglichkeit der tatsächlichen Inanspruchnahme sei vom BAG in richtlinienkonformer Auslegung des § 7 Abs.3 BUrlG als Voraussetzung für den Verfall des Urlaubs mit Ablauf des Bezugszeitraums inzwischen anerkannt. Eine grenzenlose Anhäufung von Urlaubsansprüchen Langzeiterkrankter werde aber – auch vom EuGH – als mit dem Urlaubszweck unvereinbar angesehen, womit diese spätestens nach Ablauf von 15 Monaten nach Ende des Bezugszeitraums erlöschen würden. Auch die zusätzliche Voraussetzung des „In-die-Lage-Versetzens“ sei kürzlich im Wege richtlinienkonformer Auslegung vom BAG in die Norm des § 7 Abs.3 BUrlG hineingelesen worden. Hiernach bedürfe der Verfall des Anspruchs der ausdrücklichen Aufforderung des Arbeitnehmers, Urlaub zu nehmen, verbunden mit dem klaren und rechtzeitigen Hinweis, dass dieser sonst verfalle. Den Arbeitgeber treffe damit eine Initiativlast für die Verwirklichung des Urlaubsanspruches. Wie der Hinweis im Einzelnen erfolgen müsse, sei bisher noch unklar.

Das King-Urteil des EuGHs lege den Schluss nahe, dass arbeitgeberseitig zu vertretene Hindernisse der tatsächlichen Inanspruchnahme des Urlaubs seinen Verfall generell hinderten und eine grenzenlose Anhäufung damit jedenfalls theoretisch denkbar sei. Das Problem sei, dass ein zeitlich unbegrenzter Urlaubsanspruch den Arbeitnehmern den Anreiz nehmen könne, verweigeren Urlaub im Laufe des Arbeitsverhältnisses durchzusetzen. Das Prinzip „dulde und liquidiere“ lasse sich mit dem Prinzip des präventiven Gesundheitsschutzes eigentlich nicht vereinbaren. Bezüglich der nationalen Umsetzung des King-Urteils könne man vertreten, diese Grundsätze ebenfalls in richtlinienkonformer Auslegung in § 7 Abs.3 BUrlG hineinzulesen. Neben der Scheinselbständigkeit sei auch der Fall der unrechtmäßigen Kündigung ein Fall eines arbeitgeberseitig zu vertretenden Hindernisses.

Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses dürfe, unabhängig vom Grund der Beendigung, nach Ansicht des EuGHs nicht zum Erlöschen der bis dahin noch offenen Urlaubsansprüche führen, die Folge sei die Entstehung eines Abgeltungsanspruches. Dieser sei Teil des grundrechtlich garantierten Rechts auf bezahlten Jahresurlaub aus Art. 31 Abs.2 EU-GRC und gelte damit auch zwischen Privaten. Die Abgeltung des Urlaubsanspruches komme nach Art. 7 Abs.2 RL aber nur

bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Betracht, sog. Abgeltungsverbot im laufenden Arbeitsverhältnis. Die Voraussetzungen des unionsrechtlichen Abgeltungsanspruchs seien im Einzelnen bisher nicht klar definiert.

Das nationale Urlaubsrecht sehe ein Abgeltungsanspruch ausdrücklich in § 7 Abs.4 BUrlG vor. In Übereinstimmung zu unionsrechtlichen Vorgaben sei eine Abgeltung während des laufenden Arbeitsverhältnisses untersagt. Auch etwaiger Ersatzurlaub müsse in natura gewährt werden.

III. Individual- und kollektivarbeitsrechtlicher Rahmen des agilen und mobilen Arbeitens



Dr. Silvia Lang von Hogan Lovells International LLP behandelte verschiedene individual- und kollektivarbeitsrechtliche Herausforderungen in Zusammenhang mit der Einführung moderner Arbeitsmodelle.

Neben einer Flexibilisierung von Arbeitszeit ermögliche die Digitalisierung eine Auflösung räumlicher Arbeitsstrukturen. Unter dem Stichwort „New Work“ hätten sich moderne Arbeitsmodelle etabliert, sie sich als Ausprägung einer generellen Flexibilisierung des Arbeitsorts auffassen ließen. Neben der allseits bekannten Telearbeit als Unterfall des heutigen Homeoffice zu nennen sei die Mobile Arbeit, welche das Arbeiten von jedem Ort aus ermögliche, sowie das sog. Desksharing, in dessen Rahmen ein Arbeitsplatz von mehreren Arbeitnehmern genutzt werde.

Trotz zahlreicher Vorteile von Homeoffice, beispielsweise die gesteigerte Vereinbarkeit von Arbeits- und Privatleben, die höhere Eigenverantwortlichkeit sowie die Zeit- und Kostenersparnis, sei von Gewerkschaftsseite schon früh die durch die ständige Erreichbarkeit hervorgerufene Entgrenzung von Arbeits- und Privateben kritisiert worden.

Die erste rechtliche Frage im Zusammenhang mit der Arbeit „von Zuhause aus“ bzw. der Mobilen Arbeit sei die nach ihrer Festlegung. Die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Arbeit im Homeoffice durch einseitige Bestimmung auf Grundlage des Direktionsrechts sei deshalb nicht möglich, weil die vertraglich vereinbarte Tätigkeit in der Betriebsstätte mit der Tätigkeit im Homeoffice wegen der aufgeführten Nachteile nicht vergleichbar sei. Umgekehrt habe der Arbeitnehmer derzeit keinen Anspruch auf das Arbeiten im Homeoffice. Das BMAS habe allerdings einen Gesetzesentwurf angekündigt, welcher den rechtlichen Rahmen für Homeoffice/Mobiles Arbeiten sowie einen hierauf gerichteten Anspruch enthalten solle.

In Konflikt gerieten die modernen Arbeitsmodelle mit den Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes. Hier zeige sich ein deutlicher Reformbedarf, in deren Rahmen eine Angleichung an die Besonderheiten des Homeoffice/der Mobilen Arbeit durch eine zukunftsorientierte Regulierung erfolgen müsse. Eine Reform sei tendenziell aber nicht zu erwarten, erschwerend komme hinzu, dass die Arbeitszeitrichtlinie einer flexiblen Ausgestaltung des Arbeitszeitgesetzes enge Grenzen setze. Dass sich auch der EuGH gegen den Trend der flexibilisierten Arbeitszeit setze, zeige das

Urteil vom 14.05.2019, welches eine genaue Arbeitszeiterfassung durch die Unternehmen vorgebe.

Für die einseitige Beendigung von Homeoffice/ Mobiler Arbeit durch den Arbeitgeber gebe die Instanzrechtsprechung vor, dass der Arbeitgeber die Beendigung selbst dann nicht ohne weiteres vornehmen dürfe, wenn ein Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf Arbeit im Homeoffice nach der vertraglichen Vereinbarung ausdrücklich nicht entstehen solle. Ein Rückholrecht könne, vorbehaltlich der §§ 307 ff. BGB, vertraglich vereinbart werden. Die Ausübung des Rechts müsse ihrerseits billigem Ermessen entsprechen. Ratsam sei es daher, die Beendigungsmöglichkeit nach dem Leitbild des Direktionsrechts auszugestalten und die Gründe für eine Beendigung detailliert in der Klausel zu regeln. Unumgänglich sei außerdem die Klärung der Frage, ob der Betriebsrat an der Rückversetzung beteiligt werden müsse, §§ 99 Abs.1, 95 Abs.3 S.1 BetrVG.

Weil der Begriff des Betriebs funktional und nicht räumlich zu verstehen sei, unterliege nicht nur die Beendigung, sondern die gesamte Gestaltung von Homeoffice/Mobiler Arbeit der Mitbestimmung des Betriebsrats sowohl in der Planungs- als auch in der Umsetzungsphase. Homeoffice/Mobile Arbeit berühre die Thematik der Arbeitszeit (§ 87 Abs.1 Nr.2, 3 BetrVG) der Ordnung des Betriebs (§ 87 Abs.1 Nr.1 BetrVG), des Arbeitsschutzes (§ 87 Abs.1 Nr.7 BetrVG) der technischen Einrichtungen (§ 87 Abs.1 Nr.6 BetrVG) und die der Vergütung (§ 87 Abs.1 Nr.10, 11 BetrVG). Außerdem liege wegen des Ortswechsels und der örtlichen Ausgliederung aus dem Betrieb eine Versetzung vor, § 95 Abs.3 BetrVG. Dies gelte aber nicht bei einer nur gelegentlichen Tätigkeit im Homeoffice. Auch die Einführung von „Desksharing“ als reines Raumkonzept unterliege als unternehmerische Entscheidung vermutlich keiner Mitbestimmung des Betriebsrats.

Für die Einführung von Homeoffice/Mobiler Arbeit sowie einem modernen Raumkonzept sei in der Praxis eine einheitliche Umsetzung empfehlenswert. Bereits vorhandene Modelle von Homeoffice/Mobiler Arbeit sowie bereits bestehende Betriebsvereinbarungen müssten ausgewertet und gegebenenfalls abgelöst werden. Betriebsvereinbarungen hierzu sollten Bereichsausnahmen, Teilnahmevoraussetzungen, Arbeitsmittel, Kostenerstattung/Aufwendungsersatz, Arbeitszeit, Datenschutz, Zugangsrechte und Beendigungstatbestände enthalten. In Bezug auf moderne Raumkonzepte sollten allgemeine Ziele, Bürobereiche, Ablagebereiche, Arbeitsumfeld u.ä. festgelegt werden. Ratsam sei außerdem eine möglichst frühzeitige Einbindung der betrieblichen Mitentscheidungsorgane.

IV. Unfallversicherungs- und arbeitsschutzrechtlicher Rahmen des agilen und mobilen Arbeitens



Unter beispielhafter Bezugnahme auf praktische Fallgestaltungen zeigte *Dr. Nathalie Oberthür* von *R/P/O Rechtsanwälte* schwerpunktmäßig die Besonderheiten und Schwierigkeiten der sozialversicherungsrechtlichen Bewertung von Homeoffice und Mobiler Arbeit auf.

Wesentlich für die Einordnung eines Unfalls als Arbeitsunfall sei der Zusammenhang mit der Ausübung einer versicherten Tätigkeit: Diese müsse für das Unfallgeschehen wenigstens mitursächlich sein.

Während der Arbeitsort auf die Einordnung des Beschäftigten als versicherte Person i.S.d. § 2 Abs.1 Nr.1 SGB VII regelmäßig keine Auswirkungen habe, stelle sich im Bereich des Homeoffice meist die Frage nach der versicherten Tätigkeit. Unabhängig von dem Ort ihrer Wahrnehmung stelle die unmittelbare Ausübung von Arbeitsleistungen grundsätzlich stets eine versicherte Tätigkeit dar. Der Abgrenzungspunkt zum nicht versicherten Privatbereich sei ein räumlicher: Versicherungsschutz greife hiernach frühestens beim Verlassen des häuslichen Bereichs, welcher wiederum durch die Außenseite des Gebäudes abgegrenzt werde. Ausnahmsweise greife der Schutz auch innerhalb des privaten Wohnbereichs dann, wenn sich der Arbeitsort im selben Gebäude befinde. Voraussetzung hierfür sei aber, dass der Arbeitsort im häuslichen Umfeld vertraglich vereinbart worden sei, die bloße Arbeitsgelegenheit genüge nicht. Wie sich dieses Kriterium für den Bereich der mobilen Arbeit begründen lasse, sei unklar. Nach Ansicht der Referentin sei es vertretbar, die Vereinbarung einer (potentiellen) Arbeit im häuslichen Umfeld als in der Vereinbarung der Mobilen Arbeit enthalten anzusehen.

Mit der Versicherung der geschuldeten Tätigkeit gehe die Versicherung von Betriebswegen einher. Wegeunfälle hingegen seien im Bereich des Homeoffice nur schwer denkbar. Nach Ansicht der Rechtsprechung greife Versicherungsschutz bei der Arbeit im häuslichen Umfeld grundsätzlich erst bei Erreichen der betrieblich genutzten Räumlichkeiten, das bloße Sich-Hinwenden sei noch als Teil der privaten Verrichtung anzusehen. Zur Abgrenzung von gemischter betrieblicher und privater Nutzung müsse schwerpunktmäßig auf den Nutzungszweck im Handlungszeitpunkt abgestellt werden. Die Voraussetzung, dass der Unfallbereich auch sonst in erheblichen Umfang betrieblich genutzt werden müsse, sei vom BSG inzwischen aufgegeben worden. Gefordert werde nunmehr lediglich eine betriebliche Handlungstendenz: Die im Unfallzeitpunkt maßgebliche beabsichtigte Nutzung müsse sich durch äußere Umstände objektiviert haben. Objektive Anhaltspunkte, wie der Unfallzeitpunkt und die Häufigkeit der betrieblichen Nutzung des Unfallorts, könnten damit als Indiz Berücksichtigung finden.

Erwähnenswert sei die versicherungsrechtliche Bewertung des Wegs zur grundsätzlich rein privaten Verrichtung der Nahrungsaufnahme. Innerhalb der Arbeit in einer Betriebsstätte handle es sich bei dem Weg zur Nahrungsaufnahme um einen versicherten Weg, nicht hingegen im Homeoffice. Entscheidender Grund für die unterschiedliche Bewertung sei der, dass mögliche Gefahren im häuslichen Umfeld nicht durch den Arbeitgeber veranlasst worden, sondern allein durch den Arbeitnehmer steuerbar seien. Im Hinblick auf den zu erwartenden Anstieg der Arbeit

im Homeoffice lasse sich erwägen, die Bewertung aus Gleichheitsgründen anzugleichen. Im Fall der gemischten Motivationslage, sog. gespaltene Handlungstendenz, müsse die betriebliche Mitverursachung wesentlich gewesen sein. Wesentlichkeit sei dann gegeben, wenn die konkrete Verrichtung hypothetisch auch ohne private Motivation vorgenommen worden sei.

Bei einem Arbeitsgeräte-Unfall sei der erforderliche Zusammenhang zur versicherten Tätigkeit dann gegeben, wenn der Weg gerade zum Zwecke der Verwahrung, Beförderung und Instandhaltung des Arbeitsgeräts zurückgelegt werde. Die Mitnahme auf einem ohnehin zurückgelegten Weg genüge zur Begründung des erforderlichen Zusammenhangs nicht aus.

Bemerkenswert und kritikwürdig sei die unterschiedliche Bewertung eines Wegeunfalls bei Kinderbetreuung. Grundsätzlich werde das Abweichen vom Weg zum Ort der geschuldeten Tätigkeit versicherungsrechtlich nicht geschützt, das Abweichen zum Zwecke der Kinderbetreuung stelle hiervon eine Ausnahme dar. Für den Fall des Homeoffice greife diese Privilegierung nicht ein: Das Verbringen der Kinder aus dem Wohnhaus zur Kita o.ä. sei ein Weg von der Arbeitsstätte weg und nicht zu der Arbeitsstätte hin. Auch der Rückweg sei nicht versichert, weil die Kita mangels Aufenthalts von mindestens zwei Stunden nicht als „dritter Ort“ angesehen werden könne. Eine analoge Anwendung von § 8 Abs.2 Nr.3 SGB VII sei wegen der gleichartigen Handlungstendenz zwar geboten, vom LSG Bremen mangels Planwidrigkeit der Regelungslücke aber abgelehnt worden. Im Falle der Einführung eines gesetzlichen Anspruchs auf Homeoffice müsse dieser Unterschied sozialversicherungsrechtlich angepasst werden.

Bezogen auf den Arbeitsschutz im Homeoffice habe sich die rechtliche Situation geändert. Die Regelungen der Arbeitsstättenverordnung seien von nun an auch auf Telearbeitsplätze anwendbar. Gekennzeichnet sei der Telearbeitsplatz durch seine feste Einrichtung im häuslichen Bereich. Entsprechend der Arbeitsstättenverordnung müsse eine Gefährdungsbeurteilung jedenfalls bei der erstmaligen Einrichtung des Arbeitsplatzes erfolgen. Hierfür bedürfe es eines Zutrittsrechts des Arbeitgebers, welches entweder vertraglich vereinbart oder aus einer Nebenpflicht des Arbeitnehmers abgeleitet werden müsse. Der nächste Schritt sei die an der Gefährdungsbeurteilung ausgerichtete Unterweisung des Arbeitnehmers.

Mangels eines fest eingerichteten Arbeitsplatzes könne die Arbeitsstättenverordnung auf die Mobile Arbeit nicht angewendet werden, es müsse auf die allgemeinen Regelungen des Arbeitsschutzgesetzes zurückgegriffen werden. Der Arbeitgeber habe hiernach alle Maßnahmen zur Wahrung der Gesundheit und Sicherheit des Arbeitnehmers zu ergreifen. Die Gefährdungsbeurteilung könne lediglich abstrakt durchgeführt werden. Wegen des hohen Maßes an Autonomie könne vom Arbeitnehmer ein entsprechendes Maß an Eigenverantwortlichkeit gefordert werden, was aber mit einer ausführlicheren Unterweisung einhergehe.

Laura Herbst, wissenschaftliche Mitarbeiterin am ZAAR

Im Rahmen der ZAAR Schriftenreihe erscheint ein Tagungsband, der diese Veranstaltung umfassend dokumentiert.