

Daheim und unterwegs – entgrenzte Arbeit zwischen Selbstaussbeutung und Selbstverwirklichung

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Alte und neue Arbeit

Die traditionelle Arbeit hat eine feste Struktur. Sobald das Bürogebäude oder das Fabrikgelände verlassen ist, enden im Grundsatz die Pflichten aus dem Arbeitsvertrag. Von Ausnahmen wie Rufbereitschaft abgesehen, hat die Arbeit ein Ende; der Einzelne kann sich seiner Familie oder seiner Freizeit widmen. Es gibt eine klare Trennung zwischen Arbeitsplatz und Wohnung.

Von diesem Modell hat es schon immer Ausnahmen gegeben: Der Außendienstler und der Journalist arbeiteten auch schon vor 50 Jahren anders. Professoren und Richter müssen seit jeher nur dann in der Uni bzw. im Gericht sein, wenn dies für die Vorlesung oder die Verhandlung notwendig ist. Wo der wissenschaftliche Aufsatz oder der Urteilstext entsteht, ist dem Dienstherrn relativ gleichgültig. Nur: Das sind Ausnahmen, die Regel ist die klare Trennung zwischen Arbeit und Freizeit.

Dieses überkommene Arbeitsmodell unterliegt einem Erosionsprozess.¹ Die Telearbeit zu Hause war ein erster Schritt, vor dem viele Angst hatten: In den achtziger Jahren gab es vermutlich mehr skeptische wissenschaftliche Untersuchungen als neu errichtete Telearbeitsplätze.² Man befürchtete eine Wiederauferstehung der Heimarbeit mit all ihren sozialpolitischen Folgewirkungen. Dazu kam es nicht. Was sich bis zu einem gewissen Grad durchsetzte, war die alternierende Telearbeit – drei Tage im Büro, zwei Tage zu Hause. Man behält den Arbeitnehmerstatus, man behält den Kontakt zu den Arbeitskollegen und zum Betriebs- oder Personalrat, aber man kann sich zu Hause die Arbeit freier einteilen. Der Streit geht deshalb heute mehr um die Frage des Auch-dabei-sein-Könnens: Hat der einzelne

¹ Dazu eingehend Däubler, SR (= Soziales Recht, Beilage zu AuR) 2014, 45 ff.

² Eine der ersten Untersuchungen: Wedde, Telearbeit und Arbeitsrecht: Schutz der Beschäftigten und Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrates, Köln 1986 (zugleich Diss. Bremen)

Arbeitnehmer einen Anspruch auf ein sog. Home-Office? Die Gerichte sind bisher eher zugeknöpft.

Die viel größere Veränderung ist der zweite Schritt, der sich schon mit dem Stichwort der Digitalisierung verbindet. Viele Beschäftigte arbeiten mit einem Laptop, einem Smartphone oder einem Tablet-Computer, die ihnen vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt werden. Dies hat ganz praktische Konsequenzen: Sie sind jederzeit erreichbar. Und nicht nur das: Viel gravierender ist, dass der Einzelne jederzeit mit der Arbeit beginnen kann. Die zu bearbeitenden Dateien sind schon im Gerät gespeichert, der Weg ins Internet steht fast überall offen.

Diese technische Möglichkeit fällt in eine Zeit des internationalen Wettbewerbs. Seit zehn bis fünfzehn Jahren macht sich dieser im Arbeitsalltag immer stärker bemerkbar: Wir müssen besser sein als die anderen, wir müssen diszipliniert arbeiten, aber auch innovativ sein – so die häufigsten Parolen. Der Staat entlastet die Unternehmen von Steuern, um ihnen eine günstige Position auf dem Weltmarkt zu sichern – mit der Folge, dass öffentliche Mittel knapp werden. Damit überträgt man den wirtschaftlichen Druck aus dem Markt in den öffentlichen Dienst: Auch hier gilt, mit möglichst wenig Menschen möglichst viel „Output“ zu erzielen. Allenthalben wird die Arbeitskraft als Kostenfaktor gesehen, den man möglichst niedrig halten will.

Was bedeutet dies für den Einzelnen? Er muss damit rechnen, mehr Arbeit zu bekommen als er in seinen 37 oder 40 Wochenstunden erledigen kann. Wann immer man in Seminaren für Betriebsräte oder Personalräte nach Themen fragt, die „unbedingt“ behandelt werden sollten, bekommt man zur Antwort: Zu viel Arbeit und Überforderung, die bis zum Burn-out gehen kann. Gleichzeitig findet man das Phänomen, dass sich viele Beschäftigte sehr stark mit ihrer Arbeit identifizieren: Man fragt nicht nach Überstunden und Arbeitszeitgesetz, sondern nur danach, ob das Projekt termingerecht fertig wird. Dies erhöht den Druck auf jene, die aus den unterschiedlichsten Gründen die Arbeit effektiv in Grenzen halten und die 37 bis 40 Stunden grundsätzlich nicht überschreiten wollen. Sie stehen im Risiko, als „low performer“ angesehen zu werden.

II. Konfliktfelder im Arbeitsrecht

Die sich verändernden Arbeitsformen schaffen eine Reihe von Herausforderungen für das Arbeitsrecht. Beunruhigend ist die Zunahme der psychischen Erkrankungen. Nach der Statistik der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA) waren sie im Jahr 2001 für 6,6 %, im Jahre 2012 bereits für 15,5 % aller Arbeitsunfähigkeitstage verantwortlich.³ Im selben Zeitraum stieg der Anteil der Frühverrentungen, die auf psychischen Erkrankungen beruhten, von 26 % auf 42 %.⁴ In diesem Zusammenhang wird den konkreten Arbeitsbedingungen ein erheblicher Einfluss beigemessen. Dies gilt insbesondere für solche Stressfaktoren, die in einer IT-geprägten Umwelt häufig auftreten: Einzelne Prozessschritte werden für den Arbeitnehmer intransparent, doch muss er gleichwohl bei Störungen eingreifen.⁵ Weiter ist von digitalem Stress die Rede, der sich aus der Situation ergibt, zahllose Informationen ständig zu filtern, einzuordnen, zu bewerten und zur Grundlage von Entscheidungen zu machen.⁶

Die „neue“ Arbeit führt weiter dazu, dass das Arbeitszeitrecht immer häufiger missachtet wird. Unterstellt, ein Beschäftigter bekommt Abends um 9 Uhr einen Anruf von seinem Chef, er möge doch für die Sitzung am nächsten Morgen noch eine Powerpoint Präsentation vorbereiten, der vorgesehene Referent sei ausgefallen. Natürlich wird er sich einer solchen Bitte nicht verschließen. Unterstellt, der Arbeitnehmer war bis 23 Uhr mit dem Auftrag beschäftigt, so hätte er mit Rücksicht auf die elfstündige Ruhezeit nach § 5 ArbZG am nächsten Tag erst wieder um 10 Uhr im Büro sein dürfen. Wer hat jemals einen Beschäftigten erlebt, der sich in einem solchen Fall auf das geltende Recht berufen hätte? Nicht viel anders ist es, wenn jemand im Urlaub angerufen und gebeten wird, an einer Telefonkonferenz teilzunehmen. Die Rechtslage ist klar – aber wer wird sie wirklich für sich ins Feld führen? Neben dem Arbeitsschutz ist das Arbeitszeitrecht die zweite große Baustelle.

Der dritte Bereich betrifft den Datenschutz. Je weiter die Digitalisierung voranschreitet, umso mehr fallen personenbezogene oder personenbeziehbare Daten an. Wer war verantwortlich, als der automatische Warentransport von A nach B nicht klappte? Oder wichtiger und näher liegend: Eine US-Firma bietet Software an, die Personalentscheidungen erleichtern soll. Auf

³ Mitgeteilt bei Krause, Verhandlungen des 71. DJT, Gutachten, Bd. 1, München 2016, S. B 66

⁴ Mitgeteilt bei Krause, S. B 67. Weitere Angaben bei Balikcioglu, NZA 2015, 1424.

⁵ Kohte, NZA 2015, 1417, 1418

⁶ Vagt, Stress am digitalen Arbeitsplatz, 8.7.2014, abrufbar unter <http://besser20.de/author/katrin> (9.5.2016); ähnlich Kastner, Magazin Mitbestimmung 12/2013 S. 24 ff.

der Grundlage von „Big Data“, von einer unübersehbaren Zahl an ausgewerteten Daten, bietet sie den „Erfahrungssatz“ an, dass Mitarbeiter, die seit fünf Jahren nicht befördert wurden, für das Unternehmen ohne Interesse sind. Es wird empfohlen, sie aus dem Betrieb zu entfernen; ob man einen Kündigungsgrund findet oder mit hohen Abfindungssummen einen Aufhebungsvertrag erreicht, ist dann der jeweiligen Personalabteilung überlassen. Sie entscheidet auch darüber, ob man durch ein paar ausgesuchte Unfreundlichkeiten den Weggang aus dem Betrieb erleichtern will.

Lassen sie mich im Folgenden die Mittel skizzieren, die der Arbeitnehmerseite zur Verfügung stehen, um inhumane Konsequenzen der „neuen Arbeit“ zu verhindern oder wieder rückgängig zu machen. In einem zweiten Teil wäre dann über Spezialregeln zu reden, die bei häuslicher und mobiler Arbeit eine Rolle spielen könnten.

III. Möglichkeiten der Verteidigung

Lassen Sie mich sechs Punkte nennen, die den Beschäftigten oder den betrieblichen Interessenvertretungen zur Verfügung stehen. Dabei liegt ein gewisser Schwerpunkt auf der Betriebsverfassung, doch will ich mich bemühen, die personalvertretungsrechtlichen Besonderheiten nicht unter den Tisch fallen zu lassen. Auch sind die folgenden Punkte alle nur Anregungen, keine Patentlösungen. Sie können sich größtenteils auf Erfahrungen stützen, doch lassen sich diese nicht bruchlos auf andere Betriebe und Dienststellen übertragen.

1. Abschalten der Systeme?

VW ist durch die Praxis bekannt geworden, dass Beschäftigte Abends ab 18 Uhr 30 und morgens vor 7 Uhr sowie am Wochenende nicht an ihre E-mails und sonstige Nachrichten herankommen können. Das dahinter stehende Motto „Freizeit muss Freizeit bleiben“ ist dann überzeugend, wenn der Einzelne seine Arbeit in aller Regel während der vorgesehenen Arbeitszeit von z. B. 38 Stunden erledigen kann. Dann bleiben ihm Spielräume, und die Freizeit ist tabu. Auf der anderen Seite erhöht sich der Stress, wenn vorübergehend oder gar auf Dauer so viel Arbeit anfällt, dass sie nicht in der normalen Arbeitszeit zu bewältigen ist: Weiß man am Wochenende, dass die nächsten Tage mit Terminen voll gepflastert sind, so würde man es als Entlastung empfinden, könnten man am Wochenende seine E-Mails

erledigen. Wenn man gleichzeitig die Arbeitsmenge beschränkt, dann (und nur dann) ist das VW-Modell eine erstrebenswerte Sache.

2. Recht auf Nichterreichbarkeit?

In der Öffentlichkeit wird relativ viel über die Forderung diskutiert, Arbeitnehmer müssten zu bestimmten Zeiten ein Recht auf Nichterreichbarkeit haben. In Frankreich ist das „Droit à la déconnexion“ als Gegenteil betrieblicher Regelung im Gesetz verankert.⁷

Mich interessiert in erster Linie, ob es etwas Derartiges nicht auch bei uns schon gibt. „Erreichbarkeit“ ist der Sache nach nichts anderes als Rufbereitschaft, sofern erwartet wird, dass der Arbeitnehmer im Anschluss an eine Kontaktaufnahme oder im Telefongespräch selbst ein Stück Arbeit leistet. Niemand verlangt, dass „Rufbereitschaft“ ausdrücklich in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung festgeschrieben ist; sie liegt auch dann vor, wenn kraft stillschweigender Übereinkunft im Betrieb der Einzelne oder bestimmte Gruppen von Beschäftigten in der Freizeit kontaktiert werden können, um eine dringende betriebliche Angelegenheit zu erledigen.

Darf man die gesamte freie Zeit zu einer solchen Rufbereitschaft machen? Das Arbeitszeitgesetz erwähnt die Rufbereitschaft nicht, zieht ihr also auch keine zeitlichen Grenzen. Solange nicht wirklich gearbeitet werden muss, stellt sie nach herrschender Auffassung auch keine Störung der Ruhezeit nach § 5 ArbZG dar. Dennoch kann sie nicht unbegrenzt zulässig sein. Wie das BAG im Zusammenhang mit der Mitbestimmung des Betriebsrats zur Lage der Arbeitszeit entschieden hat, fällt Rufbereitschaft unter den Begriff „Arbeitszeit“, weil sie dem Einzelnen etwas abverlangt: Man kann sich eben nicht in derselben Weise erholen, wenn man jederzeit mit einem Telefonanruf rechnen muss.⁸ In der Personalvertretung ist die Situation keine andere.⁹ Diese spezifische Leistung kann nun nicht rund um die Uhr, d. h. während der gesamten arbeitsfreien Zeit abverlangt werden. Im Interesse des Gesundheitsschutzes nach § 618 BGB und nach § 3 Abs. 1 ArbSchG müssen zumindest bestimmte Zeiten ausgeklammert werden. Der Sonntag darf sowieso nur einbezogen werden, wenn einer der Ausnahmetatbestände des § 10 ArbZG gegeben ist. Wie weit die notwendige Ausklammerung (und damit die Zeit der „Nichterreichbarkeit“) geht,

⁷ Durlach/Renaud, AuR 2017, 196

⁸ BAG 21.12.1982 – 1 ABR 14/81, AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit. Dazu auch Kohte, NZA 2015, 1417, 1423

⁹ BVerwG 4.9.2012 – 6 P 10.11, PersR 2012, 464

müssten im Streitfall die Gerichte entscheiden. Naheliegender ist es, dass der Betriebsrat bzw. der Personalrat von seinem Initiativrecht bei der Regelung der Arbeitszeit Gebrauch macht und mit dem Arbeitgeber über den Umfang der Zeiten verhandelt, in denen keine, auch keine „informelle“ Rufbereitschaft zulässig ist.¹⁰

3. Verbot von Anrufen?

In einem Berliner Betrieb kam es vor einer Reihe von Jahren regelmäßig zu häuslichen Anrufen in den Abendstunden, wonach kurz noch etwas zu erledigen war. Etliche Beschäftigte fühlten sich gestört und wandten sich an den Betriebsrat. Dieser hatte mit dem Arbeitgeber eine Betriebsvereinbarung über Gleitzeit geschlossen; der darin festgelegte „Gleitzeitrahmen“ endete Abends um 20 Uhr. Da die Anrufe meist später kamen, hätte er im Einzelfall zustimmen müssen. Ohne seine Zustimmung war die einseitige Festlegung von Arbeit in den Abendstunden eine Verletzung seines Mitbestimmungsrechts; dagegen kann man sich in der Betriebsverfassung mit Hilfe einer einstweiligen Verfügung wehren. Der Betriebsrat stellte einen entsprechenden Antrag beim Arbeitsgericht, das ihm stattgab: Dem Arbeitgeber wurde verboten, außerhalb des Gleitzeitrahmens in Zukunft Übertunden anzuordnen oder auch nur „entgegen zu nehmen“.¹¹ Der Betrieb ist dadurch nicht zugrunde gegangen.

4. Besetzungsregeln

Ein weiterer Weg, die Inanspruchnahme der Arbeitsleistung in Grenzen zu halten, sind die sog. Besetzungsregeln. Sie haben sich schon vor über hundert Jahren in der Druckindustrie entwickelt: Tarifverträge legten fest, dass bestimmte Druckmaschinen nur dann bedient werden durften, wenn dabei eine bestimmte Mindestzahl von Arbeitnehmern eingesetzt wurde.¹² In anderen Branchen sind solche Regeln die Ausnahme geblieben. Vor einigen Jahren ist derselbe Grundgedanke bei der Berliner Charité zu neuem Leben erweckt worden: Auf der Intensivstation durfte eine Pflegekraft nur für zwei Betten, auf der Normalstation für fünf Betten zuständig sein.¹³ Die praktische Umsetzung dürfte einige Schwierigkeiten machen – wie meist, wenn man ernsthaft das Recht des Arbeitgebers zur Verfügung über die

¹⁰ Zum Initiativrecht in der Personalvertretung s. § 70 BPersVG

¹¹ ArbG Berlin, Beschluss v. 22.3.2012 – 54 BV 7072/11 – AiB 2012, 500

¹² Zur Geschichte der sog. quantitativen Besetzungsregeln eingehend Däubler-Heuschmid/Klein, TVG. Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, § 1 Rn. 856.

¹³ Eine solche Regelung wurde vom LAG Berlin-Brandenburg (24.6.2015 – 27 SaGa 1059/15, AuR 2015, 339) als zulässiges Arbeitskämpfziel qualifiziert.

Arbeitskräfte in Frage stellt. Die rechtliche Festschreibung im Tarifvertrag ist immer nur ein erster Schritt; der zweite – nämlich die Umsetzung in die Realität – ist aber ohne den ersten unter unseren Bedingungen nicht möglich.

5. Gefährdungsbeurteilung

§ 5 ArbSchG schreibt generell, also auch für den öffentlichen Dienst eine Gefährdungsbeurteilung vor. Nach Absatz 3 Nr. 5 der Vorschrift muss sich diese auch auf „psychische Belastungen bei der Arbeit“ erstrecken – eine Bestimmung, die erst 2013 kurz vor den Bundestagswahlen eingefügt wurde.

In der Betriebsverfassung hat der Betriebsrat bei der Gefährdungsbeurteilung ein gewichtiges Wort mitzusprechen. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG kann er bei all jenen Fragen mitbestimmen, die das Gesetz offen gelassen hat. Dies betrifft etwa die Auswahl der Kategorie von Personen, die mit der Durchführung der Gefährdungsbeurteilung betraut werden, insbesondere aber die konkreten Probleme, die im Betrieb zu untersuchen sind.¹⁴ Wird nur nach schlecht befestigten Lampen oder nach zu gefährlichen Durchfahrten gesucht oder werden auch Stressfaktoren einbezogen, was natürlich sehr viel aufwendiger ist? Hier kann ein Betriebsrat die Prioritäten mitbestimmen. Der Personalrat ist da leider in einer etwas schwächeren Position.¹⁵

Das eigentliche Problem liegt freilich darin, aus einer vorliegenden Gefährdungsbeurteilung auch Konsequenzen zu ziehen. Unterstellt, die Untersuchung kommt zu dem Ergebnis, Hauptursache von Stress sei in einer Unterabteilung das sozial völlig inakzeptable Verhalten des Unterabteilungsleiters, wird dieser dann wirklich versetzt oder gekündigt? Oder werden zusätzliche Arbeitskräfte eingestellt, wenn sich herausstellt, dass das Arbeitspensum für die meisten zu hoch ist? Häufig passiert hier gar nichts; die Energie von Betriebsräten scheint verbraucht, wenn sie zunächst monate-, vielleicht jahrelang darum kämpfen mussten, damit eine Gefährdungsbeurteilung überhaupt vorgenommen wird. Will man etwas erreichen, muss man in diesem Sektor einen besonders langen Atem haben.¹⁶ Auf rechtlicher Ebene kann es von Nutzen sein, daran zu erinnern, dass das BAG den Standpunkt vertritt, Empfehlungen, die

¹⁴ BAG 30.9.2014 - 1 ABR 106/12, NZA 2015, 314, 315. Weitere Nachweise bei Däubler/Kittner/Klebe/Wedde-Klebe, Kommentar zum BetrVG, 15. Aufl., Frankfurt/Main 2016, § 87 Rn. 230 Fn. 1028

¹⁵ BVerwG 5.3.2012 – 6 PB 25/11, PersR 2012, 380

¹⁶ Konstruktive Vorschläge bei Schoof, Betriebsratspraxis von A bis Z, 12. Aufl., Frankfurt/Main 2016, Stichwort: Arbeitsschutz, Rn. 78c ff.

im Rahmen eines BEM-Verfahrens abgegeben wurden, seien durchaus gerichtlich erzwingbar.¹⁷

6. Big Data im Personalbüro?

Aus dem weiten Feld des Datenschutzes will ich nur eine oben schon genannte Problematik ansprechen: Die Software empfiehlt, sich von einem Mitarbeiter zu trennen, wenn er innerhalb der letzten fünf Jahre nicht befördert wurde. Die Geschichte hat zwei Seiten: Eine datenschutzrechtliche und eine mitbestimmungsrechtliche.

Was das Datenschutzrecht betrifft, so sollte man schon heute die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) zugrunde legen, die am 25. Mai 2018 wirksam werden wird. Sie enthält insoweit einen sehr beschränkten Schutz. Art. 22 DSGVO sieht lediglich vor, dass die Auswertung von menschlichem Verhalten nicht unmittelbar zu einer Entscheidung führen darf; vielmehr muss immer ein menschlicher Entscheider dazwischen geschaltet sein. Nur: Es ist dann seine Sache, Gründe zu finden, weshalb man den Empfehlungen, die aus so vielen Erfahrungen gespeist sind, im Einzelfall nicht folgen sollte. Je nach charakterlicher Standfestigkeit wird bisweilen jemand tatsächlich bereit sein, dies zu tun, doch wird eine solche Position schwierig durchzuhalten sein, wenn die Empfehlung nicht nur eine Person, sondern fünf oder zehn Arbeitnehmer betrifft. Bei allen „nein“ sagen? Auch muss man daran denken, dass das Argumentieren „gegen die Maschine“ Arbeit bringt und Zeit kostet. Es soll zahlreiche Menschen geben, die dies nach Kräften vermeiden wollen. Also bringt Art. 22 DSGVO nur recht wenig Schutz. Auf der anderen Seite verlangt aber Art. 5 DSGVO „Datentransparenz“. Nach § 26 Abs. 5 des neuen BDSG (das ebenfalls am 25.5.2018 in Kraft tritt) muss der Arbeitgeber durch „geeignete Maßnahmen“ sicherstellen, dass die Grundsätze des Art. 5 eingehalten werden. Von „Datentransparenz“ kann aber nicht die Rede sein, wenn Software gekauft wird, die „Entscheidungshilfen“ enthält, die aus völlig unerkennbaren Quellen geschöpft sind. Hier wird der einzelne zum Objekt eines Verfahrens, das er nicht nachvollziehen kann. Dies lässt sich nach dem neuen Datenschutzrecht nicht rechtfertigen.¹⁸

Die mitbestimmungsrechtliche Seite kann gleichfalls von Nutzen sein. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG und nach § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG können Betriebsrat bzw. Personalrat bei der

¹⁷ BAG 10.12.2009 – 2 AZR 400/08, ZTR 2010, 265

¹⁸ Eingehender Däubler, Gläserne Belegschaften. Das Handbuch zum Beschäftigtendatenschutz, 7. Aufl., Frankfurt/Main 2017, Rn. 429 ff.

Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen mitbestimmen, die geeignet sind, Verhalten und Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Die Software als solche, um die es hier geht, hat keinen Personenbezug, fällt also nicht unter diese Bestimmungen. Wird sie jedoch eingesetzt, um eine konkrete Person nach den dort festgelegten Kriterien zu beurteilen, dann greift die Mitbestimmung selbstredend ein; die Überwachung und Beurteilung liegt auf der Hand. Betriebsrat und Personalrat können daher verhindern, dass auf Big-Data-Erkenntnisse zurückgegriffen wird.

IV. Gestaltungsfragen bei häuslicher und mobiler Arbeit

Der hier gegebene Überblick sollte deutlich machen, dass die heutigen Veränderungen an den Arbeitsplätzen nicht mit naturgesetzlichem Automatismus über uns kommen, sondern dass das heutige Arbeitsrecht gleichfalls Gestaltungspotential bietet. Dieses besteht auch im Zusammenhang mit der häuslichen und der mobilen Arbeit, was nunmehr ein wenig näher beleuchtet werden soll.

1. Home Office

Kann der Einzelne verlangen, dass er einen Teil der Woche zu Hause arbeiten kann? Oder kann er gar verlangen, dass er nur noch vom häuslichen Computer aus tätig wird? Die Antwort ist bisher ein grundsätzliches „Nein“. Es gehört zum Direktionsrecht des Arbeitgebers, den Ort der Arbeitsleistung zu bestimmen. Rechtsprechung zu dieser Frage ist selten. Bei Beamten gehen die Verwaltungsgerichte davon aus, es sei eine Ermessensentscheidung des Dienstherrn, ob er eine solche Form von Arbeit gestatten wolle.¹⁹ Nicht ermessensmissbräuchlich war es, wenn einem Polizeibeamten die Arbeit zu Hause mit dem Argument verweigert wurde, die polizeilichen Dateien könnten nicht ausreichend gegen einen Zugriff Unbefugter abgeschirmt werden.²⁰ Bei einem Strafgefangenen steht die „Ordnung der Justizvollzugsanstalt“ entgegen, die Arbeit von der Zelle aus zuzulassen.²¹

Wie immer gibt es allerdings Ausnahmen. Räumt der Arbeitgeber einzelnen Beschäftigten das Recht ein, zwei Tage in der Woche zu Hause zu arbeiten, so muss er aus Gleichbehandlungsgründen dieselbe Möglichkeit auch denjenigen gewähren, die die gleiche

¹⁹ VG Gelsenkirchen 2.12.2016 – 12 L 2395/16 – juris; BVerwG 31.1.2008 – 2 C 31/06 – ZTR 2009, 47

²⁰ VG Koblenz 18.2.2015 – 2 K 719/14.KO - juris

²¹ Vgl. BAG 22.10.2015 – 2 AZR 381/14 – NZA 2016, 482

Arbeit verrichten und die einen entsprechenden Wunsch äußern.²² Weiter muss der Arbeitgeber bei der Ausübung seines Direktionsrechts auf die familiäre Situation des Arbeitnehmers Rücksicht nehmen, was von der Rechtsprechung bisher in Bezug auf die Lage der Arbeitszeit bejaht wurde.²³ Daraus könnte man ggf. eine Pflicht herleiten, aus zwingenden familiären Gründen nicht nur den Zeitpunkt, sondern auch den Ort der Arbeitsleistung anzupassen, sofern keine dringenden betrieblichen Gründe entgegen stehen.²⁴ Auch gesundheitliche Gründe können hierfür in Betracht kommen.²⁵ Darüber hinaus kann man im Wege einer freiwilligen Betriebsvereinbarung einen Anspruch auf häusliche Arbeit einräumen.

Kommt es aufgrund eines solchen Anspruchs oder aufgrund einer ausdrücklich Gestattung des Arbeitgebers im Einzelfall zu einer Arbeit im Home Office, so ist eine Reihe von Fragen zu berücksichtigen, die man vernünftigerweise einer generellen Regelung unterziehen sollte.

Ob eine „Telearbeitsplatz“ im Sinne des § 2 Abs. 7 der neuen ArbeitsstättenVO²⁶ vorliegt, erscheint oft zweifelhaft. Dies würde nämlich voraussetzen, dass es sich um einen „vom Arbeitgeber fest eingerichteten Bildschirmarbeitsplatz im Privatbereich des Beschäftigten“ handelt, für den der Arbeitgeber eine mit dem Beschäftigten vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit und die „Dauer der Einrichtung“ festgelegt hat. Die Verordnung fährt fort: „Ein Telearbeitsplatz ist vom Arbeitgeber erst dann eingerichtet, wenn Arbeitgeber und Beschäftigter die Bedingungen der Telearbeit arbeitsvertraglich oder im Rahmen einer Vereinbarung festgelegt haben und die benötigte Ausstattung des Telearbeitsplatzes mit Mobiliar, Arbeitsmitteln einschließlich der Kommunikationseinrichtungen durch den Arbeitgeber oder eine von ihm beauftragte Person im Privatbereich des Beschäftigten bereitgestellt und installiert ist.“ Auf den ersten Blick verwundert eine derart rigide Regelung in Zeiten universeller Flexibilität.²⁷ Bei näherem Hinsehen geht es wohl darum, die Anforderungen der ArbeitsstättenVO nur in eher seltenen Fällen auch auf das Home Office zu erstrecken. Im Betrieb oder in der Dienststelle ist allerdings ein flexibleres Vorgehen möglich, das Anforderungen des Arbeitsschutzes auch dann vorsieht, wenn die VO keine Anwendung findet. So kann man beispielsweise festlegen, dass

²² Denkbar ist allerdings, dass betriebliche Belange einer weiteren Ausdehnung von Abwesenheitszeiten entgegen stehen.

²³ BAG 23.9.2004 – 6 AZR 567/03 - NZA 2005, 359

²⁴ Ablehnend für das Beamtenrecht VGH Baden-Württ. 20.6.2017 – 4 S 869/17 - juris

²⁵ LAG Köln 24.5.2016 – 12 Sa 677/13 – ZTR 2016, 574 (im konkreten Fall aber im Ergebnis ablehnend)

²⁶ Änderungsverordnung v. 30.11.2016, BGBl I S. 2681

²⁷ Warum soll z. B. nicht ein Teil der Ausstattung auch vom Arbeitnehmer gestellt werden? Warum muss die wöchentliche Arbeitszeit vertraglich fixiert sein?

- eine Garage und ein Keller nicht geeignet sind, dass
- der Raum Außenlicht haben muss, dass
- die benutzten Geräte bestimmten Anforderungen genügen müssen und dass
- in einem bestimmten zeitlichen Rhythmus eine Kontrolle stattfindet.

Vernünftigerweise werden die Geräte vom Arbeitgeber gestellt; würde der Arbeitnehmer seinen eigenen PC oder Laptop für dienstliche Zwecke gebrauchen, hätte dies eine Menge schwieriger Probleme zur Folge, wenn das Gerät abhanden kommt oder wenn das Beschäftigungsverhältnis aufgelöst wird und der Arbeitgeber nun seine Daten wiederhaben und auch keine Kopie durch den Arbeitnehmer dulden will.²⁸

Spezielle Probleme ergeben sich im Zusammenhang mit der Unfallversicherung. Das BSG hat sich für einen sehr beschränkten Unfallschutz im Home Office entschieden. Als sich eine Arbeitnehmerin während der Arbeit in der einen Stock tiefer liegenden Küche etwas zum Trinken holen wollte und dabei zu Fall kam, hatte sie keinen Versicherungsschutz; das Trinken sei eine „eigenwirtschaftliche“ Betätigung.²⁹ Dies will nicht einleuchten, ist aber in der Praxis zugrunde zu legen. Notwendig ist daher eine ergänzende private Unfallversicherung, die die Lücken schließt, die die gesetzliche Unfallversicherung gelassen hat. Auch Haftpflichtprobleme können entstehen, weil Familienangehörigen und Besucher im Zweifel nicht von den spezifischen Grundsätzen erfasst werden, die sich im Bereich der Arbeitnehmerhaftung entwickelt haben. Auch hier sollte mit Versicherungsschutz ausgeholfen werden.

Wer zu Hause arbeitet, setzt eigene Mittel für betriebliche Zwecke ein. Außerdem spart der Arbeitgeber u. U. Büroraum. Deshalb sehen einzelne Betriebsvereinbarungen die Zahlung einer monatlichen Pauschale für die Nutzung der Privatwohnung und des Stroms vor. Allerdings wird es dann der Arbeitnehmer auch hinnehmen müssen, dass der fragliche Raum ausschließlich für dienstliche Zwecke verwendet wird.

Schließlich muss man an den Fall denken, dass der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer die häusliche Tätigkeit beenden möchte. Eine Rückkehr in den Betrieb sollte allerdings von der Wahrung einer bestimmten Frist abhängig gemacht werden.

²⁸ Die Fragen werden normalerweise unter dem Stichwort „Bring your own Device“ (Byod) diskutiert. Dazu Däubler, Internet und Arbeitsrecht, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2015, Rn. 210 ff.

²⁹ BSG 5.7.2016 – B 2 U 5/15 R – NJW 2017, 508

2. Mobile Arbeit

Will man auch die mobile Arbeit regeln, so muss man berücksichtigen, dass die ArbeitsstättenVO hier von vorne herein unanwendbar ist. Abgesehen von der Beschaffenheit der Geräte lässt sich die „Arbeitsumgebung“ in der Tat nur schwer regeln. Muss der Beschäftigte bei einem Kunden oder abends im Hotelzimmer unter ergonomisch ungünstigen Bedingungen arbeiten, würde im Übrigen auch eine positive Betriebsvereinbarung nicht viel nützen.

Die Arbeit im Home Office ist noch relativ leicht erfassbar, weil entweder Abmachungen bestehen oder das Anschalten der Geräte zugleich die Funktion der Zeiterfassung erfüllt. Bei der mobilen Arbeit im Zug oder im Bus, in der Lounge am Flughafen oder Abends im Hotelzimmer ist dies auch möglich, doch können Schwierigkeiten entstehen, wenn eine entsprechende Abmachung fehlt. Lagen wirklich „mobile Überstunden“ vor oder wurde das Gerät nur für private Zwecke benutzt? Was geschieht, wenn die mobile Arbeit ausdrücklich verboten, aber dennoch Dienstliches erledigt wurde? Die zu regelnden Fragen sind zahlreich. Man kann vermuten, dass hier bislang sehr viel unentgeltliche Arbeit geleistet wird.

Haftungsprobleme können genauso wie beim Home Office entstehen. Der Weg zur Arbeitsstätte wie der Rückweg nach Hause werden von der gesetzlichen Unfallversicherung erfasst, doch wie steht es mit einer Zugfahrt zu Verwandten, die zum Abarbeiten dienstlicher E-Mails genutzt wird? Was geschieht, wenn Dritte das Gerät beschädigen oder entwenden? Die Gefahren dürften hier um einiges größer als im häuslichen Umfeld sein. Dazu kommen Probleme der Datensicherheit. Betriebsgeheimnisse oder Personalakten sollten sich nicht auf dem Laptop befinden, den man auf eine Reise mitnimmt. Nicht immer hilft ein Passwort gegen den Zugriff Unbefugter. Auch insoweit besteht Regelungsbedarf.

Home Office und mobile Arbeit übersichtlich zu regeln, kann auch aus Arbeitgebersicht sinnvoll sein. Man schafft klare Verhältnisse. Streitigkeiten, die das Betriebsklima belasten, lassen sich so vermeiden. Das fehlende Mitbestimmungsrecht muss kein Hindernis gegen sinnvolle Lösungen sein.