

# Mitbestimmtes Home-Office?

Von WOLFGANG DÄUBLER

Das neue Personalvertretungsgesetz des Bundes verspricht ein interessantes Stück Mitbestimmung. In § 80 Abs. 1 Nr. 5 heißt es unter der Überschrift „Mitbestimmung in organisatorischen Angelegenheiten“:

*„Der Personalrat bestimmt mit, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, über*

*...*

*5. Einführung, Änderung und Aufhebung von Arbeitsformen außerhalb der Dienststelle.“*

Dem Wortlaut nach geht dies deutlich über den durch das Betriebsrätemodernisierungsgesetz vom 14. Juni 2021 (BGBl I S. 1762) geschaffenen § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG hinaus. Dort wird die Mitbestimmung erstreckt auf die „Ausgestaltung mobiler Arbeit, die mittels Informations- und Kommunikationstechnik erbracht wird.“ Diese Formulierung bleibt ersichtlich hinter § 80 Abs. 1 Nr. 5 BPersVG zurück: Während es bei diesem um „Einführung, Änderung und Aufhebung“ geht, hat der Betriebsrat nur über die „Ausgestaltung“ mitzubestimmen. Außerdem erfasst § 80 Abs. 1 Nr. 5 BPersVG jede außerhalb der Dienststelle erbrachte Arbeit, während § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG nur Tätigkeiten betrifft, die mittels Informations- und Kommunikationstechnik erbracht werden. Unter den gegebenen Umständen erfassen allerdings beide Vorschriften das Home-Office, das heute schwerlich ohne PC oder Laptop vorstellbar ist. Es stellt eine „Arbeitsform außerhalb der Dienststelle“ bzw. einen Anwendungsfall mobiler Arbeit dar. Hat damit die Personalvertretung plötzlich einen Vorsprung im Bereich der Mitbestimmung gewonnen?

## **Mitbestimmung ist nicht gleich Mitbestimmung**

Der Personalrat an der Spitze des Fortschritts? Das ist effektiv zu schön, um wahr zu sein, denn die Sache hat drei Haken.

Der erste ist noch verhältnismäßig harmlos. Wenn sich Dienststellenleiter und Personalrat nicht einig sind, wird nicht etwa gleich die Einigungsstelle eingeschaltet, die eine verbindliche Entscheidung trifft. Vielmehr muss zunächst das Stufenverfahren durchlaufen werden: Erst müssen Bezirkspersonalrat und Mitbestimmung, dann müssen Hauptpersonalrat und Oberste Bundesbehörde verhandeln. Erst dann kann man die Einigungsstelle anrufen, wo dann im Grundsatz „auf Augenhöhe“ entschieden wird. Dieses Verfahren nimmt eine Menge Zeit in Anspruch, was dazu führen kann, dass die zur Erörterung stehende Frage längst durch die Macht der Tatsachen entschieden ist.

Die zweite Besonderheit findet sich im heutigen § 75 Abs. 2 und 3 BPersVG. Nach seinem Abs. 2 kann die Einigungsstelle zwar entscheiden, hat jedoch nicht immer das letzte Wort: Innerhalb von vier Wochen nach Zustellung ihres Beschlusses kann ihn die oberste Dienstbehörde ganz oder teilweise aufheben, wenn es sich um eine Angelegenheit handelt, „die im Einzelfall wegen ihrer Auswirkungen auf das Gemeinwesen wesentlicher Bestandteil der Regierungsgewalt ist.“ Anstelle der Einigungsstelle entscheidet dann die oberste Dienstbehörde. Staatspolitische Entscheidungen sollen nicht von der Einigungsstelle getroffen werden. Im Bereich des Home-Office ist dies ohne größere praktische Bedeutung; wenn ein Mitarbeiter der Bundesagentur zwei Tage in der Woche zu Hause arbeitet, ist kein wesentlicher Bestandteil der Regierungsgewalt betroffen. Weiter kann nach § 75 Abs. 3 BPersVG die Einigungsstelle in zahlreichen Fällen der Mitbestimmung nur eine Empfehlung an die oberste Dienstbehörde beschließen, die dann in ihrer Entscheidung frei ist. Dies betrifft insbesondere alle personellen Angelegenheiten,<sup>1</sup> jedoch nicht den § 80 Abs. 1 Nr. 5 BPersVG. Kann also der Personalrat eine Initiative ergreifen und eine Regelung vorschlagen, wonach Beschäftigte mit bestimmten Aufgaben bis zu zwei Tage in der Woche zu Hause arbeiten dürfen?

Manche Gesetze muss man besonders genau lesen, wenn man ihren Inhalt vollständig erfassen will. Zu dieser Kategorie gehört auch das BPersVG. Dort findet sich nämlich in § 77 eine Sondervorschrift über das Initiativrecht. Dieses ist zwar genauso wie in der Betriebsverfassung im Mitbestimmungsrecht enthalten, aber mit ihm kann man weniger bewirken als wenn der Arbeitgeber eine Maßnahme treffen will: In zahlreichen Fällen, zu denen auch § 80 Abs. 1 Nr. 5 gehört, wird lediglich das Stufenverfahren des § 71 BPersVG in

<sup>1</sup> Näher Baden PersR 6/2021 S. 13.

Gang gesetzt, so dass bei Nichteinigung auf höherer Ebene weiterverhandelt wird. Wie § 77 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BPersVG ausdrücklich hervorhebt, liegt die endgültige Entscheidung bei der obersten Dienstbehörde. Wenn diese nicht will, wird es also nichts mit den bis zu zwei Tagen Home-Office. Man sollte das Wort „Mitbestimmung“ in solchen Fällen immer in Anführungszeichen setzen oder von „sogenannter Mitbestimmung“ sprechen.

### **Was kann der Personalrat erreichen?**

Betrachtet man diesen rechtlichen Rahmen, so kann der Personalrat im Prinzip nur Maßnahmen des Arbeitgebers bzw. Dienstherrn abmildern oder blockieren. Gegen den Willen des Dienststellenleiters und der höheren Instanzen lässt sich allenfalls dann etwas durchsetzen, wenn der Dienststellenleiter selbst aktiv wird und die Verhandlungen darüber zu einem Ergebnis führen, das er nicht unbedingt haben wollte.

Nun ist allerdings gerade beim Home-Office die Situation nicht so, dass das Interesse an dieser Arbeitsform nur auf Arbeitnehmerseite liegen würde. Der Dienststellenleiter kann seinerseits daran interessiert sein, dass ein Teil der Arbeit zu Hause erledigt wird. Dies kann nämlich dazu führen, dass die Arbeitszufriedenheit steigt und dass einzelne Beschäftigte trotz familiärer Verpflichtungen nicht mehr an Kündigung denken, weil sich auf diesem Wege Beruf und Familie eher unter einen Hut bringen lassen.

Dazu kommt ein weiterer Gesichtspunkt, der im „Arbeitnehmerlager“ noch wenig Beachtung gefunden hat. In der gewerblichen Wirtschaft gibt es eine Reihe von Beispielen, in denen Beschäftigte veranlasst werden, möglichst auf Dauer ins Home-Office zu gehen, weil sich auf diesem Wege Bürofläche einsparen lässt. Je nach Art der Arbeit gibt es Fälle, in denen den Beschäftigten eine Lösung aufgedrängt wird, wonach sie zu 100 % zu Hause arbeiten und nur noch ganz ausnahmsweise aus wichtigem Grund ins Büro kommen können. Meist geht man nicht so weit, sondern lässt dem Einzelnen das Recht, von Zeit zu Zeit im Betrieb zu erscheinen. Dort wird dann ein System des „geteilten Schreibtischs“ etabliert, kurz und neudeutsch: Desk Sharing genannt. Der Einzelne muss sich anmelden, bevor er ins Büro kommt, damit dort auch ein Platz für ihn frei ist. Da nicht alle auf einmal kommen werden, reichen 30 bis 50 % der bisherigen Arbeitsplätze (manchmal auch weniger) aus. Der Rest wird „abgemietet“, was eine ganze Menge Kosten spart.

## **Die zwei Arten von Dienstvereinbarungen**

Angesichts der unterschiedlichen Interessenlage kann es nicht „die“ Dienstvereinbarung zum Home-Office geben. Vielmehr muss man unterscheiden.

Geht es nur darum, dass Arbeitnehmer ihr Leben aus ihrer Sicht besser organisieren und sich die Wege zum Arbeitsplatz sparen wollen, so wird man keine sehr großen Erfolge erreichen können. Es geht dann im Prinzip nur darum, den Schutzstandard, der in Betrieb und Dienststelle besteht, möglichst unverändert auch auf den häuslichen Arbeitsplatz zu übertragen. Will dagegen die Arbeitgeberseite das Home-Office als „Normalform“ oder zumindest als wichtige Form der Arbeit etablieren, um weniger Geld ausgeben zu müssen, so ist die Situation eine andere: Hier sollte der Personalrat eher bremsen (wofür sein „Mitbestimmungsrecht“ ausnahmsweise von erheblichem Nutzen ist) und insbesondere darauf achten, dass die Beschäftigten für den Einsatz eines Teils ihrer Wohnung und für die damit verbundenen Aufwendungen eine angemessene Gegenleistung erhalten.<sup>2</sup> Auch muss man darauf achten, dass man den „ausgedünnten“ oder gar ganz fehlenden Kontakt zu den Arbeitskollegen durch bestimmte Maßnahmen wie einzelne Präsenzveranstaltungen und die private Nutzung der innerbetrieblichen Kommunikationsmittel ansatzweise kompensiert. Das Home-Office ist eine sehr problematische Angelegenheit, wenn man drei oder gar fünf Tage in der Woche in den eigenen vier Wänden arbeitet. Erfahrungen während der Pandemie haben die Gefahren dieser Arbeitsform hinreichend deutlich gemacht: Selbst von den Arbeitnehmern, die keine Kinder zu versorgen hatten, betrachteten 39 % die Situation des dauernden Zu-Hause-Arbeitens als „äußerst belastend“ oder als „sehr belastend“.<sup>3</sup>

### **Was kann eine Dienstvereinbarung enthalten?**

Im Folgenden wird der Versuch unternommen, Formulierungsvorschläge für eine Dienstvereinbarung zu machen. Dabei wird bisweilen zwischen den verschiedenen Interessenlagen differenziert mit der Folge, dass manche Regelungen nur bei „Dauer-Home-Office“ und andere nur bei „auch mal zu Hause“ Anwendung finden.

---

<sup>2</sup> Dazu näher Däubler PersR 9/2020 S. 32

<sup>3</sup> Reusch PersR 9/2020 S. 10 mit weiteren Angaben

Eine Dienstvereinbarung beginnt normalerweise mit einer **Präambel**. Sie verkündet meist gute Absichten (auch „Lyrik“ genannt), kann im Einzelfall aber für die Auslegung der folgenden Regelungen von Bedeutung sein.

**Wie kommt man zu einem Home-Office?** Muss der Arbeitgeber zustimmen und sich auch mit dem Umfang einverstanden erklären, oder liegt die Entscheidung allein beim Arbeitnehmer? Auch stellt sich das Problem, ob der Arbeitgeber von sich aus eine entsprechende Lösung anordnen kann.

Will man nur ein **Home Office** oder soll es **Telearbeit** im Sinne des § 2 Abs. 7 Arbeitsstättenverordnung geben? Nur im zweiten Fall, für den die Hürde aber recht hoch ist, ist auch die Arbeitsstättenverordnung anwendbar. Voraussetzung ist, dass Geräte und Mobiliar vom Arbeitgeber gestellt werden und man sich auch über die Dauer der Arbeit zu Hause und die Arbeitszeit einig ist.

Wer stellt **Geräte und Mobiliar**? Manche wollen gerne mit ihrem privaten Computer arbeiten, andere legen darauf keinen Wert. Muss das Mobiliar ergonomischen Anforderungen entsprechen, woran man im Privatbereich in aller Regel nicht denkt? Braucht man einen höhenverstellbaren Stuhl und einen höhenverstellbaren Schreibtisch? Das wird insbesondere dann von Bedeutung sein, wenn man mehr als die Hälfte der Woche zu Hause arbeitet.

Wer im Home-Office tätig ist, behält seine bisherige **Arbeitszeit**. Er wird aber häufig das Bedürfnis haben, sie anders zu verteilen, z. B. noch ab abends 20 Uhr zu arbeiten, weil dann kleine Kinder im Bett sind. Kann diese **Flexibilität** in der Dienstvereinbarung festgeschrieben werden? Wie wird die Arbeitszeit erfasst? Wann muss der Beschäftigte **erreichbar** sein?

Das **Arbeitsschutzgesetz** (ArbSchG) gilt auch für das Home-Office. Wie steht es mit der Unterweisung nach § 12 ArbSchG? Und – wichtiger – kann man erreichen, dass das Home-Office erst in Funktion genommen wird, wenn zunächst eine **Gefährdungsbeurteilung** nach § 5 ArbSchG erfolgt ist?

Was geschieht, wenn zu Hause ein **Unfall** passiert? Wie ist die **Haftung des Beschäftigten und seiner Familienangehörigen** beschaffen, wenn aufgrund fahrlässigen Verhaltens ein Schaden entsteht?

Kann der Arbeitgeber/Dienstherr die „Arbeit zu Hause“ **kontrollieren**? Lässt sich das Arbeiten mit dem Computer auswerten? Wann kann man vom einzelnen Beschäftigten verlangen, dass er an einem Home-Office-Tag gleichwohl in die Dienststelle kommt?

Was erhält der Einzelne als **finanziellen Ausgleich** dafür, dass er einen Teil seiner Wohnung zur Verfügung stellt? Solange der Arbeitnehmer die Wahl hat, ob er zu Hause oder in der Dienststelle arbeitet, ist dies kein Problem, aber es verhält sich anders, wenn die Arbeit zu Hause verbindlich vorgesehen ist. Dann greift **§ 670 BGB** ein und der Arbeitgeber/Dienstherr muss einen Aufwendungsersatz bezahlen, den man allerdings pauschalieren kann. Manche Arbeitgeber rechnen hier die ersparten Fahrtkosten zum Arbeitsplatz gegen – ist das zulässig?

Wie kann die **Kommunikation zwischen den Beschäftigten** aufrechterhalten werden, wenn die meisten vorwiegend zu Hause arbeiten? Die Nutzung der vorhandenen elektronischen Mittel wie Telefon und E-Mail für private Zwecke ist sicherlich ein Mittel, das aber nicht genügt. Möglich ist, dass man die Personalversammlungen regelmäßig durchführt, dass sich Teams regelmäßig in Person treffen und dass der Kontakt zum Personalrat ohne Schwierigkeiten praktikierbar ist. Auch sollte das digitale Zugangsrecht der Gewerkschaft sichergestellt sein (was jedoch nicht mit Hilfe einer Dienstvereinbarung möglich ist).

Die Tätigkeit im Home-Office kann befristet oder unbefristet sein. Insbesondere im zweiten Fall stellt sich das Problem der **Rückkehr zur bisherigen Normalform der Arbeit**, d. h. zur täglichen Anwesenheit in der Dienststelle. Kann der **Arbeitnehmer** ohne nähere Begründung das Arbeitsmodell wechseln? Oder muss eine Situation eintreten, die das Arbeiten zu Hause unzumutbar macht, weil man keine geeignete Wohnung mehr hat oder sich die Familie so vergrößert hat, dass ruhiges und konzentriertes Arbeiten nicht mehr möglich ist? Umgekehrt kann auch der **Arbeitgeber** den Wunsch haben, den Beschäftigten zurückzuholen, weil beispielsweise der „Output“ nicht mehr stimmt oder weil die Arbeit sowieso eine sehr häufige Anwesenheit in der Dienststelle verlangt.

Am Ende steht dann eine sog. salvatorische Klausel, wonach der Rest der Dienstvereinbarung bestehen bleibt, wenn sich eine ihrer Bestimmungen als unwirksam erweist. Auch geht es um Kündigungsfristen und Nachwirkung.

## **Vertragliche Regelungen ohne Dienstvereinbarung?**

In der Praxis taucht nicht selten der Fall auf, dass mit einzelnen Beschäftigten eine Home-Office-Vereinbarung geschlossen wird, ohne dass der Personalrat eingeschaltet würde. Handelt es sich um Einzelfälle, bei denen die jeweilige Situation des Beschäftigten eine wesentliche Rolle spielt, ist das Mitbestimmungsrecht nach § 80 Abs. 1 Nr. 5 BPersVG nicht berührt. Nach der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf des BPersVG (BT-Drucksache 19/26820 S. 124) hat das Mitbestimmungsrecht „ausschließlich kollektiven Bezug“; es betrifft Regeln, nicht Vereinbarungen im Einzelfall.

Regeln müssen aber nicht als solche gekennzeichnet sein. Sie können auch informell praktiziert werden, indem beispielsweise der Antrag auf Gestattung der Arbeit im Home-Office bei älteren Mitarbeitern immer genehmigt wird, bei jüngeren dagegen nicht. In diesen Fällen wird gegen das Mitbestimmungsrecht verstoßen. Soweit die Abmachung den Wünschen des Arbeitnehmers entspricht, bleibt sie dennoch gültig; die Mitbestimmung will weder in der Betriebsverfassung noch in der Personalvertretung einer Verbesserung des Status quo entgegenstehen. Geht es dagegen um ein aufoktroiertes Home-Office, weil der Arbeitgeber/Dienstherr Flächen einsparen möchte, so wäre die Abmachung unwirksam.<sup>4</sup> Außerdem könnte der Personalrat ein Beschlussverfahren einleiten, um die Verletzung seiner Rechte feststellen zu lassen. Sinnvoller wäre, über eine Dienstvereinbarung zu verhandeln und dazu ein Votum der Personalversammlung einzuholen. Wenn viele einen solchen Wunsch äußern, muss auch eine Behördenleitung aus der Deckung kommen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass das Initiativrecht rechtlich ins Leere läuft.

---

<sup>4</sup> Berg in: Altvater u.a. Kommentar zum BPersVG, 10. Aufl. 2019, § 69 Rn. 64