2 Der arbeitsrechtliche Rahmen der Automatisierung des Arbeitsumfelds

66 Der Wandel der Rolle des Menschen, wie er sich im Zuge der Entwicklung zur Industrie 4.0 vollzieht, wirft eine breite Palette arbeitsrechtlicher Fragestellungen auf, die hier nicht umfassend dargestellt werden kann. Die arbeitsrechtliche Diskussion ist bislang ohne besonderen Bezug zur Industrie 4.0 unter dem Schlagwort der „Digitalisierung der Wirtschaft" geführt worden. Dabei wurden Themen, wie z.B. die Regulierung der Arbeitszeit,[155] der Arbeitsschutz[156] oder der Umgang mit jener Arbeit, die über Internet-Plattformen organisiert wird („Plattformökonomie"),[157] bereits vergleichsweise intensiv behandelt[158] und im politischen Prozess aufgegriffen.[159]

67 Der Fokus dieses Kapitels soll indessen auf den bislang eher selten behandelten[160] spezifischen Problemen der zunehmenden Automatisierung und des Einsatzes intelligenter Produktions- und Assistenzsysteme liegen. Dabei soll es schwerpunktmäßig um die Leitlinien und Grenzen gehen, die sich aus den Grundrechten der Beteiligten und den sie umsetzenden einfachgesetzlichen Regelungen – insbesondere des Arbeitsschutzrechts – für die Automatisierung des Arbeitsumfelds ergeben. Darüber hinaus soll im Bereich des Weisungsrechts eine Grundlage für die anschließende Betrachtung zum Beschäftigtendatenschutz gelegt werden.

---

155 *Fröhlich,* ArbRB 2017, S. 61–64; *Jacobs,* NZA 2016, S. 733–737; *Steffan,* NZA 2015, S. 1409–1417; *Wank,* RdA 2014, S. 285–290; *Wiebauer,* NZA 2016, S. 1430–1436; *Wolf* 2016.

156 *Kohte,* NZA 2015, S. 1417–1424.

157 *Däubler/Klebe,* NZA 2015, 1032–1041; *Lingemann/Otte,* NZA 2015, S. 1042–1047.

158 Z.B. *Grimm,* ArbRB 2015, S. 336–339; *Hanau,* NJW 2016, S. 2613–2617; *Krause* 2016a; *Krause,* NZA-Beil. 2017, S. 53–59; *Zumkeller,* AuA 2015, S. 334–336. Zur Breite der diskutierten Themen *Dzida,* NZA 2017, S. 541, 542; *Karthaus,* NZA 2017, S. 558, 560; *Uffmann,* NZA 2016, S. 977, 978 f.; *Uffmann,* NZA-Beil. 2017, S. 45, 46.

159 *BMAS* 2015; *BMAS* 2017.

160 *Groß/Gressel,* NZA 2016, 990–996; *Günther/Böglmüller,* BB 2017, S. 53–58; *Kohte,* NZA 2015, S. 1417–1424; *Wildhaber,* ZSR 2016, S. 315–351; *Wildhaber,* AJP/PJA 2017, S. 213–224.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.1 Die arbeitssoziologische Diskussion

Besonders im „Automatisierungsszenario“ (siehe 1.2.3.2.1, S. 66), in welchem die Technik dem Menschen alle relevanten Entscheidungen abnimmt und ihm entsprechende Anweisungen erteilt, droht der einzelne Beschäftigte jegliche Selbständigkeit zu verlieren. Besonders bei klar strukturierten Tätigkeiten wie der Kommissionierung in der Logistik oder dem Einrichten von Maschinen ist es denkbar, dass der Mensch geradezu von seinem Assistenzsystem, über das er akustische und visuelle Befehle erhält, „ferngesteuert“ und auf Schritt und Tritt überwacht wird.[161] In der Diskussion um die „Arbeit der Zukunft“ wird darum vor einer „Taylorisierung 4.0“[162] oder Dehumanisierung der Arbeit gewarnt,[163] welche den Beschäftigten seiner Handlungskompetenzen beraube und der Arbeit selbst jede Lernförderlichkeit nehme.[164] 68

Diese Begriffe sowie die Darstellung der Rolle des Menschen in der Industrie 4.0 allgemein (siehe 1.2.3, S. 64) entspringen einer arbeitssoziologischen Diskussion. Ihre Ergebnisse fließen bereits deshalb in die Entwicklung von Produktions- und Assistenzsystemen ein, weil der Erfolg einer Innovation nicht allein von ihrer technischen Qualität, sondern auch von ihrer Interaktion mit den Beschäftigten abhängt.[165] Die technischen und die sozialen Elemente eines Systems können nicht voneinander getrennt werden, sondern wirken wechselseitig aufeinander. Zusammen bilden sie ein sozio-technisches System.[166] Die Entwicklung zur Industrie 4.0 soll folglich einen sozio-technischen Ansatz verfolgen, bei dem nicht allein die Bewältigung technischer Herausforderungen, sondern auch die intelligente Organisation der Arbeit und die Erweiterung der Fähigkeiten der Beschäftigten im Fokus stehen.[167] 69

161 *Hartmann* 2009, S. 32 f.

162 *Bochum* 2015, S. 35 f.; synonym wird auch der Begriff des „Digital Taylorism“ gebraucht (*The Economist,* The Economist, 12.9.2015, S. 63). „Taylorismus“ bezeichnet ein Prinzip einer Prozesssteuerung von Arbeitsabläufen, die möglichst standardisiert und detailliert vorgegeben werden, sodass sie von den Beschäftigten nur eine niedrige Qualifikation verlangen.

163 *Bochum* 2015; *Hirsch-Kreinsen* 2015b, S. 10 ff.; ähnlich *Acatech* 2013, S. 57.

164 *Gerst,* DGUV-Forum 6/2015, S. 34, 36; *Windelband/Dworschak* 2015, S. 80.

165 Anschauliche Beispiele bei *Holland,* Heise Online, 3.1.2017; *Koppel, et al.* 2015.

166 *Deuse, et al.* 2015a, S. 147 f.; *Grote* 2015, S. 135; *Heilmann et al.,* Z. Arb. Wiss. 2015, S. 258, 264; *Hirsch-Kreinsen* 2014, S. 10; *Ittermann, et al.* 2016, S. 23 f.

167 *Acatech* 2013, S. 56.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

70 Fraglich ist, ob diese Gestaltungskriterien – neben der wirtschaftlichen – auch rechtliche Relevanz besitzen. Darum soll im Folgenden untersucht werden, ob arbeitsrechtliche Grenzen oder zumindest Leitlinien für die Automatisierung des Arbeitsumfeldes bestehen und – falls sie bestehen – welche Gestaltungsspielräume sie dem Arbeitgeber lassen. Dabei soll es nicht darum gehen, unter welchen Voraussetzungen Beschäftigte, deren Arbeitsplatz infolge der Automatisierung weggefallen ist, entlassen werden können.[168] Diese Frage stellt sich bei allen – also auch bei vorangegangenen – Automatisierungswellen und ist insofern kein Spezifikum der Industrie 4.0. Im Mittelpunkt soll vielmehr die Frage stehen, inwiefern die Tätigkeit der verbleibenden Beschäftigten durch die Automatisierung bestimmt werden darf. Die Ergebnisse dieser Betrachtung können dabei auch Auswirkungen auf den Themenkomplex des Beschäftigtendatenschutzes und die dort bestehenden Gestaltungsspielräume haben.

2.2 Verfassungsrechtliche Vorgaben

71 Die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Automatisierung des Arbeitsumfeldes ergeben sich – was den arbeitsrechtlichen Rahmen der Industrie 4.0 betrifft – aus den Grundrechten des Grundgesetzes. Da die Entwicklung zur Industrie 4.0 vor allem in privatwirtschaftlich organisierten Unternehmen stattfindet, müssen hier sowohl die Grundrechte des Arbeitnehmers als auch des Arbeitgebers beachtet werden. Dass Assistenzsysteme der Industrie 4.0 auch in Staatsunternehmen eingesetzt werden, ist nicht ausgeschlossen,[169] soll für diese Arbeit hier aber keine Rolle spielen.

72 Der Staat tritt folglich nicht als unmittelbar beteiligter Akteur auf. Staatliche Stellen – und damit letztlich die Gerichte, welche die Rechtmäßigkeit einzelner Maßnahmen zu prüfen haben – nehmen vielmehr eine vermittelnde Position ein. Sie haben einerseits die Rechte des Arbeitnehmers gegen das strukturelle Übergewicht des Arbeitgebers zu schützen, müssen dabei aber andererseits auch die grundrechtlich garantierte Unternehmerfreiheit des Arbeitgebers beachten.

73 Vorgaben des europäischen Primärrechts, insbesondere die darin enthaltenen Grundrechte spielen – anders als für die datenschutzrechtliche – für

168 Dazu *Groß/Gressel*, DB 2016, S. 2355–2360.

169 Zu einzelnen Einsatzmöglichkeiten in der öffentlichen Verwaltung *Martini/Botta*, NZA 2018, S. 625, 635.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die spezifisch arbeitsrechtliche Betrachtung dagegen keine Rolle. Die Europäische Union verfügt im Arbeitsrecht nur über punktuelle Kompetenzen, die nicht dazu führen, dass das grundlegende vertragliche Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch die europäischen Grundrechte beeinflusst würde (dazu näher 3.1.6, S. 255).

2.2.1 Wirkung der Grundrechte im Arbeitsverhältnis

Die doppelte Rolle des Staates resultiert aus der besonderen Situation, in der sich die Beteiligten im Beschäftigungsverhältnis befinden. Die Grundrechte sind in ihrer klassischen Funktion Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat.[170] Zumindest was die Position des Arbeitgebers betrifft, entspricht diese Sichtweise auch der typischen Gefährdungslage. Aus der Sicht des Arbeitnehmers dürfte es hingegen in erster Linie der Arbeitgeber sein, der – ermöglicht durch dessen strukturelles Übergewicht im Arbeitsverhältnis – seine grundrechtlich geschützte Position beeinträchtigt.[171] 74

Die Grundrechte binden gemäß Art. 1 Abs. 3 GG die Gesetzgebung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. Der Grundrechtsadressat ist damit lediglich die öffentliche Gewalt. Für eine Erstreckung der unmittelbaren Wirkung auf private Rechtssubjekte, über das Verhältnis des Bürgers zum Staat hinaus, liefert das Grundgesetz – abgesehen von einigen ausdrücklich geregelten Ausnahmen wie in Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG – keine textlichen Anhaltspunkte.[172] 75

170 BVerfG v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, E 7, S. 198, 204 – *Lüth*.

171 BVerfG v. 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, E 85, S. 191, 213 – *Nachtarbeitsverbot*; zum vergleichbaren Verhältnis von Handelsvertreter und Prinzipal BVerfG v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, E 81, S. 242, 255 – *Handelsvertreter*.

172 Statt Vieler *Herdegen,* in: Maunz/Dürig 2015, Lfg. 44, Art. 1 Abs. 3 GG, Rn. 59; a.A. BAG v. 3.12.1954 – 1 AZR 150/54, E 1, S. 185, Rn. 25 (=NJW 1955, S. 606); BAG v. 10.11.1955 – 2 AZR 591/54, E 2, S. 221 (=AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht). Die frühere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts war stark durch *Nipperdey* geprägt, der unmittelbare Drittwirkung befürwortete, *Nipperdey,* RdA 1950, S. 121, 123 ff.; *Nipperdey* 1961, S. 12 ff. Das Gericht hat seine Rechtsprechung diesbezüglich jedoch aufgegeben, siehe Fn. 174 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.2.1.1 Bindungswirkung durch verfassungskonforme Auslegung

76 Es ist jedoch im Grundsatz anerkannt, dass Grundrechte eine objektive Wertordnung statuieren, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung auch das Privatrecht beeinflusst. Dies geschieht mittelbar, über die grundrechtskonforme Auslegung wertausfüllungsfähiger Begriffe und Klauseln des Privatrechts, die insofern als „Einbruchstellen"[173] der Grundrechte fungieren.[174]

77 Das Bundesverfassungsgericht hat diese Wirkung zuletzt ausgeweitet und festgestellt, dass sie sich „nicht auf die Generalklauseln beschränkt, sondern […] sich auf alle auslegungsfähigen und -bedürftigen Tatbestandsmerkmale der zivilrechtlichen Vorschriften [erstreckt]."[175] Statt als mittelbare Drittwirkung wird dies schlicht als verfassungskonforme Auslegung bezeichnet.[176] Dies dürfte indessen nichts daran ändern, dass sich gerade die Generalklauseln für die verfassungskonforme Auslegung eignen[177] und insofern zwar nicht die alleinigen, aber doch die wichtigsten Ansatzpunkte für die Wirkung der Grundrechte im Privatrecht darstellen.

78 Als Generalklauseln nach dem hergebrachten Mechanismus der mittelbaren Drittwirkung fungieren im Arbeitsrecht z.B. die Regelungen in §§ 133, 157 sowie §§ 138, 242 und 307 Abs. 1 BGB für die Vertragsauslegung[178] und -kontrolle[179] und § 106 S. 1 GewO bzw. § 315 Abs. 3 BGB für die Kontrolle der Ausübung des Weisungsrechts[180]. Nach der neuen Rechtspre-

---

173 *Dürig,* in: Bettermann/Nipperdey 1954, Freizügigkeit, S. 525; zitiert nach BVerfG v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, E 7, S. 198, 206 – *Lüth*.

174 BVerfG v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, E 7, S. 198, 205 – *Lüth*; BVerfG v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, E 81, S. 242, 254 ff. – *Handelsvertreter*; BVerfG v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, E 89, S. 214, 229 f. – *Bürgschaftsverträge*.

175 BVerfG v. 31.5.2016 – 1 BvR 1585/13, E 142, S. 74, Rn. 82 – *Sampling*.

176 BVerfG v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, E 141, S. 186, Rn. 28 – *Isolierte Vaterschaftsfeststellung*; BVerfG v. 31.5.2016 – 1 BvR 1585/13, E 142, S. 74, Rn. 110 – *Sampling*; *Kulick,* NJW 2016, S. 2236, 2238 f.

177 So ähnlich auch BVerfG v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, E 81, S. 242, 256 – *Handelsvertreter*.

178 ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 372.

179 BAG v. 27.2.1985 – GS 1/84, E 48, S. 122, Rn. 48 (=NZA 1985, S. 702); BAG v. 27.5.1986 – 1 ABR 48/84, E 52, S. 88, Rn. 31 (=NZA 1986, S. 643); BAG v. 15.12.1993 – 5 AZR 279/93, E 75, S. 215, Rn. 37 (=NZA 1994, S. 835).

180 BAG v. 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, E 47, S. 363, Rn. 44 (=NZA 1986, S. 21); BAG v. 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, E 62, S. 59, Rn. 42 (=NZA 1990, S. 144); BeckOK ArbR/*Joussen*, § 611a BGB, Rn. 367; BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 207.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

chung des Bundesverfassungsgerichts ließe sich im Individualarbeitsrecht aber auch schlicht auf § 611a BGB und dessen verfassungskonforme Auslegung abstellen. Nach welcher Methode nun genau vorgegangen werden sollte, kann für diese Arbeit letztlich dahinstehen. Denn zumindest die hier besprochenen Themen lassen sich ohne Probleme über die erwähnten Generalklauseln abdecken.

Die Betriebspartner sind keine unmittelbaren Grundrechtsadressaten,[181] und folglich trotz der lediglich einfachgesetzlichen Grundlage ihrer Betriebsautonomie[182] in ihrem Handeln nur mittelbar an die Grundrechte gebunden.[183] Als Generalklausel für die Kontrolle von Betriebsvereinbarungen fungiert dabei § 75 BetrVG.[184] 79

Die – unmittelbare oder mittelbare – Bindungswirkung der Grundrechte für Tarifverträge ist schließlich ungeklärt und zwischen den einzelnen Senaten des Bundesarbeitsgerichts umstritten.[185] Die neuere Literatur neigt eher einer nur mittelbaren Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien zu.[186] Im Kern geht es bei dieser Diskussion um die Frage, wie groß der Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien ist, welche Kontrollmaßstäbe also insbesondere im Vergleich zu gesetzgeberischen Handeln anzule- 80

181 BVerfG v. 23.4.1986 – 2 BvR 487/80, E 73, S. 261, 268 f. – *Sozialplan*; ErfK/*Schmidt*, Einleitung GG, Rn. 24 a.A. *Berg,* in: Däubler et al. 2020, § 77 BetrVG, Rn. 17.

182 BAG v. 12.12.2006 – 1 AZR 96/06, NZA 2007, S. 453, 456; *Richardi*, § 77 BetrVG, Rn. 77.

183 *Richardi*, § 77 BetrVG, Rn. 109; ErfK/*Schmidt*, Einleitung GG, Rn. 56; offen gelassen BVerfG v. 1.9.1997 – 1 BvR 1929/95, NZA 1997, S. 1339.

184 BAG v. 7.11.1989 – GS 3/85, E 63, S. 211, Rn. 32 (=NZA 1990, S. 816); BAG v. 12.4.2011 – 1 AZR 412/09, NZA 2011, S. 989, 990; BAG v. 17.7.2012 – 1 AZR 476/11, NZA 2013, S. 338, 340 f.; *Richardi*, § 77 BetrVG, Rn. 111; ErfK/*Schmidt*, Einleitung GG, Rn. 57.

185 Für eine unmittelbare Bindung: BAG v. 4.4.2000 – 3 AZR 729/98, NZA 2002, S. 917, LS 1 (3. Senat); für eine nur mittelbare Bindung: BAG v. 27.5.2004 – 6 AZR 129/03, E 111, S. 8, Rn. 21 ff. (=NZA 2004, S. 1399) (6. Senat, m.w.N.), BAG v. 30.8.2000 – 4 AZR 563/99, NZA 2001, S. 613, 616 f.; BAG v. 7.6.2006 – 4 AZR 316/05, E 118, S. 232, Rn. 30 f. (=NZA 2007, S. 343) (4. Senat) und BAG v. 8.12.2010 – 7 ABR 98/09, E 136, S. 237, Rn. 53 (=NZA 2011, S. 751) (7. Senat). Siehe dazu auch die Übersicht bei *Däubler,* in: Däubler 2016, Einleitung, Rn. 208 ff.

186 Für eine nur mittelbare Bindung *Bayreuther* 2005, S. 236 ff.; NK-GA/*Boecken*, § 622 BGB, Rn. 21; NK-GA/*Hanau*, Art. 12 GG, Rn. 85; *Lakies,* in: Däubler et al. 2017, Art. 12 GG, Rn. 4; ErfK/*Schmidt*, Einleitung GG, Rn. 48; *Scholz,* in: Maunz/Dürig 2015, Lfg. 78, Art. 9 GG, Rn. 357; für eine unmittelbare Bindung *Däubler,* in: Däubler 2016, Einleitung, Rn. 147.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen sind.[187] Die dogmatische Einordnung der Grundrechtsbindung spielt hierfür keine entscheidende Rolle.[188]

2.2.1.2 Schutzpflichten des Staates

81 In enger Verbindung zur mittelbaren Drittwirkung steht das Konzept der grundrechtlich begründeten Schutzpflichten. Die Grundrechte werden darin nicht nur als Eingriffsabwehrrechte des Bürgers gegen den Staat begriffen, sondern als Gebot an den Staat, den Einzelnen auch davor zu bewahren, dass andere Privatpersonen seine grundrechtlich geschützten Positionen verletzen.[189] Die Grundrechte stellen insofern nicht nur ein Über-, sondern auch ein Untermaßverbot[190] auf.

---

187 *Ulber*, in: Däubler 2016, Einleitung, Rn. 239. Dabei wird überwiegend davon ausgegangen, dass den Tarifvertragsparteien im Hinblick auf die Freiheitsgrundrechte, die in Zusammenhang mit den Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nach Art. 9 Abs. 3 GG stehen (vgl. ErfK/*Schmidt*, Einleitung GG, Rn. 51), ein größerer Spielraum zusteht, sie also auch Regelungen treffen können, die dem Gesetzgeber verwehrt sind, BAG v. 7.6.2006 – 4 AZR 316/05, E 118, S. 232, Rn. 30 (=NZA 2007, S. 343). Hier spielt auch die Eingriffstiefe eine Rolle, ErfK/*Linsenmaier*, Art. 9 GG, S. 78 f. Die Bindung an den Gleichheitsgrundsatz wird dagegen enger beurteilt, sodass der Spielraum im Wesentlichen dem des Gesetzgebers entspricht, *Lakies,* in: Däubler et al. 2017, Art. 12 GG, Rn. 5; ErfK/*Schmidt*, Einleitung GG, Rn. 54 f.; *Ulber,* in: Däubler 2016, Einleitung, Rn. 240. Kritisch zu dieser Unterscheidung *Däubler,* in: Däubler 2016, Einleitung, Rn. 148 f.

188 So ausdrücklich für die Bindung an den Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG BAG v. 14.12.2010 – 9 AZR 686/09, NZA 2011, S. 760, 762; in BAG v. 27.5.2004 – 6 AZR 129/03, E 111, S. 8, Rn. 21 ff. (=NZA 2004, S. 1399) legt das Gericht infolge der ihm auferlegten Schutzpflichten (dazu sogleich, siehe Fn. 189) trotz fehlender unmittelbarer Grundrechtsbindung (Rn. 21) einen Prüfungsmaßstab an, der im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG dem einer unmittelbaren Bindung gleichkommt (Rn. 30). Für die Festlegung des Geltungsbereichs eines Tarifvertrags soll dagegen eine reine Willkürkontrolle greifen, BAG v. 30.8.2000 – 4 AZR 563/99, NZA 2001, S. 613, 616 f.

189 BVerfG v. 25.2.1975 – 1 BvF 1/74, E 39, S. 1, 42 – *Schwangerschaftsabbruch I;* BVerfG v. 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, E 85, S. 191, 212 – *Nachtarbeitsverbot*; BVerfG v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, E 88, S. 203, 251 – *Schwangerschaftsabbruch II;* BVerfG v. 6.2.2001 – 1 BvR 12/92, E 103, S. 89, 100 – *Unterhaltsverzichtsvertrag*.

190 BVerfG v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, E 88, S. 203, 254 – *Schwangerschaftsabbruch II*.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die verfassungskonforme Auslegung ist das Mittel, mit dem die Judikative ihren Schutzauftrag für die Grundrechte erfüllt.[191] Das Konzept der Schutzpflichten reicht jedoch weiter und verlangt auch, Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art zu ergreifen, die dazu führen, dass ein angemessener und wirksamer Schutz erreicht wird.[192] Der Gesetzgeber kann folglich auch verpflichtet sein, positiv zu handeln, wobei ihm hinsichtlich der Art und des Umfangs der Maßnahme ein Gestaltungsspielraum zusteht.[193] 82

Die Schutzpflichten des Staates für die Gewährleistung dieser Grundrechte – und damit auch deren mittelbare Drittwirkung – liegen bezüglich des Arbeitsverhältnisses in dem dort typischerweise herrschenden strukturellen Übergewicht des Arbeitgebers begründet. In einer solchen Situation kann das Vertragsrecht allein keinen sachgerechten Ausgleich der Interessen bewirken. Hier muss der Staat ausgleichend eingreifen, um einen wirksamen Grundrechtsschutz zu gewährleisten.[194] Neben der objektiven Wertordnung, wie sie Grundrechte statuieren, findet dieses Vorgehen seine Legimitation vor allem im Sozialstaatsprinzip.[195] Bei der Wahrnehmung seiner Schutzpflichten kommt dem Staat im Arbeitsrecht ein besonders weitreichender Gestaltungsspielraum zu.[196] 83

2.2.1.3 Konkurrenz und Kollision betroffener Grundrechte

Für Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist im Arbeitsverhältnis vor allem die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG betroffen. Überdies wirken im Arbeitsverhältnis aber auch andere Grundrechte wie z.B. die Eigentumsgarantie, das allgemeine Persönlichkeitsrecht (siehe 2.2.3.2, S. 102), die Glau- 84

191 BVerfG v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, E 81, S. 242, 256 – *Handelsvertreter*; BVerfG v. 10.11.1998 – 1 BvR 1531/96, E 99, S. 185, 194 f. – *Scientology*; BVerfG v. 25.10.2005 – 1 BvR 1696/98, E 114, S. 339, 346 f. – *Stolpe*; BVerfG v. 31.5.2016 – 1 BvR 1585/13, E 142, S. 74, Rn. 82 – *Sampling*.

192 BVerfG v. 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, E 85, S. 191, 212 – *Nachtarbeitsverbot*; BVerfG v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, E 88, S. 203, 261 – *Schwangerschaftsabbruch II*.

193 BVerfG v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, E 88, S. 203, 262 – *Schwangerschaftsabbruch II*.

194 BVerfG v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, E 81, S. 242, 255 – *Handelsvertreter*; BVerfG v. 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, E 85, S. 191, 213 – *Nachtarbeitsverbot*.

195 BVerfG v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, E 81, S. 242, 255 – *Handelsvertreter*; *Scholz,* in: Maunz/Dürig 2015, Lfg. 47, Art. 12 GG, Rn. 83.

196 BVerfG v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, E 81, S. 242, 255 – *Handelsvertreter*; BVerfG v. 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, E 85, S. 191, 212 – *Nachtarbeitsverbot*.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bens- und Gewissensfreiheit oder die Meinungsfreiheit. Ein Überschneiden ihrer Schutzbereiche ist im Wege der Grundrechtskonkurrenzen zu berücksichtigen (siehe 2.2.2.3, S. 85).[197]

85 Im Arbeitsverhältnis können sich beide Seiten gleichermaßen auf Grundrechte berufen. Greift der Staat in das Arbeitsverhältnis ein, um die Grundrechtsausübung des Arbeitnehmers zu gewährleisten, bedeutet dies also zwangsläufig, dass die Grundrechte des Arbeitgebers beschränkt werden. Neben den Grundrechtskonkurrenzen ist damit die Frage der Grundrechtskollision zentral für eine verfassungsrechtlich orientierte Betrachtung des Arbeitsverhältnisses. Dieser Konflikt ist im Wege der praktischen Konkordanz zu lösen. Die kollidierenden Grundrechte sind dabei in ihrer Wechselwirkung aufeinander so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.[198]

2.2.2 Die Berufsfreiheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer

86 Die freie wirtschaftliche Betätigung von Selbständigen und abhängig Beschäftigten wird hauptsächlich durch die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet, der zufolge alle Deutschen das Recht haben, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen und die Berufsausübung durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden kann.

2.2.2.1 Personeller Schutzbereich

87 Auf die Berufsfreiheit können sich sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer berufen. Hinsichtlich der Grundrechtsberechtigung ist nicht zwischen den beiden Seiten, sondern allenfalls zwischen natürlichen und juristischen Personen zu unterscheiden. Die Berufsfreiheit schützt primär das Individuum und weist in einigen Gewährleistungsbereichen eine gewisse Nähe zum Persönlichkeitsrecht auf (siehe 2.2.2.3, S. 85).[199] Im Hin-

197 *Scholz,* in: Maunz/Dürig 2015, Lfg. 47, Art. 12 GG, Rn. 82.

198 BVerfG v. 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, E 97, S. 169, 176 – *Kleinbetriebsklausel I;* allgemein zum staatlichen Eingriffen bei Machtungleichgewichten BVerfG v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, E 89, S. 214, 232 – *Bürgschaftsverträge*.

199 *Scholz,* in: Maunz/Dürig 2015, Lfg. 47, Art. 12 GG, Rn. 102. Diesem Aspekt wird bei juristischen Personen regelmäßig nur ein geringe Gewicht zugemessen BVerfG v. 5.11.2014 – 1 BvF 3/11, NVwZ 2015, S. 288, 294.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

blick auf die wirtschaftliche Betätigung können sich gemäß Art. 19 Abs. 3 GG aber auch inländische juristische Personen des Privatrechts auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen.[200]

Da die persönlichkeitsrelevanten Bereiche der Berufsfreiheit im Folgenden nur in Bezug auf Arbeitnehmer thematisiert werden sollen, spielt es für diese Betrachtung hier keine Rolle, ob der Arbeitgeber eine natürliche Person oder eine juristische Person ist. In der Industrie 4.0 wird letzteres aber wesentlich wahrscheinlicher sein. 88

2.2.2.2 Einheitlicher sachlicher Schutzbereich

Anders als dies der Wortlaut vermuten lässt, kommt den darin verwendeten Begriffen – Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte einerseits sowie die Wahl und die Ausübung andererseits – keine eigenständige Bedeutung zu. Sie bilden vielmehr lediglich unterschiedliche Aspekte des zusammengehörenden Lebensvorgangs der beruflichen Betätigung ab. Die Berufswahl wird durch die Berufsausübung bestätigt; sie ist insofern untrennbar mit ihr verbunden.[201] Gleiches gilt für die Ausbildung sowie für die Wahl des Arbeitsplatzes, die der Berufswahl vor- bzw. nachgelagert sind.[202] Die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG enthält darum nicht mehrere, sondern lediglich ein einheitliches Grundrecht,[203] das auch einheitlich unter dem Regelungsvorbehalt[204] des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG steht. Die Unterscheidung behält ihre Bedeutung jedoch auf der Ebene der materiellen An- 89

200 BVerfG v. 19.7.2000 – 1 BvR 539/96, E 102, S. 197, 212 – *Spielbankengesetz Baden-Württemberg*; BVerfG v. 13.9.2005 – 2 BvF 2/03, E 114, S. 196, 244 – *Beitragssatzsicherungsgesetz*; BVerfG v. 8.6.2010 – 1 BvR 2011/07, E 126, S. 112, 136 – *Privater Rettungsdienst*.

201 BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, E 7, S. 377, 402 – *Apotheken-Urteil*; BVerfG v. 26.2.1997 – 1 BvR 1864/94, E 95, S. 193, 214 – *DDR-Hochschullehrer*.

202 BVerfG v. 3.5.1972 – 1 BvL 32/70, E 33, S. 303, 336 – *numerus clausus I*.

203 BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, E 7, S. 377, 402 – *Apotheken-Urteil*; BVerfG v. 3.5.1972 – 1 BvL 32/70, E 33, S. 303, 336 – *numerus clausus I;* BVerfG v. 20.3.2001 – 1 BvR 491/96, E 103, S. 172, 183 – *Altersgrenze für Kassenärzte*; BVerfG v. 14.1.2014 – 1 BvR 2998/11, E 135, S. 90, Rn. 63 – *Anwalts-GmbH*.

204 BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, E 7, S. 377, 402 – *Apotheken-Urteil*; BVerfG v. 3.5.1972 – 1 BvL 32/70, E 33, S. 303, 336 – *numerus clausus I;* BVerfG v. 20.3.2001 – 1 BvR 491/96, E 103, S. 172, 183 – *Altersgrenze für Kassenärzte*.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

forderungen an den Eingriff, die umso höher ausfallen, je stärker die Berufswahl betroffen ist (siehe 2.2.2.4, S. 87).[205]

90 Als Beruf wird jede auf Dauer angelegte Tätigkeit geschützt, die der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.[206] Diese Tätigkeit wird dabei nicht nur in ihrer Funktion als Broterwerb geschützt, sondern „als ‚Beruf', d. h. in ihrer Beziehung zur Persönlichkeit des Menschen im Ganzen, die sich erst darin voll ausformt und vollendet, dass der Einzelne sich einer Tätigkeit widmet, die für ihn Lebensaufgabe und Lebensgrundlage ist und durch die er zugleich seinen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung erbringt".[207] Aufgrund dieser Verbindung des Berufs zur Persönlichkeit des Menschen ist der Begriff des Berufs weit auszulegen, weshalb der Einzelne nicht von vornherein auf tradierte oder rechtlich vorgegebene Berufsbilder festgelegt werden kann. Dem Grundrechtsträger steht insofern ein „autonomes Berufsschöpfungs- und Berufsprägungsrecht"[208] zu.

91 Der Berufsbegriff ist aber nicht auf Tätigkeiten mit einem engen Persönlichkeitsbezug oder gar abhängige Beschäftigung beschränkt. Die Berufsfreiheit gewährleistet auch das Recht ein Unternehmen zu führen,[209] vom persönlich agierenden Einzelunternehmer bis zum von einer juristischen Person des Privatrechts getragenen Großunternehmen.[210] Ein wesentlicher Teil dieser unternehmerischen Freiheit ist die Vertragsfreiheit,[211] also insbesondere ob, wie und wem gegenüber man sich vertraglich bindet oder die Verbindung unter den gegebenen Voraussetzungen ändert oder ganz löst.

---

205 BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, E 7, S. 377–444 – *Apotheken-Urteil*; BVerfG v. 20.3.2001 – 1 BvR 491/96, E 103, S. 172, 183 – *Altersgrenze für Kassenärzte*; BVerfG v. 20.4.2004 – 1 BvR 838/02, E 110, S. 304, 321 – *Anwaltsnotariat I*.

206 BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, E 7, S. 377, 397 – *Apotheken-Urteil*; BVerfG v. 21.2.1962 – 1 BvR 198/57, E 14, S. 19, 22 (=NJW 1962, S. 579); BVerfG v. 26.6.2002 – 1 BvR 558/91, E 105, S. 252, 265 – *Glykol*; BVerfG v. 9.6.2004 – 1 BvR 636/02, E 111, S. 10, 28 – *Ladenschlussgesetz III*.

207 BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, E 7, S. 377, 397 – *Apotheken-Urteil*.

208 *Scholz*, in: Maunz/Dürig 2015, Lfg. 47, Art. 12 GG, Rn. 276.

209 BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, E 7, S. 377, 399 – *Apotheken-Urteil*.

210 BVerfG v. 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, E 50, S. 290, 363 – *Mitbestimmung*.

211 BVerfG v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, E 81, S. 242, 254 – *Handelsvertreter*.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.2.2.3 Konkurrenzen

Die berufliche Betätigung berührt eine Vielzahl von Themenbereichen. Entsprechend oft kommt es sowohl beim Arbeitnehmer als auch beim Arbeitgeber zu Überschneidungen mit anderen Grundrechten. Das Konkurrenzverhältnis gestaltet sich dabei je nach Grundrecht unterschiedlich. 92

2.2.2.3.1 Zu den Grundrechten des Arbeitnehmers

Die enge Verbindung des Berufs zur Persönlichkeit des Menschen[212] wirft Abgrenzungsfragen zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG auf. Die Grundlage des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG, welche z.B. die allgemeine Vertragsfreiheit enthält, wird im Bereich der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit jedenfalls von der Berufsfreiheit verdrängt.[213] Eingriffe in die Vertragsfreiheit im beruflichen Kontext sind darum ausschließlich an der Berufsfreiheit zu messen. 93

Der Gewährleistungsgehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geht dagegen auch im Bereich des Berufs- und Arbeitslebens über jenen der Berufsfreiheit hinaus. Aus ihm werden für den Arbeitnehmer z.B. ein Recht auf menschenwürdige Arbeitsbedingungen[214] sowie unter bestimmten Voraussetzungen ein Recht auf tatsächliche Beschäftigung (siehe 2.2.3.1, S. 98) abgeleitet. Anders als die allgemeine Handlungsfreiheit bleibt das allgemeine Persönlichkeitsrecht darum neben dem Grundrecht der Berufsfreiheit anwendbar.[215] 94

212 BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, E 7, S. 377, 397 – *Apotheken-Urteil*; BVerfG v. 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, E 50, S. 290, 362 – *Mitbestimmung*; BVerfG v. 18.6.1980 – 1 BvR 697/77, E 54, S. 301, 313 – *Buchführungsprivileg I* (=NJW 1981, S. 33); *Scholz,* in: Maunz/Dürig 2015, Lfg. 47, Art. 12 GG, Rn. 20.

213 NK-GA/*Hanau*, Art. 12 GG, Rn. 60; ErfK/*Schmidt*, Art. 12 GG, Rn. 15; *Scholz,* in: Maunz/Dürig 2015, Lfg. 47, Art. 12 GG, Rn. 122.

214 BAG v. 24.2.1982 – 4 AZR 223/80, E 38, S. 69, Rn. 29 (=NJW 1982, S. 2140); *Scholz,* in: Maunz/Dürig 2015, Lfg. 47, Art. 12 GG, Rn. 124; *Zöllner,* RdA 1973, S. 212, 214.

215 NK-GA/*Hanau*, Art. 12 GG, S. 60; ErfK/*Schmidt*, Art. 12 GG, Rn. 15; *Scholz,* in: Maunz/Dürig 2015, Lfg. 47, Art. 12 GG, Rn. 124.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.2.2.3.2 Zu der Eigentumsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 GG für den Arbeitgeber

95 Beim Arbeitgeber gilt es zuvorderst, das Konkurrenzverhältnis der Berufsfreiheit zur Eigentumsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 GG zu klären. Die Eigentumsgarantie schützt die Substanz der wirtschaftlich genutzten Vermögenswerte, was in der Industrie 4.0 vor allem das Eigentum und den berechtigten Besitz an den Produktionsmitteln erfasst.[216] Mit dieser Definition wird zugleich der enge Zusammenhang und die Abgrenzung der Eigentumsgarantie zur Berufsfreiheit deutlich. Beide Grundrechte gewährleisten Aspekte der wirtschaftlichen Freiheit.[217] Während die Berufsfreiheit aber den Erwerb schützt, schützt die Eigentumsgarantie das Erworbene.[218]

96 Welches Grundrecht betroffen ist, hängt davon ab, auf welchen Aspekt eine Maßnahme zielt.[219] Grenzt eine Maßnahme das Innehaben und die Verwendung vorhandener Vermögenspositionen ein, fällt dies in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 GG. Die Gewährleistungsfunktion dieses Rechts ist „objektbezogen"[220]. Beschränkungen der individuellen Erwerbs- und Leistungstätigkeit des Grundrechtsträgers fallen in den alleinigen Schutzbereich der Berufsfreiheit. Dieses Recht ist „zukunftsgerichtet"[221]. Überschneidungen der beiden Schutzbereiche werden in Richtung der Hauptzielrichtung aufgelöst. Die Berufsfreiheit erfasst darum auch solche – eigentlich Art. 14 Abs. 1 GG zugeordnete – Begrenzungen des Innehabens und der Verwendung vorhandener Vermögenspositionen, die sich mittelbar aus der in Frage stehenden Handlungsbeschränkung ergeben.[222]

97 Rechtliche Anforderungen an die Automatisierung des Arbeitsumfelds beschäftigen sich mit der Frage, wie die Arbeit im Zusammenwirken von Beschäftigten und Produktionsmitteln zu organisieren ist. Daraus können sich Beschränkungen für die konkrete Nutzbarkeit der Produktions- und

---

216 *Scholz,* in: Maunz/Dürig 2015, Lfg. 47, Art. 12 GG, Rn. 130.
217 *Scholz,* in: Maunz/Dürig 2015, Lfg. 47, Art. 12 GG, Rn. 131.
218 BVerfG v. 16.3.1971 – 1 BvR 52/66, E 30, S. 292, 334 f. – *Erdölbevorratung*; BVerfG v. 24.4.1991 – 1 BvR 1341/90, E 84, S. 133, 157 – *Warteschleife*; BVerfG v. 16.2.2000 – 1 BvR 420/97, E 102, S. 26, 40 – *Frischzellen*.
219 BVerfG v. 16.3.1971 – 1 BvR 52/66, E 30, S. 292, 335 – *Erdölbevorratung*; BVerfG v. 11.6.2008 – 1 BvR 3262/07, E 121, S. 317, 345 – *Rauchverbot in Gaststätten*.
220 BVerfG v. 16.3.1971 – 1 BvR 52/66, E 30, S. 292, 334 – *Erdölbevorratung*.
221 BVerfG v. 16.3.1971 – 1 BvR 52/66, E 30, S. 292, 334 – *Erdölbevorratung*.
222 BVerfG v. 16.2.2000 – 1 BvR 420/97, E 102, S. 26, 40 – *Frischzellen*; BVerfG v. 8.6.2010 – 1 BvR 2011/07, E 126, S. 112, Rn. 84 – *Privater Rettungsdienst*.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Assistenzsysteme ergeben. Dies betrifft jedoch nicht in erster Linie die Substanz oder den Wert dieser Gegenstände. Dass der Arbeitgeber zur Erreichung seiner unternehmerischen Ziele zumeist in irgendeiner Weise auf das bereits Erworbene zurückgreift, deren Verwendung nun begrenzt wird, spielt in diesem Kontext nur eine untergeordnete Rolle. Eine Maßnahme zur Automatisierung des Arbeitsumfelds zielt dagegen darauf ab, die Rahmenbedingungen der Arbeit und damit des Erwerbs zu gestalten. Insofern ist auf der Seite des Arbeitgebers lediglich die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG betroffen.

2.2.2.4 Eingriffe in die Berufsfreiheit

98 Die Berufsfreiheit schützt in erster Linie gegen staatliche Maßnahmen, sowohl gegen solche, die „klassisch" final und unmittelbar die erwerbswirtschaftliche Betätigung regeln als auch gegen solche, die lediglich faktisch und mittelbar Beeinträchtigungen verursachen.

99 Da die Berufstätigkeit jedoch nahezu alle Themenfelder der Wirtschafts- und Sozialpolitik in irgendeiner Weise berührt, droht die Anerkennung faktischer und mittelbarer Beeinträchtigungen den Schutzbereich der Berufsfreiheit konturlos werden zu lassen. Zur definitorischen Eingrenzung dieser Beeinträchtigung verlangt die Rechtsprechung darum, dass eine entsprechende Maßnahme objektiv eine berufsregelnde Tendenz aufweist.[223] Dazu muss sie in einem so engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs stehen, dass sie dessen Rahmenbedingungen ändert.[224] Eine bloß reflexhafte Einwirkung auf die Berufsfreiheit genügt nicht.[225]

100 Bei der Einordnung von Anforderungen an die Automatisierung des Arbeitsumfelds als Eingriffe in die Berufsfreiheit dürfte das Kriterium der berufsregelnden Tendenz kaum Probleme bereiten. Sowohl die Automatisierung als auch rechtliche Anforderungen hieran betreffen unmittelbar die Rahmenbedingungen, in denen die Arbeitnehmer bzw. der Arbeitgeber ihren Beruf ausüben.

---

223 BVerfG v. 17.12.2002 – 1 BvL 28/95, E 106, S. 275, 299 f. – *Arzneimittelfestbeträge*; BVerfG v. 13.6.2004 – 1 BvR 1298/97, E 111, S. 191, 213 – *Notarkassen*; BVerfG v. 5.11.2014 – 1 BvF 3/11, E 137, S. 350, 376 f. – *Luftverkehrsteuergesetz*.

224 BVerfG v. 13.6.2004 – 1 BvR 1298/97, E 111, S. 191, 213 – *Notarkassen*.

225 BVerfG v. 17.12.2002 – 1 BvL 28/95, E 106, S. 275, 299 – *Arzneimittelfestbeträge*.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.2.2.5 Schranken der Berufsfreiheit – Drei-Stufen-Lehre

101 Der – entgegen seines Wortlauts nicht nur für die Berufsausübung, sondern einheitlich für alle Ausformungen der Berufsfreiheit geltende[226] – Regelungsvorbehalt in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG ermöglicht Eingriffe in die Berufsfreiheit, wenn sie durch oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen. Der Eingriff muss dabei in jeder Hinsicht verfassungskonform sein, wobei der Schwerpunkt der Anforderungen auf der materiellen Verfassungsmäßigkeit und dort auf der Verhältnismäßigkeit liegt.

102 Die Rechtsprechung hat hierzu die Drei-Stufen-Lehre entwickelt, nach welcher die Prüfung speziell im Hinblick auf die Berufsfreiheit strukturiert wird.[227] Sie unterscheidet bei aufsteigender Eingriffsintensität und entsprechender Rechtfertigungsbedürftigkeit zwischen Berufsausübungsregeln sowie objektiven und subjektiven Berufswahlregeln. Berufsausübungsregeln betreffen lediglich die Art und Weise der Berufstätigkeit und sind bereits zulässig, wenn sie aufgrund vernünftiger Allgemeinwohlerwägungen zweckmäßig erscheinen. Subjektive Berufswahlregeln stellen auf persönliche Eigenschaften und Fähigkeiten ab und erfordern auf der Rechtfertigungsebene bereits den Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes, dass gegenüber der Freiheit des Einzelnen vorrangig ist. Objektive Berufswahlregeln beschränken die Berufsfreiheit schließlich nach objektiven Kriterien, auf die der Einzelne keinen Einfluss hat, und sind darum lediglich zur Abwendung einer nachweislich bestehenden oder höchstwahrscheinlich drohenden Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zulässig.

103 Diese Einteilung nach Stufen hat sich im weiteren Verlauf der Rechtsprechung als zu holzschnittartig erwiesen und ist darum vom Bundesverfassungsgericht stellenweise modifiziert worden. So können z.B. auch Berufsausübungsregeln das Gewicht einer Berufswahlregel erreichen[228] und Berufswahlregeln können sowohl objektive als auch subjektive Elemente enthalten.[229] Die Zuordnung einer Maßnahme zu einer bestimmten Stufe ist darum nur ein Indiz für deren Rechtfertigungsbedürftigkeit; entscheidend ist die tatsächlich bewirkte Beeinträchtigung. Im Ergebnis gleicht das Modell der aktuellen Rechtsprechung darum mehr einer Rampe als einer

226 Siehe Fn. 204.
227 BVerfG, 405 ff.
228 BVerfG v. 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82, E 77, S. 84, 106 – *Arbeitnehmerüberlassung*.
229 BVerfG v. 4.11.1992 – 1 BvR 79/85, E 87, S. 287, Rn. 101 – *Tätigkeit eines Rechtsanwaltes* (=NJW 1993, S. 317).

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Treppe.[230] Der Drei-Stufen-Lehre kommt insofern nur noch eine „didaktische Funktion“[231] zu, in der sie einerseits die große Spreizung möglicher Eingriffe aufzeigt und andererseits verdeutlicht, dass bloße Berufsausübungsregelungen prinzipiell Eingriffe von nur geringer Intensität darstellen und folglich nur mit geringen Anforderungen verbunden sind.

2.2.2.6 Beeinträchtigungen durch die Automatisierung des Arbeitsumfelds

Neben staatlichen Maßnahmen können auch die Handlungen des Arbeitgebers die Grundrechtsgewährleistung der Berufsfreiheit beeinträchtigen. Diese Handlungen stellen zwar mangels Grundrechtsgebundenheit des – privatwirtschaftlichen (siehe 2.2, S. 76) – Arbeitgebers keinen Eingriff dar, sind aber dennoch durch den Staat im Rahmen seiner Schutzpflichten grundrechtlich zu würdigen (siehe 2.2.1, S. 77). Diese staatlichen Schutzpflichten bestehen vor allem in Bereichen, in denen sich das Kräfteungleichgewicht der Parteien besonders stark zeigt, in denen der Arbeitnehmer also in besonderem Maße der Gestaltungsmacht des Arbeitgebers ausgesetzt ist.[232] 104

Für die Automatisierung des Arbeitsumfeldes ist hierzu vor allem das Direktionsrecht des Arbeitgebers nach § 106 S. 1 GewO zu nennen (dazu näher 2.2.3.3, S. 113). Danach kann der Arbeitgeber die im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebenen Leistungspflichten des Arbeitnehmers einseitig nach billigem Ermessen näher bestimmen. Dieses Direktionsrecht ist Ausdruck des umfassenden Organisations- und Leitungsrechts[233] des Arbeitgebers und als solches das Wesensmerkmal des Arbeitsverhältnisses. Gestaltet der Arbeitgeber das Arbeitsumfeld um, indem er verstärkt auf automatisierte Produktionsprozesse sowie die Unterstützung oder Steuerung des Menschen durch Assistenzsysteme setzt, konkretisiert er dadurch gleichzeitig die Leistungspflichten des Arbeitnehmers. Die Automatisierung des Arbeitsumfeldes ist darum vor allem am Direktionsrecht des Arbeitgebers zu messen. Die Grundrechte – sowohl des Arbeitnehmers als 105

230 ErfK/*Schmidt*, Art. 12 GG, Rn. 28.
231 ErfK/*Schmidt*, Art. 12 GG, Rn. 28.
232 Vgl. NK-GA/*Hanau*, Art. 12 GG, Rn. 45, der jedoch nicht auf das Konzept der Schutzpflichten abstellt, sondern auf die „staatliche Sanktionierung privater Geltungsmacht“.
233 *Hromadka/Maschmann* 2015, § 1 Rn. 23; BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auch des Arbeitgebers – finden dabei mittelbar, über die ausfüllungsbedürftige Klausel des billigen Ermessens in § 106 S. 1 GewO Berücksichtigung.[234]

2.2.2.6.1 Zuordnung zu den Eingriffsstufen

106 Welche Anforderungen sich aus der Berufsfreiheit für die Billigkeit einer Weisung nach § 106 S. 1 GewO ableiten lassen, bestimmt sich anhand einer Abwägung der Interessen des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers. Die Zuordnung einer Maßnahme zu einer der drei vom Bundesverfassungsgericht definierten Stufen ist dabei ein Indiz für die Tiefe des Eingriffs in die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers. Die genaue Eingriffstiefe muss zwar stets konkret festgestellt werden. Die Zuordnung zu einer Stufe dient aber als Richtschnur, wie schwer die Interessen des Arbeitgebers wiegen müssen, die hinter einer Maßnahme stehen.

2.2.2.6.1.1 Typische Eingriffe durch den Arbeitgeber

107 Besonders hohe Anforderungen müssen solche Maßnahmen erfüllen, welche die Berufswahlfreiheit des Arbeitnehmers einschränken oder seine wirtschaftliche Existenz bedrohen. So verknüpft die Rechtsprechung bspw. ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot, das für die Zeit seines Bestehens einer subjektiven Berufswahlregel gleichkommt, mit der Forderung nach einer Karenzentschädigung.[235] Ähnliches gilt für die Haftung des Arbeitnehmers für Schäden, die er in Ausführung betrieblicher Verrichtungen dem Arbeitgeber zugefügt hat. Sie betreffen zwar lediglich die Berufsausübung, können aber derart einschneidende Wirkung entfalten, dass in der Regel ein innerbetrieblicher Schadensausgleich[236] vorzunehmen ist.[237]

108 Eine Maßnahme zur Regelung der Berufsausübung ist dagegen mit geringen Anforderungen an denjenigen verbunden, der den Eingriff vornimmt. Beispielhaft wären hier Weisungen des Arbeitgebers zur Art der Tätigkeit

234 BAG v. 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, E 47, S. 363, Rn. 43 (=NZA 1986, S. 21); BAG v. 25.9.2013 – 10 AZR 270/12, E 146, S. 109, Rn. 37 (=NZA 2014, S. 41).

235 BVerfG v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, E 81, S. 242–263 – *Handelsvertreter*; BAG v. 23.2.1977 – 3 AZR 620/75, E 29, S. 30–40 (=NJW 1977, S. 1357).

236 Siehe Fn. 749.

237 BAG v. 12.6.1992 – GS 1/89, E 70, S. 337, Rn. 25 ff. (=NZA 1993, S. 547).

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und ihrer genauen Ausführung zu nennen. Für Eingriffe des Staates genügt es, wenn die Maßnahme aufgrund vernünftiger Allgemeinwohlerwägungen zweckmäßig erscheint.[238] Einen ähnlich niedrigen Maßstab hat man an das Handeln des Arbeitgebers anzulegen. Entsprechend dürften bereits vernünftige unternehmerische oder betriebliche Erwägungen einen Eingriff in die Berufsausübung rechtfertigen.

2.2.2.6.1.2 Änderung des Berufsbilds nicht geschützt

An die Automatisierung des Arbeitsumfeldes können keine hohen Anforderungen gestellt werden. Sie verändert zwar hergebrachte Berufsbilder und lässt unter Umständen auch einige vollends verschwinden. Das bedeutet aber nicht, dass derartige Maßnahmen an der Berufswahlfreiheit zu messen sind. Das Berufsbild wird durch Art. 12 Abs. 1 GG nicht in seinem Bestand geschützt. Die Berufsfreiheit schützt den Einzelnen davor, in seiner Berufswahl oder -ausübung eingeschränkt zu werden. Sie sichert damit die Teilnahme am Wettbewerb, gewährt aber keinen Anspruch, darin auch erfolgreich zu sein.[239] 109

Aus der Beschränkung des grundrechtlichen Schutzes auf die Teilnahme am Wettbewerb folgt, dass Änderungen am Berufsbild, die sich als Reaktion auf die Veränderung der Marktverhältnisse vollziehen, für sich genommen keinen Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit darstellen. Dies ist die Kehrseite des Eingangs erwähnten „autonomen Berufsschöpfungs- und Berufsprägungsrechts“ (siehe 2.2.2.2, S. 83). Eine Änderung der Verkehrsauffassung über die Handlungskompetenzen der Berufsträger und die Eigenverantwortlichkeit der Tätigkeit eines bestimmten Berufsbildes ist darum an sich ohne grundrechtliche Relevanz. 110

Die Automatisierung des Arbeitsumfeldes kann demnach nicht als Eingriff in die Berufswahl, sondern nur als wenig intensiver Eingriff in die Berufsausübung gewertet werden. In Bezug auf die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers sind darum nur geringe Anforderungen an die Rechtfertigung einer 111

238 BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, E 7, S. 377, 405 – *Apotheken-Urteil*.

239 BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, E 7, S. 377, 408 – *Apotheken-Urteil*; BVerfG v. 16.10.1968 – 1 BvR 241/66, E 24, S. 236, 251 – *Aktion Rumpelkammer*; BVerfG v. 26.6.2002 – 1 BvR 558/91, E 105, S. 252, 265 – *Glykol*. Auch gegen die Konkurrenz durch gesetzlich neugeschaffene Berufsbilder in einem regulierten Bereich besteht kein Schutz, BVerfG v. 1.2.1973 – 1 BvR 426/72, E 34, S. 252, 256 – *Vereinheitlichung der steuerberatenden Berufe* (=NJW 1973, S. 499).

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

arbeitgeberseitigen Maßnahme zu stellen. Umgekehrt gilt dies aber auch für die Berufsfreiheit des Arbeitgebers, in die durch eben jene Anforderungen eingegriffen wird. Eine angestrebte Automatisierung seines Betriebs ist nicht gleichbedeutend mit der Wahl eines Berufs. Auch hier ist lediglich die Berufsausübung betroffen.

2.2.2.6.2 Recht auf einen weisungsfreien Eigenbereich

112 Die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG vermittelt seinem Inhaber u.a. das Recht, seinen Beruf frei von staatlichen Eingriffen ausüben zu können. Auf das Verhältnis von Arbeitnehmer und Arbeitgeber gewendet, könnte daraus ein Recht des Arbeitnehmers abgeleitet werden, seinen Beruf auch gegenüber seinem Arbeitgeber möglichst frei, d.h. auch möglichst frei von Weisungen, auszuüben.

113 Soweit ersichtlich, ist ein Recht auf einen „weisungsfreien Eigenbereich" des Arbeitnehmers unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten noch nicht eingehend diskutiert worden.[240] Vereinzelt klingt an, dass ein solches Recht auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers gestützt werden könnte.[241] Jedenfalls, was die spezifisch berufliche Tätigkeit – gewissermaßen das Leistungsverhalten, welches vom Ordnungsverhalten abgegrenzt werden kann – betrifft, dürfte die Berufsfreiheit aber das speziellere Grundrecht sein.

2.2.2.6.2.1 Private Gestaltungsmacht

114 Ein Recht auf einen weisungsfreien Eigenbereich könnte einfachgesetzlich als Beschränkung der Ausübung des Weisungsrechts nach § 106 S. 1 GewO konstruiert werden. Bei der notwendigen verfassungskonformen Auslegung wären dabei zwei Dinge zu berücksichtigen. Zum einen sind die Handlungen des Arbeitgebers selbst durch sein Grundrecht auf unternehmerische Freiheit geschützt. Zum anderen hat der Arbeitnehmer auch mit dem Abschluss des Arbeitsvertrags seine Berufsfreiheit ausgeübt.[242] Indem

240 Zur privatrechtlichen, insbesondere arbeitsrechtlichen Diskussion *Tillmanns* 2007, S. 127 ff.; BeckOK ArbR/*Tillmanns*, § 106 GewO, Rn. 12.
241 In die Richtung *Tillmanns* 2007, S. 128.
242 NK-GA/*Hanau*, Art. 12 GG, Rn. 58.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

er sich dabei der Organisations- und Leitungsmacht des Arbeitgebers unterworfen hat, hat er erst die Grundlage für dessen Weisungsrecht gelegt.

Für die Abwägung der betroffenen Grundrechte bedeutet dies, dass dem Arbeitgeber im Vergleich zum Staat ein größerer Gestaltungsspielraum eingeräumt werden muss. Dies schlägt sich im Prüfungsaufbau nieder. Nach dem gängigen Schema muss ein Eingriff einen legitimen Zweck verfolgen, zu dessen Erreichung die konkrete Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen sein muss. Im Hinblick auf den legitimen Zweck ergeben sich keine Spielräume. Er besteht in der Durchführung des gemeinsam vereinbarten Arbeitsverhältnisses. Dabei verspricht der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber, gegen ein Entgelt und im Rahmen der vereinbarten Tätigkeit den Betriebszweck des Arbeitgebers zu fördern. Der Spielraum des Arbeitgebers setzt daran an, wie dieser Zweck genau zu verfolgen ist. 115

2.2.2.6.2.2 Beschränkung auf ein Verbot der Unverhältnismäßigkeit

Indem sich der Arbeitnehmer der Organisations- und Leitungsmacht des Arbeitgebers unterwirft, bringt er zum Ausdruck, dass er dessen Einschätzung hinsichtlich der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahme für die Förderung des Betriebszwecks grundsätzlich anerkennen will. Dies gilt bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs. Abgesehen von extremen Fallgestaltungen spielt die Eignung und Erforderlichkeit der Maßnahme – konkret der Weisung des Arbeitgebers – folglich keine Rolle.[243] Es wird gewissermaßen vermutet, dass diese Merkmale zutreffen. 116

Die Anforderungen an den Arbeitgeber beschränken sich dadurch auf ein Verbot der Unverhältnismäßigkeit. Um eine Weisung zu rechtfertigen, muss das Gestaltungsinteresse des Arbeitgebers das Interesse des Arbeitnehmers an einem weisungsfreien Bereich nicht überwiegen. Vielmehr gilt umgekehrt, dass eine Weisung nur unangemessen ist, wenn das Interesse des Arbeitnehmers überwiegt.[244] 117

Wird wie hier durch die Automatisierung des Arbeitsumfelds lediglich in die Berufsausübung eingegriffen, spricht wenig dafür, dass das Interesse des Arbeitnehmers dasjenige des Arbeitgebers überwiegt. In diesem Kontext lässt sich aus der Berufsfreiheit lediglich ein Willkürverbot ableiten. Der Arbeitgeber darf demnach seine Gestaltungsmacht nur ausüben, wenn 118

243 NK-GA/*Hanau*, Art. 12 GG, Rn. 58.
244 Siehe allgemein NK-GA/*Hanau*, Art. 12 GG, Rn. 58.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

er dafür einen sachlichen Grund anführen kann.[245] Dass dies nicht mit dem mangelnden Bestandsschutz für ein Berufsbild in Widerspruch steht, zeigt ein Vergleich mit der Situation im Kündigungsrecht.

2.2.2.6.2.3 Beispiel Kündigungsrecht

119 Im Bereich des Kündigungsrechts vermittelt Art. 12 Abs. 1 GG ebenfalls keine Bestandsgarantie für das konkrete Arbeitsverhältnis.[246] Unterhalb einer Garantie genießt das Interesse des Arbeitnehmers am Bestand seines Arbeitsverhältnisses jedoch sehr wohl grundrechtlichen Schutz. Dies gilt auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis nicht im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes liegt. In diesen Fällen gewährleistet die grundrechtskonforme Auslegung der einschlägigen Generalklauseln in §§ 138, 242 BGB einen Kündigungsschutz unterhalb des Niveaus des Kündigungsschutzgesetzes.[247]

120 Dieser Rückgriff auf die Schutzpflichten führt im Ergebnis zu einer gewissen Grundrechtsbindung des Arbeitgebers, der jedoch wiederum dessen eigene Grundrechtsberechtigung entgegensteht. Die ebenfalls durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Kündigungsfreiheit[248] des Arbeitgebers kann das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers jedoch nicht vollständig verdrängen. Beide Grundrechte sind wechselseitig so zu begrenzen, dass der Arbeitgeber an das Übermaßverbot gebunden ist. Der Arbeitnehmer wird dadurch zwar nicht auf dem Niveau des Kündigungsschutzgesetzes, wohl aber gegen willkürliche oder gegen auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen geschützt.[249] Hierzu zählen auch Kündigungen, die ohne einen irgendwie einleuchtenden Grund ausgesprochen werden.[250]

---

245 Zur einfachgesetzlichen Ableitung dieser Anforderungen siehe 2.4.4.1, S. 193.

246 BVerfG v. 24.4.1991 – 1 BvR 1341/90, E 84, S. 133, 146 – *Warteschleife*; BVerfG v. 10.12.1992 – 1 BvR 454/91, E 85, S. 360, 373 – *Akademie-Auflösung*; BVerfG v. 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, E 97, S. 169, 175 – *Kleinbetriebsklausel I; Scholz,* in: Maunz/Dürig 2015, Lfg. 47, Art. 12 GG, Rn. 53; *Weth/Gutting* 2015, S. 485 ff.

247 Zu § 138 BGB: BAG v. 16.2.1989 – 2 AZR 347/88, E 61, S. 151–162 (=NZA 1989, S. 962); zu § 242 BGB: BAG v. 30.11.1960 – 3 AZR 480/58, E 10, S. 207 (=NJW 1961, S. 1085); BAG v. 23.9.1976 – 2 AZR 309/75, E 28, S. 176, Rn. 27 (=NJW 1977, S. 1311).

248 *Preis,* in: Ascheid et al. 2017, Grundlagen A, Rn. 31; BeckOK GG/*Ruffert*, Art. 12 GG, Rn. 19.4.

249 BVerfG v. 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, E 97, S. 169, 179 – *Kleinbetriebsklausel I*.

250 BAG v. 25.4.2001 – 5 AZR 360/99, NZA 2002, S. 87, 89; BAG v. 28.8.2003 – 2 AZR 333/02, AP BGB § 242 Kündigung Nr. 17 (=NJOZ 2004, S. 4106); BAG v.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.2.2.6.2.4 Übertragung auf das Weisungsrecht

121 Dieses im Kündigungsrecht anerkannte Ergebnis kann nicht unbesehen in den Bereich des Weisungsrechts übertragen werden. So steht das Interesse des Arbeitnehmers an einer möglichst freien – d.h. von bestimmten, sehr kleinteiligen Weisungen freien[251] – Berufsausübung nicht auf derselben Stufe wie sein Interesse am Bestand des Arbeitsverhältnisses.[252]

122 Die Anforderung, nicht ohne einen sachlichen Grund zu handeln, ist allerdings so niedrig gehalten, dass kein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers erkennbar ist, frei davon agieren zu können. Die Interessenabwägung spricht also auch hier für ein Willkürverbot.

2.2.2.6.3 Interesse an zumutbaren Arbeitsbedingungen

123 Ein weiterer Ansatzpunkt, aus Art. 12 Abs. 1 GG Anforderungen an die Automatisierung des Arbeitsumfelds abzuleiten, ist das von der Berufsfreiheit geschützte Interesse des Arbeitnehmers an zumutbaren Arbeitsbedingungen.[253] Es ist jedoch fraglich, ob hieraus bestimmte Mindestanforderungen etwa in Bezug auf Handlungsautonomie oder Lernförderlichkeit abgeleitet werden können. Zumindest die Rechtsprechung, die ein Interesse an zumutbaren Arbeitsbedingungen anerkannt hat, lässt eine solche Interpretation nicht zu. Das Bundesverfassungsgericht hat den Begriff der zumutbaren Arbeitsbedingungen in zwei Entscheidungen verwendet:

6.11.2003 – 2 AZR 21/03, AP TzBfG § 14 Nr. 9 (=BeckRS 2004, 40630); *Preis*, in: Ascheid et al. 2017, Grundlagen J, Rn. 52; BeckOGK/*Sutschet*, § 620 BGB, Rn. 157.

251 Der Arbeitnehmer ist zur Erfüllung seiner Leistungspflicht darauf angewiesen, dass sie vom Arbeitgeber konkretisiert wird, er also z.B. eine Aufgabe und einen Arbeitsplatz zugewiesen bekommt. Wie sich am Beschäftigungsanspruch (siehe 2.2.3.2.2, S. 106) zeigt, liegt es in der Regel im Interesse des Arbeitnehmers selbst, dass dies geschieht (*Gragert*, in: Moll 2017, § 12, Rn. 52; ErfK/*Preis*, § 106 GewO, Rn. 16).

252 Das wirkt sich z.B. bei der Zwecksetzungsbefugnis des Arbeitgebers aus, siehe 3.6.1.2.1, S. 491.

253 BVerfG v. 29.12.2004 – 1 BvR 2582/03, K 4, S. 356, Rn. 39 – *Arbeitnehmerüberlassung*; BVerfG v. 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06, NZA 2007, S. 85, 87 – *Arbeit auf Abruf*.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

124 Die erste Entscheidung[254] des Bundesverfassungsgerichts betrifft die Verfassungsmäßigkeit der Regelungen im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG), welche den Verleiher verpflichten, dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher die im Betrieb des Entleihers für vergleichbare Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren („Equal Pay"). Das durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Interesse des Arbeitnehmers an zumutbaren Arbeitsbedingungen dient hier als Rechtfertigung für ein gesetzgeberisches Tätigwerden, mit dem lediglich ein relatives Niveau der Arbeitsbedingungen in Form eines Diskriminierungsverbots festgeschrieben wird. Ein absolutes Niveau schreibt das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nicht fest. Darüber hinaus betrifft das Diskriminierungsverbot in § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG nicht die eigentliche Tätigkeit, sondern setzt vielmehr eine Tätigkeit voraus, welche derjenigen der Stammbelegschaft vergleichbar ist.[255] Nur, wenn eine solche Vergleichsgruppe besteht, müssen die gleichen wesentlichen Arbeitsbedingungen gewährt werden. Hierzu zählen die Bestimmungen zum Arbeitsentgelt, zur Dauer der Arbeitszeit, zu den Überstunden, Pausen und Ruhezeiten, zur Nachtarbeit, zum Urlaub und zu arbeitsfreien Tagen[256] – und eben nicht Anforderungen an die Tätigkeit selbst.

125 Die zweite Entscheidung[257] betrifft die Inhaltskontrolle eines Arbeitsvertrags nach § 307 BGB. Hier billigt das Bundesverfassungsgericht die – mittlerweile in § 12 Abs. 2 TzBfG kodifizierte – Festlegung von Höchstanteilen flexibel abrufbarer Arbeitsleistung (25 %) und entnimmt Art. 12 Abs. 1 GG insofern Mindestanforderungen in Bezug auf die Arbeitszeit. Die Arbeitstätigkeit selbst ist davon abermals nicht betroffen.

126 In den beiden Entscheidungen leitet das Bundesverfassungsgericht aus Art. 12 Abs. 1 GG lediglich Anforderungen an bestimmte Arbeitsbedingungen ab. Die für die Automatisierung der Arbeit relevante Arbeitstätigkeit selbst zählt jeweils nicht dazu. Auf diesen Bereich ließen sich die Ausführungen des Gerichts, mit denen es ein Interesse des Arbeitnehmers an zumutbaren Arbeitsbedingungen anerkennt, nur beziehen, wenn sie ent-

---

254 BVerfG v. 29.12.2004 – 1 BvR 2582/03, K 4, S. 356–365 – *Arbeitnehmerüberlassung*.

255 NK-GA/*Ulrici*, § 3 AÜG, Rn. 39 f., sollte keine Vergleichsgruppe bestehen, gelten die Bedingungen im Fall einer hypothetischen Einstellung als Stammbelegschaft, NK-GA/*Ulrici*, § 3 AÜG, Rn. 40.

256 NK-GA/*Ulrici*, § 3 AÜG, Rn. 32.

257 BVerfG v. 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06, NZA 2007, S. 85–87 – *Arbeit auf Abruf*.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sprechend verallgemeinerungsfähig wären. Hiergegen spricht jedoch, dass die Entscheidungen zu sehr spezifischen Sachverhalten ergangen sind. Der Rechtsprechung können folglich auch keine aus Art. 12 Abs. 1 GG ableitbaren Mindestanforderungen an die Arbeitstätigkeit selbst entnommen werden. Das bedeutet nicht, dass das Grundgesetz hierzu keine Aussage trifft. Ein Vorgehen über das allgemeine Persönlichkeitsrecht erscheint hier aber sachnäher.

2.2.2.7 Fazit zur Berufsfreiheit

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer bei der Gestaltung der Arbeitstätigkeit in einem stark automatisierten Arbeitsumfeld lediglich insofern berücksichtigt werden muss, als sich hieraus ein Willkürverbot ergibt. Kann der Arbeitgeber jedoch einen Grund für die konkrete Gestaltung anführen, sind ihm durch Art. 12 Abs. 1 GG keine Einschränkungen auferlegt. 127

Die Berufsfreiheit schützt weder bestimmte Berufsbilder noch die mit ihnen verbundenen Vorstellungen über Handlungskompetenzen der Berufsträger oder über die Eigenverantwortlichkeit deren Tätigkeit. Auch das prinzipiell geschützte Interesse des Arbeitnehmers an zumutbaren Arbeitsbedingungen erstreckt sich nicht auf die Arbeitstätigkeit selbst. Bestimmte Anforderungen an die Tätigkeit, etwa ihre Lernförderlichkeit oder ein Mindestmaß an Eigenverantwortlichkeit, sind davon nicht erfasst. 128

2.2.3 Die übrigen Grundrechte des Arbeitnehmers

Für die Untersuchung arbeitsrechtlicher Grenzen oder Leitlinien für die Automatisierung des Arbeitsumfeldes sind jene Grundrechte des Arbeitnehmers von Bedeutung, aus denen eventuell Vorgaben zu bestimmten Beschäftigungsbedingungen abgeleitet werden können. Außer der bereits diskutierten Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG kommen hierfür das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und das Recht auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 GG in Betracht. 129

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.2.3.1 Körperliche Unversehrtheit

130 Das Recht auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG bezieht sich in erster Linie auf den Schutz der Gesundheit im biologisch-physiologischen Sinne. Das geistig-seelische oder soziale Wohlbefinden ist dagegen nicht per se Teil des Schutzbereichs dieses Grundrechts. Die psychische Integrität wird vielmehr lediglich insoweit geschützt, als sie sich auch auf die physische Integrität auswirkt. Das ist bei psychischen Krankheiten, nicht aber schon bei der Beeinträchtigung psychischer Befindlichkeiten der Fall.[258]

2.2.3.1.1 Typische Gefährdungen in der Industrie 4.0

131 Die moderne Industriearbeit setzt die Beschäftigten einer Vielzahl von Gefährdungen sowohl für die physische als auch die psychische Gesundheit aus. An dieser allgemeinen Gefährdungslage wird auch die Entwicklung zur Industrie 4.0 nichts Grundlegendes ändern. Einige Einflussfaktoren werden sich in der Industrie 4.0 jedoch verstärken oder jedenfalls verändern, sodass diesbezüglich von Industrie 4.0-spezifischen Gefährdungen gesprochen werden kann. In der arbeitsrechtlichen Diskussion werden dazu vor allem zwei Punkte genannt:

132 Der erste Punkt betrifft die Gefährdung der physischen Gesundheit der Beschäftigten durch neuartige Assistenzsysteme wie Leichtbauroboter, die direkt, d.h. ohne schützende Sicherheitszäune oder ähnliche Schutzmaßnahmen, mit den Beschäftigten zusammenarbeiten sollen (kollaborative Roboter),[259] sowie durch Datenbrillen oder andere, am Körper getragene Geräte, über welche den Beschäftigten Informationen eingeblendet werden.[260] Wenn Mensch und Roboter nicht mehr voneinander getrennt sind, sondern sich einen Arbeitsbereich teilen, steigt dadurch die Kollisions- und dadurch letztlich die Verletzungsgefahr.[261] Aber auch die weit weniger bedrohlich wirkenden Datenbrillen können bei mangelnder ergonomischer

---

258 BVerfG v. 14.1.1981 – 1 BvR 612/72, E 56, S. 54, 73 ff. – *Fluglärm*; *Schmidt am Busch,* in: Kollmer et al. 2016, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rn. 24.

259 *Gerst,* DGUV-Forum 6/2015, S. 34, 35; *Görke et al.,* ZWF 2017, S. 41–45; *Kohte,* NZA 2015, S. 1417, 1419.

260 *Krause* 2016a, S. 58.

261 *Huelke et al.,* MM 33/2010, S. 32–34; *Ottersbach* 2011, S. 7; *Schmauder, et al.* 2016, S. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gestaltung die Muskulatur und die Augen beanspruchen und so über längere Zeit Gesundheitsbeeinträchtigungen hervorrufen.[262]

133 Der zweite Punkt betrifft den Schutz vor psychischen Belastungen, welche die Grenze vom bloßen Unwohlsein zur Gesundheitsgefährdung überschreiten.[263] Hier ist gegenwärtig bereits eine Zunahme psychischer Erkrankungen zu verzeichnen, die zumindest teilweise auf die typischen Stressfaktoren einer durch die Digitalisierung geprägten Arbeitsumwelt zurückgeführt werden.[264] Als problematisch erweisen sich dabei vor allem die Fragmentierung von Arbeitsprozessen und die Informationsüberlastung der Beschäftigten.[265]

134 Von der Entwicklung zur Industrie 4.0 wird befürchtet, dass sie diese Tendenzen noch verstärken könnte, da die Beschäftigten hier noch mehr als schon bisher in der Lage sein müssen, komplexe Probleme selbständig und in wechselnden Organisationsformen zu lösen (siehe 1.2.3.2.2, S. 68).[266] Aber auch auf der anderen Seite der polarisierten Arbeitswelt (siehe 1.2.3.2.1, S. 66), bei den auch in der Industrie 4.0 verbleibenden Einfachaufgaben, können bestehende psychische Belastungsfaktoren stärker hervortreten. Als solche wirken nämlich nicht nur Dinge wie die Arbeitsintensität oder die Anforderungen an das Planungs- und Informationsverarbeitungsvermögen, sondern auch die fehlende Lernförderlichkeit der Arbeit und mangelnde Handlungsspielräume.[267] Besonders bei den sogenannten Restarbeiten, die in Automatisierungslücken verbleiben und durch monotone und desqualifizierende Aufgaben gekennzeichnet sind,[268] dürften diese Belastungsfaktoren folglich zunehmen.

---

262 *BAuA* 2016.

263 *Schmidt am Busch,* in: Kollmer et al. 2016, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rn. 25.

264 Dazu ausführlich *Krause* 2016a, S. 66 ff.; allgemein *Schmidt am Busch,* in: Kollmer et al. 2016, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rn. 28.

265 *BMAS* 2016, S. 19.

266 *Haase, et al.* 2015, S. 195; *Krause* 2016a, S. 68; *Rothe,* baua: Aktuell 2/2015, S. 12, 13; allgemein in Bezug auf technologiegetriebene Lebens- und Arbeitswelt, *Suva,* Bestellnummer 2931.d, S. 26.

267 *Rothe,* baua: Aktuell 2/2015, S. 12, 13.

268 *Rothe,* baua: Aktuell 2/2015, S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.2.3.1.2 Staatliche Schutzpflichten

135 Aus dieser Gefährdungslage für die Beschäftigten können für den Staat Schutzpflichten zu ihren Gunsten erwachsen. Ob er letztlich tätig werden muss, bestimmt sich nach einer Risikoabwägung, in welche die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, das Ausmaß des Schadens und die Bedeutung des betroffenen Rechtsguts einfließen.[269] Dem Gesetzgeber steht dabei ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsfreiraum zu, der auch Raum für die Berücksichtigung konkurrierender öffentlicher und privater Interessen beinhaltet[270] und der sich sowohl auf die Beurteilung der Gefahren selbst als auch auf die Art und Weise bezieht, wie diese wirkungsvoll bekämpft werden können.[271]

136 Grenzen zieht das Bundesverfassungsgericht dort, wo sich bestimmte Gefahren – wie z.B. die Nachtarbeit – nach der überwiegenden Meinung in der Wissenschaft[272] nachgewiesen schädlich auf die menschliche Gesundheit auswirken. Diese Konstellation definiert die Mindestschwelle, ab der der Gesetzgeber tätig werden muss. Hier keine oder nur eine offensichtlich ungeeignete[273] gesetzliche Regelung zu treffen, würde das Untermaßverbot verletzen.[274]

137 Der Gesetzgeber ist diesen Schutzpflichten durch die Normierung unterschiedlicher Arbeitsschutzgesetze nachgekommen, zu denen sowohl öffentlich-rechtliche Regelungen wie die des Arbeitsschutzgesetzes und des Arbeitssicherheitsgesetzes als auch privatrechtliche Regelungen wie die in § 618 BGB oder – im Sinne eines sozialen Arbeitsschutzes – die Regelungen zu Urlaub und Arbeitszeit gehören. Darüber hinaus hat er auch die Möglichkeit geschaffen, dass die selbstverwalteten öffentlich-rechtlichen Unfallversicherungsträger sowie die Tarif- und Betriebsparteien einen autonomen Arbeitsschutz betreiben können.[275]

---

269 *Schmidt am Busch*, in: Kollmer et al. 2016, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rn. 29.
270 BVerfG v. 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, E 85, S. 191, 212 – *Nachtarbeitsverbot*.
271 ErfK/*Schmidt*, Art. 2 GG, Rn. 111.
272 BVerfG v. 11.6.2008 – 1 BvR 3262/07, E 121, S. 317, 352 f. – *Rauchverbot in Gaststätten*; *Schmidt am Busch*, in: Kollmer et al. 2016, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rn. 30.
273 BVerfG v. 29.10.1987 – 2 BvR 624/83, E 77, S. 170, 215 – *Lagerung chemischer Waffen*; BVerfG v. 28.2.2002 – 1 BvR 1676/01, NJW 2002, S. 1638, 1639.
274 BVerfG v. 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, E 85, S. 191, 212 f. – *Nachtarbeitsverbot*.
275 ErfK/*Schmidt*, Art. 2 GG, Rn. 112.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

138 Die Grenze für diese gesetzgeberischen Maßnahmen als auch ihre Umsetzung durch die Verwaltung und die Gerichte bildet vor allem die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte unternehmerische Organisationsfreiheit des Arbeitgebers. Zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme kann dabei das vom Bundesverfassungsgericht entworfene Drei-Stufen-Modell (siehe 2.2.2.5, S. 88) herangezogen werden. Die gesetzlichen Vorgaben stellen für den Arbeitgeber nach diesem System bloße Berufsausübungsregeln dar, die durch jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls gerechtfertigt werden können. Demgegenüber wird die Gesundheit – hier speziell der Beschäftigten – als überragend wichtiges Gut eingestuft.[276] Der weite Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsfreiraum des Gesetzgebers besteht darum nicht nur „nach unten", d.h. im Sinne der aufgezeigten Mindestschwelle, sondern auch „nach oben", d.h. im Sinne des klassischen Übermaßverbots.

139 Berücksichtigt man die intensive Regelungstätigkeit, mit welcher der Gesetzgeber seinen Spielraum im Bereich des Arbeitsschutzes genutzt hat, wird deutlich, dass sich hier – abgesehen von besagter Mindestschwelle – kaum verfassungsunmittelbare Anforderungen ableiten lassen. Maßgeblich sind darum in erster Linie die einfachgesetzlichen Regelungen des Arbeitsschutzrechts.

276 BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, E 7, S. 377, 414 – *Apotheken-Urteil*; BVerfG v. 11.6.2008 – 1 BvR 3262/07, E 121, S. 317, 349 – *Rauchverbot in Gaststätten* BVerfG NJW 2008, 2409, 2412.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.2.3.2 Allgemeines Persönlichkeitsrecht

140 Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist eine Schöpfung der Rechtsprechung,[277] mit der sie – als „lückenschließende[r] Gewährleistung"[278] – jene Elemente der Persönlichkeit des Einzelnen schützt, die nicht bereits in den Schutzbereich eines speziellen Freiheitsgrundrechts des Grundgesetzes fallen.[279] Dogmatisch wird dieses Recht aus der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet, deren Schutzbereich durch die Verbindung mit der Menschenwürdegarantie in Art. 1 Abs. 1 GG verstärkt wird, ohne aber das dort verankerte Abwägungsverbot zu übernehmen.[280] Die Schrankenregelung entspricht derjenigen der allgemeinen Handlungsfreiheit, also einem einfachen Gesetzesvorbehalt.[281]

141 Im Laufe der Zeit wurden eine Vielzahl von Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts entwickelt, die – ohne dass sie trennscharf gegeneinander abgegrenzt werden können – alle einen bestimmten Schutzbereich abdecken. Zu ihnen zählt z.B. das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, gegenüber dem die vergleichbaren EU-Grundrechte aber Anwendungsvorrang beanspruchen. Darauf soll unter dem Gliederungspunkt 3.2.1.3, S. 259 ff. detailliert eingegangen werden.

142 Für die hier aufgeworfene Frage nach den rechtlichen Anforderungen an die Arbeitstätigkeit in einem automatisierten Umfeld spielt das allgemeine

---

277 Ausgangspunkt der Entwicklung ist die Anerkennung dieses Rechts als sonstiges Recht nach § 823 Abs. 1 BGB durch den Bundesgerichtshof, BGH v. 25.5.1954 – I ZR 211/53, Z 13, S. 334, Rn. 20 – *Leserbrief*; BGH v. 2.4.1957 – VI ZR 9/56, Z 24, S. 72, Rn. 13 – *Krankenpapiere* (=NJW 1957, S. 1146); BGH v. 14.2.1958 – I ZR 151/56, Z 26, S. 349, Rn. 16 f. – *Herrenreiter*; BGH v. 18.9.2012 – VI ZR 291/10, NJW 2012, S. 3645. Diese von Anfang an auf Art. 1 und Art. 2 GG gestützte Argumentation hat das Bundesverfassungsgericht später übernommen. Anklänge finden sich bereits in BVerfG v. 16.2.1957 – 1 BvR 253/56, E 6, S. 32, 41 – *Elfes*; BVerfG v. 10.5.1957 – 1 BvR 550/52, E 6, S. 389, 433 – *Homosexuelle*. Als „Persönlichkeitsrecht" wird es erstmals in BVerfG v. 15.1.1970 – 1 BvR 13/68, E 27, S. 344, 351 – *Ehescheidungsakten* bezeichnet. Zur Anerkennung des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, s. BVerfG v. 31.1.1973 – 2 BvR 454/71, E 34, S. 238, 247 – *Tonband*; BVerfG v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, E 34, S. 269, 280 ff. – *Soraya*.

278 BVerfG v. 9.10.2002 – 1 BvR 1611/96, E 106, S. 28, 39 – *Mithörvorrichtung*.

279 BVerfG v. 3.6.1980 – 1 BvR 185/77, E 54, S. 148, 153 – *Eppler*; BVerfG v. 26.2.1997 – 1 BvR 2172/96, E 95, S. 220, 241 – *Aufzeichnungspflicht*; BVerfG v. 27.2.2008 – 1 BvR 370, 595/07, E 120, S. 274, 303 – *Online-Durchsuchungen*.

280 BVerfG v. 15.1.1970 – 1 BvR 13/68, E 27, S. 344, 351 – *Ehescheidungsakten*.

281 BVerfG v. 16.2.1957 – 1 BvR 253/56, E 6, S. 32, 38 – *Elfes*.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Persönlichkeitsrecht vor allem als Grundlage des Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers (2.2.3.2.2, S. 106) und der damit verbundenen Pflicht zur menschengerechten Gestaltung der Arbeit (2.2.3.2.3, S. 109) eine Rolle. Dazu muss jedoch zunächst geprüft werden, wie speziell das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer wirkt.

2.2.3.2.1 Wirkung im Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer

143 Wie bei allen Grundrechten bestehen auch hinsichtlich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers staatliche Schutzpflichten, die sowohl auf der Normsetzungs- als auch der Normanwendungsebene berücksichtigt werden müssen.[282] In einzelnen Bereichen ist der Gesetzgeber diesen Pflichten durch die Schaffung spezieller einfachgesetzlicher Regelungen nachgekommen. Im Kontext des Beschäftigungsverhältnisses spielen dabei insbesondere die Regelungen in § 26 BDSG 2018 sowie in §§ 75 Abs. 2 und 81 ff. BetrVG eine Rolle. In weiten Teilen findet das allgemeine Persönlichkeitsrecht jedoch über die entsprechend grundrechtskonforme Auslegung von Generalklauseln Berücksichtigung.

2.2.3.2.1.1 Unterschiedliche „Einfallstore“ ins Arbeitsverhältnis

144 Zu diesen Generalklauseln zählt die von jedermann – also auch dem Arbeitgeber[283] – zu beachtende Regelung des § 823 Abs. 1 BGB, in dessen Rahmen das allgemeine Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht anerkannt ist.[284] Dieses zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht ist mit dem grundrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht identisch.[285] Das liegt zum einen schlicht in seiner systembedingt anderen Wirkungsweise begründet – es bindet nicht die öffentliche Gewalt, sondern lediglich pri-

282 Statt Vieler *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig 2015, Lfg. 39, Art. 2 GG, Rn. 135 f.

283 BAG v. 8.2.1984 – 5 AZR 501/81, E 45, S. 111, Rn. 25 (=NZA 1984, S. 225) dort allerdings gestützt auf §§ 12, 862, 1004 analog; BAG v. 19.2.2015 – 8 AZR 1007/13, ZD 2015, S. 484, 485.

284 BGH v. 25.5.1954 – I ZR 211/53, Z 13, S. 334, Rn. 20 – *Leserbrief*; BGH v. 2.4.1957 – VI ZR 9/56, Z 24, S. 72, Rn. 13 – *Krankenpapiere* (=NJW 1957, S. 1146); BGH v. 14.2.1958 – I ZR 151/56, Z 26, S. 349, Rn. 16 f. – *Herrenreiter*; BGH v. 18.9.2012 – VI ZR 291/10, NJW 2012, S. 3645.

285 MHdB ArbR/*Reichold*, § 94, Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vatrechtsförmig Handelnde. Es zeigt sich aber auch an seinem gegenüber Art. 2 Abs. 1, i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abweichenden Gewährleistungsumfang. Beide Rechte dienen dem Schließen von Lücken in ihrem System, den zivilrechtlich normierten absoluten Rechten mit Persönlichkeitsbezug bzw. den hierauf bezogenen Grundrechten.

145 Trotz großer Übereinstimmung, etwa im Bereich des Schutzes der Privatsphäre, des Ehrschutzes und des Rechts am eigenen Bild unterscheidet sich ihr Schutzbereich darum entsprechend dieser unterschiedlich großen Lücken. Das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht kann darum auch Elemente des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses, der Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie der Freiheit der Meinungsäußerung enthalten, die im System der Grundrechte durch spezielle Freiheitsgarantien erfasst sind.[286] Umgekehrt enthält das grundrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht z.B. mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und dem Recht am eigenen Bild[287] Ausprägungen, die einfachgesetzlich geregelt sind.

146 Der über § 823 Abs. 1 BGB vermittelte Persönlichkeitsrechtsschutz wurde durch die einfachgesetzlichen Regelungen, insbesondere denen des Datenschutzrechts zwar nicht eingeschränkt. Bereits nach alter Rechtslage war er aber nur dort relevant, wo gerade das Bundesdatenschutzgesetz nach alter Fassung Regelungslücken aufwies. Das betraf zum Beispiel die Fälle des Medienprivilegs nach § 41 BDSG 2003 (nun Art. 85 DS-GVO i.V.m. §§ 9c und 57 RStV),[288] der Schadensersatzregelungen[289] oder von Unterlassungsansprüchen[290]. Seit der Geltung der Datenschutz-Grundverordnung wird dieses Abgrenzungsproblem auch vom Anwendungsvorrang des Europarechts (dazu 3.2.2.1.1, S. 262) überlagert, sodass der Schutz nach § 823 Abs. 1 BGB nur dort in Betracht kommt, wo die Verordnung keine Regelung trifft – etwa im Bereich des Medienprivilegs nach Art. 85 DS-GVO. Außerhalb dieser speziell geregelten Bereiche ist der über § 823 Abs. 1 BGB aber weiterhin relevant.

147 Im Arbeitsverhältnis kommt hinzu, dass neben einer deliktischen auch eine vertragliche Grundlage zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer besteht, die entsprechend unter Beachtung des allgemeinen Persönlichkeits-

286 *Jarass,* NJW 1989, S. 857, 858; *Wiese,* ZfA 1996, S. 439, 469.
287 BVerfG v. 15.12.1999 – 1 BvR 653/96, E 101, S. 361, 381 – *Caroline von Monaco II*.
288 BGH v. 5.11.2013 – VI ZR 304/1, Z 198, S. 346–354 (=GRUR 2014, S. 200).
289 BAG v. 19.2.2015 – 8 AZR 1007/13, ZD 2015, S. 484, 485.
290 BGH v. 20.2.2018 – VI ZR 30/17, Z 217, S. 340, Rn. 21 (=NJW 2018, S. 1884).

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rechts ausgelegt werden kann. § 823 Abs. 1 wirkt darum allenfalls in Randbereichen als Einfallstor. In der weit überwiegenden Zahl der Fälle wird es dagegen durch eine entsprechende Gestaltung der vertraglichen Pflichten des Arbeitgebers zur Geltung gebracht. Hierfür bilden die Generalklauseln in § 241 Abs. 2[291] und § 242 BGB[292] sowie § 106 S. 1 GewO[293] die geeigneten Grundlagen.

2.2.3.2.1.2 Unterschiedliche Reichweite

148 Die Unterscheidung zwischen diesen „Einfallstoren" für das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1, i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist nicht allein von akademischem Interesse, sondern hat auch Einfluss auf die Reichweite, mit der dieses Grundrecht in diesem Privatrechtsverhältnis wirken kann. Das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht ist lediglich ein Abwehrrecht gegenüber rechtswidrigen Eingriffen in die Persönlichkeitssphäre. Über diesen Hebel kann das Grundrecht darum nur seine klassische negatorische Wirkung entfalten.

149 Eine positive grundrechtlich motivierte Pflicht des Arbeitgebers, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu fördern, kann dagegen allein im Rahmen der Fürsorgepflicht – genauer der Rücksichtnahmepflicht (siehe 2.3.4, S. 163) – des Arbeitgebers nach § 241 Abs. 2 BGB begründet werden.[294] Diese besondere Bedeutung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Beschäftigungsverhältnis erklärt sich daraus, dass sich die Arbeitskraft nicht wie eine Ware von der Person des Arbeitnehmers trennen lässt.[295] Das Beschäftigungsverhältnis hat insofern einen „personalen Gehalt",[296] da es

291 BAG v. 25.10.2007 – 8 AZR 593/06, E 124, S. 295, Rn. 78 (=NZA 2008, S. 223); MHdB ArbR/*Reichold*, § 94, Rn. 1; MüKo BGB/*Spinner*, § 611a BGB, Rn. 901.

292 BAG v. 27.2.1985 – GS 1/84, E 48, S. 122, Rn. 48 (=NZA 1985, S. 702); BAG v. 12.9.2006 – 9 AZR 271/06, E 119, S. 238, Rn. 20 (=NZA 2007, S. 269).

293 BAG v. 12.8.1999 – 2 AZR 55/99, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 41 (=NZA 1999, S. 1209).

294 Noch zu § 242 BGB *Wiese,* ZfA 1996, S. 439, 469; zum dogmatischen Wandel nach der Schuldrechtsreform MHdB ArbR/*Reichold*, § 91, Rn. 1 ff.

295 So schon *Marx* 1962, S. 188 „Die eigentümliche Natur dieser spezifischen Ware, der Arbeitskraft, bringt es mit sich, daß mit der Abschließung des Kontrakts zwischen Käufer und Verkäufer ihr Gebrauchswert noch nicht wirklich in die Hand des Käufers übergegangen ist." Zur Einordnung *Minssen* 2012, S. 32.

296 *Wiese*, ZfA 1996, S. 439–479.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht „lediglich einzelne bestimmte Leistungen betrifft, sondern für seinen Geltungsbereich die ganze Person des Arbeitnehmers erfasst [und] deshalb wesentlich sein Leben gestaltet und seine Persönlichkeit bestimmt."[297]

2.2.3.2.2 Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers

150 Welche Auswirkungen dieser personelle Gehalt auf die Pflichten des Arbeitgebers hat, lässt sich am Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers illustrieren. Aus dem Beschäftigungsanspruch können zwar – so viel sei hier vorweggenommen – keine unmittelbaren Beschäftigungsbedingungen abgeleitet werden. Das Beispiel zeigt aber, wie dem Arbeitsverhältnis durch verfassungskonforme Auslegung der Rücksichtnahmepflicht des Arbeitgebers nach § 241 Abs. 2 BGB ein Inhalt gegeben werden kann, der in den einfachgesetzlichen Regelungen nicht nur nicht angelegt ist, sondern der diesen auf den ersten Blick sogar zu widersprechen scheint.

151 Die Notwendigkeit zur grundrechtlich fundierten Fortentwicklung des Rechts ergibt sich daraus, dass das Dienstvertragsrecht nach §§ 611 ff. BGB, auf dem auch das Arbeitsverhältnis nach § 611a BGB beruht, anders als z.B. das Kaufrecht in § 433 Abs. 2 BGB keine Abnahmepflicht des Gläubigers der Dienstleistung kennt. Nach der Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuchs könnte ein Arbeitnehmer, dem trotz wirksamen Arbeitsvertrags die Beschäftigung verweigert wird, darum allenfalls sein Arbeitsentgelt verlangen, nicht aber, dass er auch tatsächlich beschäftigt wird.[298] Dieses Ergebnis wird indessen der grundrechtlich geschützten Interessenlage des Arbeitnehmers nicht gerecht und ist vom Bundesarbeitsgericht entsprechend korrigiert worden.

---

297 BAG v. 10.11.1955 – 2 AZR 591/54, E 2, S. 221, Rn. 5 (=AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht); bestätigend BAG v. 27.2.1985 – GS 1/84, E 48, S. 122, Rn. 47 (=NZA 1985, S. 702). Die Bedeutung des Persönlichkeitsrechts wird auch von den Kritikern eines daraus abgeleiteten Beschäftigungsanspruchs anerkannt, z.B. *Pallasch* 1993, S. 64, der diesen Anspruch als eine Ergänzung des Kündigungsschutzrechts ansieht.

298 MHdB ArbR (3. Aufl.)/*Reichold*, § 84, Rn. 4; *Weber* 2015, S. 130 f.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.2.3.2.2.1 Grundrechtliche Herleitung

152 Das Bundesarbeitsgericht hat schon bald nach Inkrafttreten des Grundgesetzes, gestützt auf das verfassungsrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht, einen Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers während des Bestehens des Arbeitsvertrags anerkannt.[299] Geschah dies zunächst noch unter unmittelbarer Anwendung dieses Grundrechts,[300] tauschte das Gericht die dogmatische Herleitung später aus und berücksichtigt den verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz nunmehr lediglich mittelbar, über die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nach § 242 BGB.[301] In der Sache hat sich an der Begründung jedoch nichts verändert. Ausgangspunkt ist die These, dass die Achtung und Anerkennung des Arbeitnehmers als Mensch nicht allein auf dem wirtschaftlichen Wert seiner Leistung beruhe, sondern auch darauf, wie er seine Aufgaben erledige. Der Arbeitnehmer dürfe während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses seine Arbeitskraft keinem anderen anbieten, was auf einen Zwang zum Nichtstun hinauslaufe. Dieser Ausschluss von der Beschäftigung lasse den Arbeitnehmer nicht mehr als vollwertiges Mitglied der Berufsgemeinschaft und der Gesellschaft überhaupt erscheinen. Dass er dennoch Arbeitsentgelt erhalte, schwächt nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts diesen Effekt nicht, sondern verstärkt ihn noch. Denn es werde als verächtlich wahrgenommen, Lohn ohne entsprechende Leistung in Empfang zu nehmen. Abgesehen vom negativen Bild, das Dritte über den Arbeitnehmer erlangen könnten, betont das Gericht schließlich auch die fehlende Möglichkeit, seine beruflichen Fähig-

299 BAG v. 10.11.1955 – 2 AZR 591/54, E 2, S. 221 (=AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht).

300 BAG v. 10.11.1955 – 2 AZR 591/54, E 2, S. 221, Rn. 5 (=AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht). Das Gericht stellt maßgeblich auf den Charakter des Arbeitsverhältnisses als ein „personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis“ ab, welches wesentlich die Persönlichkeit des Arbeitnehmers bestimme. Deshalb müsse der Arbeitgeber „auf Grund der jedermann aus Art. 1 und 2 GG obliegenden Verpflichtung […] alles unterlassen, was die Würde des Arbeitnehmers und die freie Entfaltung der Persönlichkeit beeinträchtigen kann.“

301 BAG v. 27.2.1985 – GS 1/84, E 48, S. 122, Rn. 48 (=NZA 1985, S. 702). Die letzte Entscheidung erging zwar zum Weiterbeschäftigungsanspruch während eines Kündigungsschutzprozesses, die darin getätigten Aussagen gelten aber auch für den Beschäftigungsanspruch im wirksamen und ungekündigten Arbeitsverhältnis.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keiten in der Beschäftigung zu erhalten und fortzubilden und so seine Persönlichkeit zu entfalten.[302]

153 Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers basiert ebenso wie dessen Schutz gegen willkürliche oder sachfremd motivierte Kündigungen oder Weisungen auf dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz,[303] der den Arbeitgeber dazu verpflichtet, eine an sich zulässige, jedoch in die Interessen des Arbeitnehmers eingreifende Rechtsausübung auf ein angemessenes Maß zu beschränken. Das kann die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, eine die Leistungspflicht konkretisierende Weisung oder eben die Entscheidung, die angebotene Arbeitsleistung nicht anzunehmen betreffen. Anders als die aus der Berufsfreiheit abgeleiteten Interessen (siehe 2.2.2.6, S. 89) wiegt das aus dem Persönlichkeitsrecht abgeleitete Beschäftigungsinteresse jedoch in der Regel schwerer als die Interessen des Arbeitgebers. Der Grundsatz kehrt sich hier also in sein Gegenteil um. Ein Beschäftigungsanspruch besteht nur dann nicht, wenn die schützenswerten Interessen des Arbeitgebers an einer Nichtbeschäftigung überwiegen.[304]

2.2.3.2.2.2 Voraussetzungen und Reichweite

154 Der Beschäftigungsanspruch setzt ein wirksames[305] Arbeitsverhältnis voraus und lautet auf die tatsächliche Beschäftigung im vertraglich festgelegten Tätigkeitsbereich. Dazu muss der Arbeitgeber die notwendigen sachlichen und personellen Mittel zur Verfügung stellen und sein Weisungsrecht entsprechend ausüben.[306] Der Beschäftigungsanspruch betrifft also lediglich das „Ob" der Beschäftigung, deren „Wie" sich ausschließlich nach individual- und kollektivarbeitsvertraglichen Regelungen sowie den gesetzlichen Vorgaben bestimmt.

155 Der individuelle Beschäftigungsanspruch kann ein Vehikel sein, über das der einzelne Arbeitnehmer die Erfüllung dieser – vornehmlich behördlich

302 BAG v. 10.11.1955 – 2 AZR 591/54, E 2, S. 221, Rn. 5 (=AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht).

303 In Bezug auf den Beschäftigungsanspruch, MHdB ArbR (3. Aufl.)/*Reichold*, § 84, Rn. 13.

304 BAG v. 27.2.1985 – GS 1/84, E 48, S. 122, Rn. 55 (=NZA 1985, S. 702).

305 Der Anspruch auf Beschäftigung über das Vertragsende hinaus wird als Weiterbeschäftigungsanspruch bezeichnet und soll hier nicht behandelt werden. Zu der Unterscheidung, siehe MHdB ArbR (3. Aufl.)/*Reichold*, § 84, Rn. 1.

306 *Weber* 2015, S. 144.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

oder kollektivarbeitsrechtlich durchzusetzenden – Vorgaben anmahnen kann.[307] Eigenständige Anforderungen an die Arbeitsbedingungen in einem automatisierten Arbeitsumfeld lassen sich aus ihm aber nicht ableiten.

2.2.3.2.3 Menschengerechte Gestaltung der Arbeit

Das Beispiel des Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers hat gezeigt, dass der Inhalt des Arbeitsverhältnisses in besonderem Maße durch die Grundrechte von Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestimmt wird. Die Wirkung des verfassungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist im Arbeitsverhältnis aber nicht auf den Beschäftigungsanspruch begrenzt. Aus ihm kann vielmehr – wenngleich in engen Grenzen – ein Mindestniveau an Arbeitsbedingungen abgeleitet werden. Diese Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wird als menschengerechte Gestaltung der Arbeit bezeichnet. 156

Der Ausgangspunkt hierfür ist der Umstand, dass die Tätigkeit, in welcher der Arbeitnehmer tatsächlich zu beschäftigen ist, im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschrieben ist. Ihre konkrete Gestaltung lässt sich darum auch nicht durch einen Verweis auf arbeitsvertragliche Vorgaben bestimmen. Dem Arbeitgeber, der die Leistungspflicht des Arbeitnehmers kraft seines Direktionsrechts (dazu 2.2.3.3, S. 113) näher bestimmt, steht vielmehr naturgemäß ein gewisser Spielraum dabei zu, welche Tätigkeit er dem Arbeitnehmer zuweist. Diesen Spielraum zu kontrollieren ist wiederum Teil der Schutzpflichten, die der Staat gegenüber dem Arbeitnehmer hat. Es ist jedoch fraglich, in welchem Ausmaß hierbei das Interesse des Arbeitnehmers an einer menschengerechten Gestaltung der Arbeit berücksichtigt werden muss. 157

Da sowohl der Beschäftigungsanspruch als auch die menschengerechte Gestaltung auf dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers beruhen, gibt es keine logisch zwingende Abgrenzung zwischen beiden Ausprägungen. Mit der Zuweisung einer – menschengerecht gestalteten – Tätigkeit erfüllt der Arbeitgeber seine Beschäftigungspflicht. Insofern könnte die menschengerechte Gestaltung auch als Unterpunkt des Beschäftigungsanspruchs begriffen werden. Da Ersteres aber im Gegensatz zu Letzterem nicht allgemein anerkannt ist, empfiehlt sich folgende Abgrenzung: Der 158

307 *Weber* 2015, S. 144.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Beschäftigungsanspruch gibt dem Arbeitnehmer das Recht, die Zuweisung einer Tätigkeit innerhalb des arbeitsvertraglichen Rahmens zu verlangen. Wie die Tätigkeit innerhalb dieses Rahmens konkret zu gestalten ist, ergibt sich u.a. aus dem Grundsatz der menschengerechten Gestaltung.

2.2.3.2.3.1 Unterschiedliches Begriffsverständnis

159 Der Begriff der menschengerechten Gestaltung wird in der Rechtsordnung unterschiedlich verwendet und verfügt dementsprechend über keine festgefügten inhaltlichen Konturen. In der eingeschränkten Auslegung, die in den Arbeitsschutzgesetzen (siehe dazu 2.3.2.2, S. 120) verwendet wird, bezeichnet der Begriff die gesundheitsnahen Bereiche der Gestaltung der Arbeit, die auf den Gesundheitsschutz und die Unfallverhütung gerichtet sind.[308] Dieser Aspekt der menschengerechten Gestaltung ist bereits dem Recht des Beschäftigten auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zugeordnet und entsprechend kein Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

160 Die menschengerechte Gestaltung wird jedoch auch deutlich weiter verstanden und schließt in dieser Auslegung auch Maßnahmen der Arbeitsorganisation mit ein, welche auf die Förderung und Entfaltung der Persönlichkeit der Beschäftigten gerichtet sind.[309] So verstanden geht es letztlich um die gesamten den Menschen an seinem Arbeitsplatz beeinflussenden Bedingungen,[310] die durch eine arbeitstechnische Betriebsänderung berührt werden können. Ein solches Begriffsverständnis liegt den Beteiligungsrechten des Betriebsrats nach §§ 90 f. BetrVG zugrunde (siehe 2.3.3.3.1, S. 153).[311] Der Arbeitnehmer hat demnach ein durch sein allgemeines Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschütztes Interesse, am Arbeitsplatz z.B. seine Kreativität einbringen, im gewissen Maße eigenverantwortlich handeln und dabei die Arbeit an eigene Rhythmusschwankungen anpassen zu können; kurz: seine Arbeit nicht

308 *Kohte,* in: Kollmer et al. 2016, § 2 ArbSchG, Rn. 26 f.
309 *Annuß,* in: Richardi 2018, § 90 BetrVG, Rn. 31; *Kohte,* in: Kollmer et al. 2016, § 2 ArbSchG, Rn. 25; *Zöllner,* RdA 1973, S. 212, 213 f.
310 *Zöllner,* RdA 1973, S. 212, 213.
311 *Annuß,* in: Richardi 2018, § 90 BetrVG, Rn. 31; *Kohte,* in: Kollmer et al. 2016, § 2 ArbSchG, Rn. 28.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

roboterhaft verrichten zu müssen.[312] Im Kontext des Persönlichkeitsrechts ist stets dieses weite Begriffsverständnis zugrunde zu legen.

2.2.3.2.3.2 Begründungsansätze für ein Recht auf menschengerechte Arbeit

161 Ein auf die mittelbare Wirkung des grundrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts gestütztes Recht auf menschengerechte Gestaltung kann in seiner weiten Auslegung – wie auch der Beschäftigungsanspruch – nicht über das lediglich auf Abwehr gerichtete zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht nach § 823 Abs. 1 BGB in das Arbeitsverhältnis transportiert werden. Vehikel eines solchen Rechts kann auch hier nur die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nach § 241 Abs. 1 BGB sein. Vor allem braucht es aber einer hinreichenden grundrechtlichen Fundierung. Hier kann die Argumentation des Bundesarbeitsgerichts zum Beschäftigungsanspruch als Maßstab herangezogen werden. Voraussetzung für einen hinreichend abwägungsfesten Anspruch auf menschengerecht gestaltete Arbeit ist also, dass die ein solches Recht begründenden, vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers geschützten Interessen ähnlich schwer wiegen und ähnlich betroffen sind, wie dies beim Beschäftigungsanspruch der Fall ist.

162 In Bezug auf den Beschäftigungsanspruch argumentiert das Bundesarbeitsgericht im Wesentlichen mit dem negativen Bild, das Dritte über den Arbeitnehmer erlangen könnten sowie mit der fehlenden Möglichkeit, seine beruflichen Fähigkeiten in der Beschäftigung zu erhalten und fortzubilden und so seine Persönlichkeit zu entfalten.[313] Unter anderem an diesen Kriterien muss sich ein Recht auf menschengerechte Gestaltung der Arbeit messen lassen.

163 Beide Argumente wird man kaum auf eine nicht-menschengerecht gestaltete Arbeit übertragen können. So dürfte Menschen, die einer Tätigkeit nachgehen, die ihnen keinerlei Kreativität oder eigenverantwortliches Verhalten abfordert bzw. zubilligt, zwar nicht dieselbe gesellschaftliche Anerkennung zuteilwerden, wie dies bei Menschen mit entsprechend menschengerecht gestalteten Arbeitsplätzen der Fall sein wird. Da sie aber

312 *Zöllner,* RdA 1973, S. 212, 213.

313 BAG v. 10.11.1955 – 2 AZR 591/54, E 2, S. 221, Rn. 5 (=AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht).

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einer Berufstätigkeit nachgehen, werden sie zweifellos als vollwertige Mitglieder der Berufsgemeinschaft und der Gesellschaft anerkannt.

164 Ähnliches gilt für den Erhalt und die Fortentwicklung der beruflichen Fähigkeiten. Der Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf Beschäftigung im vertraglich festgelegten Tätigkeitsbereich. Sind ein gewisses Maß an Kreativität und Eigenverantwortlichkeit nicht Teil des einschlägigen Berufsbilds, kann auch kein berechtigtes Interesse bestehen, diese Elemente zu erhalten. Wird der Arbeitnehmer also vertragsgemäß eingesetzt, dürfte in der Regel auch eine nicht-menschengerecht gestaltete Tätigkeit dem Erhalt seiner – u.U. nur einfachen – beruflichen Fähigkeiten dienen.

165 Von den vom Bundesarbeitsgericht für die Begründung des Beschäftigungsanspruchs angeführten, vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützten Interessen bleibt darum lediglich das Interesse an der Fortentwicklung der Fähigkeiten des Arbeitnehmers. Dieses Interesse kann durch eine nicht-menschengerecht gestaltete Arbeit in ähnlicher Weise wie durch eine Nichtbeschäftigung betroffen sein. Wer Tätigkeiten verrichten muss, ohne dabei etwa über ein Mindestmaß an Eigenverantwortung zu verfügen, kann seine beruflichen Fähigkeiten zwar womöglich erhalten, aber doch jedenfalls nicht ausbauen und fortentwickeln. Insofern ist die Situation mit einem Arbeitnehmer vergleichbar, der zu Untätigkeit gezwungen ist. Im Grundsatz ist also auch ein Recht auf menschengerechte Gestaltung der Arbeit vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht umfasst.

2.2.3.2.3.3 Voraussetzungen und Reichweite

166 Das Interesse an der Fortentwicklung seiner Fähigkeiten allein wiegt aber nicht schwer genug, um einen ähnlich abwägungsfesten Anspruch des Arbeitnehmers zu begründen, wie dies beim Beschäftigungsanspruch der Fall ist. Es steht lediglich auf der Stufe des allgemein zu berücksichtigendem Interesse am seelischen Wohlbefinden. Ohne die Unterstützung anderer ebenfalls vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützter Interessen dürfte eine Abwägung mit den durch die Berufsfreiheit des Arbeitgebers nach Art. 12 Abs. 1 GG geschütztem Interesse regelmäßig zugunsten des Arbeitgebers ausgehen. Ein Anspruch auf menschengerechte Gestaltung, den man – wie beim Beschäftigungsanspruch – aus einer typischerweise zugunsten des Arbeitnehmers ausgehenden Interessenabwägung ableiten könnte, besteht folglich nicht.

167 Mit Ausnahme extremer Fallgestaltungen bleibt ein weit verstandenes Recht auf menschengerechte Gestaltung der Arbeit als Teil des verfas-

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts darum auf die technischen, organisatorischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten des Arbeitgebers beschränkt.[314] Und selbst in diesen Ausnahmefällen bieten sich dem Arbeitgeber stets mehrere Gestaltungsmöglichkeiten, das Ziel einer menschengerechten Arbeit zu erreichen.

168 Ein unmittelbar verfassungsrechtlich begründetes Recht auf menschengerechte Gestaltung der Arbeit ist darum in doppelte Hinsicht beschränkt: Es erschöpft sich zum einen regelmäßig in einem Willkürverbot, demzufolge der Arbeitgeber – wie im Bereich der Berufsfreiheit (2.2.2.6, S. 89) – lediglich einen sachlichen Grund vorweisen können muss, die Arbeit auf die von ihm gewählte Art und Weise zu gestalten. Zum anderen vermittelt es selbst für den Fall, dass die Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers ausgeht, keinen Anspruch auf eine bestimmte Arbeitsgestaltung, sondern lediglich ein Leistungsverweigerungsrecht als Reaktion auf eine nicht-menschengerechte Arbeit.[315]

169 Die menschengerechte Gestaltung der Arbeit im weiten Sinne ist damit zwar eine Rechtspflicht des Arbeitgebers.[316] Diese Pflicht ist aber derart stark relativierenden Grundrechtspositionen des Arbeitgebers ausgesetzt, dass der einzelne Beschäftigte kaum je einen konkreten Anspruch für sich daraus wird ableiten können. In seinem Kern bleibt es darum ein Gestaltungsauftrag, der sich an den Arbeitgeber bzw. die Betriebspartner richtet. Es ist insofern nur konsequent und im Hinblick auf die Schutzpflichten des Gesetzgebers nicht zu beanstanden, dass dieser den weiten Begriff der menschengerechten Gestaltung lediglich im Rahmen der Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach §§ 90, 91 BetrVG, nicht aber in den Arbeitsschutzgesetzen verwendet hat.[317]

2.2.3.3 Menschenwürde

170 Der Schutz der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG als dem höchsten Verfassungsgut ist das tragende Konstitutionsprinzip des Grundgesetzes[318]

314 MHdB ArbR/*Reichold*, § 94, Rn. 26 f.
315 *Zöllner*, RdA 1973, S. 212, 215.
316 *Zöllner*, RdA 1973, S. 212, 214.
317 Zu den unterschiedlichen Anforderungen, die aus beiden Systemen zur menschengerechten Gestaltung der Arbeit erwachsen, siehe 2.3.6, S. 177.
318 BVerfG v. 12.11.1997 – 1 BvR 479/92, E 96, S. 375, 398 – *Kind als Schaden*.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und durchsetzbares Individualgrundrecht[319] zugleich. Dabei verfügt die Menschenwürde über keinen gegenüber den Freiheitsgrundrechten unabhängigen Gewährleistungsbereich, sondern schützt vielmehr die alle Lebenssachverhalte betreffende existentielle Subjektsqualität des Individuums.[320] Aufgrund dieses engen Schutzbereichs kommt die Menschenwürdegarantie im Beschäftigungskontext nur in seltenen Fällen[321] allein zum Tragen. Die meisten Konstellationen mit einem Bezug zur Menschenwürde werden stattdessen durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG erfasst.

171 Eine genaue Bestimmung des Menschenwürdegehalts kann nur im Hinblick auf den konkreten Verletzungsvorgang[322] erfolgen. Einen Anhaltspunkt bietet aber die sog. Objektformel[323], der zufolge der Mensch nicht „zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt" werden darf.[324] Im Kontext einer automatisierten Arbeitswelt lässt sich dies in zwei sich ähnelnden Konstellationen diskutieren.

172 Die Automatisierung der Produktion und der Arbeitsorganisation könnte zum einen dazu führen, dass der Beschäftigte darin zu einem „ersetzbaren Rädchen" degradiert wird, das in seiner Arbeit keinen Sinn mehr erkennen kann.[325] Ob dies den Menschen bereits zum Objekt macht, ist indessen fraglich. Die hieran gestellten Anforderungen sind überaus hoch.[326] Unabhängig davon vermittelt die Menschenwürdegarantie keinen Bestandsschutz für das Arbeitsverhältnis[327] und insofern erst recht keinen Anspruch auf Zuweisung einer sinnstiftenden Tätigkeit.[328] Hier gilt nichts anderes als bei dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG, das in seiner Ausprägung der menschengerechten Ge-

319 BVerfG v. 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, E 125, S. 175, 222 f. – *Hartz IV*.
320 BVerfG v. 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, E 115, S. 118, 153 – *Luftsicherheitsgesetz*.
321 BAG v. 24.2.1982 – 4 AZR 223/80, E 38, S. 69, Rn. 29 ff. (=NJW 1982, S. 2140).
322 Als Verletzung gegen die Menschenwürde werden ansonsten so krasse Fälle wie die gezielte Erniedrigung des Menschen durch die Zuweisung völlig sinnloser Tätigkeiten oder sklavereiähnliche unmenschliche Arbeitsbedingungen gewertet, *Bomhard* 2019, S. 40 f. m.w.N. Das hat mit der Digitalisierung der Arbeitswelt erkennbar nichts zu tun.
323 Dazu *Herdegen*, in: Maunz/Dürig 2015, Lfg. 55, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 36.
324 BVerfG v. 15.12.1970 – 2 BvF 1/69, E 30, S. 1, 25 – *Abhörurteil*.
325 Dazu *Bomhard* 2019, S. 41 f. m.w.N.
326 BVerfG v. 15.12.1970 – 2 BvF 1/69, E 30, S. 1, 25 f. – *Abhörurteil*.
327 BVerfG v. 24.4.1991 – 1 BvR 1341/90, E 84, S. 133, 158 – *Warteschleife*.
328 *Bomhard* 2019, S. 41.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

staltung der Arbeit (siehe 2.2.3.2.3, S. 109) im Übrigen deutlich sachnäher ist.

Damit eng verbunden ist die Frage, inwiefern Roboter unabhängig von den konkreten Arbeitsbedingungen überhaupt Befehlsgewalt über Menschen ausüben dürfen. Es könnte bereits an sich gegen die Menschenwürdegarantie verstoßen, wenn ein Beschäftigter der Weisungsgewalt eines vollständig autonomen künstlich-intelligenten Systems unterworfen wäre. So wurde z.B. im Rahmen einer – wohl nicht nur aus heutiger Sicht – skurril anmutenden Diskussion vertreten, dass der Gehorsamspflicht des Verkehrsteilnehmers gegenüber „automatische[n] Farbzeichen" (Verkehrsampeln statt Verkehrspolizisten) gegen die Menschenwürde verstoße, weil dadurch „Befehlshaber-Roboter" Gewalt über den Menschen ausüben könnten.[329] 173

Diese wird jedoch auf absehbare Zeit rein theoretischer Natur bleiben. Denn selbst wenn man dieser Grundannahme folgt, führen „intelligente" Systeme – gleich den Verkehrsampeln[330] – nicht etwa ein „Eigenleben", sondern agieren ungeachtet ihrer Komplexität und der konkreten Vorhersehbarkeit ihres Verhaltens (siehe 2.4.7.3, S. 212) stets programm- und damit letztlich menschengesteuert.[331] Ein Verstoß gegen die Menschenwürde ist darum selbst dann nicht erkennbar, wenn man sich dieser Argumentation im Grundsatz anschließt. 174

2.2.4 Fazit zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben

Das Arbeitsverhältnis ist trotz des Umstands, dass keiner der Beteiligten einer unmittelbaren Grundrechtsbindung unterliegt, vergleichsweise stark durch grundrechtlich geschützte Interessen geprägt, die der Staat im Rahmen seiner Schutzpflichten zu wahren hat. Das Beispiel des Beschäftigungsanspruchs hat hier gezeigt, dass über den Weg der verfassungsgemäßen Auslegung einfachgesetzlicher Generalklauseln hinreichend abwägungsfeste Ansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber begründet werden können. 175

---

329 *Schreiter*, DÖV 1956, S. 692, 693; dazu *Der Spiegel*, Der Spiegel, Ausgabe 19 v. 9.5.1962, S. 43–44; ablehnende Erwiderungen: *Breugst*, DÖV 1957, S. 474; *Schirrmacher*, DÖV 1957, S. 146–147.

330 *Schirrmacher*, DÖV 1957, S. 146.

331 *Brödner* 2015, S. 237; *Hofmann/Hornung* 2015, S. 184 f.; *Kirn/Müller-Hengstenberg*, MMR 2014, S. 225–232.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

176 Im Hinblick auf die Gestaltung der Arbeitsverhältnisse ist jedoch Zurückhaltung geboten. Weder die Berufsfreiheit noch das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder die Menschenwürde begründen für die Arbeitgeber eine Pflicht zur Gestaltung der Arbeit, die über ein bloßes Willkürverbot hinausgeht. Als am durchsetzungsstärksten kann in diesem Kontext noch das Recht des Arbeitnehmers auf körperliche Unversehrtheit betrachtet werden. Der Gesetzgeber ist seinen Schutzpflichten hier aber vergleichsweise detailliert im einfachgesetzlichen Arbeitsschutzrecht nachgekommen, sodass für verfassungsunmittelbare Anforderungen kein nennenswerter Raum mehr bleibt.

2.3 Das Prinzip der menschengerechten Gestaltung der Arbeit im einfachen Recht

177 Mangels ergiebiger Vorgaben für die Automatisierung des Arbeitsverhältnisses auf der Ebene der Grundrechte sind die maßgeblichen Anforderungen im einfachen Recht zu suchen. Dabei soll der Blick zunächst auf das Prinzip der menschengerechten Gestaltung gerichtet werden, dass nicht nur in den Grundrechten verortet werden kann (siehe 2.2.3.2.3, S. 109), sondern an verschiedenen Stellen auch Eingang in das einfache Recht gefunden hat.

178 Das Konzept der Humanisierung der Arbeit ist nicht grundlegend neu, sondern geht auf eine Forderung der Gewerkschaften aus den 1970er-Jahren zurück, die 1974 in das staatliche Forschungs- und Entwicklungsprogramm „Humanisierung des Arbeitslebens“ (HdA) mündeten.[332] Im Vordergrund dieses Reformkurses zur Rolle und Bewertung der Arbeit standen damals die Themen Beteiligungs- und Verteilungsgerechtigkeit sowie die Präventionsorientierung des Arbeitsschutzes.[333]

179 Gleichwohl diese ursprüngliche Kampagne ihre Ziele nur teilweise erreichte,[334] ist der Begriff der menschengerechten Gestaltung seit dieser

---

332 *Hartmann* 2015, S. 10 ff.; *Heilmann et al.,* Z. Arb. Wiss. 2015, S. 258, 259; *Mückenberger* 2015, S. 247 ff.; *Sauer,* APuZ 15/2011, S. 18 ff.; *Schlick, et al.* 2010, S. 3 ff.

333 *Heilmann et al.,* Z. Arb. Wiss. 2015, S. 258, 259; zur Geschichte ausführlich *Kohte* 2011.

334 *Bochum* 2015, S. 32; *Mückenberger* 2015, S. 248. So hatte das Programm z.B. keinen wesentlichen Einfluss auf die propagierte Einführung von Gruppenarbeit, *Schlick, et al.* 2010, S. 499.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zeit Teil des einfachen Rechts.[335] Um den Rechtsrahmen für die heutige Digitalisierung der Arbeitswelt präzise zu zeichnen, muss darum zunächst ermittelt werden, welche Vorgaben zur Humanisierung dem einfachen Recht entnommen werden können.

2.3.1 Der arbeitswissenschaftliche Begriff

Der Begriff der menschengerechten Gestaltung oder der Humanisierung der Arbeit entstammt einer arbeitswissenschaftlichen Diskussion. Nach einer „Kerndefinition"[336] beschäftigt sich die interdisziplinäre[337] Arbeitswissenschaft mit der „Analyse, Ordnung und Gestaltung der technischen, organisatorischen und sozialen Bedingungen von Arbeitsprozessen" und verfolgt dabei das „Ziel, dass die Beschäftigten in produktiven und effizienten Arbeitsprozessen 180

- schädigungslose, ausführbare, erträgliche und beeinträchtigungsfreie Arbeitsbedingungen vorfinden,
- Standards sozialer Angemessenheit nach Arbeitsinhalt, Arbeitsaufgabe, Arbeitsumgebung sowie Entlohnung und Kooperation erfüllt sehen,
- Handlungsspielräume entfalten, Fähigkeiten erwerben und in Kooperation mit anderen ihre Persönlichkeit erhalten und entwickeln können."

Die menschengerechte Gestaltung der Arbeit bildet eine wesentliche Zielsetzung der Arbeitswissenschaft. Der Begriff bezeichnet ein Konzept, das – als bewusster Gegenentwurf zur tayloristischen Arbeit[338] – nicht den Menschen an die Arbeit, sondern die Arbeit an den Menschen anpasst. Die Arbeit wird in diesem Konzept danach beurteilt, inwieweit sie den physischen, psychischen und sozialen Anforderungen und Bedürfnissen des Menschen gerecht wird.[339] Hiermit eng verbunden ist das Leitbild der „Guten Arbeit", mit dem – gestaffelt nach Relevanz – eine breite Palette 181

335 Im Betriebsverfassungsrecht taucht erstmals 1972 in den §§ 90 f. BetrVG (BGBl. I 1972, S. 13), im Arbeitsschutzrecht 1973 in § 6 Abs. 1 S. 1 ASiG (BGBl. I 1973, S. 1885) auf. Die Regelungen gelten bis heute unverändert.

336 *Luczak/Volpert* 1987 nach *Schlick, et al.* 2010, S. 7; MHdB ArbR/*Kohte*, § 174, Rn. 24.

337 Zu den einzelnen Fachdisziplinen gehören u.a. die Soziologie, die Pädagogik, die Arbeits- und Organisationspsychologie, die Arbeitsmedizin, die Wirtschafts- und die Ingenieurswissenschaften, *Schlick, et al.* 2010, S. 11 ff.; ähnlich *Kohte,* in: Kollmer et al. 2016, § 4 ArbSchG, Rn. 18; MHdB ArbR/*Kohte*, § 174, Rn. 24.

338 *Sauer,* APuZ 15/2011, S. 18, 23; zum Begriff des Taylorismus siehe Fn. 162.

339 *Schlick, et al.* 2010, S. 63.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von Zielen verfolgt wird: Gesundheit, Sicherheit, Qualifikationserhalt, Anerkennung, Produktivität sowie Familien- und Sozialverträglichkeit.[340]

182 Als Rechtsbegriff findet sich die menschengerechte Gestaltung sowohl im Arbeitsschutzrecht als auch im Bereich der betrieblichen Mitwirkung wieder. Entsprechend der Konzeption dieser Rechtsbereiche variieren dabei sowohl der Inhalt als auch die Abwägungsfestigkeit, mit der dieses Prinzip im Verhältnis zu den entgegenstehenden Interessen des Arbeitgebers ausgestaltet ist. Der Arbeitgeber als Adressat dieser Regelungen wird also auf unterschiedliche Gestaltungsziele verpflichtet, die er jeweils unterschiedlich strikt befolgen muss. Im Folgenden sollen die beiden unterschiedlichen Varianten der menschengerechten Gestaltung erläutert und schließlich der Frage nachgegangen werden, welche Konsequenzen sich daraus für die Verrechtlichung der eingangs dargestellten arbeitssoziologischen Diskussion (siehe 2.1, S. 75) ergeben.

2.3.2 Arbeitsschutzrecht

183 Das Arbeitsschutzrecht ist eine vielgliedrige Materie,[341] mit deren Regulierung der Gesetzgeber in erster Linie seiner Schutzpflicht für die körperliche Unversehrtheit der Beschäftigten nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nachkommt. Die menschengerechte Gestaltung der Arbeit wird hier an verschiedenen Stellen angesprochen, denen wiederum teilweise wesentliche Anforderungen für die Automatisierung der Arbeit entnommen werden können.

184 Bevor diese Anforderungen herausgearbeitet werden können, müssen jedoch in einem ersten Schritt zunächst die relevanten Bereiche der menschengerechten Gestaltung der Arbeit in der Industrie 4.0 eingegrenzt werden. Nicht alle gesetzlichen Vorgaben zur menschengerechten Gestaltung sind für die Industrie 4.0 von Bedeutung. Umgekehrt betreffen nicht alle spezifischen Risiken, denen die Beschäftigten in ihrer körperlichen Unversehrtheit in der Industrie 4.0 ausgesetzt sind, Aspekte der menschengerechten Gestaltung.

---

340 *Heilmann et al.*, Z. Arb. Wiss. 2015, S. 258, 264.

341 Die hier vorgenommene Aufteilung folgt MHdB ArbR/*Kohte*, § 174, Rn. 1 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.3.2.1 Die Systematik des Arbeitsschutzrechts

Das Arbeitsschutzrecht kann auf oberster Ebene in den technischen und den sozialen Arbeitsschutz eingeteilt werden. Zu letzterem zählen z.B. die Regelungen zum Mutterschutz, zur Jugendarbeit oder zur Arbeitszeit. Die menschengerechte Gestaltung der Arbeit spielt hier beim Gesundheitsschutz speziell der jugendlichen Beschäftigten nach § 28 JArbSchG sowie bei der Festlegung von Nacht- und Schichtarbeit nach § 6 Abs. 1 ArbZG eine Rolle. Für die Gestaltung von Produktions- und Assistenzsystemen in der Industrie 4.0 ergeben sich im Hinblick auf diese Aspekte der menschengerechten Gestaltung jedoch keine neuen Herausforderungen, weshalb der soziale Arbeitsschutz hier nicht weiter beleuchtet werden soll. 185

Der technische Arbeitsschutz im weitesten Sinne lässt sich grob in fünf Bereiche einteilen, von denen wiederum nur zwei für den weiteren Gang der Untersuchung von Bedeutung sind. Die Grundlagen des Arbeitsschutzes werden – vergleichbar einem allgemeinen Teil – im Arbeitsschutzgesetz geregelt. Die hierin vor allem dem Arbeitgeber auferlegten Pflichten werden auf Seiten der Hersteller der Arbeitsmittel durch das Produktsicherheitsgesetz ergänzt. Beide Gesetze sowie die Verordnungen, durch die ihre Vorgaben sektorspezifisch konkretisiert werden, enthalten die für die Produktions- und Assistenzsysteme der Industrie 4.0 wesentlichen Anforderungen zur menschengerechten Gestaltung der Arbeit. 186

Zum technischen Arbeitsschutz zählen darüber hinaus auch das Arbeitssicherheitsgesetz, das mit der Bestellung von Betriebsärzten und Fachkräften zur Arbeitssicherheit die Arbeitsschutzorganisation regelt, sowie die arbeitsschutzrechtlichen Bestimmungen in fachübergreifenden Regelungen wie die §§ 17 ff. ChemG. Hinzu kommen schließlich noch die Unfallverhütungsvorschriften der Träger der gesetzlichen Unfallversicherung nach §§ 15, 114 SGB VII, die von diesen als autonomes Recht gesetzt werden. Keine der Regelungen aus diesen letzten drei Bereichen beschäftigt sich eingehend mit dem Thema der menschengerechten Gestaltung der Arbeit. Die für die Prävention einschlägige DGUV Vorschrift 1 verweist dazu in § 2 Abs. 2 bspw. lediglich auf die Grundsätze des staatlichen Arbeitsschutzrechts. Für den weiteren Gang der Untersuchung spielen sie darum keine Rolle. 187

Die zentrale Norm des privatrechtlichen Arbeitsschutzes ist § 618 BGB, der zufolge der Arbeitgeber sowohl die Arbeitsstätte und -mittel als auch die Arbeit selbst so zu gestalten hat, dass der Arbeitnehmer gegen Gefahr für Leben und Gesundheit geschützt ist. Über diese Generalklausel wirken die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften in das Arbeitsverhältnis 188

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und werden so auch zwingende Vertragspflicht des Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern.[342] Dieser Mechanismus erstreckt sich auch auf die Vorgaben zur menschengerechten Gestaltung der Arbeit. Dem privaten Arbeitsschutz kommt aber zumindest in diesem Bereich keine eigenständige Bedeutung zu. Er wirkt insofern lediglich als Transmissionsnorm.

2.3.2.2 Der arbeitsschutzrechtliche Begriff der menschengerechten Gestaltung

189 Das Arbeitsschutzgesetz definiert das Ziel dieses Rechtsgebiets in § 1 Abs. 1 ArbSchG darauf, die Sicherheit und die Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit durch Maßnahmen des Arbeitsschutzes zu sichern und zu verbessern. Der Regelungsbereich des Arbeitsschutzrechts entspricht damit dem Schutzbereich des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (siehe 2.2.3.1, S. 98). Der Begriff der menschengerechten Gestaltung wird hier in § 2 Abs. 1 ArbSchG verwendet. Maßnahmen des Arbeitsschutzes im Sinne dieses Gesetzes sind demnach u.a. „Maßnahmen zur Verhütung von […] arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren einschließlich Maßnahmen der menschengerechten Gestaltung der Arbeit."

190 Neben der Tatsache, dass die Humanisierung der Arbeit einen Teilaspekt des Arbeitsschutzrechts darstellt, zeigt diese Formulierung, in der die menschengerechte Gestaltung lediglich als Teil des Gesundheitsschutzes genannt wird, aber auch, dass der arbeitswissenschaftliche Begriff nicht eins zu eins in das Arbeitsschutzrecht übernommen werden kann. Der Gesetzgeber verwendet hier stattdessen einen gesundheitsbezogenen Begriff der menschengerechten Gestaltung der Arbeit,[343] der sich auf präventiv gesundheitsschützende Maßnahmen bezieht, mit denen arbeitsphysiologische und -psychologische Erkenntnisse in die Praxis umgesetzt werden.[344]

---

342 BAG v. 10.3.1976 – 5 AZR 34/75, AP BGB § 618 Nr. 17 (=DB 1976, S. 827); BAG v. 18.8.1982 – 5 AZR 493/80, E 40, S. 50, 14 (=DB 1983, S. 234); BAG v. 21.8.1985 – 7 AZR 199/83, AP BGB § 618 Nr. 19 (=NZA 1986, S. 324); BAG v. 12.8.2008 – 9 AZR 1117/06, E 127, S. 205, Rn. 13 ff. (=NZA 2009, S. 102).

343 MüKo BGB/*Henssler*, § 618 BGB, Rn. 14; *Kohte* 2011, S. 298; *Kohte,* in: Kollmer et al. 2016, § 2 ArbSchG, Rn. 28; MHdB ArbR/*Kohte*, § 174, Rn. 62; *Wlotzke* 1999, S. 658.

344 *Kohte,* in: Kollmer et al. 2016, § 2 ArbSchG, Rn. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.3.2.2.1 Schutzziele

191 Die Schutzziele der gesundheitsbezogenen menschengerechten Gestaltung der Arbeit können in zwei wesentlichen Anforderungen verdeutlicht werden. Je nach Eigenart der Tätigkeit geht es darum, ob „die Tätigkeit bei regelmäßiger Wiederholung […] über ein ganzes Berufsleben ohne gesundheitliche Einschränkungen ausführbar" ist oder ob die „kurzfristigen Beanspruchungsfolgen durch die gegebenen Arbeitspausen und die Freizeit auszugleichen" sind.[345] Ein wichtiger Teilaspekt dieser menschengerechten Gestaltung ist die ergonomische Gestaltung des Arbeitsplatzes und der Arbeitsmittel.

192 Dies zeigt, dass der Gesundheitsbegriff des Arbeitsschutzrechts weit aufzufassen ist. Der Schutz der Gesundheit der Beschäftigten ist nicht erst dann berührt, wenn eine Krankheit medizinisch feststellbar ist.[346] Der hier gewählte Ansatz soll vielmehr der Entstehung von Krankheiten vorbeugen. Dabei bleibt der Gesundheitsbegriff aber klar auf die physische und psychische Integrität der Beschäftigten begrenzt. Insbesondere der Gesundheitsbegriff der Weltgesundheitsorganisation (WHO), wonach Gesundheit „ein Zustand völligen körperlichen, seelischen und sozialen Wohlbefindens und nicht nur das Freisein von Krankheit und Gebrechen"[347] sei, ist für das Arbeitsschutzrecht nicht maßgebend.[348] Die Förderung der Persönlichkeit des Beschäftigten wurde bewusst ausgeklammert.[349]

193 Für diese gesundheitsbezogene Auslegung spricht auch die Systematik des Gemeinschaftsrechts.[350] Die menschengerechte Gestaltung findet sich hier – wenn auch nicht wortwörtlich – in Art. 6 Abs. 2 lit. d der Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie 89/391/EWG, wonach der „Faktor ‚Mensch' bei der Arbeit, insbesondere bei der Gestaltung von Arbeitsplätzen sowie bei der Auswahl von Arbeitsmitteln und Arbeits- und Fertigungsverfahren" zu berücksichtigen ist. Die Begrenzung bildet auch hier die allgemeine Zielsetzung, die gemäß Art. 1 Abs. 1 Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie in der

---

345 Nr. der Leitfragen der menschengerechten Gestaltung nach TRBS 1151, S. 6; GMBl. 2015, S. 340 [Nr. 17/18]. Zur Bedeutung technischer Regeln siehe 2.3.2.4.2.3, S. 132.

346 MHdB ArbR/*Kohte*, § 172, Rn. 19.

347 Satzung der Weltgesundheitsorganisation, BGBl. II 1974, S. 45.

348 MHdB ArbR/*Kohte*, § 172, Rn. 20.

349 BT-Drs. 12/6752, S. 34 f.

350 Zum Ganzen *Kohte*, in: Kollmer et al. 2016, § 2 ArbSchG, Rn. 27; *Kollmer*, in: Kollmer et al. 2016, § 1 ArbSchG, Rn. 38 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz“ besteht.

2.3.2.2.2 Relevanz für die spezifischen Gefährdungen der Industrie 4.0

194 Die spezifisch neuen Gefährdungen für die Gesundheit der Beschäftigten in der Industrie 4.0 konzentrieren sich auf den Umgang mit Assistenzsystem (siehe 2.2.3.1, S. 98). Hierzu gehört vor allem die Verletzungsgefahr beim Umgang mit kollaborativen Robotern. Dieser Bereich wäre jedoch eher der Unfallverhütung und weniger der im präventiven Gesundheitsschutz angesiedelten menschengerechten Gestaltung zuzuordnen.

195 Die für die menschengerechte Gestaltung relevanten Gefährdungen betreffen vor allem die physischen Belastungen durch unergonomisch gestaltete Arbeitsmittel wie Datenbrillen o.ä. Informationssysteme sowie die psychischen Belastungen durch Informationsüberflutung oder – auf der Gegenseite der polarisierten Arbeitswelt – monotone und dequalifizierende Tätigkeiten. Um dies zu vermeiden, setzen die arbeitsschutzrechtlichen Regelungen an verschiedenen Stellen an und nehmen sowohl den Arbeitgeber als auch die Hersteller der jeweiligen Maschine in die Pflicht.

2.3.2.3 Maschinensicherheit

196 Ein wichtiger Teil des Arbeitsschutzes ist die Produktsicherheit, für deren Gewährleistung der Hersteller die Verantwortung trägt. Das Produktsicherheitsrecht greift hier bereits ein, bevor das Produkt als Arbeitsmittel im Betrieb verwendet wird. Die Anforderungen speziell an Maschinen richten sich dabei maßgeblich nach der EU-Maschinenrichtlinie 2006/42/EU, die durch eine etwas unübersichtliche Verweisungstechnik[351] ins deutsche Recht umgesetzt wurde. Als vorgelagerter Schutz basiert das Produktsicherheitsrecht nicht auf dem eingangs angeführten Arbeitsschutzgesetz. Das dort beschriebene Begriffsverständnis einer gesundheitsbezogenen menschengerechten Gestaltung kann jedoch auch auf diesen Bereich übertragen werden.

---

351 Zur Kritik an der ähnlich strukturierten Vorgängerregelung MHdB ArbR/*Kohte*, § 178, Rn. 11 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.3.2.3.1 Die grundlegenden Anforderungen der Maschinenrichtlinie

Die Anforderungen der Produktsicherheit sind grundlegend im Produktsicherheitsgesetz geregelt. Soweit die Produkte der EU-Regulierung unterliegen, richten sich die Anforderungen an die Bereitstellung auf dem Markt gemäß § 3 Abs. 1 ProdSG aber nach der jeweils einschlägigen Verordnung, in der diese europarechtlichen Vorgaben umgesetzt sind. Für Maschinen ist dies die Neunte Verordnung zum ProdSG (Maschinenverordnung – 9. ProdSV), die der Umsetzung der EU-Maschinenrichtlinie 2006/42/EG dient und für die maßgeblichen Anforderungen an die Sicherheit und den Gesundheitsschutz direkt auf die Maschinenrichtlinie verweist. 197

Gemäß § 3 Abs. 1 der 9. ProdSV darf der Hersteller einer Maschine diese nur in den Verkehr bringen oder in Betrieb nehmen, wenn sie bei ordnungsgemäßer Installation und Wartung und bei bestimmungsgemäßer Verwendung oder vorhersehbarer Fehlanwendung u.a. die Sicherheit und die Gesundheit von Personen nicht gefährdet. Dazu muss er gemäß § 3 Abs. 2 der 9. ProdSV sicherstellen, dass sie den in Anhang I der Maschinenrichtlinie aufgeführten, für sie geltenden „grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen“ entspricht. Über diese Verweisung wird der Wortlaut der Maschinenrichtlinie ins deutsche Recht miteinbezogen. 198

2.3.2.3.1.1 Risikobeurteilung

Gemäß den allgemeinen Grundsätzen im Anhang I der Maschinenrichtlinie ist der Hersteller zunächst verpflichtet, eine Risikobeurteilung vorzunehmen, um die für die Maschine geltenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen zu ermitteln. Die Maschine muss dann unter Berücksichtigung der Ergebnisse dieser Risikobeurteilung konstruiert und gebaut werden. Hierfür ist entscheidend, welcher bestimmungsgemäßen Verwendung oder „vernünftigerweise vorhersehbaren Fehlanwendung“ die Maschine zugeführt wird. 199

Im Kontext der Industrie 4.0 wird bei der Risikobeurteilung die Fähigkeit der Maschinen zur Zusammenarbeit in zweifacher Weise besonders zu berücksichtigen sein. Erstens sollen die Maschinen – auch über Unternehmensgrenzen hinweg – zunehmend direkt miteinander kommunizieren und sich gegenseitig dezentral steuern (siehe 1.2.1.2, S. 61). Und zweitens werden kollaborative Roboter, die Hand in Hand mit dem Menschen zu- 200

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sammenarbeiten dabei zwangsläufig in unmittelbaren Kontakt mit den Beschäftigten kommen.[352]

201 Diese Faktoren müssen in die Risikobeurteilung eingehen. Die Hersteller stehen folglich vor der Herausforderung, die Umgebung[353] und den Informationsaustausch der Maschine im Einsatzszenario verstärkt in die Bewertung der Arbeitssicherheit miteinzubeziehen. Gleichzeitig lassen sich die dadurch komplexer werdenden möglichen Prozesse nur mit Schwierigkeiten überschauen. Es wird darum u.a. einer gesteigerten Kommunikation zwischen den Herstellern und Anwendern bedürfen, um die arbeitsschutzrechtlichen Anforderungen zu erfüllen.[354]

2.3.2.3.1.2 Materielle Anforderungen

202 Der Anhang enthält im Übrigen eine Vielzahl materieller Anforderungen, durch die das Ziel des Sicherheits- und Gesundheitsschutzes weiter konkretisiert wird. Dies sind z.B. Anforderungen an Steuerungen und Befehlseinrichtungen (1.2.1 Anlage I) sowie an Schutzeinrichtungen bei beweglichen Teilen (1.3.7 f. Anlage I). Die menschengerechte Gestaltung der Arbeit findet sich in der Produktsicherheit im Bereich der Ergonomie (1.1.6 Anlage I) wieder (dazu sogleich, 2.3.2.3.3, S. 127).

203 Gemäß den Grundsätzen für die Integration der Sicherheit (1.1.2 Anlage I), müssen die betroffenen Maßnahmen darauf abzielen, die Risiken für die absehbare Lebensdauer der Maschine zu beseitigen. Dabei haben Maßnahmen Vorrang, die in die Konstruktion der Maschine integriert sind und die Risiken beseitigen oder so weit wie möglich minimieren. Erst danach folgen Schutzmaßnahmen gegen Risiken, die sich nicht beseitigen lassen sowie wiederum danach die Unterrichtung der Benutzer über die Restrisiken. Risikobehaftete Fehlanwendungen sind konstruktiv zu verhindern.

---

352 *Huelke et al.*, MM 33/2010, S. 32, 33.

353 In Bezug auf die räumliche Umgebung kollaborativer Roboter *Huelke et al.*, MM 33/2010, S. 32, 33.

354 *Günther/Böglmüller*, BB 2017, S. 53 f.; *Kohte*, NZA 2015, S. 1417, 1419; *Krause* 2016a, S. 58 f.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.3.2.3.2 Genauere Anforderungen durch (harmonisierende) technische Normen

Die für den Hersteller verbindlichen grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen der Maschinenrichtlinie werden durch europäische harmonisierte Normen nach § 2 Nr. 13 ProdSG detailliert. Nach der letztlich maßgeblichen Definition in Art. 2 lit. l MaschinenRL handelt es sich dabei um technische Spezifikationen, die von einer europäischen Normenorganisation (CEN, Cenelec und ETSI) aufgrund eines Auftrags der Europäischen Kommission angenommen werden. Darin werden Merkmale für ein Erzeugnis vorgeschrieben, wie z.B. die Gebrauchstauglichkeit, die Sicherheit oder die Abmessungen oder Prüfungen und Prüfverfahren.[355] 204

2.3.2.3.2.1 Zustandekommen und Wirkungsweise harmonisierender Normen

Im Unterschied zu bloßen europäischen Normen werden harmonisierende Normen stets im Auftrag der Kommission erarbeitet, dem seinerseits eine Anhörung der Mitgliedsstaaten vorgeschaltet ist.[356] Die nationalen Normungsorganisationen sind verpflichtet, diese harmonisierenden Normen als nationale Norm zu übernehmen.[357] 205

Diese harmonisierten Normen sind wie andere technische Spezifikationen für den Hersteller einer Maschine unverbindlich. Sie können gemäß § 4 Abs. 1 ProdSG bei der Beurteilung, ob ein Produkt den Anforderungen nach § 3 Abs. 1 oder Abs. 2 ProdSG entspricht, zugrunde gelegt werden. Dass diese Anforderungen erfüllt sind, kann aber auch anderweitig nachgewiesen werden.[358] Harmonisierte Normen können insofern aber eine Vermutungswirkung entfalten. Bei einem Produkt, das harmonisierten Normen oder Teilen dieser Normen entspricht, deren Fundstellen im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht worden sind, wird ge- 206

355 So die Definition in Art. 1 Nr. 3 der mittlerweile außerkraftgetretenen Info-Richtlinie 98/34/EG, auf welche Art. 2 lit. l MaschinenRL und § 2 Nr. 13 ProdSG Bezug nehmen. Die Nachfolgenorm in Art. 1 lit. c der Info-Richtlinie (EU) 2015/1535 ist insofern wortgleich.

356 *Klindt,* in: Klindt 2015, § 2 ProdSG, Rn. 110.

357 *Klindt,* in: Klindt 2015, § 2 ProdSG, Rn. 108; *Roßnagel,* DVBl 1996, S. 1181, 1183.

358 *Menz,* in: Klindt 2015, § 4 ProdSG, Rn. 17; *Roßnagel,* DVBl 1996, S. 1181, 1182 f.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mäß § 4 Abs. 2 ProdSG vermutet, dass es den Anforderungen nach § 3 Absatz 1 oder Absatz 2 genügt, soweit diese von den betreffenden Normen oder von Teilen dieser Normen abgedeckt sind.[359] Derart konforme Produkte dürfen in der gesamten Europäischen Union auf den Markt gebracht werden. Im Produktsicherheitsrecht sind sie darum von zentraler Bedeutung.[360]

2.3.2.3.2.2 Technische Spezifikationen und Sicherheitsempfehlungen für Roboter

207 Für robotische Assistenzsysteme in der Industrie finden sich im Amtsblatt mehrere einschlägige harmonisierte Normen.[361] Kollaborative Roboter sind ein besonderer Typ von Industrierobotern, weshalb sie auch die für Industrieroboter geltenden grundlegenden Anforderungen erfüllen müssen. Hierzu zählen insbesondere Anforderungen an die inhärente Sicherheit wie die Kollisionskontrolle[362] sowie an Integration und den Einbau von Robotersystemen, wie sie in den Normen DIN EN ISO 10218–1 und DIN EN ISO 10218–2 geregelt sind. In diesen Normen fehlen jedoch wichtige Aspekte, insbesondere zur medizinisch-biometrischen Bewertung, sodass sie für kollaborative Roboter kein ausreichendes sicherheitstechnisches Regelwerk darstellen.[363] Entsprechend greift hier auch die Vermutungswirkung des § 4 Abs. 2 ProdSG nicht ein.

208 In diesen und anderen Punkten werden die DIN EN ISO 10218 Teil 1 und 2 durch die DIN ISO/TS 15066 ergänzt.[364] Sie bietet insbesondere neue Sicherheitsregeln an, durch die auf die herkömmlichen Abschrankungen verzichtet werden kann.[365] Dabei geht es z.B. um die Anwendung von Sensorik, um einen Kontakt vorzusehen oder zu erkennen sowie um die Festlegung von Leistungs- und Kraftgrenzen, damit die im Falle einer Kollision auftretende Druckbelastung in einem für den Menschen tolerablen Bereich bleibt.[366] Der DIN ISO/TS 15066 liegt aber keine europäische

---

359 Zu diesem Mechanismus allgemein MHdB ArbR/*Kohte*, § 174, Rn. 33; *Roßnagel*, DVBl 1996, S. 1181, 1182 f.
360 *Klindt*, in: Klindt 2015, § 2 ProdSG, Rn. 103.
361 2017/C 183/02.
362 *Windelband/Dworschak* 2015, S. 82.
363 *May* 2013, S. 104 f.
364 DIN ISO/TS 15066 (DIN SPEC 5306):2017–04.
365 *Wildhaber*, AJP/PJA 2017, S. 213, 222 f.
366 Dazu auch *VDMA* 2016, S. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Norm zugrunde, weshalb ihre Fundstelle auch nicht im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht ist. Sie soll aber in die Normenserie EN ISO 10218 überführt werden[367] und würde dann die Vermutungswirkung erzeugen.

209 Besonders im Bereich der medizinisch-biometrischen Anforderungen an kollaborative Roboter kann schließlich auf die Empfehlungen zurückgegriffen werden, welche die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung zur Ergänzung und Präzisierung der DIN EN ISO 10218 Teil 1 und 2 herausgegeben haben.[368] Diese Empfehlungen richten sich aber an Unternehmer – in der Terminologie der gesetzlichen Unfallversicherung sind dies u.a. die Arbeitgeber – und nicht an Hersteller der Maschine. Sie sind damit nicht im eigentlichen Sinne dem marktorientierten Produktsicherheitsrecht zuzuordnen (zur Berücksichtigung durch den Arbeitgeber siehe 2.3.2.4.3, S. 135).

210 Roboter außerhalb industrieller Umgebungen werden persönliche Assistenzroboter genannt. Anders als Industrieroboter, die der Handhabung, Montage oder Bearbeitung von Werkstücken dienen, ist die Funktion dieser Roboter unmittelbar auf den Menschen gerichtet.[369] Sie sollen also nicht mit ihm zusammen an einem Werkstück arbeiten, sondern seine Lebensqualität oder Fähigkeiten verbessern.[370] Der Hauptanwendungsbereich dieser Roboter dürfte außerhalb der Unterstützung von Beschäftigten in der Industrie 4.0 liegen, etwa in der Unterstützung älterer Menschen.[371] Dennoch sind Anwendungen wie Exoskelette auch im industriellen Kontext im Kommen.[372] Die an sie gestellten Sicherheitsanforderungen sind in der harmonisierenden Norm DIN EN ISO 13482 geregelt.

2.3.2.3.3 Menschengerechte Gestaltung

211 Sowohl die Maschinenrichtlinie (1.1.6 der Anlage I) als auch die einschlägigen technischen Normen enthalten Vorgaben zur Ergonomie bei Ma-

367 *DGUV*, DGUV Information 209–074, S. 52.
368 *Ottersbach* 2011; dazu auch *May* 2013, S. 104 f.
369 Zu der Abgrenzung der beiden Robotertypen siehe auch *Wildhaber/Lohmann*, AJP/PJA 2017, S. 135, 137 f.
370 DIN EN ISO 13482:2014–11, S. 7.
371 Dazu *Villaronga/Virk* 2017.
372 *Martini/Botta*, NZA 2018, S. 625, 626; *Wildhaber*, ZSR 2016, S. 315, 320 ff.; *Wildhaber*, AJP/PJA 2017, S. 213, 223.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schinen. Darüber hinaus existiert mit der DIN EN 614–1 eine Norm eigens für die ergonomische Gestaltung von Maschinen.

212 Gemäß dem Anhang I der Maschinenrichtlinie muss der Hersteller der Maschine Belästigung, Ermüdung sowie körperliche und psychische Fehlbeanspruchung des Bedienungspersonals auf das mögliche Mindestmaß reduzieren. Hierbei hat er ergonomische Prinzipien zu berücksichtigen. Zu ihnen zählt nicht nur, dass die Maschine an die unterschiedlichen Körpermaße des Bedienpersonals angepasst werden kann, oder dass er ausreichenden Bewegungsfreiraum für seine Körperteile vorfindet. Die Maschinenhersteller müssen auch darauf achten, maschinenbestimmte Arbeitsrhythmen und Überwachungstätigkeiten, die dauernde Aufmerksamkeit erfordern, zu vermeiden und die Mensch-Maschine-Schnittstelle an die voraussehbaren Eigenschaften des Bedienungspersonals anzupassen.

213 Diese weiten Prinzipien entsprechen im Wesentlichen denen der technischen Norm DIN EN 614–1. Auch die DIN EN ISO 13482 berücksichtigt gleichermaßen körperlichen und mentalen Stress. Ein persönlicher Assistenzroboter ist danach so zu konstruieren, dass körperliche Belastung bei dauerhafter Anwendung, wie sie etwa bei unbequemer Körperhaltung auftritt, vermieden wird. Mentaler Stress für den Benutzer muss begrenzt oder gemindert werden. Die Benutzeroberfläche muss so ausgelegt sein, dass sie leicht zu verstehen ist und eine deutliche und unmissverständliche Interaktion des Menschen mit dem persönlichen Assistenzroboter ermöglicht. Die DIN EN ISO 10218 Teil 1 und 2 sowie die DIN ISO/TS 1506 berücksichtigen dagegen nur die Gefährdungen durch die mangelnde Anpassung der Maschine an die Körpermaße des Bedienungspersonals.

2.3.2.4 Technischer Arbeitsschutz

214 Das Arbeitsschutzrecht im eigentlichen Sinne verpflichtet den Arbeitgeber und setzt erst bei der Gestaltung des Arbeitsplatzes oder der konkreten Verwendung von Arbeitsmitteln sowie der darauf gerichteten Planung ein.

2.3.2.4.1 Die Grundpflichten des Arbeitgebers

215 Der Arbeitgeber hat gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen. Um die Wirksamkeit dieser Maßnahmen sicherzustellen, hat er

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zudem gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG für eine geeignete Arbeitsschutzorganisation zu sorgen und die erforderlichen Mittel bereitzustellen sowie Vorkehrungen dafür zu treffen, dass die Beschäftigten ihren Mitwirkungspflichten nachkommen können.

216 Die Maßnahmen des Arbeitsschutzes verfolgen nach § 2 Abs. 1 ArbSchG den Zweck, Unfälle bei der Arbeit und arbeitsbedingte Gesundheitsgefahren zu verhüten. Dabei hat der Arbeitgeber gemäß § 4 Nr. 1 ArbSchG von dem Grundsatz auszugehen, die Arbeit so zu gestalten, dass die Gefährdung für das Leben sowie die physische und die psychische Gesundheit möglichst vermieden und die verbleibende Gefährdung möglichst geringgehalten werden.

217 An dieser Stelle ist der Begriff der Gefährdung vom Begriff der Gefahr zu unterscheiden. Beide bezeichnen eine Sachlage, die bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden führt. Unterschiede bestehen hinsichtlich der Wahrscheinlichkeitsprognose. Bei einer Gefahr wird für den Schadenseintritt eine hinreichende Wahrscheinlichkeit und hinsichtlich des Ausmaßes des Schadens eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung des zu schützenden Rechtsguts verlangt. Er ist insofern deckungsgleich mit dem polizei- und ordnungsrechtlichen Gefahrenbegriff. An eine bloße Gefährdung werden dagegen keine besonderen Anforderungen an die Eintrittswahrscheinlichkeit oder das Schadensausmaß gestellt.[373] Hier genügt, dass sich über einen längeren Zeitraum eine Gesundheitsbeeinträchtigung einstellen kann.

218 Das Arbeitsschutzrecht regelt beides, Gefahren- und Gefährdungsschutz, und gestaltet die Anforderungen dementsprechend verschieden strikt.[374] Im Grundsatz knüpft die Handlungspflicht des Arbeitgebers aber gemäß § 4 Nr. 1 ArbSchG bereits an der Gefährdung und damit im Vorfeld der Gefahrenabwehr an. Das Arbeitsschutzrecht verfolgt insofern einen niedrigschwelligen präventiven Schutzansatz.[375]

373 BAG v. 12.8.2008 – 9 AZR 1117/06, E 127, S. 205, Rn. 20 f. (=NZA 2009, S. 102); BT-Drucks. 13/3540, S. 16; MHdB ArbR/*Kohte*, § 172, Rn. 13 f.; *Wiebauer,* in: Rohmer/Landmann 2014, Lfg. 68, § 4 ArbSchG, Rn. 12; *Wlotzke* 1999, S. 659.

374 MHdB ArbR/*Kohte*, § 172, Rn. 14.

375 *Kohte,* in: Kollmer et al. 2016, § 4 ArbSchG, Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.3.2.4.2 Regelungskonzept

219 Das Arbeitsschutzrecht verwendet eine der Dynamik seiner Regelungsmaterie angepasste Rechtsetzungsmethode, die darin besteht, in den einschlägigen Rechtsnormen lediglich die Schutzziele vorzugeben und für die Frage, wie sie zu erreichen sind, auf technische und wissenschaftliche Standards zu verweisen. Die Konkretisierung der rechtlichen Anforderungen verläuft in drei Schritten, nämlich erstens die Formulierung von Schutzzielen (2.3.2.4.2.1, S. 130), die Festlegung normativer Standards, die bestimmen, mit welchem Aufwand diese Ziele verfolgt werden müssen (2.3.2.4.2.2, S. 131) und schließlich die Erarbeitung technischer Regeln, mit denen die sich aus den normativen Standards ergebenden Anforderungen konkretisiert werden (2.3.2.4.2.3, S. 132).[376]

2.3.2.4.2.1 Schutzziele

220 Im ersten Schritt werden durch das Gesetz und den nach §§ 18 f. ArbSchG darauf basierenden Verordnung Schutzziele festgeschrieben. Im Arbeitsschutzgesetz geschieht dies mit § 2 Abs. 1 ArbSchG noch recht allgemein, als Schutzziel wird lediglich die Verhütung arbeitsbedingter Gesundheitsgefahren einschließlich der menschengerechten Gestaltung der Arbeit genannt. Dieses Ziel wird durch die sektorspezifischen Verordnungen näher bestimmt.

221 Die Anforderungen für das Einrichten und Betreiben von Arbeitsstätten sind in der Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) geregelt. Der Arbeitgeber hat gemäß § 3a ArbStättV dafür zu sorgen, dass Arbeitsstätten so eingerichtet und betrieben werden, dass Gefährdungen für die Sicherheit und die Gesundheit der Beschäftigten möglichst vermieden und verbleibende Gefährdungen möglichst geringgehalten werden. Zum Einrichten einer Arbeitsstätte gehört nach § 2 Abs. 8 S. 2 Nr. 2 ArbStättV insbesondere das Ausstatten mit Maschinen – also auch das mit Produktions- und Assistenzsystemen. In der Sache geht es dabei aber eher um Arbeitsräume. Für die Gestaltung der Maschinen selbst gilt die Betriebssicherheitsverordnung. Folglich sind gemäß § 1 Abs. 4 ArbStättV Bedienerplätze von Maschinen mit Bildschirmgeräten (Nr. 1) und mobile Geräte wie Datenbrillen oder

376 Die folgende Darstellung ist im Wesentlichen aus MHdB ArbR/*Kohte*, § 174, Rn. 17 entnommen.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Tablets (Nr. 2) von den Regelungen zur Bildschirmarbeit ausgeschlossen.[377]

222 Die Verwendung von Arbeitsmitteln richtet sich nach der Betriebssicherheitsverordnung (BetrSichV). Der Begriff des Arbeitsmittels ist dabei äußert weit gefasst und erstreckt sich „vom Kugelschreiber bis hin zur komplexen Fertigungsstraße“[378]. Die Assistenzsysteme der Industrie 4.0 fallen ebenfalls hierunter. Der Arbeitgeber hat gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 BetrSichV dafür zu sorgen, dass die Arbeitsmittel sicher verwendet und dabei die Grundsätze der Ergonomie beachtet werden. Dabei ist gemäß § 6 Abs. 1 S. 3 BetrSichV die Verwendung der Arbeitsmittel so zu gestalten und zu organisieren, dass Belastungen und Fehlbeanspruchungen, die die Gesundheit und die Sicherheit der Beschäftigten gefährden können, vermieden oder, wenn dies nicht möglich ist, auf ein Mindestmaß reduziert werden.

223 Die Betriebssicherheitsverordnung enthält nähere Regelungen z.B. zur Gefährdungsbeurteilung, den allgemeinen Anforderungen an Arbeitsmittel und den bei ihrer Verwendung notwendigen grundlegenden Schutzmaßnahmen. Dadurch werden letztlich nur die Schutzziele weiter detailliert; genaue Standards lassen sich der Verordnung ebenfalls nicht entnehmen.

2.3.2.4.2.2 Normative Standards

224 Zur Frage, wie diese Ziele erreicht werden sollen, macht das Gesetz keine genauen Angaben. Die Betriebssicherheitsverordnung beschreibt zwar in § 6 BetrSichV grundlegende Schutzmaßnahmen; dadurch werden im Grunde aber nur die Schutzziele weiter detailliert. Statt genaue Anforderungen zu beschreiben, werden im zweiten Schritt der Konkretisierung unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet, die auf bestimmte technische und wissenschaftliche Standards in deren jeweils aktueller Fassung verweisen. Auf diese Weise werden diese Standards, die selbst keine Rechtsnormen sind, mit normativer Wirkung versehen. Man spricht darum von normativen Standards.[379]

225 Die einzelnen normativen Standards unterscheiden sich sowohl hinsichtlich ihres Gegenstands als auch hinsichtlich des geforderten Entwicklungsstandes. Vergleichsweise hohe Anforderungen werden etwa mit dem Stand

377 Dazu kritisch *Kohte*, NZA 2015, S. 1417, 1421.
378 BR-Drs. 301/02, S. 82.
379 MHdB ArbR/*Kohte*, § 174, Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Technik verbunden. Der Arbeitgeber hat ihn z.B. gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 2 BetrSichV hinsichtlich der zu treffenden Schutzmaßnahmen bei der Verwendung von Arbeitsmitteln einzuhalten. Die Formulierung „Stand der Technik" nimmt Bezug auf den Entwicklungsstand fortschrittlicher Verfahren, Einrichtungen und Betriebsweisen, der die praktische Eignung einer Maßnahme gesichert erscheinen lässt,[380] ohne dass diese sich bereits praktisch bewährt haben muss[381] (zur Abgrenzung einzelner Standards siehe auch 3.4.2.2.5.3.2, S. 449).

226 Etwas niedrigere Anforderungen sind dagegen mit der Pflicht des Arbeitgebers nach § 4 Nr. 3 ArbSchG verbunden, gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse zu berücksichtigen. Die Erkenntnisse in diesem Gebiet spielen gerade für die menschengerechte Gestaltung der Arbeit eine entscheidende Rolle. Mit „gesichert" ist diesbezüglich eine methodische Absicherung gemeint, sodass diese Erkenntnisse von der überwiegenden Meinung der jeweiligen Einzeldisziplin zugrunde gelegt werden.[382] Eine praktische Bewährung ist nicht in allen Fällen zwingend erforderlich,[383] zumindest bei einer empirischen Herangehensweise aber ohnehin Teil der Methodik.[384] In der Regel ist darum wenigstens eine Erprobung in einzelnen Betrieben Pflicht.[385]

2.3.2.4.2.3 Technische Regeln

227 Wie die Schutzziele bleiben aber auch die normativen Standards lediglich abstrakte Vorgaben, die der Umsetzung in die Praxis bedürfen. Was der Stand der Technik ist oder in den Arbeitswissenschaften als gesichert gilt, muss letztlich anhand sachverständiger Aussagen ermittelt werden. Eine große Rolle spielen hier private Regelungen wie DIN-Normen oder VDE-Bestimmungen. Da diese Regeln für die Aufsichtsbehörden und Gerichte jedoch in Bezug auf die Ermittlung normativer Standards allenfalls In-

380 So z.B. die Legaldefinition in § 2 Abs. 10 BetrSichV; MHdB ArbR/*Kohte*, § 174, Rn. 27; *Wlotzke* 1999, S. 664.
381 BVerfG v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, E 49, S. 89, 135 f. – *Kalkar I*.
382 *Fitting* 2020, § 90 BetrVG, Rn. 43; *Kohte,* in: Kollmer et al. 2016, § 4 ArbSchG, Rn. 19.
383 *Ehmann* 1981, S. 32 ff.
384 MHdB ArbR/*Kohte*, § 174, Rn. 26.
385 *Kohte,* in: Kollmer et al. 2016, § 4 ArbSchG, Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dizwirkung entfalten,[386] ist mit ihrer Befolgung keine Rechtssicherheit verbunden.

2.3.2.4.2.3.1 Bindungswirkung technischer Regeln

228 Um die Umsetzung der gesetzlichen Anforderungen zu erleichtern, sieht § 18 Abs. 2 Nr. 5 ArbSchG vor, dass Ausschüsse gebildet werden, die normative Standards wie den Stand der Technik oder die gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnisse ermitteln und dazu Regeln erarbeiten, wie die in den Rechtsverordnungen gestellten Anforderungen erfüllt werden können. Für den Bereich der Verwendung von Arbeitsmitteln ist dies gemäß § 21 Abs. 1 S. 1 BetrSichV der Ausschuss für Betriebssicherheit. Er soll gemäß § 21 Abs. 5 Nr. 2 BetrSichV ermitteln, wie die in der Verordnung gestellten Anforderungen erfüllt werden können und dazu die dem jeweiligen Stand der Technik und der Arbeitsmedizin entsprechenden Regeln und Erkenntnisse erarbeiten. Diese Regeln und Erkenntnisse können vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales gemäß § 21 Abs. 6 Nr. 1 bekannt gegeben werden.[387] Für die ergonomische Gestaltung von Arbeitssystemen sind dies z.B. die Technische Regel für die Betriebssicherheit 1151 zu Gefährdungen an der Schnittstelle Mensch-Arbeitsmittel – Ergonomische und menschliche Faktoren, Arbeitssystem –, kurz: TRBS 1151.[388]

229 Diese technischen Regeln und Erkenntnisse sind keine Rechtsnormen, sondern wertende sachverständige Aussagen darüber, wie ein vorgegebenes Schutzziel erreicht werden kann und ggf. auch, in welchem Ausmaß dieses Ziel erreicht werden muss.[389] Eine Rechtswirkung entfalten sie nur, wenn das vom Gesetz oder einer Verordnung so angeordnet wird. So muss

386 *Jarass,* NJW 1987, S. 1225, 1230 f.

387 Die Betriebssicherheitsverordnung enthält eine Reihe von Redaktionsversehen. So steht in § 21 Abs. 6 Nr. 1 BetrSichV „die vom Ausschuss für Betriebssicherheit ermittelten Regeln und Erkenntnisse nach Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 im Gemeinsamen Ministerialblatt bekannt geben“. Einen Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 gibt es in § 21 BetrSichV nicht. Es kann nur Absatz 5 Satz 1 Nummer 2 gemeint sein. Dieser Fehler setzt sich in § 3 Abs. 4 S. 1 und § 4 Abs. 3 S. 1 BetrSichV fort, in denen von „nach § 21 Absatz 4 Nummer 1 bekannt gegebenen Regeln und Erkenntnisse[n]“ die Rede ist. Hier kann nur § 21 Abs. 6 Nr. 1 BetrSichV gemeint sein.

388 GMBl. 2015, S. 340 [Nr. 17/18].

389 *Jarass,* NJW 1987, S. 1225, 1226; MHdB ArbR/*Kohte*, § 174, Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Arbeitgeber diese Regeln gemäß § 4 Abs. 3 S. 1 BetrSichV bei der Festlegung der Schutzmaßnahmen „berücksichtigen" – die Vorschriften der Betriebssicherheitsverordnung einschließlich der Anhänge selbst muss er hingegen „beachten" (zu dem Unterschied siehe 2.3.2.5, S. 139). Er kann aber von den Regeln des Ausschusses gemäß § 4 Abs. 3 S. 3 BetrSichV abweichen, wenn Sicherheit und Gesundheit durch andere Maßnahmen zumindest in vergleichbarer Weise gewährleistet werden. Hieran zeigt sich exemplarisch das Regelungskonzept des Arbeitsschutzrechts, dem Arbeitgeber lediglich ein Schutzziel vorzugeben, ihm bei der Wahl der Mittel aber freie Hand zu lassen.

230 Dennoch dürfte es für den Arbeitgeber zumeist von Vorteil sein, die Regeln des Ausschusses einzuhalten. Tut er dies, ist nämlich gemäß § 4 Abs. 3 S. 2 BetrSichV davon auszugehen, dass die in dieser Verordnung gestellten Anforderungen erfüllt sind,[390] also der jeweils verlangte normative Standard erreicht wurde. Aufgrund dieser Vermutungswirkung werden die technischen Regeln auch als „De-facto-Vorschriften" bezeichnet.[391]

2.3.2.4.2.3.2 Reichweite der Bindungs- und Vermutungsregelung

231 Außerhalb dieser Vermutungswirkung liegen die Empfehlungen, die der Ausschuss nach § 21 Abs. 5 Nr. 1 BetrSichV ausspricht und für die er den Stand von Wissenschaft und Technik, Arbeitsmedizin und Arbeitshygiene sowie sonstiger gesicherter arbeitswissenschaftlicher Erkenntnisse bei der Verwendung von Arbeitsmitteln ermittelt. Diese Empfehlungen können gemäß § 21 Abs. 6 Nr. 2 BetrSichV vom Ministerium lediglich in geeigneter Weise veröffentlicht, nicht aber nach Nr. 1 – die sich allein auf die Regeln und Erkenntnisse nach § 21 Abs. 5 Nr. 2 BetrSichV bezieht – im Gemeinsamen Ministerialblatt bekannt gegeben werden.

232 Dies spielt insofern eine Rolle, als es in der Einleitung zur TRBS 1151 heißt: „Die Technischen Regeln für Betriebssicherheit (TRBS) geben den Stand der Technik, Arbeitsmedizin und Arbeitshygiene sowie sonstige gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse für die Verwendung von Arbeitsmitteln wieder." Die beiden letzten Bereiche sind nicht mehr von der Aufgabenzuweisung an den Ausschuss in § 21 Abs. 5 Nr. 2 BetrSichV erfasst. Danach sind lediglich dem jeweiligen Stand der Technik und der Ar-

390 Zu dem Redaktionsversehen in der Verordnung siehe Fn. 387.
391 MHdB ArbR/*Kohte*, § 174, Rn. 36.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

beitsmedizin entsprechende Regeln und Erkenntnisse zu erarbeiten. Soweit es in der TRBS 1151 also um den Stand der Arbeitshygiene und sonstige gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse geht, entfaltet sie keine Bindungs- und Vermutungswirkung.

Dass diese Unterscheidung kein redaktionelles Versehen sein kann, zeigt der Vergleich mit § 7 ArbStättV. Die Möglichkeit der Bekanntgabe durch das Ministerium in Absatz 4 erstreckt sich hier auf alle Regeln und Erkenntnisse, die der Ausschuss gemäß seiner Aufgabenbeschreibung in Absatz 3 zu ermitteln hat. Eine Unterscheidung nach Erkenntnisgebieten wird hier nicht getroffen. 233

An der Verpflichtung des Arbeitgebers, insbesondere (gesundheitsbezogene) gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse zu berücksichtigen, ändert diese Ausnahme indessen wenig. Diese Pflicht ergibt sich bereits allgemein aus § 4 Nr. 3 ArbSchG und nicht erst aus § 4 Abs. 3 S. 1 BetrSichV, der sich spezifisch auf die vom Ausschuss ermittelten Erkenntnisse bezieht. Letztlich entfällt also nur die Vermutungswirkung, die für den Arbeitgeber wohl gerade im Hinblick auf die Pflicht zur menschengerechten Gestaltung der Arbeit nach § 6 Abs. 1 S. 5 BetrSichV interessant gewesen wäre. 234

2.3.2.4.3 Gefährdungsbeurteilung

Die Grundlage für diese offene und letztlich am Meinungsstand der Fachwissenschaften orientierten Vorgehensweise ist – ähnlich wie im Bereich der Maschinensicherheit – eine gemäß § 5 Abs. 1 ArbSchG verpflichtend durchzuführende Beurteilung der Gefährdungen, denen die Beschäftigten bei ihrer Arbeit ausgesetzt sind.[392] In Bezug auf die Sicherheit von Arbeitsmitteln wird diese Pflicht durch die Betriebssicherheitsverordnung weiter detailliert. 235

Gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 1 BetrSichV dürfen Arbeitsmittel erst verwendet werden, wenn die hierauf bezogene Gefährdungsbeurteilung vorgenommen wurde. Dabei sind gemäß § 3 Abs. 2 S. 1 BetrSichV alle Gefährdungen miteinzubeziehen, die von dem Arbeitsmittel selbst, der Arbeitsumgebung und den Arbeitsgegenständen, an denen Tätigkeiten mit Arbeitsmitteln durchgeführt werden, ausgehen. Der Arbeitgeber kann sich nicht damit 236

392 Dazu eingehend *Fritsche/Meckle*, BB 2015, 821–825; *Heilmann et al.*, Z. Arb. Wiss. 2015, S. 258, 261.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

begnügen, entsprechend dem Produktsicherheitsrecht sichere Arbeitsmittel einzusetzen; er muss beim Einsatz dieser Arbeitsmittel auch die spezifischen betrieblichen Verhältnisse berücksichtigen.[393] Folglich soll die Gefährdungsbeurteilung gemäß § 3 Abs. 3 BetrSichV bereits bei der Auswahl und der Beschaffung der Arbeitsmittel begonnen werden.

237 Angesichts des komplexen Arbeitsumfelds, in dem Roboter nicht nur mit anderen Maschinen, sondern u.U. auch mit den Beschäftigten interagieren, muss sich der Arbeitgeber bei dieser frühzeitigen Gefährdungsbeurteilung eng mit dem Hersteller der Maschine abstimmen.[394] Für die medizinisch-biometrischen Anforderungen an kollaborative Roboter kann dabei auf die Empfehlungen zurückgegriffen werden, welche die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung zur Ergänzung und Präzisierung der DIN EN ISO 10218 Teil 1 und 2 herausgegeben haben (siehe 2.3.2.3.2, S. 125).[395]

2.3.2.4.4 Menschengerechte Gestaltung

238 Die Grundlage für die menschengerechte Gestaltung der Arbeit als Pflicht für den Arbeitgeber ist der eingangs erwähnte Grundsatz in Art. 6 Abs. 2 lit. d Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie, den Faktor „Mensch" bei der Arbeit, insbesondere bei der Gestaltung von Arbeitsplätzen sowie bei der Auswahl von Arbeitsmitteln und Arbeits- und Fertigungsverfahren" zu berücksichtigen. Als Beispiele nennt die Richtlinie hier eintönige Arbeit und maschinenbestimmte Arbeitsrhythmen, bei denen für die Beschäftigten eine Erleichterung geschaffen und deren gesundheitsschädigende Auswirkungen abgeschwächt werden sollen.

2.3.2.4.4.1 Allgemeine Regelungen im Arbeitsschutzgesetz

239 Im Arbeitsschutzgesetz selbst werden keine vergleichbaren Beispiele genannt. Die menschengerechte Gestaltung findet sich aber – abgesehen von der ausdrücklichen Erwähnung in Art. 2 Abs. 1 ArbSchG – auch in den allgemeinen Grundsätzen des Arbeitsschutzes nach § 4 ArbSchG, wo dem Be-

393 *Kohte*, NZA 2015, S. 1417, 1419; MHdB ArbR/*Kohte*, § 178, Rn. 33.
394 *Kohte*, NZA 2015, S. 1417, 1419.
395 *Günther/Böglmüller*, BB 2017, S. 53, 54; Empfehlungen: *Ottersbach* 2011; dazu auch *May* 2013, S. 104 f.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

griff weitere Konturen gegeben werden. Dies zeigt sich an § 4 Nr. 3 ArbSchG, wonach bei Maßnahmen des Arbeitsschutzes u.a. gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse zu berücksichtigen sind.

240 Diese Erkenntnisse können zwar nicht in ihrer vollen Breite (siehe dazu 2.3.1, S. 117), sondern entsprechend der Ausrichtung des Arbeitsschutzrechts nur im Hinblick auf ihre gesundheitsbezogenen Aspekte berücksichtigt werden, sodass Fragen der Angemessenheit der Entlohnung, der Kooperation im Betrieb oder des selbstverantwortlichen Handelns hier außer Betracht bleiben.[396] In ihrem gesundheitsbezogenen Bereich verfolgt die Arbeitswissenschaft aber auch das Ziel, Arbeitsbedingungen nicht nur schädigungslos, sondern beeinträchtigungsfrei zu gestalten. Daraus wird deutlich, dass der Arbeitgeber die arbeitsbedingten gesundheitsrelevanten Belastungsfaktoren generell zu minimieren hat, unabhängig davon, ob im Einzelfall bereits eine Gesundheitsgefahr besteht.[397]

241 Der präventive Ansatz mit entsprechend niedrigschwelliger Schutzpflicht des Arbeitgebers wird durch den Grundsatz in § 4 Nr. 4 ArbSchG bestätigt. Ihm zufolge sind Maßnahmen mit dem Ziel zu planen, vor allem Technik, Arbeitsorganisation und soziale Beziehungen sachgerecht bzw. – wie die europäische Vorlage in Art. 6 Abs. 2 lit. g Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie verständlicher formuliert – kohärent zu verknüpfen. Dies lässt sich als Aufforderung verstehen, den Arbeitsschutz nach einem sozio-technischen Ansatz (siehe dazu 2.1, S. 75) zu entwickeln, bei dem die sozialen Bedürfnisse der Beschäftigten zumindest insofern eine Rolle spielen, als sich ihre Missachtung auf deren Gesundheit auswirken kann.

2.3.2.4.4.2 Materielle Anforderungen speziell zur Verwendung von Arbeitsmitteln

242 Die in der Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie und dem Arbeitsschutzgesetz verankerten Pflichten werden schließlich in den Vorschriften speziell zur Verwendung von Arbeitsmitteln weiter ausgeführt. Die Richtlinie zur Arbeitsmittelsicherheit 2009/104/EG bleibt dabei noch vergleichsweise vage und regelt diesbezüglich lediglich in Artikel 7, dass die ergonomischen Grundsätze vom Arbeitgeber bei der Anwendung der Mindestvorschriften

396 MHdB ArbR/*Kohte*, § 174, Rn. 25.
397 *Kohte,* in: Kollmer et al. 2016, § 3 ArbSchG, Rn. 24.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz in jeder Hinsicht zu berücksichtigen sind.

243 Die Umsetzung in der deutschen Betriebssicherheitsverordnung ist dagegen in Hinblick auf die menschengerechte Gestaltung spezifischer. So werden im Rahmen der grundlegenden Schutzmaßnahmen bei der Verwendung von Arbeitsmittel in § 6 Abs. 1 S. 5 ArbSchG Grundsätze der menschengerechten Gestaltung aufgezählt, die der Arbeitgeber zu berücksichtigen hat. Hierzu gehören insbesondere das Anpassen der Arbeitsmittel an die körperlichen Eigenschaften und die Kompetenz der Beschäftigten (Nr. 1) sowie die Vermeidung eines gesundheitsgefährdenden Arbeitstempos und -rhythmus (Nr. 3) und von Bedien- und Überwachungstätigkeiten, die eine uneingeschränkte und dauernde Aufmerksamkeit erfordern (Nr. 4).

244 In den beiden letztgenannten Grundsätzen greift die Betriebssicherheitsverordnung die Beispiele in Art. 6 Abs. 2 lit. d Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie wieder auf und setzt damit gerade einer Arbeitsgestaltung wie im Automatisierungsszenario (siehe 1.2.3.2.1, S. 66) rechtliche Grenzen. Der Mensch kann demnach nicht beliebig in die Rolle des „Lückenbüßers" gedrängt werden, in der er Systeme nur noch überwacht oder Aufgaben übernimmt, die (noch) nicht automatisiert werden können, und bei denen er sich den Maschinen weitgehend anzupassen hat.

2.3.2.4.4.3 Regelungen zur Gefährdungsbeurteilung

245 Diese Grundsätze der menschengerechten Gestaltung sind bereits bei der Gefährdungsbeurteilung zu berücksichtigen. In § 3 Abs. 2 S. 2 BetrSichV werden entsprechend die ergonomische Gestaltung von Arbeitsmitteln (Nr. 1) und die physischen und psychischen Belastungen der Beschäftigten, die bei der Verwendung von Arbeitsmitteln auftreten (Nr. 3), ausdrücklich erwähnt. Die Herausforderung für den Arbeitgeber besteht folglich darin, nicht nur sicherzustellen, dass die eingesetzten Produktions- und Assistenzsysteme den Anforderungen der Produktsicherheit genügen und an sich eine menschengerechte Gestaltung ermöglichen. Er muss diese Systeme auch unter Berücksichtigung der ergonomischen Verhältnisse zwischen Arbeitsplatz, Arbeitsmittel, Arbeitsverfahren und Arbeitsorgani-

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sation sowie der individuellen physischen und psychischen Beanspruchungsgrenzen in seinen Betrieb integrieren.[398]

Im Zuge dieser mehrseitigen Herangehensweise müssen z.B. gemäß § 5 Abs. 3 Nr. 5 ArbSchG auch Gefährdungen berücksichtigt werden, die sich aus einer unzureichenden Qualifikation und Unterweisung der Beschäftigten ergeben. Im Hinblick auf die psychische Belastung bedeutet dies z.B., auf technischer Seite zu gewährleisten, dass ein Assistenzsystem seinen Bediener nicht mit Informationen überfrachten darf. Es bedeutet aber auch, dass die Beschäftigten fachlich geeignet und entsprechend geschult sein müssen, um dieses Assistenzsystem benutzen zu können, ohne davon überfordert zu werden.[399] 246

2.3.2.5 Abwägungsfestigkeit im Arbeitsschutzrecht

Die Pflicht des Arbeitgebers, Arbeitsschutzmaßnahmen durchzuführen, gilt nicht absolut, sondern wird durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenzt.[400] Gerade bei weniger einschneidenden Gesundheitsgefährdungen sind die genauen Gestaltungsanforderungen darum im Wege einer Interessenabwägung zu ermitteln. Im Prinzip gilt dies auch im Bereich der Gefahrenabwehr; anders als bei Gefährdungen überwiegen hier aber stets die Interessen des betroffenen Arbeitnehmers. 247

Im Bereich des privaten Arbeitsschutzes kommt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz über die Formel in § 618 Abs. 1 BGB zum Tragen, der Dienstverpflichtete (Arbeitnehmer) sei zu schützen, soweit die „Natur der Dienstleistung es gestattet." Wie die privatrechtlichen Pflichten des Arbeitgebers insgesamt wird auch diese Einschränkung durch die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften konkretisiert.[401] In dem hier diskutierten Bereich kommt ihr darum keine eigenständige Bedeutung zu. 248

---

398 *Kohte,* NZA 2015, S. 1417, 1419; *Karthaus,* NZA 2017, S. 558, 560 nennt zur psychischen Belastung das Beispiel, dass ein Beschäftigter auf ein Assistenzsystem zur Informationsvermittlung nicht einwirken kann. Im konkreten Fall ist er nicht in der Lage, einen Lehrfilm zu überspringen, was sich wiederum negativ auf seinen Leistungslohn auswirkt.

399 *Kohte,* NZA 2015, S. 1417, 1420; *Rothe,* baua: Aktuell 2/2015, S. 12.

400 *Kohte,* in: Kollmer et al. 2016, § 3 ArbSchG, Rn. 27; *May* 2013, S. 104.

401 MüKo BGB/*Henssler*, § 618 BGB, Rn. 60 f.; MHdB ArbR/*Kohte*, § 175, Rn. 20; ErfK/*Wank*, § 618 BGB, Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.3.2.5.1 Striktes Minimierungsgebot bei Gefahren

249 Innerhalb des Arbeitsschutzrechts ergibt sich so eine Zweiteilung, die sich teilweise am Wortlaut der jeweiligen Norm festmachen lässt: Bei Gefahren wie Lärm, Gefahrstoffen oder künstlicher optischer Strahlung gilt ein striktes Minimierungsgebot.[402] Im für Assistenzsysteme relevanten Bereich der Betriebssicherheit äußert sich dies darin, dass der Arbeitgeber gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 BetrSichV nur solche Arbeitsmittel zur Verfügung stellen und verwenden lassen darf, die unter Berücksichtigung der vorgesehenen Einsatzbedingungen bei der Verwendung sicher sind.

250 Dieser strikte Maßstab geht oft mit der Formulierung einher, der Arbeitgeber müsse bestimmte Anforderungen „beachten", so z.B. in § 4 Abs. 3 S. 1 BetrSichV hinsichtlich der Vorschriften der Verordnung einschließlich ihrer Anhänge. Von diesen Anforderungen abzuweichen ist dem Arbeitgeber nicht gestattet.

2.3.2.5.2 Abwägung bei Gefährdungen

251 Unterhalb des Schutzes vor Gefahren steht der Schutz gegen weniger einschneidende Gefährdungen. Hierzu zählen größtenteils auch diejenigen Gefährdungen, die von einer nicht-menschengerechten Gestaltung ausgehen. Die gesicherten (gesundheitsbezogenen) arbeitswissenschaftlichen Erkenntnisse, die zur Minimierung dieser Gefährdungen genutzt werden können, sind gemäß § 4 Nr. 3 ArbSchG und § 6 Abs. 1 S. 5 BetrSichV lediglich „zu berücksichtigen". Gleiches gilt gemäß § 4 Abs. 3 S. 1 BetrSichV für die Regeln und Erkenntnisse des Ausschusses für Betriebssicherheit. Eine ähnliche Formulierung findet sich auch im Bereich der Maschinensicherheit, bei der in Gliederungspunkt 1.1.6 der Anlage I zur Maschinenrichtlinie statt von arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen von ergonomischen Prinzipien die Rede ist. Die körperliche und psychische Fehlbeanspruchung des Bedienungspersonals ist hier „unter Berücksichtigung" dieser Prinzipien auf ein mögliches Mindestmaß zu reduzieren.

252 Diese zurückhaltende Formulierung ist der Tatsache geschuldet, dass die Abwehr von Gefährdungen für die Gesundheit der Beschäftigten weit ins Vorfeld einer konkreten Gefahr verlagert wird und die Schwelle zur Schutzpflicht des Arbeitgebers oder des Maschinenherstellers entspre-

402 *Kohte*, in: Kollmer et al. 2016, § 4 ArbSchG, Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

chend niedrig ausfällt.[403] Die Anforderungen werden hier darum in zweifacher Weise gelockert. Erstens steht es dem Arbeitgeber bzw. dem Maschinenhersteller stets frei, den vorgegebenen normativen Standard durch andere, gleichwertige Maßnahmen zu erreichen. Ausdrücklich geregelt ist dies in § 4 Abs. 3 S. 3 BetrSichV für die Regeln und Erkenntnisse des Ausschusses für Betriebssicherheit.

253 Darüber hinaus darf er zweitens in begründeten Ausnahmesituationen von der optimalen Gestaltung abweichen, die angesichts der vielen Möglichkeiten des positiven Handelns ohnehin nur schwer zu ermitteln ist. Dies sind zum einen Fälle, in denen diese Maßnahme technisch oder organisatorisch nicht umgesetzt werden kann. Zum anderen können aber auch die Kosten einer Maßnahme objektiv, d.h. ohne Berücksichtigung der Finanzkraft des jeweiligen Arbeitgebers, außer Verhältnis zu deren Erfolg stehen. In beiden Fällen beschränkt sich das Minimierungsgebot auf das technisch, organisatorisch und – zumindest bei geringen Gefährdungen – wirtschaftlich Umsetzbare.[404]

2.3.2.6 Rechtsdurchsetzung und Verletzungsfolgen

254 Die Vorgaben der Produktsicherheit und zum Arbeitsschutz sind öffentlich-rechtlicher Natur. Ihre Überwachung ist nach § 24 Abs. 1 S. 1 ProdSG bzw. § 21 Abs. 1 S. 1 ArbSchG eine staatliche Aufgabe, die in den Aufgabenbereich der Länder fällt. Hiervon zu trennen ist der private Arbeitsschutz, der lediglich das Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer betrifft.

2.3.2.6.1 Behördliche Anordnungen zum Arbeitsschutz

255 Die Produktsicherheit wird bereits am Markt überwacht. Die Befugnisse der zuständigen Behörde gehen hier so weit, die Bereitstellung eines Produktes auf dem Markt gemäß § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 6 ProdSG zu verbieten.

256 Die Überwachung des Arbeitsschutzes findet dagegen bei den Arbeitgebern statt. Um ihren Aufgaben gerecht zu werden, verfügt die Behörde

403 MHdB ArbR/*Kohte*, § 174, Rn. 19 f.; NK-GA/*Otto*, § 4 ArbSchG, Rn. 7.

404 *Kohte*, in: Kollmer et al. 2016, § 4 ArbSchG, Rn. 10; MHdB ArbR/*Kohte*, § 176, Rn. 14; *Wlotzke* 1999, S. 659 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hier nach § 22 Abs. 1 und 2 ArbSchG über Informations-, Besichtigungs- und Prüfungsrechte. Aufbauend darauf kann sie schließlich gemäß § 22 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 ArbSchG im Einzelfall anordnen, welche Maßnahmen des Arbeitsschutzes der Arbeitgeber zu treffen hat. Nach der Systematik des § 22 Abs. 3 S. 1 ArbSchG – in Nummer. 2 existiert eine spezielle Eingriffsnorm für die Gefahrenabwehr – bezieht sich die Generalbefugnis nach Nummer. 1 auf die Gefährdungsabwehr und mithin auch auf die Pflicht des Arbeitgebers zur menschengerechten Gestaltung der Arbeit.

257 Bei ihren Anordnungen hat die Behörde das Regelungskonzept des Arbeitsschutzrechts zu beachten. Danach werden dem Arbeitgeber lediglich vergleichsweise offen formulierte Schutzziele vorgegeben. Die zu ihrer Erreichung erforderlichen Maßnahmen hat er – ggf. unter Berücksichtigung der technischen Regeln und Erkenntnisse des Ausschusses für Betriebssicherheit – selbst zu ermitteln.

258 Eine Behörde muss darum zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes stets in Betracht ziehen, in einer Anordnung nur die Schutzziele auf das jeweilige Gefahrenszenario hin zu konkretisieren und für die Umsetzung auf die einschlägigen Regeln und Erkenntnisse zu verweisen oder dem Arbeitgeber die Möglichkeit einzuräumen, gleich wirksame Alternativmaßnahmen zu ergreifen.[405] Dies gilt auch und vor allem im Bereich der menschengerechten Gestaltung,[406] in dem ohnehin nur vergleichsweise wenig strikte Anforderungen an den Arbeitgeber gestellt werden und sich regelmäßig eine breite Palette an Maßnahmen anbieten wird. Ein solches „Finalprogramm“ verstößt auch nicht gegen den Grundsatz der Bestimmtheit von Verwaltungsakten nach § 37 Abs. 1 VwVfG.[407]

2.3.2.6.2 Privater Arbeitsschutz

259 Da der öffentlich-rechtliche Arbeitsschutz über § 618 BGB in das privatrechtliche Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einwirkt (siehe 2.3.2, S. 118), verfügt auch der einzelne Arbeitnehmer selbst über

405 MHdB ArbR/*Kohte*, § 174, Rn. 92.

406 *Kunz,* in: Kollmer et al. 2016, § 22 ArbSchG, Rn. 82 weist in diesem Kontext darauf hin, dass die Behörde z.B. bei sozialen Konflikten kaum deren Einzelheiten durchschauen könnte.

407 Zur Zulässigkeit eines Finalprogramms allgemein OVG Münster v. 6.11.2008 – 13 B 1461/08, NVwZ 2009, S. 925–927; BeckOK VwVfG/*Tiedemann*, § 37 VwVfG, Rn. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Instrumente, die arbeitsschutzrechtlichen Verpflichtungen des Arbeitgebers durchzusetzen oder zumindest darauf hinzuwirken. Sie reichen vom Erfüllungs-, über den Unterlassungs- bis zum Schadensersatzanspruch.[408] Dabei ist auch hier zu beachten, dass dem Arbeitgeber zumeist nur Schutzziele vorgegeben werden, er also lediglich der Pflicht unterliegt, ermessensfehlerfrei auf die jeweilige Gefahren- bzw. Gefährdungslage zu reagieren.[409]

260 Am relevantesten dürfte das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers nach § 273 BGB sein, bei dem er – weil sich der Arbeitnehmer im Annahmeverzug befindet – seinen Anspruch auf Arbeitsentgelt behält.[410] Voraussetzung hierfür ist lediglich eine Pflichtverletzung des Arbeitgebers; einer konkreten Gesundheitsgefahr für den Arbeitnehmer bedarf es grundsätzlich nicht.[411] Damit kommt dieses Recht auch bei bloßen Gesundheitsgefährdungen in Betracht, wie sie von einer pflichtwidrig nicht menschengerechten Gestaltung der Arbeit ausgehen. Allerdings kann der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben, § 242 BGB, dieses Recht nicht bei jeder kleinen Beeinträchtigung ausüben.[412] In solchen Fällen muss er den Arbeitgeber jedenfalls vorher abmahnen.[413]

2.3.3 Betriebsverfassungsrecht

261 Außer im Arbeitsschutzrecht findet sich der Begriff der menschengerechten Gestaltung der Arbeit auch im Betriebsverfassungsrecht. Ausdrücklich ist davon in den §§ 90 f. BetrVG die Rede. Gemäß § 90 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat über die Planung von technischen Anlagen zu unterrichten und rechtzeitig so zu beraten, dass die Vorschläge des Betriebsrats berücksichtigt werden können. Dabei sollen die Betriebsparteien gemäß § 90 Abs. 2 S. 2 „auch die gesicherten arbeitswissenschaftli-

408 MHdB ArbR/*Kohte*, § 175, Rn. 17 ff.; zum Anspruch auf Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung *Fritsche/Meckle,* BB 2015, 821–825, 823.

409 MHdB ArbR/*Kohte*, § 175, Rn. 19; ErfK/*Wank*, § 618 BGB, Rn. 26.

410 BAG v. 8.5.1996 – 5 AZR 315/95, E 83, S. 105–127 (=NZA 1997, S. 86); MüKo BGB/*Henssler*, § 618 BGB, Rn. 92 f.; MHdB ArbR/*Kohte*, § 175, Rn. 24; ErfK/*Wank*, § 618 BGB, Rn. 25 ff.

411 MüKo BGB/*Henssler*, § 618 BGB, Rn. 92; MHdB ArbR/*Kohte*, § 175, Rn. 24; ErfK/*Wank*, § 618 BGB, Rn. 26; a.A. MHdB ArbR/*Oberthür*, § 331, Rn. 28.

412 ErfK/*Wank*, § 618 BGB, Rn. 26; allgemein MüKo BGB/*Henssler*, § 618 BGB, Rn. 92.

413 MHdB ArbR/*Kohte*, § 175, Rn. 24.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

chen Erkenntnisse über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit berücksichtigen."

262 Die Regelung in § 91 BetrVG betrifft das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Änderung der Arbeitsplätze, des Arbeitsablaufs oder der Arbeitsumgebung. Falls diese Änderungen den gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit „offensichtlich widersprechen" und die Arbeitnehmer dadurch „in besonderer Weise belastet" werden, kann der Betriebsrat angemessene Maßnahmen zur Abwendung, Milderung oder zum Ausgleich der Belastung verlangen.

263 Zu dieser ausdrücklichen Erwähnung der menschengerechten Gestaltung kommen die Bereiche, in denen die Informations- und Beteiligungsrechte des Betriebsrats der Um- oder Durchsetzung arbeitsschutzrechtlicher Vorgaben dienen (siehe 2.3.3.2, S. 145). Obwohl nicht eigens erwähnt, gehört hierzu auch die – gesundheitsbezogene – menschengerechte Gestaltung der Arbeit.[414]

2.3.3.1 Regelungskonzept

264 Das Betriebsverfassungsgesetz gewährt dem Betriebsrat je nach der genauen Regelungsmaterie unterschiedliche Beteiligungsrechte, die sich grob in Informations-, Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte aufteilen lassen.[415] Auf der ersten Stufe, dem Unterrichtungsrecht, soll der Betriebsrat in die Lage versetzt werden, seine Aufgaben und Beteiligungsrechte wahrzunehmen. Entsprechend hat ihn der Arbeitgeber z.B. gemäß § 80 Abs. 2 oder § 90 Abs. 1 BetrVG von sich aus rechtzeitig und umfassend über die betreffenden Vorgänge zu unterrichten. Auf der nächsten Stufe folgen die Mitwirkungsrechte, die als Anhörungs- (§ 102 BetrVG) oder – wenn der Arbeitgeber aktiv das Gespräch mit dem Betriebsrat suchen muss – als Beratungsrechte (z.B. § 90 Abs. 2 BetrVG) ausgestaltet sind. Diese Informations- und Mitwirkungsrechte können für sich genommen im Beschlussverfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 i.V.m. §§ 80 ff. ArbGG gerichtlich durchgesetzt werden.[416] Bezogen auf die Maßnahme, auf die sie gerichtet

414 *Richardi,* in: Richardi 2018, § 87 BetrVG, Rn. 555 In diesem wohl Sinne auch ErfK/*Kania*, § 91 BetrVG, Rn. 1.

415 Zum Folgenden statt Vieler ausführlich *Hromadka/Maschmann* 2014, Rn. 345 ff.

416 Zu § 80 Abs. 2 *Thüsing,* in: Richardi 2018, § 80 BetrVG, Rn. 106; zu § 90 BetrVG *Annuß,* in: Richardi 2018, § 90 BetrVG, Rn. 41 f. Lediglich das Anhörungsrecht

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sind, kann der Betriebsrat aber keine Maßnahmen erzwingen. Der Arbeitgeber muss sich lediglich die Argumente des Betriebsrats anhören und sich damit auseinandersetzen. Er kann die geplante Maßnahme aber unverändert so durchführen, wie er dies für richtig hält.

265 Am stärksten sind die Beteiligungsrechte des Betriebsrats im sozialen Bereich nach § 87 ff. BetrVG ausgestaltet, zu dem – zwar nicht systematisch, wohl aber ihrem Sinn nach[417] – auch die Gestaltung des Arbeitsplatzes, des Arbeitsablaufs und der Arbeitsumgebung nach §§ 90 f. BetrVG zählt. In einzeln aufgezählten, für die Planung und Organisation eines Unternehmens wichtigen Angelegenheiten gewährt das Gesetz dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht, sodass hier stets seine Zustimmung erforderlich ist. Der Betriebsrat kann hier auch die Initiative ergreifen und selbst eine betriebliche Regelung verlangen. Bei Streitigkeiten können beide Betriebsparteien gemäß § 76 Abs. 5 BetrVG eine Einigungsstelle anrufen, deren Spruch für sie bindend ist und nur dahingehend gerichtlich überprüft werden kann, ob die Einigungsstelle die Grenzen ihres Ermessens überschritten hat.

266 Anders als das Mitwirkungsrecht betreffen die Mitbestimmungsrechte auch die Sache, nicht nur das Verfahren. Nach der herrschenden Meinung kann der Arbeitgeber mitbestimmungspflichtige Maßnahmen nur mit der Zustimmung des Betriebsrats oder einem entsprechenden Einigungsstellenspruch vornehmen. Ansonsten ist die Maßnahme unwirksam.[418]

2.3.3.2 Beteiligungsrechte im Bereich des gesetzlichen Arbeitsschutzes

267 Was die Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei der arbeitsschutzrechtlichen, also gesundheitsbezogenen menschengerechten Gestaltung angeht, bestehen zwei Regelungen im Betriebsverfassungsgesetz[419], die sich auf

---

bei Kündigungen wird – weil es gemäß § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG eine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung ist – vorrangig von dem gekündigten Arbeitnehmer geltend gemacht, hierzu *Thüsing,* in: Richardi 2018, § 102 BetrVG, Rn. 140 ff.

417 *Richardi,* in: Richardi 2018, Vorbemerkungen §§ 87 ff. BetrVG, Rn. 6.

418 BAG v. 3.12.1991 – GS 2/90, E 69, S. 134, Rn. 111 (=NZA 1992, S. 749); BAG v. 16.6.1998 – 1 ABR 68/97, E 89, S. 139, Rn. 33 (=NZA 1999, S. 49); BAG v. 8.6.2004 – 1 AZR 308/03, E 111, S. 70, Rn. 21 (=NZA 2005, S. 66); a.A. *Richardi,* in: Richardi 2018, § 87 BetrVG, Rn. 104 ff. m.w.N.

419 Der Betriebsrat hat im Bereich des Arbeitsschutzrechts auch Beteiligungsrechte, die außerhalb des Betriebsverfassungsgesetzes geregelt sind. Sie beziehen sich

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den ersten Blick überschneiden. Auf der einen Seite gehört es gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu den allgemeinen Aufgaben des Betriebsrats, über die Durchführung der zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen zu wachen. Hierüber ist er gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG rechtzeitig und umfassend zu unterrichten. Auf der anderen Seite hat der Betriebsrat gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG bei Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften mitzubestimmen.

268 Diese deutliche Spreizung der Beteiligungsrechte – ein bloßes Unterrichtungsrecht gegenüber einem Mitbestimmungsrecht – erklärt sich bei einem Blick auf den Gegenstand der Beteiligung. Die Überwachungsaufgabe nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG betrifft jene Vorschriften, die dem Arbeitgeber keinen Regelungsspielraum lassen.[420] Wie unter Gliederungspunkt 2.3.2.5, S. 139 erläutert, gehören die arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften zur menschengerechten Gestaltung nicht in diese Kategorie. Das Unterrichtungsrecht nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 2 S. 1 BetrVG spielt darum hier keine Rolle.

2.3.3.2.1 Grundsätze des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG

269 Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG setzt dagegen eine ausfüllungsbedürftige Rahmenvorschrift im Bereich des Gesundheitsschutzes voraus, die den Arbeitgeber zwar zum Handeln verpflichtet, ihm diesbezüglich aber keine zwingenden Vorgaben macht, sondern nur bestimmte Schutzziele festschreibt.[421] Der Begriff des Gesundheitsschutzes stimmt dabei mit dem im Arbeitsschutzrechts überein,[422] weshalb die darin enthaltene menschengerechte Gestaltung wie dort gesundheitsbezogen zu verstehen ist.

---

auf die Bestellung des und die Zusammenarbeit mit dem Betriebsarzt (§ 9 ASiG) und die Bestellung des Sicherheitsbeauftragten (§ 22 SGB VII). Für die Mitbestimmung hinsichtlich der materiellen Anforderungen an eine menschengerechte Gestaltung spielen diese Beteiligungsrechte aber keine Rolle.

420 *Richardi*, in: Richardi 2018, § 87 BetrVG, Rn. 549.

421 BAG v. 15.1.2002 – 1 ABR 13/01, E 100, S. 173, Rn. 57 (=NZA 2002, S. 995).

422 BAG v. 8.6.2004 – 1 ABR 13/03, E 111, S. 36, Rn. 43 (=NZA 2004, S. 1175); BAG v. 18.8.2009 – 1 ABR 43/08, E 131, S. 351, Rn. 17 (=NZA 2009, S. 1434).

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.3.3.2.1.1 Grundsätzliche Anforderungen an Rahmenvorschriften

Diese Rahmenvorschriften müssen eine betriebliche Regelung notwendig machen, in der die Betriebsparteien abstrakt generell bestimmen, wie das durch die Rahmenvorschrift vorgegebene Ziel des Arbeits- und Gesundheitsschutzes erreicht werden soll.[423] Dabei muss die jeweils zu regelnde Frage einen kollektiven Tatbestand erfüllen, sich also wenigstens auf einen Teil der Belegschaft beziehen. Personelle Einzelmaßnahmen bedürfen keiner Regelung und sind darum auch nicht mitbestimmungspflichtig.[424] 270

Da das Mitbestimmungsrecht an Rahmenvorschriften anknüpft, ist seine Reichweite von der Ausgestaltung der einschlägigen Arbeitsschutz- und Unfallverhütungsvorschriften abhängig. Einerseits eröffnen diese Vorschriften den Rahmen der Mitbestimmung erst, andererseits können sie ihn durch detaillierte Regelung aber auch wieder stark verengen.[425] 271

Diese Abhängigkeit besteht nach der herrschenden Meinung auch in die Gegenrichtung, sodass mitbestimmungspflichtige Maßnahmen des Arbeitsschutzes unwirksam sind, wenn sie unter Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht vorgenommen werden.[426] Dem wird entgegengehalten, dass die durch das Arbeitsrecht statuierte öffentlich-rechtliche Pflicht des Arbeitgebers unabhängig von der Beteiligung des Betriebsrats bestehe.[427] Zumindest im Bereich der menschengerechten Gestaltung der Arbeit dürfte die Gesundheitsgefährdung aber nicht so groß sein, dass es einer verzugsfreien Umsetzung bedürfte.[428] Es besteht darum kein zwingender Grund, hier vom Grundsatz der Mitbestimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung abzuweichen. 272

Zu den arbeitsschutzrechtlichen Rahmenvorschriften im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG gehören u.a. die Pflichten des Arbeitgebers nach § 3 Abs. 2 ArbSchG, eine geeignete Organisationsstruktur für den Arbeits- 273

423 BAG v. 8.6.2004 – 1 ABR 13/03, E 111, S. 36, Rn. 41 (=NZA 2004, S. 1175); BAG v. 18.8.2009 – 1 ABR 43/08, E 131, S. 351, Rn. 16 (=NZA 2009, S. 1434).

424 BAG v. 18.8.2009 – 1 ABR 43/08, E 131, S. 351, Rn. 19 (=NZA 2009, S. 1434); BAG v. 18.3.2014 – 1 ABR 73/12, E 147, S. 306, Rn. 19 (=NZA 2014, S. 855).

425 *Wlotzke* 2005, S. 427; zu den Vorschriften zum Gesundheitsschutz *Lüders/Weller*, BB 2016, S. 116.

426 BAG v. 16.6.1998 – 1 ABR 68/97, E 89, S. 139, Rn. 33 (=NZA 1999, S. 49); ErfK/*Kania*, § 87 BetrVG, Rn. 67; BeckOK ArbR/*Werner*, § 87 BetrVG, Rn. 118.

427 MHdB ArbR/*Oberthür*, § 331, Rn. 28; *Richardi*, in: Richardi 2018, § 87 BetrVG, Rn. 584.

428 Für eine Differenzierung nach Eilbedürftigkeit *Fitting* 2020, § 87 BetrVG, Rn. 290.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schutz aufzubauen,[429] gemäß § 5 ArbSchG eine Gefährdungsbeurteilung vorzunehmen[430] sowie gemäß § 12 ArbSchG die Arbeitnehmer zu unterweisen[431]. Ein weiterer Punkt, an dem das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ansetzen kann, ist die Pflicht des Arbeitgebers nach § 4 Abs. 3 S. 1 BetrSichV, die bekanntgegebenen Regeln und Erkenntnisse des Ausschusses für Betriebssicherheit zu berücksichtigen. Diese Regeln konkretisieren die allgemeinen Handlungspflichten des Arbeitgebers und stellen insofern Rahmenvorschriften im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG dar. Gerade, dass der Arbeitgeber hiervon gemäß § 4 Abs. 3 S. 3 BetrSichV auch abweichen darf, eröffnet einen Regelungsspielraum, bei dessen Ausfüllung der Betriebsrat mitzubestimmen hat.[432]

2.3.3.2.1.2 Generalklauseln als Rahmenvorschrift

274 Dagegen sind Generalklauseln, wie die Grundpflicht des Arbeitgebers nach § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG[433], die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes zu treffen, oder die allgemeinen Grundsätze nach § 4 ArbSchG[434] für sich genommen zu unbestimmt, als dass darauf ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 BetrVG gestützt werden könnte.[435] In diesen Fällen muss die Handlungspflicht des Arbeitgebers weiter bestimmt werden. Dies kann entweder durch eine einschlägige Verordnung, eine

429 BAG v. 18.3.2014 – 1 ABR 73/12, E 147, S. 306, Rn. 23 (=NZA 2014, S. 855).

430 BAG v. 8.6.2004 – 1 ABR 13/03, E 111, S. 36, Rn. 42 f. (=NZA 2004, S. 1175); BAG v. 8.6.2004 – 1 ABR 4/03, E 111, S. 48, Rn. 26 (=NZA 2005, 227); BAG v. 11.2.2014 – 1 ABR 72/12, AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 20, Rn. 14 (=NZA 2014, S. 989).

431 BAG v. 8.6.2004 – 1 ABR 13/03, E 111, S. 36, Rn. 52 (=NZA 2004, S. 1175); BAG v. 8.6.2004 – 1 ABR 4/03, E 111, S. 48, Rn. 29 (=NZA 2005, 227).

432 Zu gleichgestalteten Pflicht in § 3a Abs. 1 S. 2 und 4 ArbStättV *Richardi,* in: Richardi 2018, § 87 BetrVG, Rn. 568.

433 BAG v. 11.12.2012 – 1 ABR 81/11, AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 19, Rn. 20 (=NJOZ 2013, S. 1062).

434 LAG Nürnberg v. 9.12.2015 – 4 TaBV 13/14, Rn. 38; gleiches gilt dem Gericht zufolge für das Schutzziel nach § 3a ArbStättV, Arbeitsstätten so einzurichten und zu betrieben werden, dass Gefährdungen für die Sicherheit und die Gesundheit der Beschäftigten möglichst vermieden und verbleibende Gefährdungen möglichst geringgehalten werden.

435 Allgemein BAG v. 2.4.1996 – 1 ABR 47/95, E 82, S. 349, Rn. 40 (=NZA 1996, S. 998); BAG v. 8.6.2004 – 1 ABR 13/03, E 111, S. 36, Rn. 46 (=NZA 2004, S. 1175); BAG v. 28.3.2017 – 1 ABR 25/15, E 159, S. 12, Rn. 21 (=NZA 2017, S. 1132).

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Unfallverhütungsvorschrift oder – soweit diese zu berücksichtigen sind – eine technische Regel[436] erfolgen. Wo eine solche Norm fehlt, bedarf es einer unmittelbaren objektiven Gesundheitsgefahr für die Beschäftigten, um die Handlungspflichten des Arbeitgebers zu konkretisieren.[437] Dadurch wird nicht zuletzt verhindert, dass mit vorgeschobenen Gesundheitsargumenten neue Methoden der Arbeitsorganisation verhindert werden.[438]

275 Allerdings können die Handlungspflichten des Arbeitgebers regelmäßig erst nach der Ermittlung der konkreten betrieblichen Belastungen festgestellt werden. Dies ist die Aufgabe der Gefährdungsbeurteilung (siehe 2.3.2.4.3, S. 135),[439] bei der der Betriebsrat ebenfalls mitzustimmen hat.[440] Bevor er konkrete Schutzmaßnahmen fordert, muss er also zunächst auf die Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung drängen.[441]

276 Diese auf Generalklauseln bezogene Beschränkung der Rahmenvorschriften nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG soll sicherstellen, dass den anderen (auch) gesundheitsbezogenen Vorschriften im Betriebsverfassungsgesetz, wie z.B. § 88 Nr. 1 BetrVG oder § 91 BetrVG (dazu 2.3.3.3, S. 152) noch ein

---

436 BAG v. 7.6.2016 – 1 ABR 25/14, E 155, S. 215, Rn. 11 (=NZA 2016, S. 1420) zur Gestaltung der Schutzkleidung gemäß § 3 Abs. 1 ArbSchG i.V.m. § 2 Abs. 1 und Abs. 2 PSA-BV; zur Unfallverhütungsvorschriften BAG v. 16.6.1998 – 1 ABR 68/97, E 89, S. 139, Rn. 23 ff. (=NZA 1999, S. 49).

437 BAG v. 8.6.2004 – 1 ABR 13/03, E 111, S. 36, Rn. 46 (=NZA 2004, S. 1175); BAG v. 11.12.2012 – 1 ABR 81/11, AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 19, Rn. 20 (=NJOZ 2013, S. 1062).

438 So wurden z.B. die Hygienebedenken des Betriebsrats in Bezug auf die gemeinsame Verwendung von Computermäusen und Tastaturen als zu pauschal zurückgewiesen, zumal der Arbeitgeber seiner Pflicht aus § 4 Abs. 2 ArbStättV, Arbeitsstätten den hygienischen Erfordernissen entsprechend zu reinigen, erkennbar nachgekommen war. Das Gericht ging davon aus, dass es vielmehr um die generelle Verhinderung des „Desk Sharing“ ging, LAG Düsseldorf v. 9.1.2018 – 3 TaBVGa 6/17, NZA-RR 2018, S. 368, Rn. 40 f.

439 BAG v. 8.6.2004 – 1 ABR 13/03, E 111, S. 36, Rn. 43 (=NZA 2004, S. 1175); BAG v. 12.8.2008 – 9 AZR 1117/06, E 127, S. 205, Rn. 23 (=NZA 2009, S. 102); BAG v. 8.11.2011 – 1 ABR 42/10, AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 18, Rn. 19 (=NJOZ 2012, S. 1519); *Kohte,* in: Düwell 2018, § 87 BetrVG, Rn. 79.

440 BAG v. 8.6.2004 – 1 ABR 13/03, E 111, S. 36, Rn. 42 f. (=NZA 2004, S. 1175); BAG v. 8.6.2004 – 1 ABR 4/03, E 111, S. 48, Rn. 26 (=NZA 2005, 227); BAG v. 11.2.2014 – 1 ABR 72/12, AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 20, Rn. 14 (=NZA 2014, S. 989).

441 LAG Düsseldorf v. 9.1.2018 – 3 TaBVGa 6/17, NZA-RR 2018, S. 368, Rn. 40; LAG Nürnberg v. 9.12.2015 – 4 TaBV 13/14, Rn. 40 ff.; kritisch *Weller,* DB 2016, S. 1942.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Anwendungsbereich verbleibt.[442] Aus demselben Grund kann der Betriebsrat keine Maßnahmen fordern, die über den jeweiligen Rahmen der Vorschrift und den darin verlangten Standards hinausgehen.[443]

2.3.3.2.2 Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der menschengerechten Gestaltung

277 Aus der Beschränkung des Mitbestimmungsrechts auf Rahmenvorschriften wird vereinzelt gefolgert, dass es in Bezug auf die ergonomische Gestaltung nur auf § 91 BetrVG, nicht aber auf § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG gestützt werden kann.[444] Das Urteil[445], das für diese Aussage herangezogen wird, stammt jedoch noch aus einer Zeit vor der durch europäisches Recht veranlassten Neuordnung des Arbeitsschutzrechts. Auf die jetzige Rechtslage kann es, wie sich im Folgenden zeigen wird, nicht mehr übertragen werden.

2.3.3.2.2.1 Umfassender Gefährdungsschutz

278 Weil damals zu einigen Bereichen des Gesundheitsschutzes für Beschäftigte keine spezifischen Regelungen existierten, griff die betriebliche Praxis oft auf die mittlerweile aufgehobene Generalklausel in § 120a GewO a.F. zurück.[446] Da von einer mangelnden ergonomischen Gestaltung aber keine unmittelbare Gesundheitsgefahr ausging und detaillierte Regelungen fehlten, musste das Mitbestimmungsrecht verneint werden. Ein Mitbestimmungsrecht bei der menschengerechten Gestaltung der Arbeit konnte sich folglich nur aus § 91 BetrVG ergeben.

279 Nach der gegenwärtigen Rechtslage verfolgt das Arbeitsschutzrecht dagegen einen niedrigschwelligen und im Hinblick auf die menschengerechte Gestaltung – zu der auch die ergonomische Gestaltung zählt – stärker ver-

---

442 BAG v. 2.4.1996 – 1 ABR 47/95, E 82, S. 349, Rn. 40 (=NZA 1996, S. 998); BAG v. 16.6.1998 – 1 ABR 68/97, E 89, S. 139, Rn. 21 (=NZA 1999, S. 49); BAG v. 8.6.2004 – 1 ABR 13/03, E 111, S. 36, Rn. 46 (=NZA 2004, S. 1175).

443 BAG v. 6.12.1983 – 1 ABR 43/81, E 44, S. 285, Rn. 103 ff. (=DB 1984, S. 775); LAG Nürnberg v. 9.12.2015 – 4 TaBV 13/14, Rn. 35.

444 *Richardi,* in: Richardi 2018, § 87 BetrVG, Rn. 565.

445 BAG v. 6.12.1983 – 1 ABR 43/81, E 44, S. 285, Rn. 103 ff. (=DB 1984, S. 775).

446 *Wlotzke* 2005, S. 427 f.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rechtlichten Ansatz.[447] Die Handlungspflichten des Arbeitgebers setzen bereits im Vorfeld der Gefahrenabwehr an, nämlich bei der Abwehr von Gefährdungen für die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten. Das zentrale Instrument hierfür ist die Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG, bei der im Hinblick auf die Verwendung von Arbeitsmitteln gemäß § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BetrSichV auch deren ergonomische Gestaltung zu berücksichtigen ist. Zudem wird die menschengerechte Gestaltung der Arbeit nun in § 2 Abs. 1 ArbSchG ausdrücklich als Teil der arbeitsschutzrechtlichen Maßnahmen genannt.

Dies zeigt, dass eine die Grundpflichten des Arbeitgebers konkretisierende Mitbestimmung nicht generell von einer konkreten Gefahrenlage abhängig gemacht werden kann.[448] Die menschengerechte Gestaltung der Arbeit, die lediglich an Gefährdungen anknüpft, ist dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG darum nicht von vornherein verschlossen. Dies bedeutet aber nicht, dass der Grundpflicht des Arbeitgebers nach § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG eine ohne weiteres konkretisierbare gesetzliche Handlungspflicht entnommen werden kann. Vielmehr muss zunächst eine Gefährdungsbeurteilung vorgenommen werden, in die auch die materiellen Anforderungen zur menschengerechten Gestaltung miteinfließen.[449] Davor kann sich eine mitbestimmungspflichtige gesetzliche Handlungspflicht des Arbeitgebers allenfalls aus einer objektiven Gesundheitsbefahr für die Beschäftigten ergeben.[450] 280

2.3.3.2.2.2 Detailliertere Regelungen zur menschengerechten Gestaltung

Neben dem umfassenden und bereits an Gefährdungen ansetzenden Schutzkonzept des Arbeitsschutzrechts sprechen auch die zahlreichen materiellen Anforderungen zur menschengerechten Gestaltung der Arbeit für ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG 281

447 *Wlotzke* 2005, S. 437 f. Zu dieser Entwicklung *Heilmann et al.,* Z. Arb. Wiss. 2015, S. 258, 259 f.

448 LAG Niedersachsen v. 20.3.2003 – 4 TaBV 108/00, NZA-RR 2003, S. 538, 541 f.; *Kohte,* in: Düwell 2018, § 87 BetrVG, Rn. 81; *Wlotzke* 2005, S. 436 ff.

449 LAG Nürnberg v. 9.12.2015 – 4 TaBV 13/14, Rn. 40 ff.; kritisch *Weller,* DB 2016, S. 1942. Der Beschluss des LAG Niedersachsen v. 20.3.2003 – 4 TaBV 108/00, NZA-RR 2003, S. 538–543 beschäftigt sich auch nur mit dieser Gefährdungsbeurteilung.

450 BAG v. 11.12.2012 – 1 ABR 81/11, AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 19, Rn. 20 (=NJOZ 2013, S. 1062).

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

in dieser Sache. Diese materiellen Anforderungen ergeben sich aus den Verordnungen, die auf der Grundlage der §§ 18, 19 ArbSchG zur Umsetzung von EU-Richtlinien erlassen wurden. So enthält z.B. die Arbeitsstättenverordnung – neben zahlreichen anderen Anforderungen an die menschengerechte Gestaltung – in Absatz 2 der Anlage 6.1 die Vorgabe, dass die Tätigkeit an Bildschirmgeräten durch andere Tätigkeit oder regelmäßige Erholungszeiten unterbrochen werden muss. In der Folge wurde ein nach alter Rechtslage noch verneintes[451] Mitbestimmungsrecht in dieser Sache auf der Grundlage der – zu Anlage 6.1 Abs. 2 ArbStättV inhaltsgleichen – europäischen Vorgabe in Art. 7 der Bildschirmrichtlinie 90/270/EWG später bejaht.[452]

282 Ein weiteres Beispiel sind die in § 6 Abs. 1 S. 1 und 5 BetrSichV festgeschriebenen Grundsätze der Ergonomie bzw. der menschengerechten Gestaltung der Arbeit, welche der Arbeitgeber beim Einsatz von Arbeitsmitteln zu beachten hat. Hierdurch wird dem Arbeitgeber ein Handlungsrahmen vorgegeben, der weitaus bestimmter ist als die Grundpflicht nach § 3 Abs. 1 ArbSchG (zu beidem siehe 2.3.2.4, S. 128). Darüber hinaus enthält auch die TRBS 1151 – soweit sie nach § 4 Abs. 3 S. 1 BetrSichV zu berücksichtigen ist (siehe 2.3.2.4.2.3, S. 132) – ausfüllungsbedürftige Bestimmungen der menschengerechten Gestaltung der Arbeit.

283 Dieser erweiterte Ansatz des Arbeitsschutzrechts führt entsprechend der Konzeption des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG auch dazu, dass sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats erweitert. Es bezieht sich also auch auf die gesundheitsbezogene menschengerechte Gestaltung der Arbeit, einschließlich der ergonomischen Gestaltung der Arbeitsmittel.[453]

2.3.3.3 Beteiligungsrechte im Bereich des autonomen Arbeitsschutzes

284 Die Beteiligungstatbestände der §§ 90 f. BetrVG verwenden den Begriff der menschengerechten Gestaltung der Arbeit, ohne dass der Mitbestimmungsgegenstand ausdrücklich auf andere gesetzliche oder sonstige Regelungen bezogen wäre. In Abgrenzung zu § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG – der dort geregelte Mitbestimmungstatbestand knüpft an die Konzeption des

451 BAG v. 6.12.1983 – 1 ABR 43/81, E 44, S. 285, Rn. 103 ff. (=DB 1984, S. 775).
452 BAG v. 2.4.1996 – 1 ABR 47/95, E 82, S. 349, Rn. 43 (=NZA 1996, S. 998), durch richtlinienkonforme Auslegung von § 120a GewO a.F.
453 *Wlotzke* 2005, S. 428; i.E. *Pauli,* AiB 2010, S. 542, 543 f.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„eigentlichen" öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzrechts an[454] – werden sie darum auch als Angelegenheiten des „autonomen"[455] Arbeitsschutzes bezeichnet.

285 Die Rechte des Betriebsrats sind gegliedert in ein schon frühzeitig einsetzendes Recht auf Beratung und Unterrichtung nach § 90 BetrVG (2.3.3.3.2, S. 154) und ein daran anschließendes korrigierendes Mitbestimmungsrecht nach § 91 BetrVG (2.3.3.3.3, S. 158). Ziel dieser Beteiligung ist die menschengerechte Gestaltung der Arbeit, für die beide Normen übereinstimmend von einem weiten Begriffsverständnis (2.3.3.3.1, S. 153) ausgehen.

2.3.3.3.1 Umfassendes Verständnis der menschengerechten Gestaltung

286 Im System des Betriebsverfassungsrechts nehmen die §§ 90 f. BetrVG eine Sonderstellung ein. Obwohl sie nach ihrer Zielrichtung ebenfalls soziale Angelegenheiten betreffen,[456] stehen sie systematisch außerhalb dieser in § 87 BetrVG geregelten stärksten Domäne des Betriebsrats. Dies legt den Schluss nahe, dass der Begriff der menschengerechten Gestaltung der Arbeit im autonomen Arbeitsschutz nach §§ 90 f. BetrVG nicht mit dem des eigentlichen Arbeitsschutzes übereinstimmt.

287 Der Begriff der menschengerechten Gestaltung der Arbeit wurde 1972 in das Betriebsverfassungsgesetz aufgenommen.[457] Neben der Gestaltung eines – dem damaligen Arbeitsschutzrecht vorgelagerten, nun darin integrierten[458] – erweiterten Gesundheitsschutzes, ging es damals auch um die Humanisierung der Arbeitswelt und die Förderung und Herstellung menschenwürdiger Arbeitsbedingungen.[459] Dieses umfassende Verständnis einer menschengerechten Gestaltung hat der Gesetzgeber 1996 beim Erlass des Arbeitsschutzgesetzes[460] bestätigt, indem er den Begriff in § 2 Abs. 1 ArbSchG ausdrücklich gesundheitsbezogen geregelt hat. Es besteht denn auch Einigkeit darüber, dass die menschengerechte Gestaltung der Arbeit

454 MHdB ArbR/*Oberthür*, § 331, Rn. 2.
455 *Fitting* 2020, § 90 BetrVG, Rn. 3; MHdB ArbR (3. Aufl.)/*Matthes*, § 254, Rn. 4.
456 *Richardi,* in: Richardi 2018, Vorbemerkungen §§ 87 ff. BetrVG, Rn. 7.
457 BGBl. I 1972, S. 13.
458 *Kohte/Schulze-Doll,* in: Düwell 2018, § 90 BetrVG, Rn. 22 f.; *Wlotzke* 2005, S. 427 f.; kritisch *Hanau,* FB/IE 31 (1982), Heft 5, S. 353, 358.
459 *Hofe* 1978, S. 50 f.; *Kohte/Schulze-Doll,* in: Düwell 2018, § 90 BetrVG, Rn. 22.
460 BGBl. I 1996, S. 1246.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

im Sinne der §§ 90 f. BetrVG umfassend zu verstehen ist und jedenfalls auch das Ziel verfolgt, die Persönlichkeit der Arbeitnehmer zu fördern und sich entfalten zu lassen.[461]

288 Nach diesem umfassenden Verständnis deckt die menschengerechte Gestaltung eine breite Palette an Themen ab. Ihren Ausgangspunkt bilden so grundlegende menschliche Bedürfnisse wie Selbstbestimmung, soziale Interaktion, das Ausüben einer sinnstiftenden Tätigkeit oder der Erhalt und die Fortentwicklung der beruflichen Fähigkeiten. In den Anwendungsbereich der §§ 90 f. BetrVG fallen folglich Fragen der Arbeitszufriedenheit, des sozialen Umfelds und der Qualifikation bis hin zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf.[462] So sollen Zustände verhindert werden, in denen die Beschäftigten einem Übermaß an Zwängen und großer zeitlicher Bindung ausgesetzt sind, ausschließlich eintönigen Tätigkeiten nachgehen müssen oder bei der Arbeit mangels der Möglichkeit, sich mit anderen auszutauschen, vereinsamen.[463]

2.3.3.3.2 Das Beteiligungsrecht nach § 90 BetrVG

289 Gemäß § 90 Abs. 1 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat u.a. über die Planung von technischen Anlagen (Nr. 2), von Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufen (Nr. 3) oder der Arbeitsplätze (Nr. 4) zu unterrichten und rechtzeitig so zu beraten, dass die Vorschläge des Betriebsrats berücksichtigt werden können.

2.3.3.3.2.1 Voraussetzungen für die Beteiligung

290 Die Einführung von Produktions- und Assistenzsystemen der Industrie 4.0 kann unter jeden der genannten Beteiligungstatbestände fallen. Da die ein-

461 LAG Niedersachsen v. 20.3.2003 – 4 TaBV 108/00, NZA-RR 2003, S. 538, 542; *Annuß,* in: Richardi 2018, § 90 BetrVG, Rn. 31; *Fitting* 2020, § 90 BetrVG, Rn. 39; ErfK/*Kania*, § 90 BetrVG, Rn. 1; *Klebe/Wankel,* in: Däubler et al. 2020, § 90 BetrVG, Rn. 1; *Kohte,* in: Kollmer et al. 2016, § 2 ArbSchG, Rn. 25; *Kohte/Schulze-Doll,* in: Düwell 2018, § 90 BetrVG, Rn. 24; BeckOK ArbR/*Werner*, § 90 BetrVG, Rn. 18.

462 *Kohte/Schulze-Doll,* in: Düwell 2018, § 90 BetrVG, Rn. 24.

463 *Fitting* 2020, § 90 BetrVG, Rn. 39.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zelnen Tatbestände nicht in Konkurrenz zueinanderstehen,[464] ist eine genaue Abgrenzung auch nicht unbedingt erforderlich. Dennoch verfügt jeder Beteiligungstatbestand über einen gewissen Schwerpunkt, der letztlich auch Auswirkungen auf den Gegenstand der Beratung nach § 90 Abs. 2 BetrVG haben dürfte.

2.3.3.3.2.1.1 Die einzelnen Beteiligungstatbestände

291 Die Planung technischer Anlagen nach § 90 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG bezieht sich auf alle Maschinen, Geräte und Hilfsmittel, die wenigstens mittelbar dem Arbeitsablauf dienen oder sich auf die Gestaltung des Arbeitsplatzes auswirken können.[465] Insofern fallen auch die Produktions- und Assistenzsysteme der Industrie 4.0 hierunter. Der Begriff des Arbeitsplatzes in § 90 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG bezieht sich sowohl auf die räumliche Gestaltung des Arbeitsplatzes als auch die Anordnung der Geräte und den Einfluss, den dies auf die Arbeit selbst hat.[466] Im Hinblick auf die menschengerechte Gestaltung liegen die beiden Beratungsgegenstände nahe an den Anforderungen, welche die Betriebssicherheitsverordnung[467] bzw. die Arbeitsstättenverordnung[468] aufstellen. Entsprechend gering dürfte der über § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG hinausreichende Anwendungsbereich diesbezüglich ausfallen.

292 Eine eigenständige Bedeutung dürfte die Norm vor allem in Bereich der Planung der Arbeitsverfahren und der Arbeitsabläufe nach § 90 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG haben. Der Begriff des Arbeitsverfahrens meint die Art und Weise, wie der Arbeitsgegenstand (z.B. ein Werkstück) verändert wird, um die Arbeitsaufgabe zu erfüllen. Der Arbeitsablauf ist die räumliche und zeitliche Abfolge des Zusammenwirkens von Menschen, Arbeitsmittel, Stoff, Energie und Information in einem Arbeitssystem.[469] Hinter dieser

---

464 MHdB ArbR/*Oberthür*, § 332, Rn. 6. Nach *Annuß*, in: Richardi 2018, § 90 BetrVG, Rn. 16 ist der Beteiligungstatbestand in Nr. 4 die Generalklausel in § 90 Abs. 1 BetrVG.

465 *Annuß*, in: Richardi 2018, § 90 BetrVG, Rn. 10; *Fitting* 2020, § 90 BetrVG, Rn. 20a.

466 *Annuß*, in: Richardi 2018, § 90 BetrVG, Rn. 15; *Fitting* 2020, § 90 BetrVG, Rn. 30 f.; MHdB ArbR/*Oberthür*, § 332, Rn. 6.

467 In die Richtung *Fitting* 2020, § 90 BetrVG, Rn. 22.

468 In die Richtung *Fitting* 2020, § 90 BetrVG, Rn. 32.

469 Zu beidem *Annuß*, in: Richardi 2018, § 90 BetrVG, Rn. 13; *Fitting* 2020, § 90 BetrVG, Rn. 23 f.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Regelung steht die Annahme, dass mit der Einführung neuer Arbeitsmethoden – insbesondere der Einführung neuer IT-gestützter Systeme zur Produktionsplanung und -steuerung – sich auch die Anforderungen an die Beschäftigten wandeln und dabei in der Regel steigen. Wenngleich es für das Beteiligungsrecht nach § 90 BetrVG im Gegensatz zu dem Mitbestimmungsrecht nach § 91 BetrVG letztlich keine Rolle spielt, ob es zu dieser Mehrbelastung kommt, ist es gerade diese Frage, die mit dem Betriebsrat beraten werden soll.[470] Auch bei der Einführung von Produktions- und Assistenzsystemen wird dies der Fall sein.

293 Die Planung des Arbeitsverfahrens und der Arbeitsabläufe nach § 90 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG liegt darum nah an der Frage nach der Rolle des Menschen in einer nach den Prinzipien der Industrie 4.0 gestalteten Arbeitsorganisation. Die hiermit verbundenen Themen der Handlungsspielräume der Beschäftigten sowie der Lernförderlichkeit und des Abwechslungsreichtums ihrer Arbeit liegen noch am ehesten außerhalb des Anwendungsbereichs des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG.

2.3.3.3.2.1.2 Ausmaß der Änderungen und Initiativrecht

294 Als übergreifende Voraussetzungen müssen die jeweiligen Maßnahmen gemäß § 90 Abs. 1 BetrVG vom Arbeitgeber geplant werden. Hieraus kann erstens abgeleitet werden, dass die vorzunehmenden Änderungen ein gewisses Ausmaß haben müssen, die sich auf die Arbeit im Betrieb auswirken und deswegen ein planmäßiges Vorgehen erfordern. Erst im Rahmen eines solchen Prozesses kann der Betriebsrat überhaupt auf die Zielvorstellungen und die konkrete Umsetzung der Maßnahmen einwirken. Demnach stellt die bloße Ersatzbeschaffung für technische Anlagen keinen Beteiligungstatbestand dar.[471] Angesichts des disruptiven Potenzials, das der Industrie 4.0 zugeschrieben wird (siehe 1.2.1, S. 59), dürfte diese Schwelle aber schnell erreicht sein.

295 Zweitens ergibt sich daraus, dass die Initiative für diesen Prozess ausschließlich beim Arbeitgeber liegt. Der Betriebsrat kann zwar gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG beim Arbeitgeber Maßnahmen beantragen, die dem Betrieb und der Belegschaft dienen, und mit denen sich der Arbeitgeber

470 *Fitting* 2020, § 90 BetrVG, Rn. 27.

471 *Annuß*, in: Richardi 2018, § 90 BetrVG, Rn. 12; *Fitting* 2020, § 90 BetrVG, Rn. 20a.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wegen des Gebots der vertrauensvollen Zusammenarbeit auch beschäftigten muss. Damit allein ist die Planungsphase des § 90 Abs. 1 BetrVG aber noch nicht erreicht.[472] Der Arbeitgeber muss sich die Zielvorstellungen also wenigstens zu eigen und zum Ausgangspunkt eigener Planungen machen.

2.3.3.3.2.2 Unterrichtung und Beratung

Sind die Beteiligungstatbestände erfüllt, hat der Arbeitgeber den Betriebsrat gemäß § 90 Abs. 1 BetrVG so umfassend und rechtzeitig zu informieren, dass er sein Beratungsrecht nach § 90 Abs. 2 S. 1 BetrVG auch wahrnehmen kann. Die Unterrichtung muss sich demnach auf den Gegenstand, das Ziel und die Durchführung der geplanten Maßnahmen beziehen[473] und zu einem Zeitpunkt erfolgen, an dem die Vorschläge und Bedenken noch bei der Planung berücksichtigt werden können. 296

Dies legt den Grundstein für die Beratung mit dem Betriebsrat zu den vorgesehenen Maßnahmen und ihren Auswirkungen auf die Arbeitnehmer. Dabei sind insbesondere die Art ihrer Arbeit sowie die sich daraus ergebenden Anforderungen an die Arbeitnehmer zu thematisieren. Der Beratungsgegenstand ist weit gefasst[474] und betrifft z.B. die Auswirkungen auf die Stellung im Betrieb und die Qualifikation der Beschäftigten sowie die künftigen materiellen Arbeitsbedingungen.[475] Der Arbeitgeber und der Betriebsrat sollen dabei gemäß § 90 Abs. 2 S. 2 BetrVG auch die gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnisse über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit berücksichtigen. Der hier verwendete Begriff der gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnisse ist – abgesehen von der Gesundheitsbezogenheit (dazu 2.3.3.3.1, S. 153) – identisch mit dem in § 4 Nr. 3 ArbSchG (siehe 2.3.2.4.2.2, S. 131).[476] 297

Die Missachtung des Unterrichtungs- und Beratungsrechts des Betriebsrats nach § 90 BetrVG durch den Arbeitgeber ist gemäß § 121 BetrVG bußgeldbewehrt. Da es sich aber lediglich um ein Mitwirkungs- und kein Mitbe- 298

472 BAG v. 28.7.1981 – 1 ABR 65/79, E 36, S. 138, Rn. 43 (=DB 1982, S. 386); *Fitting* 2020, § 90 BetrVG, Rn. 17.
473 *Annuß,* in: Richardi 2018, § 90 BetrVG, Rn. 20.
474 Zur ganzen Breite *Fitting* 2020, § 90 BetrVG, Rn. 36 f.
475 *Annuß,* in: Richardi 2018, § 90 BetrVG, Rn. 26; MHdB ArbR/*Oberthür*, § 332, Rn. 11.
476 *Fitting* 2020, § 90 BetrVG, Rn. 41.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

stimmungsrecht handelt, können die geplanten Maßnahmen auch ohne die Zustimmung des Betriebsrats in der vom Arbeitgeber vorgesehenen Form umgesetzt werden. Ein echtes Mitbestimmungsrecht ist nur in § 91 BetrVG enthalten. Der Betriebsrat kann den Arbeitgeber darum auch nicht per einstweiliger Verfügung an der einseitigen Durchführung der Maßnahme hindern.[477] Eine Ausnahme bildet der Fall, wenn bereits in der Phase der Planung absehbar ist, dass dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nach § 91 BetrVG zustehen wird.[478] Dann kann die einseitige Durchführung gemäß § 938 ZPO untersagt werden.[479]

2.3.3.3.3 Das Mitbestimmungsrecht nach § 91 BetrVG

299 Das Mitbestimmungsrecht in § 91 BetrVG knüpft unmittelbar an das Mitwirkungsrecht in § 90 BetrVG an und gibt dem Betriebsrat anders als dort eine Handhabe, bestimmte Maßnahmen zu verhindern. Dieser Zuwachs an Rechten ist jedoch mit einschneidenden Restriktionen verbunden,[480] die dazu geführt haben, dass in einschlägigen Datenbanken kein Fall verzeichnet ist, in dem sich ein Betriebsrat erfolgreich darauf hat berufen können.[481]

2.3.3.3.3.1 Voraussetzungen für die Mitbestimmung

300 Auf Tatbestandsebene greift das Mitbestimmungsrecht nur bei Änderungen der Arbeitsplätze, des Arbeitsablaufs oder der Arbeitsumgebung, die den gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit offensichtlich widersprechen und die Arbeitnehmer in besonderer Weise belasten.

---

477 *Fitting* 2020, § 90 BetrVG, Rn. 48; ErfK/*Kania*, § 90 BetrVG, Rn. 13; a.A. *Klebe/Wankel,* in: Däubler et al. 2020, § 90 BetrVG, Rn. 38.

478 BAG v. 6.12.1983 – 1 ABR 43/81, E 44, S. 285, Rn. 101 (=DB 1984, S. 775); LAG München v. 16.4.1987 – 8 (9) TaBV 56/86, DB 1988, S. 186, 187.

479 *Annuß,* in: Richardi 2018, § 90 BetrVG, Rn. 42; *Fitting* 2020, § 90 BetrVG, Rn. 49; für die Möglichkeit des Eilrechtsschutzes allein auf der Grundlage von § 90 BetrVG *Klebe/Wankel,* in: Däubler et al. 2020, § 90 BetrVG, Rn. 38; *Pauli,* AiB 2010, S. 542, 544 f.

480 *Zöllner,* RdA 1973, S. 212, 216 attestiert dem Gesetzgeber, sich hier „geradezu [mit] Hypochondrie“ auszudrücken.

481 Stand 9.8.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.3.3.3.3.1.1 Nicht menschengerechte Änderung des Arbeitsumfelds

Der erste Punkt, die Änderung der Arbeitsplätze, des Arbeitsablaufs oder der Arbeitsumgebung, wird im Kontext der Einführung von Produktions- und Assistenzsystemen der Industrie 4.0, der ohnehin bereits eine Planung nach § 90 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 BetrVG vorausgegangen ist,[482] in der Regel ohne weiteres zu bejahen sein. Die beiden anderen Voraussetzungen stellen dagegen veritable Hürden für die Mitbestimmung des Betriebsrats auf. 301

Ob eine Maßnahme offensichtlich, d.h. eindeutig und ohne weiteres erkennbar,[483] gegen gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit verstößt, muss im Einzelfall aus der Sicht von Fachkundigen bestimmt werden, wobei umstritten ist, ob es sich dabei um einen sachkundigen Betriebspraktiker[484] handeln muss oder – wofür allein schon der Wortlaut der Norm spricht –, ob die Beurteilung nicht vielmehr auch von einer Person stammen kann, die auf dem einschlägigen Gebiet der Arbeitswissenschaft eine ausreichende Sachkunde besitzt.[485] 302

2.3.3.3.3.1.2 Besondere Belastung

Darüber hinaus muss sich aus dieser Gestaltung – und nicht etwa nur aus der Eigenart der Arbeit[486] – eine besondere Belastung ergeben. Dieses zusätzliche Merkmal erklärt sich daraus, dass arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse weitgehend auf Durchschnittswerten beruhen. Ein offensichtli- 303

482 Zu diesem Zusammenhang BAG v. 28.7.1981 – 1 ABR 65/79, E 36, S. 138, Rn. 43 (=DB 1982, S. 386); *Klebe/Wankel,* in: Däubler et al. 2020, § 91 BetrVG, Rn. 4 ff.

483 LAG Baden-Württemberg v. 18.2.1981 – 2 TaBV 5/80, BB 1981, S. 1577–1579; *Annuß,* in: Richardi 2018, § 91 BetrVG, Rn. 9; *Fitting* 2020, § 91 BetrVG, Rn. 12; MHdB ArbR/*Oberthür*, § 332, Rn. 23. Das ist insbesondere bei wissenschaftlich kontrovers diskutierten Themen wie der Gefährdungen durch Mobilfunkstrahlung nicht der Fall, LAG Nürnberg v. 4.2.2003 – 6 (2) TaBV 39/01, LAGE § 87 BetrVG 2001 Gesundheitsschutz Nr. 1, 37.

484 LAG Baden-Württemberg v. 18.2.1981 – 2 TaBV 5/80, BB 1981, S. 1577–1579; LAG Niedersachsen v. 25.3.1982 – 11 TaBV 7/81, BB 1982, S. 2039–2041; MHdB ArbR (3. Aufl.)/*Matthes*, § 255, Rn. 26.

485 *Annuß,* in: Richardi 2018, § 91 BetrVG, Rn. 9; *Fitting* 2020, § 91 BetrVG, Rn. 12; ErfK/*Kania*, § 91 BetrVG, Rn. 2; MHdB ArbR/*Oberthür*, § 332, Rn. 23; BeckOK ArbR/*Werner*, § 91 BetrVG, Rn. 3.

486 *Annuß,* in: Richardi 2018, § 91 BetrVG, Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

cher Widerspruch ist darum nur ein Indiz für eine solche Belastung,[487] die im Einzelfall konkret festgestellt werden muss. Dabei genügt es schon, wenn eine einzige Person besonders belastet wird. Ein kollektiver Tatbestand wie in § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ist in § 91 S. 1 BetrVG nicht erforderlich.[488]

304 Eine besondere Belastung muss wesentlich vom Normalzustand abweichen. Bezugspunkt ist dabei ein akzeptabler Durchschnitt, nicht die optimale Gestaltung. Diese Abweichung ist nach objektiven Kriterien zu ermitteln. Dies ergibt sich aus der Wahl des Begriffs „Belastung", mit dem die objektive Stärke von Faktoren wie Umwelteinflüssen oder physische und psychische Anforderungen bezeichnet wird. Ihm gegenüber steht der – gerade nicht verwendete – Begriff der Beanspruchung, der sich darauf bezieht, wie stark Belastungen beim Einzelnen wirken.[489] Es geht also darum, ob die einem durchschnittlichen Beschäftigten zumutbare Belastungsgrenze überschritten wird. Das ist ein Unterschied zum gesetzlichen Arbeitsschutzrecht, bei dem es z.B. in § 6 Abs. 1 S. 1 BetrSichV und in der 1.1.6 der Anlage I der Maschinenrichtlinie ausdrücklich auch um die Vermeidung oder Reduzierung von Fehlbeanspruchungen geht. Wo die Belastungsgrenze in § 91 S. 1 BetrVG liegt, lässt sich der Norm nicht entnehmen. Letztlich kommt es auf das Urteil der oben bereits erwähnten fachkundigen Personen an.

305 Entsprechend des umfassenden Verständnisses der menschengerechten Gestaltung der Arbeit sind mit den Belastungen in § 91 S. 1 BetrVG nicht nur solche gemeint, die sich auf die körperliche und psychische Gesundheit auswirken. Auch persönlichkeitsrelevante Aspekte können hier eine Rolle spielen. Eine Belastung kann demnach auch grundsätzlich darin liegen, dass ein Beschäftigter seine beruflichen Fähigkeiten einbüßt, weil er lediglich monotonen, dequalifizierenden Tätigkeiten nachgeht. Dabei ist jedoch der auf Änderungen der Arbeitsplätze, des Arbeitsablaufs oder der Arbeitsumgebung beschränkte Anwendungsbereich des Mitbestimmungsrechts nach § 91 S. 1 BetrVG zu beachten. Es geht also nicht allgemein um die Förderung und den Aufbau von Kompetenzen, sondern vor allem um den Erhalt von jenen Kompetenzen, die durch die Tätigkeit vor der Änderung ausgebildet worden sind.

---

487 *Annuß,* in: Richardi 2018, § 91 BetrVG, Rn. 10.
488 *Fitting* 2020, § 91 BetrVG, Rn. 3.
489 TRBS, S. 6, GMBl. 2015, S. 340 [Nr. 17/18]; *BAuA* 2016, S. 19; *Lützeler,* BB 2014, S. 309, 311; *Schlick, et al.* 2010, S. 38 f.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Darüber hinaus muss sich die Belastung aus der unzureichenden menschengerechten Gestaltung der Tätigkeit und nicht schon aus ihrer Eigenart ergeben. Letzteres wäre der Fall, wenn eine betriebliche Änderung im Sinne des § 91 S. 1 BetrVG, bspw. der Einsatz von Automatisierungssystemen, zu einem derart starken Abbau an höherwertigen Tätigkeiten führt, dass es sich – trotz des breiten Entwicklungskorridors eines Berufsbilds (siehe 2.2.2.6.1, S. 90) – in der Folge nicht mehr um denselben Beruf handelt. Dies hätte zur Folge, dass die konkrete Beschäftigungsmöglichkeit nach dem bestehenden Arbeitsvertrag wegfällt (siehe 2.4.5, S. 196), ohne dass der Betriebsrat einen Einfluss auf diese Entwicklung hätte. Er könnte also insbesondere nicht verlangen, dass der Arbeitgeber entgegen der aktuellen betrieblichen Notwendigkeit höherwertige Tätigkeiten erhält und sie den Beschäftigten zuweist. 306

Die Voraussetzung für ein Mitbestimmungsrecht nach § 91 S. 1 BetrVG lassen sich folglich auch so umschreiben: Die Tätigkeit muss im Kern dieselbe bleiben, dabei aber infolge der Änderung derart wenig menschengerecht gestaltet sein, dass sie eine Persönlichkeitsentfaltung des Beschäftigten kaum mehr zulässt. Denkbar wäre z.B. eine sehr monotone und abwechslungsarme Gestaltung der Tätigkeit, bei der alle planerischen oder organisatorischen Elemente, die die Tätigkeit bisher ergänzt und aufgelockert hatten, wegfallen (dazu näher 2.3.5.2.1, S. 167) oder eine Gestaltung, in welcher dem Beschäftigte jeder einzelnen Arbeitsschritt so vorgegeben wird, dass er letztlich die Fähigkeit zur selbständigen Erledigung dieser konkreten Aufgaben verliert. In Anbetracht der grundrechtlich geschützten Organisationshoheit des Arbeitgebers ist diese Schwelle aber sehr hoch. Das Merkmal der besonderen Belastung ist entsprechend eng auszulegen. 307

2.3.3.3.3.2 Rechte des Betriebsrats

Der Betriebsrat kann vom Arbeitgeber nur angemessene Maßnahmen zur Abwendung, Milderung oder zum Ausgleich der besonderen Belastungen, mithin Verschlechterungen, verlangen – und dies auch nur für die betroffenen Arbeitsplätze.[490] Für eine Verbesserung der menschengerechten Gestaltung der Arbeit im Vergleich zum Stand vor den Änderungen steht ihm damit nur sein Vorschlagsrecht nach § 80 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG zu Ver- 308

490 BAG v. 6.12.1983 – 1 ABR 43/81, E 44, S. 285, Rn. 101 (=DB 1984, S. 775).

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fügung. Der Arbeitgeber muss sich mit diesen Vorschlägen zwar befassen; in der Sache ergibt sich für den Betriebsrat daraus aber nichts Erzwingbares.

309 Die Maßnahmen müssen angemessen sein und stehen darum – wie die arbeitsschutzrechtliche Pflicht zur menschengerechten Gestaltung – unter dem Vorbehalt des technisch Möglichen und wirtschaftlich Vertretbaren.[491] Dabei besteht zwischen den Maßnahmen eine Rangfolge. Der Arbeitgeber muss zunächst alle Maßnahmen zur Abwendung der Belastung ausreizen, danach solche zur Milderung und erst dann solche zum Ausgleich.[492]

310 Soweit sich der Belastung nicht anderweitig begegnen lässt, kann die Pflicht, abwendende Maßnahme zu ergreifen, so weit gehen, dass der Betriebsrat die Rückgängigmachung der Änderung verlangen kann.[493] Angesichts des enormen Potenzials der Industrie 4.0, aus dem gleichermaßen auch ein Vorteil für einen Wettbewerber erwachsen kann, der diese Entwicklung erfolgreich vollzieht, dürfte dies jedoch keine Alternative sein. Stehen dagegen geeignete Schutzmaßnahmen zur Verfügung, bleibt die Pflicht des Arbeitgebers auf diese Maßnahmen beschränkt. Denkbar wäre hier z.B. eine alternative, weniger polarisierende Arbeitsorganisation, wie sie in der Debatte um die Zukunft der Arbeit in der Industrie 4.0 teilweise gefordert wird (siehe 1.2.3.2.2, S. 68).

311 Für die genaue Abstufung soll trotz der begrifflichen Unterschiede (siehe 2.3.3.3.1, S. 153) auf die Grundsätze des Arbeitsschutzrechts zurückgegriffen werden. Demnach sind auch hier Gefahren an der Quelle zu bekämpfen (§ 4 Nr. 2 ArbSchG), individuelle Schutzmaßnahmen nachrangig zu anderen Maßnahmen (§ 4 Nr. 5 ArbSchG) und unter diesen anderen Maßnahmen technische vor organisatorischen vor personenbezogenen zu realisieren (§ 4 Abs. 2 S. 2 BetrSichV).

---

491 BT-Drucks. VI/1786, S. 50; *Annuß,* in: Richardi 2018, § 91 BetrVG, Rn. 16; *Ehmann* 1981, S. 35; *Fitting* 2020, § 91 BetrVG, Rn. 17; MHdB ArbR/*Oberthür*, § 332, Rn. 25.

492 *Annuß,* in: Richardi 2018, § 91 BetrVG, Rn. 17; *Fitting* 2020, § 91 BetrVG, Rn. 18; *Klebe/Wankel*, in: Däubler et al. 2020, § 91 BetrVG, Rn. 19 ff.; MHdB ArbR/*Oberthür*, § 332, Rn. 25; BeckOK ArbR/*Werner*, § 91 BetrVG, Rn. 9.

493 *Annuß,* in: Richardi 2018, § 91 BetrVG, Rn. 19; *Fitting* 2020, § 91 BetrVG, Rn. 19; *Klebe/Wankel*, in: Däubler et al. 2020, § 91 BetrVG, Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.3.4 Rücksichtnahmepflichten des Arbeitgebers

Aus dem Arbeitsverhältnis ergeben sich – wie aus jedem Schuldverhältnis – eine Reihe von Nebenpflichten, die in Nebenleistungspflichten nach § 242 BGB und Rücksichtnahmepflichten nach § 241 Abs. 2BGB eingeteilt werden können.[494] Auf Seiten des Arbeitgebers werden diese Pflichten gemeinsam auch als Fürsorgepflichten des Arbeitgebers bezeichnet.[495] 312

Als Nebenleistungspflichten werden solche Pflichten bezeichnet, die in der Regel erfüllt werden müssen, damit die Arbeitspflicht ihrerseits ordentlich erfüllt werden kann. Sie sind darum akzessorisch zur Hauptleistungspflicht; sie zu verletzen betrifft das Äquivalenzinteresse an der Hauptleistung und kann zu einem Schadensersatz wegen Schlechtleistung führen.[496] Dies betrifft z.B. die Pflicht des Arbeitnehmers, Weisungen zur Ordnung im Betrieb nach § 106 S. 2 GewO (siehe 2.4.6, S. 203) zu befolgen[497] oder die Pflicht des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer die Zusammensetzung des Entgelts mitzuteilen[498]. 313

Die Rücksichtnahmepflichten nach § 241 Abs. 2 BGB betreffen hingegen das Integritätsinteresse und bestehen unabhängig von der Hauptleistung. Ein gesetzlich geregeltes Beispiel hierfür sind die Schutzmaßnahmen des privaten Arbeitsschutzrechts nach § 618 BGB. Im Übrigen wirken über diese Generalklausel die Grundrechte der Arbeitsvertragsparteien in das einfache Recht ein (siehe 2.2.1, S. 77). Dies hat zur Folge, dass der Arbeitgeber die Persönlichkeit des Arbeitnehmers schützen und ihre Entfaltung fördern muss.[499] Ein Teil dieser Verpflichtung betrifft auch die menschengerechte Gestaltung der Arbeit.[500] Dieser individualarbeitsrechtlichen Pflicht liegt, zumindest was die Persönlichkeitsentfaltung angeht, dasselbe Verständnis der menschengerechten Gestaltung wie den kollektivarbeitsrecht- 314

494 MHdB ArbR/*Reichold*, § 91, Rn. 7 f.; diese Unterscheidung nimmt auch schon *Wiese,* ZfA 1996, S. 439, 467 vor.

495 Zu einer Nebenleistungspflicht BAG v. 4.10.2005 – 9 AZR 598/04, E 116, S. 104, Rn. 57 (=NZA 2006, S. 545); zu einer Nebenpflicht BAG v. 25.10.2007 – 8 AZR 593/06, E 124, S. 295, Rn. 78 (=NZA 2008, S. 223).

496 Für die Pflichten des Arbeitnehmers MHdB ArbR/*Reichold*, § 53, Rn. 12. Dieser Grundsatz gilt auch für die Pflichten des Arbeitgebers.

497 MHdB ArbR/*Reichold*, § 53, Rn. 13.

498 MüKo BGB/*Spinner*, § 611a BGB, Rn. 900.

499 BAG v. 16.5.2007 – 8 AZR 709/06, E 122, S. 304, Rn. 70 (=NZA 2007, S. 1154); BAG v. 25.10.2007 – 8 AZR 593/06, E 124, S. 295, Rn. 78 (=NZA 2008, S. 223).

500 LAG Thüringen v. 15.2.2001 – 5 Sa 102/2000, LAGE § 626 BGB Nr. 133, 52; MHdB ArbR/*Reichold*, § 94, Rn. 26.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lichen Beteiligungsrechten nach §§ 90 f. BetrVG zugrunde. Sie geht folglich über die Pflichten in § 618 BGB und die des gesetzlichen Arbeitsschutzes hinaus.[501]

315 Der genaue Inhalt der individualarbeitsrechtlichen Pflicht zur menschengerechten Gestaltung der Arbeit ergibt sich aus einer Abwägung der Grundrechtspositionen des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers. Insofern kann auf die Ausführungen zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben unter Gliederungspunkt 2.2.3.2.3, S. 109 verwiesen werden. Abseits extremer Fallgestaltungen unterliegt der Arbeitgeber bei der Gestaltung der Arbeit demnach lediglich einem Willkürverbot.

2.3.5 Abgrenzung der beiden einfachgesetzlichen Begriffe

316 Wie sich gezeigt hat, verwenden die beiden Regelungskreise zur menschengerechten Gestaltung der Arbeit in § 2 Abs. 1 ArbSchG und § 618 BGB einerseits sowie §§ 90 f. BetrVG und § 241 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG andererseits ein unterschiedliches, vor allem unterschiedlich weites Begriffsverständnis. Gleichzeitig ist die Rechtspflicht, die Arbeit entsprechend zu gestalten, sowie ihre Durchsetzung im Arbeitsschutzgesetz und der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG auf der einen und den §§ 90 f. BetrVG auf der anderen Seite völlig anders und für den Arbeitgeber im Ergebnis unterschiedlich streng umgesetzt. Dies wirft die Frage nach der Abgrenzung dieser Bereiche auf.

2.3.5.1 Abgrenzung bei gesundheitsbezogener menschengerechter Gestaltung

317 Überlagerungen zwischen dem „eigentlichen“ und dem „autonomen“ Arbeitsschutz zeigen sich vor allem im Bereich der gesundheitsbezogenen menschengerechten Gestaltung. Dieser Aspekt war, wie alle anderen Aspekte der Humanisierung, von Anfang an durch die §§ 90 f. BetrVG erfasst. Seit der Reform des Arbeitsschutzrechts und der Aufnahme der gesundheitsbezogenen menschengerechten Gestaltung in § 2 Abs. 1 ArbSchG[502] wird er nun – zumindest dem ersten Anschein nach – doppelt geregelt.

---

501 MHdB ArbR/*Reichold*, § 94, Rn. 26; *Zöllner,* RdA 1973, S. 212, 213 f.; a.A. *Hanau*, FB/IE 31 (1982), Heft 5, S. 353, 363.

502 Zu dieser Entwicklung *Heilmann et al.,* Z. Arb. Wiss. 2015, S. 258, 259 f.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.3.5.1.1 Kollektivarbeitsrecht

Das Problem stellt sich angesichts des umfassenden Begriffsverständnisses der §§ 90 f. BetrVG vor allem im Kollektivarbeitsrecht. Dabei ist zunächst nach dem Verhältnis der zu regelnden Materie zum öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutz zu differenzieren. 318

Gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG bedarf es für die erzwingbare Mitbestimmung des Betriebsrats einer arbeitsschutzrechtlichen Rahmenvorschrift. Eine betriebliche Regelung, die einer solchen Vorschrift widerspricht, wäre aufgrund dieses Verstoßes gegen höherrangiges Recht unwirksam. Ein darauf gerichtetes Regelungsverlangen läge darum unabhängig vom Verhältnis der Beteiligungsrechte in § 87 Abs. Nr. 7 BetrVG zu den in §§ 90 BetrVG außerhalb der Kompetenz des Betriebsrats.[503] Auch der Beschäftigte könnte eine solche Gestaltung nicht verlangen. 319

Hiervon ist der Fall zu unterscheiden, in dem die Tatbestandsmerkmale des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG nicht vorliegen, weil eine Rahmenvorschrift fehlt, nicht weit genug reicht oder die für die Nutzung einer Generalklausel notwendige Gefahr nicht besteht. Denkbar ist dies etwa bei der Regelung von Mindestarbeitsbedingungen außer- bzw. oberhalb öffentlich-rechtlicher Vorschriften.[504] Die Beteiligungsrechte des autonomen Arbeitsschutzes sind im Vergleich zu § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG stark eingeschränkt, entweder, weil sie – wie im Falle von § 90 BetrVG – als bloßes Mitwirkungsrecht ausgestaltet oder – wie im Fall von § 91 BetrVG – ihre Ausübung an hohe Voraussetzungen geknüpft sind. Dadurch wird verhindert, dass die Mitbestimmungstatbestände in § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG umgangen werden. Entsprechend geht es in der Praxis stets nur darum, den Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG zugunsten des Anwendungsbereichs der §§ 90 f. BetrVG einzuschränken und nicht umgekehrt.[505] 320

Im gesundheitsbezogenen Bereich werden die Beteiligungsrechte des autonomen Arbeitsschutzes nach §§ 90 f. BetrVG durch die in § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG also nur überlagert und nicht verdrängt.[506] Entsprechend finden sich auch in der Kommentarliteratur zu § 91 BetrVG viele typische Schutz- 321

503 So i.E. *Annuß,* in: Richardi 2018, § 91 BetrVG, Rn. 34.

504 *Lüder* 2014.

505 BAG v. 8.6.2004 – 1 ABR 4/03, E 111, S. 48, Rn. 24 (=NZA 2005, 227); LAG Niedersachsen v. 20.3.2003 – 4 TaBV 108/00, NZA-RR 2003, S. 538, 542.

506 *Kohte/Schulze-Doll,* in: Düwell 2018, § 90 BetrVG, Rn. 25; *Kohte/Schulze-Doll,* in: Düwell 2018, § 91 BetrVG, 4; BeckOK ArbR/*Werner*, § 90 BetrVG, Einleitung;

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

maßnahmen, die wie z.B. die ergonomische Gestaltung des Arbeitsplatzes nach den Körpermaßen und -kräften des Beschäftigten[507] auch dem öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzrecht zugeordnet sind. Da die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG für den Betriebsrat jedoch deutlich attraktiver sein dürfte, liegt der Hauptanwendungsbereich der §§ 90 f. BetrVG im Bereich der persönlichkeitsrelevanten menschengerechten Gestaltung der Arbeit.[508]

2.3.5.1.2 Individualarbeitsrecht

322 Anders als im Kollektivarbeitsrecht kommt es im Individualarbeitsrecht zu keinen Überlagerungen. Die gesundheitsbezogenen Aspekte der menschengerechten Gestaltung werden hier durch § 618 BGB geregelt. Diese Norm wiederum wird maßgeblich durch das gesetzliche Arbeitsschutzrecht geprägt. Beide setzen letztlich die Schutzpflichten des Arbeitgebers für die körperliche Unversehrtheit der Beschäftigten nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG um (siehe 2.2.3.1, S. 98). Die Pflicht zur umfassenden menschengerechten Gestaltung der Arbeit nach § 241 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG stützt sich auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Dieses Recht enthält eine lückenschließende Gewährleistung und tritt zurück, wenn das betreffende Interesse bereits durch ein anderes Grundrecht geschützt ist.[509]

323 Da sämtliche gesundheitsbezogenen Aspekte der menschengerechten Gestaltung bereits durch das gesetzliche Arbeitsschutzrecht des Arbeitsschutzgesetzes und das angeschlossene private Arbeitsrecht des § 618 BGB geregelt sind, bleibt hierfür in der persönlichkeitsrechtlich begründeten Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG kein Raum.

2.3.5.2 Abgrenzung zwischen psychischer Gesundheit und Persönlichkeitsentfaltung

324 Abgrenzungsprobleme ergeben sich nicht nur im Hinblick auf den gesundheitsbezogenen Aspekt der menschengerechten Gestaltung der Ar-

---

BeckOK ArbR/*Werner*, § 91 BetrVG, Einleitung; *Wlotzke* 2005, S. 438; a.A. *Zöllner, et al.* 2015, § 32 Rn. 20.

507 *Fitting* 2020, § 91 BetrVG, Rn. 19.

508 *Kohte/Schulze-Doll,* in: Düwell 2018, § 91 BetrVG, Rn. 4.

509 BeckOK GG/*Lang*, Art. 2 GG, Rn. 54b.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

beit, der den beiden Regelungsbereichen gleichermaßen zugewiesen ist. Auch zwischen Aspekten, die den Bereichen des autonomen und eigentlichen Arbeitsschutzes zumindest de facto exklusiv zugewiesen sind, kann es zu Abgrenzungsproblemen kommen. So liegen die Persönlichkeitsentfaltung auf der einen Seite und die psychische Gesundheit auf der anderen Seite so nah beieinander, dass sie sich u.U. überschneiden.[510] Zu beiden Aspekten der menschengerechten Gestaltung der Arbeit finden sich in der Literatur sowohl ähnliche Gefährdungen als auch ähnliche Schutzmaßnahmen.

2.3.5.2.1 Handlungsfelder und Maßnahmen im autonomen Arbeitsschutz

Eine auf die Persönlichkeitsentfaltung des Beschäftigten ausgerichtete menschengerechte Gestaltung der Arbeit zielt darauf ab, die Arbeitszufriedenheit und die Qualifikation der Beschäftigten zu steigern und ihre mit der Arbeit verbundenen sozialen Bedürfnisse zu befriedigen.[511] Ihr liegt ein Menschenbild zugrunde, in dem der Einzelne nicht nur das Bedürfnis nach der Anerkennung seiner Arbeit sowie nach der Möglichkeit sozialer Kooperation hat, sondern auch danach, sich zu entwickeln und zunehmend mit höher angesiedelten Aufgaben betraut zu werden. Angestrebt wird darum eine Mischung aus höherwertigen Tätigkeiten, etwa in der Planung und Kontrolle einerseits und routinehaft zu erledigenden elementaren Arbeitsverrichtungen andererseits.[512] 325

Diesem Menschenbild folgend wendet sich die menschengerechte Gestaltung der Arbeit z.B. gegen monotone Arbeit, sinnentleerte Arbeitsteilung und die übermäßige Kontrolle der Beschäftigten und fordert vom Arbeitgeber, die Autonomie und Eigenverantwortlichkeit der Beschäftigten zu stärken. Die Arbeit soll abwechslungs- und inhaltsreich gestaltet sein, Kommunikation ermöglichen und die menschlichen Belastungs- und Leistungsgrenzen beachten.[513] 326

Abhilfemaßnahmen, um einer besonderen Belastung nach § 91 S. 1 ArbSchG entgegenzuwirken, können neben einer ergonomischen Gestaltung des Arbeitsplatzes z.B. darin bestehen, die Beschäftigten weiterzubil- 327

510 In diese Richtung *Kohte/Schulze-Doll,* in: Düwell 2018, § 90 BetrVG, Rn. 23.
511 *Kohte/Schulze-Doll,* in: Düwell 2018, § 90 BetrVG, Rn. 24.
512 *Schlick, et al.* 2010, S. 115.
513 *Fitting* 2020, § 90 BetrVG, Rn. 38 ff.; *Pauli,* AiB 2010, S. 542, 543; BeckOK ArbR/ *Werner*, § 90 BetrVG, Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den,[514] ihnen verschiedene Aufgaben zuzuweisen und dabei monotone durch höherwertige Aufgaben auszugleichen,[515] Gruppenarbeit oder Arbeitsplatzwechsel durchzuführen, Beschäftigte in besonders belastenden Tätigkeiten regelmäßig abzulösen und ihnen Kurzpausen zu gewähren.[516]

2.3.5.2.2 Psychische Gesundheit

328 Die typischen Gefährdungen an der Schnittstelle Mensch-Arbeitsmittel sowie die entsprechenden Schutzmaßnahmen werden durch die TRBS 1151[517] beschrieben (siehe 2.3.2.4.2.3, S. 132). Sie gibt u.a. den Stand der Arbeitsmedizin wieder und soll bei Gefährdungsbeurteilung speziell im Hinblick auf die Schnittstelle zwischen Mensch und Arbeitsmittel berücksichtigt werden.[518] Sie konkretisiert die Anforderungen der Betriebssicherheitsverordnung und ist folglich dem Bereich der gesundheitsbezogenen menschengerechten Gestaltung der Arbeit zuzuordnen.

2.3.5.2.2.1 Gefährdungen

329 Die TRBS 1151 beschreibt gleichermaßen physische und psychische Gefährdungen, ohne im Einzelnen zwischen diesen zu unterscheiden. Die einzelnen Belastungsfaktoren können sich also in beide Richtungen auswirken. Die mit Blick auf die menschengerechte Gestaltung der Arbeit relevanten – wohl in erster Linie – psychischen Belastungen werden in der TRBS 1151 vor allem als Folge mangelnder Aufgabenstellung oder mangelnder Abstimmung der Arbeitsorganisation auf die Tätigkeit und die Arbeitsmittel genannt. Im Einzelnen kann sich dies in unzureichenden Tätigkeits- und Handlungsspielräumen für die Beschäftigten[519], unzureichender Qualifikation[520] und dem Zwang zur Daueraufmerksamkeit sowie einer

514 *Klebe/Wankel*, in: Däubler et al. 2020, § 91 BetrVG, Rn. 19.
515 *Kohte/Schulze-Doll*, in: Düwell 2018, § 91 BetrVG, Rn. 15; *Pauli*, AiB 2010, S. 542, 546.
516 *Fitting* 2020, § 90 BetrVG, Rn. 20; BeckOK ArbR/*Werner*, § 91 BetrVG, Rn. 9 f.
517 GMBl. 2015, S. 340 [Nr. 17/18].
518 Zur Grenze der Bindungs- und Vermutungswirkung siehe 2.3.2.4.2.3, S. 132.
519 Dazu auch BR-Drucks. 315/13, S. 8; *Lohmann-Haislah* 2012, S. 69 ff.; *Rothe, et al.* 2017, S. 24 f., m.w.N.
520 Zu Handlungsspielräumen und Qualifikation auch *GDA* 2015, S. 21 f.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hohen psychischen Belastung durch Monotonie, psychische Sättigung[521], Ermüdung oder Stress ausdrücken.[522]

330 Die in der TRBS 1151 aufgeführten Gefährdungen lassen sich anhand der Leitlinie Beratung und Überwachung bei psychischer Belastung am Arbeitsplatz der Gemeinsamen Deutschen Arbeitsschutzstrategie (GDA) näher bestimmen.[523] Die GDA ist eine in § 20a ArbSchG geregelte Initiative des Bundes, der Länder und der Unfallversicherungsträger, die u.a. gemäß § 20a Abs. 2 Nr. 4 ArbSchG dazu dient, die jeweilige Beratungs- und Überwachungstätigkeit dieser Stellen untereinander abzustimmen. Die Leitlinie legt dazu gemäß § 21 Abs. 3 Nr. 1 ArbSchG bzw. § 20 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII die methodische Vorgehensweise fest. Eine Bindungswirkung wie bei technischen Regeln (siehe 2.3.2.4.2.3, S. 132) geht von dieser internen Regelung aber nicht aus.

331 Als eine mögliche kritische Ausprägung beschreibt die Leitlinie z.B. mangelnde Abwechslung bei der Arbeit infolge weniger, ähnlicher Arbeitsgegenstände und Arbeitsmittel. Dadurch schlüsselt sie die in der TRBS 1151 aufgeführte Belastung durch Monotonie weiter auf. Als kritisch werden darüber hinaus auch mangelnde Kommunikation infolge eines isolierten Arbeitsplatzes oder nur geringer Möglichkeiten zur Unterstützung durch Kollegen angesehen.[524]

2.3.5.2.2.2 Schutzmaßnahmen

332 Als Schutzmaßnahmen gegen diese Gefährdungen nennt die TRBS 1151 beispielhaft u.a. die Schaffung von Möglichkeiten zu körperlichen Aktivitäten bei monotonen Tätigkeiten, die Ermöglichung der Kommunikation der Mitarbeiter durch Mikropausen oder die Erhöhung der Aufgabenviel-

521 Psychische Sättigung bezeichnet das Phänomen, dass eine Person gegen eine zunächst als angenehm oder neutral empfundene Tätigkeit im Zuge häufiger Wiederholungen eine ausgeprägte Abneigung entwickelt.

522 TRBS 1151, S. 9, GMBl. 2015, S. 340 [Nr. 17/18]; dazu auch *Lützeler,* BB 2014, S. 309, 311.

523 *GDA* 2015.

524 *GDA* 2015, S. 21 f.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

falt durch Mischarbeit.[525] Darüber hinaus müssen die Leistungsgrenzen der menschlichen Informationsverarbeitung beachtet werden.[526]

333 Der Begriff der Mischarbeit wird in der TRBS 1151 weiter in verschiedene Konzepte der Arbeitsstrukturierung aufgeschlüsselt:[527]

- Die horizontale Erweiterung durch strukturell gleichartige Aufgaben auf dem gleichen Qualifikationsniveau (Jobenlargement).
- Die Erweiterung durch strukturell verschiedene Aufgaben, mit denen höhere Anforderungen verbunden sind (Jobenrichment).
- Der systematische Arbeitsplatzwechsel, bei dem die Arbeitsinhalte an dem einzelnen Platz unverändert bleiben (Jobrotation).

334 Durch den Wechsel der mentalen Anforderungen wird die Wahrscheinlichkeit, dass die Beschäftigten ermüden oder sich ermüdungsähnliche Effekte wie Monotonie einstellen, verringert. Beim Jobenrichment wird zusätzlich die Autonomie der Beschäftigten gestärkt.[528]

2.3.5.2.3 Überschneidungen der beiden Bereiche

335 Anhand dieser Beispiele zeigt sich, dass sich die Gestaltungsziele der Förderung der Persönlichkeitsentfaltung und des Schutzes der psychischen Gesundheit in weiten Teilen überschneiden. Zumindest hinsichtlich des Gefährdungspotenzials und des sich daraus ergebenden grundlegenden Ansatzpunktes für Förder- bzw. Schutzmaßnahmen lassen sich keine Unterschiede erkennen. Als hauptsächliche Ansatzpunkte werden in beiden Bereichen genannt:[529]

- der Handlungs- und Tätigkeitsspielraum der Beschäftigten,[530]
- die Qualifikation der Beschäftigten und die darauf abgestimmte Tätigkeit,
- die Aufgabenvielfalt und der Abwechslungsreichtum der Tätigkeit,

---

525 TRBS 1151, S. 13 f., GMBl. 2015, S. 340 [Nr. 17/18] Zur Pflicht, Pausen einzuhalten und dies auch in die Maschinen einzuprogrammieren *Kohte,* NZA 2015, S. 1417, 1420.

526 TRBS 1151, S. 14, GMBl. 2015, S. 340 [Nr. 17/18].

527 TRBS 1151, S. 27, GMBl. 2015, S. 340 [Nr. 17/18].

528 Dazu auch *Schlick, et al.* 2010, S. 506 f.

529 Eine ähnliche Zusammenfassung von Kriterien, die sich motivations-, gesundheits- und persönlichkeitsfördernd auswirken findet sich auch bei *Schlick, et al.* 2010, S. 514.

530 Dazu auch *Mühlenbrock* 2016, S. 17; *Ng/Feldman,* Work, Aging and Retirement 1 (2015), Heft 1, S. 64–78.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

- die Möglichkeit zur Kommunikation am Arbeitsplatz und
- die Beachtung menschlicher Leistungsgrenzen, insbesondere bei der Informationsverarbeitung.

2.3.5.2.3.1 Ebenenschema und die Einordnung im Arbeitsschutzrecht

336 Ein Unterschied lässt sich dagegen bei der Reichweite der Maßnahmen erkennen. Dies kann anhand eines Ebenenschemas[531] verdeutlicht werden, dessen Begrifflichkeit auch in der TRBS 1151 Verwendung findet.[532] Auf der untersten Ebene steht die Ausführbarkeit der Arbeit, die sich danach beurteilt, ob die Anforderungen innerhalb der Grenzen der menschlichen Leistungsfähigkeit liegen, z.B. hinsichtlich der erforderlichen Körperkraft oder Wahrnehmung von Signalen.[533]

337 Darüber sind die Schädigungslosigkeit und Beeinträchtigungsfreiheit der Arbeit angesiedelt, die danach beurteilt werden, ob es bei der gegebenen Ausführung auch über einen längeren Zeitraum nicht zu Beeinträchtigungen der körperlichen und geistigen Gesundheit kommt.[534] Schädigungslosigkeit meint dabei die Vermeidung von Gesundheitsschäden durch Unfälle, Berufskrankheiten oder Schadstoffe – also einschneidende Gefährdungen. Beeinträchtigungsfreiheit bezieht sich auf kurzfristige Belastungswirkungen, die durch Arbeitspausen oder Freizeit ausgeglichen werden können – also weniger einschneidende Gefährdungen.

338 Auf der vierten Stufe wird schließlich die Persönlichkeitsförderlichkeit angesprochen, wie sie dem unter Gliederungspunkt 2.3.5.2.1 (S. 167) dargestellten Menschenbild entspricht. Alternativ wird hier auch das weniger weitgehende Kriterium der Arbeitszufriedenheit verwendet.[535]

339 Die ersten drei Ebenen sind dem Schutz der physischen und psychischen Gesundheit der Beschäftigten und damit zumindest praktisch vorrangig

---

531 *Hacker* 1986, zitiert nach *Schlick, et al.* 2010, S. 65 f.

532 Auch *Ehmann* 1981, S. 28; *Hanau,* FB/IE 31 (1982), Heft 5, S. 353 greifen auf ein Ebenenschema zurück, allerdings auf das von *Rohmert* 1983, S. 17, siehe Fn. 533.

533 *Schlick, et al.* 2010, S. 63 (die Darstellung weiter unten verweist auf den hier beschriebenen identischen Begriff in einem ähnlichen Ebenenschema nach *Kirchner 1972; Rohmert 1983, S. 17*).

534 Beide Begriffe werden im Konzept nach *Kirchner 1972; Rohmert 1983, S. 17* (nach *Schlick, et al.* 2010, S. 63 f.) unter dem Oberbegriff Erträglichkeit zusammengefasst.

535 *Kirchner 1972; Rohmert 1983, S. 17* (zitiert nach *Schlick, et al.* 2010, S. 64 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dem gesetzlichen Arbeitsschutz zuzuordnen. Die Ebene der Persönlichkeitsförderlichkeit wird dagegen nur im autonomen Arbeitsschutz nach §§ 90 f. BetrVG und der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers geregelt.[536] Die einzelnen Ebenen bauen aufeinander auf, in der Art, dass zunächst die Anforderungen der unteren Ebene erfüllt sein sollen, bevor die Kriterien der oberen Ebene in Angriff genommen werden.[537] Dass dies allerdings nicht zwingend ist, zeigt eine in der TRBS 1151 beispielhaft beurteilte Tätigkeit die zwar das Kriterium der Schädigungsfreiheit, nicht aber das der Ausführbarkeit erfüllt.[538]

2.3.5.2.3.2 Zuordnung der Maßnahmen

340 Das Kriterium der Ausführbarkeit, das sich auf die Leistungsgrenzen der Beschäftigten bezieht, und das Kriterium der Schädigungslosigkeit, das in der TRBS 1151 vor allem mit körperlichen Belastungen verbunden wird, betreffen eher die ergonomische Gestaltung der Arbeitsmittel als die mit ihnen verrichtete Arbeit selbst und liegen damit nicht im Schnittpunkt mit der Persönlichkeitsentfaltung. Sie lassen sich folglich unschwer dem gesetzlichen Arbeitsschutz zuordnen.

341 Abgrenzungsprobleme zur Persönlichkeitsförderlichkeit bereitet hingegen die Beeinträchtigungsfreiheit. Allgemein zeigt sich, dass die Persönlichkeitsförderung stärker auf Themen wie Autonomie, Verbesserung der Qualifikation und soziale Kooperation fokussiert, die Beeinträchtigungsfreiheit dagegen stärker auf Erholungspausen sowie den Abwechslungsreichtum und die Aufgabenvielfalt der Tätigkeit. Dadurch wird allerdings nur die grobe Richtung angegeben. Eine genauere Abgrenzung gestaltet sich wesentlich diffiziler.

342 In den Beispielen der TRBS 1151 wird die Beeinträchtigungsfreiheit im Hinblick auf Monotonie- und Sättigungserlebnisse angesprochen. Zur Verminderung der Monotonie können die verschiedenen Formen der Mischarbeit (Jobenlargement, Jobenrichment und Jobrotation) sowie Erholungspausen eingesetzt werden. Als Maßnahme zur Vermeidung von Sättigungserlebnissen wird dagegen neben Erholungspausen nur das Jobenrichment genannt.[539] Alle diese Maßnahmen sind prinzipiell dazu geeignet, die psy-

536 So ebenfalls *Kohte* 2011, S. 298.
537 *Schlick, et al.* 2010, S. 63.
538 TRBS 1151, S. 27; GMBl. 2015, S. 340 [Nr. 17/18].
539 TRBS 1151, S. 27; GMBl. 2015, S. 340 [Nr. 17/18].

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

chische Belastung der Beschäftigten zu senken. Bei der vertikalen Aufgabenerweiterung des Jobenrichments kommt dieser Effekt im Vergleich zur lediglich horizontalen Aufgabenerweiterung aber besser zum Tragen.[540]

343 Hinzu kommt, dass sich das Jobenrichment positiv auf die Arbeitsmotivation[541], die Leistungs- und Entwicklungsfähigkeit und das Wohlbefinden der Beschäftigten[542] sowie auf die Lernförderlichkeit der Arbeit auswirkt. Ein Ansatz, die Arbeit lernförderlich zu gestalten, besteht nämlich darin, den Beschäftigten möglichst vollständige und problemhaltige Aufgaben zuzuweisen, d.h. sie mit einer Tätigkeit zu betrauen, die Elemente der Planung, Vorbereitung, Ausführung und Kontrolle umfasst.[543] Auf diese Weise fördert das Jobenrichment auch die Persönlichkeitsentfaltung der Beschäftigten.[544]

344 Im Kontext der Automatisierung der Arbeit ist das Ziel einer lernförderlichen Arbeitsgestaltung direkt mit der Arbeitsteilung zwischen Mensch und Maschine verbunden. Mit ihm ist ein Gestaltungsansatz unvereinbar, der darin besteht, zunächst alle Arbeitsschritte zu automatisieren, bei denen dies technisch möglich und wirtschaftlich vertretbar ist, und die verbleibenden Automatisierungslücken sodann dem Menschen zuzuweisen.[545] Einer Entwicklung wie im Automatisierungsszenario (siehe 1.2.3.2.1, S. 66) würden insofern (wenn auch u.U. sehr weite – dazu sogleich, siehe 2.3.5.2.3.3, S. 174) rechtliche Grenzen gesetzt. In diesem Szenario wird nämlich zwar erwartet, dass die Aufgabenvielfalt in der Breite zunimmt; gleichzeitig werden aber anspruchsarme Routineaufgaben der unteren Qualifikationsebene abgebaut sowie anspruchsvollere Aufgaben der Produktionssteuerung automatisiert und auf diese Weise in eine andere Ebene hochgestuft. Statt Aufgaben im Sinne der Lernförderlichkeit zu vervollständigen, würden sie also fragmentiert. Hier könnte eine gesundheits- oder persönlichkeitsschützende Handlungspflicht des Arbeitgebers ansetzen.

---

540 *Schlick, et al.* 2010, S. 597.
541 *Schlick, et al.* 2010, S. 597.
542 *BMWi* 2013, S. 7.
543 *Schäfer* 2009, S. 2 f.; *Schlick, et al.* 2010, S. 508 f.
544 *Schlick, et al.* 2010, S. 514.
545 *BMWi* 2013, S. 7; allgemein zur Humanisierung der Arbeit *Dechmann, et al.* 2011, S. 323.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.3.5.2.3.3 Abstufung nach Schutzpflichten

345 Da der Arbeitgeber die gesetzlichen Vorgaben zur menschengerechten Gestaltung allgemein und speziell die Regeln der TRBS 1151 nur berücksichtigen muss, bleibt ihm die Wahl zwischen diesen Maßnahmen. Darüber hinaus ist die arbeitsschutzrechtliche Handlungspflicht des Arbeitgebers durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf die erforderlichen und insgesamt noch angemessenen Maßnahmen beschränkt. Dies ist insofern relevant, als die wirksamere vertikale Aufgabenerweiterung des Jobenrichments Qualifizierungsmaßnahmen voraussetzt[546] und für den Arbeitgeber deshalb mit einem höheren Aufwand verbunden ist.

346 Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dürfte der Arbeitgeber im Hinblick auf die beeinträchtigungsfreie Gestaltung der Arbeit folglich meist nur zur Einführung von Erholungspausen oder einer vertikalen Aufgabenerweiterung im Sinne des Jobenlargements verpflichtet sein. Ein Jobenrichment wäre in diesen Fällen der Persönlichkeitsförderung zuzuordnen und damit nicht mehr von den Handlungspflichten des gesetzlichen Arbeitsschutzes gedeckt. Nur wenn die psychischen Belastungen als so hoch beurteilt würden, dass allein diese wirksamere Maßnahme sie senken könnte, wäre sie von den Anforderungen an die Beeinträchtigungsfreiheit der Arbeit erfasst.

347 Eine Maßnahme kann folglich nicht generell auf der Ebene der Beeinträchtigungsfreiheit oder der Persönlichkeitsförderlichkeit angesiedelt werden. Entscheidend hierfür ist die konkrete Gefährdungslage im Betrieb. Ob eine beidseitig wirksame Maßnahme also den Voraussetzungen des gesetzlichen Arbeitsschutzrechts oder lediglich des autonomen Arbeitsschutzes nach §§ 90 f. BetrVG und der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers unterliegt, hängt davon ab, welche Belastungen und Beanspruchungen im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung ermittelt werden. Dies unterstreicht einmal mehr die zentrale Bedeutung dieses Verfahrens für den Arbeitsschutz.

2.3.5.2.4 Konkurrenzverhältnis des gesetzlichen und des autonomen Arbeitsschutzes

348 Diese Überschneidungen werfen schließlich die Frage auf, in welchem Verhältnis die beiden Bereiche des Arbeitsschutzrechts diesbezüglich ste-

546 *Schlick, et al.* 2010, S. 507.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hen. Klar dürfte sein, dass der gesetzliche Arbeitsschutz aufgrund seiner beschäftigten- und mitbestimmungsfreundlichen Voraussetzungen und Durchsetzungsmöglichkeiten für die Gruppe insgesamt attraktiver ist. Soweit eine Maßnahme also auch hierauf gestützt werden kann, wird diese Möglichkeit in der Praxis den Vorrang bekommen.

2.3.5.2.4.1 Kollektivarbeitsrecht

349 Im Kollektivarbeitsrecht wird darüber hinaus vertreten, dass das korrigierende Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 91 S. 1 BetrVG nur auf solche Belastungen anzuwenden sei, die nicht mit den Mitteln des gesetzlichen Arbeitsschutzes abgewendet werden können.[547] Statt eines rein praktischen Vorrangs würde dies eine echte Sperrwirkung entfalten.

350 Wie bei der Abgrenzung innerhalb der gesundheitsbezogenen menschengerechten Gestaltung (siehe 2.3.5.1.1, S. 165) stellt sich jedoch die Frage, ob die beiden Regelungen angesichts der hohen Hürden für ein Mitbestimmungsrecht nach § 91 S. 1 BetrVG überhaupt in echter Konkurrenz stehen. So werden Arbeiten, die so ausgeprägt abwechslungsarm, kommunikationsunterbindend, unselbständig oder überfordernd gestaltet sind, dass sie den gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit nach § 91 S. 1 BetrVG offensichtlich widersprechen, nicht selten in einem Ausmaß psychisch belastend sein, dass der Arbeitgeber hier schon aufgrund seiner arbeitsschutzrechtlichen Pflichten zum Schutz der Gesundheit der Beschäftigten handeln müsste.

351 Es sind also keine Fälle denkbar, in denen ein Mitbestimmungsrecht nach § 91 S. 1 BetrVG eine gesetzgeberische Entscheidung, dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG zu verwehren, konterkarieren würde. Die Kompetenzen des Betriebsrats würden durch ein Nebeneinander der Normen nicht ausgedehnt. Dann besteht aber auch keine Notwendigkeit, das Mitbestimmungsrecht nach § 91 S. 1 BetrVG weiter als ohnehin schon einzuschränken.

352 Darüber hinaus würde ein solch einschränkender Ansatz die Mitbestimmung des Betriebsrats in dem Fall schmälern, dass nur ein einziger Beschäftigter von der besonderen Belastung betroffen ist. Ohne einen kollektiven Tatbestand ist § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG nicht anwendbar. Es ist aber

547 *Fitting* 2020, § 91 BetrVG, Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auch hier sachgerecht, dass der Betriebsrat Maßnahmen fordern kann, die an sich zu den Mitteln des gesetzlichen Arbeitsschutzes zählen. Dies ist aber nur möglich, wenn man ihm ein Mitbestimmungsrecht nach § 91 S. 1 BetrVG zubilligt.

353 Insgesamt zeigt sich, dass sich die beiden Regelungen zur menschengerechten Gestaltung der Arbeit im Arbeitsschutzgesetz und nach §§ 90 S. 1 BetrVG überlagern, ohne den Anwendungsbereich des anderen zu verkürzen. Eine trennscharfe Abgrenzung ist nicht notwendig und wäre ohnehin nur schwer zu bewerkstelligen.[548] Im Falle von Überschneidungen gilt der jeweils strengere Maßstab, sodass die persönlichkeitsorientierte menschengerechte Gestaltung von der gesundheitsorientierten als Rechtsreflex profitiert.

2.3.5.2.4.2 Individualarbeitsrecht

354 Anders als noch im Bereich der gesundheitsbezogenen menschengerechten Gestaltung der Arbeit weicht das Individualarbeitsrecht hier nicht vom Kollektivarbeitsrecht ab. Die in Rede stehenden Regelungsbereiche – der Schutz vor psychischen Belastungen und die Persönlichkeitsförderlichkeit – sind zwar ähnlich, aber nicht identisch. Insofern besteht durchaus eine Lücke, die das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG, das über die Rücksichtnahmepflicht des Arbeitgebers nach § 241 Abs. 2 BGB in das Arbeitsverhältnis hineinwirkt, schließen kann. Es wird darum nicht durch das speziellere Freiheitsgrundrecht, hier das Recht auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, verdrängt.[549]

355 Wie im Kollektivarbeitsrecht führt dies auch nicht dazu, dass die Schwelle zur Handlungspflicht des Arbeitgebers herabgesenkt wird. Gestaltet sich ein Fall derart extrem, dass die Pflicht des Arbeitgebers nach § 241 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen, nicht nur auf das Willkürverbot beschränkt bleibt, muss der Arbeitgeber ohnehin aufgrund seiner Pflichten nach § 618 BGB – die wiederum maßgeblich durch die Regelungen des gesetzlichen Arbeitsschutzes bestimmt sind – tätig werden. Die beiden Regelungen zur men-

548 *Kohte*, in: Kollmer et al. 2016, § 2 ArbSchG, Rn. 25; *Zöllner, et al.* 2015, § 32 Rn. 19.

549 BeckOK GG/*Lang*, Art. 2 GG, Rn. 54.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schengerechten Gestaltung können darum nebeneinander Anwendung finden.

2.3.6 Zwischenfazit zur menschengerechten Gestaltung als Rechtspflicht

Die bisherige Darstellung hat gezeigt, dass es sich bei der menschengerechten Gestaltung der Arbeit nicht nur um eine Zielvorstellung aus der Arbeitswissenschaft handelt, sondern auch um eine individuell und kollektiv durchsetzbare Pflicht des Arbeitgebers. 356

2.3.6.1 Gesundheitsbezogene menschengerechte Gestaltung der Arbeit

Die gesundheitsbezogenen Aspekte dieser Gestaltung sind schwerpunktmäßig in den Regelungen zur Maschinensicherheit sowie im gesetzlichen Arbeitsschutzrecht und dem daran anknüpfenden Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG und dem privaten Arbeitsschutzrecht nach § 618 BGB geregelt. Arbeitsmittel müssen danach nicht nur sicher sein; ihre Verwendung ist auch so zu gestalten, dass sie auch auf lange Sicht die körperliche und psychische Gesundheit der Beschäftigten nicht beeinträchtigen. Der Arbeitgeber kann weitgehend selbst entscheiden, mit welchen konkreten Maßnahmen er dieses Schutzziel erreicht. Bei der Ausfüllung dieser Rahmenpflichten hat der Betriebsrat mitzubestimmen. 357

Der Arbeitgeber muss tätig werden, wenn die Beanspruchung der Beschäftigten die Grenze vom bloßen Unwohlsein zur Gesundheitsgefährdung überschreitet. Das Arbeitsschutzrecht verfolgt dabei einen präventiven Ansatz, nach dem es bereits genügt, wenn die jeweilige Tätigkeit bei regelmäßiger Wiederholung nicht ausgeführt werden kann, ohne dass dies langfristig zu Gesundheitsschäden führen würde. Diese Schwelle liegt also wesentlich tiefer als die zur Gefahr im Sinne des Polizei- und Ordnungsrechts. Die konkrete Handlungspflicht des Arbeitgebers ist im Rahmen einer Interessenabwägung zu bestimmen. Für die durch die menschengerechte Gestaltung adressierten wenig einschneidenden Gefährdungen bedeutet dies, dass nur Maßnahmen in Betracht kommen, die sowohl technisch möglich als auch wirtschaftlich nicht übermäßig aufwendig sind. 358

Die jeweilige Gefährdungslage und die entsprechenden Maßnahmen sind im Rahmen einer Gefährdungsbeurteilung zu ermitteln. Auch hier hat der Betriebsrat mitzubestimmen. Aus der Gefährdungsbeurteilung leiten sich 359

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die konkreten Maßnahmen der menschengerechten Gestaltung der Arbeit ab. In Bezug auf Assistenzsysteme muss zweierlei gewährleistet sein: Die Arbeitsmittel müssen zum einen ergonomisch gestaltet, d.h. auf die körperlichen Eigenschaften der Beschäftigten abgestimmt sein. Zum anderen muss aber auch die mit dem Arbeitsmittel zu verrichtende Tätigkeit selbst den Grundsätzen der menschengerechten Gestaltung genügen. Dabei geht es um Kriterien wie den Abwechslungsreichtum der Tätigkeit, die den Beschäftigten gewährten Handlungsspielräume und die Beachtung der Leistungsgrenzen, insbesondere im Hinblick auf die Informationsverarbeitung.

2.3.6.2 Persönlichkeitsrelevante menschengerechte Gestaltung der Arbeit

360 Die menschengerechte Gestaltung der Arbeit im umfassenden Sinne, insbesondere im Hinblick auf ihre persönlichkeitsrelevanten Aspekte, ist Gegenstand der Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach §§ 90 f. BetrVG sowie der durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht konkretisierten Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nach § 241 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG. Da aber die tatbestandlichen Anforderungen, wie sie gerade an das – ohnehin nur korrigierend wirkende – Mitbestimmungsrecht gestellt werden, vergleichsweise hoch sind, kommen diese Regelungen nur zum Tragen, soweit die jeweilige Maßnahme nicht bereits mit den Mitteln des gesetzlichen Arbeitsschutzrechts und dem damit verbundenen Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG zu erreichen ist. Praktisch beschränkt sich ihr Anwendungsbereich damit auf die persönlichkeitsrelevanten Aspekte der menschengerechten Gestaltung der Arbeit.

361 Auch die Maßnahmen nach § 91 S. 1 BetrVG müssen angemessen sein, weshalb sie – wenn die strengen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind – letztlich dem gleichen Abwägungsmaßstab unterliegen wie Maßnahmen des gesetzlichen Arbeitsschutzes. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zur menschengerechten Gestaltung, der kein solcher Filter vorgesetzt ist, reduziert sich dagegen außerhalb extremer Fallgestaltungen auf ein Willkürverbot.

362 Thematisch gibt es bei der persönlichkeitsrelevanten menschengerechten Gestaltung der Arbeit große Schnittmengen mit dem Schutz vor Beeinträchtigungen der psychischen Gesundheit. Es geht also auch um abwechslungsreiche Arbeit, welche die individuellen Leistungsgrenzen der Beschäftigten beachtet. Stärker noch als bei der psychischen Gesundheit fokussiert

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die persönlichkeitsrelevante menschengerechte Gestaltung aber auf Autonomie, Qualifikation und soziale Bedürfnisse der Beschäftigten.

2.3.6.3 Unterschiedlicher Abwägungsfestigkeit

Wie gezeigt, werden in den einzelnen Regelungsbereichen der menschengerechten Gestaltung der Arbeit unterschiedliche Voraussetzungen für eine Handlungspflicht des Arbeitgebers aufgestellt. Auf das gesamte Feld der menschengerechten Gestaltung bezogen ergibt sich so je nach Gefährdungslage und genauem Gestaltungsziel für die einzelnen Maßnahmen eine Stufung. 363

Auf oberster Stufe – und in gewissem Sinne gleichsam oberhalb der eigentlichen menschengerechten Gestaltung – steht der Schutz gegen einschneidende Gefährdungen wie Lärm, Gefahrstoffe oder künstliche optische Strahlung. Hier gilt ein striktes Minimierungsgebot. Darunter steht der Schutz gegen weniger einschneidende Gefährdungen, zu denen größtenteils auch die Gefährdungen zählen, die von einer nicht-menschengerechten Gestaltung ausgehen. Hier darf der Arbeitgeber im Einzelfall von einer optimalen Gestaltung abweichen, wenn diese technisch nicht umsetzbar oder wirtschaftlich unverhältnismäßig wäre. 364

Auf der untersten Stufe stehen schließlich Maßnahmen, die sich auf den weiten, vor allem persönlichkeitsrelevanten Begriff der menschengerechten Gestaltung beziehen. Das Interesse des Arbeitnehmers an einer Arbeitsgestaltung, die seine Autonomie und Handlungskompetenzen stärkt, ist lediglich in Grundzügen geschützt und kann die unternehmerische Freiheit nur überwiegen, wenn die konkrete Gestaltung klar von diesem Leitbild abweicht und zu Belastungen führt, die deutlich unterhalb eines akzeptablen Durchschnitts liegen. Außerhalb dieses Bereichs ist der Arbeitgeber lediglich einem allgemeinen Willkürverbot unterworfen. 365

2.3.7 Potenziale und Anforderungen an Assistenzsysteme in der Industrie 4.0

Der Ausgangspunkt dieser Darstellung zur den Rechtspflichten der Hersteller und vor allem des Arbeitgebers, die Arbeitsmittel menschengerecht zu gestalten, ist die allgemeine Frage, wie sich in der Industrie 4.0 die Rolle des Menschen verändert (siehe 1.2.3, S. 64 und 2.1, S. 75), sowie im Speziellen, welche Gefährdungen für die körperliche Unversehrtheit der Be- 366

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schäftigten dadurch erwartet werden (siehe 2.2.3.1, S. 98). Nun stellt sich die Frage, welche Folgen sich angesichts dessen aus der Rechtspflicht der Hersteller und des Arbeitgebers ergeben, die Assistenzsysteme menschengerecht zu gestalten und zu verwenden.

2.3.7.1 Die Gestaltung der Arbeitsmittel

367 Der Grundsatz der menschengerechten Gestaltung der Arbeit steht in vielfältiger Beziehung zur Gestaltung der Arbeitsmittel. Zum einen ergibt sich aus der Pflicht zur menschengerechten Gestaltung, dass Assistenzsysteme ergonomisch gestaltet werden müssen (2.3.7.1.1, S. 180). Umgekehrt kann dem Grundsatz aber u.U. dadurch Rechnung getragen werden, das neuartige Arbeitsmittel dazu eingesetzt werden, um Arbeitsprozesse menschengerecht zu gestalten. Wie im Folgenden gezeigt, birgt dieser Einsatz zumindest im Hinblick auf die Ergonomie einiges an Potenzial (2.3.7.1.2, S. 181). Ob auch ein persönlichkeitsförderlicher Effekt erzielt werden kann, ist dagegen eher fraglich (2.3.7.1.3, S. 182).

2.3.7.1.1 Ergonomische Gestaltung der Assistenzsysteme

368 Der Grundsatz der menschengerechten Gestaltung der Arbeit enthält Anforderungen an die ergonomische Gestaltung der Assistenzsysteme selbst und die Potenziale, die daraus erwachsen können. So ist unmittelbar einsichtig, dass zunächst die Systeme selbst menschengerecht gestaltet werden müssen. Ein Beispiel hierfür sind Assistenzsysteme zur Informationsdarstellung (siehe 1.3.2, S. 71) wie etwa Datenbrillen, bei denen es vor allem um die ergonomische Gestaltung von Hard- und Software geht.[550] Sie müssen also z.B. angenehm zu tragen sein und dürfen den Bediener nicht mit Informationen überfluten.[551] Solche Anforderungen gelten aber im Grunde für jedes Arbeitsmittel, weshalb die Industrie 4.0 hier insofern keine neuen Fragen aufwirft.

550 Zu körperlichen und psychischen Belastungen bei Head-Mounted Displays allgemein *BAuA* 2016.

551 Zu den Konsequenzen für die Darstellungsformen *Jost, et al.* 2017, S. 160 f.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.3.7.1.2 Kollaborative Roboter als Schutzmaßnahme zur ergonomischeren Gestaltung

Abgesehen von ihrer eigenen ergonomischen Gestaltung haben Assistenzsysteme aber auch das Potenzial, ihrerseits zur menschengerechteren, insbesondere zur ergonomischeren Gestaltung einzelner Tätigkeiten, die teilweise auch zuvor bereits ausgeübt wurden, beizutragen. Ein positiver Effekt stellt sich hier schon dadurch ein, dass bestimmte routinehafte und insofern womöglich auch eintönige Tätigkeiten in Zukunft noch stärker automatisiert werden und in der Folge nicht mehr von Menschen verrichtet werden müssen.[552] 369

Soweit Tätigkeiten aber prinzipiell bestehen bleiben – und das dürfte die Regel sein – können vor allem kollaborative Roboter, die ohne trennende Schutzzäune mit Menschen zusammenarbeiten entscheidend dazu beitragen, die damit einhergehenden Belastungen zu verringern und die Arbeit auf diese Weise ergonomischer, altersgerechter und weniger nach einem festen Maschinenrhythmus zu gestalten.[553] So kann z.B. der Einsatz eines Roboters, der ein Werkstück in einer für den Mitarbeiter – im konkreten Beispiel für einen Schweißer – angenehmen Position hält, körperliche Belastungen vermeiden, die ansonsten von einer unnatürlichen Körperhaltung ausgingen.[554] Weitere Beispiele sind Roboter, die die Beschäftigten bei der Montage schwerer Bauteile unterstützen[555], Serviceroboter, mit deren Hilfe der Mitarbeiter gezielt von einem festen Linientakt entkoppelt und so ein maschinenbestimmter Arbeitsrhythmus vermieden werden kann[556] oder Systeme, die automatisch die körperliche Belastung von Kommissioniern ermitteln und helfen, belastungsreduzierende Maßnahmen zu generieren.[557] 370

Ihre eigene ergonomische Gestaltung vorausgesetzt, dienen derartige Systeme der Entlastung der Arbeitnehmer, führen also zu keiner besonderen Belastung, die ein korrigierendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 91 S. 1 BetrVG auslösen könnte. Aus demselben Grund dürfte ihre 371

552 *Acatech* 2013, S. 25; *Nelles, et al.* 2016, S. 1 f.; *Windelband/Dworschak* 2015, S. 82.
553 *Bauernhansl* 2014, S. 24; *Deuse, et al.* 2015a, S. 154; *Görke et al.,* ZWF 2017, S. 41, 42; *Haase, et al.* 2015, S. 197; *Hölzel, et al.* 2014; *Kohte,* NZA 2015, S. 1417, 1420; *May* 2013, S. 99.
554 *Busch/Deuse* 2014; *Deuse, et al.* 2015b, S. 104 f.
555 *Martini/Botta,* NZA 2018, S. 625, 626 f.; *Wischmann* 2014, S. 75.
556 *Deuse, et al.* 2015a, S. 154.
557 *Geilen et al.,* BPUVZ 2015, S. 214, 216; *Lemke/Brenner* 2015.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verwendung die Gefährdungslage für die Gesundheit der Beschäftigten eher entschärfen, als sie zu verschlimmern. Abgesehen von den Anforderungen an die Kollisionsvermeidung[558] – die aber ohnehin nicht der menschengerechten Gestaltung zuzuordnen sind – dürften darum keine besonderen arbeitsschutzrechtlichen Anforderungen an diese Systeme zu stellen sein.

372 Die mit diesen Assistenzsystemen verbundenen Anforderungen ergeben sich vielmehr umgekehrt aus ihrem Potenzial zur menschengerechten Gestaltung der Arbeit, also als Schutzmaßnahmen zur Verminderung von körperlichen und psychischen Belastungen. Sobald sie dem Stand der Technik entsprechen, kann der Arbeitgeber nämlich in Abhängigkeit zu den auftretenden Gefährdungen gemäß § 6 Abs. 1 BetrSichV verpflichtet sein, diese Systeme einzusetzen.[559]

2.3.7.1.3 Keine oder negative Auswirkungen auf die Persönlichkeitsförderlichkeit

373 Diese Beispiele einer ergonomischeren Gestaltung dienen in erster Linie dazu, die körperlichen und physischen Belastungen der Beschäftigten zu reduzieren. Zur Persönlichkeitsförderlichkeit können sie dagegen kaum beitragen – im Gegenteil: die Verwendung dieser Systeme kann in dieser Hinsicht sogar zu negativen Effekten führen. So bleibt im Beispiel des Roboters, der das Werkstück in eine ergonomisch optimale Position bringt, die Tätigkeit des Schweißers selbst unverändert. Der Roboter, der nicht vom ihm selbst, sondern von höherqualifiziertem Personal programmiert wurde, bleibt für den Schweißer eine „Black Box“, deren Funktionsweise sich ihm nicht erschließt.[560] Treten Störungen an dem System auf, kann er sie nicht selbst interpretieren und beheben.[561] Er verliert dadurch einen Teil seiner Autonomie.

374 Als Gegenbeispiel hierzu wird auf die Roboter verwiesen, die mit dem Beschäftigten bei der Montage schwerer Bauteile Hand in Hand arbeiten.[562] Der Beschäftigte wird wie im Fall des Roboters zur Positionierung des

558 *Ottersbach* 2011, siehe auch 2.3.2.3.2, S. 125.
559 So auch *Günther/Böglmüller,* BB 2017, S. 53, 54.
560 Kritisch auch *Kohte,* NZA 2015, S. 1417, 1420.
561 *Windelband/Dworschak* 2015, S. 83.
562 *Windelband/Dworschak* 2015, S. 83 unter Verweis auf die Beschreibung bei *Wischmann* 2014, S. 75.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schweißstücks ergonomisch unterstützt, der Arbeitsprozess selbst verbleibt aber in seiner Kontrolle. Er plant die Tätigkeit, führt sie aus und kontrolliert das Ergebnis. Der Assistenzroboter kann dabei durch den Beschäftigten selbst durch Schieben und Ziehen der Roboterarme eingelernt werden, ohne dass hierfür besondere Programmierungskenntnisse von Nöten wären. Durch das Einbinden von Planungs-, Organisations-, und Kontrollaufgaben kann dem Ideal einer möglichst vollständigen und folglich auch lernförderlichen Aufgabenzuweisung entsprochen werden.

375 Obwohl das System zur Positionierung des Schweißstücks diese persönlichkeitsförderlichen Vorteile nicht bietet, dürfte der Arbeitgeber nicht verpflichtet sein, es in Richtung dieses Leitbilds zu optimieren. So ist zumindest auf den ersten Blick nicht erkennbar, dass von der assistierten Tätigkeit hohe psychische Belastungen ausgehen würden. Eine im engeren Sinne arbeitsschutzrechtliche Pflicht, das System anders zu gestalten, scheidet damit wohl aus. Im Hinblick auf die Persönlichkeitsentfaltung des Beschäftigten ist das System zwar nicht optimal gestaltet. Mit ihm sind aber auch keine besonderen Belastungen verbunden; im Gegenteil dürfte insgesamt die physische Entlastung überwiegen. Weder der einzelne Beschäftigte noch der Betriebsrat haben hier darum einen Ansatzpunkt, vom Arbeitgeber Nachbesserung zu verlangen.

2.3.7.2 Gestaltungsmöglichkeiten und Gefährdungen für die Arbeit selbst

376 Der Grundsatz der menschengerechten Gestaltung der Arbeit betrifft schließlich auch die Tätigkeit und die Aufgaben der Beschäftigten selbst – unabhängig davon, ob diese Tätigkeit durch organisatorische Maßnahmen oder durch den Einsatz bestimmter Arbeitsmittel gestaltet wird. In der Diskussion um die zukünftige Rolle des Menschen in der Industrie 4.0 werden vereinfacht zwei gegenläufige Entwicklungsmöglichkeiten unterschieden, die als Automatisierungsszenario einerseits und als Werkzeugszenario andererseits bezeichnet werden (siehe 1.2.3.1, S. 64). Diese hier zu beurteilende Ausgangslage lässt sich eindrücklich anhand an einer bei *Hartmann* veröffentlichten[563] fiktiven Geschichte beschreiben, in der zwei Betriebsräte von der alltäglichen Arbeit jeweils in ihrer „intelligenten Fabrik" berichten:

563 *Hartmann* 2009, S. 32 f.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.3.7.2.1 Unterschiedliche Entwicklungslinien

377 Das erste fiktive Beispiel ist eher dem Automatisierungsszenario zuzuordnen, und beschreibt das Schicksal von Beschäftigten der mittleren Qualifikationsebene, deren Aufgaben zunehmend auf ausführende Tätigkeiten beschränkt werden.

378 Karlheinz: „[…] Das Übelste ist allerdings die Art, wie sich unsere Arbeit selbst verändert hat. Ich erklär' das mal am Beispiel der Einrichter. Die haben jetzt alle Daten-Brillen auf. Wenn irgendwo was gemacht werden muss, kriegen sie das in die Brille eingeblendet, also zum Beispiel ‚ab nach Halle 13, zur Birkenbach-Maschine'. Da stehen dann schon alle Werkzeuge und Vorrichtungen bereit, die sie brauchen, auf automatischen Wagen. Die müssen dann auch gar nicht mehr groß nachdenken, was sie zuerst machen sollen, denn die einzelnen Werkzeuge leuchten farbig auf – in der Brille natürlich, nicht in echt – wenn sie dran sind. Wenn dazu noch Infos nötig sind, leuchten die auch in der Brille auf. Jetzt stellt auch [sic!] das mal vor: Da werden die Kollegen von Brillen durch die Gegend gehetzt! Das heißt, eigentlich sind das nicht die Brillen, sondern die Werkstücke oder Rohteile selbst, die hetzen. Die kommen – automatisch natürlich – an der Maschine an, und melden sich mit RFID bei der Maschine. Die Maschine erkennt die Teile und die gewünschten Fertigungsschritte und erkennt auch, dass sie dafür umgerüstet werden muss. Das meldet sie dann beim Planungsrechner, und der schickt die Kommandos an die Einrichter raus. Effekt ist letztlich, dass die Kollegen nur noch durch die Hallen hetzen, Brillenbefehle abarbeiten und überhaupt keinen Plan mehr haben, was sie da eigentlich tun, und warum. Und das ist nicht nur bei den Einrichtern so."

379 Das zweite fiktive Beispiel ist dagegen eher dem Werkzeugszenario zuzuordnen, in dem die Beschäftigten mithilfe der Technik ihre Tätigkeit besser planen und miteinander abstimmen können.

380 Thomas: „Bei uns ist das ganz anders. Wir machen ja Messmaschinen, kundenspezifische Einzelfertigung. Diesen ganzen RFID-Kram haben wir auch, das komplette Internet der Dinge. Alles mit allem vernetzt, jedes Teil kann mit jedem anderen reden. Das wird bei uns aber anders als bei Karlheinz eingesetzt. Also, ich sehe da zum Beispiel einen ganz großen Unterschied zu euch darin, wer jetzt wie welche Infos bekommt und was damit machen kann. Spezielle Einrichter haben wir ja gar nicht, alle im Produktionsteam können die Maschinen auch einrichten, auch zu einem guten Teil warten. Weil wir diese komplette Vernetzung haben, können wir an unseren Info-Terminals immer genau sehen, wie der Zustand in der Ferti-

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gung ist. Und noch besser: Auch, wie er demnächst sein wird, weil wir zum Beispiel immer sehen können, ob unsere Nachschubteile gerade auf der Autobahn stehen oder schon auf den Hof rollen. So können wir unsere Arbeit prima organisieren und abstimmen. Natürlich hat das auch Rationalisierungseffekte, wir schaffen pro Nase mehr als früher. Aber im Betriebsrat haben wir es auch so diskutiert, dass es keinen echten Sinn macht, Leute damit zu beschäftigen, dass sie wegen schlechter Info Dinge doppelt machen, ihre Werkzeuge suchen, rumstehen und auf Material warten, und so weiter. So ist das also jetzt bei uns. Ein bisschen mulmig wird uns aber, wenn wir in die Zukunft gucken. Der ganze Prozess wird nämlich immer selbständiger. Es ist jetzt schon so, dass uns unser dezentraler Planungsrechner Vorschläge macht, wie wir unsere Arbeit organisieren und wann wir was machen sollen. Diese Vorschläge sind oft auch ziemlich gut, denn der Rechner hat ja auch Zugriff auf alle aktuellen Daten. Im Moment ist es wohl noch so, dass unsere Kollegen mit ihrer Erfahrung meistens noch einen etwas besseren Weg finden; manchmal haben wir auch schon großen Unfug verhindert, der passiert wäre, wenn wir blind dem Computer geglaubt hätten. Angst habe ich davor, dass die Werkzeuge, Maschinen und Teile irgendwann so gut sind, dass wir aufhören, uns selbst Gedanken zu machen. Dann wären wir schon fast an dem Punkt wie die Einrichter, von denen Karlheinz erzählt hat."

2.3.7.2.2 Wirkung der Pflicht zur menschengerechten Gestaltung der Arbeit

Die beiden Beispiele sind erkennbar darauf ausgerichtet, die Vorteile einer Arbeitsorganisation zu betonen, die den Beschäftigten mehr Handlungsspielraum zubilligt und ihnen möglichst vollständige Aufgaben zuweist, die z.B. auch Elemente der Planung beinhalten. Das zweite Beispiel entspricht insofern einer die Persönlichkeitsförderlichkeit einschließenden menschengerechten Gestaltung der Arbeit, als hier die Autonomie der Beschäftigten gestärkt und die Lernförderlichkeit der Arbeit erhöht werden. Auch die für die Abstimmung untereinander notwendige Kommunikation entspricht diesem Ideal. 381

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.3.7.2.2.1 Senkung der psychischen Belastung

382 Obwohl die erste Arbeitsgestaltung all dies nicht erfüllt und einer menschengerechten Gestaltung der Arbeit insofern widerspricht, ist nicht von vornherein klar, ob insbesondere der Betriebsrat oder die Arbeitnehmer von dem Arbeitgeber Gegenmaßnahmen verlangen könnten. Der wichtigste Ansatzpunkt einer menschengerechten Gestaltung wäre in diesem Fall wohl die Gefährdung der psychischen Gesundheit.[564] Im ersten Beispiel ist davon die Rede, dass die Kollegen „durch die Hallen hetzen" bzw. von ihren Assistenzsystemen gehetzt werden. Diese Beschreibung passt dazu, dass ein unzureichender Tätigkeits- und Handlungsspielraum ein psychischer Belastungsfaktor sein kann (siehe 2.3.5.2.2, S. 168). In diesem Beispiel äußert sich dies darin, dass die Beschäftigten auf die Planung und die Ausführung ihrer Tätigkeit kaum Einfluss nehmen können.

383 Darüber hinaus wird in dem Szenario beschrieben, dass die Tätigkeit des Maschineneinrichters nur von einer bestimmten Gruppe von Beschäftigten durchgeführt wird, die umgekehrt auch hauptsächlich dieser Tätigkeit nachgeht. Diese Beschäftigten können also nicht nur sehr begrenzt auf die Planung und Durchführung ihrer Tätigkeit einwirken, ihnen sind auch vergleichsweise wenige und damit womöglich wenig abwechslungsreiche Tätigkeiten zugewiesen. Auch mangelnder Abwechslungsreichtum wird als psychischer Belastungsfaktor beschrieben.

384 Der Arbeitgeber hätte hier nach dem gesetzlichen Arbeitsschutzrecht die Pflicht, diese psychische Belastung zu senken. Dazu muss er aber nicht zwingend eine Gestaltung wählen, die näher an dem zweiten, deutlich menschengerechter gestalteten Szenario liegt. Er wird durch das Arbeitsschutzrecht nur auf das Schutzziel, nicht aber auf eine bestimmte Schutzmaßnahme verpflichtet. Ließe sich die Belastung z.B. schon durch die vermehrte Gewährung von Pausen reduzieren, hätte der Arbeitgeber seine Pflicht erfüllt. Nur wenn diese Maßnahmen nicht griffen, wäre er zu einer wirksameren grundlegenderen Neugestaltung der Arbeit verpflichtet.

2.3.7.2.2.2 Persönlichkeitsförderliche Gestaltung

385 Maßnahmen, die unmittelbar und unabhängig von einer kritischen psychischen Belastung auf die Persönlichkeitsförderlichkeit der Arbeit zielen,

564 *Rothe, et al.* 2017, S. 93.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sind dagegen an hohe Hürden geknüpft. Die Entscheidung, die Arbeit wie im ersten Beispiel besonders arbeitsteilig zu organisieren, ist prinzipiell durch die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers gedeckt. Gerade das Tatbestandsmerkmal der besonderen Belastungen nach § 91 S. 1 BetrVG dürfte nur schwerlich zu bejahen sein, wenn die psychischen Belastungen für eine arbeitsschutzrechtliche Handlungspflicht nicht ausreichen. Eine Belastung müsste stattdessen darin bestehen, dass die Arbeitsgestaltung eine Entfaltung der Persönlichkeit nicht (mehr) zuließe (siehe 2.3.3.3.3, S. 158).

386 Denkbar erscheint dies im Hinblick auf den Erhalt und die Fortentwicklung der beruflichen Fähigkeiten, welche auch zur Rechtfertigung des Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers herangezogen wird (2.2.3.2.2, S. 106). Im Hinblick auf die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers sind hier aber hohe Hürden zu fordern. Die neuen Beschäftigungsbedingungen müssen demnach durch ihre mangelnde menschengerechte Gestaltung so dequalifizierend wirken, dass dies einer Nichtbeschäftigung nahekommt.[565] Das dürfte jedoch – wenn überhaupt – nur in wenigen extremen Einzelfällen anzunehmen sein.

387 Wie schwer diese Schwelle für eine persönlichkeitsrechtlich fundierte Handlungspflicht des Arbeitgebers zu erreichen ist, zeigt das Beispiel von Assistenzsystemen, die dem Arbeitnehmer jeden einzelnen Handlungsschritt detailliert vorgeben. Auf den ersten Blick entsprechen sie überhaupt nicht dem Leitbild der persönlichkeitsförderlichen Gestaltung der Arbeit.

388 Bei diesen Systemen werden dem Beschäftigten über eine Augmented Reality-Brille Handlungsanweisungen direkt in den Sichtbereich eingeblendet. Gerade bei Einfachaufgaben wie z.B. dem Kommissionieren in der Logistik lassen sich auf diese Weise Prozesse beschleunigen und die Anzahl der Fehler reduzieren. Im Ergebnis werden dadurch signifikante Effizienzgewinne erzielt.[566] So teilt z.B. ein Assistenzsystem, welches das Ziel verfolgt, den verfügbaren Platz in Paketen besser auszunutzen und dadurch weniger Luft zu transportieren, dem Beschäftigten nicht nur mit, welche Produkte er in das Paket einzulegen hat, sondern auch wo und in welcher Ausrichtung sie dort zu platzieren sind. Beim Packen von Paketen zeigt sich ein Lerneffekt im Sinne eines Erfahrungseffektes. Die Packer sind bei

565 Zur Argumentation für den Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers siehe 2.2.3.2.2, S. 106.

566 *Mättig et al.*, Logistics Journal: Proceedings 2016, S. 2; in Ansätzen zu Montagearbeiten *Paelke* 2014.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

weiteren Versuchen in der Lage schneller oder besser zu arbeiten. Dieser Effekt zeigte sich beim Einsatz von Augmented Reality-Brillen stärker als in Versuchsgruppen, die keine Hilfestellung bekamen.[567] Von einem starken Kompetenzverlust kann hier also nicht die Rede sein.

389 Das beschriebene System zeichnet sich dadurch aus, dass es bei Beschäftigten eingesetzt wird, die ohnehin nur über ein vergleichsweise geringes Kompetenzniveau verfügen. Eine Handlungspflicht des Arbeitgebers scheidet hier schon deswegen aus, weil das ohnehin nur geringe Qualifikationsniveau nicht erheblich unterschritten werden kann. Bei Beschäftigten der mittleren Qualifikationsebene wie den Einrichtern, deren Tätigkeit im ersten Szenario durch den Betriebsrat Karlheinz beschrieben wird, mag diese Bewertung anders ausfallen. Hier könnten strikte und detailliert vorgegebene Handlungsanweisungen einen dequalifizierenden Effekt haben. Hält man sich die hohen Hürden vor Augen, die vor eine Handlungspflicht des Arbeitgebers auf dem Gebiet der Persönlichkeitsförderlichkeit gestellt sind, ist es aber nicht sonderlich wahrscheinlich, dass dieser Effekt ausreicht, um eine solche Pflicht zu begründen.

390 Darüber hinaus muss bei solchen Fällen auch stets darauf geachtet werden, ob die Tätigkeit nach der Einführung von Assistenzsystemen immer noch demselben Berufsbild zuzuordnen ist. Die Instrumente der menschengerechten Gestaltung der Arbeit sind nämlich schon grundsätzlich nicht darauf gerichtet, den Verlust von höherwertiger Tätigkeit an sich zu verhindern (siehe 2.3.3.3.3, S. 158). Sollte sich die Tätigkeit mit der Einführung des Assistenzsystems derart stark ändern, dass sie den Korridor des arbeitsvertraglich Vereinbarten verlassen, hat dies zur Folge, dass die Beschäftigungsmöglichkeit für den betroffenen Arbeitnehmer an dieser Arbeitsstelle wegfällt. In diesem Fall könnte ein Beschäftigungsanspruch in Bezug auf die vereinbarte, u.U. noch höherwertige Tätigkeit bestehen (siehe 2.2.3.2.2, S. 106). Mit der menschengerechten Gestaltung der Arbeit hätte dies aber nichts zu tun.

391 Die individuellen und kollektiven Rechte in Bezug auf eine persönlichkeitsförderliche menschengerechte Gestaltung der Arbeit erweisen sich folglich als äußerst stumpfe Schwerter. Für den Einsatz von Produktions- und Assistenzsystemen der Industrie 4.0 sind sie im Ergebnis nur ein unverbindliches Leitbild. Durchsetzbare Anforderungen lassen sich jedenfalls nicht ableiten.

---

567 *Mättig et al.*, Logistics Journal: Proceedings 2016, S. 6 f.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.4 Das Weisungsrecht des Arbeitgebers

Die prägendste Besonderheit des Arbeitsverhältnisses nach § 611a BGB im Vergleich zu anderen Vertragsverhältnissen, ist das Weisungsrecht des Arbeitgebers. Wie im späteren Verlauf der Arbeit noch aufgezeigt werden wird (siehe insbesondere 3.4.1.4, S. 389 und 3.6.1.2.1, S. 491), wirkt sich diese Besonderheit auch auf die datenschutzrechtliche Prüfung aus, die sich maßgeblich von der in anderen Vertragsverhältnissen unterscheidet. 392

Das Instrument des Arbeitgebers zur Gestaltung der Tätigkeit des Arbeitnehmers ist das Weisungsrecht. Bei der Ausübung dieses Rechts hat er nicht nur das verfassungsrechtlich begründete Willkürverbot (siehe 2.2.4, S. 115) und den Grundsatz der menschengerechten Gestaltung in seinen verschiedenen Ausprägungen (siehe 2.3, S. 116) zu beachten, sondern unterliegt auch weiteren, dem Weisungsrecht immanenten Beschränkungen. Sie sollen im Folgenden thematisiert werden. 393

2.4.1 Das Wesen des Weisungsrechts

Der Inhalt eines Arbeitsverhältnisses ergibt sich in erster Linie aus dem Arbeitsvertrag. Darin vereinbaren Arbeitgeber und Arbeitnehmer üblicherweise die Art, den Ort und den Umfang der Arbeitsleistung sowie die dafür zu erbringende Gegenleistung. Die Leistungspflicht des Arbeitnehmers wird dabei nicht in allen Einzelheiten geregelt, sondern lediglich rahmenmäßig umschrieben. Stattdessen hat der Arbeitgeber das Recht, die Leistungspflicht des Arbeitnehmers im Einzelnen näher zu bestimmen.[568] 394

Dieses Direktions- oder Weisungsrecht ist das Wesensmerkmal eines jeden Arbeitsverhältnisses und ergibt sich – gleichwohl es in § 106 GewO auch gesetzlich geregelt ist – unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag selbst.[569] Es abzubedingen ist zwar möglich, führt aber gleichsam dazu, dass kein Arbeitsverhältnis, sondern ein Dienstverhältnis eines Selbständigen vorliegt.[570] Was die Benutzung der Betriebsstätte angeht, folgt das Direktionsrecht zu- 395

568 BAG v. 27.3.1980 – 2 AZR 506/78, E 33, S. 71, Rn. 17 (=DB 1980, S. 1603); BAG v. 17.12.1997 – 5 AZR 332/96, E 87, S. 310, Rn. 35 (=NZA 1998, S. 555); BAG v. 23.9.2004 – 6 AZR 567/03, E 112, S. 80, Rn. 17 (=NZA 2005, S. 359).

569 BAG v. 23.9.2004 – 6 AZR 567/03, E 112, S. 80, Rn. 17 (=NZA 2005, S. 359); BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 2; für eine Ableitung direkt aus dem Gesetz *Tillmanns* 2007, S. 125.

570 *Hromadka/Maschmann* 2015, § 6 Rn. 11; *Tillmanns* 2007, S. 125.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sätzlich aus dem Hausrecht, also der Stellung des Arbeitgebers als deren berechtigter Besitzer.[571]

396 Das Direktionsrecht ist damit gleichsam Ausdruck des Organisations- und Leitungsrechts des Arbeitgebers, mit dem sämtliche Koordinierungskonflikte des arbeitsteiligen Vorgehens einseitig gelöst werden können.[572] Die Weisungen können dabei sowohl in der individuell-konkreten Form einer Einzelweisung als auch in der abstrakt-generellen Form eines Organisationsplans o.Ä. ergehen.[573] Werden vom Arbeitgeber also bestimmte Produktions- oder Assistenzsysteme eingesetzt und Vorgaben zu deren Benutzung gemacht, beruhen diese Maßnahmen auf seinem Direktionsrecht[574] und sind hinsichtlich ihrer Rechtmäßigkeit auch hieran zu messen.

2.4.2 Inhalt und Grenzen

397 Das Weisungsrecht des Arbeitgebers bezieht sich gemäß § 106 S. 1 GewO auf den Inhalt, den Ort und die Zeit der Arbeitsleistung. Seine Grenzen findet es dort, wo die Arbeitsbedingungen bereits durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrags oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind.[575] Je spezifischer die auszuübende Tätigkeit insbesondere im Arbeitsvertrag bezeichnet oder beschrieben ist, desto weniger Spielraum bleibt dem Arbeitgeber, die Arbeitspflicht durch Weisungen weiter zu konkretisieren.[576] Darüber hinaus muss der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beachten.[577] Weisungen, die diese Grenzen aus inhaltlichen Anforderungen und Vorgaben zum Verfahren überschreiten, sind unwirksam und müssen vom Arbeitnehmer nicht befolgt werden.[578]

---

571 BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 11.

572 *Hromadka/Maschmann* 2015, § 1 Rn. 23; BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO.

573 *Hromadka/Maschmann* 2015, § 6 Rn. 9.

574 *Däubler* 2018, § 2 Rn. 8.

575 So bereits vor Schaffung des § 106 GewO BAG v. 27.3.1980 – 2 AZR 506/78, E 33, S. 71, Rn. 18 (=DB 1980, S. 1603); BAG v. 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, E 47, S. 363, Rn. 44 (=NZA 1986, S. 21).

576 BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 38; BeckOK ArbR/*Tillmanns*, § 106 GewO, Rn. 11.

577 BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 70; *Schöne,* NZA 2002, S. 829, 830.

578 Zu den vertraglichen Rahmen überschreitenden Weisungen BAG v. 8.10.1962 – 2 AZR 550/61, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 18 (=DB 1962, S. 1704). Zur Mitbestimmung: *Schöne,* NZA 2002, S. 829, 830 unter Berufung auf BAG v. 3.12.1991 – GS 2/90, E 69, S. 134, Rn. 113 f. (=NZA 1992, S. 749) (zur einseitigen

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Innerhalb dieser Grenzen hat die Ausübung des Weisungsrechts gemäß § 106 S. 1 GewO allgemein nach billigem Ermessen zu erfolgen. Dies verlangt, die wesentlichen Umstände des Falls abzuwägen und die beiderseitigen Interessen angemessen zu berücksichtigen.[579] Über die ausfüllungsbedürftige Klausel des billigen Ermessens wirken die in den Grundrechten enthaltenen objektiven Wertentscheidungen auf das Arbeitsverhältnis ein.[580] Auf diese Weise wirken z.B. das allgemeine Persönlichkeitsrecht[581] und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung[582] des Arbeitnehmers mittelbar gegenüber dem Arbeitgeber.[583] Aber auch der Arbeitgeber kann sich auf seine Grundrechte, vor allem auf sein Recht auf freie Berufsausübung berufen.[584] 398

2.4.3 Rechtsfolgen einer rechtswidrigen oder unbilligen Weisung

Weisungen des Arbeitgebers, welche die Grenzen des Direktionsrechts überschreiten (rechtswidrige Weisungen) sind unwirksam und müssen vom Arbeitnehmer nicht befolgt werden. Der Arbeitnehmer muss den Arbeitgeber aber auf die Rechtswidrigkeit hinweisen. Insofern herrscht Einigkeit.[585] Die Rechtsfolgen einer bloß unbilligen Weisung, die sich innerhalb der Grenzen des Weisungsrechts bewegt, und nur insofern gegen das Gesetz verstößt, als sie entgegen § 106 S. 1 GewO auf einer fehlerhaften Ermessensausübung beruht, sind dagegen umstritten. Das Bundesarbeitsge- 399

Gestaltung übertariflicher Lohnzulagen); differenzierend nach Mitbestimmungstatbestand, für § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 2 aber bejahend *Richardi,* in: Richardi 2018, § 87 BetrVG, Rn. 122.

579 BAG v. 17.12.1997 – 5 AZR 332/96, E 87, S. 310, Rn. 35 (=NZA 1998, S. 555); BAG v. 19.3.2014 – 10 AZR 622/13, E 147, S. 332, Rn. 41 (=NZA 2014, S. 595); BAG v. 9.4.2014 – 10 AZR 637/13, E 148, S. 16, Rn. 26 (=NZA 2014, S. 719).

580 BAG v. 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, E 47, S. 363, Rn. 43 (=NZA 1986, S. 21); BAG v. 25.9.2013 – 10 AZR 270/12, E 146, S. 109, Rn. 37 (=NZA 2014, S. 41).

581 BAG v. 12.8.1999 – 2 AZR 55/99, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 41 (=NZA 1999, S. 1209).

582 BAG v. 25.9.2013 – 10 AZR 270/12, E 146, S. 109–122 (=NZA 2014, S. 41). Zur Drittwirkung über § 307 Abs. 1 S. 1 BGB: BAG v. 23.8.2012 – 8 AZR 804/11, E 143, S. 62–76 (=NZA 2013, S. 268).

583 BeckOK ArbR/*Tillmanns*, § 106 GewO, Rn. 52.

584 *Hromadka/Maschmann* 2015, § 6 Rn. 18.

585 BAG v. 8.10.1962 – 2 AZR 550/61, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 18 (=DB 1962, S. 1704); BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 37; BeckOK ArbR/*Tillmanns*, § 106 GewO, Rn. 56.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

richt vertrat hier kurzzeitig die Auffassung, der Arbeitnehmer sei bis zur rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung an die unbillige Weisung des Arbeitgebers gebunden.[586] Dies stand im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, etwa derjenigen zur Nichtbefolgung von gegen die Glaubens- oder Gewissensfreiheit verstoßenden Weisungen[587] und wurde auch in der Literatur[588] zu Recht abgelehnt. Das Bundesarbeitsgericht hat seine Rechtsprechung daraufhin korrigiert und in einer späteren Entscheidung festgehalten, dass der Arbeitnehmer unbillige Weisungen nicht – auch nicht vorläufig – befolgen muss.[589]

400 Das Bundesarbeitsgericht stützte sich mit seiner Auffassung auf § 315 Abs. 3 S. 2 BGB, wonach eine Leistungsbestimmung, die nicht der Billigkeit entspricht, durch Urteil getroffen wird. Unabhängig von der Frage, ob die Norm überhaupt auf Weisungen des Arbeitgebers Anwendung findet,[590] ergibt sich aus ihr aber zunächst nur, dass das Leistungsbestimmungsrecht nach erstmaligen Gebrauch verbraucht ist und eine erneute Leistungsbestimmung nur durch das Gericht erfolgen kann.[591] Wie der Adressat die Unbilligkeit der ersten Leistungsbestimmung geltend machen muss, ist hingegen nicht geregelt.[592] Aus Gründen der Rechtssicherheit darf er den leistungsbestimmenden Vertragspartner nicht im Zweifel darüber lassen, ob er die Bestimmung als billig gelten lassen will oder sie als unbillig ablehnt. Für eine zwingend klageweise Geltendmachung finden

586 BAG v. 22.2.2012 – 5 AZR 249/11, E 141, S. 34, Rn. 24 (=NJW 2012, S. 2605); Rückkehr zur alten Rechtsprechung in BAG v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, E 160, S. 296, Rn. 58 ff. (=NZA 2017, S. 1452).

587 BAG v. 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, E 47, S. 363, Rn. 47 ff. (=NZA 1986, S. 21); BAG v. 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, E 62, S. 59, Rn. 40 ff. (=NZA 1990, S. 144); BAG v. 24.2.2011 – 2 AZR 636/09, E 137, S. 164, Rn. 39 (=NZA 2011, S. 1087).

588 AR/*Kolbe*, § 106 GewO, Rn. 68; BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 96; ErfK/*Preis*, § 106 GewO, Rn. 13; BeckOK ArbR/*Tillmanns*, § 106 GewO, Rn. 56; eingehend *Boemke,* NZA 2013, S. 6–11; *Kühn,* NZA 2015, S. 10–14; *Preis,* NZA 2015, S. 1, 5 ff., m.w.N.

589 BAG v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, E 160, S. 296, Rn. 58 ff. (=NZA 2017, S. 1452); weiterhin eine Differenzierung fordernd *Hromadka,* NJW 2018, S. 7, 10 f.

590 Dagegen z.B. *Hromadka,* NZA 2017, S. 601, 602 f.; *Hromadka/Maschmann* 2015, § 6 Rn. 24a; *Preis,* NZA 2015, S. 1, 5; ErfK/*Preis*, § 106 GewO, Rn. 1; dafür BAG v. 22.2.2012 – 5 AZR 249/11, E 141, S. 34, Rn. 24 (=NJW 2012, S. 2605); *Kühn,* NZA 2015, S. 10, 12; BeckOK ArbR/*Tillmanns*, § 106 GewO, Rn. 5 ff.

591 BeckOK BGB/*Gehrlein*, § 315 BGB, Rn. 10; MüKo BGB/*Würdinger*, § 315 BGB, Rn. 36.

592 *Boemke,* NZA 2013, S. 6, 10; a.A. BeckOK BGB/*Gehrlein*, § 315 BGB, Rn. 10, der die gerichtliche Geltendmachung durch den Adressaten fordert.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sich jedoch keine Anhaltspunkte.[593] Insofern wäre es systemwidrig, der Weisung den Charakter eines „Quasi-Verwaltungsakts"[594] zu verleihen.[595]

Es bleibt also bei der Grundaussage des § 315 Abs. 3 S. 1 BGB, dass lediglich eine billige Leistungsbestimmung für den anderen Teil verbindlich ist.[596] Im Rahmen des Weisungsrechts nach § 106 S. 1 GewO hat dies erst recht zu gelten, weil der Arbeitgeber als leistungsbestimmender Teil im Falle einer unbilligen Weisung für eine erneute Leistungsbestimmung nicht Klage erheben muss. Anders als bei § 315 Abs. 3 BGB ist sein Bestimmungsrecht nicht für die Zukunft verbraucht. Er kann also schlicht eine neue, diesmal der Billigkeit entsprechende Weisung erlassen.[597] 401

2.4.4 Kontrollumfang

Hinsichtlich der gerichtlichen Kontrolle ist zwischen der unternehmerischen Entscheidung des Arbeitgebers, die der Weisung zugrunde liegt, und der Weisung selbst zu unterscheiden. 402

2.4.4.1 Unternehmerische Entscheidung aus sachlichem Grund

Eine Weisung kann nur dann billigem Ermessen entsprechen, wenn es für sie einen sachlichen betrieblichen Grund gibt.[598] Einer Versetzung muss z.B. ein realer entsprechender Personalbedarf zugrunde liegen;[599] eine Weisung zur Art der Tätigkeit erfordert, dass entsprechende Arbeiten tatsächlich anfallen.[600] Über diese grundlegenden Fragen zur Arbeitsorganisation zu befinden, ist prinzipiell allein Sache des Arbeitgebers.[601] Er trifft 403

593 *Boemke*, NZA 2013, S. 6, 10.
594 AR/*Kolbe*, § 106 GewO, Rn. 68.
595 *Boemke*, NZA 2013, S. 6, 10.
596 Für eine differenzierende Lösung, die statt auf die Unbilligkeit auf die Unzumutbarkeit nach § 275 Abs. 3 BGB abhebt, *Hromadka*, NZA 2017, S. 601, 603 ff.
597 *Boemke*, NZA 2013, S. 6, 10 f.
598 BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 80; BeckOK ArbR/*Tillmanns*, § 106 GewO, Rn. 51.
599 Für den öffentlichen Dienst BAG v. 10.7.2013 – 10 AZR 915/12, E 145, S. 341, Rn. 21 ff. (=NZA 2013, S. 1142).
600 LAG Berlin v. 12.3.1999 – 2 Sa 53/98, Rn. 26.
601 BAG v. 18.1.2007 – 2 AZR 796/05, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 89, Rn. 19 (=NJOZ 2008, S. 4233).

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die unternehmerische Entscheidung, wo welche Arbeit wie und mit welchem Personalansatz durchgeführt werden soll. Die gerichtliche Kontrolle dieser unternehmerischen Entscheidung – die sich nicht auf einzelne Arbeitnehmer, sondern den Betrieb oder das Unternehmen beziehen – ist stark eingeschränkt. Der Arbeitgeber muss sie lediglich darlegen und plausibel erläutern können.[602] Die Zweckmäßigkeit der Entscheidung wird dabei nicht überprüft.[603] Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers ist erst überschritten, wenn sich die Entscheidung als rechtsmissbräuchlich oder willkürlich darstellt.[604]

404 Die Notwendigkeit eines sachlichen Grundes für jede Weisung besteht unabhängig davon, ob dadurch eine grundrechtlich besonders geschützte Position des Arbeitnehmers wie die Religions- oder Meinungsfreiheit beeinträchtigt wird. Es genügt bereits der „weisungsfreie Eigenbereich"[605], der allen Arbeitnehmern – nicht nur solchen mit höheren Tätigkeiten[606] – zusteht und sich ebenso wie das Weisungsrecht unmittelbar aus dem Arbeitsverhältnis selbst ergibt (siehe 2.2.2.6, S. 89). Aus der Unbestimmtheit der Leistungspflicht folgt nicht allein die Leistungsbestimmungsbefugnis des Arbeitgebers. Auch der Arbeitnehmer profitiert von dieser Unbestimmtheit. Soweit seine Leistungspflicht nicht bereits konkretisiert worden ist – etwa durch den Arbeitsvertrag oder eine zulässige Weisung des Arbeitgebers – steht auch ihm diesbezüglich eine Konkretisierungsbefugnis zu.[607]

405 Da die Arbeitsleistung „nicht nur als ein Wirtschaftsgut, sondern auch als Ausdruck der Persönlichkeit des Arbeitnehmers verstanden wird"[608], kann diese Konkretisierungsbefugnis des Arbeitnehmers nicht beliebig eingeschränkt werden.[609] Eine Weisung des Arbeitgebers entspricht nur billigem Ermessen, wenn sie das Interesse des Arbeitnehmers an seinem weisungsfreien Eigenbereich berücksichtigt. Dieses Interesse des Arbeitneh-

---

602 BAG v. 26.9.2012 – 10 AZR 412/11, AP GewO § 106 Nr. 22, Rn. 36 f. (=NJOZ 2013, S. 457).

603 BAG v. 28.8.2013 – 10 AZR 569/12, AP GewO § 106 Nr. 26, Rn. 41 (=NZA-RR 2014, S. 181); BAG v. 13.11.2013 – 10 AZR 1082/12, AP GewO § 106 Nr. 28, Rn. 43 (=BeckRS 2014, 66793).

604 Zur Willkürkontrolle BAG v. 26.9.2012 – 10 AZR 412/11, AP GewO § 106 Nr. 22, Rn. 36 f. (=NJOZ 2013, S. 457); zum Ganzen: BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, S. 79; BeckOK ArbR/*Tillmanns*, § 106 GewO, Rn. 51.

605 *Tillmanns* 2007, S. 127 ff.; BeckOK ArbR/*Tillmanns*, § 106 GewO, Rn. 12.

606 A.A. BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 106.

607 *Tillmanns* 2007, S. 130.

608 BAG v. 27.2.1985 – GS 1/84, E 48, S. 122, Rn. 48 (=NZA 1985, S. 702).

609 *Tillmanns* 2007, S. 128.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mers muss erst zurücktreten, wenn der Arbeitgeber einen sachlichen betrieblichen Grund für seine Weisung anführen kann. Der Arbeitgeber darf nicht ohne Weiteres in diesen Bereich eingreifen und den Arbeitnehmer insbesondere nicht durch eine Vielzahl von Einzelweisungen zu einer bloßen „Marionette" degradieren.[610]

2.4.4.2 Billigkeitskontrolle der konkreten Weisung

406 Die eigentliche Billigkeitskontrolle bezieht sich lediglich auf die konkrete Weisung und setzt auch erst ein, wenn ein sachlicher Grund besteht. Mit dieser Weisung werden die unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers in die betriebliche Wirklichkeit übertragen und die arbeitsvertragliche Leistungspflicht des Arbeitnehmers zu diesem Zweck konkretisiert.

407 Anders als die unternehmerische Entscheidung unterliegt die Weisung der uneingeschränkten gerichtlichen Kontrolle, ob die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers darin angemessen Berücksichtigung gefunden haben. Der Arbeitgeber kann zwar nicht dazu gezwungen werden, eine bestimmte Organisationsentscheidung zu treffen. Die Interessenabwägung kann aber ergeben, dass sie auch auf andere Art und Weise umgesetzt werden kann,[611] oder – wenn keine billige Umsetzung möglich ist – ganz unterbleiben muss.

2.4.4.3 Entscheidungsspielraum des Arbeitgebers

408 In der Gesamtschau aus der eingeschränkten Kontrolle der unternehmerischen Entscheidung und der uneingeschränkten Kontrolle der konkreten Weisung steht dem Arbeitgeber bei der Ausübung seines Weisungsrechts ein gewisser Spielraum zu, innerhalb dessen er zwischen verschiedenen Entscheidungsmöglichkeiten wählen kann.[612] Ob die unternehmerische

610 *Tillmanns* 2007, S. 127 ff.; BeckOK ArbR/*Tillmanns*, § 106 GewO, Rn. 51.

611 BAG v. 28.8.2013 – 10 AZR 569/12, AP GewO § 106 Nr. 26, Rn. 41 (=NZA-RR 2014, S. 181); BAG v. 13.11.2013 – 10 AZR 1082/12, AP GewO § 106 Nr. 28, Rn. 43 (=BeckRS 2014, 66793).

612 BAG v. 13.6.2012 – 10 AZR 296/11, AP GewO § 106 Nr. 15, Rn. 28 (=NZA 2012, S. 1154); BAG v. 26.9.2012 – 10 AZR 412/11, AP GewO § 106 Nr. 22, Rn. 33 (=NJOZ 2013, S. 457); BAG v. 25.9.2013 – 10 AZR 270/12, E 146, S. 109, Rn. 42 (=NZA 2014, S. 41); BAG v. 19.3.2014 – 10 AZR 622/13, E 147, S. 332, Rn. 41 (=NZA 2014, S. 595).

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Entscheidung auch anders hätte getroffen werden können, spielt darum keine Rolle, solange die Weisung, mit der sie umgesetzt wird, die Interessen des Arbeitnehmers angemessen berücksichtigt.

409 Selbst wenn es eine Alternative zu der unternehmerischen Entscheidung gibt, welche die Interessen des Arbeitnehmers besser wahrt, macht dies die konkrete Weisung nicht rechtswidrig.[613] Im Falle einer Versetzung, der die unternehmerische Entscheidung zugrunde liegt, Stellen von Standort A zum Standort B zu verlegen, ist es also nicht Aufgabe des Gerichts zu prüfen, ob nicht auch eine Versetzung zum Standort C unternehmerisch sinnvoll und gleichzeitig für den Arbeitnehmer weniger einschneidend gewesen wäre.

410 Dieser Spielraum bleibt jedoch auf die eingeschränkte gerichtliche Kontrolle der unternehmerischen Entscheidung beschränkt. Er endet dort, wo diese Entscheidung für den einzelnen Arbeitnehmer umgesetzt wird. Besteht eine Möglichkeit, die Weisung für den Arbeitnehmer weniger einschneidend zu gestalten, ohne die unternehmerische Entscheidung gleichsam grundlegend in Frage zu stellen, muss dies auch unternommen werden.

2.4.5 Weisungen zum Inhalt der Arbeitsleistung

411 Die Abwägung hat im Rahmen der Billigkeitskontrolle umso sorgfältiger zu erfolgen, je einschneidender die Maßnahme für den Arbeitnehmer wirkt.[614] Deshalb sind z.B. bei Versetzungen mit Ortswechsel alle Umstände des Einzelfalls, insbesondere auch außervertragliche Vor- und Nachteile einzubeziehen.[615] Die Konkretisierung des Arbeitsinhalts ist dagegen mit weniger hohen Hürden verbunden.

---

613 BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 76.

614 BAG v. 26.9.2012 – 10 AZR 412/11, AP GewO § 106 Nr. 22 (=NJOZ 2013, S. 457).

615 BAG v. 21.7.2009 – 9 AZR 404/08, NZA 2009, S. 1369, 1372; BAG v. 13.6.2012 – 10 AZR 296/11, AP GewO § 106 Nr. 15, Rn. 30 (=NZA 2012, S. 1154); BAG v. 26.9.2012 – 10 AZR 412/11, AP GewO § 106 Nr. 22, Rn. 35 (=NJOZ 2013, S. 457); BAG v. 28.8.2013 – 10 AZR 569/12, AP GewO § 106 Nr. 26, Rn. 40 (=NZA-RR 2014, S. 181).

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.4.5.1 Allgemeine Anforderungen

412 Das Weisungsrecht in Bezug auf den Arbeitsinhalt wird – wie das Weisungsrecht allgemein – durch die im Arbeitsvertrag vereinbarte Tätigkeit begrenzt. Zur Auslegung der dort getroffenen Festlegung können z.B. das einschlägige Berufsbild oder eine dem Arbeitsvertrag beigefügte Stellenausschreibung herangezogen werden.[616] Auf diese Weise können etwa einer Tätigkeitsbeschreibung, die sich darauf beschränkt, die Berufsbezeichnung zu nennen, genauere Konturen verliehen werden (siehe dazu 2.4.5.3, S. 200).

2.4.5.1.1 Niveau der Tätigkeit

413 Nicht selten geht es bei der Frage, ob eine per Weisung zugewiesene Tätigkeit noch innerhalb des vertraglichen Rahmens liegt, aber nicht um die berufsmäßige Zuordnung („kaufmännischer Angestellter", „Mechatroniker"), sondern um das Niveau der damit übertragenen Aufgaben. Der Arbeitgeber darf dem Arbeitnehmer nur eine Tätigkeit zuweisen, die ihrem Wert nach demjenigen entspricht, was im Arbeitsvertrag vereinbart ist. Für die Rechtmäßigkeit der Zuweisung einer neuen Tätigkeit mit einem anderen, einem beschränkten[617] oder einem erweiterten Aufgabenbereich wird entsprechend darauf abgestellt, ob sie der bisherigen Tätigkeit gleichwertig ist. Diese Anforderung bezieht sich auf die Tätigkeit selbst und gilt unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer die vereinbarte – meist höhere – Vergütung erhält. Auch die vereinbarte Tätigkeit genießt insofern Bestandsschutz gegenüber dem Direktionsrecht des Arbeitgebers.[618]

414 Die Wertig- bzw. Gleichwertigkeit einer Tätigkeit bestimmt sich nach der auf den Betrieb abgestellten Verkehrsauffassung und dem sich daraus ergebenden Sozialbild. Soweit kollektive Entgeltsysteme Anwendung finden, lässt sich die Verkehrsauffassung daran ablesen, welche Tätigkeiten in einer Entgeltgruppe zusammengefasst sind.[619] Außerhalb eines Entgeltsys-

616 *Hromadka/Maschmann* 2015, § 6 Rn. 26; BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 101 f.

617 BAG v. 27.3.1980 – 2 AZR 506/78, E 33, S. 71, Rn. 22 (=DB 1980, S. 1603).

618 BAG v. 30.8.1995 – 1 AZR 47/95, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 44 (=NZA 1996, S. 440); BAG v. 24.4.1996 – 4 AZR 976/94, NZA 1997, S. 104, 106; BAG v. 17.8.2011 – 10 AZR 322/10, NZA-RR 2012, S. 106, 107.

619 BAG v. 30.8.1995 – 1 AZR 47/95, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 44 (=NZA 1996, S. 440).

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tems können Merkmale, wie die Zahl der unterstellten Mitarbeiter, der Umfang der Entscheidungsbefugnisse und Handlungsspielräume oder die Hierarchieebene[620] im Organigramm des Unternehmens herangezogen werden.[621]

2.4.5.1.2 Detaillierungsgrad und Billigkeitskontrolle

415 Innerhalb des vertraglich und gesetzlich vorgegebenen Rahmens des Direktionsrechts kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Weisungen mit ganz unterschiedlichen Detaillierungsgraden erteilen. Er ist insbesondere nicht darauf beschränkt, die Art der Tätigkeit lediglich rahmenmäßig festzulegen. Er kann dem Arbeitnehmer vielmehr auch detaillierte Einzelweisungen zur genauen Ausführung der Tätigkeit geben. So kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer z.B. Vorgaben machen, in welcher Reihenfolge oder in welcher Qualität und Quantität die Arbeiten durchzuführen sind und welche Arbeitsmittel hierfür zu verwenden sind.[622] Theoretisch geht dies so weit, dem Arbeitnehmer jeden einzelnen Handgriff vorzugeben („Hau Ruck").[623]

416 Sämtliche Weisungen zum Arbeitsinhalt unterliegen unabhängig von ihrem Detaillierungsgrad der Billigkeitskontrolle nach § 106 S. 1 GewO. Dabei hat der Arbeitgeber in erster Linie zu gewährleisten, dass die zugewiesene Tätigkeit dem Arbeitnehmer nach Alter, Ausbildung und körperlichen Zustand zumutbar ist.[624] Hinzu kommt die allgemeine Anforderung, dass die Weisung nicht willkürlich erteilt werden darf, also insbesondere auf einer plausiblen unternehmerischen Entscheidung beruhen muss. Letzteres kann mit Rücksicht auf einen weisungsfreien Eigenbereich des Arbeitnehmers der Ausübung des Direktionsrechts gewisse Grenzen setzen. Insgesamt bestehen für die Konkretisierung des Arbeitsinhalts aber nur geringe Anforderungen.

620 LAG Baden-Württemberg v. 20.4.2009 – 4 Sa 4/09.
621 BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 117.
622 BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 104.
623 BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 32.
624 BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 82.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.4.5.2 Änderung des Anforderungsprofils in der Industrie 4.0

Der Einsatz von Assistenz- und Produktionssystemen in der Industrie 4.0 verändert zwangsläufig die Art der Tätigkeit. Das ergibt sich bereits aus der Notwendigkeit, diese Systeme zu benutzen und mit ihnen zu interagieren. Die fortschreitende Automatisierung wirkt sich aber auch auf das sonstige Aufgabenspektrum der Beschäftigten aus. Belastbare Aussagen über die Entwicklung der Anforderungsprofile in der Industrie 4.0 können derzeit noch nicht getroffen werden. Abhängig von den verschiedenen Automatisierungskonzepten (siehe 1.2.3.1, S. 64) können aber gewisse Annahmen getroffen werden. 417

Der Einsatz automatisierter Systeme wird die Arbeitnehmer künftig verstärkt von routinemäßigen Verrichtungen entlasten. Im Gegenzug sollen die Beschäftigten mit Tätigkeiten betraut werden, die nur schwer oder gar nicht automatisiert werden können, weil sie etwa menschliches Erfahrungswissen, Kreativität oder Problemlösungskompetenzen erfordern. Andererseits können aber auch Facharbeiten wie die Maschinenbedienung und Störungsbeseitigung automatisiert und auf Überwachungstätigkeiten begrenzt werden. Dadurch ändert sich die Rolle des einzelnen Beschäftigten im Produktionsprozess. Seine Tätigkeit kann durch Koordinierungsaufgaben und Entscheidungsbefugnisse in der Produktionssteuerung angereichert werden. Dies beträfe die allgemeine Aufwertung im Werkzeugszenario und die höheren aufgewerteten Tätigkeiten im Automatisierungsszenario. Sie kann aber auch ebenso gut um Elemente selbstständigen Handelns verkürzt und auf Überwachungstätigkeiten beschränkt werden. Dies beträfe die unteren, abgewerteten Tätigkeiten im Automatisierungsszenario. 418

Aus diesen geänderten Aufgaben leitet sich ein entsprechend geändertes Anforderungsprofil für die Arbeitsplätze in der Industrie 4.0 ab.[625] Ein solches Anforderungsprofil festzulegen ist Teil der unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers und kann gerichtlich nur auf offenbare Unsachlichkeit hin überprüft werden.[626] Die Festlegung ist für sich genommen keine Frage des Weisungsrechts, sondern diesem vorgelagert. Zum Weisungsrecht gehört lediglich die Folgefrage, ob die Leistungspflicht eines Arbeitnehmers noch passend zum neuen Arbeitsplatz konkretisiert werden kann, 419

625 *Günther/Böglmüller,* NZA 2015, S. 1025, 1031; *Klebe,* NZA-Beil. 2017, S. 77, 80.

626 BAG v. 24.6.2004 – 2 AZR 326/03, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 76 (=NZA 2004, S. 1268); BAG v. 10.7.2008 – 2 AZR 1111/06, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 181, Rn. 25 (=NZA 2009, S. 312).

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

oder ob es zur Weiterbeschäftigung einer – ggf. durch eine Änderungskündigung[627] herbeizuführenden – Anpassung der arbeitsvertraglichen Grundlage bedarf.

2.4.5.3 Folgen für die Art der Tätigkeit

420 Von den oben genannten Kriterien, die das Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf die Art der Tätigkeit begrenzen (siehe 2.4.5.1, S. 197), ist für den Fall eines sich verändernden Anforderungsprofils vor allem das einschlägige Berufsbild entscheidend. In Arbeitsverträgen wird es zumeist lediglich durch eine bestimmte Berufsbezeichnung umschrieben. Sein genauer Inhalt richtet sich nach der in der Branche herrschenden Verkehrsauffassung, in die auch örtliche oder betriebliche Besonderheiten einfließen können. Bei Ausbildungsberufen, wie sie insbesondere bei den von der Entwicklung zur Industrie 4.0 betroffenen Branchen vorherrschend sind, ergibt sich das Berufsbild maßgeblich aus dem Ausbildungsplan.[628] Zusätzlich können die Qualifikationsanforderungen eines tariflichen Vergütungssystems zur Auslegung herangezogen werden.[629]

2.4.5.3.1 Stetiger Wandel des Berufsbilds

421 Das Berufsbild selbst ist einem stetigen Wandel unterzogen, der sich nicht zuletzt aus technischen Entwicklungen in dem jeweiligen Bereich ergibt. Diesem Wandel kann sich auch das Arbeitsverhältnis – insbesondere, wenn es auf längere oder unbestimmte Zeit eingegangen wurde – nicht entziehen. Die geschuldete Arbeitsleistung ist darum nicht auf das Berufsbild zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses fixiert, sondern jeweils im Sinne der neuen Gegebenheiten auszulegen. Innerhalb einer gewissen „Schwankungsbreite“[630] ist der Arbeitnehmer zum Erlernen neuer Fähigkeiten und

627 Hierzu näher *Hunold,* NZA 2000, S. 802–806; *Vogt/Oltmanns,* NZA 2012, S. 599–602; *Wisskirchen/Bissels,* NZA 2008, S. 1386–1393.

628 *Wisskirchen/Bissels,* NZA 2008, S. 1386 f.

629 BAG v. 30.8.1995 – 1 AZR 47/95, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 44 (=NZA 1996, S. 440). Soziale oder personale Kriterien, die in tariflichen Vergütungssystemen ebenfalls Berücksichtigung finden können, spielen für den Wert einer Tätigkeit dagegen keine Rolle.

630 *Hunold*, NZA 2000, S. 802, 805.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zur Teilnahme an entsprechenden Schulungen verpflichtet.[631] Hieran ändert auch eine langjährig gleichbleibende Tätigkeit nichts.[632] Soweit sich die Entwicklung des Berufsbilds also innerhalb dieser Schwankungsbreite vollzieht, umfasst das Weisungsrecht auch die Zuweisung von Tätigkeiten, die zu diesem neuen, fortentwickelten Berufsbild gehören.[633]

422 Wie dieser vom Weisungsrecht gedeckte Entwicklungsbereich genau aussieht, lässt sich kaum abstrakt definieren. Letztlich wird darüber die für den jeweiligen Betrieb einschlägige Verkehrsauffassung entscheiden. Auch den Tarifvertragsparteien wird eine entscheidende Rolle zukommen. Sie können den Wandel der Anforderungsprofile mit einer entsprechenden Anpassung der Vergütungsgruppen begleiten[634] und so letztlich die Reichweite des Direktionsrechts bei Veränderung von Tätigkeiten erweitern.[635] Dennoch lassen sich einige abstrakte Kriterien festlegen.

2.4.5.3.2 Fachkenntnisse

423 Die Einführung einer neuen Technik, die zu bedienen der Arbeitnehmer erst noch erlernen müsste, liegt jedenfalls für sich genommen noch innerhalb der Grenzen des Weisungsrechts. Entscheidend ist hier, ob die Arbeiten, die mithilfe der Technik verrichtet werden, dem einschlägigen Berufsbild entsprechen.

424 *Wisskirchen/Bissels* nennen das Beispiel eines Lageristen, der die Ware bisher mit einem Gabelstapler verteilte und nun an einem automatischen Regalbediengerät eingesetzt werden soll, wofür er Computerkenntnisse benötigt. Maßgeblich für das Berufsbild des Lageristen sei das Beherrschen der üblicherweise angewandten Lagerungsverfahren.[636] Die dafür mittlerweile notwendigen Computerkenntnisse führen nicht etwa zur Entstehung eines

631 *Däubler* 2018, § 2 Rn. 33; *Vogt/Oltmanns,* NZA 2012, S. 599, 600; Zu Schulungen in einem gefestigten Berufsbild: LAG Hessen v. 11.4.2007 – 8 Sa 1279/06, Rn. 28; LAG RhPf v. 23.1.2013 – 8 Sa 355/12, Rn. 40.

632 *Däubler* 2018, § 2 Rn. 11.

633 *Däubler* 2018, § 2 Rn. 8; *Hunold,* NZA 2000, S. 802, 805. Zum Ganzen *Wisskirchen/Bissels,* NZA 2008, S. 1386, 1387 f.

634 *Däubler* 1993, 648–649.

635 *Deinert,* in: Däubler 2016, § 4 TVG, Rn. 376.

636 *Wisskirchen/Bissels,* NZA 2008, S. 1386 f.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

neuen Berufsbilds (EDV-Lageristen o.Ä.), sondern fließen in das bestehende Berufsbild mit ein.[637]

2.4.5.3.3 Selbständigkeit der Aufgabenwahrnehmung

425 Die Qualifikationsmerkmale einer Tätigkeit erschöpfen sich jedoch nicht in den dafür notwendigen Fachkenntnissen. Dazu zählt auch das Maß an Selbständigkeit, mit der die übertragenen Aufgaben erledigt werden müssen.[638] Die Anforderungen in diesem Bereich sind in die Bewertung einer neuen Tätigkeit mit einzubeziehen. Der Entwicklungsbereich des Berufsbilds kann folglich auch dann überschritten werden, wenn die Anforderungen an die Fachkenntnisse im Wesentlichen unverändert bleiben.

426 Bei den aufgewerteten Tätigkeiten im Werkzeug- und im Automatisierungsszenario werden die Beschäftigten in gesteigertem Maß als Koordinatoren weitgehend automatisierter Prozesse gefordert sein. Im Szenario der „Schwarmorganisation" müssen sie ihre Aufgaben außerdem selbstorganisiert und in sich stetig ändernder Abstimmung mit anderen Mitarbeitern erfüllen. Die abgewerteten Tätigkeiten verlieren dagegen erheblich an Selbständigkeit. Es spricht also einiges dafür, dass die Industrie 4.0 nicht nur eine weitere technische Neuerung in einem bestehenden Berufsbild mit sich bringt, sondern zumindest in einigen Beschäftigungsbereichen neue Berufsbilder entstehen lassen wird. Das Bedienen einer Maschine ist nicht mit der Überwachung[639] oder Koordinierung vollautomatischer Anlagen zu vergleichen. Die Beschäftigten können in diesen Fällen nicht ohne weiteres dazu verpflichtet werden, die neuen höher- oder geringerwertigeren Tätigkeiten auszuführen.

427 Da im Automatisierungsszenario eine Polarisierung und damit Auf- und Abwertungen zu erwarten sind, im Werkzeugszenario jedoch allenfalls Aufwertungen prognostiziert werden, scheint sich bei dem ersten Szenario ein größerer Bedarf an Vertragsanpassungen abzuzeichnen. Das Werkzeugszenario ließe sich hingegen eher mit den Mitteln des Weisungsrechts nach § 106 S. 1 GewO bewältigen. Dies sind aber letztlich eher strategische Überlegungen des Arbeitgebers, keine rechtlichen Anforderungen im ei-

637 Siehe zu den Anforderungen an eine Sekretärin, ArbG Bonn v. 4.7.1990 – 4 Ca 751/90, NJW 1991, S. 2168.

638 BAG v. 30.8.1995 – 1 AZR 47/95, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 44 (=NZA 1996, S. 440).

639 *Däubler* 2018, § 2 Rn. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gentlichen Sinne. Es spräche schließlich auch keine gesetzliche Vorgabe dagegen, dem Anforderungswandel in der Industrie 4.0 mit Vertragsanpassungen zu begegnen.

2.4.6 Ordnungs- und Kontrollmaßnahmen

428 Neben der unmittelbaren Ausführung der Arbeit erstreckt sich das Weisungsrecht des Arbeitgebers gemäß § 106 S. 2 GewO auch auf die Ordnung und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb. Die Regelung dieses arbeitsbegleitenden Verhaltens soll die störungsfreie Zusammenarbeit gewährleisten.[640] Hierunter fallen so unterschiedliche Bereiche wie das Rauchen im Betrieb, das äußere Erscheinungsbild der Mitarbeiter, die Korruptionsbekämpfung oder allgemein die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften („Compliance"). Für den Umgang mit Assistenzsystemen spielen derartige Weisungen aber nur eine untergeordnete Rolle. Abgesehen von Kontrollmaßnahmen (siehe 2.4.6.1, S. 203), zu deren Durchführung Assistenzsysteme verwendet werden können, betrifft der Umgang mit solchen Systemen in erster Linie das Arbeitsverhalten nach § 106 S. 1 GewO. Als Weisungen nach § 106 S. 2 GewO kommen allenfalls Hinweise oder Regelungen in Betracht, Betriebsmittel nicht unbefugt zu verwenden bzw. Schaden von ihnen abzuwenden.[641]

2.4.6.1 Kontrollmaßnahmen allgemein

429 Vom Weisungsrecht sind schließlich auch Kontrollmaßnahmen erfasst, insbesondere solche, mit denen die Einhaltung von Weisungen überwacht wird.[642] Die möglichen Gegenstände von Kontrollen sind vielfältig. Häufig diskutierte Fälle sind Torkontrollen[643], Videoüberwachung[644] oder die Überwachung der Nutzung der betrieblichen IT-Systeme[645]. Sie werden überwiegend dem Ordnungsverhalten gemäß § 106 S. 2 GewO zugeschrieben, wobei es für die Frage, ob eine Maßnahme vom Weisungsrecht des

640 BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 186.
641 BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 204.
642 BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 205.
643 BAG v. 15.4.2014 – 1 ABR 2/13 (B), E 148, S. 26–41 (=NZA 2014, S. 551).
644 BAG v. 29.6.2004 – 1 ABR 21/03, E 111, S. 173–190 (=NZA 2004, S. 1278); BAG v. 26.8.2008 – 1 ABR 16/07, E 127, S. 276–297 (=NZA 2008, S. 1187).
645 Statt Vieler *BfDI* 2008; *Block* 2012; *Greening/Weigl*, CR 2012, S. 787–792.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Arbeitgebers grundsätzlich umfasst ist, auf eine genaue Zuordnung zu § 106 S. 1 oder 2 GewO nicht ankommt.[646]

430 Der genaue Umfang des Weisungsrechts hängt in jedem Fall stärker als bei anderen Weisungen von der Billigkeitskontrolle ab. Kontrollmaßnahmen beeinträchtigen die Grundrechte der Arbeitnehmer, vor allem deren Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Ob eine Kontrollmaßnahme billigem Ermessen entspricht, bedarf darum einer entsprechend sorgfältigen Abwägung der Grundrechtspositionen. Dabei sind sowohl das „Ob" als auch das „Wie" der Maßnahme letztlich am Übermaßverbot zu messen.[647]

2.4.6.2 Leistungs- und Anwesenheitskontrollen

431 Eine gewisse Sonderstellung nehmen Kontrollmaßnahmen ein, die sich auf das Arbeitsergebnis und das damit unmittelbar verbundene Arbeitsverhalten beziehen. Als Gläubiger der Leistungspflicht ist der Arbeitgeber berechtigt, über das Arbeitsergebnis Auskunft zu erhalten, es zu kontrollieren und die Tätigkeit der Arbeitnehmer zu diesem Zweck dokumentieren zu lassen.[648] Weitere Ziele für eine solche Dokumentation sind z.B. die Tätigkeitsbeurteilung zur tariflichen Eingruppierung des Arbeitnehmers[649] oder die Vermeidung von Haftungsrisiken für den Arbeitgeber.[650] Eng damit verbunden ist die Kontrolle der Anwesenheit des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz.[651]

432 Mit den Einschränkungen des Persönlichkeitsrechts, die mit solchen naheliegenden Kontrollen einhergehen, erklären sich Arbeitnehmer normalerweise bereits im Arbeitsvertrag einverstanden.[652] Das muss nicht heißen, dass mit dem Arbeitsvertrag eine datenschutzrechtliche Einwilligung erteilt wird. Inwiefern dieses Instrument im Arbeitsverhältnis zum Einsatz kommen kann, ist ohnehin umstritten (siehe 3.6.1.5, S. 523). Es liegt aber

646 BeckOK ArbR/*Tillmanns*, § 106 GewO, Rn. 31.
647 BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 186.
648 BAG v. 27.5.1986 – 1 ABR 48/84, E 52, S. 88, 50 (=NZA 1986, S. 643); BAG v. 13.1.1987 – 1 AZR 267/85, E 54, S. 67, 46 (=NZA 1987, S. 515); BAG v. 19.4.2007 – 2 AZR 78/06, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 77, Rn. 23 (=BeckRS 2009, S. 73620).
649 BAG v. 19.4.2007 – 2 AZR 78/06, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 77, Rn. 25 (=BeckRS 2009, S. 73620).
650 BAG v. 17.6.1998 – 2 AZR 599/97, Rn. 16.
651 *Däubler,* NZA 2017, S. 1481, 1482.
652 Zur Anwesenheitskontrolle BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 207.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

in der Natur des Arbeitsverhältnisses, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber tätigkeitsbezogen im hierfür notwendigen Ausmaß Zugriff auf sein Persönlichkeitsrecht gewährt. Auch dies ist Ausdruck des personalen Gehalts des Arbeitsverhältnisses und jedem verständigen Arbeitnehmer bei Abschluss des Arbeitsvertrags unmittelbar einsichtig. Wenn nicht im Rahmen einer Einwilligung ist es darum zumindest im Rahmen der Billigkeitskontrolle der Weisung sowie der gesetzlichen Erlaubnistatbestände für den Datenumgang zu berücksichtigen.

An Leistungs- und Anwesenheitskontrollen sind darum im Vergleich zu anderen Kontrollmaßnahmen niedrige Anforderungen zu stellen. Insbesondere die Grundsatzentscheidung des „Ob" der Maßnahme wird kaum je zu beanstanden sein.[653] Die Maßnahme muss lediglich auf einer willkürfreien unternehmerischen Entscheidung und einer diskriminierungsfreien Auswahl[654] der Betroffenen beruhen. Der Schwerpunkt der Billigkeitskontrolle liegt hier auf dem „Wie", insbesondere dem Umfang der Maßnahme (siehe 3.6.1.2.3.1.2, S. 509).[655] 433

2.4.7 Die automatisierte Ausübung des Direktionsrechts

Die Grenzen der Automatisierung des Arbeitsverhältnisses wurden bereits im Rahmen der menschengerechten Gestaltung der Arbeit diskutiert (siehe 2.3, S. 116). Diese Anforderungen binden den Arbeitgeber bei der Ausübung seines Weisungsrechts inhaltlich, betreffen also die Frage, welche Entscheidungen er trifft. Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, nach welchem Verfahren diese Entscheidungen zustande kommen, speziell, ob der Arbeitgeber sein Weisungsrecht automatisiert ausüben kann. 434

Als Grenze einer automatisierten Ausübung des Weisungsrechts kommen innere und äußere Beschränkungen in Betracht. Innere Beschränkungen könnten sich aus dem Charakter des Weisungsrechts und dem einer automatisch erstellten und abgegebenen Erklärung ergeben. Sie sollen an die- 435

653 Zur Ermittlung der individuellen Belastung von Beschäftigten, um die Arbeit sach- und mitarbeitergerecht zu gestalten, BAG v. 25.4.2017 – 1 ABR 46/15, E 159, S. 49, Rn. 25 (=NZA 2017, S. 1205).

654 Zur Anwesenheitskontrolle BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 207.

655 Zu Dokumentationspflichten vgl. BAG v. 19.4.2007 – 2 AZR 78/06, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 77, S. 24 (=BeckRS 2009, S. 73620) und BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 104. Ob solche Maßnahme an sich rechtswidrig sein können, wird nicht näher erörtert.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ser Stelle untersucht werden. Äußere Begrenzungen könnten sich aus den datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu automatisierten Einzelentscheidungen in Art. 22 DS-GVO ergeben. Diese Grenzen werden im Rahmen des datenschutzrechtlichen Teils der Arbeit behandelt (siehe 3.6.2.5, S. 566).

2.4.7.1 Diskutierte Fallkonstellationen

436 Rechtserhebliche Erklärungen, die im Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis stehen und entweder automatisiert getroffen oder zumindest weitgehend automatisiert vorbereitet werden, sind bereits in verschiedenen Konstellationen Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Diskussion geworden.[656] Sie können prinzipiell in sämtlichen Phasen des Beschäftigungsverhältnisses vorkommen, also bei der Entscheidung über die Begründung, der Durchführung und der Beendigung. Hier soll aber nur die Ausübung des Weisungsrechts, also die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses betrachtet werden.

2.4.7.1.1 People Analytics

437 Eine Konstellation betrifft die Unterstützung der Arbeit der Personalabteilungen durch intensive Datenanalysen, den sog. People Analytics.[657] Dabei werden Personal-, Unternehmens- und sonstige Daten miteinander verknüpft, um leistungsstarke Bewerber für Einstellungen oder Beförderungen zu finden, wechselwillige Beschäftigte zu identifizieren oder Compliance-Risiken zu erkennen.[658] People Analytics-Analysen werden stark mit dem Themenfeld Big Data in Verbindung gebracht und folglich vor allem unter datenschutzrechtlichen Aspekten diskutiert.

438 Für die vorliegende, an den Besonderheiten der Industrie 4.0 ausgerichtete, Betrachtung hat das Phänomen der People Analytics keine eigenständi-

656 *Dzida*, NZA 2017, S. 541–546; *Groß/Gressel*, NZA 2016, 990–996; *Holthaus et al.*, DuD 2015, S. 676–681; *Wildhaber*, ZSR 2016, S. 315–351; *Wildhaber/Lohmann*, AJP/PJA 2017, S. 135–140.

657 *Dzida*, NZA 2017, S. 541–546; *Holthaus et al.*, DuD 2015, S. 676–681; zu diesem Phänomen, ohne aber den Begriff zu verwenden, *Bomhard* 2019, S. 19 ff.; *Wildhaber*, AJP/PJA 2017, S. 213, 214 ff.

658 *Dzida*, NZA 2017, S. 541, 542.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ge Bedeutung. Dies folgt zum einen daraus, dass es die Personalarbeit selbst und damit alle Branchen betrifft.[659] Zudem geht es im Vergleich zu alltäglichen Arbeitsanweisungen um wichtige, nicht massenhaft zu treffende Entscheidungen, die nur teilweise als Weisung, im Übrigen aber als Anträge auf den Abschluss eines (Änderungs-)Vertrags ergehen und wohl auch künftig nur automatisiert vorbereitet, nicht aber automatisiert getroffen werden. Die Entscheidungsgewalt läge damit zumindest dem äußeren Anschein nach weiterhin beim Menschen.

2.4.7.1.2 Selbstorganisierte Planung der Arbeitszeit

439 Die zweite Konstellation betrifft automatisierte Einzelweisungen.[660] Dies kann an Systemen zur Organisation der Arbeitszeit (siehe 2.4.7.1.2.1, S. 207) und zur Beeinflussung der Art der Tätigkeit (siehe 2.4.7.1.2.2, S. 208) beispielhaft verdeutlicht werden.

2.4.7.1.2.1 Arbeitszeit

440 Im Rahmen eines vom BMBF geförderten Forschungsprojekts „Kapaflex-Cy“ wurde ein System entwickelt, mit dem der Personaleinsatz flexibel dem stark schwankenden Arbeitsaufkommen in volatilen Märkten[661] angepasst werden kann.[662] Derzeit benötigt die Koordinierung des Arbeitskräfteeinsatzes unter solchen Bedingungen einen immensen Abstimmungsaufwand, der zumeist mündlich, selten schriftlich bewältigt wird.[663] Hier handelt allein der Mensch, der in Person des Schicht- oder Personalleiters den Arbeitnehmern ihre Arbeitszeit zuweist.

441 Zukünftig soll die Personalplanung in diesem Punkt stärker automatisiert und selbstorganisiert ablaufen. Dazu lernt ein agentenbasierter „Kapazitäts-Broker“ zunächst anhand typischer Situationen und Aufträgen von Kunden das Arbeitsaufkommen einzuschätzen und daraus den Arbeitskräftebedarf abzuleiten. Diese Bedarfsermittlung wird an die Beschäftigten

659 *Dzida,* NZA 2017, S. 541, 542.
660 *Bomhard* 2019, S. 18 ff.
661 Zu den Anforderungen und Strategien allgemein *Wilhelm et al.,* IFAC Proceedings Volumes 2014, S. 4459–4464.
662 *Bauer/Gerlach* 2015.
663 *Gerlach/Hämmerle* 2015, S. 19 ff.; *Spath, et al.* 2013, S. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

weitergegeben, die sich mithilfe ihrer mobilen Endgeräte untereinander in einer Art „Schicht-Doodle“[664] abstimmen, wer die notwendigen Schichten übernimmt. Der Arbeitgeber gibt bestimmte Regeln vor. Zunächst legt er die möglichen Methoden, mit denen einem gesteigerten Arbeitsaufkommen begegnet werden kann, sowie die Umstände, unter denen welche Methode gewählt werden soll, fest. Sodann bestimmt er die Gruppe an Beschäftigten, die für auszuschreibende Arbeit in Betracht kommt, etwa abhängig von einer bestimmten Qualifikation oder dem Stand des Arbeitszeitkontos.[665] Anhand der vordefinierten Regeln und der Abstimmung wird die Arbeitszeit automatisch durch das System zugewiesen.

2.4.7.1.2.2 Prozessoptimierung durch künstliche Intelligenz

442 Noch einen Schritt weiter als die regelbasierte automatisierte Ausübung des Weisungsrechts geht ein System von Hitachi. Das Unternehmen hat nach eigenen Angaben[666] ein System entwickelt, das Beschäftigten mithilfe künstlicher Intelligenz Arbeitsaufgaben besser zuweist und dadurch erhebliche Effizienzgewinne erzielt.[667] Hitachi wendet die sog. Kaizen-Methode[668] an, die u.a. darin besteht, die Ablauforganisation – also das Zusammenwirken von Arbeitsperson, Arbeitsmitteln, Arbeitsobjekten und Arbeitsaufgabe[669] – schrittweise und kontinuierlich zu verbessern. Neben einem betrieblichen Vorschlagswesen, das hilft, das Erfahrungswissen der Beschäftigten zu nutzen, erfordert diese Methode u.a. eine ständige Analyse der Vorgänge im Unternehmen.

443 Das Besondere an der neuen KI-basierten Methode ist nun nicht etwa, dass Arbeitsaufträge überhaupt automatisiert erstellt und vergeben werden; dies geschieht auch schon in den konventionellen Systemen zur Steuerung der Arbeit. Es geht vielmehr darum, die Grundlage für diese Entscheidungen zu optimieren, sodass insgesamt bessere Arbeitsanweisungen automatisiert erteilt werden können.[670]

---

664 *Gerlach/Hämmerle* 2015, S. 25.
665 Zum Ganzen *Spath, et al.* 2013, S. 3 f.
666 *Hirayama et al.*, Hitachi Review 2016, S. 134–138; *Hitachi* 2015.
667 *Rötzer*, Telepolis, 11.9.2015.
668 Zu dieser Methode allgemein *Schlick, et al.* 2010, S. 466 f.
669 *Schlick, et al.* 2010, S. 455.
670 Das scheint *Wildhaber*, AJP/PJA 2017, S. 213, 218 zu übersehen, wenn sie schreibt „Das KI-Programm macht es den Robotern möglich, *Weisungen zu erteilen*.“

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Arbeitsanweisungen konventioneller Systeme basieren auf einer regelbasierten Programmierung. Finden Mitarbeiter auf der Grundlage ihrer Erfahrung neue bessere Lösungsansätze für eine Aufgabe oder ergeben sich solche Verbesserung anderweitig durch eine Prozessanalyse, müssen die daraus abgeleiteten Anpassungen händisch in ein regelbasiertes System überführt werden. Das Gleiche gilt für unvorhergesehene äußere Einflüsse wie schlechtes Wetter oder plötzliche Nachfrageschwankungen. Der Arbeitsprozess muss hier erst umgeschrieben werden, um aus dem System an die jeweilige Situation angepasste, bessere Arbeitsanweisungen generieren zu können. Ein solches System ist nicht nur teuer und aufwändig zu adaptieren, es ist auch nur unzureichend in der Lage, auf kurzfristige Änderungen zu reagieren.[671] 444

Das neue KI-System von Hitachi führt stattdessen Big Data-Analysen auf den täglich gesammelten Daten des Arbeitssystems durch und ist so in der Lage, sowohl Verbesserungen am Arbeitsplatz als auch kurzfristige externe Änderungen selbständig zu erkennen und basierend darauf insgesamt bessere Arbeitsanweisungen zu generieren. Dabei analysiert es automatisch die Ergebnisse der neuen, von Mitarbeitern angewendeten Ansätze und wählt für die nächste Arbeitsanweisung denjenigen Prozess aus, der die besten Resultate hervorgebracht hat.[672] Nach derselben Methode vergleicht das System stets die aktuelle mit vorangegangenen ähnlichen Situationen, um auch bei unvorhergesehen Umständen schnell passende Anweisungen erteilen zu können.[673] 445

2.4.7.1.3 Zwischenfazit

Zur Diskussion stehen nur Systeme, die Einzelweisungen selbst erteilen und nicht nur vorbereiten. Die Entscheidung bleibt also nicht einmal formal einem Menschen vorbehalten. Dabei geht es zum einen um herkömmlich regelbasierte Systeme,[674] zum anderen um Systeme die Methoden der künstlichen Intelligenz einsetzen, um mithilfe von Big Data-Analysen die jeweilige Arbeitsanweisung zu generieren. 446

671 *Hirayama et al.,* Hitachi Review 2016, S. 134, 56; *Hitachi* 2015, S. 1.
672 *Hirayama et al.,* Hitachi Review 2016, S. 134, 135.
673 *Hitachi* 2015, S. 2.
674 Zu einem solchen System auch der fiktive Beispielfall von *Karthaus,* NZA 2017, S. 558 f.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

447 Diese Systeme unterscheiden sich u.a. in zwei Punkten grundlegend. Zum einen werden gerade an die Durchführung von Big Data-Analysen, die naturgemäß einen äußerst breit gefächerten Zweck verfolgen, besondere datenschutzrechtliche Anforderungen gestellt,[675] die an dieser Stelle aber nicht im Fokus stehen sollen. Zum anderen ist das Handeln künstlich intelligenter Systeme anders als bei regelbasierten Systemen nicht immer nachvollzieh- oder vorhersehbar (siehe 2.4.7.2, S. 210). Dies könnte sich auf die rechtsdogmatische Einordnung (dazu 2.4.7.5, S. 222) der von ihnen erteilten Weisungen sowie auf die arbeitsrechtlichen Anforderungen (dazu 2.4.7.6, S. 227) auswirken.

2.4.7.2 Die Übertragbarkeit des Weisungsrechts

448 In der Literatur ist die Rede davon, dass Roboter die Position des Vorgesetzten einnehmen könnten,[676] dass Roboter Weisungen erteilen[677] oder dass ihnen das Direktionsrecht übertragen wird.[678] Insofern stellt sich die Frage, unter welchen Umständen das Weisungsrecht nach § 106 GewO übertragen werden kann.

449 Mithilfe des Weisungsrechts wird die Leistungspflicht des Arbeitnehmers konkretisiert. Es steht folglich dem Gläubiger dieser Leistungspflicht, dem Arbeitgeber zu. Ist dies eine juristische Person oder eine Personengesellschaft, wird das Weisungsecht durch die gesetzlichen Vertreter wahrgenommen. Von dort wird das Weisungsrecht in der Regel intern an Arbeitnehmer delegiert, die es im Hinblick auf die ihnen unterstellten Arbeitnehmer als Fach- oder Disziplinarvorgesetzte im Namen des Vertragsarbeitgebers und für dessen Zwecke ausüben. Eine solche Ausübungsermächtigung nach §§ 164 ff. BGB in Bezug auf das Weisungsrecht zu erteilen ist gängige Praxis in Unternehmen und gewissermaßen die Grundlage für die Stellung der Arbeitnehmer als Vorgesetzte einerseits und Untergebene andererseits.[679] So können auch in großen Organisationen, in denen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht in persönlichem Kontakt stehen,

675 Hierzu eingehend *Hornung/Herfurth* 2018; *Martini,* DVBl. 2014, S. 1481–1489; *Roßnagel,* ZD 2013, S. 562–567; *Weichert,* ZD 2013, S. 251–529.
676 *Groß/Gressel,* NZA 2016, 990–996, 991.
677 *Wildhaber,* AJP/PJA 2017, S. 213, 218.
678 *Günther/Böglmüller,* BB 2017, S. 53, 55.
679 BAG v. 10.3.1998 – 1 AZR 658/97, NZA 1998, S. 1242, 1243; *Kort,* NZA 2013, S. 1318, 1319 f.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sehr kleinteilige Weisungen erteilt werden. Auch haben den Charakter einer Willenserklärung.[680]

Diese Ausübungsermächtigung kann prinzipiell auch unternehmensfremden Personen erteilt werden.[681] Im Arbeitsrecht bestehen dahingehend keine unverrückbaren Grenzen. Einzige maßgebliche Hürde ist der in § 613 S. 2 BGB formulierte Grundsatz, demzufolge der Anspruch auf eine Dienstleistung – hier auf die Arbeitsleistung – im Zweifel nicht übertragbar ist. Die Frage lautet demnach nicht, ob das Weisungsrecht überhaupt übertragen werden kann, sondern, ob der Arbeitnehmer dem zustimmen muss. 450

Die Grenze der Übertragbarkeit in § 613 S. 2 BGB ist dann überschritten, wenn die Weisungen nicht mehr vom Betriebszweck des Arbeitgebers erfasst sein können. Bei der internen Delegation stellen sich hier keine wirklichen Probleme; Weisungen durch eigene (vorgesetzte) Arbeitnehmer verfolgen im Zweifel den Betriebszweck des gemeinsamen Arbeitgebers.[682] Bei Dritten, die zumindest auch eigene Interessen verfolgen, kommt es darauf an, ob der Arbeitgeber die konkrete Tätigkeit in seinen Betriebszweck mitaufgenommen hat.[683] Hat er dies getan, wird das Weisungsrecht zwar durch einen Dritten aber eben auch zu Zwecken des Vertragsarbeitgebers ausgeübt. Eine Übertragung im Sinne von § 613 S. 2 BGB liegt dann nicht vor. Ein Beispiel für eine solche bloße Ausübungsermächtigung für Dritte ist die Zusammenarbeit verschiedener (Konzern-)Unternehmen.[684] Hier möchte der Vertragsarbeitgeber sein Weisungsrecht typischerweise nicht verlieren, sondern lediglich auch durch den Dritten ausüben lassen.[685] 451

Ein Gegenbeispiel für eine nach § 613 S. 2 BGB zustimmungspflichtige Übertragung stellt die Arbeitnehmerüberlassung[686] dar. Hier will der Ver- 452

680 BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 31; *Neighbour,* in: Sassenberg/Faber 2019, § 8, Rn. 68. Allgemein zur Einstufung arbeitsrechtlicher Weisungen als Willenserklärungen BAG v. 16.4.2015 – 6 AZR 242/14, NZA-RR 2015, S. 532, Rn. 24.

681 *Wisskirchen/Block,* NZA-Beil. 2017, S. 90 f.

682 *Kort,* NZA 2013, S. 1318, 1319; BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 31.

683 BAG v. 10.3.1998 – 1 AZR 658/97, NZA 1998, S. 1242, 1243.

684 BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 31. Dies betrifft vor allem Konzerne, die nicht hierarchisch, sondern in Matrix-Strukturen aufgebaut sind, dazu *Kort,* NZA 2013, S. 1318–1326.

685 *Kort,* NZA 2013, S. 1318, 1319 f.

686 Das Verhältnis zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer ist umstritten. Es wird auch vertreten, dass das Weisungsrecht des Entleihers aus einem Vertrag

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

leiher ausschließlich den Betriebszweck des Entleihers fördern.[687] Der Entleiher übt das Weisungsrecht darum im eigenen Namen und nur zu seinen Zwecken aus.[688]

2.4.7.3 Problematische technische Eigenschaften

453 An den diskutierten Fallkonstellationen wird deutlich, welch großes Potenzial Automatisierungssystemen bei der effizienteren Gestaltung der Arbeit zugeschrieben wird. Wie aber die allgemeine Diskussion um die Automatisierung[689] zeigt, können gerade Systeme künstlicher Intelligenz durchaus problematische Eigenschaften aufweisen. Ihr Verhalten kann für den Betreiber dieser Systeme nicht mehr sicher vorhergesagt oder nachvollzogen werden.

2.4.7.3.1 Komplexe regelbasierte Systeme

454 Die mangelnde Vorhersehbarkeit ist unmittelbar einsichtig, wenn Systeme darauf programmiert sind, Zufallsentscheidungen zu treffen.[690] Ein solches System verhält sich nichtdeterministisch, in der Art, dass nicht zu jedem Zeitpunkt der nächste Ausführungsschritt eindeutig bestimmt ist.[691]

2.4.7.3.1.1 Deterministisch chaotisches Verhalten

455 Zu unvorhersehbarem Verhalten kann es aber auch bei an sich deterministischen Systemen kommen. Als problematisch erweist sich hier nicht der theoretische Aufbau, sondern die praktische Komplexität der automatisierten Vorgänge. Um die komplexen Automatisierungsaufgaben zu bewälti-

---

zugunsten Dritter, nämlich des Entleihers rührt, siehe ErfK/*Wank*, Einleitung AÜG, Rn. 37. In jedem Fall bedürfte aber auch dieser Vertrag einer hierauf gerichteten Willenserklärung des Arbeitnehmers.

687 *Kort,* NZA 2013, S. 1318, 1320.

688 BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO, Rn. 31.

689 Z.B. *Kirn/Müller-Hengstenberg,* MMR 2014, S. 225–232; *Reichwald/Pfisterer,* CR 2016, S. 208–212; *Stiemerling,* CR 2015, S. 762–765; *ten Hompel/Kerner,* Informatik Spektrum 2015, S. 176–182.

690 *Kirn/Müller-Hengstenberg,* KI 2015, S. 59, 62.

691 Zur Definition *Kirn/Müller-Hengstenberg,* KI 2015, S. 59, 61.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen, werden sie nicht selten auf selbständige, sich gegenseitig steuernde Einheiten aufgeteilt (siehe 1.2.1.2, S. 61). Dadurch wächst die Zahl der Stellglieder im Gesamtsystem stark an, sodass es nur noch in der Theorie vollständig steuerbar ist.[692] Erschwerend kommt hinzu, dass einzelne Systeme ihr Verhalten im Sinne einer Regelauswahl ändern können.[693]

456 Für einen allwissenden Beobachter stellt sich ein solches Gesamtsystem zwar noch als deterministisch dar. Praktisch kommt es zwischen den verschiedenen Regelkreisen aber zu Wechselwirkungen, die zwar gewissen Gesetzmäßigkeiten folgen, die ihrerseits aber so komplex sind, dass das Systemverhalten für den realen Betreiber nicht mehr sicher, sondern nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit vorhersagbar ist.[694] In diesem Zusammenhang ist darum von stochastischen Systemen die Rede, die sich deterministisch chaotisch verhalten.[695]

2.4.7.3.1.2 Schwierige Dokumentation und Nachvollziehbarkeit

457 Unter der enormen Komplexität des Gesamtsystems leidet auch die Nachvollziehbarkeit ihres Verhaltens. Dabei ist das Verhalten des Einzelsystems für sich genommen zwar noch durchaus nachvollziehbar. Wird der gleiche deterministische Algorithmus wieder mit den gleichen Eingaben verwendet, kann die fragliche Entscheidung rekonstruiert und ggf. verstanden werden.[696] Dazu müssen diese Informationen, die gewissermaßen die Historie des Systems bilden, lückenlos dokumentiert werden.

458 Die Rekonstruktion einer Entscheidung ist aber besonders dann technisch anspruchsvoll, wenn viele Systeme miteinander interagiert haben. Dann muss aus den Historien aller beteiligten Geräte ein kohärentes Gesamtbild erstellt werden.[697] Dies gelingt aber kaum, weil es nicht perfekt möglich ist, die zeitliche Korrelation zwischen mehreren Ereignissen aus verschiedenen Einzelsystemen herzustellen. Daher müssten die Einzelsysteme nicht nur ihre eigene Historie, sondern auch die von anderen Systemen

692 *Ten Hompel/Kerner,* Informatik Spektrum 2015, S. 176, 179.
693 *Kirn/Müller-Hengstenberg,* MMR 2014, S. 225, 229; *Reichwald/Pfisterer,* CR 2016, S. 208, 210.
694 *Kirn/Müller-Hengstenberg,* MMR 2014, S. 225, 229 f.; *Kirn/Müller-Hengstenberg,* KI 2015, S. 59, 60; *ten Hompel/Kerner,* Informatik Spektrum 2015, S. 176, 179.
695 *Ten Hompel/Kerner,* Informatik Spektrum 2015, S. 176, 179.
696 *Reichwald/Pfisterer,* CR 2016, S. 208, 210.
697 So im Ergebnis wohl auch bei *Kirn/Müller-Hengstenberg,* MMR 2014, S. 225, 226.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

empfangenen Daten, die sie zur Entscheidungsfindung herangezogen haben, protokollieren. Gerade der Einsatz von Systemen, die nur auf eine begrenzte Rechenleistung und Speicherkapazität ausgelegt sind, würde aber unwirtschaftlich, wenn sie zusätzlich Ressourcen für eine umfangreiche Dokumentation bereithalten müssten.[698]

2.4.7.3.2 Maschinelles Lernen

459 Ein weiteres Problemfeld stellt das maschinelle Lernen mit künstlichen neuronalen Netzen dar. Diese Systeme zur Mustererkennung werden anders als regelbasierte Systeme nicht auf der Grundlage bestimmter konzeptioneller Annahmen und Vereinfachungen programmiert, sondern über eine Vielzahl von Beispielen trainiert. Die künstliche Intelligenz reduziert diese Beispiele auf ihre Gemeinsamkeiten und stellt auf diese Weise gewissermaßen eigene Annahmen auf. Anders als die konzeptionellen Annahmen sind die erlernten Annahmen dem Programmierer aber unbekannt.[699]

460 Dieses Phänomen kann mit einem Beispiel aus dem autonomen Fahren verdeutlicht werden. Ein neuronales Netz, das z.B. Bäume erkennen soll, könnte also nach dem Vergleich tausender Bilder von Bäumen die Annahme entwickeln, dass Bäume immer aus Ästen, einem Stamm und manchmal auch Blättern bestehen. Eine solche Annahme wäre kaum mathematisch beschreibbar, weshalb ein regelbasiertes System hier schnell an seine Grenzen gelangte. Die trainierte künstliche Intelligenz erreicht dagegen nach der Trainingsphase sofort eine hohe Treffsicherheit. Es kann aber nicht mit Gewissheit gesagt werden, dass die Annahme nicht vielmehr darin besteht, Bäume seien Objekte, die oben grün und unten braun sind – ein Mensch mit grünem T-Shirt und brauner Cordhose würde dann womöglich für einen Baum gehalten.[700]

461 Die Entscheidungen, die mithilfe eines künstlichen neuronalen Netzes getroffen werden, können von dessen Betreiber also praktisch weder genau vorhergesagt noch genau nachvollzogen werden.[701] Es kann also passieren,

---

698 Zum Ganzen *Reichwald/Pfisterer,* CR 2016, S. 208, 211.

699 *Anderl,* FAZ.NET, 23.8.2017; *Nürnberger/Bugiel,* DuD 2016, S. 503, 504; *Schyns et al.,* VW 1997, S. 1464; *Schyns et al.,* VW 1997, S. 1464; *Stiemerling,* CR 2015, S. 762, 764.

700 *Nürnberger/Bugiel,* DuD 2016, S. 503, 504.

701 *Brödner* 2019, S. 81.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dass der Betreiber lediglich darauf verweisen kann, dass das System zu einer für ihn selbst überraschenden Entscheidung gelangt ist, weil es eben zu dieser Entscheidung gelangt ist.

2.4.7.4 Der Charakter einer Maschinenerklärung

Automatisierte Willenserklärungen sind für die Rechtswissenschaft beileibe kein neues Phänomen. Die Diskussion beginnt – angestoßen durch den Einsatz erster EDV-Anlagen im Geschäftsleben – in den 1970ern und beschäftigt sich vornehmlich mit einer Automatisierung, wie sie heute in jedem Online-Shop, der je nach Warenverfügbarkeit Bestellungen annimmt, beobachtet werden kann.[702] Dabei wurde deutlich, dass sich die Probleme, die bei automatisiert abgegebenen Willenserklärungen auftreten, ohne Weiteres mit den bestehenden Instrumenten des Zivilrechts lösen lassen.[703] 462

Neue Aspekte wurden dieser Diskussion erst durch Automatisierungskonzepte hinzugefügt, die stärker auf autonom agierende elektronische Softwareagenten[704] setzen. Diese künstlich-intelligenten Systeme kennen ihre Fähigkeiten und Ziele und sind in der Lage, selbstständig mit ihrer Umwelt zu interagieren. Die Diskussion über automatisierte Willenserklärungen nahm durch diese technische Innovation wieder Fahrt auf[705] und führte auf rechtspolitischer Ebene zu Forderungen, die Haftung für den Betreiber dieser Systeme teilweise zu lockern.[706] Die Tragfähigkeit dieser Ansätze 463

---

702 Z.B. *Schwörbel* 1970; *Viebcke* 1972; *Clemens,* NJW 1985, S. 1998–2005; *Köhler,* AcP 182 (1982), S. 126–171; *Möschel,* AcP 186 (1986), S. 187–236; *Redeker,* NJW 1984, S. 2390–2394; *Fritzsche/Malzer,* DNotZ 1995, S. 3–26; *Heun,* CR 1994, S. 595–600; *Kuhn* 1991; *Mehrings,* MMR 1998, S. 30–33; *Melullis,* MDR 1994, S. 109–114. Für das öffentliche Recht findet sich die erste Publikation sogar in den 1960ern, *Bull* 1964.

703 Dazu eingehend bereits der frühe Überblick von *Köhler,* AcP 182 (1982), S. 126–171.

704 Zu den Eigenschaften von Softwareagenten *Gitter* 2007b, S. 48; *Kirn/Müller-Hengstenberg,* MMR 2014, S. 225–232, jeweils m.w.N.

705 Z.B. *Bauer* 2006; *Cornelius,* MMR 2002, S. 353–358; *Gitter* 2007a; *Gitter* 2007b; *Gitter/Roßnagel,* K&R 2003, S. 64–72; *Sester/Nitschke,* CR 2004, S. 548–554; *Wettig/Zehendner* 2003.

706 Die weitgehendste Position besteht darin, künstlich-intelligenten Systemen eine begrenzte Rechtsfähigkeit zuzuerkennen (*Beck* 2013, S. 255 ff.; *Chopra/White* 2011, S. 160 ff.; *Kersten* 2016, S. 97 ff.). Ein eher pragmatischer Ansatz verzichtet auf diese grundlegende Anerkennung, will die Systeme aber dennoch mit einer

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wurde allerdings damals schon mit überzeugenden Argumenten in Zweifel gezogen.[707]

464 Nachdem die Debatte hierum Mitte der 2000er Jahre wieder abgeklungen war – wohl auch, weil sich die technischen Verheißungen, die ihr zugrunde lagen, nicht erfüllten[708] –, wurde sie im Zuge der Diskussion um den rechtlichen Rahmen der Industrie 4.0, des autonomen Fahrens oder allgemein des digitalen Wandels wieder aufgegriffen.[709] Auch in dieser dritten Welle der Diskussion wird jedoch ein Reformbedarf und sogar grundlegend eine Reformfähigkeit der geltenden Regeln zum Umgang mit Willenserklärungen verneint.[710]

2.4.7.4.1 Deterministische Systeme

465 Die herrschende Meinung behandelt deterministische IT-Systeme in der Sache wie Boten, welche die Willenserklärung ihrer Betreiber nur übermitteln.[711] Weil diese Systeme nur vordefinierte Anordnungen ausführen, setzt eine wirksame Willenserklärung lediglich voraus, dass sich der Handlungswille allgemein auf die Erklärungstätigkeit des Systems bezieht. Im Ergebnis genügt darum bereits die willentliche Aktivierung des Systems.[712] Bei der Beurteilung des objektiven Rechtsbindungswillens spielt der computergenerierte Charakter der Erklärung prinzipiell keine Rolle.

466 Nach dieser Logik werden automatisierte Willenserklärungen nicht von, sondern nur mithilfe des IT-Systems erzeugt und abgegeben. Es handelt sich also nicht um Erklärungen des IT-Systems – mangels der Fähigkeit zur

---

eigenen Haftungsmasse ausstatten (*Pagallo* 2013, S. 59 ff.; *Wettig/Zehendner* 2003, IV.4).

707 *Gitter* 2007b, S. 178 f.; so später auch *Hofmann/Hornung* 2015, S. 187 f.

708 Siehe dazu z.B. das Eingangsszenario in *Steidle* 2005, S. 18 f.

709 Z.B. *Bräutigam/Klindt,* NJW 2015, S. 1137–1142; *Groß/Gressel,* NZA 2016, 990–996; *Hofmann/Hornung* 2015; *Kersten* 2016; *Müller-Hengstenberg/Kirn,* MMR 2014, S. 307–313; *Schirmer,* JZ 2016, S. 660–666; *Sosnitza,* CR 2016, S. 764–772.

710 Z.B. *Plattform Industrie 4.0* 2016, S. 7. Zum Stand der Diskussion *Hornung/Hofmann* 2017, S. 12 f.

711 BGH v. 26.1.2005 – VIII ZR 79/04, NJW 2005, S. 976.

712 OLG Frankfurt v. 20.11.2002 – 9 U 94/02, CR 2003, S. 450, 451; *Köhler,* AcP 182 (1982), S. 126, 133 f.; *Kuhn* 1991, S. 69 f.; *Sester/Nitschke,* CR 2004, S. 548, 550; *Spindler,* in: Spindler/Schuster 2019, Vorbemerkung §§ 116 ff. BGB, Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

freien Willensbetätigung[713] ist es überhaupt nicht in der Lage, selbst zu handeln –, sondern um Erklärungen desjenigen, der das IT-System in Betrieb genommen hat. Im Kontext der Ausübung des Weisungsrechts wären dies der Arbeitgeber selbst bzw. die Vertreter, durch die er handelt. Der Arbeitgeber muss sich letztlich zunächst die gesamte Erklärungstätigkeit des Systems zurechnen lassen.[714] In Frage kommt allenfalls, die Erklärung anzufechten und so die Zurechnung im Nachhinein wieder zu beseitigen. Eine Anfechtungsmöglichkeit bei Systemfehlern wird jedoch bisher nur anerkannt, wenn sich die fehlerhafte Übernahme der Vorgaben des Betreibers im Wortlaut der Erklärung niederschlägt.[715]

2.4.7.4.2 Nichtdeterministische Systeme

Seit der Debatte um elektronische Agenten[716] und vermehrt im Zusammenhang mit der Industrie 4.0 und dem automatisierten Fahren[717] beschäftigt sich die rechtswissenschaftliche Literatur mit Systemen, welche die in Gliederungspunkt 2.4.7.2 (S. 210) beschriebenen Defizite aufweisen. Das Verhalten dieser Systeme ist für deren Betreiber praktisch nicht immer vorhersehbar- und u.U. auch nicht nachvollziehbar. 467

Das praktisch selbständige, nicht vollständig steuer- und vorhersehbare Verhalten hat eine Diskussion befeuert, inwiefern diesen künstlich-intelli- 468

713 *Gitter* 2007b, S. 178; *Gitter/Roßnagel,* K&R 2003, S. 64, 66; *Sester/Nitschke,* CR 2004, S. 548, 549.

714 Zu dem tragenden Gedanken der Risikozurechnung *Sosnitza,* CR 2016, S. 764, 767; *Wiebe* 2002, S. 216 ff.; *Wiebe,* in: Gounalakis 2003, § 15 Vertragsschluss im Internet, Rn. 33 ff. Für den Beschäftigungskontext auch *Bomhard* 2019, S. 53 ff., der aber verkennt, dass die vom ihm abgelehnte Lösung über die Blanketterklärung (dafür *Gitter/Roßnagel,* K&R 2003, S. 64, 66; *John* 2007, S. 121 f.; *Schulz* 2015, S. 109 ff.; *Sester/Nitschke,* CR 2004, S. 548, 550 f.; *Specht/Herold,* MMR 2018, S. 40, 43) selbst eine Fallgruppe der Rechtsscheinhaftung ist, also selbst auf dem Gedanken der Risikozurechnung beruht, dazu nur MüKo BGB/ *Armbrüster*, § 119 BGB, Rn. 56.

715 BGH v. 26.1.2005 – VIII ZR 79/04, NJW 2005, S. 976, 977; *Spindler,* in: Spindler/Schuster 2019, § 120 BGB, Rn. 10.

716 *Gitter/Roßnagel,* K&R 2003, S. 64, 66.

717 *Bräutigam/Klindt,* NJW 2015, S. 1137 f.; *Grützmacher,* CR 2016, S. 695, 696; *Horner/Kaulartz,* CR 2016, S. 7, 8; *Müller-Hengstenberg/Kirn,* MMR 2014, S. 307–313; *Riehm,* ITRB 2014, S. 113; *Sosnitza,* CR 2016, S. 764, 765; *Spindler,* CR 2015, S. 766; *Wendt/Oberländer,* InTeR 2016, S. 58 f.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

genten Systemen ein eigener Rechtsstatus zuerkannt werden sollte.[718] Jedenfalls nach geltendem Recht ist die Rechtsfähigkeit aber den Menschen und deren Organisationen vorbehalten.

469 Eine Stufe darunter steht die Diskussion, ob man hinsichtlich der Maschinenerklärung – mangels Geschäftsfähigkeit fiktiv – von einer eigenen Erklärung des Systems ausgehen sollte. Das würde den Weg dafür eröffnen, das Stellvertretungsrecht nach §§ 164 ff. BGB auf Agenten – dieser Begriff soll hier der Einfachheit halber als Synonym für nichtdeterministische Systeme verwendet werden – analog anzuwenden. Das Stellvertretungsrecht hätte für den Betreiber den Vorteil, dass die Zurechnung der Erklärungstätigkeit gemäß § 164 BGB grundsätzlich auf die Reichweite der Vertretungsmacht beschränkt bliebe. Gegen diese Lösung sprechen dennoch eine Reihe von Argumenten.

2.4.7.4.2.1 Autonomie und Intentionalität

470 Die Anwendung des Vertretungsrechts nach §§ 164 ff. BGB setzt voraus, dass die Erklärung des elektronischen Agenten erkennbar als seine eigene abgegeben wird, der Agent also selbst im Namen des Vertretenen handelt. Die Bezeichnung dieser Agenten als „autonom“[719] legt den Schluss nahe, dass sie in der Lage sind, derart eigenständig zu handeln.

471 Der Begriff der Autonomie hat aber gerade im Hinblick auf Roboter und elektronische Agenten eine ganz andere Bedeutung, als er es in den Rechts- und sonstigen Geisteswissenschaften hat. Von „autonomen Robotern“ ist die Rede, wenn diese Systeme ohne externe Kontrolle Aufgaben ausführen können.[720] Bei dieser Definition technischer Autonomie ist es nur konsequent, wenn von autonomen Staubsaugerrobotern, autonomen Fahrzeugen oder autonomen elektronischen Agenten die Rede ist, denn diese Systeme operieren, ohne dass eine andere (zentrale) Einheit ihnen im Einzel-

718 Z.B. *Beck* 2013; *Chopra/White* 2011; *Kersten* 2016.

719 Z.B. *Bergfelder et al.*, Informatik Spektrum 2005, S. 210 f.; *Botthof, et al.* 2009, S. 13; *Kirn/Müller-Hengstenberg,* KI 2015, S. 59; *ten Hompel/Kerner,* Informatik Spektrum 2015, S. 176–182 bei technischer Betrachtung sowie die rechtliche Betrachtungen von u.a. von *Chopra/White* 2011; *Cornelius,* MMR 2002, S. 353–358; *Grützmacher,* CR 2016, S. 695–698; *Horner/Kaulartz,* CR 2016, S. 7–14; *Riehm,* ITRB 2014, S. 113–115, die das Wort autonom schon im Titel tragen.

720 *Müller* 2015, S. 130 f. unter Berufung auf die Definition von *Bekey* 2005, S. 1: „Autonomy refers to a system capable of operating in the real-world environment without any form of external control for extended periods of time.”

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fall Steuerbefehle geben würde. Sie verhalten sich stattdessen nach der im Vorhinein erfolgten Programmierung.

472 Der geisteswissenschaftliche Begriff ist dagegen auf die Fähigkeit des Menschen zur freien Willensbildung gerichtet. Ein übereinstimmender Autonomiebegriff existiert auch hier nicht.[721] Der von *Kant* geprägte moralische Autonomiebegriff fokussiert auf die Fähigkeit des Menschen sich „nur seiner eigenen und dennoch allgemeinen Gesetzgebung"[722] zu unterwerfen. Um den Einflüssen von Umweltfaktoren und der Perspektive der Neurowissenschaften[723] Rechnung zu tragen, wurde das Konzept der persönlichen Autonomie entworfen. Sie meint die Freiheit des Individuums, „seine eigene Lebensart zu wählen bzw. seine tatsächliche Fähigkeit, sein Leben zu steuern."[724]

473 Ein System nicht nur im technischen, sondern auch im geisteswissenschaftlichen Sinne als autonom einzustufen, steht der Grundsatz entgegen, dass die für das IT-System relevanten „Gesetze" im Sinne des Kant'schen Begriffs vollständig durch den Menschen vorgegeben werden. Selbst bei lernfähigen Systemen, die ihr Weltmodell oder ihre Regelauswahl verändern können,[725] baut diese Veränderung des Verhaltens auf den vom Menschen implementierten Lernmethoden auf.[726] Wenn im technischen Sinne autonome Systeme dennoch so etwas wie Absichten zugeschrieben werden,[727] ist dies im Grunde „ein Versuch, dem ärgerlichen Umstand zu entkommen, dass dieses Verhalten in seinem physischen Verlauf im Allgemeinen nicht mehr zu durchschauen ist."[728] Letztlich wird darum auch diesen komplexen IT-Systemen die Fähigkeit zur freien Willensbildung abgesprochen.[729]

---

721 Eingehend *Müller* 2015, S. 131 ff. m.w.N., der die Darstellung hier folgt.
722 *Kant* 2008 (Erstveröffentlichung 1785), S. 432.
723 Hierzu *Heun,* JZ 2005, S. 853–860.
724 *Müller* 2015, S. 133 f. m.w.N.
725 *Kirn/Müller-Hengstenberg,* MMR 2014, S. 225, 229.
726 *Müller* 2015, S. 137.
727 So *Kirn/Müller-Hengstenberg,* KI 2015, S. 59, 66; weitere Beispiele für eine Vermenschlichung von Robotern, siehe *Müller* 2015, S. 128 ff.
728 *Brödner* 2015, S. 237.
729 *Bergfelder et al.,* Informatik Spektrum 2005, S. 210, 211; *Gitter* 2007b, S. 178; *Gitter/Roßnagel,* K&R 2003, S. 64, 66; *Sester/Nitschke,* CR 2004, S. 548, 549; kritisch *Gruber* 2012, S. 152 f.; *Kersten* 2016, S. 95.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.4.7.4.2.2 Wirkungslosigkeit der Zurechnungsbegrenzung gegenüber Dritten

474 Eine Anwendung der Regeln der Stellvertretung ließe sich jedoch grundsätzlich auch unabhängig davon konstruieren, ob Systeme künstlicher Intelligenz die spezifisch menschlichen Eigenschaften aufweisen, die für eine freie Willensbildung notwendig sind. Statt auf die Ähnlichkeit zum Menschen könnte darauf abgestellt werden, dass die Möglichkeit der Haftungsbegrenzung einem praktischen Bedarf im Rechtsverkehr entspricht. Mit der Argumentation lässt sich die Hürde des „Ob" überspringen. Eine stimmige Gesamtkonzeption ist damit aber noch nicht gewährleistet.

475 Im Falle der Anwendung der Regeln der Stellvertretung wäre nicht geklärt, wie die Reichweite der Vertretungsmacht zu bestimmen ist. Einer Vollmacht für Agenten könnte durch bestimmte Anweisungen, die in einem entsprechenden Attributzertifikat[730] dokumentiert wären, Grenzen gezogen werden. Solange die Fähigkeit zur freien Willensbildung von Agenten nicht anerkannt und ihr Verhalten als von der Programmierung vorgegeben betrachtet wird, liegt es aber für den Rechtsverkehr nahe, dass der Agent diese Begrenzung ohnehin stets beachtet. Er verfügt ja gerade über kein „Eigenleben", das im Rechtsverkehr anerkannt wäre. Da die Begrenzbarkeit der Vertretungsmacht auch durch den Gesetzgeber nicht anerkannt ist, bliebe ein der konkreten Handlung entgegenstehendes Attributzertifikat darum ohne rechtliche Wirkung.

476 Für einen Dritten gäbe es also keinen Grund, daran zu zweifeln, dass das technische Können dem rechtlichen Dürfen entspricht. Insofern erweckte bereits das Inbetriebnehmen eines Agenten den Rechtsschein, dass sich sein Betreiber dessen gesamte Erklärungstätigkeit zurechnen lassen will. Dies käme einer bekanntgegebenen Innenvollmacht nach § 171 BGB gleich.[731] Der Betreiber müsste sich aus Gründen des Verkehrsschutzes so behandeln lassen, als ob er den Agenten in dem Umfang bevollmächtigt hätte, der dem technischen Können des Agenten entspricht.

477 Dahinter steht letztlich ein Prinzip, das jedem Bemühen um einseitige Haftungsbegrenzung den Garaus macht: Derjenige, der sich eines effizienteren Erklärungsmittels bedient, also die Vorteile daraus zieht, muss auch

730 *Sorge* 2006, S. 118 f.

731 *Gitter* 2007b, S. 178 f.; *Hofmann/Hornung* 2015, S. 187 f.; im Ansatz auch *Schirmer,* JZ 2016, S. 660, 664, der eine Außenvollmacht konstruiert, dem Vertretenen aber die Möglichkeit lässt, die Willenserklärung bei Abweichung von der Innenvollmacht anzufechten.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Risiken dieses Systems tragen. Jedes unvorhergesehene und für den Betreiber unerwünschte Verhalten ist folglich seiner Risikosphäre und nicht etwa der des Erklärungsempfängers zuzuordnen.[732] Die herrschende Meinung spricht sich darum für die Anwendung der Grundsätze der Blankettterklärung aus, was zu eben jenem Ergebnis führt.[733]

2.4.7.4.2.3 Fehlende Haftungsmasse des Agenten

Selbst wenn es gelänge, die Zurechnung wirksam gegenüber Dritten auf den Umfang der Innenvollmacht zu begrenzen, stellt sich die Frage, wie derjenige, der auf die durch den Agenten abgegebene Willenserklärung vertraut, geschützt werden kann. Im Vertretungsrecht ist dazu gemäß § 179 BGB eine umfassende Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht vorgesehen. 478

Mangels Rechtsfähigkeit verfügt der Agent aber über kein Vermögen, aus dem die Haftung nach § 179 BGB bestritten werden kann. Die Anwendung der Regeln der Vertretungsmacht würde folglich zu einer Benachteiligung des gutgläubigen Dritten führen, die nicht zu rechtfertigen ist.[734] Rechtspolitisch wird darum gefordert, Agenten in begrenztem Maße für rechtsfähig zu erklären[735] oder sie jedenfalls mit Vermögen auszustatten.[736] Ob der Rechtsverkehr dadurch tatsächlich wirksam geschützt werden kann, ist jedoch äußerst zweifelhaft. So wird argumentiert, dass es keinen wirksamen Mechanismus gäbe, der dafür sorgt, dass der Agent seine Haftungsmasse nicht verschleudert. Anders als ein Mensch, der es vernünftigerweise vermeiden wird, seine bürgerliche Existenz zu gefährden,[737] fehlt 479

732 *Sosnitza,* CR 2016, S. 764, 767; *Wiebe,* in: Gounalakis 2003, § 15 Vertragsschluss im Internet, Rn. 33 ff.

733 *Gitter/Roßnagel,* K&R 2003, S. 64, 66; *John* 2007, S. 121 f.; *Schulz* 2015, S. 109 ff.; *Sester/Nitschke,* CR 2004, S. 548, 550 f.; kritisch *Bauer* 2006, S. 78 ff.; *Schirmer,* JZ 2016, S. 660, 663 f.

734 *Bräutigam/Klindt,* NJW 2015, S. 1137, 1138; *Cornelius,* MMR 2002, S. 353, 354 f.; *Gitter/Roßnagel,* K&R 2003, S. 64, 66; *Sester/Nitschke,* CR 2004, S. 548, 550.

735 *Beck* 2013, S. 255 ff.; *Chopra/White* 2011, S. 160 ff.; *Kersten* 2016, S. 98 ff.

736 *Wettig/Zehendner* 2003, IV.4.

737 Dem steht nicht entgegen, dass wie bei der GmbH die Haftung auf das Vermögen der juristischen Person beschränkt sein kann. Ein Geschäftsführer, der die Haftungsmasse der Gesellschaft verschleudert, haftet nämlich selbst mit seinem eigenen Vermögen – was er vernünftigerweise nicht riskieren wird, siehe *Grigoleit* 2006, S. 321 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

es einem künstlich-intelligenten System an einem solchen „Überlebenswillen".[738]

2.4.7.4.2.4 Zwischenfazit

480 Eine analoge Anwendung der Regeln der Stellvertretung nach §§ 164 ff. BGB auf das Erklärungsverhalten von intelligenten autonomen Softwareagenten erweist sich als nicht tragfähig. Das lässt sich zum einen darauf zurückführen, dass im technischen Sinne autonome Systeme nicht den Grad an Autonomie erreichen, der gemeinhin Menschen zugesprochen wird. Dies wäre aber die Voraussetzung dafür, einen freien Willen zu bilden und eine eigene Willenserklärung abzugeben. Zum anderen scheitert die Konstruktion an den Notwendigkeiten des Verkehrsschutzes. Nicht dem Rechtsverkehr, sondern demjenigen, der ein System zur Erklärung einsetzt, ist letztlich das Risiko von Fehlern aufzubürden.

481 Folglich sind auch Systeme, die sich aus der Sicht ihres Betreibers nicht vollkommen vorhersehbar verhalten und insofern ein gewisses „Eigenleben" entfalten – wie herkömmliche deterministische Automatisierungssysteme – nicht anders als Boten zu behandeln. Die mit ihrer Hilfe abgegebenen Erklärungen sind nicht als ihre eigenen, sondern als die Willenserklärungen ihres Betreibers anzusehen.[739] Die Weisung wird nicht durch das System für den Arbeitgeber erteilt, sondern vielmehr durch den Arbeitgeber selbst, der mithilfe des Systems handelt.

2.4.7.5 Die mögliche Vorgesetzteneigenschaft eines IT-Systems

482 Das zentrale Argument gegen die analoge Anwendung der Regeln zur Stellvertretung nach §§ 164 ff. BGB, der Schutz des Rechtsverkehrs, kann allerdings nicht unbesehen auf die Situation im Arbeitsverhältnis übertragen werden. Zum einen wird es typischerweise so sein, dass eine fehlerhafte Weisung seitens des IT-Systems zu einem Schaden beim Arbeitgeber führt. Denn der auf die Richtigkeit der Anweisung vertrauende Arbeitneh-

---

738 *Hofmann/Hornung* 2015, S. 190 f.; ablehnend auch *Hanisch* 2013, S. 40.

739 *Neighbour*, in: Sassenberg/Faber 2019, § 8, Rn. 68. Man muss darum einer arbeitsrechtlichen Weisung nicht den Charakter einer Willenserklärung absprechen, damit sie ein autonomes System erteilen kann (so aber noch *Neighbour*, in: Sassenberg/Faber 2017, Teil 2 G, Rn. 60).

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mer wird in der Regel keine eigenen Vermögensdispositionen treffen, sondern solche für den Arbeitgeber. Die potenzielle Haftungsmasse des Agenten wäre also zunächst dafür da, den Arbeitgeber und damit den Betreiber des Systems und nicht den Dritten zu schützen.

Hinzu kommt, dass anders als im Geschäftsverkehr mit Dritten im Arbeitsverhältnis bereits vertragliche Beziehungen bestehen, in deren Rahmen beide Seiten gemäß § 241 Abs. 2 BGB zur Rücksichtnahme auf die gegenseitigen Interessen verpflichtet sind.[740] Auf der Seite des Arbeitnehmers drückt sich dies u.a. darin aus, dass er verpflichtet ist, Schäden vom Arbeitgeber abzuwenden.[741] 483

Bezogen auf Weisungen im Arbeitsverhältnis könnte darum zumindest der im Stellvertretungsrecht zum Ausdruck kommende Gedanke fruchtbar gemacht werden, wonach der Vertretene vor Erklärungen geschützt sein soll, mit denen der Vertreter die Grenzen seiner Vertretungsmacht überschreitet. Dem könnte eine Pflicht des Arbeitnehmers gegenüberstehen, zur Schadensabwendung für ihn erkennbar überschreitende Weisungen seines (Roboter-)Vorgesetzten nicht auszuführen. Eine solche Konstruktion hätte den Effekt einer Begrenzung der Vertretungsmacht im Außenverhältnis – also zwischen dem Agenten, der Weisungen erteilt und dem Arbeitnehmer, der Weisungen empfängt. 484

Das Wesen des Weisungsrechts nach § 106 GewO stünde einer solchen Haftungsverteilung zugunsten des Arbeitgebers nicht grundsätzlich entgegen. Das Weisungsrecht ist zumindest intern ohne Weiteres übertragbar (siehe 2.4.7.4, S. 215). Wie im Folgenden gezeigt wird, scheitert eine solche Konstruktion aber am Schutz des Arbeitnehmers. Es ist nämlich mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses nicht vereinbar, das Irrtumsrisiko derart umfassend auf ihn abzuwälzen. So verstanden scheitert eine Vertreterlösung auch im Arbeitsverhältnis am Verkehrsschutz. 485

2.4.7.5.1 Die Schadensabwendungspflicht des Arbeitnehmers

Die Schadensabwendungspflicht des Arbeitnehmers lässt sich unterteilen in das Verbot, den Arbeitgeber durch eigenes Tun zu schädigen und das 486

740 Dazu allgemein sowie zur Abgrenzung zu Nebenleistungspflichten MHdB ArbR/*Reichold*, § 53, Rn. 12 ff. Zu den korrespondieren Pflichten des Arbeitgebers siehe 2.3.4, S. 163.

741 BeckOGK/*Maties*, § 611 BGB, Rn. 1186 ff.; MHdB ArbR/*Reichold*, § 55, Rn. 8 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gebot, einen drohenden Schaden abzuwenden,[742] der auch ohne eigenes Zutun eintreten würde.[743] Ist der Arbeitnehmer nicht in der Lage, den Schaden selbst abzuwenden, muss er ihn wenigstens dem Arbeitgeber melden.

487 Besonders, wenn der Vorwurf auf dem Unterlassen liegt, sind die genauen Pflichten des Arbeitnehmers kaum abstrakt zu bestimmen. Stattdessen lassen sich nur Kriterien festlegen, nach denen diese Pflicht im Einzelfall zu konkretisieren ist. Maßgeblich ist zuvorderst die Vertrauensstellung des Arbeitnehmers.[744] Sind dem Arbeitnehmer Material oder Personal anvertraut, geht dies mit der Pflicht einher, die Aufsicht darüber zu führen. Entsprechend muss er auch ohne ausdrückliche Vereinbarung z.B. dafür sorgen, dass Maschinen gewartet werden und dass Störungen möglichst beseitigt, jedenfalls aber angezeigt werden. Seine Vertrauensstellung bringt es auch mit sich, Störungen oder Schäden zu melden, die durch Kollegen drohen oder verursacht werden.

488 Ohne eine solche Stellung muss der Arbeitnehmer nur jene technischen und organisatorischen Störungen beseitigen oder melden, die innerhalb seines Arbeitsbereichs auftreten und die er erkennen kann.[745] Außerhalb seines Bereichs besteht eine Melde- oder Beseitigungspflicht nur, wenn er von der Störung positiv Kenntnis erlangt.[746] Verstöße seiner Kollegen muss er schließlich nur melden, wenn ein Personen- oder schwerer Sach- oder Vermögensschaden droht.[747]

2.4.7.5.2 Die eingeschränkte Pflicht, überschreitende Weisungen nicht zu befolgen

489 Eine Pflicht, überschreitende Weisungen nicht zu befolgen, beträfe auf den ersten Blick das Verbot, den Arbeitgeber nicht aktiv zu schädigen. Da sich der Arbeitnehmer dadurch aber in Widerspruch zu seinem Vorgesetzten begeben müsste, ist die Situation eher mit dem Gebot zur aktiven Schadensabwendung zu vergleichen. Dies gilt umso mehr, als ein Arbeitnehmer, der sich einer Weisung widersetzt, dass Irrtumsrisiko trägt. Im

742 BAG v. 1.6.1995 – 6 AZR 912/94, E 80, S. 144, Rn. 35 (=NZA 1996, S. 135).
743 BeckOGK/*Maties*, § 611 BGB, Rn. 1186.
744 MHdB ArbR/*Reichold*, § 55, Rn. 8.
745 MHdB ArbR/*Reichold*, § 55, Rn. 8.
746 BeckOGK/*Maties*, § 611 BGB, Rn. 1191.
747 BeckOGK/*Maties*, § 611 BGB, Rn. 1192; MHdB ArbR/*Reichold*, § 55, Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Falle arbeitsrechtlicher Konsequenzen kann er sich nur unter sehr engen Voraussetzungen darauf berufen, hinsichtlich der Bindungswirkung der Weisung unverschuldet geirrt zu haben.

2.4.7.5.2.1 Grundsätzlich keine eingehende Prüfungspflicht

Angesichts dieses Irrtumsrisikos muss der Arbeitnehmer nicht eingehend prüfen, ob die Weisung seines Vorgesetzten einer internen Beschränkung unterliegt. Er darf davon ausgehen, dass sein Vorgesetzter diese Beschränkungen berücksichtigt und mögliche Abweichungen selbst verantwortet.[748] Auch wenn es zweifelhaft erscheint, ob sich auf diese Weise – wie einem Dritten gegenüber – eine Rechtsscheinvollmacht konstruieren lässt, so würde doch jedenfalls im Ergebnis eine etwaige Pflichtverletzung des Arbeitnehmers durch ein Mitverschulden des Arbeitgebers nach § 254 Abs. 1 BGB verdrängt werden. 490

Auch hier gilt, dass sich derjenige, der sich eines bestimmten Erklärungsmittels bedient – in diesem Fall die Delegation des Weisungsrechts auf einen anderen Menschen oder einen elektronischen Agenten – die daraus resultierenden Risiken trägt. Dieses Risiko gestaltet der Arbeitgeber durch die Organisation seines Betriebs selbst und kann es darum nicht auf den Arbeitnehmer umlegen. Im Arbeitsrecht ist dies nicht zuletzt im sog. innerbetrieblichen Schadensausgleich anerkannt.[749] 491

2.4.7.5.2.2 Prüfpflicht nur in Ausnahmefällen

Eine gesteigerte Rücksichtnahmepflicht des Arbeitnehmers nach § 241 Abs. 2 BGB ließe sich in dieser Logik nur anhand der für die Pflicht zur 492

748 *Kolbe*, NZA 2009, S. 228, 230.

749 Grundlegend zuletzt BAG v. 27.9.1994 – GS 1/89 (A), E 78, S. 56–67 (=NZA 1994, S. 1083). Danach ist die Ersatzpflicht des schädigenden Arbeitnehmers nach § 254 Abs. 1 BGB beschränkt, wenn der Schaden bei einer betrieblich veranlassten Tätigkeit verursacht wurde. Der Arbeitnehmer ist in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert, durch deren einseitige Gestaltung der Arbeitgeber das Haftungsrisiko für den Arbeitnehmer prägt. Dieses Betriebsrisiko ist dem Arbeitgeber zuzuordnen und im Rahmen des § 254 Abs. 1 BGB auch dann zu berücksichtigen, wenn ihn kein Verschulden trifft. Abhängig von Faktoren wie dem Ausmaß des Verschuldens des Arbeitnehmers oder der Schadenshöhe kann dies bis zur völligen Entlastung des Arbeitnehmers führen.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schadensabwendung genannten Kriterien begründen. Danach wäre der Arbeitnehmer allgemein nur bei Verstößen, die über ein großes Schadenspotenzial verfügen, zu einer Prüfung der Weisungsbefugnis verpflichtet.

493 Um dieses Ergebnis zu erreichen, bedarf es jedoch nicht der Anwendung des Vertretungsrechts nach §§ 164 ff. BGB. Ob der elektronische Agent selbst als weisungsbefugter Vorgesetzter agiert oder eine Weisung des menschlichen Vorgesetzten nur als Bote übermittelt (siehe 2.4.7.4.1, S. 216), spielt für die Rücksichtnahmepflicht des Arbeitnehmers keine Rolle. Sowohl die fehlerhafte Generierung als auch die fehlerhafte Übermittlung einer Erklärung kann dazu führen, dass die konkrete Weisung die Weisungsbefugnisse des elektronischen bzw. menschlichen Vorgesetzten im Ergebnis überschreitet.

494 Werden die Weisungsbefugnisse offensichtlich überschritten oder hätte die Befolgung der Weisung einen großen Schaden zur Folge, gebietet die Rücksichtnahmepflicht des Arbeitnehmers nach § 241 Abs. 2 BGB, sich der Rechtmäßigkeit der Weisung zu vergewissern. Dies gilt unabhängig davon, ob die Weisung durch das Automatisierungssystem lediglich übermittelt oder in der Rolle des Vorgesetzten selbst erzeugt wird.

2.4.7.5.2.3 Allgemeine Prüfpflicht nur bei Vertrauensstellung

495 Für eine allgemeine – d.h. bereits unterhalb der Schwelle des großen Schadenspotenzials ansetzende – Prüfpflicht bedürfte es einer Aufsichtspflicht, die ein Arbeitnehmer hinsichtlich seines Vorgesetzten gerade nicht hat. Hier zeigt sich der Nachteil einer Arbeitsorganisation, die auf kleinteilige Weisungen setzt. Wenn sämtliche Anweisungen eines Produktions- oder Assistenzsystems als Weisungen nach § 106 GewO ausgestaltet werden, beschränkt sich die Aufgabe des Arbeitnehmers im Wesentlichen darauf, diesen zu folgen.

496 Gerade in einer Produktionsumgebung wie die der Industrie 4.0 dürfte der Arbeitgeber aber ein vitales Interesse daran haben, die spezifischen Fähigkeiten des Menschen (siehe 1.2.3.1, S. 64) zu nutzen und mit den Stärken der Automatisierungstechnik zu verbinden. So zeigen sich Menschen künstlicher Intelligenz insbesondere dann überlegen, wenn unsichere Situationen bewältigt werden müssen, die keinen klaren Mustern folgen. Als einziges wirklich intelligentes Element inmitten künstlich-intelligenter Systeme wird es also nicht selten die vordringliche Aufgabe des Menschen

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sein, die technischen Systeme zu koordinieren, sie zu bedienen und ihre Fehler zu korrigieren.[750]

497 Eine Ausgestaltung der Anweisungen eines Produktions- oder Assistenzsystems als Weisungen nach § 106 GewO steht dieser vorteilhaften Gestaltung der Mensch-Technik-Interaktion entgegen. Die Weisungen müssten stattdessen nur rahmenmäßig erfolgen und die Anweisungen des Automatisierungssystems nur als Hinweise verstanden werden. Nur dann verfügte der Arbeitnehmer über den notwendigen Handlungsrahmen, um das Verhalten der Technik kontrollieren und steuern zu können. Das System selbst zum Vorgesetzten zu erklären, der den Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer vertritt, ergibt unter diesen Umständen nicht nur keinen Sinn, es verstößt auch gegen das – freilich nicht umfassend rechtsverbindliche – Ziel der menschengerechten Gestaltung der Arbeit (siehe insbesondere 2.3.7.2, S. 183).

2.4.7.6 Billigkeitskontrolle und Diskriminierungskontrolle der Weisungen

498 Beschränkungen für die Automatisierung der Durchführung des Arbeitsverhältnisses ergeben sich nicht nur aus einem wohlverstandenen Eigeninteresse des Arbeitgebers, die Stärken von Mensch und Technik optimal miteinander zu kombinieren. Es gilt auch die Anforderungen an die Billigkeitskontrolle nach § 106 S. 1 GewO und die Vorgaben des AGG zu beachten.

2.4.7.6.1 Vorhersehbarkeit und Nachvollziehbarkeit von Entscheidungen

499 Aus den Vorschriften zur Billigkeitskontrolle nach § 106 S. 1 GewO lassen sich bei Weisungen zur Art der Tätigkeit keine hohen Hürden ableiten. Der Arbeitgeber muss im Wesentlichen gewährleisten, dass die Tätigkeit im arbeitsvertraglichen Rahmen liegt und dem Arbeitnehmer nach Alter, Ausbildung und körperlichen Zustand zumutbar ist. Hinzu kommt, dass die Weisungen stets auf einer plausiblen unternehmerischen Entscheidung fußen müssen (siehe 2.4.5.1, S. 197).

750 Siehe das zweite fiktive Fallbeispiel in 2.3.7.2.1, S. 184.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.4.7.6.1.1 Programmtechnische Beschränkungen auf rechtmäßige Entscheidungen

500 Diese Anforderungen der Billigkeitskontrolle müssen – ebenso wie sämtliche andere rechtliche Anforderungen an die konkrete Entscheidung – auch bei einer automatischen Ausübung des Weisungsrechts beachtet werden. Dem System müssen also Beschränkungen vorgegeben werden, dass es dem Arbeitnehmer keine unzumutbaren Tätigkeiten zuweist oder eine anderweitig rechtswidrige Entscheidung trifft. Das ist insofern problematisch, als sich das Verhalten sehr komplexer Systeme für den Betreiber u.U. kaum vorhersagen lässt.

501 Inwiefern rechtliche Anforderungen programmtechnisch umgesetzt werden können, kann hier nicht abstrakt beurteilt werden. Zumindest in Bezug auf die Billigkeitskontrolle nach § 106 S. 1 GewO dürften die umzusetzenden Anforderungen nicht allzu komplex sein. Die Zumutbarkeit der Arbeit ist vor allem ein Problem der rahmenmäßigen Konkretisierung des Arbeitsinhalts am Beginn der Tätigkeit. Diese Einteilung und Zuweisung der Tätigkeit werden wohl auch weiterhin von Menschen vorgenommen werden. Die IT-Systeme setzen dort an, wo einzelne Arbeitsanweisungen erteilt werden sollen. Sind die individuellen Zumutbarkeitsgrenzen aber erst einmal berücksichtigt, dürften detaillierte Einzelanweisungen zur genauen Ausführung der Tätigkeit kaum als unzumutbar einzustufen sein. Dass die Unbilligkeit einer Weisung programmtechnisch nicht ausgeschlossen werden kann, ist angesichts der Fehlbarkeit menschlicher Vorgesetzter jedenfalls kein unüberwindbares Hindernis.[751]

2.4.7.6.1.2 Nachvollziehbarkeit von Entscheidungen

502 Als problematisch könnte sich in diesem Kontext aber die mangelnde Nachvollziehbarkeit der automatisch getroffenen Entscheidungen (2.4.7.3, S. 212) erweisen. Die Darlegungs- und Beweislast für die Wirksamkeit seiner Ermessensentscheidung nach § 106 S. 1 GewO trifft den Arbeitgeber.[752] Hierzu muss er im Streitfall die Kriterien erläutern, nach denen die Weisung ergangen ist. Dazu gehört auch der sachliche Grund, nach dem

751 *Däubler* 2018, § 10 Rn. 11.

752 BAG v. 14.7.2010 – 10 AZR 182/09, E 135, S. 128, Rn. 90 (=AP Nr. 43 zu Art 12 GG); BAG v. 26.9.2012 – 10 AZR 416/11, AP GewO § 106 Nr. 19, S. 34 (=BeckRS 2012, 75948).

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die unternehmerische Entscheidung getroffen wurde, die der Weisung zugrunde liegt. Der Arbeitgeber weiß aber u.U. gar nicht, warum genau eine automatisierte Entscheidung so getroffen wurde oder eine automatisierte Weisung so ergangen ist.

503 Dies bedeutet aber nicht, dass Weisungen, die automatisch erteilt oder vorbereitet werden, per se unbillig sind. Bei der Billigkeitskontrolle gilt wie auch bei der gerichtlichen Kontrolle einer außerordentlichen Kündigung, dass die Entscheidung objektiv bewertet wird, auf der Grundlage des zum Zeitpunkt der Erklärung vorliegenden Sachverhalts.[753] Es ist also prinzipiell unschädlich, wenn der Arbeitgeber Gründe nachschiebt, die in seine subjektive Wertung nicht eingeflossen sind.[754] Die Weisung und die ihr zugrundeliegende unternehmerische Entscheidung müssen lediglich objektiv billig bzw. plausibel sein. Der Arbeitgeber muss nicht zwingend wissen, warum genau das IT-System die Entscheidung oder die Weisung so getroffen bzw. erteilt hat. Es genügt, wenn er im Nachhinein irgendeinen plausiblen Grund anführen kann, warum er in der konkreten Situation genauso entschieden bzw. die gleiche Weisung erteilt hätte. Ob dies der tatsächlich maßgebliche Grund war, spielt keine Rolle.

504 Im Beispiel der Prozessoptimierung durch künstliche Intelligenz (2.4.7.1.2.2, S. 208) ist es darum unerheblich, welche Muster durch das System erkannt und warum also eine Arbeitsmethode als Verbesserung bewertet wurde. Entscheidend ist, dass es für einen menschlichen Beobachter plausibel ist, dass die Arbeitsmethode besser ist als eine bisherige. Ist dies der Fall, ist auch eine an sich undurchsichtig zustande gekommene Weisung nicht unbillig.

2.4.7.6.2 Gesamtverantwortung des Arbeitgebers

505 Wie sich am Beispiel der selbstorganisierten Planung der Arbeitszeit (2.4.7.1.2, S. 207) zeigt, können automatisierte Entscheidungen auch andere Aspekte als die Art der Leistung betreffen. Entsprechend muss in der Programmierung sichergestellt werden, dass die Anforderungen des Ar-

753 BAG v. 18.1.1980 – 7 AZR 260/78, AP BGB § 626 Nachschieben von Kündigungsgründen Nr. 1 (=NJW 1980, S. 2486); BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, E 134, S. 349, Rn. 52 (=NZA 2010, S. 1227).

754 BAG v. 18.1.1980 – 7 AZR 260/78, AP BGB § 626 Nachschieben von Kündigungsgründen Nr. 1 (=NJW 1980, S. 2486).

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

beitszeitrechts und die individuelle Situation der Arbeitnehmer berücksichtigt wird.[755]

506 Unabhängig von der Art der Weisung ist bei selbstorganisierten Systemen zu beachten, dass es sich auch bei diesen Entscheidungen um solche des Arbeitgebers handelt und nicht etwa solche der beteiligten Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber darf sich also nicht nur hinter die Aussage zurückziehen, das System habe entsprechend entschieden. Er kann sich auch nicht darauf berufen, dass die Arbeitnehmer die Entscheidung so abgestimmt haben. Vielmehr muss er selbst dafür sorgen, dass seine Weisung der Billigkeit nach § 106 S. 1 GewO entspricht.

2.4.7.7 Fazit zur Automatisierung des Weisungsrechts

507 Der Automatisierung des Weisungsrechts des Arbeitgebers nach § 106 GewO stehen insgesamt keine grundsätzlichen Bedenken entgegen. Der Arbeitgeber steht aber vor der Herausforderung, die Systeme so zu gestalten, dass die einzelne Weisung arbeitstechnisch sinnvoll ist und der Billigkeit nach § 106 S. 1 GewO entspricht.

508 Systeme künstlicher Intelligenz sind insofern problematisch, als ihr Verhalten weder genau vorhergesagt noch im Einzelnen genau nachvollzogen werden kann. Der Arbeitgeber kann diesem Problem aber nicht dadurch begegnen, dass er das System zum Vorgesetzten mit beschränkter Weisungsbefugnis im Sinne einer Vollmacht erklärt. Mit Ausnahme extremer Fallkonstellationen trägt er das Risiko, dass eine Weisung fehlerhaft vom System generiert wird. Abgesehen von grundsätzlichen Bedenken gegenüber der analogen Anwendung der Regeln der Stellvertretung nach §§ 164 ff. BGB wäre dieser Ansatz also auch nicht zielführend.

509 Eine Weisung des Arbeitgebers muss auf einer plausiblen unternehmerischen Entscheidung fußen. Dafür muss die Entscheidung des Systems aber nicht zwingend genau nachvollziehbar sein. Es genügt, wenn sie sich aus Sicht eines verständigen Beobachters als plausibel darstellt. Auch von dieser Seite stellen sich darum womöglich praktische, aber jedenfalls keine grundlegenden rechtlichen Hürden für die Automatisierung.

---

755 Dazu BAG v. 26.9.2012 – 10 AZR 412/11, AP GewO § 106 Nr. 22, Rn. 35 (=NJOZ 2013, S. 457); BAG v. 28.8.2013 – 10 AZR 569/12, AP GewO § 106 Nr. 26, Rn. 40 (=NZA-RR 2014, S. 181).

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Insgesamt lässt sich festhalten, dass eine umfassende Automatisierung des Weisungsrechts vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Entwicklungslinien der Rolle des Menschen in der Industrie 4.0 (siehe 1.2.3.2, S. 65) kritisch zu sehen ist. Eine solche Gestaltung setzt sich nicht nur dem Risiko fehlerhafter und rechtswidriger Weisungen aus. Sie widerspricht auch dem Ziel der menschengerechten Gestaltung der Arbeit. 510

2.4.8 Fazit zum Weisungsrecht

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO ist das zentrale Instrument, mit dem dieser die Automatisierung des Arbeitsumfelds vorantreiben und gestalten kann. Dies wird hauptsächlich Weisungen zur Art der Tätigkeit betreffen. Durch sie wird die Leistungspflicht des Arbeitnehmers in Bezug auf den Umgang mit den Produktions- und Assistenzsystemen der Industrie 4.0 konkretisiert. 511

Die Ausübung des Weisungsrechts hat gemäß § 106 S. 1 GewO nach billigem Ermessen zu erfolgen, was der vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Dennoch hat der Arbeitgeber im Ergebnis einen gewissen Entscheidungsspielraum, welche Weisungen er erteilt. Dies liegt vor allem daran, dass er die unternehmerische Organisationsentscheidung, die der Weisung zugrunde liegt, im Wesentlichen frei treffen kann. Dieser Entscheidungsspielraum wirkt sich auch auf die datenschutzrechtliche Prüfung aus, der die Billigkeitskontrolle nach § 106 S. 1 GewO vorgelagert ist. 512

Soweit dem Arbeitnehmer in der Industrie 4.0 neue Aufgaben zugewiesen werden, muss der Arbeitgeber gewährleisten, dass die Tätigkeit diesem nach Alter, Ausbildung und körperlichem Zustand zumutbar ist. Dass ein Arbeitnehmer sich neuen Herausforderungen gegenübersieht, macht eine Weisung aber nicht unzumutbar. Das Berufsbild, das maßgeblich die Art der Tätigkeit definiert, zu der sich der Arbeitnehmer abstrakt verpflichtet hat, ist einem stetigen Wandel unterzogen und folgt demnach auch der Entwicklung zur Industrie 4.0. Problematisch ist insofern nur, dass den Arbeitnehmern je nach Stellung und Automatisierungskonzept zukünftig vermehrt selbständige und koordinierende Tätigkeiten abverlangt werden oder auf der Gegenseite solche Tätigkeiten in erheblichem Maße abgebaut werden. Hier könnte der arbeitsvertragliche Rahmen teilweise überschritten werden. 513

Das Weisungsrecht erstreckt sich auch auf Ordnungs- und Kontrollmaßnahmen. Der genaue Umfang der Arbeitgeberrechte hängt hier besonders stark von der Billigkeitskontrolle nach § 106 S. 1 GewO ab. Gerade an Kon- 514

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

trollen, die in einem engen Verhältnis zur Arbeitsleistung stehen, sind aber eher geringe Anforderungen zu stellen.

515 Die Automatisierung des Arbeitsumfelds kann schließlich nicht nur durch das Weisungsrecht erfolgen. Auch die Ausübung des Weisungsrechts selbst kann automatisiert werden. Rechtlich bestehen hier keine Besonderheiten. Insbesondere müssen die so zustande gekommenen Entscheidungen im selben Maße der Billigkeit entsprechen, wie dies von menschlichen Entscheidungen gefordert wird. Je stärker das Weisungsrecht aber automatisiert wird, desto weniger kann der Arbeitnehmer seine menschlichen Stärken ausspielen. Gerade vor dem Hintergrund, dass die mittels künstlicher Intelligenz getroffenen Entscheidungen u.U. weder vorhergesagt noch genau nachvollzogen werden können, dürfte es darum nicht ratsam sein, die Ausübung des Weisungsrechts stark zu automatisieren.

2.5 Fazit zum arbeitsrechtlichen Rahmen der Automatisierung

516 Den Ausgangspunkt dieses Kapitels bildet die zur Industrie 4.0 geführte arbeitssoziologische Diskussion, wie die Automatisierung des Arbeitsumfelds gestaltet werden kann. Ihr liegt die Befürchtung zugrunde, dass – würde die Entwicklung zur Industrie 4.0 als rein technische Herausforderung begriffen werden – die Beschäftigten zum bloßen Anhängsel der Technik degradiert würden. Bei diesem „Automatisierungsszenario" drohte der Facharbeit eine Abwertung, bei der die Tätigkeiten vereinfacht und die Handlungsspielräume eingeengt würden. Die Beschäftigten liefen Gefahr, ihre Kompetenzen in einer solch dequalifizierenden Arbeitsumgebung weder erhalten noch ausbauen zu können. Dieser negativen Entwicklung wird ein explizit sozio-technisches Konzept entgegengesetzt, bei dem auch die Erweiterung der Fähigkeiten der Beschäftigten im Fokus steht. Bei diesem „Werkzeugszenario" soll sich der Mensch der Technik unterstützend bedienen können, ohne von ihr ersetzt oder in übrig gebliebene Automatisierungslücken gedrängt zu werden.

517 An diese Gegenüberstellung der verschiedenen Gestaltungsansätze knüpft die Grundfrage dieses Kapitels an, inwiefern diese Ansätze auch rechtliche Relevanz besitzen. Anders formuliert: Können aus den Rechten der Beteiligten – abseits der Anforderungen des Beschäftigtendatenschutzes – Leitlinien und Grenzen für die Automatisierung des Arbeitsumfelds abgeleitet werden? Die Darstellung hat gezeigt, dass diese Frage äußerst zurückhaltend beantwortet werden muss. Dem Arbeitgeber steht, gestützt auf sein Grundrecht auf Berufsfreiheit, bei der Organisation seines Betriebs und

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Arbeit dort ein weiter Gestaltungsspielraum zu, der ohne Weiteres jedenfalls nicht empfindlich eingeschränkt werden kann.

Zur Einschränkung des Spielraums bieten sich drei verschiedene Ansätze an, die unterschiedliche, vor allem aber unterschiedlich strenge Anforderungen an die Gestaltung der Automatisierung der Arbeitsumgebung stellen: Die arbeitsvertragliche Begrenzung des Weisungsrechts, inhaltliche Beschränkungen, die aus der Berufsfreiheit und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Beschäftigten abgeleitet werden, und schließlich die auf dem Recht auf körperliche Unversehrtheit der Beschäftigten beruhenden Vorgaben des gesetzlichen Arbeitsschutzes. 518

2.5.1 Arbeitsvertragliche Begrenzung

Das zentrale Instrument des Arbeitgebers, mit dem er die Organisation seines Betriebs allgemein und speziell die Automatisierung des Arbeitsumfelds gestalten kann, ist das Weisungsrecht nach § 106 S. 1 GewO. Dieses einseitige Bestimmungsrecht des Arbeitgebers zu Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung besteht aber lediglich im Rahmen der entsprechenden arbeitsvertraglichen Vereinbarungen. 519

Dabei stellt sich die Frage, ob sich die Arbeit in der Industrie 4.0 vor dem Hintergrund der sich wandelnden Anforderungen an die Beschäftigten noch innerhalb dieses Rahmens bewegt. Als problematisch erweisen sich hier insbesondere Tätigkeiten, bei denen die Beschäftigten entweder wesentlich selbständiger oder wesentlich unselbständiger als bisher agieren müssen. Diese Tätigkeiten könnten am ehesten den Rahmen des vereinbarten Arbeitsinhalts verlassen und eine Vertragsanpassung nach sich ziehen. Das Problem zeigt sich vor allem beim Automatisierungsszenario, da hier eine erhebliche Abwertung von Facharbeit erwartet wird. Letztlich handelt es sich aber nur um eine vertragliche Anforderung. Gesetzliche Vorgaben, die einer Vertragsanpassung bei den betroffenen Arbeitnehmern entgegenstünden, existieren nicht. 520

2.5.2 Berufsfreiheit und Persönlichkeitsrecht des Beschäftigten

Innerhalb des vertraglichen Rahmens wird das Weisungsrecht nach § 106 S. 1 GewO durch die gesetzliche Anforderung beschränkt, es nach billigem Ermessen auszuüben. Hier können entgegenstehende Rechte wie die Berufsfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers 521

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zum Tragen kommen. Die beiden Rechte haben einige Schnittpunkte, was daran liegt, dass die berufliche Tätigkeit eines Menschen sich nicht im Broterwerb erschöpft, sondern einen wichtigen Teilaspekt seiner Persönlichkeitsentfaltung darstellt. Daraus ergeben sich Gemeinsamkeiten im Gewährleistungsgehalt und in den Eingriffsvoraussetzungen der Berufsfreiheit und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Beschäftigten.

522 Aus der Berufsfreiheit des Beschäftigten lässt sich ein Recht auf einen weisungsfreien Eigenbereich ableiten. Der Arbeitgeber darf ihm folglich nicht alle Einzelheiten seiner Tätigkeit vorgeben, sondern muss dem Beschäftigten auch ein gewisses Maß an Autonomie zubilligen. Der Gewährleistungsgehalt des Persönlichkeitsrechts erfasst ebenfalls die Autonomie des Beschäftigten, geht aber in seiner Ausprägung als Recht auf menschengerechte Gestaltung der Arbeit noch weit darüber hinaus. Neben dem Interesse, zu einem gewissen Maß eigenverantwortlich handeln zu können, werden auch Aspekte wie die Kreativität und der Abwechslungs- und Inhaltsreichtum einer Tätigkeit, die Möglichkeit zur sozialen Kooperation, die Beachtung von Belastungs- und Leistungsgrenzen sowie der Kompetenzerwerb und die Kompetenzerhaltung geschützt.

523 Diese der Persönlichkeitsentfaltung zuzuordnenden Interessen nehmen jedoch in der Abwägung mit den Interessen des Arbeitgebers keine hervorgehobene Stellung ein. Dies gilt umso mehr, als sich der Beschäftigte gerade in den für den Einsatz von Produktions- und Assistenzsystemen relevanten Fragen der Art der Tätigkeit besonders stark der Organisationshoheit des Arbeitgebers unterworfen hat. Soweit die Rechte des Beschäftigten auf einen weisungsfreien Eigenbereich und auf eine menschengerechte Gestaltung der Arbeit lediglich über Generalklauseln in das Arbeitsverhältnis einwirken, kann ihnen – abgesehen von extremen Fallgestaltungen – nur ein Willkürverbot für den Arbeitgeber entnommen werden. Hieraus können keine zwingenden Anforderungen an die Automatisierung des Arbeitsumfelds abgeleitet werden.

524 Mit diesem schwachen Schutz korrespondiert auch die spärliche einfachgesetzliche Ausgestaltung, die sich in einem Beratungs- und einem korrigierenden Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats erschöpft. Gerade letzteres ist dabei an derart hohe Voraussetzungen gebunden, dass es praktisch nie zum Tragen kommt. Die persönlichkeitsrechtlich fundierte menschengerechte Gestaltung der Arbeit ist damit lediglich ein Leitbild, dass der Arbeitgeber zwar anstreben soll, dass seiner Organisationshoheit aber keine nennenswerten Grenzen setzen kann.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Neben den Beschränkungen für den Inhalt von Weisungen stellt sich auch die Frage, inwiefern das Weisungsrecht automatisiert ausgeübt werden kann. Hiergegen bestehen keine grundlegenden rechtlichen Bedenken. Der Arbeitgeber steht jedoch in der Pflicht, die inhaltlichen Anforderungen weiterhin zu erfüllen. Außerdem trägt er das Risiko einer infolge eines technischen Mangels fehlerhaften Weisung. Eine solche Automatisierungsgestaltung läuft darum Gefahr, die Potenziale einer Mensch-Technik-Interaktion zu verspielen und die jeweiligen Stärken der Beteiligten nicht zu nutzen. Verrechtlichen lassen sich diese Einwände aber nicht. 525

2.5.3 Körperliche Unversehrtheit

Eine empfindliche Einschränkung der Organisationshoheit des Arbeitgebers kann lediglich unter Berufung auf das Recht auf körperliche Unversehrtheit des Beschäftigten erreicht werden. Maßgeblich ist hier die einfachgesetzliche Ausgestaltung, die dieses Recht im Arbeitsschutzrecht erhält. In Bezug auf die spezifischen Risiken, die von einem Einsatz von Produktions- und Assistenzsystemen der Industrie 4.0 ausgehen, kann dabei zwischen dem Schutz der physischen und dem Schutz der psychischen Gesundheit unterschieden werden. 526

2.5.3.1 Schutz der physischen Gesundheit

Der Schutz der physischen Gesundheit betrifft zunächst die sichere Gestaltung der Systeme selbst, vor allem aber das Potenzial dieser Systeme, wenn es darum geht, bestehende körperliche Belastungen abzubauen. Sie können dazu beitragen, die Arbeit insgesamt ergonomischer zu gestalten – und bei hinreichender Erprobung und Verbreitung auch zum Pflichtprogramm des Arbeitgebers werden. 527

In Hinblick auf die Ausgangsfrage, welche rechtlichen Grenzen einer Automatisierung des Arbeitsumfelds gesetzt sind, können dem Schutz der physischen Gesundheit jedoch nur wenige Anforderungen entnommen werden. Auch Assistenzsysteme, welche die körperliche Belastung wirksam senken, können so gestaltet sein, dass sie den Beschäftigten ein Stück weit in seiner Eigenständigkeit beschränken oder dass im Zuge des Umgangs mit ihnen Kompetenzen verloren gehen. Dieser Effekt hängt maßgeblich davon ab, ob die Systeme nur noch von Experten eingerichtet und bedient werden können oder auch von denjenigen Beschäftigten, welche durch 528

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

diese Systeme unterstützt werden sollen. Dies ist aber vor allem eine Frage der Persönlichkeitsentfaltung und nicht der physischen Gesundheit.

2.5.3.2 Schutz der psychischen Gesundheit

529 Die Maßnahmen zum Schutz der psychischen Gesundheit weisen eine gewisse Ähnlichkeit zu den Handlungsfeldern der persönlichkeitsrechtlich fundierten menschengerechten Gestaltung auf. Hier geht es zwar nicht schwerpunktmäßig um Autonomie und Kompetenzaufbau, sondern eher um Erholungspausen und Abwechslungsreichtum der Arbeit. Die Umsetzung dieser Maßnahmen kann aber dazu führen, dass die Arbeit gleichzeitig persönlichkeitsförderlich wirkt.

530 Die Arbeit wirkt besonders dann psychisch belastend, wenn sie eintönig ist und den Beschäftigten kaum Einfluss auf die konkrete Ausübung erlaubt. Entsprechend hat der Arbeitgeber maschinenbestimmte Arbeitsrhythmen und Überwachungstätigkeiten, die die permanente Aufmerksamkeit des Beschäftigten erfordern, zu vermeiden. Als alternative Gestaltung bietet es sich an, Tätigkeiten abwechslungsreich und vielfältig zu gestalten, Erholungspausen vorzusehen und den Beschäftigten einen möglichst weiten Handlungsspielraum einzuräumen. Gerade was Autonomie und Aufgabenvielfalt angeht, ergeben sich insofern Überschneidungen mit den Maßnahmen der auf Persönlichkeitsentfaltung gerichteten menschengerechten Gestaltung.

531 Besonders solche aufwändigen und wirksamen Methoden wie das Jobenrichment, das zusätzliche Qualifizierungsmaßnahmen erfordert, haben auch einen persönlichkeitsförderlichen Nebeneffekt. Sie führen nämlich dazu, dass die Aufgaben vollständig – d.h. unter Einbeziehung von Planungs- und Ausführungselementen – gestaltet sind und der Beschäftigte dadurch bei seiner lernförderlichen Arbeit zusätzliche Kompetenzen aufbauen kann. Andere, weniger aufwändige Maßnahmen wie die Einführung von Erholungspausen, haben keinen solchen Doppeleffekt. Je nach dem Grad der Belastung kann der Arbeitgeber darum verpflichtet sein, gesundheitsschützende Maßnahmen zu treffen, von denen als Rechtsreflex auch die persönlichkeitsbezogenen Aspekte der menschengerechten Gestaltung erfasst sind.

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2.5.3.3 Abwägungsmaßstab und Konsequenzen

Im Vergleich zu den auf die Berufsfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht gestützten Anforderungen sind die arbeitsschutzrechtlichen Vorgaben weitaus strenger ausgestaltet. Soweit eine Maßnahme der menschengerechten Gestaltung der Arbeit zum Schutz der Gesundheit notwendig ist, kann ihr der Arbeitgeber nur entgegenhalten, dass sie nur unter einem objektiv übermäßigen Aufwand zu realisieren ist. Seine Pflicht beschränkt sich also keineswegs nur auf ein Willkürverbot. Die gesundheitsbezogene menschengerechte Gestaltung ist darum zugleich Leitbild und verbindliche Anforderung. 532

Diese Prinzipien der menschengerechten Gestaltung der Arbeit, insbesondere die der Autonomie und Aufgabenvielfalt, sind unvereinbar mit einer Automatisierung, bei der zuerst die technischen Möglichkeiten ausgereizt und die verbleibenden Lücken sodann mit menschlicher Arbeit gefüllt werden. Die Ausgangsfrage zur rechtlichen Relevanz der oben genannten Automatisierungskonzepte kann darum grundsätzlich bejaht werden. Anders als bei den praktisch unverbindlichen Leitbildern, die sich aus der Berufsfreiheit und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ableiten lassen, sind Autonomie und Aufgabenvielfalt im Rahmen des Rechts auf körperliche Unversehrtheit jedoch kein Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck, eine andernfalls eintretende hohe psychische Belastung zu vermeiden. 533

534

https://doi.org/10.5771/9783748925149-74, am 12.10.2024, 07:34:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb