

# Arbeitsrecht 4.0

Arnold / Günther

2. Auflage 2022  
ISBN 978-3-406-75384-8  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

oder eine Pflicht zur Weiterbildung zu etablieren, und diejenigen, die die geltende Rechtslage für ausreichend erachten und auf individuelle Lösungen setzen.

Zentraler und immer wiederkehrender Begriff, wenngleich auch im Detail in unterschiedlicher Betonung, ist dabei das Konzept des „**lebenslangen Lernens**“. Was damit genau gemeint ist, bleibt wieder der Vorstellungskraft jedes Einzelnen überlassen. Teilweise wird unter diesem Schlagwort eine Reform des BBiG gefordert, die das Ausbildungsverhältnis nicht mehr auf einen Zeitraum vor der beruflichen Tätigkeit beschränkt, sondern zu einem lebensbegleitenden Instrument machen soll.<sup>448</sup> Details bleibt ein solcher Ansatz jedoch schuldig.

Andere fordern eine umfassende gesetzliche Regelung betreffend Qualifizierung und Weiterbildung im Sinne eines **Rechtsanspruchs auf Weiterbildung**.<sup>449</sup> Teilweise wird angeregt, dass die landesrechtlichen Weiterbildungsgesetze abgeschafft werden sollen, um den gesamten Komplex der Weiterbildung in einem **bundesweit geltenden Weiterbildungs- und Qualifizierungsgesetz** zu vereinheitlichen und transparenter zu gestalten.<sup>450</sup>

Teilweise wird vom Gesetzgeber vor allem eine **Feinjustierung** im Bereich bereits bestehender Regelungen gefordert, um einen rechtssichereren Gebrauch von Gestaltungsvarianten zu ermöglichen. Dies betrifft beispielsweise die bisher nur von einer (ausgiebigen) Rechtsprechungspraxis geprägten **Rückzahlungsklauseln**.<sup>451</sup> Die arbeitgeberseitige Bereitschaft, Weiterbildungsmaßnahmen anzubieten und zu finanzieren, soll durch einen rechtssichereren Gebrauch dieser Klauseln erhöht werden.

Unterschieden wird auch nach dem Anlass einer potentiell einzuführenden Weiterbildungspflicht oder eines darauf gerichteten Anspruches. Zum Teil wird angeregt, dem Arbeitnehmer pauschal ein **festes jährliches Zeitbudget** der Freistellung zur Weiterbildung unter Entgeltfortzahlung zu gewähren.<sup>452</sup> Dies weist in die gleiche Richtung wie die Forderung, auch jenseits des konkreten Bedarfs weiterzubilden.<sup>453</sup> Wie sich ein solches „**Fortbilden auf Vorrat**“ in das System von Industrie 4.0 einfügen soll, ist allerdings nicht ganz klar. Angesichts des im Rahmen von Industrie 4.0 stets hervorgehobenen Fortschritts, erscheint es doch eher rückschrittlich und weder sinnvoll noch ökonomisch, Wissen auf Vorrat anzuhäufen.<sup>454</sup> Dass der Arbeitgeber diese mitunter anlasslose Wissensanhäufung allein finanzieren soll, erscheint darüber hinaus wenig sachgerecht.<sup>455</sup> Andererseits birgt ein **bedarfsorientierter Anspruch** auf Weiterbildung das Risiko einer großen Rechtsunsicherheit<sup>456</sup>, denn bei sich immer schneller ändernden Anforderungen wird es dem Gesetzgeber nur schwer gelingen, eine abstrakt generelle Regel aufzustellen, mit der sicher ein solcher Bedarf ausgemacht werden kann.

Weiterbildung liegt wie dargestellt nicht zuletzt auch im Eigeninteresse des Arbeitnehmers, weswegen neben einem Anspruch auf Fortbildung auch die gesetzliche Verankerung einer Verpflichtung des Arbeitnehmers diskutiert wird, sich in vom Arbeitgeber hierfür zur Verfügung gestellter Zeit fortzubilden.<sup>457</sup> Die Weiterbildung soll so nicht nur als Recht des Arbeitnehmers, sondern auch als eine an diesen adressierte Pflicht ausgestaltet werden.<sup>458</sup> Im Sinne eines Gebens und Nehmens soll der Arbeitnehmer deswegen auch dazu angehal-

<sup>448</sup> Zunkeller AuA 2015, 334 (336).

<sup>449</sup> Krause Gutachten B 86.

<sup>450</sup> Oetker JZ 2016, 817 (822).

<sup>451</sup> Thüsing SR 2016, 92 (106). Zur Rechtsfortbildung durch das BAG *Linssenmaier* RdA 2019, 157 (161).

<sup>452</sup> Krause Gutachten B 87; für ein festes Zeitbudget auch schon *Henssler/Preis* in § 72 Abs. 3 des Diskussionsentwurfes eines Arbeitsvertragsgesetzes (NZA-Beil. 1/2007, 6).

<sup>453</sup> Rede von *Andrea Nahles*, damalige Bundesministerin für Arbeit und Soziales, anlässlich der Halbzeitkonferenz *Arbeiten 4.0* am 15. 3. 2016 in Berlin, [https://www.vgsd.de/wp-content/uploads/2016/03/20160315\\_ArbeitenVierNull\\_Rede-konsolidiert.pdf](https://www.vgsd.de/wp-content/uploads/2016/03/20160315_ArbeitenVierNull_Rede-konsolidiert.pdf), S. 5 (zuletzt aufgerufen am 26. 7. 2021).

<sup>454</sup> Vgl. auch Positionspapier BDA Mai 2015, S. 9.

<sup>455</sup> *Schuster* AnwBl. 2016, 641 (646).

<sup>456</sup> Vgl. *Krause* Gutachten B 87; *Schuster* AnwBl. 2016, 641 (645).

<sup>457</sup> *Thüsing* SR 2016, 92 (106).

<sup>458</sup> *Oetker* JZ 2016, 817 (822).

ten sein, einen gewissen Teil seiner Freizeit für vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Weiterbildungsmaßnahmen zu opfern.<sup>459</sup>

- 148 All diese Ansätze und auch die bisherigen Reformierungsversuche verkennen aber, dass der Fokus letztlich darauf liegen sollte, solche Rahmenbedingungen zu schaffen, die Fortbildung sowohl für den Arbeitnehmer als auch für den Arbeitgeber attraktiv machen und keine der beiden Parteien ungerechtfertigt bevorzugen. Ob eine umfassende gesetzliche Regelung hierfür der richtige und effizienteste Weg ist, darf bezweifelt werden. Es darf nicht aus den Augen verloren werden, dass es auch im eigenen Interesse der Unternehmen liegt, Bildungsmöglichkeiten anzubieten und so die besten Arbeitsergebnisse zu erzielen.<sup>460</sup> Inwiefern es förderlich ist, ihnen eine starre Pflicht aufzuzukloyieren, kann keiner der Ansätze überzeugend vermitteln. Unternehmen und Mitarbeiter sollten sich in gleichem Maße verantwortlich für Bildungsmaßnahmen fühlen. Es muss deswegen das Ziel sein, den **Dialog zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite** zu fördern, um den Bildungsbedarf zu erörtern und Lösungen zu entwickeln, von denen beide Seiten gleichermaßen profitieren. Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind hier nicht allein auf ein gesetzgeberisches Handeln angewiesen, sondern können – und sollten im eigenen Interesse beider Parteien – durch bilaterale Vereinbarungen oder gar auf Ebene der Betriebs- oder Sozialpartner, die für den jeweiligen Arbeitsplatz und die jeweilige Branche notwendigen Maßnahmen vereinbaren, um den Anforderungen der Digitalisierung zu begegnen. Der aktuell bestehende Rechtsrahmen mag nicht perfekt sein, ob eine weitere Normierung tatsächlich eine Verbesserung mit sich bringt, ist jedoch zweifelhaft.

### C. Mitarbeiterführung im Wandel

- 149 Die Digitalisierung stellt insgesamt neue Herausforderungen an Führungskräfte. Da Arbeitnehmer und Arbeitgeber häufig nicht mehr zur selben Zeit am selben Ort arbeiten, werden Motivation sowie Kontrolle der Mitarbeiter erschwert.<sup>461</sup> Eine Führung auf Distanz macht moderne Methoden notwendig. Für die „neue Art“ von Personalführung, die vor allem Flexibilität, Anpassungsfähigkeit und Offenheit gegenüber neuen Technologien erfordert, hat sich der Begriff „**digital leadership**“ etabliert.<sup>462</sup>
- 150 Infolge der örtlichen und zeitlichen Entgrenzung der Arbeit wird vielen Arbeitnehmern regelmäßig ein deutlich erweiterter **eigenverantwortlicher Handlungsspielraum** eingeräumt (zur Entgrenzung der Arbeit → Rn. 3 ff.). Können sich Mitarbeiter Zeit und Ort der Arbeitsleistung selbst einteilen, verschwimmen auch die Grenzen zu selbstständigen Tätigkeiten im Rahmen eines freien Dienstvertrages immer mehr. Das klassische Arbeitsverhältnis ist nach § 611a BGB und § 106 GewO von der Weisungsbindung und der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation geprägt. Damit geht im Grundsatz auch die Organisation in Hierarchien einher, was auf den ersten Blick nur schwer mit dem selbstbestimmten Arbeiten 4.0 vereinbar scheint. Auf den zweiten Blick erscheint dieser Widerspruch jedoch eher theoretisch. Das Weisungsrecht ist das Handlungsinstrument des Arbeitgebers, mit dem dieser sein Unternehmen nach seinen Vorstellungen führen kann. Er kann das Direktionsrecht strikt ausüben und jede einzelne Tätigkeit des Arbeitnehmers konkret anweisen. Er kann sich jedoch auch entscheiden, die Ausübung seines Direktionsrechts den Veränderungen der Arbeitswelt 4.0 anzupassen und im Einzelfall – so weit wie nötig und möglich – Flexibilität zu ermöglichen (dazu vertieft → Rn. 159 ff.).

<sup>459</sup> Vgl. Krause Gutachten B 87; Thüsing SR 2016, 87 (106).

<sup>460</sup> Vgl. Schuster AnwBl. 2016, 641 (645); Günther/Böglmüller NZA 2015, 1025 (1031).

<sup>461</sup> Günther/Böglmüller NZA 2017, 546 (549 f.).

<sup>462</sup> Günther/Böglmüller NZA 2017, 546 ff.; Wallisch NZA-Beil 2018, 81.

## I. Abbau von Hierarchien

### 1. Unternehmensübergreifende Entwicklungen

Bei vielen Unternehmen kann von einem Trend weg von der Hierarchie zurück zum Markt gesprochen werden.<sup>463</sup> Durch den zunehmenden Einsatz von **Leiharbeit** und **Outsourcing** mittels Werk- und Dienstverträgen findet ein Herauslösen aus der unternehmensinternen Hierarchie durch eine Bedarfsdeckung am Markt statt. Dasselbe gilt für moderne Gestaltungsformen wie „Crowdworking“ (→ § 2 Rn. 78 ff.) oder „Scrum“ (→ § 2 Rn. 108 ff.). Häufig stellen sich hier Probleme durch Überschneidungen von Fremd- und Eigenpersonaleinsatz (zum Weisungsrecht → Rn. 159 ff.).

Durch neue Formen der Zusammenarbeit wandeln sich auch die klassischen hierarchischen Organisationsstrukturen. Bei der konzernweiten Organisation in **Matrixstrukturen** erfolgt eine mehrdimensionale Gliederung nach Funktions- bzw. Produktionsbereichen.<sup>464</sup> Ein vorübergehendes oder dauerhaftes **Auseinanderfallen des Weisungsrechts** in einen fachlichen sowie einen disziplinarischen Teil ermöglicht es, dass Mitarbeiter der Konzernunternehmen in solchen Organisationen mehrere Vorgesetzte haben. **Disziplinarisch**, also hinsichtlich arbeitsrechtlicher Aspekte wie zB Abmahnung oder Kündigung, bleibt grundsätzlich der Arbeitgeber weisungsbefugt, mit dem der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag geschlossen hat (sog. Vertragsarbeitgeber).<sup>465</sup> Der Vertragsarbeitgeber hat weiterhin alle sonstigen Befugnisse, die ihm als Gläubiger aus dem Arbeitsverhältnis zustehen, beispielsweise Gewährung von Erholungsurlaub oder Maßnahmen der Personalentwicklung. In **fachlicher** Hinsicht, also was die Ausübung der konkreten Tätigkeit im Arbeitsalltag angeht, untersteht der Arbeitnehmer hingegen Weisungen der Führungskraft aus einem anderen Konzernunternehmen.

#### Praxishinweis:

Bei der Übertragung des Weisungsrechts in Matrixstrukturen (dazu insgesamt → § 2 Rn. 151 ff.) ist die **Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung** zu berücksichtigen (→ § 2 Rn. 162).<sup>466</sup> Dies gilt vor allem mit Blick auf die seit April 2017 geltende Höchstüberlassungsdauer (§ 1 Abs. 1b S. 1 AÜG).

### 2. Unternehmensinterne Entwicklungen

Neben den sich verändernden unternehmensübergreifenden Konzepten der Mitarbeiterführung ist auch innerhalb von Unternehmen ein „Kulturwandel“ erkennbar, der vor allem einen **Bedeutungsverlust der Hierarchien** mit sich bringt. Sofern unterhalb des gesetzlichen Vertretungsorgans des Unternehmens keinerlei Hierarchiestufen mehr existieren, spricht man von „**agilen Netzwerkorganisationen**“.<sup>467</sup> Die Abkehr von klassischen Hierarchieebenen betrifft auch große Konzerne, die zunehmend neue Strukturen sowie daran anknüpfende Vergütungsmodelle etablieren.

#### Beispiel:

Als erster Dax-30-Konzern hat Siemens unter dem Motto „level-less“ das globale Grading-system abgeschafft.<sup>468</sup> Im Jahr 2017 beschloss der Konzern, das weltweit bestehende Be-

<sup>463</sup> Hanau NJW 2016, 2613.

<sup>464</sup> → § 2 Rn. 140 ff.

<sup>465</sup> Vgl. Günther/Böglmüller NZA 2017, 546 (547 f.); Maschmann NZA 2017, 1557 (1558); Fritz NZA-Beil. 2018, 98 (100).

<sup>466</sup> Bachner NZA 2019, 134 (136). Siehe Neufeld/Michels KSzW 2012, 49 (54); Wallisch NZA-Beil. 2018, 81 (83).

<sup>467</sup> Günther/Böglmüller NZA 2019, 273, dort ausführlich zu agilen Arbeitsmethoden.

<sup>468</sup> <https://www.totalrewards.de/karriere/grading-laufbahn/siemens-schafft-globales-grading-ab-65381/> (zuletzt aufgerufen am 26.7.2021).

wertungs- und Gradingssystem sowie das daran gekoppelte Vergütungsmodell für Senior Manager aufzugeben, um Strukturen zu dezentralisieren und ein flexibles System zu schaffen. Die Vergütung, die sich bisher nach Dienstgraden und starren Gehaltsstufen richtete, wird nunmehr mit Hilfe von fallbezogenen Datenanalysen ermittelt. Der zentrale „Market-Intelligence“-Datenpool enthält Daten über Funktion, Profil und Jobfamilie der Senior Manager, die vor einer Entscheidung über die Vergütung mit Daten aus dem Unternehmen sowie dem Markt verglichen werden.

- 154 Im Zuge der Digitalisierung werden immer mehr Prozesse automatisiert. Es rücken damit solche Tätigkeiten in den Mittelpunkt, die gestalterische und prozesssteuernde Fähigkeiten erfordern. Diese Tätigkeiten müssen nicht notwendigerweise an einem bestimmten Ort, zu einer bestimmten Zeit (dazu → Rn. 3 ff.) und in einer festen Struktur verrichtet werden. Vielmehr wird ein selbstbestimmtes Arbeiten ermöglicht. Gerade die immer stärker gefragten IT- und Softwarespezialisten fordern **Freiräume im beruflichen Alltag**.<sup>469</sup> Um für solche Fachkräfte attraktiv zu sein, müssen Unternehmen jedenfalls in den relevanten Bereichen agiler werden. Der Trend geht dabei hin zu sich selbst organisierenden **eigenständigen Teams**. Die Eigenverantwortung der Mitarbeiter wird gefördert, indem diesen auch bei der organisatorischen Ausgestaltung der Arbeit mehr **Gestaltungsfreiheit** zukommt.

#### Beispiel:

Die Lufthansa AG ermöglicht es ihren Mitarbeitern, in einer elektronischen Tauschbörse selbstständig ihre Schichten zu tauschen. Die Software sucht abhängig von Qualifikation, Überstundenkonto und Verfügbarkeit eine geeignete Vertretung aus.<sup>470</sup>

- 155 In agilen Arbeitsstrukturen kann je nach gewähltem Arbeitsmodell der Fall eintreten, dass **fachliche Weisungen** (→ Rn. 152) zum Teil obsolet werden. So kann der Arbeitgeber beispielsweise die Entscheidung treffen, dass gerade in kreativen Bereichen, die Teammitglieder die Aufgaben und Rollen selbst verteilen. Der Fokus liegt dann verstärkt auf der **Gleichberechtigung der Teammitglieder**.
- 156 Dabei können Teams auch standortübergreifend als **virtuelle Teams** organisiert werden, deren Zusammenarbeit wesentlich mittels elektronischer Kommunikationsmedien realisiert wird.<sup>471</sup> Denkbar sind auch **demokratische Organisationsmodelle**, in denen Führungskräfte von den Mitarbeitern gewählt werden und sogar Organisationsmodelle ganz ohne Führungskräfte.<sup>472</sup> Vorreiter sind hier oftmals Start-up-Unternehmen. Dort gibt es statt Leitfunktionen häufig ein Steuerungsgremium von Mitarbeitern mit unterschiedlicher Expertise.<sup>473</sup>
- 157 In gewissen Bereichen der Arbeitswelt 4.0 kann so eine Arbeitsumgebung entwickelt werden, die stark von **Eigeninitiative** geprägt ist. Auch wenn kompetente Mitarbeiter gebunden werden sollen, scheint es von essentieller Bedeutung, diesen möglichst große Freiräume zu ermöglichen. Durch die Vermeidung starrer Hierarchien können Unternehmen die Chancen der Digitalisierung optimal realisieren. Wie weit dieser Abbau fester Strukturen sinnvollerweise umgesetzt wird, müssen Arbeitgeber ua je nach Branche, Teamzusammensetzung und Ziel der Zusammenarbeit entscheiden.

#### Hinweis:

Im Kontext zukunftsorientierter Mitarbeiterführung wird die eben beschriebene Entwicklung unter den Schlagworten **Empowerment** oder **Empowering Leadership** the-

<sup>469</sup> Straub Personalmagazin 2017, 34.

<sup>470</sup> <http://www.wiwo.de/erfolg/beruf/heimarbeit-und-co-auch-in-zukunft-gibt-es-kein-home-office-fuer-al-le/12944668.html> (zuletzt aufgerufen am 26.7.2021).

<sup>471</sup> Vgl. Sarges/Hertel Kap. 2.9 S. 163.

<sup>472</sup> Straub Personalmagazin 2017, 34 (35).

<sup>473</sup> Kissel/Mikus AuA 2016, 37 (38).

matisiert. Indem die Führungskraft die Verantwortung auf das Team verteilt und dieses zielgerichtet motiviert, schafft sie die Rahmenbedingungen für ein effektives und kreatives Arbeiten. Auf diese Weise sollen Teams zu Innovationen und Spitzenleistungen angetrieben werden.<sup>474</sup> Die in diesem Zusammenhang mögliche **elektronisch vermittelte Zusammenarbeit** stellt darüber hinaus spezielle Kompetenzanforderungen an Führungskräfte.<sup>475</sup> Die Schwierigkeit besteht hier vor allem darin, trotz der räumlichen Distanz eine persönliche Bindung zu den Mitarbeitern aufzubauen und ein Teamgefühl zu vermitteln.

Die klassische Führungskraft wird dennoch nicht zum Auslaufmodell, weil das Team nach wie vor **in die Weisungsstruktur des Arbeitgebers eingebunden** ist. Dieser hat sich jedoch für eine nur zurückhaltende Ausübung seines Weisungsrechts entschieden (→ Rn. 150 u. 152). Die Rolle der Führungskräfte besteht bei solchen Modellen mehr in der Betreuung des Teams als **Coach und Mentor**. Führung soll den Mitarbeitern Sicherheit vermitteln. Im Vordergrund steht hier mehr das Motivieren als das Kontrollieren.<sup>476</sup> Das Hauptaugenmerk liegt darauf, die Mitarbeiter dabei zu unterstützen, sich selbst zu organisieren und ihnen dabei die benötigten Freiräume zu schaffen. Die **Teamleistung** ist in dieser vernetzten Arbeitswelt der Dreh- und Angelpunkt von Führung und Mitarbeitermotivation.<sup>477</sup> 158

## II. Das Direktionsrecht in der Arbeitswelt 4.0

### 1. Ausübung in verschiedenen Arbeitsorganisationen

Wo Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf Augenhöhe zusammenwirken, erscheint das klassische fachliche **Weisungsrecht des Arbeitgebers** möglicherweise nicht mehr zeitgemäß. Der Arbeitgeber kann daher entscheiden, sich in seiner Ausübung zurückzuhalten (→ Rn. 150 u. 152). Allerdings wird es auch weiterhin in nicht unerheblichem Maße Tätigkeiten geben, die ausführenden Charakter aufweisen und in einer festen Hierarchiestruktur erbracht werden. Der Arbeitgeber übt sein Weisungsrecht hier vollumfänglich aus, indem er Ort, Zeit und Inhalt der Arbeitsleistung vorgibt und kontrolliert. 159

Die Entkopplung von Arbeitsleistung und Arbeitsstätte kann den Arbeitnehmern Freiräume für selbstbestimmtes Arbeiten ermöglichen, das so weit geht, dass es ihnen weitgehend selbst überlassen bleibt, wann und wo sie arbeiten möchten. Das Weisungsrecht hinsichtlich des Inhalts der Arbeitsleistung wird hier nicht notwendigerweise eingeschränkt, während der Arbeitgeber es hinsichtlich Arbeitszeit und -ort lockert oder vollkommen darauf verzichtet, es auszuüben.<sup>478</sup> Vor allem das örtliche Weisungsrecht wird infolge der räumlichen Entgrenzung stark eingeschränkt. Denkbar ist hier sogar, dass der Arbeitnehmer im Ausland unterwegs ist und von seinem Arbeitgeber konkrete inhaltliche Anweisungen für Aufgaben bekommt, die er von überall auf der Welt durch eine digitale Verbindung zur Betriebsstätte ausführt. 160

#### Praxishinweis:

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob Arbeitnehmer in Zeiten zunehmender Internationalität der Arbeitswelt zu **Dienstreisen ins Ausland verpflichtet** sind.<sup>479</sup> Ohne entsprechende arbeitsvertragliche Regelung kommt es auf den Umfang

<sup>474</sup> Zum Thema Führung in der Arbeitswelt 4.0 vgl. instruktiv *Machwirth* AuA 2016, 416 f.

<sup>475</sup> Vgl. *Sarges/Hertel* Kap. 2.9 S. 169 f.

<sup>476</sup> *Steffan* NZA 2015, 1409 (1412).

<sup>477</sup> Vgl. *Straub* Personalmagazin 2017, 34.

<sup>478</sup> Vgl. *Thüsing* SR 2016, 87 (94).

<sup>479</sup> Ausführlich *Schulz/Stolzenberg* NZA 2019, 1320 ff.

des Direktionsrechts an. Höchstrichterlich ist noch nicht geklärt, ob Auslandsreisen einseitig durch den Arbeitgeber angeordnet werden können.<sup>480</sup>

Auch hier kommt es maßgeblich auf das Berufsbild und die Beschreibung des Tätigkeitssorts im Arbeitsvertrag an. Sofern die Anordnung von Auslandsreisen danach nicht auf das Direktionsrecht gestützt werden kann, kommt nur eine einvernehmliche Änderung des Arbeitsvertrages oder eine Änderungskündigung in Betracht (zur Kündigung → Rn. 229 ff.).<sup>481</sup>

- 161 Künftig wird die Arbeit in der digitalen Arbeitswelt noch stärker in **projektbezogenen Teams** erfolgen, als das heute bereits der Fall ist.<sup>482</sup> Auch hier ist es denkbar, dass der Arbeitgeber strikte inhaltliche Anweisungen gibt. Häufig wird er sein inhaltliches Weisungsrecht jedoch (zunächst) allein dadurch ausüben, dass er dem Team den Arbeitsauftrag zuweist. Hinsichtlich der Projektbearbeitung ist es durchaus vorstellbar, dass er auf die Ausübung des fachlichen Weisungsrechts verzichtet, sodass es dem Team selbst überlassen bleibt, wie die Aufgaben aufgeteilt werden und wo und wann diese erledigt werden. Dieser – jedenfalls temporäre – Verzicht auf die Ausübung des Weisungsrechts ändert aber selbstverständlich nichts daran, dass der Arbeitgeber jederzeit das Recht hat, von diesem Weisungsrecht wieder Gebrauch zu machen, zB falls sich die Selbstorganisation des Teams als ineffizient erweist. Der Arbeitgeber hat daher die **rechtliche Möglichkeit, dem Team wieder fachliche Weisungen zu erteilen.**
- 162 Nicht zu verwechseln sind solche Einschränkungen des Weisungsrechts nach Zeit, Ort und Inhalt der Tätigkeit mit dem **disziplinarischen Weisungsrecht.** Dieses wird hiervon nicht betroffen, sodass der Arbeitgeber weiterhin zB Abmahnungen und Kündigungen aussprechen kann. Dabei wird jedoch der Freiraum, der dem Arbeitnehmer eingeräumt wurde, zu berücksichtigen sein. Ist der Arbeitgeber mit der fachlichen Leistung unzufrieden, dürften disziplinarische Maßnahmen umso weniger in Betracht kommen, je selbstbestimmter die Arbeitnehmer ihre Tätigkeit ausüben.
- 163 Für die Arbeit in projektbezogenen Teams gilt hinsichtlich des Direktionsrechts also, dass grundsätzlich eine weitreichende Delegation der Kompetenzen auf das Team möglich ist und sich der Arbeitgeber weitestgehend zurücknimmt. Die **Letztverantwortung** verbleibt aber auch bei solchen Gestaltungen beim Arbeitgeber.<sup>483</sup>

#### Hinweis:

Abzugrenzen sind solche „Projektteams“ im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses allerdings von den immer verbreiteteren Arbeitsformen wie zB „**Crowdworking**“ (→ § 2 Rn. 78 ff.) oder „**Scrum**“ (→ § 2 Rn. 108 ff.). Hier kann je nach Ausgestaltung zu allen oder einzelnen Beteiligten ein Arbeitsverhältnis bestehen, muss es aber nicht. Werden derartige Modelle sowohl mit Arbeitnehmern als auch mit freien Dienst- oder Werkvertragsnehmern durchgeführt, besteht insbesondere bei Weisungen an alle Beteiligten die Gefahr, dass aufgrund der tatsächlichen Durchführung ein Arbeitsverhältnis entsteht und sich somit die typischen Risiken von Scheindienst- bzw. Scheinwerkverträgen realisieren können.

- 164 Ob eine solche weisungsfreie Arbeitsstruktur sinnvoll ist, wird maßgeblich von der jeweiligen Branche und Tätigkeit abhängen. So ist es zB nicht vorstellbar, dass Arbeitnehmer, deren Tätigkeiten in eine enge Taktung eingebunden sind, ihre Arbeitszeit und Arbeitsort frei wählen, wenn ihre Tätigkeit doch zu einer konkreten Zeit an einem konkre-

<sup>480</sup> Siehe nur LAG BaWü 6.9.2017 – 4 Sa 3/17, NZA-RR 2017, 578. Die gegen die Entscheidung beim BAG eingelegte Revision (10 AZR 514/17) hat sich erledigt.

<sup>481</sup> Schulz/Stolzenberg NZA 2019, 1320.

<sup>482</sup> Den Begriff „Projektarbeit“ verwendet Schirmer NZA-Beil. 2/2016, 85 (86).

<sup>483</sup> Günther/Böglmüller NZA 2017, 546 (547).

ten Ort benötigt wird. Vor allem im **Forschungs- und Entwicklungsbereich** wird dagegen häufig eher die Möglichkeit bestehen, dass der Arbeitgeber sowohl auf Weisungen hinsichtlich Ort und Zeit der Arbeitsleistung als auch hinsichtlich des Inhalts verzichtet. Gerade im IT-Sektor wird häufig projektorientiert gearbeitet, um flexibel und kurzfristig komplexe Lösungen zu entwickeln.<sup>484</sup> Liegt der Fokus auf der kreativen Entwicklung von Ideen, ist es in vielen Fällen notwendig, den Mitarbeitern ausreichende Freiräume zu gewähren.

Ein vollständiger Verzicht auf Weisungsbefugnisse ist mit dem heutigen Verständnis des Arbeitsverhältnisses als Abhängigkeitsverhältnis allerdings nicht vereinbar. Ein so selbstständig und eigenverantwortlich agierender Mitarbeiter kann und will in der Regel nur in einem **freien Dienstverhältnis** tätig sein. Viele Unternehmen möchten die hochqualifizierten und kreativen, im Entwicklungsbereich tätigen Mitarbeiter trotzdem in die Unternehmensstruktur eingliedern und möglichst langfristig binden. In der Praxis erweist sich die konzerninterne **Ausgliederung solcher Bereiche in Start-up-Unternehmen** als probates Mittel.<sup>485</sup> Hier können hierarchiefreie Arbeitsmethoden ausprobiert werden, ohne das Gesamtgefüge eines Betriebes oder gar Unternehmens aus dem Gleichgewicht zu bringen.

#### Hinweis:

In diesem Zusammenhang kann – als Mittelweg zwischen Arbeitsverhältnis und freiem Dienstverhältnis – das **Heimarbeitverhältnis** nach § 2 Abs. 1 HAG eine Renaissance erleben.<sup>486</sup> Auch Tätigkeiten, die eine höherwertige Qualifikation erfordern, wie zB die eines Programmierers, können Heimarbeit sein.<sup>487</sup> Diese zeichnet sich dadurch aus, dass der Beschäftigte **regelmäßig Arbeitsergebnisse abzuliefern** hat, hinsichtlich der Wahl des Arbeitsorts sowie der Eingliederung in den Betrieb jedoch weitgehend **Souveränität** genießt. Der Heimarbeiter unterfällt zwar nicht dem Arbeitnehmerbegriff, das HAG gewährt ihm aber im Gegensatz zu einem Selbstständigen einen gewissen Mindestschutz.<sup>488</sup>

Für Unternehmen kann dieses Modell **vorteilhaft** sein, da eine gewisse Bindung des Heimarbeiters erreicht werden kann, ohne den von vielen hochqualifizierten (IT-)Experten abgelehnten rechtlichen Rahmen eines Arbeitsverhältnisses anwenden zu müssen.

## 2. Bedeutung der Klassifizierung als Arbeitsverhältnis auch bei gewandelten Arbeitsbedingungen

Die umfassende Weisungsgebundenheit macht Arbeitnehmer nach Auffassung des Gesetzgebers besonders schutzwürdig. Es gibt deswegen zahlreiche **Schutzgesetze zu Gunsten von Arbeitnehmern**, wie zB das Kündigungsschutzgesetz. In einem freien Dienstverhältnis gelten hingegen keine nennenswerten Schutzvorschriften. Aufgrund der Entwicklung von unterschiedlichen Arbeitskulturen im Zuge der Digitalisierung wird die Rechtssystematik der Arbeitswirklichkeit oft nicht mehr gerecht.<sup>489</sup> Eine klare Abgrenzung von Arbeitsverhältnis und freiem Dienstverhältnis fällt immer schwerer. Dies gilt umso mehr, wenn durch flache Hierarchien und weiträumigen Verzicht auf die Ausübung von Wei-

<sup>484</sup> *Krawczyk* AuA 2015, 584.

<sup>485</sup> Vgl. *Schirmer* NZA-Beil. 2/2016, 85 (87); *Straub* Personalmagazin 2017, 34.

<sup>486</sup> Vgl. *Reinhard* ArbRB 2017, 161 (162). Ausführlich zur heutigen Bedeutung des Heimarbeitgesetzes *Deinert* RdA 2018, 359 ff.; dazu auch *Waltermann* RdA 2019, 94 (98 f.).

<sup>487</sup> BAG 14. 6. 2016 – 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453.

<sup>488</sup> *Deinert* RdA 2018, 359 (359 f.); umfassend zu rechtlichen Aspekten der Heimarbeit *Küttner/Röller*, Personalbuch; „Heimarbeit“ Rn. 1 ff.

<sup>489</sup> *Schirmer* NZA-Beil. 2/2016, 85 (87).

sungsrechten eine Begegnung von Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf Augenhöhe geschaffen wird.

- 167 Oft ist es von keiner der Vertragsparteien intendiert, die Qualifizierung als Arbeitnehmer in Frage zu stellen.<sup>490</sup> Die teilweise Aufgabe des Weisungsrechts bei der Arbeit in agil organisierten Teams hat eher tatsächliche Gründe und soll keine negativen Folgen für die Mitarbeiter haben. Gerade bei Beschäftigten mit einem hohen Grad an Kompetenz ist die fachliche Weisungsgebundenheit häufig nicht typisch. In diesem Fall kann sich eine **persönliche Abhängigkeit** im Wege der **Gesamtbetrachtung** auch aus anderen Merkmalen ergeben.<sup>491</sup> Wenn die Mitarbeiter dauerhaft in die betrieblichen Abläufe eingebunden sind und ausschließlich für den Arbeitgeber tätig sind und diesem ihr Wissen zur Verfügung stellen, sind sie in der Regel auch als Arbeitnehmer zu qualifizieren.<sup>492</sup>
- 168 Solange die Parteien das Vertragsverhältnis **explizit als Arbeitsverhältnis bezeichnen**, steht es der Annahme eines Arbeitsverhältnisses nach Auffassung des BAG nicht entgegen, dass der Arbeitgeber sein Weisungsrecht nicht ausübt.<sup>493</sup> Selbst wenn objektiv die Merkmale eines freien Dienstverhältnisses überwiegen sollten, kann sich auf diese Weise im Rechtssinne ein Arbeitsverhältnis ergeben. Für den umgekehrten Fall gilt allerdings zu beachten, dass die Parteien die zwingenden gesetzlichen Regelungen **nicht dadurch abbedingen können, dass sie dem Arbeitsverhältnis einen anderen Namen geben**.<sup>494</sup> Lässt die tatsächliche Vertragsdurchführung in einem solchen Fall auf ein Arbeitsverhältnis schließen, wird es auch als solches behandelt. Dies bestätigt nun auch § 611a Abs. 1 S. 3 BGB.

### 3. Entgrenzung der Weisungsmacht

- 169 Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer in der mobilen Arbeitswelt praktisch jederzeit und an jedem Ort erreichen. Die Ausübung des Direktionsrechts beschränkt sich schon länger nicht mehr auf das gesprochene Wort oder die schriftliche Anweisung, sondern ist auch **digitalisiert** möglich.<sup>495</sup> Neu ist allerdings, dass sich die Leistungserbringung teils ausschließlich in den privaten Bereich des Arbeitnehmers verlagert und es ihm zudem nicht mehr nur ausschließlich im Home-Office, sondern auch fast überall unterwegs per Smartphone oder Laptop möglich ist, arbeitgeberseitige Weisungen zur Kenntnis zu nehmen. Die Weisungen erreichen den Arbeitnehmer regelmäßig in einer **funktionalen Grauzone zwischen Arbeits- und Privatleben**.<sup>496</sup> Ob er diesen Weisungen Folge leisten muss oder nicht, hängt damit zusammen, ob sie während seiner Arbeitszeit eintreffen (zur Arbeitszeit → Rn. 4 ff.).
- 170 Bei der Bestimmung der Lage der Arbeitszeit handelt es sich um einen **Kerngegenstand des Direktionsrechts** des Arbeitgebers.<sup>497</sup> Vorbehaltlich des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG bestimmt der Arbeitgeber die Lage der Arbeitszeit gemäß § 106 S. 1 GewO nach **billigem Ermessen**. Demgemäß hat er also auch die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers angemessen zu berücksichtigen und mit betrieblichen Belangen sowie berechtigten Belangen anderer Arbeitnehmer in Ausgleich zu bringen.<sup>498</sup>

<sup>490</sup> Vgl. Günther/Böglmüller NZA 2017, 546 (547).

<sup>491</sup> Vgl. BAG 30.11.1994 – 5 AZR 704/93, NZA 1995, 622 (623).

<sup>492</sup> Maier DB 2016, 2723.

<sup>493</sup> Vgl. BAG 25.1.2007 – 5 AZB 49/06, NZA 2007, 580.

<sup>494</sup> BAG 29.8.2012 – 10 AZR 499/11, NZA 2012, 1433 (1434).

<sup>495</sup> Vgl. Popp BB 1997, 1790 (1792).

<sup>496</sup> Preis/Wieg AuR 2016, 313 (320).

<sup>497</sup> MAH ArbR./Gragert § 14 Rn. 79.

<sup>498</sup> Vgl. Schaub ArbR.-HdB/Linck § 45 Rn. 17.