

# Mobiles Arbeiten – Anspruch und Flankierung

## Gestaltungsauftrag für die nächste Legislaturperiode

**Prof. Dr. Katja Nebe**

djb-Mitglied, Professorin für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Recht der Sozialen Sicherheit an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

### 1. Einleitung: Der Gesetzgeber muss handeln!

Ein Anspruch auf mobiles Arbeiten und flankierende Schutzbestimmungen für diese besondere Arbeitsform sind im deutschen Arbeitsrecht überfällig. Der Gesetzgeber ist aus verschiedenen Gründen gehalten, in der nächsten Legislaturperiode ein Recht auf mobile Arbeit und Flankierungen dieser Arbeitsform zu regulieren.<sup>1</sup>

### 2. Rückblick: Aktive Sozialpartner und inaktive Regierungen

Schon lange vor der Pandemie war Arbeiten außerhalb der Betriebsstätte des Arbeitgebers nichts Ungewöhnliches. Was für Beschäftigte im Außendienst oder auf Baustellen<sup>2</sup> Teil ihrer Arbeitspflicht ist, wurde für typischerweise ortsgebunden Arbeitende zur Flexibilisierungschance – die Arbeitsverrichtung auch jenseits der Betriebsstätte. Die rasante Entwicklung in der Informations- und Kommunikationstechnologie hat hier spätestens seit Beginn des 21. Jahrhunderts Fenster für neue Organisationsformen der Arbeit geöffnet.<sup>3</sup> Und so verwundert es auch nicht, dass es vielfältige Ausgestaltungen ortsflexibler Arbeit gibt,<sup>4</sup> allerdings bislang kaum gesetzlich fundiert. Tarif- und Betriebsparteien haben schon bisher mobile Arbeitsformen in verschiedener Hinsicht reguliert.<sup>5</sup> Ortsflexible Arbeit birgt besondere Risiken für den Gesundheitsschutz und verlangt besondere Vorkehrungen für die Kommunikation. In Erkenntnis dessen wurden spezifische Regeln, z.B. für gemeinsame Zeiten auf der Betriebsstätte zur Abstimmungen im Kollegium oder zur wechselseitigen Erreichbarkeit, getroffen. Auch das Recht, die individuelle Arbeit außerhalb der Betriebsstätte zu verrichten, ist in Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträgen normiert und näher ausgestaltet worden.<sup>6</sup>

Auf Europäischer Ebene haben die Sozialpartner die erweiterten Flexibilisierungsspielräume infolge der Informations- und Kommunikationstechnologie sowie notwendige Sicherheitsvorkehrungen ebenso früh erkannt. Und so haben sie im Rahmen des Sozialen Dialogs schon 2002 eine Rahmenvereinbarung zu „Telearbeit“ verabschiedet. Darin heißt es „*Die Sozialpartner sehen Telearbeit sowohl als Möglichkeit für Unternehmen und Einrichtungen des öffentlichen Dienstes, die Arbeitsorganisation zu modernisieren, als auch als Möglichkeit für die Arbeitnehmer, Berufstätigkeit und soziales Leben in Einklang zu bringen und eine größere Selbstständigkeit bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu erreichen. Wenn Europa das Potenzial der Informationsgesellschaft ausschöpfen will, muss es diese neue Form der Arbeitsorganisation so fördern, dass Flexibilität und Sicherheit zusammengehen, die Qualität der Arbeitsplätze erhöht wird und die Chancen von Behinderten auf dem Arbeitsmarkt verbessert*“.

werden.“<sup>7</sup> Diese Einschätzung hat auch zwanzig Jahre später nichts an Aktualität verloren.

Seither hat sich in der deutschen Gesetzgebung kaum<sup>8</sup> etwas zur Regulierung ortsflexibler Arbeit getan. Erwartungen richteten sich daher an die letzte Bundesregierung, denn deren Koalitionsvertrag sah vor, die mit der Digitalisierung erweiterten Chancen mobiler Arbeit zur besseren Vereinbarkeit von beruflichen und familialen Pflichten zu nutzen.<sup>9</sup> Ausdrücklich wurde angekündigt, die Flexibilisierungschancen für eine höhere Zeitsouveränität der Beschäftigten zu nutzen; ein Regulierungsrahmen zu mobiler Arbeit wurde angekündigt.<sup>10</sup> Zwei Anläufe für ein „Mobile-Arbeit-Gesetz“ sind

- 1 Lott, Yvonne/Ahlers, Elke/Wenckebach, Johanna/Zucco, Aline, Recht auf mobile Arbeit – warum wir es brauchen, was es regeln muss, WSI Policy Brief Nr. 55, 5/2021, S. 6.
- 2 Vgl. die Beispiele bei Vogl, Gerlinde/Nies, Gerd Mobile Arbeit, Betriebs- und Dienstvereinbarungen, Analyse und Handlungsempfehlungen, Frankfurt am Main 2013.
- 3 Dazu „Grünbuch Arbeiten 4.0“ (2015) und „Weißbuch Arbeiten 4.0“ (2016), jeweils Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS), online <<<https://www.bmas.de/DE/Arbeit/Digitalisierung-der-Arbeitswelt/Arbeiten-vier-null/arbeiten-4-0.html>>> (Zugriff: 9.11.2021).
- 4 Vgl. dazu BMAS, Verbreitung und Auswirkungen von mobiler Arbeit und Homeoffice, Kurzexpertise, Forschungsbericht 549, 2020, online <<[https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/Forschungsberichte/fb-549-pdf-verbreitung-auswirkung-mobiles-arbeiten.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/Forschungsberichte/fb-549-pdf-verbreitung-auswirkung-mobiles-arbeiten.pdf?__blob=publicationFile&v=1)>> (Zugriff: 9.11.2021).
- 5 Vgl. Zusammenstellung in BMAS, Zeit- und ortsflexibles Arbeiten in Betrieben, November 2015, <<<https://www.bmas.de/DE/Service/Publikationen/a874-zeit-und-ortsflexibles-arbeiten-betriebe.html>>> (Zugriff: 9.11.2021).
- 6 Z.B. Tarifvertrag zum Mobilen Arbeiten 2018 für den Bezirk Baden-Württemberg zwischen Südwestmetall und IG Metall; vgl. auch IG Metall, „Mobiles Arbeiten“ Selbstbestimmter den Alltag gestaltekn – die Chancen digitaler Arbeitsabläufe für die Beschäftigten nutzen, 2015, online <<[https://www.igmetall-nrw.de/fileadmin/user\\_upload/pdfs/Mobiles\\_Arbeiten\\_-\\_IG\\_Metall-Broschuere.pdf](https://www.igmetall-nrw.de/fileadmin/user_upload/pdfs/Mobiles_Arbeiten_-_IG_Metall-Broschuere.pdf)>> (Zugriff: 9.11.2021).
- 7 Rahmenvereinbarung Telearbeit vom 16.7.2002, Allgemeine Erwägungen, online <<<http://erc-online.eu/wp-content/uploads/2014/04/2007-01080-EN.pdf>>> (Zugriff: 9.11.2021).
- 8 Abgesehen von der speziellen und nur wenige Fälle erfassenden Regelung in § 2 Abs. 7 ArbStättV zum Telearbeitsplatz.
- 9 In den Zeilen 769 f. heißt es: „Die Digitalisierung hilft Eltern, Familie und Beruf in Einklang zu bringen. Diese Chance für mobiles Arbeiten wollen wir nutzen.“, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, online <<<https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974433/0/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1>>> (Zugriff: 9.11.2021).
- 10 Vgl. dazu ebd., Zeilen 1814 ff.: „Wir wollen einen Rahmen schaffen, in dem Unternehmen, Beschäftigte und die Tarifpartner den vielfältigen Wünschen und Anforderungen in der Arbeitszeitgestaltung gerecht werden können. Wir wollen Familien in ihrem Anliegen unterstützen, mehr Zeit füreinander zu haben und die Partnerschaftlichkeit zu stärken. Wir werden dazu Modelle entwickeln, mit denen mehr Spielraum für Familienzeit geschaffen werden kann. Die Chancen der Digitalisierung wollen wir nutzen, um den Beschäftigten mehr Zeitsouveränität zu ermöglichen. Wir wollen mobile Arbeit fördern und erleichtern. Dazu werden wir einen rechtlichen Rahmen schaffen. Zu diesem gehört auch ein Auskunftsanspruch der Arbeitnehmer gegenüber ihrem Arbeitgeber über die Entscheidungsgründe der Ablehnung sowie Rechtssicherheit für Arbeitnehmer wie Arbeitgeber im Umgang mit privat genutzter Firmentechnik. Auch die Tarifpartner sollen Vereinbarungen zu mobiler Arbeit treffen.“

noch auf Regierungsebene gescheitert. Ein erster Entwurf des SPD-geführten BMAS formulierte einen grundsätzlichen Rechtsanspruch für Beschäftigte auf mindestens 24 Tage mobiles Arbeiten jährlich. Er scheiterte schon früh am Widerstand des Koalitionspartners Union. Auch der überarbeitete Referentenentwurf<sup>11</sup> erfuhr massive Kritik seitens der Arbeitgeberverbände und wurde nicht mehr in den Bundestag eingebracht. Entwürfe der Opposition<sup>12</sup> mündeten nicht in ein Gesetzgebungsverfahren.

Lediglich die längerfristig virulente Frage nach der Reichweite des Unfallversicherungsschutzes bei Arbeit im Homeoffice wurde gesetzlich gelöst. Im Zuge des Betriebsrätemodernisierungsgesetzes vom 14. Juni 2021<sup>13</sup> wurde m.W.v. 18. Juni 2021 § 8 Abs. 1 Satz 3 SGB VII eingefügt. Danach sind Versicherte bei Ausübung der versicherten Tätigkeit in ihrem Haushalt oder an einem anderen Ort in gleichem Umfang versichert wie bei Ausübung der Tätigkeit auf der Unternehmensstätte.<sup>14</sup> Mit dem Betriebsrätemodernisierungsgesetz ist außerdem der Katalog der Mitbestimmungstatbestände in § 87 Abs. 1 BetrVG um eine neue Nr. 14 erweitert worden. Danach hat der Betriebsrat bei der „Ausgestaltung von mobiler Arbeit, die mittels Informations- und Kommunikationstechnik erbracht wird“, ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht; dessen Wirkung beschränkt sich allerdings auf das „Wie“ mobiler Arbeit und erstreckt sich nicht auf das „Ob“, also auf die generelle Einführung von mobiler Arbeit für die Belegschaft.<sup>15</sup> Und weil die Ausgestaltung mobiler Arbeitsformen auch nach den sonstigen Mitbestimmungstatbeständen (v.a. Arbeitszeit, Datenschutz, Gesundheitsschutz) schon weitgehend mitbestimmungspflichtig ist, ergab auch diese Rechtsänderung keinen entscheidenden Impuls für die viel diskutierte Frage nach dem Recht auf mobile Arbeit. Es bestehend also nach wie vor zahlreiche offene Regulierungsfragen, die gesetzlich bislang nicht gelöst worden sind.

### 3. Brennglas Corona: Was ist zu tun?

Das sprichwörtliche Brennglas „Pandemie“ hat die Sicht auf die Lücken geschärft. Zur Eindämmung der Pandemie hat das BMAS in der Corona-Arbeitsschutz-Verordnung zunächst vorgesehen, dass Arbeitgeber Beschäftigten Homeoffice anbieten müssen, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen, vgl. § 2 Abs. 4 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV). Im Frühjahr 2021 hat der Gesetzgeber die Schutzmaßnahmen dann nochmals verstärkt und statt in einer Verordnung direkt im Infektionsschutzgesetz, in § 28b Abs. 7 IfSG verankert, dass Arbeitgeber Homeoffice anbieten müssen und Arbeitnehmer dies grundsätzlich wahrnehmen sollen. Arbeit im Homeoffice hat in der Pandemie deutlich zugenommen.<sup>16</sup>

Diese faktische Entwicklung hat die Diskussion um den Anspruch auf und die Ausgestaltung von Arbeit im Homeoffice deutlich belebt. Untersuchungen belegen den dringlichen Regulierungsbedarf, denn sie zeigen deutlich die negativen Folgen unregulierter mobiler Arbeit, insbesondere von ungeregelter Arbeit im Homeoffice. Zu den besonderen Risikofaktoren zählen die Entgrenzung der Arbeitszeiten, die Vereinzelung/Vereinsamung der Beschäftigten und die fehlenden Kommunikations- und Partizipationsmöglichkeiten.<sup>17</sup> Fallen externe Betreuungsangebote weg und müssen Kinder/pflegebedürftige Angehörige häuslich

betreut/beschult werden, dann verschärfen sich die Risiken und es kommt in bestimmten Fällen zu einer noch weiter wachsenden Ungleichheit zwischen den Geschlechtern hinsichtlich der Übernahme unbezahlter Sorgearbeit.<sup>18</sup> Zudem erfahren die so im Homeoffice gleichzeitig doppelt belasteten Beschäftigten die besonderen Risiken, wenn sich Sorge- und Erwerbsarbeit nicht planvoll koordinieren lassen, weil Grenzlinien nicht verlässlich organisiert und gelebt werden können.<sup>19</sup>

Diese Erfahrungen sind wertvolle Hilfen, wenn es – mit hoffentlich nachlassender Pandemie – um die Gestaltung der künftigen Arbeitswelt geht. Es wird sicher kein einfaches Zurück geben. Umfragen belegen einen weit verbreiteten Wunsch unter Beschäftigten, ihre individuelle Work-Life-Balance durch mobile Arbeitsformen zu verbessern. Für eine Prognose über die Entwicklung folgt ein Blick in die Wahlprogramme der Parteien.

### 4. Aussagen der jüngsten Bundestagswahlprogramme – Was ist hinsichtlich mobiler Arbeit zu erwarten?

Laut ihrer Wahlprogramme<sup>20</sup> befassen sich alle für eine Regierungsbildung relevanten Parteien mit dem Thema mobile Arbeit, wobei deutliche Unterschiede im Detail bestehen.

#### a) Programm der CDU/CSU

Unter dem Motto „Durch flexibleres und mobiles Arbeiten mehr Freiräume schaffen“ findet sich folgende Ankündigung im Pro-

- 11 BMAS, Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales. Entwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit (Mobile Arbeit-Gesetz –MAG), Januar 2021, online <<[https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Referentenentwuerfe/ref-mobile-arbeit-gesetz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Referentenentwuerfe/ref-mobile-arbeit-gesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=1)>> (Zugriff: 9.11.2021).
- 12 Vgl. Beschlussantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 10.09.2019: Recht auf Homeoffice einführen – Mobiles Arbeiten erleichtern, BT-Drs. 19/13077.
- 13 Gesetz zur Förderung der Betriebsratswahlen und der Betriebsratsarbeit in einer digitalen Arbeitswelt (Betriebsrätemodernisierungsgesetz), BGBl I 2021, 1762.
- 14 Zur Begründung vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales (11. Ausschuss), BT-Drs. 19/29819, S. 18.
- 15 Vgl. nur Bayreuther, Frank, Bayreuther, NZA 2021, 839-841, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2021, 839-841.
- 16 Verbreitung und Auswirkungen von mobiler Arbeit und Homeoffice, Kurzexpertise, BMAS, 2020 (Fn. 4), S. 90 f.
- 17 Lott/Ahlers/Wenckebach/Zucco (Fn. 1), S. 4 ff.
- 18 Zucco, Aline/Lott, Yvonne, Stand der Gleichstellung. Ein Jahr mit Corona, WSI-Report Nr. 64, März 2021; grundlegend dazu aktueller Bericht des Europäischen Instituts für Gleichstellungsfragen (EIGE) über „Geschlechtsspezifische Ungleichheiten bei Betreuung, Pflege und Hausarbeit und die Folgen für den Arbeitsmarkt“, online <<<https://eige.europa.eu/publications/gender-inequalities-care-and-consequences-labour-market>>> (Zugriff: 9.11.2021).
- 19 Samtleben, Claire/Lott, Yvonne/Müller, Kai-Uwe, Auswirkungen der Ort-Zeit-Flexibilisierung von Erwerbsarbeit auf informelle Sorgearbeit im Zuge der Digitalisierung. Expertise für den Dritten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, 2020, S. 44 ff., <<<https://www.dritter-gleichstellungsbericht.de/de/article/204.samtlebenlottmueller.html>>> (Zugriff: 9.11.2021); vgl. allgemein zum Gesundheitsrisiko durch Arbeitsunterbrechung und Multitasking BAuA, Arbeitsunterbrechungen und Multitasking täglich meistern, 2019, <<<https://www.baua.de/DE/Angebote/Publikationen/Praxis/A78.html>>> (Zugriff: 9.11.2021).
- 20 Vergleichend Gatz, Stefan, Update: Countdown zur Bundestagswahl 2021: Die arbeitsrechtlichen Forderungen der Parteien im Vergleich, ESCHE Blog vom 6.9.2021, online <<<https://blog.esche.de/artikel/update-countdown-zur-bundestagswahl-2021-die-arbeitsrechtlichen-forderungen-der-parteien-im-vergleich/>>> (Zugriff: 9.11.2021).

gramm der CDU/CSU: „Gerade Beschäftigte mit Kindern wollen ihre Arbeitszeiten zunehmend flexibler gestalten oder von zu Hause arbeiten. Dies ist auch im Interesse der Arbeitgeber. Wir wollen die Flexibilitätsspielräume zugunsten beider Seiten ausweiten und dabei den Arbeits- und Gesundheitsschutz weiter stärken. Wir wollen auch künftig möglichst vielen Beschäftigten die mobile Arbeit ermöglichen und setzen auf sozialpartnerschaftliche Regelungen der Tarifvertrags- und Betriebsparteien, die mobiles Arbeiten ermöglichen und den Arbeitsschutz gewährleisten.“<sup>21</sup>

#### b) Programm der SPD

Im Programm der SPD ist zu lesen: „Wir werden einen Rechtsanspruch auf mobile Arbeit einführen. Grundsätzlich sollen Beschäftigte bei einer Fünf-Tage-Woche mindestens 24 Tage im Jahr mobil oder im Homeoffice arbeiten können, wenn es die Tätigkeit erlaubt. Klar ist, dass das nicht in Rundum-die-Uhr-Arbeiten ausarten darf – auch im Homeoffice müssen Arbeits- und Ruhezeiten gelten, die Arbeitszeit muss jeden Tag vollständig erfasst werden und es braucht ein Recht auf Nichterreichbarkeitszeiten, auf technische Ausstattung sowie guten Unfallversicherungsschutz. Um betriebliche Regelungen zur mobilen Arbeit zu fördern, schaffen wir ein Mitbestimmungsrecht zur Einführung und bei der Ausgestaltung mobiler Arbeit. Der Grundsatz der Freiwilligkeit der mobilen Arbeit für Arbeitnehmer\*innen ist für uns Voraussetzung.“<sup>22</sup>

#### c) Programm von Bündnis 90/Die Grünen

Bündnis 90/Die Grünen haben sich wie folgt positioniert: „Die Möglichkeit zur Selbstbestimmung im Arbeitsleben wollen wir daher erhalten und stärken, indem wir ein Recht auf mobiles Arbeiten einführen – mit Blick auf betriebliche Möglichkeiten, aber auch mit strikten Schutzkriterien und starkem Einfluss der Interessenvertretungen versehen.“<sup>23</sup>

#### d) FDP-Programm

Unter der Überschrift „Mobiles Arbeiten durch Rechtsanspruch auf Erörterung stärken“ ist im Programm der FDP Folgendes zu lesen: „Wir Freie Demokraten fordern, mobiles Arbeiten und Homeoffice nach niederländischem Vorbild zu stärken. Dabei muss der Arbeitgeber den Antrag von Beschäftigten auf mobiles Arbeiten und Homeoffice prüfen und mit der oder dem Beschäftigten erörtern. Nicht jede Tätigkeit kann außerhalb des festen Arbeitsplatzes ausgeführt werden. Auch können betriebliche Belange gegen eine Vereinbarung zur mobilen Arbeit sprechen. Zudem müssen bestehende Vereinbarungen anlassbezogen widerrufen werden können. Aber ein Erörterungsanspruch fördert den Kulturwandel und die Akzeptanz für mobiles Arbeiten.“<sup>24</sup>

#### e) Schnittmengen und zu erwartende Kernpunkte der Diskussion

Mit Blick auf mögliche Koalitionen werden die denkbaren Schnittmengen für einen künftigen Koalitionsvertrag in puncto „mobile Arbeit“ bereits intensiv diskutiert.<sup>25</sup> Handlungsbedarfe sehen alle Parteien. Und alle sprechen auch die bessere Vereinbarkeit von Beruf und Familie durch mobiles Arbeiten an. In der konkreten Ausgestaltung gibt es jedoch deutlich unterschiedliche Stoßrichtungen. Die Unionsparteien adressieren in erster Linie die Sozial-

partner und knüpfen damit an ihre bisherige Politik an, statt auf Verbindlichkeit vielmehr auf Freiwilligkeit der Unternehmen zu setzen. Die anderen Parteien sprechen von einem Rechtsanspruch, wobei sie sich im Inhalt eines verbindlichen Anspruchs wiederum deutlich unterscheiden. Die FDP will die Verbindlichkeit auf eine Pflicht zur Erörterung begrenzen. Das ist deutlich weniger als der von SPD und Bündnis 90/Die Grünen verfolgte Rechtsanspruch auf mobiles Arbeiten. Letzterer geht am Weitesten, denn er stärkt die Position der Einzelnen, ihre individuelle Arbeitsorganisation verbindlich mit dem/der Arbeitgeber/in verhandeln zu können. Letztlich wird die Qualität des Rechts auf mobile Arbeit nicht allein von einem durchsetzbaren Anspruch auf diese Arbeitsform abhängen. Weitere Faktoren über die konkrete Ausgestaltung der mobilen Arbeit werden eine maßgebliche Rolle spielen, wie z.B. die Lage der Arbeitszeit, die Einhaltung der Ruhepausen und Ruhezeiten, die Wahrung des Rechts auf Nichterreichbarkeit, die gesundheitsgerechte und familienfreundliche Gestaltung des Arbeitsrhythmus<sup>26</sup>, wie die Einhaltung des Arbeitsschutzes überhaupt.<sup>27</sup> Insgesamt zeigen alle Programme, dass sie mobiles Arbeiten in Kombination mit weiteren Instrumenten für mehr Familienfreundlichkeit in der Arbeitswelt verstehen.

#### 5. Rechtsanspruch statt Freiwilligkeit

Ohne einen gesetzlichen Anspruch hängt die Realisierung von Mobiler Arbeit/Homeoffice in den meisten Betrieben, weil dort tarifliche oder betriebliche Regelungen fehlen, von der Bereitschaft der Arbeitgeber zur Vereinbarung von Homeoffice ab. Aktuell ist eine „wilde“, d.h. unregulierte Homeofficelandschaft zu finden. Die Sachverständigenkommission für den Dritten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung hat sich daher ausdrücklich für einen Rechtsanspruch auf Mobiles Arbeiten bei entsprechender Flankierung ausgesprochen.<sup>28</sup>

21 CDU/CSU-Wahlprogramm, Zeile 2692 ff., online <<<https://www.csu.de/common/download/Regierungsprogramm.pdf>>> (Zugriff: 9.11.2021).

22 SPD-Wahlprogramm, S. 29, online <<<https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Beschluessel/Programm/SPD-Zukunftsprogramm.pdf>>> (Zugriff: 9.11.2021).

23 Bündnis 90/Die Grünen-Wahlprogramm, S. 105 f., online <<[https://cms.gruene.de/uploads/documents/Wahlprogramm-DIE-GRUENEN-Bundestagswahl-2021\\_barrierefrei.pdf](https://cms.gruene.de/uploads/documents/Wahlprogramm-DIE-GRUENEN-Bundestagswahl-2021_barrierefrei.pdf)>> (Zugriff: 9.11.2021).

24 FDP-Wahlprogramm, S. 27, online <<[https://www.fdp.de/sites/default/files/2021-08/FDP\\_BTW2021\\_Wahlprogramm\\_1.pdf](https://www.fdp.de/sites/default/files/2021-08/FDP_BTW2021_Wahlprogramm_1.pdf)>> (Zugriff: 9.11.2021).

25 Gatz, Stefan Die Ampel steht auf...? Eine arbeitsrechtliche Betrachtung der möglichen nächsten Regierungskoalition, ESCHE Blog vom 30.9.2021, online <<<https://blog.esche.de/artikel/die-ampel-steht-auf-eine-arbeitsrechtliche-betrachtung-der-moeglichen-naechsten-regierungskoalition/?!>>

26 Instruktiv Kohre, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung am 25.6.2018, Ausschussdrucksache 19(11)83, S. 5-15.

27 Vgl. Nebe, Katja, Flexible Arbeitszeitmodelle – Arbeitszeit- und arbeitsschutzrechtliche Gestaltungsspielräume, in: Oxenknecht-Witzsch, Renate (Hrsg.), Kirchliches Arbeitsrecht – Motor oder Bremse?, Eichstätter Schriften zum Kirchlichen Arbeitsrecht, Bd. 6, Waldmünchen 2020, S. 12-29 (17 ff.).

28 Sachverständigenkommission für den Dritten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, Positionspapier Rechtsanspruch auf mobiles Arbeiten, online <<<https://www.dritter-gleichstellungsbericht.de/de/topic/68.positionierung.html>>> (Zugriff: 9.11.2021).

Auf allen Ebenen wird zwischen den Alternativen ‚Freiwilligkeit‘ oder ‚Verbindlichkeit durch Rechtsanspruch‘ intensiv diskutiert. Von Arbeitgebern wird häufig eingewandt, es bräuchte keiner gesetzlich verankerten Pflicht, denn viele Unternehmen erkennen die Sinnhaftigkeit zugunsten Beschäftigter flexibel gestalteter Arbeitsarrangements. Es lassen sich mehrere Argumente anführen, die trotz dieser zu begrüßenden Personalpolitik die Notwendigkeit einer gesetzlichen Flankierung unterstreichen.

- (1) Beschäftigte brauchen verlässliche Rechtsgrundlagen, um mit der Arbeitgeberseite überhaupt adäquat verhandeln zu können.
- (2) Ein „Shadow of the law“ verbessert die individuelle Rechtsposition auch insoweit, dass andere relevante Akteure für diese subjektiven Rechte sensibilisiert und unterstützend aktiv werden.<sup>29</sup>
- (3) Allein mit Freiwilligkeit wird eine Vielzahl von Beschäftigten in zahlreichen Unternehmen nicht erreicht.
- (4) Die Unternehmen, die zugunsten ihrer Beschäftigten flexibilisierungsbereit sind und insoweit auch Aufwand nicht scheuen, müssen durch einen gesetzlichen Mindeststandard unterstützt und vor vereinbarungsunwilligen Mitkonkurrenten und damit vor einem Wettbewerb zum Nachteil der Vereinbarkeit geschützt werden.
- (5) Vereinbarkeitslösungen, die nicht gesetzlich fundiert sind, bergen ein Risiko von schädigender Selbstgefährdung und Diskriminierung.<sup>30</sup>

## 6. Schluss

Egal, welche Farbkombination am Ende für die nächste Regierungskoalition steht, einen kräftigen lila Anstrich wird der politische Fahrplan brauchen, um die tatsächlichen Nachteile von Frauen im Arbeitsleben wie im gesellschaftlichen Leben auch abzubauen. Es gibt zahlreiche kluge Vorschläge, die verschiedenen Gender Gaps auch durch eine noch konsequenteren Regulierung im einfachen Recht zu schließen.<sup>31</sup> Wichtig ist, den Worten eines Koalitionsvertrages dann auch Taten folgen zu lassen und das einfache Recht konsequent im Lichte von Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG fortzuschreiben.

29 Vgl. dazu Mangold, Sonja, Transnationale Soziale Dialoge und Antidiskriminierung im Erwerbsleben, Baden-Baden 2018.

30 Dazu Lott/Ahlers/Wenckebach/Zucco (Fn. 1), S. 7 ff.; Diewald, Martin/Nebe, Katja, Familie und Beruf: Vereinbarkeit durch Homeoffice? Soziologische und rechtswissenschaftliche Perspektiven in: Sozialer Fortschritt 69 (2020) 8/9, S. 595-610.

31 Vgl. nur Ratsschlussfolgerungen des Rates der EU, verabschiedet am 1.12.2020, über eine gerechte Verteilung von bezahlter Erwerbsarbeit und unbezahlter Sorgearbeit zwischen Frauen und Männern, mit dem Ziel, den Gender Pay Gap abzubauen, online <<<https://www.consilium.europa.eu/media/47063/st13584-en20.pdf>>> (Zugriff: 9.11.2021); Deutscher Juristinnenbund e.V., Konzeption eines Gleichstellungsgesetzes für die Privatwirtschaft, Berlin 2021, <<[https://www.djb.de/fileadmin/user\\_upload/Konzeption\\_Gleichstellungsgesetz\\_Langfassung\\_djb.pdf](https://www.djb.de/fileadmin/user_upload/Konzeption_Gleichstellungsgesetz_Langfassung_djb.pdf)>> (Zugriff: 9.11.2021).

DOI: 10.5771/1866-377X-2021-4-165

# Algorithmische Diskriminierung

## Handlungsempfehlungen aus dem Dritten Gleichstellungsbericht und Regulierungsvorschläge im AI-Act

**Angela Tschech**

djb-Mitglied, wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Halle-Wittenberg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit

„Datenethik, Algorithmen, künstliche Intelligenz – was hat das alles mit Frauenrechten zu tun?“ lautete das erste Themenpanel des 43. Bundeskongresses 2019 des Deutschen Juristinnenbundes e.V. (djb). Die Panelistinnen waren sich einig, dass sowohl Rechtsprechung als auch Gesetzgeber in der Pflicht seien, der Diskriminierung durch Algorithmen entgegenzuwirken – auch wenn das geltende Recht schon vielfältige Ansatzpunkte biete.<sup>1</sup> Diesem berechtigten Appell ist die EU-Kommission im April 2021 mit dem Entwurf eines Rechtsrahmens für Künstliche Intelligenz (im Folgenden: AI-Act) nachgekommen.<sup>2</sup> Der AI-Act beschränkt sich allerdings nicht auf Künstliche Intelligenz<sup>3</sup> im engeren Sinne, sondern erfasst unterschiedliche algorithmische Systeme, die „im Hinblick auf eine Reihe von Zielen, die vom Menschen festgelegt werden, Ergebnisse wie Inhalte, Vorhersagen, Empfehlungen oder Entscheidungen hervorbringen kann, die das

Umfeld beeinflussen, mit denen sie interagieren“.<sup>4</sup> Ob der Entwurf ausreichend die mittlerweile bekannten Diskriminierungsrisiken<sup>5</sup>

1 Röttgen, Charlotte, Datenethik, Algorithmen, Künstliche Intelligenz – das alles hat mit Frauenrechten zu tun. djbZ 2019, S. 200-201 (201).

2 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, Brüssel, 21.4.2021, COM(2021) 206 final.

3 Zur Unschärfe des Begriffs: Geminn, Christian, Die Regulierung Künstlicher Intelligenz. Anmerkungen zum Entwurf eines Artificial Intelligence Act, Zeitschrift für Datenschutz 2021, S. 354 f. und Dritter Gleichstellungsbericht der Bundesregierung; Hacker, Philipp, Europäische und nationale Regulierung von Künstlicher Intelligenz, NJW 2020, S. 2141-2147 (2142 f.); Dritter Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, BT-Drucks. 19/30750, S. 88.

4 Art. 3 Nr. 1 AI-Act i. V. m. Annex I.

5 Siehe nur: Buolamwini, Joy/Gebru, Timnit, Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification, Proceedings of Machine Learning Research 81 (2018), S. 1-15; Fröhlich, Wiebke/Spiecker genannt Döhman, Indra: Können Algorithmen diskriminieren?, online: <<<https://verfassungsblog.de/koennen-algorithmen-diskriminieren/>>> (Zugriff: 9.11.2021); Orwat, Carsten, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, Berlin 2019; Wachter-Boettcher, Sandra, Technically Wrong. Sexist apps, biased algorithms and other threats of toxic tech, New York 2018.