

Mobile Working

Rechtsrisiken beherrschen (auch) mit Legal Tech

Dr. Till Hoffmann-Remy | Partner | KLIEMT. Arbeitsrecht

Elisa Grote | Wissenschaftliche Mitarbeiterin | KLIEMT. Arbeitsrecht

09. Dezember 2020

LR 2020, Seiten 314 bis 323 (insgesamt 10 Seiten)

War das Arbeiten im häufig so genannten „Home Office“ in den letzten Jahren schon stark vorangeschritten, hat es jedenfalls während der Corona-Krise eine neue Hochphase erlebt. Rund 36 Prozent der befragten Arbeitnehmer geben in repräsentativen Studien an, ständig oder zumindest an manchen Tagen von zuhause zu arbeiten.¹ Das Ende der Fahnenstange dürfte, auch losgelöst von der Pandemie, noch lange nicht erreicht sein. Schon deutlich weiter als der Industriedurchschnitt sind schon viele Unternehmen der Digitalbranche, die komplett losgelöst von klassischen Betriebsbegriffen in rein virtuellen Organisationen arbeiten und für die „Home Office“ ein seit langen Jahren akzeptierter Standard ist. Wir geben im Folgenden daher einen kurzen Überblick über Einführung, Durchführung, Beendigung von solchen nicht an den Betrieb gebundenen Arbeitsweisen. Denkt man Digitalisierung konsequent auch in diesem Bereich, bietet „Legal Tech“ zahlreiche Möglichkeiten zur Beherrschung von Rechtsrisiken im Rahmen der Standardisierung von Prozessen, die wir jeweils kurz anreißen.

1

I. Begriff

Aufzuräumen ist zunächst mit terminologischem Chaos. In der Praxis gehen häufig die Bezeichnungen für Arbeiten außerhalb der Betriebsstätte wild durcheinander; mal wird der Begriff „Home Office“ gebraucht, mal ist von „mobilem Arbeiten“ die Rede und gelegentlich findet sich auch noch der so genannte „Telearbeitsplatz“, wenn nicht gleich englische Wortkreationen verwendet werden („WorkFromAnywhere“, „Working From Home“ u.Ä.). Wichtig ist für Unternehmen, Betriebsräte und Arbeitnehmer aber die Klarheit, dass manche dieser Begrifflichkeiten rechtliche Relevanz haben und unterschiedliche Rechtsfolgen gelten können, je nach dem, was vereinbart ist.

2

„Home Office“ oder „Working From Home“ findet sich in keinem deutschen Gesetz. Es handelt sich lediglich um einen Überbegriff für ein – mehr oder weniger regelmäßiges – Arbeiten von einem heimischen Arbeitsplatz aus. Manchmal wird der Begriff auch irreführend

¹ BMAS Forschungsbericht 549, Verbreitung und Auswirkungen von mobiler Arbeit und Homeoffice, S. 101.

verwendet, wenn dem Arbeitnehmer tatsächlich freisteht, von wo aus er die Arbeit erbringen kann.

Legaldefiniert ist hingegen der Begriff der Telearbeit. Diese ist nach § 2 VII der ArbeitsstättenVO dadurch gekennzeichnet, dass der Arbeitnehmer die Tätigkeit vom eigenen Wohnsitz aus erbringt und dabei über ein elektronisches Kommunikationsnetz mit dem jeweiligen Arbeitgeber verbunden ist. Die ArbeitsstättenVO geht weiter davon aus, dass ein echter Telearbeitsplatz nur dann vorliegen kann, wenn der Arbeitnehmer an einem vollumfänglich durch den Arbeitgeber ausgestatteten Bildschirmarbeitsplatz arbeitet – d.h. IT-Infrastruktur, Möblierung usw. auf seine Kosten zur Verfügung stellt. Stellt der Arbeitgeber lediglich Smartphone und Notebook zur Verfügung, unterliegt der Arbeitsplatz *de lege lata* nicht den Bestimmungen über Telearbeitsplätze. Das hat insbesondere arbeitsschutzrechtliche Bedeutung ([hierzu unten III.3.](#)). Aus diesem Grund finden sich in der Praxis nur wenige „absichtlich“ vereinbarte Telearbeitsplätze, aber viele ungeschickt formulierte Betriebsvereinbarungen bzw. Einzelabreden, die faktisch zur Einrichtung eines Telearbeitsplatzes führen.

3

Hinweis: *An dieser Stelle kann mit Hilfe von Legal Tech System in die Vereinbarungslandschaft gebracht werden: Durch Vertragsanalysetools können bestehende Vereinbarungen ausgewertet und im Nachgang qualifiziert werden, um Nachverhandlungsbedarfe zu ermitteln. Tools im Q&A-Stil können ferner helfen, den Prozess für zukünftige Regelungen zu vereinbaren und sicherzustellen, dass Regelungsziel und verwendete Formulierungen im Einklang stehen.*

Von der Telearbeit abzugrenzen ist das durch den Arbeitgeber gestattete ortsungebundene Arbeiten von jedem denkbaren Arbeitsplatz, welches gemeinhin (erneut nicht gesetzlich definiert) als „Remote Working“ bzw. mobiles Arbeiten bezeichnet wird. Mobiles Arbeiten unterliegt bislang – laufende Gesetzgebungsverfahren ausgeklammert – einem deutlich weniger umfangreichen Pflichtenkatalog im Hinblick auf Arbeitsschutzvorschriften, da der Arbeitgeber bei Mobilem Arbeiten nicht im Vorhinein wissen kann, ob sein Arbeitnehmer nun von zuhause aus, aus dem Zug oder im Café arbeitet und die entsprechenden arbeitsplatzbezogenen Gefahren gar nicht abschätzen kann. In der Praxis ist dieses Modell das derzeit weitest verbreitete.

II. Einführung außerbetrieblicher Arbeit

Die Einführung außerbetrieblicher Arbeit kann auf unterschiedliche rechtliche Grundlagen gestützt werden. Vorzugswürdig ist die vertragliche Gestaltung in Form entweder eines entsprechenden Arbeitsvertrages oder einer Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag, die dem Arbeitgeber (auch) die Zuweisung eines außerbetrieblichen Arbeitsplatzes gestattet.

4

1. Vertragliche Ausgestaltung

In derartigen Verträgen ist es *best practice*, auch weitere Themengebiete abzudecken, die von Relevanz sein können:

5

- Klare Definition, ob **mobiles Arbeiten** oder **Home Office** vereinbart werden soll.
- Regelungen zur **Arbeitszeit** (insb. Einteilung der Arbeitszeit, Zeiterfassung).
- **Kontrollmöglichkeiten**, die den validen Interessen des Arbeitgebers Rechnung tragen sowie das Interesse des Arbeitnehmers auf Privatsphäre berücksichtigen und entsprechende Zutrittsrechte vorsehen (z.B. bei echter Telearbeit: Arbeitsschutz; die Vermeidung von Arbeitszeitbetrug und ähnlichen Missbrauchsrisiken; Erfüllung datenschutzrechtlicher Kontrollpflichten).
- **Eigentumszuordnung** von Gegenständen, die dem Arbeitnehmer zur Nutzung im Homeoffice überlassen wurden. Ansonsten besteht das Risiko, dass der Arbeitnehmer Zurückbehaltungsrechte (z.B. im Hinblick auf eine ausstehende Vergütung) geltend macht.
- **Begrenzung** von Aufwandsersatzansprüchen, um die uferlose Geltendmachung anfallender Kosten (z.B. anteilig Heizkosten, Stromkosten) durch den Arbeitnehmer zu vermeiden; dies ist je nach Gestaltung steuerlich neutral möglich.
- Regelungen zum **Schutz personenbezogener Daten Dritter** und von **Geschäftsgeheimnissen**.
- Voraussetzungen für die **Beendigung** von Home Office bzw. mobilem Arbeiten.

***Hinweis:** Auch hier kann Legal Tech bei der Standardisierung helfen: So kann die (Arbeits-) Rechtsabteilung oder HR etwa toolbasiert die relevanten rechtlichen und tatsächlichen Stellschrauben abfragen und mit wenigen „Klicks“ eine maßgeschneiderte Erstellung der entsprechenden Zusatzvereinbarung ermöglichen. So ist sichergestellt, dass über alle Arbeitnehmer die im Wesentlichen identischen Bedingungen ausgerollt werden.*

2. Direktionsrecht

Fehlt es an einer individualvertraglichen Grundlage, so kommt vor allem das Weisungsrecht des Arbeitgebers aus § 106 1 GewO als Rechtsgrundlage in Betracht. Danach kann der Arbeitgeber den Ort der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen bestimmen. Allerdings liegen die Grenzen des Weisungsrechts dort, wo konkrete individualvertragliche oder kollektivrechtliche Regelungen entgegenstehen. Ob eine solche Versetzung also möglich wäre, hängt davon ab, ob der Arbeitsvertrag das Direktionsrecht einschränkt (z.B. durch die Festlegung eines Arbeitsortes ohne Versetzungsklausel) oder eine Betriebsvereinbarung zum Thema „mobiles Arbeiten“ sonstige Beschränkungen oder Verfahrensweisen enthält, die

6

vorrangig zu befolgen sind. Eine einseitige Versetzung an einen außerbetrieblichen Arbeitsort (gegen den Willen des Arbeitnehmers) ist zudem im Hinblick auf Art. 13 I GG problematisch, da der Arbeitgeber dadurch in den Bereich der räumlichen Privatsphäre des Arbeitnehmers eingreifen würde.²

Einige Landesarbeitsgerichte haben in der Vergangenheit entschieden, dem Arbeitnehmer sei eine einseitige Versetzung „ins Home Office“ nicht zumutbar, da die Tätigkeit dann nicht mit einer Tätigkeit in der Betriebsstätte vergleichbar sei. Als Begründung wurde angeführt, dass der Arbeitnehmer den unmittelbaren Kontakt zu seinen Kolleginnen und Kollegen verlieren würde.³ Diese Ansicht schien schon damals aus der Zeit gefallen; in Zeiten immer weiter fortschreitender Digitalisierung und erst recht in Zeiten einer globalen Pandemie erscheint sie abwegig. Durch umfangreiche Kontaktbeschränkungen und Hygieneregeln (wie Mindestabstand, Maskenpflicht etc.) ist eine unmittelbare „face-to-face“ Kommunikation mit Kolleginnen und Kollegen im Unternehmen ohnehin nur sehr beschränkt möglich. Zudem hat, teilweise getrieben durch die Pandemie, teilweise als Teil ihres Geschäftsmodells, eine Vielzahl von Unternehmen zwischenzeitlich Tools eingeführt, mit denen virtuelle Zusammenarbeit, Dokumentensharing, Meetings u.v.m. möglich sind, und zwar auf allen Ebenen. Weder verlieren Arbeitnehmer in einer außerbetrieblichen Tätigkeitsstätte daher den Kontakt zu den Kollegen noch zu ihrer ggf. bestehenden betriebsverfassungsrechtlichen Repräsentation.

Hinzu kommt aktuell: Der Arbeitgeber hat aufgrund seiner Pflicht zum Gesundheitsschutz (§ 618 BGB) erforderliche und zugleich zumutbare Maßnahmen zu ergreifen. Dies kann eine Versetzung ins Homeoffice erforderlich machen.⁴ Insofern ist dem Arbeitgeber gerade zu Pandemiezeiten ein erweiterter Spielraum hinsichtlich der Bestimmung des Ortes der Arbeitsleistung einzuräumen.

3. „Recht auf Home-Office“

Umgekehrt gilt: Generell gibt es in Deutschland bislang kein allgemeines „Recht auf Home Office“⁵. Vor diesem Hintergrund begründet auch die Schutzpflicht des Arbeitgebers aus § 618 BGB keinen Anspruch des Arbeitnehmers auf eine Tätigkeit außerhalb des Betriebes bzw. aus dem „Home Office“, jedenfalls solange der Arbeitgeber im Betrieb die erforderlichen Maßnahmen zum Gesundheitsschutz seiner Beschäftigten trifft.⁶

7

² Müller DB 2019, 1624 (1626).

³ LAG Berlin-Brandenburg, 14.11.2018 – 17 Sa 562/18, BeckRS 2018, 34001, Rn. 22; LAG Rheinland-Pfalz, 17.12.2014 – 4 Sa 404/14, BeckRS 2015, 68467.

⁴ VG Berlin, 14.04.2020 – VG 28 L 119/20, BeckRS 2020, 5731, Rn. 13 ff.

⁵ LAG Köln 4.12.2019 – 3 Sa 807/18, n.v.

⁶ So etwa ArbG Augsburg 7.5.2020 – 3 Ga 9/20, BeckRS 2020, 11711.

III. Durchführung

Sind Arbeitnehmer nun im Home Office tätig, ist eine Vielzahl rechtlicher Vorgaben zu beachten. Mangels zentraler gesetzlicher Grundlage sind diese über eine Vielzahl von Vorschriften verstreut und werden daher leicht außer Acht gelassen. Viele der sich ergebenden Fragen sind im Rahmen von Corona akut geworden – und die Anwender mussten feststellen, dass es häufig weder gesetzgeberisch noch durch die Rechtsprechung abschließende Antworten gibt.

8

1. Datenschutz und Mitarbeiterkontrollen

Da die Kontroll- und Einflussmöglichkeiten des Arbeitgebers im häuslichen Bereich des Arbeitnehmers sehr beschränkt und die Gefahr des Missbrauchs (insbesondere durch Dritte) tendenziell erhöht ist, sind Daten- und Geheimnisschutz bei Tätigkeiten außerhalb des Betriebes von besonderer Bedeutung.

9

Hinweis: *Positive Wirkungen kann Legal Tech in dieser Hinsicht etwa zeigen, wenn die im „Home Office“ tätigen Arbeitnehmer regelmäßig Tools zum Thema Geheimnisschutz durchlaufen müssen, um ihr Wissen mit einer spielerischen Komponente aufzufrischen und – viel wichtiger – Bewusstsein für das Thema zu schaffen.*

Die Regelungen der DSGVO und des BDSG sind auch bei einer Tätigkeit außerhalb des Betriebes zu berücksichtigen, da sie schlicht auf die Verarbeitung personenbezogener Daten abstellen. In jedem Fall bleibt auch bei einer Tätigkeit im Rahmen von „remote working“ gleich welcher Art der Arbeitgeber der für die Datenverarbeitung Verantwortliche i.S.v. Art. 4 Nr. 7 DSGVO.⁷ Somit hat dieser die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Pflichten zu verantworten. Er haftet demnach unter Umständen auch für datenschutzrechtliche Verstöße gegenüber betroffenen Personen oder den Datenschutzaufsichtsbehörden.⁸ Insoweit ist zu beachten, dass der für die Datenverarbeitung Verantwortliche nach Art. 32 DSGVO technische und organisatorische Maßnahmen (TOMs) zu treffen hat, die zum Schutz der Daten erforderlich sind. Zu diesen Maßnahmen zählen solche, die einen Zutritt zu den Datenverarbeitungsanlagen, eine Nutzung der Datenverarbeitungssysteme und einen Zugriff auf personenbezogene Daten im System durch unbefugte Dritte verhindern.⁹ Bei einer Tätigkeit in der Betriebsstätte des Arbeitgebers sollten diese „Schutzvorkehrungen“ in Form von Zutrittskontrollen, einer entsprechenden IT-Infrastruktur usw. schon anzutreffen sein. Bei einer Tätigkeit außerhalb des Betriebes ist die ggf. erforderliche Anpassung solcher Vorrichtungen auf gleichem Schutzniveau zu bedenken – diese kann Schwierigkeiten und Kosten mit sich bringen. Insoweit ist ein angemessenes Schutzniveau unter Berücksichtigung der Privatsphäre des Arbeitnehmers herzustellen: Eine Zugangskontrolle kann schon durch abschließbare Schränke oder ein Sicherheitsschloss zur Wohnung gewährleistet werden.

⁷ Hoppe IT-Arbeitsrecht, B. Rn. 642.

⁸ Dury/Leibold ZD-Aktuell 2020, 04405.

⁹ Hoppe IT-Arbeitsrecht, B. Rn. 644.

Zudem empfiehlt der Bundesdatenschutzbeauftragte, eine Zwei-Faktor-Authentifizierung einzuführen, Verbindungen ausschließlich über ein Virtual Private Network (VPN) herzustellen, die Daten zu verschlüsseln und regelmäßige Schulungen für Arbeitnehmer zu dem Umgang mit personenbezogenen Daten anzubieten.¹⁰ Unterlagen und Datenträger, die personenbezogene Daten enthalten, sollten zudem nur sicher (verschlüsselt und in geschlossenen Behältnissen) transportiert werden.¹¹

Allerdings werden Art und Umfang der im Einzelfall datenschutzrechtlich erforderlichen Maßnahmen maßgeblich vom Sensibilitätsgrad der Daten bestimmt. Je sensibler die verarbeiteten personenbezogenen Daten, desto höher müssen die Schutzvorkehrungen sein. Demnach sind etwa bei der Einrichtung des häuslichen Arbeitsplatzes von Arbeitnehmern eines Versicherungsunternehmens, das Gesundheitsdaten verarbeiten, deutlich höhere Schutzmaßnahmen nötig als z.B. für Beschäftigte, die „lediglich“ auf E-Mail-Adressen und Namen von Kunden Zugriff haben.

Außerhalb der Betriebsstätte besteht eine deutlich größere Gefahr, dass Dritte personenbezogene Daten oder Geschäftsgeheimnisse erlangen. Zudem entsteht mit der räumlichen Trennung häufig auch Misstrauen bei den Führungskräften, ob die „nicht länger sichtbaren“ Arbeitnehmer denn auch ihre Arbeitsleistung erbringen – ein Führungsproblem genauso wie ein nicht zu leugnendes tatsächliches Problem auf Seiten mancher Arbeitnehmer. Aus diesen Gründen spielt das Thema Kontrollmöglichkeiten bei einer außerbetrieblichen Tätigkeit eine gesteigerte Rolle – nicht ohne Grund: Leistungs- und Verhaltenskontrollen können ein wesentlicher Teil der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses und im Sinne einer ordnungsgemäßen unternehmerischen Compliance auch notwendig sein. Die Leitungsorgane sind insoweit sogar dazu verpflichtet, geeignete Maßnahmen und organisatorische Vorkehrungen zu treffen (vgl. etwa § 9 II AktG; §§ 30, 130, 9 OWiG).¹² Vor diesem Hintergrund bieten sich detaillierte Regelungen zu Kontrollmöglichkeiten in „remote working“-Konstellationen an.

10

Datenschutzrechtlich gilt ergänzend, dass in besonderen Fällen technische Überwachungsmaßnahmen dann zulässig sein können, wenn der konkrete Verdacht einer Straftat oder einer anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung (wie z.B. Arbeitszeitbetrug) besteht oder sie der Durchführung von stichprobenartigen, nach abstrakten Kriterien durchgeführten Kontrollmaßnahmen dienen.¹³ Eine nicht anlassbezogene Dauerüberwachung (z.B. durch sog. *Keylogger-Software*¹⁴) griffe hingegen in unverhältnismäßiger Weise in das Grundrecht des Arbeitnehmers auf informationelle Selbstbestimmung ein.

¹⁰ Flyer des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit: Telearbeit und Mobiles Arbeiten, Ein Datenschutz- Wegweiser, Juli 2020, S. 17 ff.

¹¹ A.a.O. (Fn. 10).

¹² *Stück ArbRAktuell*, 2018, 31 (31).

¹³ BAG 27.7.2017 – 2 AZR 681/16, NZA 2017, 1327, Rn. 31.

¹⁴ BAG a.a.O. (Fn. 13).

2. Arbeitszeit

11

Auch wenn der Arbeitnehmer von zuhause aus oder sonst wie mobil arbeitet, bleibt natürlich das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) anwendbar. Demnach haben Arbeitnehmer die Höchstgrenzen gem. § 3 ArbZG, die Pausenregelung aus § 4 ArbZG und Ruhezeiten gem. § 5 ArbZG einzuhalten. Dabei führt die Nutzung solcher Arbeitsformen aber noch nicht kraft Gesetzes automatisch dazu – was vielfach so gelebt wird – dass „Home Office“ auch zur Flexibilisierung der Arbeitszeit genutzt wird. Typische Beispiele sind die Unterbrechung der Arbeit für Kinderbetreuungsphasen, Hol- und Bringzeiten zu Schule und Kita, Arztbesuche oder ähnliche Besorgungen während des Arbeitstages, die durch eine dann in die Abendstunden verlängerte Arbeitszeit kompensiert werden. Das führt häufig zu Problemen insbesondere hinsichtlich der Höchstarbeitszeit sowie der Ruhezeit, die nicht mehr eingehalten werden kann. Das hilft weder Arbeitnehmer- noch Arbeitgeberseite, da eine solche Flexibilisierung im Interesse beider Seiten gewünscht wird. Insofern überrascht es nicht, dass die Forderungen nach einer Anpassung des ArbZG an die Lebenswirklichkeit immer lauter werden.

Um die Einhaltung der Arbeitszeit zum Schutz der Arbeitnehmer zu gewährleisten, ist der Arbeitgeber gemäß § 16 II ArbZG dazu verpflichtet, die über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 1 ArbZG hinausgehende Arbeitszeit der Arbeitnehmer aufzuzeichnen und diese Nachweise mindestens zwei Jahre lang aufzubewahren. Eine solche Dokumentation wird dem Arbeitgeber häufig unmöglich sein, wenn Arbeitnehmer von zuhause arbeiten. Aus diesem Grund kann der Arbeitgeber alternativ – nach jetziger Rechtslage – seine Dokumentationspflichten auf den Arbeitnehmer delegieren und ihn darüber hinaus dazu verpflichten, die Aufzeichnungen auf Verlangen der Aufsichtsbehörde vorzulegen.¹⁵ Dies ist insbesondere im Rahmen von Vertrauensarbeitszeitmodellen gängige Praxis.

Wie diese Dokumentation konkret zu erfolgen hat, ist zurzeit noch nicht abschließend geklärt. Spätestens nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes im Fall *CCOO/Deutsche Bank SAE*, in dem dieser ein objektives, verlässliches und zugängliches Arbeitszeiterfassungssystem gefordert hat,¹⁶ drängt sich die Frage auf, ob Arbeitgeber zur Einführung eines Zeiterfassungssystems rechtlich verpflichtet sind. Das Arbeitsgericht Emden bejahte dies wenig überzeugend¹⁷ auch schon unter der derzeitigen Rechtslage. Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten; die meisten Unternehmen tun bis zur Vorlage eines Gesetzesentwurfes aus dem BMAS genau dies.

Hinweis: *Besonders wenn die Nutzung eines Arbeitszeiterfassungssystems in Zukunft verpflichtend werden sollte, können technische Systeme (z.B. Handy-Apps) die Erfassung erheblich vereinfachen und sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber hinsichtlich ihrer Dokumentationspflicht entlasten. Viele Anbieter solcher Lösungen bieten dabei auch die*

¹⁵ *Isenhardt* DB 2016, 1499 (1501).

¹⁶ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (Federación de Servicios de Comisiones Obreras [CCOO] / Deutsche Bank SAE), NZA 2019, 683 Rn. 48f.

¹⁷ ArbG Emden 20.2.2020 – 2 Ca 94/19, ZIP 2020, 1094.

technische Möglichkeit, die Auslastung im Team zu tracken (beispielsweise durch ein Ampelsystem) und dabei zu helfen, die Arbeit im Team gleichmäßiger zu verteilen.

3. Arbeitsschutz

Auch bei außerbetrieblichen Arbeitsformen müssen Maßnahmen zum Arbeitsschutz ergriffen bzw. die relevanten Vorschriften eingehalten werden. Denn der persönliche Anwendungsbereich erfasst nach § 2 II Nr. 1 ArbSchG alle Arbeitnehmer, unabhängig davon, wo sie arbeiten. Nach der Generalklausel des § 3 I 1 ArbSchG ist der Arbeitgeber dazu verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung jener Umstände zu treffen, welche die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen. Der Arbeitgeber hat daher neben Planung und Durchführung dieser Maßnahmen für eine geeignete Organisation zu sorgen und die hierfür erforderlichen Mittel bereitzustellen. Zudem ist nach § 5 ArbSchG jedenfalls für echte Telearbeitsplätze eine Gefährdungsbeurteilung vorzunehmen, um festzulegen, welche Maßnahmen des Arbeitsschutzes erforderlich sind; diese sind sodann nach § 6 ArbSchG zu dokumentieren. Hier knüpft die wesentlichste Stellschraube für die Ausgestaltung des Arbeitens an: Natürlich kann der Arbeitgeber seine Pflichten (wie etwa die Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung) nur wahrnehmen, wenn er von dem Ort und der Ausgestaltung des Arbeitsplatzes des Arbeitnehmers Kenntnis hat. Stellt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer daher frei, von wo aus er arbeitet (mobiles Arbeiten), kann denotwendig keine Gefährdungsbeurteilung erfolgen.

12

Wo eine solche Pflicht besteht, wird der Arbeitgeber regelmäßig seiner Ermittlungspflicht gerecht, wenn er beim Beschäftigten nachfragt und die vom Arbeitnehmer gelieferten Informationen in seine Gefährdungsbeurteilung einstellt.¹⁸ Außer bei konkreten Anhaltspunkten zu Verstößen gegen Arbeitsschutzvorschriften besteht keine Kontrollpflicht des Arbeitgebers vor Ort.¹⁹ Trotzdem ist die vertragliche Einräumung eines Zutrittsrechts sinnvoll – auch zur Einhaltung datenschutzrechtlicher Kontrollpflichten. Ein zeitlich unbedingtes generelles Zutrittsrecht des Arbeitgebers ist dem Arbeitnehmer regelmäßig unzumutbar. Daher sollte in einer entsprechenden Vereinbarung festgelegt werden, zu welchem Zweck und in welcher Situation der Arbeitgeber ein Zutrittsrecht hat und mit welcher Ankündigungsfrist eine Besichtigung des Home Office des Arbeitnehmers vorgenommen werden kann.

Hinweis: *Die Einhaltung des Arbeitsschutzes auch außerhalb des Betriebes kann technisch vielfältig unterstützt werden, zum Beispiel durch den Einsatz von Apps, die Arbeitnehmer daran erinnern, dass ihre tägliche Höchstarbeitszeit erreicht ist, das Anbieten von (online) Ergonomie-Schulungen oder onlinegestützte Kurse z.B. zu Entspannungs- oder Sportübungen zwischendurch. Auch die Durchführung von Gefährdungsbeurteilungen kann so erleichtert und standardisiert werden.*

¹⁸ Isenhardt DB 2016, 1499 (1500).

¹⁹ Wiebauer Landmann/Rohmer GewO, § 1 ArbSchG, Rn. 77.

4. Mitbestimmung

13

Dass Arbeitnehmer außerhalb des Betriebes tätig sind, heißt nicht, dass sie grundsätzlich nicht der Zuständigkeit eines möglicherweise bestehenden Betriebsrates unterfallen. Auch dann bleiben diese Arbeitnehmer nämlich nach § 5 I 1 BetrVG Arbeitnehmer des Betriebs – jedenfalls für Arbeitnehmer, die gelegentlich von zuhause arbeiten, als auch für ständige Heimarbeiter ist dies ausweislich der Gesetzesbegründung eindeutig.²⁰ Aber auch regelmäßig variabel mobil arbeitende Arbeitnehmer werden aufgrund des Schutzzwecks nicht betriebsverfassungslos gestellt sein.

Zu beachten sind insoweit in der Planungsphase der Einführung von mobilen Arbeitsformen regelmäßig Informations-, Beratungs- und Vorschlagsrechte gemäß §§ 80 II, 90 II Nr. 4, 92 und 92a BetrVG. Bei der Einführung und Beendigung von Home Office und der damit einhergehenden Änderung des Arbeitsortes handelt es sich nach der Rechtsprechung regelmäßig um eine Versetzung i.S.d. § 95 III 1 BetrVG, weshalb sich hierbei Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats aus § 99 BetrVG ergeben können.²¹

Von großer Relevanz ist im Zusammenhang mit mobilen Arbeitsformen der Mitbestimmungstatbestand des § 87 I Nr. 6 BetrVG. Demnach darf der Betriebsrat mitbestimmen, wenn der Arbeitgeber „technische Einrichtungen“ einführt oder anwendet, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Ausreichend ist bereits, dass die technischen Einrichtungen geeignet sind, die Arbeitnehmer zu kontrollieren.²² Hierunter fallen alle optischen, mechanischen, akustischen oder elektronischen Geräte, mit deren Hilfe Arbeitnehmerdaten technisch aufgenommen, übermittelt oder ausgewertet werden können.²³ Erfasst ist auch sämtliche Software, die im Betrieb eingesetzt wird.²⁴ Ob die technische Einrichtung auch tatsächlich der Überwachung dient oder dass sie zu diesem Zweck eingesetzt wird, ist nicht erforderlich.

Auch Regelungen zur privaten Nutzung von Telefon, Internet und E-Mail-System sind nach § 87 I Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Das Mitbestimmungsrecht erstreckt sich dabei jedoch nicht auf die Frage, ob der Arbeitgeber die Privatnutzung überhaupt gestatten muss, sondern nur auf die konkrete Ausgestaltung der vom Arbeitgeber erlaubten privaten Nutzung.²⁵

Schließlich ist zu beachten: Wechseln Arbeitgeber, etwa auf Grund einer erfolgreichen Einführung von Home Office, großflächig von Regelarbeitsplätzen im Betrieb auf mobiles Arbeiten oder Telearbeitsplätze, kann hierin eine Betriebsänderung nach § 111 BetrVG zu sehen sein, die der Verhandlung bedarf. Auch ein möglicher Nachteilsausgleich wäre dann zu beachten.

²⁰ BT-Drs. 14/5741, 35.

²¹ LAG Hessen 14.1.2020 – 4 TaBV 5/19, BeckRS 2020, 8928; LAG München 31.07.2018 - 7 TaBV 19/18, BeckRS 2018, 34031.

²² Ständige Rechtsprechung seit BAG 9.9.1975 – 1 ABR 20/74, NJW 1976, 261 ff.

²³ BAG 8.11.1994 – 1 ABR 20/94, NZA 1995, 313 ff.

²⁴ BAG 6.12.1983 – 1 ABR 43/81, NJW 1984, 1476 ff; BAG, 14.12.2006 – 1 ABR 4/06, NZA 2007, 399 ff.

²⁵ LAG Hamm 7.4.2006 – 10 TaBV 1/06, MMR 2006, 700 (701).

IV. Beendigung

Unter welchen Voraussetzungen eine Beendigung der außerbetrieblichen Tätigkeit des Arbeitnehmers einseitig möglich ist, hängt vom Einzelfall ab. 14

Ist arbeitsvertraglich geregelt, dass die Tätigkeit von einer außerbetrieblichen Arbeitsstätte aus erbracht werden kann/soll und hat sich der Arbeitgeber diesbezüglich kein Abänderungsrecht (z.B. in Form einer wirksamen Versetzungsklausel) eingeräumt, so ist der Ausspruch einer Änderungskündigung gem. §§ 2, 1 II KSchG erforderlich.²⁶ Eine arbeitsvertragliche Regelung, welche die Beendigung der Tätigkeit im Home Office für den Arbeitgeber voraussetzungslos ermöglicht, ist wegen der Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des § 106 1 GewO gem. § 307 I 1 BGB i.V.m. § 307 II Nr. 1 BGB wohl unwirksam.²⁷ Besteht hingegen eine vertragliche Regelung, welche eine Zurückversetzung unter bestimmten Voraussetzungen, wie z.B. dem Ende der Pandemie oder jedenfalls unter Einhaltung einer bestimmten Vorlaufzeit möglich macht, steht einer erfolgreichen „Zurückversetzung“ nichts im Wege.

V. Aktuelle Entwicklung und Ausblick

Derzeit ist rund um das mobile Arbeiten viel in Bewegung. Nachdem das BMAS im Herbst 2020 einen Gesetzesentwurf vorgelegt hatte, der die Einführung eines Rechtsanspruchs auf 24 Tage Home Office (bzw. mobiler Arbeit) im Jahr vorsah, wurde diese Initiative aufgrund (berechtigter) Bedenken innerhalb der Bundesregierung gestoppt. Das BMAS hat insoweit [eingelenkt](#) und ist von der Einführung eines Rechtsanspruchs abgerückt. An der Forderung nach einer verpflichtenden Einführung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung und einer Verbesserung des Unfallversicherungsschutzes für Arbeitnehmer [hält es jedoch fest](#). Ob und inwieweit die Koalitionsparteien bis zum Ende der Legislaturperiode noch Einvernehmen zu einer gesetzlichen Neuregelung finden werden, ist derzeit offen. Die Diskussion zeigt aber, welcher großer Regelungsbedarf in der Praxis besteht. Bis auf Weiteres werden sich die Parteien, die ein „modernes“ Arbeitsverhältnis leben wollen, mit ausführlichen Regelungen behelfen müssen – und den Prozess möglichst einfach und standardisiert gestalten, um Rechtsrisiken auszuschließen. 15

²⁶ Röllner, Küttner Personalbuch, Homeoffice, Rn. 6.

²⁷ LAG Düsseldorf 10.9.2014 – 12 Sa 505/14, BeckRS 2014, 73155.