



**Prof. Dr. Michael Worzalla,**  
Professur für privates und öffentli-  
ches Wirtschaftsrecht

# Homeoffice – neues Arbeiten in der Zukunft?

## Einleitung

Kaum ein Thema hat im vergangenen Jahr das Arbeitsleben so beherrscht wie das „Homeoffice“. Über ortsflexibles Arbeiten wurde schon vor der Corona-Pandemie diskutiert. Die Pandemie hat die Auseinandersetzung mit dem Thema in den Betrieben jedoch deutlich forciert. Ist in diesen Zeiten Homeoffice eine Notwendigkeit, so stellt sich für die Zukunft die Frage, ob und ggf. wie die positiven Erfahrungen aus der Arbeit im Homeoffice in der Pandemie genutzt werden sollen und können, um diese Form des Arbeitens in den Bereichen, in denen es möglich ist, als Option in der Betriebsorganisation fortzuführen. Prof. Dr. Tobias Keller hat im Dezember 2020 in der Immobilienanalyse Ausgabe 5 über die Herausforderungen bei der Führung von Arbeitnehmern im Homeoffice berichtet. Schwierig ist aber schon die rechtliche Ausgestaltung ortsflexiblen Arbeitens. Denn gesetzliche Regelungen fehlen weitgehend. Die wesentlichen zu beachtenden Aspekte sollen im Folgenden kurz dargestellt werden.

### Wie soll mobil gearbeitet werden?

Die erste wichtige Frage, die Geschäftsführer, Geschäftsführerinnen oder Vorstände von Unternehmen sich beantworten müssen, ist, in welcher Form im Unternehmen ortsflexibel gearbeitet werden soll und kann. Einerseits ist der Arbeitgeber in der Entscheidung hierüber im Wesentlichen frei. Einen gesetzlichen Anspruch auf ortsflexibles Arbeiten gibt es derzeit nicht. Andererseits hängen von Art und Umfang des ortsflexiblen Arbeitens eine Reihe von Folgefragen ab, die zwingend vorab durchdacht und geregelt werden müssen, um – ggf. schwerwiegende – rechtliche Probleme bei der späteren Durchführung der Arbeitsverhältnisse zu vermeiden.

Problematisch ist insofern schon die „babylonische Sprachverwirrung“, die es bei dem Thema „ortsflexibles Arbeiten“ immer noch gibt. Grund hierfür ist, dass es keine einheitliche gesetzliche Sprachregelung oder gar Definition für die verschiedenen Begriffe des ortsflexiblen Arbeitens wie z. B. „Mobiles Arbeiten“, „Homeoffice“, „Telearbeit“ etc. gibt.

Ein Anhaltspunkt für die notwendige Begriffsklärung kann die zu Beginn der Corona-Pandemie erlassene Arbeitsschutzregel sein. Diese bestimmt in Nr. 2.2 Folgendes:



### **Arbeitsschutzregel 2.2.**

- Mobiles Arbeiten ist eine Arbeitsform, die nicht in einer Arbeitsstätte gemäß § 2 Abs. 1 Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) oder an einem fest eingerichteten Telearbeitsplatz gemäß § 2 Absatz 7 ArbStättV im Privatbereich des Beschäftigten ausgeübt wird, sondern bei dem die Beschäftigten an beliebigen anderen Orten (zum Beispiel beim Kunden, in Verkehrsmitteln, in einer Wohnung) tätig werden.
- Für die Verrichtung mobiler Arbeit werden elektronische oder nichtelektronische Arbeitsmittel eingesetzt.
- Homeoffice ist eine Form des mobilen Arbeitens. Sie ermöglicht es Beschäftigten, nach vorheriger Abstimmung mit dem Arbeitgeber zeitweilig im Privatbereich, zum Beispiel unter Nutzung tragbarer IT-Systeme (zum Beispiel Notebooks) oder Datenträger, für den Arbeitgeber tätig zu sein.
- Regelungen zur Telearbeit bleiben unberührt.

Die Gesetzesbegründung zu § 87 Abs. 1 Nr. 14 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG – s. dazu unten 3.) definiert dagegen mobiles Arbeiten wie folgt:

### **Gesetzesbegründung zu § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG**

Ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin arbeitet mobil, wenn er oder sie die geschuldete Arbeitsleistung unter Verwendung von Informations- und Kommunikationstechnik außerhalb der Betriebsstätte von einem Ort oder von Orten seiner oder ihrer Wahl oder von einem mit dem Arbeitgeber vereinbarten Ort oder von mit dem Arbeitgeber vereinbarten Orten erbringt. Mobile Arbeit liegt nicht vor, wenn der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin die geschuldete Arbeitsleistung aufgrund deren Eigenart ortsgebunden erbringen muss.

Telearbeit wird in § 2 Abs. 7 Arbeitsstättenordnung (ArbStättVO) wie folgt definiert:

### **§ 2 Abs. 7 ArbStättVO**

Telearbeitsplätze sind vom Arbeitgeber fest eingerichtete Bildschirmarbeitsplätze im Privatbereich der Beschäftigten, für die der Arbeitgeber eine mit dem Beschäftigten vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit und die Dauer der Einrichtung festgelegt hat. Ein Telearbeitsplatz ist vom Arbeitgeber erst dann eingerichtet, wenn Arbeitgeber und Beschäftigte die Bedingungen der Telearbeit arbeitsvertraglich oder im Rahmen einer Vereinbarung festgelegt haben und die benötigte Ausstattung des Telearbeitsplatzes mit Mobiliar, Arbeitsmitteln einschließlich der Kommunikationseinrichtungen durch den Arbeitgeber oder eine von ihm beauftragte Person im Privatbereich des Beschäftigten bereitgestellt und installiert ist.



Das Unternehmen muss daher Folgendes entscheiden. Soll bzw. muss der Arbeitnehmer einen vollständig eingerichteten Arbeitsplatz in seinen Wohnräumen für die Erbringung der Arbeitsleistung haben? Das dürfte regelmäßig dann der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer ausschließlich oder weitaus überwiegend von zu Hause aus arbeiten soll und er entsprechende Arbeitsmittel für die Erbringung der Arbeitsleistung benötigt. Dann handelt es sich in der Regel um einen Telearbeitsplatz i. S. d. § 2 Abs 7 ArbStättVO, sodass die in der Vorschrift genannte Vereinbarung getroffen werden muss und u. a. die Regelungen zu Bildschirmarbeitsplätzen in der ArbStättVO zu beachten sind.

Soll der Arbeitnehmer mit einem elektronischen Endgerät (Laptop, Tablet etc.) zeitweise, aber dann ausschließlich von zu Hause aus arbeiten? Dann ist eine Homeoffice-Vereinbarung abzuschließen.

Soll der Arbeitnehmer über ein solches mobiles Endgerät zeitweise außerhalb der Arbeitsstätte arbeiten, ohne dass dies von seinem Wohnraum oder festgelegten Räumlichkeiten (z. B. Coworking-Station) aus geschehen soll? Dann ist eine Vereinbarung über mobiles Arbeiten abzuschließen.

## **Anspruch und Pflicht der Arbeitnehmer**

### **Anspruch**

Wie bereits ausgeführt, gibt es keinen gesetzlichen Anspruch der Arbeitnehmer auf ortsflexibles Arbeiten in irgendeiner Form. Das heißt aber nicht, dass sich ein Anspruch nicht im Einzelfall aus anderen Rechtsgrundlagen ergeben kann. So können Tarifverträge einen Anspruch auf ortsflexibles Arbeiten vorsehen. In der Immobilienwirtschaft gibt es eine solche tarifliche Regelung derzeit nicht.

In Betrieben mit Betriebsrat kann sich ein Anspruch aus einer Betriebsvereinbarung ergeben. Zu beachten ist, dass der Betriebsrat nach § 87

Abs. 1 Nr. 14 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht bei der Ausgestaltung mobiler Arbeit, die mittels Informations- und Kommunikationstechnik erbracht wird, hat. Dieses Mitbestimmungsrecht betrifft jedoch nur die „Ausgestaltung“ mobiler Arbeit und nicht – wie die Gesetzesbegründung ausdrücklich klarstellt – das „Ob“ der Einführung mobiler Arbeit.

Führt der Arbeitgeber jedoch mobiles Arbeiten in einer der beschriebenen Formen ein, so kann dies zu einem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats führen. In diesem Falle kann der Betriebsrat regelmäßig den Abschluss einer Betriebsvereinbarung verlangen. Auch diese beträfe zwar nur die Ausgestaltung der mobilen Arbeit. Der Betriebsrat kann somit nicht verlangen, dass in der Betriebsvereinbarung ein Anspruch auf mobiles Arbeiten für die Arbeitnehmer geregelt wird. Ein solcher Anspruch kann ggf. jedoch „durch die Hintertür“ entstehen. Denn Arbeitgeber und Betriebsrat müssen nach § 75 BetrVG u. a. den Grundsatz auf Gleichbehandlung beachten. Wird also für einen Teil der Arbeitnehmer die Möglichkeit mobilen Arbeitens geregelt, können sich Arbeitnehmer, die nicht zu dieser Gruppe gehören, ggf. darauf berufen, dass ihr Ausschluss von der mobilen Arbeit im Lichte des Gleichbehandlungsgrundsatzes unzulässig ist, sodass auch diesen Mitarbeitern ggf. die Möglichkeit mobilen Arbeitens eingeräumt werden müsste.

Das gilt verstärkt in Betrieben ohne Betriebsrat. In solchen Betrieben muss mobiles Arbeiten mit jedem betroffenen Arbeitnehmer auf arbeitsvertraglicher Grundlage geregelt werden. Haben Arbeitgeber und Betriebsrat hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs einer Betriebsvereinbarung noch einen gewissen – von den Gerichten nur begrenzt überprüfbar – Regelungs- und Beurteilungsspielraum, so besteht dieser bei vertraglichen Regelungen nur in geringem Umfang. Räumt der Arbeitgeber somit in einem betriebsratslosen Betrieb einigen Mitarbeitern die Möglichkeit mobilen Arbeitens ein, so können die anderen Mitarbeiter ggf. einen

Anspruch auf Gleichbehandlung gelten machen. Dann muss der Arbeitgeber hinreichende sachliche Gründe dafür vortragen, warum einige Mitarbeiter die Möglichkeit des mobilen Arbeitens haben, die anderen aber nicht. Ob die sachlichen Gründe für die durchgeführte Differenzierung tragend sind, entscheidet letztendlich im Rechtsstreit das Arbeitsgericht.

### **Pflicht**

Eine ebenfalls nicht abschließend zu beantwortende Frage ist, ob Arbeitnehmer verpflichtet werden können, mobil, insbesondere im Homeoffice zu arbeiten. Man wird unterscheiden müssen, ob die Pflicht bereits bei Beginn des Arbeitsverhältnisses geregelt war, oder nachträglich eintreten soll. Schauen wir uns zunächst die zweite Fallkonstellation an: die nachträgliche Einführung mobilen Arbeitens.

Tarifvertragliche Regelungen zu dieser Frage gibt es in der Praxis nach hiesiger Übersicht nicht und dürfte es wohl auch in Zukunft nur in sehr speziellen Konstellationen geben.

Es stellt sich somit die Frage, ob in Betrieben mit Betriebsrat in einer Betriebsvereinbarung festgeschrieben werden kann, dass Arbeitnehmer, die bislang ausschließlich im Unternehmen ihren Arbeitsplatz hatten, ganz oder teilweise mobil arbeiten müssen. Schließen Arbeitgeber und Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung ab, so wirkt diese gemäß § 77 Abs. 4 BetrVG ähnlich wie ein Gesetz auf das Arbeitsverhältnis ein. Auf den ersten Blick scheint daher die Einführung einer solchen Verpflichtung auf diesem Wege möglich zu sein. Die Regelungskompetenz der Betriebsparteien ist jedoch beschränkt. Entgegenstehen kann erneut § 75 Abs. 1 BetrVG. Eine Betriebsvereinbarung, die Rechtspositionen des Arbeitnehmers – aus dessen Sicht – ausschließlich verschlechtert, kann nach zum Teil vertretener Auffassung schon deshalb unwirksam sein. Jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer in Form von Telearbeit oder Homeoffice-Tätigkeit aus seiner eigenen Wohnung heraus arbeiten soll, dürfte eine solche Betriebs-

vereinbarung unzulässig in das Grundrecht des Arbeitnehmers aus Art. 13 Grundgesetz (GG) eingreifen. Das GG sieht einen starken Schutz für die Wohnung vor. Das lässt sich schon aus den in Art. 13 Abs. 7 GG geregelten engen Eingriffsmöglichkeiten erkennen.

Aber selbst eine Betriebsvereinbarung, die mobiles Arbeiten im weitesten Sinne – also auch außerhalb der Wohnung – erlaubt, dürfte keine Pflicht des Arbeitnehmers hierzu begründen können. Denn das hieße, dass der Arbeitnehmer verpflichtet wäre, sich ggf. einen für die Erbringung der Arbeitsleistung tauglichen Ort außerhalb seiner Wohnung zu suchen. Eine solche Abwälzung der Organisationspflichten des Arbeitgebers auf den Arbeitnehmer dürfte ein unverhältnismäßiger Eingriff in seine Rechtsposition sein.

Besteht kein Betriebsrat, so ist die einseitige Zuweisung mobiler Arbeit im Wege des Weisungsrechts gemäß § 106 Gewerbeordnung (GewO) aus den schon zur Betriebsvereinbarung genannten Gründen regelmäßig unzulässig (so z. B. LAG Berlin-Brandenburg vom 14.11.2018 – 17 Sa 562/18 – LAGE § 106 GewO 2003 Nr. 35). Selbst in Pandemiezeiten besteht ein solches Recht wohl nicht.

Unter bestimmten Voraussetzungen kann jedoch in einem bestehenden Arbeitsverhältnis eine Pflicht zu mobilem Arbeiten entstehen. Das setzt aber eine Organisationsänderung durch den Arbeitgeber voraus. So kann der Arbeitgeber beschließen, dass Mitarbeiter in bestimmten Bereichen – z. B. Vertrieb, Rechnungswesen – in der Zukunft keine Arbeitsplätze im Betrieb haben werden, sondern nur noch mobil von zu Hause oder einem anderen Ort, den das Unternehmen bestimmen muss, arbeiten. In Betrieben mit Betriebsrat stellt eine solche Organisationsänderung regelmäßig eine Betriebsänderung i. S. d. § 111 BetrVG dar. Der Arbeitgeber muss dann mit dem Betriebsrat darüber beraten und ggf. über einen Interessenausgleich und Sozialplan verhandeln, wenn er eine solche Organisationsänderung um-

setzen will. Rechtlich möglich ist dieser Weg, er ist jedoch im Regelfall steinig, was Verhandlungen und Kosten angeht. Gegenüber Arbeitnehmern müsste eine solche Organisationsänderung ggf. durch eine Änderungskündigung durchgesetzt werden, wenn die Arbeitnehmer eine Vereinbarung nicht treffen wollen. Das wäre in Betrieben ohne Betriebsrat stets der Fall. Klagen die Arbeitnehmer gegen die Änderungskündigung, sind in der Regel langwierige gerichtliche Auseinandersetzungen mit ungewissem Ausgang die Folge. Denn die Änderungskündigung ist nur dann wirksam, wenn der Arbeitnehmer die Änderung seiner Arbeitsbedingungen billigerweise hinnehmen muss. Das entscheidet letztlich im Streitfall das Arbeitsgericht. Sind eine größere Anzahl von Arbeitnehmern betroffen, ist zudem ggf. das Massenentlassungsverfahren nach § 17 KSchG durchzuführen.

Unproblematisch ist regelmäßig die einvernehmliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die Einführung mobiler Arbeitens, soweit es um das „Ob“ geht. Aber Vorsicht: In Betrieben mit Betriebsrat hat dieser bei der Ausgestaltung ggf. das schon genannte Mitbestimmungsrecht. Auch wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer grundsätzlich darauf einigen, dass mobil gearbeitet werden soll, ist bis zur Klärung dieser „Ausgestaltung“ mobiles Arbeiten gegen den Willen des Betriebsrats rechtlich nicht möglich. Der Betriebsrat könnte die Umsetzung, die ohne Beachtung seines Mitbestimmungsrechtes erfolgt, gerichtlich – ggf. im Wege der einstweiligen Verfügung – untersagen lassen.

Etwas anderes gilt in Fällen, in denen die Pflicht zur mobilen Arbeit schon bei Begründung des Arbeitsverhältnisses vereinbart wird. Dann kann der Arbeitnehmer erkennen, dass er nur in der vorgegebenen Form arbeiten kann und vereinbart das mit dem Arbeitgeber. Das ist z. B. bei Vertriebsmitarbeitern, die keine eigenen Büros im Betrieb haben, üblich. In Betrieben mit Betriebsrat wird in der Regel im Arbeitsvertrag auf eine zum mobilen Arbeiten bestehende Betriebsvereinbarung

verwiesen, in Betrieben ohne Betriebsrat im oder zusätzlich zum Arbeitsvertrag eine entsprechende Vereinbarung geschlossen.

## **Die Ausgestaltung mobiler Arbeit**

### **Regelungsebenen**

Auch zu Fragen der Ausgestaltung mobiler Arbeit ist zwischen Regelungen in einer Betriebsvereinbarung und arbeitsvertraglichen Regelungen zu unterscheiden.

Die Betriebsparteien haben – jedoch unter Beachtung des § 75 BetrVG – weite Regelungsbefugnisse.

Das ist bei den Arbeitsvertragsparteien ganz anders. Jede arbeitsvertragliche Vereinbarung unterfällt der gerichtlichen Inhaltskontrolle nach § 305ff. BGB (Allgemeine Geschäftsbedingungen). Maßgeblich ist dabei insbesondere § 307 BGB. Die vertraglichen Regelungen müssen transparent sein. Zudem dürfen sie den Arbeitnehmer nicht entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Ob und ggf. wann das der Fall ist, entscheidet im Rechtsstreit das Arbeitsgericht.

Die Aufzählung aller Gegenstände, die bei der Gestaltung mobiler Arbeit – ob in Betriebsvereinbarungen oder Arbeitsvertrag – geregelt werden müssen, würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen. Das variiert insbesondere hinsichtlich der Art der ortsflexiblen Arbeit (s. o. 2.). Kurz angesprochen werden sollen daher im Folgenden nur die wichtigsten Aspekte.

### **Umfang der mobilen Arbeit und Anwesenheitspflicht**

Es sollte geregelt werden, ob mobiles Arbeiten ausschließlich oder alternierend an bestimmten Tagen oder flexibel erfolgen soll. Unklar ist derzeit noch, ob in Betrieben mit Betriebsrat dieser hierzu ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG hat. Das dürfte jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer die Zahl und die Tage, an denen er mobil arbeitet, selbst festlegen kann,

nicht der Fall sein. Macht der Arbeitgeber hierzu jedoch Vorgaben oder soll die mobile Arbeit gar nach einem bestimmten Konzept erfolgen, dürfte das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gegeben sein. In Betrieben ohne Betriebsrat muss die Regelung hinreichend transparent sein und insbesondere den Gleichbehandlungsgrundsatz beachten.

Geregelt werden sollte die Pflicht des Arbeitnehmers, auf Anforderung des Arbeitgebers abweichend von der getroffenen Vereinbarung im Betrieb zu erscheinen, wenn dies aus betriebsorganisatorischen oder sonstigen Gründen erforderlich ist. Dabei darf nicht vergessen werden, eine angemessene Ankündigungsfrist festzulegen, die ihrerseits je nach Dringlichkeit flexibel gestaltet sein kann.

### **Ort**

Festgelegt werden sollte der Ort oder sollten die Orte, von dem bzw. denen aus mobil gearbeitet werden kann bzw. soll. In Betrieben mit Betriebsrat besteht insofern das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG es sei denn, der Arbeitgeber macht insofern keine Vorgaben. Bei der Festlegung der Orte sollte daran gedacht werden, dass auch bei Arbeiten im Freien oder in einer Gaststätte Arbeitssicherheits- und Datenschutzaspekte beachtet werden können müssen. Ausnahmen hierzu sehen weder die datenschutzrechtlichen Vorschriften noch die Vorschriften des Arbeitsschutzes vor. Insbesondere die Durchführung einer arbeitsschutzrechtlichen Gefährdungsbeurteilung ist an manchen Orten schlicht nicht möglich. Wie eine Gefährdungsbeurteilung bei mobilem Arbeiten durchzuführen ist, sagt das Gesetz nicht. Fest steht nur, dass auch bei mobilem Arbeiten eine Gefährdungsbeurteilung zu erfolgen hat. Hierbei trifft den Arbeitnehmer naturgemäß eine hohe Mitwirkungspflicht, da der Arbeitgeber schon die Gegebenheiten in der Wohnung des Arbeitnehmers nicht kennt, erst recht nicht die an anderen Orten.

### **Ausstattung**

Festgelegt werden sollte, welche Arbeitsmittel der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zur Verfügung stellt. Grundsätzlich kann der Arbeitnehmer sich bereit erklären, eigene Arbeitsmittel, insbesondere IT-Komponenten oder Telefone zur Verfügung zu stellen. Das ist unter dem Schlagwort „bring your own device“ z. B. in den USA durchaus üblich. Empfohlen werden kann es aus hiesiger Sicht jedoch nicht, da damit insbesondere datenschutzrechtliche Probleme und Rechtsfolgen eintreten können, die der Arbeitgeber nicht mehr beherrschen kann. Zu beachten ist, dass bei Telearbeitsplätzen (s. o. 2.) grundsätzlich der Arbeitgeber nach § 2 Abs. 7 ArbStättVO zur Bereitstellung der Arbeitsmittel verpflichtet ist. Jedenfalls zu beachten ist zudem die BetriebssicherheitsVO. Der Arbeitgeber muss die technische Ausstattung der Arbeitnehmer regelmäßig auf Sicherheit überprüfen.

### **Arbeitszeit**

Geregelt werden sollte die Arbeitszeit. Das gilt auch dann, wenn das mobile Arbeiten zu den üblichen betrieblichen Arbeitszeiten stattfindet. Dann genügt meist ein Hinweis auf die im Betrieb geltenden Bestimmungen. Oftmals soll mobiles Arbeiten aber auch mit einer Flexibilisierung der Arbeitszeit einhergehen. Das ist insbesondere ein Instrument zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf. Dann bedarf es klarer Regelungen in der Betriebsvereinbarung oder in der arbeitsvertraglichen Vereinbarung.

Dabei sind die arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) zu beachten. Das betrifft die Regelung zur Höchstarbeitszeit in § 3 ArbZG, die Pausenzeiten in § 4 ArbZG und vor allen Dingen die Ruhezeit in § 5 ArbZG. Nach letzterer Vorschrift muss der Arbeitnehmer nach Beendigung der Arbeit bis zur Wiederaufnahme am Folgetag mindestens 11 Stunden Ruhezeit haben. Es ist auch auf das Verbot der Arbeit an Sonn- und Feiertagen in § 9 ArbZG hinzuweisen. Die Arbeitnehmer sollten in der Vereinbarung aus-

drücklich auf die Einhaltung dieser Vorschriften hingewiesen werden. Da es sich um öffentliches Arbeitsschutzrecht handelt, trägt der Arbeitgeber – soweit eine Delegation nicht erfolgt ist somit Vorstand oder Geschäftsführung persönlich – die rechtliche Verantwortung dafür, dass die Arbeitnehmer die Vorschriften einhalten. Im Falle von Verstößen drohen nach §§ 22 und 23 ArbZG empfindliche Bußgelder oder gar Strafverfahren.

Es ist daher auch notwendig, Regelungen zu treffen, nach denen die Einhaltung der Arbeitszeitbestimmungen kontrolliert werden kann. Der einfachste Weg ist die Aufzeichnung aller Arbeitszeiten. Das erscheint in heutiger Zeit etwas antiquiert. Der Europäische Gerichtshof hat jedoch im Jahre 2019 entschieden, dass jeder Arbeitgeber verpflichtet ist, die Arbeitszeit eines jeden Arbeitnehmers lückenlos aufzuzeichnen (EuGH vom 14.05.2019 – C-55/18 – NJW 2019, S.1861). Eine Umsetzung dieser Rechtsprechung in deutsches Recht ist bis jetzt noch nicht erfolgt, aber bald zu erwarten. Aber schon der geltende § 16 Abs. 2 ArbZG bestimmt, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, alle über acht Stunden hinausgehende Arbeitszeiten aufzuzeichnen und die Aufzeichnung mindestens zwei Jahre aufzubewahren. Ein Verstoß gegen diese Regelung ist bußgeldbeehrt. Wie die Aufzeichnung der Arbeitszeiten zu erfolgen hat, sagt das Gesetz wiederum nicht. Nach wohl überwiegender Auffassung kann der Arbeitgeber die Aufzeichnungspflicht auf den Arbeitnehmer delegieren. Er hat dann jedoch zumindest stichprobenartig zu kontrollieren, ob der Arbeitnehmer dem auch ordnungsgemäß nachkommt. Üblicherweise erfolgt die Aufzeichnung der Arbeitszeit elektronisch. Man kann nach derzeitigem Recht aber auch eine handschriftliche Aufzeichnung vornehmen lassen. Sichergestellt werden muss nur, dass die Aufzeichnungen im Falle der Überprüfung durch die Arbeitsschutzbehörden greifbar sind. Es ist zu erwarten, dass die Arbeitsschutzbehörden dies in naher Zukunft insbesondere bei mobiler Arbeit verstärkt kontrollieren werden.

Die Kontrolle der Arbeitnehmer bei mobiler Arbeit hat jedoch noch eine andere Facette. In welchem Umfang darf der Arbeitgeber kontrollieren, ob der Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin auch tatsächlich arbeitet? Eine permanente Überwachung, z. B. über eine von außen steuerbare Kamera im Computer, ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) unzulässig (vgl. dazu z. B. BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 34/03 – AP Nr. 42 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung). Unzulässig soll es nach verbreiteter Rechtsauffassung auch sein, die Möglichkeit vorzusehen, sich ohne Ankündigung per Video und Ton auf den Computer des Arbeitnehmers zu schalten. Dem ist m. E. jedoch nicht zuzustimmen. Denn wenn der Arbeitnehmer im Betrieb in seinem Büro sitzt, muss der Vorgesetzte auch keine Ankündigungsfrist einhalten, bevor er das Büro betritt. Zulässig dürfte es jedenfalls sein, den Arbeitnehmer zu verpflichten, sich bei schriftlicher Ansprache (z. B. E-Mail), innerhalb eines bestimmten, kurzen Zeitfensters zurückzumelden.

### **Zugangsrecht**

Besonders problematisch ist die Regelung von Zugangsrechten des Arbeitgebers zur Wohnung des Arbeitnehmers, z. B. um auf die überlassenen Arbeitsmittel zugreifen zu können. Auch bei Regelungen in einer Betriebsvereinbarung muss wegen des besonderen grundgesetzlichen Schutzes der Wohnung (s. o. 3. b) eine Regelung getroffen werden, die dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genüge tut. So dürfte ein Zugangsrecht nur dann wirksam geregelt sein, wenn die Gründe, die den Zugang zur Wohnung einräumen, diesen tatsächlich erforderlich machen und der Zugang zu einem Zeitpunkt und in einem zeitlichen Umfang erfolgt, der in das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung so wenig wie möglich eingreift. Haben die Betriebsparteien dabei noch einen gewissen – wenn auch nicht großen – Beurteilungsspielraum, so besteht dieser bei rein arbeitsvertraglichen Regelungen praktisch nicht. Bei arbeitsvertraglichen Regelungen müssen die Gründe für den Zugang zur Wohnung präzise benannt werden. Sie müssen einen Zugang zur Wohnung aus objektiver

Sicht erforderlich machen. Die Ankündigungsfristen für den Zugang, der Zeitpunkt des Zugangs (nicht in den frühen Morgenstunden!) und die Dauer des Zuganges müssen präzise geregelt werden.

In beiden Fällen ist zudem zu beachten, dass das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung nicht allein den Arbeitnehmer betrifft. Auch volljährige Mitbewohner müssen dem Zugang zustimmen.

Arbeitet der Arbeitnehmer mobil an einem anderen Ort als seiner Wohnung, ist die wirksame Vereinbarung eines Zugangsrechts ggf. noch weit schwieriger. Das muss dann in jedem Einzelfall geprüft und bedacht werden.

### **Arbeits- und Datenschutz**

Geregelt werden sollten Fragen des Arbeitsschutzes, insbesondere die Durchführung der Gefährdungsbeurteilung. Gleiches gilt für das sehr komplexe Thema des Datenschutzes. Der Arbeitgeber sollte stets nachweisen können, dass die geltenden rechtlichen Pflichten, z. B. eine hinreichende datenschutzrechtliche Unterweisung, eingehalten worden sind, um Schaden vom Unternehmen abzuwenden.

### **Aufwendungsersatz**

Zu regeln ist ggf. zudem die Frage des Aufwendungsersatzes, wenn der Arbeitnehmer eigenen Wohnraum für die mobile Arbeit zur Verfügung stellt. Eine Pflicht zur Zahlung von Aufwendungsersatz besteht nicht, wenn die Leistung in der Betriebsvereinbarung oder im Arbeitsvertrag ausgeschlossen ist. § 670 BGB ist ein sogenannter abdingbarer Anspruch. Soll ein Aufwendungsersatz gezahlt werden, stellt sich die Frage der Angemessenheit der Höhe. Die TU Darmstadt kommt in einer Studie zu dem Ergebnis, dass ca. 45,00 Euro im Monat als angemessen anzusehen sind. Die Begründung hierfür überzeugt jedoch nicht. So werden z. B. Heizkosten angesetzt. Das unterstellt jedoch, dass der Arbeitnehmer, würde er im Büro seiner Arbeitsleistung nachkommen, die Heizung in seiner privaten Wohnung ausschaltet. Das dürfte realitätsfern sein. Berücksichtigungs-

fähig erscheinen erhöhte Stromkosten. Der Höhe nach relevant dürfte das jedoch nur bei reinen Telearbeitsplätzen (s. o. 2.) sein, wenn mehrere elektronische Geräte (Computer, Drucker etc.) zum Einsatz kommen. Auch für die Nutzung des Wohnraumes dürfe ein nennenswerter Aufwendungsersatz nur in Betracht kommen, wenn Wohnraum ausschließlich oder zumindest überwiegend für die berufliche Tätigkeit verwendet wird, wie dies bei Telearbeitsplätzen der Fall ist. Bei mobilem Arbeiten fällt dies nur in geringem Maße an. Zu berücksichtigen sind zudem ersparte Aufwendungen der Beschäftigten, z. B. Kosten für die Anfahrt zur betrieblichen Arbeitsstätte. Die Leistung von Aufwendungsersatz dürfte daher insbesondere bei mobilem Arbeiten regelmäßig nicht geboten sein.

### **Fazit**

Der Beitrag spricht nur einige wichtige Aspekte an, die bei der Regelung ortsflexiblen, insbesondere mobilen Arbeitens zu beachten sind. Es ist bemerkenswert und bedauerlich, dass der Gesetzgeber es nicht für nötig hält oder sich nicht in der Lage sieht, zumindest einige klarstellende gesetzliche Regelungen zu wichtigen Fragen des mobilen Arbeitens – insbesondere zum Arbeits- und Datenschutz, aber auch zu den Zugangsrechten – zu treffen, um diese Form des Arbeitens auf rechtssicheren Boden zu stellen. Denn mobiles Arbeiten wird in der Zukunft ein wichtiger Aspekt der Arbeitsorganisation bleiben. Es erleichtert für die Arbeitnehmer die Vereinbarkeit von Familie und Beruf und entzerrt z. B. Verkehrsströme, was Natur und Umwelt zugutekommen.

Zu beachten ist jedoch auch, dass mobiles Arbeiten nicht jedermanns Sache ist und auch nicht sein muss. Gerade an die Führung von Mitarbeitern sind oft erhöhte Anforderungen gestellt. Denn nicht jeder Mitarbeiter, der meint, er könne sich selbst organisieren, kann es auch. Das muss in den Betrieben klar angesprochen werden, um arbeitsrechtliche Konflikte möglichst zu vermeiden.

### Zum Autor des Beitrags

**Prof. Dr. Michael Worzalla** ist Professor für privates und öffentliches Wirtschaftsrecht an der EBZ Business School (FH) in Bochum. Die Lehr- und Forschungsschwerpunkte der Professur liegen in den Allgemeinen Teilen des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Schuldrechts sowie im Individual- und Kollektivarbeitsrecht. Behandelt wird ein Arbeitsverhältnis von seinem Zustandekommen bis zur Beendigung. Darüber hinaus wird das kollektive Arbeitsrecht, insbesondere das Betriebsverfassungs- und Tarifrecht, behandelt. Im Gesellschaftsrecht stehen Fragen der Optimierung bzw. Umgestaltung von Unternehmen im Vordergrund.

Forschungsschwerpunkte von Prof. Dr. Michael Worzalla sind das Betriebsverfassungsgesetz, das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und das Teilzeit- und Befristungsrecht. Ferner spielen Besonderheiten bei der Umsetzung arbeitsrechtlicher Vorgaben in der Praxis eine große Rolle. Weiterer Forschungsschwerpunkt ist die Gestaltung von Arbeitsverträgen und Anstellungsverträgen von Unternehmensorganen.

Kontakt: [m.worzalla@ebz-bs.de](mailto:m.worzalla@ebz-bs.de)

## Impressum

### **EBZ Business School (FH)**

Springorumallee 20  
44795 Bochum

**Tel:** + 49 234 9447 700

**[www.ebz-business-school.de](http://www.ebz-business-school.de)**

[rektorat@ebz-bs.de](mailto:rektorat@ebz-bs.de)

### **Rektorat:**

**Prof. Dr. Daniel Kaltofen**, Rektor

**Diana Ewert**, Kanzlerin

**Prof. Dr.-Ing. Armin Just**, Prorektor für Studium und Lehre.

**Prof. Dr. Viktor Grinewitschus**, Prorektor für Forschung

### **V.i.S.d.P.:**

EBZ Business School,

**Margarethe Danisch**, [m.danisch@e-b-z.de](mailto:m.danisch@e-b-z.de),

**Dr. Nils Rimkus**, [n.rimkus@e-b-z.de](mailto:n.rimkus@e-b-z.de)

### **Layout:**

Boris Dronjic

### **Erscheinungsdatum:**

Juli 2021