



## Stellungnahme Nr. 86/2020 Dezember 2020

### zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit (Mobile Arbeit-Gesetz – MAG)

#### Mitglieder des Ausschusses Arbeitsrecht

Rechtsanwalt Marc Doßler  
Rechtsanwalt Marc André Gimmy, Vorsitzender (Berichterstatter)  
Rechtsanwalt Dr. Jens Günther  
Rechtsanwalt Dr. Hermann Heinrich Haas  
Rechtsanwalt Lars Kuchenbecker (Berichterstatter)  
Rechtsanwältin Prof. Dr. Anja Mengel  
Rechtsanwalt Igor Münter  
Rechtsanwalt Dr. Peter Rambach  
Rechtsanwalt Dr. Stefan Sasse  
Rechtsanwältin Dr. Gerlind Wisskirchen

Rechtsanwältin Ulrike Paul, Vizepräsidentin Bundesrechtsanwaltskammer  
Rechtsanwältin Jennifer Witte, Bundesrechtsanwaltskammer

#### Mitglieder des Ausschusses Sozialrecht

Rechtsanwältin Marion Häßler  
Rechtsanwalt Matthias Herberg  
Rechtsanwältin und Notarin Ruth Nobel  
Rechtsanwältin und Notarin Susanne Pfuhlmann-Riggert (Berichterstatterin)  
Rechtsanwalt Jörn Schroeder-Printzen, Vorsitzender (Berichterstatter)

Rechtsanwalt Michael Then, Schatzmeister Bundesrechtsanwaltskammer  
Rechtsanwältin Friederike Wohlfeld, Bundesrechtsanwaltskammer

- Verteiler:** Sozialausschusses des Schleswig-Holsteinischen Landtages  
Bundesministerium für Arbeit und Soziales  
Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz  
Bundesministerium für Wirtschaft und Energie  
Landesjustizminister / Justizsenatoren der Länder  
Ausschuss Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages  
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages  
Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages  
Fraktionsvorsitzende des Deutschen Bundestages  
Bundesrat  
Bundesarbeitsgericht  
Landesarbeitsgerichte  
Rechtsanwaltskammern  
Bitkom e. V.  
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e. V.  
Bundesvorstand des Deutschen Gewerkschaftsbundes  
Deutscher Arbeitsgerichtsverband e. V.  
Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit  
Deutscher Richterbund  
Neue Richtervereinigung e. V.  
Deutscher Anwaltverein e. V.  
Bundesverband der Freien Berufe e. V.  
Bundesnotarkammer  
Deutscher Notarverein e. V.  
Bundessteuerberaterkammer  
Deutscher Steuerberaterverband  
Deutscher Industrie- und Handelskammertag e. V.  
Deutscher Juristinnenbund e. V.  
Patentanwaltskammer  
Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.  
ver.di Bundesverwaltung  
Wirtschaftsprüferkammer
- Redaktionen der NZA, RdA, AnwBl, NJW, JZ, MDR, ZAP, DRiZ, FAZ, Süddeutsche Zeitung, Die Welt, taz, Handelsblatt, dpa, Spiegel, Focus, Otto Schmidt Verlag, JUVE
- online-Redaktionen Beck aktuell, Jurion, Juris, Legal Tribune, Deubner Verlag Online Recht
- Anlage:** BRAK-Stellungnahme Nr. 74/2020

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit rund 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten<sup>1</sup> gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

## Stellungnahme

Zunächst bedankt sich die BRAK für die Möglichkeit, zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit (Mobile Arbeit-Gesetz – MAG) des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) vom 26.11.2020 Stellung nehmen zu können.

Bereits im November 2020 hatte die BRAK u. a. im Hinblick auf den inoffiziellen Referentenentwurf des BMAS eines Mobile Arbeit-Gesetzes (Stand Anfang 10/2020) eine Stellungnahme<sup>2</sup> zu dem Themenkomplex „Home-Office“ und „mobiles Arbeiten“ veröffentlicht. Darin hat sie empfohlen, dass für die zahlreichen offenen arbeits-, sozial- und steuerrechtlichen Fragen, die sich im Zusammenhang mit dem Arbeiten außerhalb des Betriebs stellen, gesetzlich Klarheit geschaffen werden sollte. Auf diese Ausführungen wird an dieser Stelle ausdrücklich verwiesen (siehe *Anlage*).

Zu dem Referentenentwurf eines Mobile Arbeit-Gesetzes vom 26.11.2020 nimmt die BRAK wie folgt Stellung:

### I. Grundsätzliches

Das Ziel, die Flexibilisierung des Arbeitsorts einer gesetzlichen Regelung zuzuführen, ist grundsätzlich zu begrüßen. Eine gesetzliche Regelung kann zu verbindlichen und verlässlichen Rahmenbedingungen und damit zu Rechtssicherheit sowohl für Arbeitgeber als auch für Arbeitnehmer führen.

Der vorgelegte Referentenentwurf beschränkt sich jedoch im Wesentlichen auf die Regelung eines Verfahrens zur Vereinbarung oder einseitigen Durchsetzung eines vom bisherigen Erfüllungsort abweichenden Arbeitsorts. Darüber hinausgehende und für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses wesentliche Fragen lässt das Gesetzesvorhaben offen und ist zudem an zentralen Stellen unklar.

Ziel des Gesetzgebers sollte es sein, die Akzeptanz des mobilen Arbeitens durch die Lösung der aufgezeigten praktischen Probleme zu erhöhen. Diesem Anspruch wird der vorliegende Gesetzesentwurf allerdings unter keinem Gesichtspunkt gerecht. So löst er kein einziges der Praxisprobleme, die die BRAK in ihrer bereits veröffentlichten Stellungnahme<sup>3</sup> dargelegt hat. Die anvisierte Regelung zum Arbeitsschutz beschreibt den bekannten Status quo ohne Mehrwert. Vor diesem Hintergrund darf die Frage erlaubt sein: Bedarf es wirklich eines solchen Gesetzes?

Im wichtigen Bereich des Arbeitsschutzes werden ausschließlich Regelungen zur Arbeitszeiterfassung in § 112 GewO-E vorgesehen. Die Auswirkungen der Arbeit von mobilen Arbeitsorten, einschließlich

---

<sup>1</sup> Im Interesse einer besseren Lesbarkeit wird nicht ausdrücklich in geschlechtsspezifischen Personenbezeichnungen differenziert. Die im Folgenden gewählte männliche Form schließt alle Geschlechter gleichberechtigt ein.

<sup>2</sup> BRAK-Stellungnahme Nr. 74/2020; siehe Anlage; abrufbar unter <https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2020/november/stellungnahme-der-brak-2020-74.pdf>.

<sup>3</sup> BRAK-Stellungnahme Nr. 74/2020.

Home-Office, auf die nach dem ArbZG geltenden Höchstarbeitszeiten, Pausen und Ruhepausen werden dagegen nicht adressiert. Bestehende praktische Konflikte bei der Einhaltung von Arbeitszeiten durch zeitversetztes Arbeiten in mobiler Form werden damit in keiner Weise gelöst. Dies führt unweigerlich zu Konflikten mit dem in der Begründung genannten Ziel, die Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben zu fördern.

In der Praxis relevante Fragen zur Anwendung und Anwendbarkeit der Vorgaben des ArbSchG und der ArbStättVO im Home-Office oder an mobilen Arbeitsorten werden ebenfalls völlig außer Acht gelassen. Unberücksichtigt bleiben weiterhin Regelungen zu Ausstattung und Kostentragung des Home-Office/mobilen Arbeitsplatzes. Diese bisher strittigen Fragen, ob oder inwieweit die Kosten des Home-Offices erstattet werden müssen oder mit dem Gehalt abgegolten sein können, bleiben weiter offen. Es ist doch sehr erheblich, ob dem Arbeitnehmer für die Einrichtung des Home-Offices auch die entsprechende Ausstattung (Handy, Laptop, Büroeinrichtung) gestellt werden muss und sogar Kosten wie Miete, Strom, Internet erstattet werden müssen. Das Gesetz schafft damit für den Rechtsanwender keinerlei Mehrwert gegenüber der jetzigen Rechtslage.

Ebenso unberücksichtigt lässt der Referentenentwurf Regelungen zum Schutz von Unternehmensinformationen und zur Durchsetzung von Kontrollaufgaben beim mobilen Arbeiten. Die rechtlichen und praktischen Probleme der Überwachung und Einhaltung des Arbeitsschutzes bei mobiler Arbeit werden durch das Gesetz nicht gelöst. Diese Probleme gelten umso mehr, wenn das mobile Arbeiten an mehreren, wechselnden Orten stattfindet, die der Arbeitnehmer wählt. Stattdessen wird dem Arbeitgeber in § 111 Abs. 5 GewO-E noch die zusätzliche Pflicht auferlegt, den Arbeitnehmer zu informieren, wie seine Sicherheit und Gesundheit gewährleistet wird. Soll sich der Arbeitgeber etwa vor dem Abschluss eines Home-Office Vertrages über die örtlichen Arbeitsschutzgegebenheiten beim Arbeitnehmer vor Ort einen Überblick verschaffen. Wie soll diese Pflicht beim mobilen Arbeiten in der Bahn oder dem Flugzeug erfüllt werden? Damit stellt sich die Frage, ob eine Pflichtdelegation im Arbeits- und Gesundheitsschutz überhaupt noch möglich ist.

Unklar bleibt auch das Verhältnis zum Direktionsrecht des Arbeitgebers. Muss sich der Arbeitgeber ausdrücklich vorbehalten, den Arbeitnehmer z. B. zu Besprechungen o. ä. in den Betrieb „einzubestellen“? Ist das Direktionsrecht suspendiert?<sup>4</sup> Zudem stellt sich die Frage, ob § 111 Abs. 6 GewO-E lex specialis zu einer Änderungskündigung ist. Oder können Arbeitnehmer oder Arbeitgeber zum Zwecke der kurzfristigeren Beendigung des mobilen Arbeitens eine außerordentliche bzw. eine ordentliche Änderungskündigung aussprechen?

Im Übrigen ist das Verfahren zur Durchsetzung des Wunsches nach mobiler Arbeit aus § 111 Abs. 1 bis 4 GewO-E in Grundzügen den Vorschriften zur Durchsetzung eines zeitlich nicht begrenzten Teilzeitverlangens gemäß § 8 TzBfG nachgebildet. Dabei bleibt es an einigen Stellen hinter den Vorgaben des § 8 TzBfG zurück, geht an anderen darüber hinaus. Schwierigkeiten in der praktischen Umsetzung und Rechtsunsicherheiten, die sich in der Anwendung des § 8 TzBfG stellen, werden sich entsprechend auch bei Anwendung des § 111 Abs. 1 bis 4 GewO-E stellen.

---

<sup>4</sup> Siehe hierzu ausführlich BRAK-Stellungnahme Nr. 74/2020, S. 5 f.

## II. Änderungen in §§ 111, 112 GewO-E

### 1. § 111 Abs. 1 GewO-E: Legaldefinition

Grundsätzlich ist positiv hervorzuheben, dass sich der Gesetzgeber im Referentenentwurf um eine Definition der „mobilen Arbeit“ bemüht (§ 111 Abs. 1 Satz 2 GewO-E). Dies beseitigt Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Frage nach dem sachlichen Anwendungsbereich. Nach Auffassung der BRAK besteht hierbei allerdings noch erheblicher Nachbesserungsbedarf.

Das Gesetz soll nur für regelmäßiges mobiles Arbeiten gelten. Nach der Gesetzesbegründung ist unter regelmäßiger Arbeit die „planmäßig wiederkehrende mobile Arbeit“ zu verstehen, die anlassbezogene mobile Arbeit ist nicht Gegenstand dieser Regelung.<sup>5</sup> Bei dem kurzfristigen Wunsch des Arbeitnehmers, vereinzelt oder für einen begrenzten Zeitraum mobil zu arbeiten, findet daher das Gesetz keine Anwendung. Jedoch dürfte das gelegentliche oder spontane mobile Arbeiten in der Praxis wesentlich mehr Relevanz haben. Die Erfahrung mit der Corona-Pandemie lehrt, dass das Bedürfnis nach mobiler Arbeit kurzfristig auftreten kann. Auch ohne Corona sind hierfür vielfältige Gründe denkbar: Erkrankung eines Familienmitglieds, Wegbrechen der Kinderbetreuung, Übernahme der Pflege für ein Elternteil o. ä. Es gibt viele Situationen, auf die sofort reagieren werden muss. Eine Bereichserweiterung des MAG auf das kurzfristig erforderliche mobile Arbeiten kann aber nicht mit den im Entwurf vorgesehenen Beschränkungen der mobilen Arbeit verbunden werden. Daher bedarf es einer Klarstellung was für das praktisch relevante kurzfristige mobile Arbeiten gelten soll.

Des Weiteren regen wir an, eine Bereichsausnahme entsprechend § 8 Abs. 7 TzBfG und eine Mindestgröße von 15 Arbeitnehmer zur Entlastung von kleineren Unternehmen in Erwägung zu ziehen.

Ferner sollte das Verlangen des Arbeitnehmers nach § 111 Abs. 1 Satz 1 GewO-E zwar die zeitlichen Eckpunkte enthalten und die „Art“ des mobilen Arbeitens, womit der Ort nach Wahl des Arbeitnehmers oder nach gemeinsamer Vereinbarung mit dem Arbeitgeber gemeint ist. Der Gegenstand und die Art und Weise des mobilen Arbeitens, d. h. das „Was“ und „Wie“, bleibt damit jedoch völlig offen. Dies würde weiterhin durch das Direktionsrecht des Arbeitgebers oder durch Vereinbarung bestimmt.

Darüber hinaus knüpft die Legaldefinition in § 111 Abs. 1 Satz 2 GewO-E daran an, dass mobile Arbeit (a) unter Verwendung von Informationstechnologie, (b) außerhalb der Betriebsstätte und (c) von einem vereinbarten oder durch den Arbeitnehmer gewünschten Ort erbracht wird. Unter diese Definition fallen auch Arbeitstätigkeiten, deren Eigenart ein Tätigwerden außerhalb der Betriebsstätte voraussetzt. So sind z. B. Vertriebsmitarbeiter regelmäßig außerhalb der Betriebsstätte unter Verwendung von Informationstechnologie (Mobiltelefonen, Laptops) bei Kunden tätig. Diese Art der Auswärtstätigkeit, nicht zwingend jedoch der genaue Ort, ist zwischen den Vertragsparteien auch vereinbart. Nach der Formulierung des § 111 Abs. 1 Satz 1 GewO-E müsste diese Art der Tätigkeit ebenfalls angezeigt und erörtert werden. Die Anwendung des § 111 GewO-E würde dazu führen, dass nicht lediglich der Ort der Arbeitsleistung, sondern auch der Kern des Arbeitsinhalts betroffen würde. Für diese Mitarbeitergruppen würde auch die Regelung des § 112 Abs. 1 GewO-E Anwendung finden. Eine Ausdehnung auf derartige Fallgruppen geht jedoch über den Zweck der Regelung eindeutig hinaus.

Zudem verweist die Gesetzesbegründung<sup>6</sup> darauf, dass „Tätigkeiten, die eine berufsbedingte Mobilität voraussetzen und nicht unter Verwendung von Informationstechnologie ausgeübt werden können (bei-

---

<sup>5</sup> RefE, S. 13.

<sup>6</sup> RefE, S. 13.

spielsweise Monteur- oder Fahrtätigkeiten) nicht unter den Begriff der mobilen Arbeit fallen.“ Es ist unklar, was damit gemeint ist. Viele Auswärtstätigkeiten – auch die der exemplarisch genannten Monteure oder Fahrer und gerade diese (sic!) – erfolgen unter Verwendung von Informationstechnologie. Gemeint ist damit wohl, dass für bestimmte Arten von Tätigkeiten die Eigenart des Arbeitsinhalts einen Wunsch nach Arbeit z. B. aus dem Home-Office ausschließt, weil ein Fahrer nicht „remote“ von zu Hause seine Fahrtätigkeit erbringen kann.

Festzustellen ist daher, dass die vorgesehene Regelung keine Voraussetzung aufstellt, nach der mobiles Arbeiten inhaltlich und technisch möglich sein muss. Jeder (noch so abwegige) Wunsch nach mobiler Arbeit würde somit eine Erörterungspflicht nach § 111 Abs. 1 Abs. 2 GewO-E auslösen.

Vor diesem Hintergrund hält die BRAK eine entsprechende Präzisierung für erforderlich, um den Kreis der „mitteilungsberechtigten“ Arbeitnehmer bereits gesetzgeberisch auf ein praktikables Maß zu reduzieren. Es sollte gesetzlich klargestellt werden, dass die Regelungen keine Anwendung finden, wenn die Eigenart der Tätigkeit ein Tätigwerden außerhalb der Betriebsstätte erfordert. Dies dürfte nach Ansicht der BRAK wohl eher ein Ablehnungsgrund (vgl. § 111 Abs. 3 Satz 1 GewO-E) sein als ein sich nur aus der Begründung ergebendes Negativmerkmal der Begriffsdefinition. Insofern wird vorgeschlagen, als Ablehnungsgrund vorzusehen, dass mobiles Arbeiten nach Art und Inhalt der Arbeitsleistung möglich sein muss und betriebliche Gründe nicht entgegenstehen dürfen.

## **2. § 111 Abs. 2 GewO-E: Erörterung**

Der Arbeitgeber hat nach § 111 Abs. 2 GewO-E mit dem Arbeitnehmer Beginn, Dauer, Umfang und Verteilung der mobilen Arbeit sowie die Art (gleichbedeutend mit Arbeitsort der mobilen Arbeit) mit dem Ziel zu erörtern, zu einer Vereinbarung zu gelangen.

Die vorgesehene gesetzliche Verpflichtung zur „Erörterung“ entspricht dem wohl in den meisten Fällen bereits jetzt gewählten Vorgehen, dass Arbeitgeber mit Arbeitnehmern einen Wunsch nach einem Arbeitsort außerhalb der Betriebsstätte besprechen. Der Anspruch auf Erörterung ist § 8 Abs. 3 TzBfG nachgebildet. Ob es hierfür eines (einklagbaren) Anspruchs auf Erörterung mit dem Arbeitgeber bedarf, ist zweifelhaft.

§ 111 Abs. 2 GewO-E lässt zudem offen, wie und insbesondere in welcher Detailtiefe eine solche Erörterung zu erfolgen hat: Mündlich? In einem schriftlichen Verfahren? Muss der Arbeitnehmer bestimmte Zeiträume für Erwidern zur Verfügung haben?

Die dadurch geschaffenen Rechtsunsicherheiten werden spätestens dadurch jedenfalls zu einem für den Arbeitgeber nicht hinnehmbaren Risiko, dass § 111 Abs. 3 Satz 2 GewO-E an die Nichtbefolgung der Erörterungspflicht eine Zustimmungsfiktion knüpft. Verweigert sich oder übersieht der Arbeitgeber der Erörterung komplett, tritt die Fiktionswirkung ein. Nach der Formulierung des § 111 Abs. 3 Satz 2, Abs. 2 GewO-E sowie unter Heranziehung der Gesetzesbegründung<sup>7</sup> greift die Zustimmungsfiktion aber auch ein, wenn die Erörterungspflicht „nicht hinreichend“ erfüllt wird. Zum hierfür geltenden Maßstab schweigen sowohl der Referentenentwurf als auch die Begründung. Auch § 8 Abs. 5 TzBfG, der ebenfalls eine Fiktionswirkung vorsieht, knüpft aber anders als § 111 Abs. 3 Satz 2 GewO-E an die Nichterörterung keine entsprechende Rechtsfolge.

---

<sup>7</sup> RefE, S. 14.

### 3. § 111 Abs. 3 Satz 1 GewO-E: Ablehnung

§ 111 Abs. 3 Satz 1 GewO-E verlangt, dass der Arbeitgeber seine ablehnende Entscheidung sowie deren Gründe frist- und formgemäß mitteilt. Diese Regelung bedarf nach Ansicht der BRAK dringend einer Präzisierung. Denn der Referentenentwurf sieht keine Anforderungen an die Ablehnungsgründe vor. Ebenso bleibt offen, wie ausführlich der Arbeitgeber seine Ablehnung des Wunsches nach mobiler Arbeit begründen muss. Weder wurde hier ein Katalog an Ablehnungsgründen noch eine Sammlung von Regelbeispielen – wie z. B. in § 8 Abs. 4 Satz 2 TzBfG – aufgenommen. Laut Gesetzesbegründung<sup>8</sup> sind sachfremde und willkürliche Gründe ausgeschlossen; zu denken sei an § 612a BGB oder das AGG. Naheliegendere Ablehnungsgründe (z. B. Kosten, Zweifel an der Verlässlichkeit der mobilen Arbeit, Aufrechterhalten einer Arbeit in Gemeinschaft) werden nicht in der Begründung thematisiert. Im Ergebnis dürfte damit jede einfachste Ablehnung („Ich möchte nicht, dass Sie im Home-Office arbeiten“; „Home-Office gibt es bei uns nicht“) genügen. Offen bleibt des Weiteren, ob die Entscheidung im zwar sachlichen, aber dennoch freien Ermessen des Arbeitgebers liegt oder in den Grenzen billigen Ermessens gemäß § 315 BGG unterliegt. Letzteres hat das Bundesarbeitsgericht<sup>9</sup> beispielsweise zu § 16 Abs. 3 Satz 1 BEEG angenommen, obwohl auch dort das Gesetz darüber schweigt, unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber die Zustimmung zur Verlängerung der Elternzeit verweigern darf.

Dies führt zu Rechtsunsicherheit sowohl für Arbeitgeber als auch für Arbeitnehmer. Es ist davon auszugehen, dass die Ablehnung und die dafür herangezogenen Gründe einer Kontrolle durch die Arbeitsgerichte unterliegen. Weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer können anhand der offenen Formulierung prüfen, ob die Ablehnung gerechtfertigt ist. Rechtfertigt – wie in der Gesetzesbegründung vorgesehen – jeder nicht offensichtlich sachfremde oder sittenwidrige Grund die Ablehnung, wird das Ziel des Gesetzesvorhabens, eine Flexibilisierung des Arbeitsorts zugänglicher zu machen, unterlaufen. Werden hingegen zu hohe Anforderungen an die Begründung der Ablehnung des Arbeitgebers gestellt, wird unter Umständen – trotz der Abkehr von einem Rechtsanspruch auf mobile Arbeit – ein verkappter Rechtsanspruch begründet.

Die BRAK gibt daher zu bedenken, dass das Gesetz weitestgehend ohne praktische Wirkung bleibt, zumal bereits bislang durch einvernehmliche Vereinbarung mobiles Arbeiten eingeführt werden kann. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit aus Sicht auch der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer gleichermaßen führt nicht zur Befriedung von Arbeitsverhältnissen, sondern eröffnet neues und das Arbeitsverhältnis belastendes Streitpotential.

### 4. § 111 Abs. 3 Satz 2 und 3 GewO-E: gesetzliche Fiktion

Kommt der Arbeitgeber seiner Erklärungs- (§ 111 Abs. 3 Satz 1 GewO-E) oder Erörterungspflicht (§ 111 Abs. 2 GewO-E) nicht innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach, soll gemäß § 111 Abs. 3 Satz 2 GewO-E die vom Arbeitnehmer begehrte mobile Arbeit kraft gesetzlicher Fiktion für eine Dauer von maximal sechs Monaten als vereinbart gelten. Dies soll auch für den Arbeitsort gelten: Hat der Arbeitnehmer diesen nicht in seiner Mitteilung angegeben, soll er selbst die Wahl über seinen Arbeitsort haben (§ 111 Abs. 3 Satz 3 GewO-E).

Diese Zustimmungsfiktion ist § 8 Abs. 5 TzBfG nachgebildet, geht jedoch darüber weit hinaus. Die Fiktion führt dazu, dass der Arbeitnehmer, wenn der Arbeitgeber den Form- und Fristanforderungen nicht

---

<sup>8</sup> RefE, S. 14.

<sup>9</sup> BAG, Urt. v. 18.10.2011 – 9 AZR 315/10, BAGE 139, 323 [331, Rn. 28].

nachkommt (also z. B. dem Arbeitnehmer in einem Personalgespräch mündlich mitteilt, dass er die mobile Arbeit nicht genehmigt), für eine Dauer bis zu sechs Monaten an einem Ort seiner Wahl arbeiten darf, ungeachtet der Frage, ob dieser Ort überhaupt zur Erbringung der Arbeitsleistung geeignet ist.

Nur eine geringfügige Fristüberschreitung hätte somit eine bedenkliche Einschränkung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts zur Folge. Nach Auffassung der BRAK wird das Direktionsrecht des Arbeitgebers dadurch zu weitgehend beschnitten. Diese Zustimmungsfiktion greift unverhältnismäßig in den Anspruch des Arbeitgebers, die Hauptleistungspflicht abzufordern, ein und verkürzt zudem die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer, der ggf. die Folgen seines veränderten Arbeitsumfelds nicht einschätzen kann.

Daneben wäre der Arbeitgeber z. B. arbeitsschutzrechtlich weiterhin verantwortlich, auch wenn die Festlegung des Arbeitsorts ohne sein Zutun und ohne kurzfristige Rückrufoption an die Betriebsstätte erfolgte. Es obliegt dem Arbeitgeber, für eine sichere Arbeitsumgebung zu sorgen. Kann der Arbeitgeber wegen eines rein formalen Versäumnisses nicht über den Ort der Tätigkeitserbringung bestimmen, steht dies im Widerspruch zu seiner vollen Arbeitsschutzverantwortung.

Darüber hinaus tritt die Zustimmungsfiktion laut Gesetzesbegründung<sup>10</sup> auch ein, wenn der Arbeitgeber der Erörterungs- oder Erklärungspflicht „nicht hinreichend“ nachkommt. Wann die Erörterungs- und Erklärungspflicht erfüllt sind, lässt der Referentenentwurf offen (siehe hierzu Ziff. 2). Es lässt sich also weder für den Arbeitgeber noch für den Arbeitnehmer rechtssicher beurteilen, ob die Zustimmungsfiktion eintritt oder nicht. Letztlich wird diese Prüfung der gerichtlichen Klärung vorbehalten bleiben. In der Zwischenzeit muss der Arbeitgeber das Risiko hinnehmen, den Arbeitnehmer ggf. zu Unrecht zur Erbringung der Arbeitsleistung in der Betriebsstätte angewiesen zu haben, mit der Folge etwaiger Sekundäransprüche und/oder Unruhe im Betrieb. Der Arbeitnehmer trägt dagegen das Risiko arbeitsrechtlicher Konsequenzen, wenn er sich dafür entscheidet, trotz vom Arbeitgeber erteilter Anweisung zur Arbeitsleistung an der Betriebsstätte seine Arbeitsleistung wie angezeigt anderenorts zu erbringen.

## **5. § 111 Abs. 5 GewO-E: Arbeitsschutz**

Gemäß § 111 Abs. 5 Satz 1 GewO-E sollen die Regelungen des Arbeitsschutzes unberührt bleiben. Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer vor Beginn der mobilen Arbeit in Textform darüber informieren, wie seine Sicherheit und Gesundheit gewährleistet wird.

Dass der Referentenentwurf sich lediglich auf die Feststellung beschränkt, greift zu kurz. Diese pauschale Regelung wird den sich bereits jetzt in der Praxis stellenden Fragen im Hinblick auf die Anforderungen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes, insbesondere unter Berücksichtigung der vielseitigen Möglichkeiten mobilen Arbeitens nicht gerecht.<sup>11</sup>

Mobile Arbeit i. S. d. § 111 GewO-E setzt, worauf § 111 Abs. 1 Satz 2 GewO-E verweist, die Verwendung von Informationstechnologie voraus. Dies bedeutet regelmäßig die Arbeit an Bildschirmgeräten gemäß § 2 Abs. 6 ArbStättVO. Die Vorgaben der ArbStättVO, die insbesondere auch Vorgaben für die Arbeit an Bildschirmgeräten (Bildschirmarbeitsplätzen) enthält, gelten jedoch grundsätzlich nur für Arbeitsstätten, die sich auf dem Betriebsgelände befinden (§ 2 Abs. 1 ArbStättVO). Für Telearbeitsplätze außerhalb des Betriebsgeländes gelten die Vorgaben nur eingeschränkt (§ 1 Abs. 3, 4 ArbStättVO) und

---

<sup>10</sup> RefE, S. 14.

<sup>11</sup> Ausführlich hierzu BRAK-Stellungnahme Nr. 74/2020, S. 8 ff.



auch nur, soweit es sich um einen Telearbeitsplatz i. S. v. § 2 Abs. 7 ArbStättVO handelt. Damit fallen allenfalls Bildschirmarbeitsplätze außerhalb der Betriebsstätte in den Schutzbereich, die „vom Arbeitgeber im Privatbereich fest eingerichtet“ sind und „für die der Arbeitgeber eine mit den 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.“

Die Vorgaben des ArbSchG finden dagegen vollumfänglich Anwendung. Dies setzt z. B. die Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG voraus. Bereits jetzt führt diese Rechtspflicht zu Schwierigkeiten in der praktischen Umsetzung. Arbeitgebern und Arbeitnehmern ist nicht zuzumuten, im Heim des Arbeitnehmers eine Gefährdungsbeurteilung unter Einbeziehung von Arbeitnehmervertretern (Betriebsräte) und ggf. technischer Sachverständiger durchzuführen. Die Privatsphäre des Arbeitnehmers sollte durch das MAG vielmehr geschützt als aufgehoben werden.

Bei einer weitgehenden Flexibilisierung des Arbeitsorts und alternierenden Arbeitsorten nach Wahl der Arbeitnehmer, wie in § 111 Abs. 1 GewO-E vorgesehen, wird die Wahrnehmung der umfassenden arbeitsschutzrechtlichen Verantwortung des Arbeitgebers unmöglich sein. Dies gilt umso mehr, als ein Arbeitnehmer wohl nicht verpflichtet ist, dem Arbeitgeber täglich seinen Aufenthaltsort mitzuteilen.

Auf weite Bereiche der mobilen Arbeit i.S.v. § 111 Abs. 1 GewO-E finden damit die „Regelungen des Arbeitsschutzes“ nur eingeschränkt Anwendung, während andere arbeitsschutzrechtliche Pflichten mit der Flexibilisierung des Arbeitsortes in Konflikt stehen. Weder den Interessen der Arbeitnehmer noch den Interessen der Arbeitgeber trägt der bloße Verweis auf die bestehenden Regelungen Rechnung. Nach Auffassung der BRAK sind vielmehr an die Flexibilisierung des Arbeitsorts angepasste Regelungen zu treffen. Dabei hat der Gesetzgeber die verfassungsrechtlich geschützte Privatsphäre des Arbeitnehmers unbedingt zu beachten.

Der Entwurf verpasst insoweit die Chance, die Arbeitsschutzpflichten des Arbeitgebers bei mobiler Arbeit klarer zu fassen. Dies betrifft auch die spannende Frage der arbeitsschutzrechtlichen Abgrenzung zwischen Telearbeit und einem mobilen Arbeiten, das regelmäßig zuhause stattfindet.

Im Übrigen positioniert sich der Referentenentwurf leider auch nicht zu Kostenfragen, die Arbeitsschutzvorgaben im Hinblick auf die Ausstattung des Arbeitsplatzes flankieren.

## **6. § 111 Abs. 6 GewO-E: Beendigung**

Der Referentenentwurf sieht eine Beendigung der mobilen Arbeit mit einer Frist von drei Monaten zum Ende des Kalendermonats, frühestens aber zum Ende des sechsten Monats nach Beginn vor. Dies gilt vorbehaltlich anderer Vereinbarungen. Typischerweise enthalten die bisher getroffenen Vereinbarungen zur mobilen Arbeit Regelungen zum Rückruf an die Betriebsstätte mit kürzeren Fristen, zumeist unter Verweis auf Regelbeispiele, die einen Rückruf rechtfertigen. Insoweit bleibt abzuwarten, wie sich die Fristen des § 111 Abs. 6 GewO-E mittelbar auf die Prüfung der Angemessenheit von Rückrufklauseln auswirken.

Sind keine abweichenden Regelungen getroffen, bedeutet § 111 Abs. 6 GewO-E, dass ein Arbeitgeber

keine Möglichkeit hat, den Arbeitnehmer gegen seinen Willen an den Arbeitsplatz an der Betriebsstätte zurückzurufen. Dies gilt auch, wenn die Arbeitsleistung außerhalb der Betriebsstätte nicht in zufriedenstellender Weise erbracht wird oder die Aufgaben sich für eine Erledigung außerhalb der Betriebsstätte als ungeeignet erweisen.

Ein entsprechendes Defizit stellt sich auch bei der Festlegung des Arbeitsortes kraft Fiktionswirkung, da auch hier – längstens für die Dauer von sechs Monaten – dem Arbeitgeber die Zuweisung eines anderen Arbeitsortes entzogen ist.

Darüber hinaus ist die Beendigung der mobilen Arbeit nach § 111 Abs. 6 GewO-E an keinen Grund gebunden. Dies entspricht dem Grundsatz, dass der Arbeitgeber den Ort der Arbeitsleistung festlegen kann. Gleichzeitig bestehen Diskrepanzen zur arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung, die zur Kündigung von Home-Office Vereinbarungen einen Sachgrund verlangt.<sup>12</sup>

## 7. § 112 GewO-E: Arbeitszeitznachweise

§ 112 GewO-E schafft eine zusätzliche, neue Pflicht zur Arbeitszeitaufzeichnung. Nach § 112 Abs. 1 GewO-E besteht für Arbeitgeber, deren Arbeitnehmer regelmäßig mobil arbeiten, die Verpflichtung, die gesamte tägliche Arbeitszeit, d. h. Beginn, Ende und Dauer, vollständig zu erfassen. Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer die Aufzeichnung überlassen, bleibt für die ordnungsgemäße Aufzeichnung aber verantwortlich (§ 112 Abs. 2 GewO-E). Bisher beschränkt sich die Aufzeichnungsverpflichtung des Arbeitgebers mit berufsspezifischen Sonderregelungen auf Arbeitszeiten, die über die werktäglich zulässige Arbeitszeit hinausgehen (§ 16 Abs. 2 ArbZG).

Ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>13</sup> bezieht sich die Aufzeichnungspflicht auf „die gesamte Arbeitszeit, nicht nur der mobil geleistete Teil und nicht nur die Arbeitszeit an Tagen, an denen vollständig oder teilweise mobil gearbeitet wird.“ Diese Aufzeichnungspflicht betrifft dementsprechend nicht nur die Zeit des mobilen Arbeitens, sondern jegliche Arbeitsleistung, auch wenn diese in der Betriebsstätte stattfindet. So würde also etwa allein die Tatsache, dass der Arbeitnehmer einmal im Monat im Home-Office arbeitet, zu einer umfassenden Aufzeichnungspflicht führen. Damit weicht der Referentenentwurf für mobile Arbeit von § 16 Abs. 2 ArbZG ab. Somit gelten unterschiedliche Aufzeichnungspflichten für mobil und nicht mobil Arbeitende.

Die Rechtfertigung hierfür in der Gesetzesbegründung,<sup>14</sup> dass Beschäftigte im Home-Office Studien zufolge mehr arbeiten als am festen Arbeitsplatz, überzeugt nicht. Es ist auch nicht klar, wie sich diese neue Verpflichtung zu anderen Arbeitszeitaufzeichnungen verhält. So treten neben diese Pflicht noch weitere Pflichten zur Aufzeichnung etwa nach Mindestlohngesetz. Es besteht damit die Gefahr, dass mehrere kollidierende Systeme der Arbeitszeitaufzeichnung geschaffen werden, ohne dass dies im Sinne des Arbeitsschutzes dienlich ist.

Materiell sieht der Referentenentwurf keine Änderungen zur Arbeitszeit und insbesondere keine Änderungen im Hinblick auf Pausen und Ruhezeiten vor. Trägt man allerdings dem Gedanken Rechnung, dass die mobile Arbeit zur besseren Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben beitragen soll, müsste man auch in materiell-arbeitszeitrechtlicher Hinsicht Änderungen vornehmen, die einerseits der Gefahr

---

<sup>12</sup> z. B. LAG Düsseldorf, Urt. v. 10.09.2014 – 12 Sa 505/14.

<sup>13</sup> RefE, S. 16.

<sup>14</sup> RefE, S. 16.

der sogenannten entgrenzten Arbeit begegnen, andererseits aber etwaigen Unterbrechungen der Arbeitsleistung Rechnung tragen. Unterbricht der Arbeitnehmer seine Arbeit zum Zwecke der Kinderbetreuung – auch im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber – am Nachmittag und holt die geschuldete Arbeit am späten Abend nach, was zu einer Unterschreitung der Ruhezeiten bei morgendlichem Arbeitsbeginn führt, löst dies Haftungs- und Strafbarkeitsrisiken für den Arbeitgeber aus. Soll die Flexibilisierung der Arbeit tatsächlich gefördert werden, bedarf es hier Anpassungen.

Ungeachtet dessen bedarf es einer Spezialregelung zur Pflicht der Aufzeichnung der täglichen Arbeitszeiten bei mobiler Arbeit im Hinblick auf die CCOO-Entscheidung des EuGH<sup>15</sup> nicht. Aufgrund dieser Grundsatzentscheidung des EUGH sind die Mitgliedstaaten gehalten, Arbeitgeber zu verpflichten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System zur Erfassung der täglichen Arbeitszeit einzuführen. Vor diesem Hintergrund ist es zwar konsequent, dass der Gesetzgeber seine beabsichtigte Regelung zum mobilen Arbeiten mit einer entsprechenden Regelung zur Arbeitszeiterfassung flankieren möchte. Die Vorgaben des EuGH und der damit verbundene Appell an den deutschen Gesetzgeber für eine generelle gesetzliche Regelung zur Arbeitszeiterfassung gelten jedoch grundsätzlich unabhängig vom mobilen Arbeiten für jegliche Art der Erbringung der Arbeitsleistung.

Da der Gesetzgeber zur Umsetzung der neuesten EuGH-Rechtsprechung ohnehin eine allgemeine gesetzliche Regelung über die Aufzeichnung der Arbeitszeit in ihrer Gesamtheit in naher Zukunft schaffen muss, erschließt sich nicht, weshalb nun gerade im Bereich des mobilen Arbeitens eine spezielle Arbeitszeitregelung erfolgen soll. Inhaltlich mag sich der Vorschlag für § 112 Abs. 1 GewO-E an den Vorgaben des EuGH orientieren. Die BRAK hält es nicht für zielführend, mit einer isolierten Regelung zur Arbeitszeit nun im Rahmen des MAG „vorzupreschen“.

Will der Gesetzgeber mobile Arbeit und die damit verbundene Flexibilisierung der Arbeit fördern, muss er das Arbeitszeitgesetz unabhängig von Aufzeichnungspflichten modernisieren. Starre tägliche Höchstarbeitszeiten und die Vorgabe einer ununterbrochenen Ruhezeit von elf Stunden widersprechen auch den Arbeitnehmerinteressen, die Erledigung der Arbeit flexibel in den Alltag einzubinden.

## **8. Weitere Anmerkungen**

Anzumerken ist, dass sich die in §§ 111, 112 GewO-E vorgesehene geschlechtergerechte Formulierung – Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen – sprachlich nicht in die übrigen Regelungen zu den Vorschriften der Arbeitnehmer einfügen. Ferner wird in §§ 111, 112 GewO-E nur vom Arbeitgeber gesprochen, nicht hingegen von der Arbeitgeberin.

## **III. § 8 SGB VII-E: Unfallversicherung**

Die im Referentenentwurf vorgesehenen Erweiterung des Versicherungsschutzes in der gesetzlichen Unfallsicherung durch die Einführung von § 8 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 Nr. 2a SGB VII-E ist notwendig und richtig. Die derzeit bestehende Rechtsunsicherheit bei der Abgrenzung von versicherten und nicht versicherten Tätigkeiten und Wegen sowie Versicherungslücken und damit zusätzlichen Risiken durch mobiles Arbeiten werden dadurch vermieden.

---

<sup>15</sup> EuGH, Urt. v. 14.05.2019 – C-55/18.

Allerdings hat der Gesetzgeber bei den Wegeunfällen noch nicht alle denkbaren Konstellationen im Blick: Versichert muss beispielsweise auch der Weg sein, den ein Arbeitnehmer von seiner Wohnung (wo er mobil arbeitet) zur Kinderbetreuungsstätte seines Kindes zurücklegt, wenn das Kind nicht in seinem Haushalt lebt, er es aber im Rahmen der Ausübung seines Umgangsrechts regelmäßig bei sich aufnimmt und z. B. nach einem Besuchswochenende montagsmorgens zur Kita bringt (solche Vereinbarungen gibt es nicht selten). Ein gemeinsamer Haushalt im Sinne des Gesetzeswortlauts besteht dann wohl nicht.

\* \* \*



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 74/2020 November 2020

#### „Home-Office“ und „mobiles Arbeiten“

- Hier:
- inoffizieller Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales eines Gesetzes zur mobilen Arbeit (Mobile Arbeit Gesetz – MAG; Stand Anfang 10/2020)
  - schriftliche Anhörung des Sozialausschusses des Schleswig-Holsteinischen Landtages zu den Anträgen „Home-Office steuerlich berücksichtigen“ und „Mobiles Arbeiten gesetzlich regeln“

#### Mitglieder des Ausschusses Arbeitsrecht:

Rechtsanwalt Marc Doßler  
Rechtsanwalt Marc André Gimmy (Vorsitzender)  
Rechtsanwalt Dr. Jens Günther  
Rechtsanwalt Dr. Hermann Heinrich Haas (Berichterstatter)  
Rechtsanwalt Lars Kuchenbecker  
Rechtsanwältin Prof. Dr. Anja Mengel  
Rechtsanwalt Igor Münter  
Rechtsanwalt Dr. Peter Rambach  
Rechtsanwalt Dr. Stefan Sasse  
Rechtsanwältin Dr. Gerlind Wisskirchen

Rechtsanwältin Ulrike Paul, Vizepräsidentin Bundesrechtsanwaltskammer  
Rechtsanwältin Jennifer Witte, Bundesrechtsanwaltskammer

#### Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

#### Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9    Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
10179 Berlin    Fax +49.30.28 49 39 -11  
Deutschland    Mail [zentrale@brak.de](mailto:zentrale@brak.de)

#### Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9    Tel. +32.2.743 86 46  
1040 Brüssel    Fax +32.2.743 86 56  
Belgien    Mail [brak.bxl@brak.eu](mailto:brak.bxl@brak.eu)

**Verteiler:** Sozialausschusses des Schleswig-Holsteinischen Landtages  
Bundesministerium für Arbeit und Soziales  
Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz  
Bundesministerium für Wirtschaft und Energie  
Landesjustizminister / Justizsenatoren der Länder  
Ausschuss Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages  
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages  
Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages  
Fraktionsvorsitzende des Deutschen Bundestages  
Bundesrat  
Bundesarbeitsgericht  
Landesarbeitsgerichte  
Rechtsanwaltskammern  
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände  
Bundesvorstand des Deutschen Gewerkschaftsbundes  
ver.di Bundesverwaltung  
Deutscher Arbeitsgerichtsverband e. V.  
Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit  
Deutscher Richterbund  
Neue Richtervereinigung e. V.  
Deutscher Anwaltverein e. V.  
Bundesverband der Freien Berufe e. V.  
Bundesnotarkammer  
Deutscher Notarverein e. V.  
Bundessteuerberaterkammer  
Deutscher Steuerberaterverband  
Deutscher Industrie- und Handelskammertag  
Wirtschaftsprüferkammer  
Deutscher Juristinnenbund e. V.  
Patentanwaltskammer  
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.

Redaktionen der  
Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)  
Zeitschrift Recht der Arbeit (RdA)  
Anwaltsblatt (AnwBl)  
Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW)  
Juristenzeitung (JZ)  
Monatszeitschrift für Deutsches Recht (MDR)  
Verlag für Rechts- und Anwaltspraxis (ZAP)  
Deutsche Richterzeitung (DRiZ)

Redaktionen der FAZ, Süddeutsche Zeitung, Die Welt, taz, Handelsblatt, dpa, Spiegel, Focus, Otto Schmidt Verlag

online-Redaktionen Beck aktuell, Jurion, Juris, Legal Tribune, Deubner Verlag Online  
Recht

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit rund 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten<sup>1</sup> gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

## Stellungnahme

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) nimmt den bislang nicht veröffentlichten Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) eines Gesetzes zur mobilen Arbeit (Mobile Arbeit Gesetz – MAG; Stand Anfang 10/2020)<sup>2</sup> sowie eine schriftliche Anhörung des Sozialausschusses des Schleswig-Holsteinischen Landtages zu dem Antrag der Abgeordneten des SSW „Home-Office steuerlich berücksichtigen“<sup>3</sup> und zu dem Alternativantrag der Fraktion der SPD „Mobiles Arbeiten gesetzlich regeln“<sup>4</sup> zum Anlass, sich grundsätzlich mit dem hochaktuellem Themenkomplex „Home-Office“ und „mobiles Arbeiten“ zu befassen.

### A. Vorbemerkungen

Wie eingangs beschrieben, ist die BRAK die Dachorganisation sämtlicher deutscher Rechtsanwaltskammern, in denen alle in Deutschland zugelassenen Rechtsanwälte, d. h. sowohl die selbständigen als auch die angestellten Rechtsanwälte inklusive der Syndikusrechtsanwälte Mitglieder sind. Diese stehen als Berater sowohl auf Arbeitgeber- wie auf Arbeitnehmerseite, sind aber auch selbst als Arbeitgeber oder Arbeitnehmer regelmäßig von arbeitsrechtlichen Fragestellungen betroffen. Deshalb nimmt die BRAK zu den Gesetzesvorhaben ausschließlich aus dem Blickwinkel des (neutralen) Rechtsanwenders, nicht hingegen zu politischen Aspekten oder quasi in einer betroffenen Partei zugewandten Form Stellung.

Vor diesem Hintergrund strecken sich die nachfolgenden Ausführungen insbesondere nicht auf die politische Thematik der Gewährung eines Anspruchs von Arbeitnehmer auf Arbeit im „Home-Office“. Allerdings wird der Gesetzgeber, sollten die entsprechenden Planungen fortgesetzt werden, sehr genau zu prüfen haben, ob überhaupt und gegebenenfalls wie weitgehend die damit verbundenen Eingriffe in die Grundrechte, insbesondere der Art. 12 und 14 GG, d. h. der Berufsfreiheit und der Gewährleistung des Eigentums der Arbeitgeber, verfassungsgemäß möglich sind. Die mit der Tätigkeit im „Home-Office“ verbundenen Beschränkungen der Arbeitgeber in ihren Organisations- und Weisungsrechten und die erheblichen wirtschaftlichen Belastungen, die gegebenenfalls zu einer Pflicht zur Duplizierung von Arbeitsplätzen (im Betrieb und im „Home-Office“) führen, dürften hier Grenzen setzen.

Nur ein Beispiel: Nach § 111 Abs. 2 Satz 2 GewO-E des inoffiziellen Referentenentwurfs eines Mobile Arbeit Gesetzes des BMAS kann der Arbeitgeber einen Anspruch auf „Home-Office“ ablehnen, wenn betriebliche Gründe dem entgegenstehen. Dieser Ablehnungsgrund ist, wie der Vorschlag zu § 111 GewO-E insgesamt, dem Ablehnungsgrund für ein Teilzeitverlangen gemäß § 8 Abs. 4 Satz 1 TzBfG nachgebildet, wobei allerdings § 8 Abs. 4 Satz 2 TzBfG die Verursachung unverhältnismäßiger Kosten

---

<sup>1</sup> Im Interesse einer besseren Lesbarkeit wird nicht ausdrücklich in geschlechtsspezifischen Personenbezeichnungen differenziert. Die im Folgenden gewählte männliche Form schließt alle Geschlechter gleichberechtigt ein.

<sup>2</sup> Zum aktuellen Stand: <https://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht/mobile-arbeit.html> (abgerufen am 16.11.2020)

<sup>3</sup> Drs. 19/2327: <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/drucks/02300/drucksache-19-02327.pdf>.

<sup>4</sup> Drs. 19/2358: <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/drucks/02300/drucksache-19-02358.pdf>.

durch ein Teilzeitverlangen ausdrücklich als betrieblichen Ablehnungsgrund benennt. Auf dieser Grundlage wird die in der Regel kostenintensive Einrichtung doppelter Arbeitsplätze durch Teilzeitverlangen als betrieblicher Ablehnungsgrund in der Rechtsprechung anerkannt.

Der inoffizielle Referentenentwurf des BMAS zu § 111 GewO sieht eine solche Regelung nicht ausdrücklich vor. Es kann aber davon ausgegangen werden, dass in einer Rechtsprechung zu einem solchen § 111 GewO aus Gründen seiner verfassungskonformen Auslegung entsprechend den Regeln zu § 8 TzBfG verfahren werden wird. Dies kann durchaus dazu führen, dass wegen der mit dem „Home-Office“ verbundenen hohen Kostenbelastung der Arbeitgeber ein gesetzlich geregelter Anspruch auf Homeoffice in der Praxis ins Leere läuft.

Die BRAK begrüßt grundsätzlich die Initiative der SPD-Fraktion des Schleswig-Holsteinischen Landtages, das Thema „Home-Office“ einer breiteren Betrachtung und gegebenenfalls Regelung zuzuführen. „Stückwerk“ wie allein eine steuerliche Begünstigung oder ein gesetzlicher Anspruch auf „Home-Office“ (auch wenn der inoffizielle Referentenentwurf des BMAS einzelne weitere wichtige Regelungsaspekte behandelt), zu dem als letztlich politischen Thema die BRAK ausdrücklich keine Stellung nimmt, würde zu einer massiven Rechtsunsicherheit für Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Betriebsräte und Tarifvertragsparteien sowie auf Seiten der Rechtsberater führen. Unter Umständen wäre letztlich illegales Verhalten der Arbeitsvertragsparteien die Folge.

Dies zu vermeiden verlangt eine allumfassende Befassung des Gesetzgebers mit der Thematik. Weder helfen laut Pressemitteilungen ministerielle Äußerungen, in der ministerielle Hinweise, in der Corona-Pandemie müsse beim Arbeitsschutz eben weniger genau hingeschaut werden, noch darf „Home-Office“ zu einer (vollständigen) Entlastung der Arbeitgeber von ihrer Verantwortung beim Thema Arbeitsschutz führen. Es dürfte in allen Lagern Konsens bestehen, dass Arbeitsschutz eine wichtige Erregenschaft in unserer Arbeitswelt darstellt, die grundsätzlich geschützt werden muss.

Mit der nachfolgenden Stellungnahme soll der Blick des Gesetzgebers für den Umfang der zur behandelnden Thematik geschärft werden. Erst wenn der Gesetzgeber die Thematik voll durchdrungen hat und dies aus allen denkbaren Blickwinkeln, macht die Arbeit an einem konkreten Gesetzesvorhaben Sinn.

## **B. Stellungnahme**

### **I. Grundsätzlicher Regelungsbedarf**

Angesichts der im vergangenen halben Jahr aufgrund der Covid-19-Pandemie explosionsartig gestiegenen Anzahl der Arbeitnehmer, die nunmehr an einem neuen Arbeitsort außerhalb des Betriebs – geläufig unter der Bezeichnung „Home-Office“ – ihre Arbeitsleistung erbringen, stellen sich unzählige Fragen nach der arbeits-, sozial- und steuerrechtlichen Einkleidung eines solchen Beschäftigungsplatzes. Die rechtliche Tragfähigkeit der aktuell praktizierten Lösungen, die auch bereits vor der Pandemie mittels Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen und Individualarbeitsverträgen gefunden wurden, bleibt weiterhin fraglich.

Diese Fragen beginnen bei arbeitnehmerseitigen Unklarheiten über die Haftung für Schäden an zur Verfügung gestellten Arbeitsmitteln, reichen über die arbeitgeberseitige Verunsicherung hinsichtlich des zu gewährleistenden Arbeitsschutzes an betriebsfremden Orten und enden bei dem politischen Bedürfnis danach, den Versicherungsfall auf dem Rückweg von der Kindertagesstätte einer Regelung zuzuführen.



Unklarheiten bestehen bereits für die Frage, wie eine allgemeingültige Definition für das besagte „Home-Office“ bzw. „mobile Arbeiten“ gefunden werden soll. Diesbezüglich finden sich Ausgestaltungen, die z. B. in einem PreCovid19-Arbeitsmodell mit eingerichteten Telearbeitsplatz in den eigenen vier Wänden, der Möglichkeit des mobilen Arbeitens via Notebook über den bisherigen festen Sitz am Unternehmensstandort hinaus oder der (rechtswidrigen) Versetzung an den mitarbeitereigenen Küchentisch bestehen. Spätestens das Jahr 2020 hat damit die unterschiedlichsten Formen der Arbeit, welche örtlich abgekoppelt vom Betrieb stattfinden, hervorgebracht.

Der erste Schritt, um Übersichtlichkeit in dieses Thema zu bringen, muss daher darin bestehen, dass Klarheit über die bereits geregelten und die noch offenen rechtlichen Aspekte hergestellt wird. Teilweise haben sich Lücken im gesetzlichen und auch steuerrechtlichen Gefüge gerade in den letzten Monaten herauskristallisiert, weil vermehrt Forderungen nach einer dauerhaften Auslagerung der Arbeitsplätze von der eigentlichen Betriebsstätte laut geworden sind. Dabei erscheinen auch Aspekte, welche aufgrund ihrer untergeordneten Relevanz bisher oftmals keine ausdrückliche Regelung in Abreden oder Gesetzen zu mobilem Arbeiten im weitesten Sinne erfahren haben, angesichts der plötzlichen Vielzahl an betroffenen Personen dringender denn je. Andere Gesichtspunkte, bei denen bis vor Covid-19 mit akribischer Genauigkeit vorgegangen wurde, wurden aufgrund der zwingenden Notwendigkeit von flexiblen Arbeitsmodellen in Anbetracht der Pandemie plötzlich gänzlich vernachlässigt.

In Bezug auf einen von der eigentlichen Betriebsstätte ausgelagerten Arbeitsplatz stellen sich damit zahlreiche Fragen. Einige, die auch schon in den letzten Jahren immer mal wieder auf der politischen Agenda aufblitzten, viele, die sich erst aus der sprunghaften Nachfrage der letzten Monate ergeben haben. Auf die für die Anwaltschaft – sowohl aus Rechtsberater- als auch aus Arbeitgeber- / Arbeitnehmerperspektive – relevantesten Aspekte zu den in Rede stehenden Drucksachen wird im Folgenden einzugehen sein.

## **II. Arbeiten von zuhause – arbeitnehmerseitiger Anspruch ohne Weiteres?**

Die Bestimmung des Ortes der Arbeitserbringung unterliegt grundsätzlich dem Direktionsrecht des Arbeitgebers aus § 106 GewO. Soweit allerdings keine arbeits-, tarif- oder betriebsvertragliche Vereinbarung getroffen wurde, erstreckt sich die Weisungsbefugnis nicht darauf, den Mitarbeiter auch einseitig auf eine (dauerhafte) Beschäftigung von Zuhause zu verweisen.<sup>5</sup> Dies begründet sich u. a. vor dem Hintergrund der durch Art. 13 GG gewährleisteten Unverletzlichkeit der Wohnung. Darüber hinaus müssen Art der Tätigkeit und die betrieblichen Besonderheiten überhaupt eine örtliche Auslagerung zulassen. Dabei können sich durchaus Divergenzen im selben Betrieb ergeben. Während ein Arbeitnehmer problemlos ins „Home-Office“ (aus technischer Sicht) versetzt werden könnte, kann dies bei einem anderen am konkreten Arbeitsauftrag scheitern.

Besteht von Seiten des Arbeitgebers der Wunsch – aufgrund betrieblicher Erwägungen – „Home-Office“ einzuführen, bedarf es damit grundsätzlich vorausgehender vertraglicher Vereinbarungen oder (unter sehr hohen Voraussetzungen) einer Änderungskündigung. Lediglich in Situationen zwingender Betriebsgründe, wie gegebenenfalls einer vorübergehenden Betriebsschließung oder örtlichen Gefährdungslage, könnte über ein sog. „Notstandszuweisungsrecht“ aufgrund der Treuepflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB nachzudenken sein. Hierbei handelt es sich jedoch um kein geregeltes Rechtsinstitut der Arbeitsplatzzuweisung, sondern um eine sich aus dem bestehenden Vertragsverhältnis ergebende Verbindlichkeit zur gegenseitigen Rücksichtnahme. Im Einzelfall käme es demnach in Betracht, dass ein Arbeitnehmer gegen seine aus § 241 Abs. 2 BGB bestehenden Pflichten verstieße, sollte er „Home-Office“ oder „mobiles Arbeiten“ ohne begründeten Anlass verweigern.

---

<sup>5</sup> LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 28.11.2018 – 17 Sa 562/18.

Soweit im Betrieb oder Unternehmen nicht bereits kollektive oder tarifvertragliche Rahmenvereinbarungen zur Beanspruchung eines „Home-Office“-Arbeitsplatzes bestehen, bedarf es folglich in der Regel einer einvernehmlichen Einigung mit dem Mitarbeiter.

Von Arbeitnehmerseite lässt sich ein einseitiges Verlangen nach „Home-Office“ nach der jetzigen Rechtslage ebenfalls nicht voraussetzungslos durchsetzen. Einen umfassenden gesetzlichen Anspruch auf das Arbeiten von Zuhause gibt es für Arbeitnehmer nicht. Lediglich schwerbehinderte Menschen haben einen solchen Anspruch, soweit im Betrieb behinderungsgerechte Beschäftigung nicht möglich ist (§ 164 Abs. 4 Satz 1 SGB IX).<sup>6</sup>

Nur im Ausnahmefall ist – wiederum aufgrund der Rücksichtnahmepflichten aus § 241 Abs. 2 BGB – ein Anspruch auf eine nur vorübergehende „Home-Office“-Tätigkeit im Einzelfall denkbar. Hierfür bedarf es jedoch eines unüberwindbaren Leistungshindernisses am eigentlichen Arbeitsort. Der Arbeitnehmer darf nicht in der Lage sein, an diesem seine Tätigkeit zu erbringen und muss ein ausdrückliches Verlangen hinsichtlich des Arbeitens von seiner Wohnstätte aus vorbringen. Weiterhin sind Zumutbarkeitsgesichtspunkte auf Arbeitgeberseite zu berücksichtigen und ist nach entgegenstehenden betrieblichen Gründen oder rechtlichen Hindernissen zu fragen. Zu diesen Varianten hinzu tritt ein möglicher Anspruch des einzelnen Arbeitnehmers auf Vertragsanpassung dahingehend, dass ein mobiles Arbeiten möglich wird.

Dabei können der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz oder eine betriebliche Übung entscheidend werden. Dies hängt jedoch vom jeweiligen Einzelfall ab. Kein Anspruch auf unbefristete Nutzungsfortsetzung eines „Home-Office“-Arbeitsplatzes ergibt sich nach bisheriger Instanzrechtsprechung aus einer einmal eingeführten und länger gelebten Remote-Tätigkeit.<sup>7</sup> Die Rückversetzung an die Betriebsstätte ist vom Weisungsrecht des Arbeitgebers umfasst.

Neben den Situationen einer lediglich einseitigen Einforderung – wie sich gezeigt hat, denkbar sowohl von Arbeitgeber- als auch Arbeitnehmerseite – zeigen sich Konstellationen, in denen der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im oft beiderseitigen Interesse ein (zeitlich begrenztes) Angebot zur Arbeit von Zuhause unterbreitet. Unter den Umständen der Corona-Pandemie haben beide Parteien ein Interesse daran, durch die „Home-Office“-Tätigkeit Lohnfortzahlungskosten in der Quarantäne (§ 616 BGB), aufgrund fehlender Kinderbetreuungsmöglichkeiten (§ 616 BGB) oder wegen einer vorsorglich erfolgten Freistellung wegen eines Corona-Verdachtsfalls zu vermeiden.

Jedenfalls ist „Home-Office“ dann zulässig, wenn beide Parteien damit einverstanden sind. Dies gilt unabhängig davon, ob es vertraglich oder gesetzlich vorgesehen ist oder nicht.

### **III. Zurück an die „Arbeit“**

Wird oder wurde ein Arbeitsverhältnis örtlich verlegt bzw. flexibler ausgestaltet, kann sich dies für die Beteiligten als langfristige Lösung bewähren. Dennoch sind Situation zu bedenken, die eine Beendigung des Arbeitsmodells erwünschen lassen. Auch an dieser Stelle können Arbeitgeberinteresse und Wunsch des Arbeitnehmers auseinanderfallen.

Während bei erhöhtem Besprechungsbedarf ein Interesse des Mitarbeiters denkbar ist, wieder regelmäßig vor Ort an der Betriebsstätte zu sein, oder dieser Wunsch durch ein Gefühl zunehmender sozialer Isolierung vom Team herrührt, können aus Sicht des Arbeitgebers z. B. Gesichtspunkte des Arbeitsschutzes – wie z. B. die Vermeidung von übermäßigen Kontakten in Anbetracht der Covid-19-Pandemie

---

<sup>6</sup> LAG Niedersachsen, Urt. v. 06.12.2010 – 12 Sa 860/10.

<sup>7</sup> LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 17.12.2014 – 4 Sa 404/14.

– gegen eine Rückkehr an den ursprünglichen Arbeitsplatz sprechen. Andererseits kann der Arbeitgeber bei einer Änderung der Tätigkeit oder wenn sich die „Home-Office“-Tätigkeit nicht bewährt bzw. vermehrt Besprechungen im Betrieb notwendig werden, ein Interesse an der Rückkehr des Arbeitnehmers in den Betrieb haben. Um Unklarheiten und Rechtsstreitigkeiten diesbezüglich vorzubeugen, können Befristungsabreden oder Beendigungsvorbehalte (Widerrufsmöglichkeiten) in die vertraglichen Abreden aufgenommen werden.

Insofern haben sich bereits verschiedenste Vertragsgestaltungen in der Praxis etabliert. Teilweise jedoch ohne eine bestehende Rechtssicherheit zu den getroffenen Vereinbarungen. Voraussetzungslos vorbehaltene Beendigungsrechte des Arbeitgebers sind dabei als unwirksam erkannt worden, da sie den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligen.<sup>8</sup> Widerrufsvorbehalte müssen daher vor dem Hintergrund der Rechtsprechung zu Widerrufsründen möglichst exakt bezeichnet werden und unterliegen einem hohen Risiko, für unwirksam befunden zu werden.

Für den Arbeitnehmer hingegen muss zwingend die Möglichkeit einer Rückkehr zum ursprünglichen Arbeitsort bestehen. Entsprechend der gesetzlichen Kündigungsfrist zu Wohnraummietverhältnissen ist von einer angemessenen Ankündigungsfrist von drei Monaten auszugehen. Hierbei handelt es sich jedoch lediglich um einen Richtwert, eine gesetzliche Regelung diesbezüglich besteht nicht. Zudem erscheint in diesem Zusammenhang beachtlich, dass die Befristung von Arbeitsbedingungen von der Rechtsprechung zunehmend nach den Maßstäben der §§ 14 f. TzBfG geprüft wird. Hieraus kann sich ein Schutzschild für den Arbeitnehmer ergeben, dessen sich Arbeitgeber hinsichtlich Befristungsabreden bei der Einrichtung von „Home-Office“-Arbeitsplätzen oder dem Zulassen von „mobilem Arbeiten“ bewusst sein müssen.

#### **IV. Arbeitszeit und Arbeitsschutz**

Arbeiten Arbeitnehmer „mobil“ oder aus dem „Home-Office“, lässt sich die Arbeitszeit notwendigerweise nicht (mehr) mit einer Anwesenheit auf dem Betriebsgelände gleichsetzen. Eine Abgrenzung zwischen Arbeit und Privatem kann nicht (oder nur begrenzt) anhand einer räumlichen Trennung vorgenommen werden. Eine örtliche Verlagerung der Arbeit führt dabei zu keiner Änderung der im Arbeitsvertrag vereinbarten Wochen-/Monats-/Jahresarbeitszeit. Sowohl der Arbeitsschutz als auch die vertraglichen Verpflichtungen greifen in gleichem Maße fernab der Betriebsstätte. Mindestruhe- und Höchstarbeitszeiten sind an dieser Stelle besonders relevant. Sowohl die Gefahr vermehrter, unbezahlter Überstunden als auch Verstöße gegen Ruhepausen lassen sich schwerer überblicken. Hierdurch läuft nicht nur die Gesundheit des Arbeitnehmers, sondern auch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers Gefahr, verletzt zu werden.

Das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) gibt zwingende Richtwerte für den Beschäftigtenschutz vor. Bis auf wenige begründete und gesetzlich vorgesehene Ausnahmen, z. B. die Verlängerung der Höchstarbeitszeit von acht auf zehn Stunden täglich (vgl. § 3 ArbZG), sind diese Vorgaben zwingend. Teilweise kann in abschließend normierten Fällen eine andere tarifvertragliche oder betriebsverfassungsrechtliche Regelung getroffen werden. Allerdings sind auch diese Möglichkeiten abschließend normiert. Unabhängig von dem Ort der Arbeitserbringung liegt den gesetzlichen Bestimmungen eine Regelungsabsicht hinsichtlich der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer in Deutschland zu Grunde. Dabei ist es selbstbenannter Zweck des Arbeitszeitgesetzes, auch die Rahmenbedingungen für flexible Arbeitszeiten zu verbessern (vgl. § 1 Nr. 1 ArbZG). Die Normierungen müssen daher als ein bundesweit geltender Mindestmaßstab an zeitlichem Arbeitsschutz in den verschiedensten Beschäftigungsfeldern verstanden werden, welcher – auch in Anbetracht von flexiblen Arbeitsmodellen – Bestand hat. Für

---

<sup>8</sup> LAG Düsseldorf, Urt. v. 10.09.2014 – 12 Sa 505/14.

Verstöße gegen die zeitlichen Schutzvorschriften drohen Arbeitgebern sowohl bußgeldbewerte als auch strafrechtliche Konsequenzen.

Mit der Einhaltung von Höchstarbeitszeiten einhergehend erscheinen insbesondere Umsetzbarkeit und Notwendigkeit von Mindestruhezeiten bei einer Arbeit abseits der Betriebsstätte problematisch. Nach dem Arbeitszeitschutz muss eine mindestens elfstündige Ruhezeit zwischen der Beendigung und Wiederaufnahme der täglichen Berufstätigkeit liegen (vgl. § 5 ArbZG). Die Natur der „Home-Office“- oder „mobilen“ Beschäftigung zeigt sich jedoch für Störungen im täglichen Arbeitsverlauf anfälliger. Familien- bzw. Privat- und Arbeitszeit können sich aufgrund der räumlichen Nähe häufiger vermischen, wie veröffentlichte Studien der letzten Monate bestätigen. Verpasste Arbeitszeit tagsüber läuft Gefahr, in den späten Abend- oder frühen Morgenstunden aufgeholt zu werden. Zwar unterliegt die Arbeitszeit dem Weisungsrecht des Arbeitgebers (bei einem bestehenden Betriebsrat unter Berücksichtigung der betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen). Allerdings kann der Arbeitgeber sich nur in begrenztem Maße technischer Möglichkeiten bedienen, deren Einhaltung unter dem Aspekt des Arbeitsschutzes zu kontrollieren. An einer Umsetzung für eine gesetzliche Grundlage, die den Arbeitgeber angesichts der im Jahr 2018 ergangenen EuGH-Rechtsprechung<sup>9</sup> ohnehin dazu verpflichtet, die Arbeitszeit vollumfassend zu erfassen, fehlt es bisher.

Oftmals wird für Arbeitnehmer im „Home-Office“ eine Vertrauensarbeitszeit festgelegt. Für den Arbeitnehmer ergibt sich daraus das Recht, die Lage der Arbeitszeit flexibel für sich festzulegen. Dies entlässt den betroffenen Mitarbeiter aber nicht aus dem Schutzregime des Arbeitszeitgesetzes. Der Arbeitgeber bleibt weiterhin für die Einhaltung des Schutzstandards (buß- und strafrechtlich) verantwortlich. Um eine solche Verantwortlichkeit zu gewährleisten und gleichzeitig den Arbeitnehmer „vor sich selbst“ zu schützen, müssen geeignete Instrumente gefunden werden.

## **V. Ausstattung des Arbeitsplatzes im Zusammenspiel mit Arbeitsschutz**

Im Grundsatz muss der Arbeitgeber den benötigten Arbeitsplatz und die erforderlichen Arbeitsmittel auf eigene Kosten zur Verfügung stellen und funktionstüchtig halten.

Hieran kommen keine Zweifel auf, sofern der Arbeitnehmer seiner Beschäftigung in der Betriebsstätte des Arbeitgebers nachgeht. Wird die Beschäftigung örtlich jedoch ins „Home-Office“ verlegt oder soll künftig „mobil“ stattfinden, ergeben sich Fragen hinsichtlich der Gewährleistung eines rechtskonform ausgestatteten Arbeitsplatzes. Arbeitsstätte und -mittel haben ebenso wie die Arbeitszeit bestimmte Schutzvorschriften einzuhalten. Diese ergeben sich u. a. aus der Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) und der VBG-Empfehlung „Telearbeit – Gesundheit, Gestaltung, Recht“.<sup>10</sup> Hinsichtlich der Einrichtung eines dauerhaften Arbeitsplatzes in der eigenen Wohnstätte – sog. Telearbeitsplatz – ergeben sich die verschiedensten Anforderungen hinsichtlich des Arbeitsschutzes. Die Räumlichkeiten müssen u. a. eine ausreichende (künstliche) Beleuchtung, Tageslicht und eine zumutbare Mindestraumgröße für dauerhaften Aufenthalt (Richtwert: ca. 8-10 m<sup>2</sup>) aufweisen. Neben telekommunikativer Anbindung und technischer Ausstattung treten zahlreiche Aspekte des Gesundheitsschutzes, welche bei der Einrichtung zu beachten sind. Büromöbel müssen bestimmte ergonomische Normen erfüllen und auch die Belüftung stellt ein relevantes Raumkriterium dar.

Neben dem Gesundheitsschutz spielen bei der Einrichtung des Arbeitsplatzes jedoch auch Schutzinteressen anderer Personen als des Arbeitnehmers und -gebers eine Rolle. Im besonderen Maße bedarf in diesem Zusammenhang die Verarbeitung von Daten der Erwähnung. Datenschutz kommt bereits im

---

<sup>9</sup> EuGH, Urt. v. 14.05.2019 – C-55/18.

<sup>10</sup> [http://www.vbg.de/SharedDocs/Medien-Center/DE/Broschuere/Themen/Bildschirm\\_und\\_Bueroarbeit/Telearbeit.html](http://www.vbg.de/SharedDocs/Medien-Center/DE/Broschuere/Themen/Bildschirm_und_Bueroarbeit/Telearbeit.html).

Rahmen von betrieblichen Einrichtungen eine herausragende Bedeutung zu. Diese Aspekte erledigen sich nicht durch die örtliche Verlagerung von Arbeit aus der Betriebsstätte hinaus. Im Gegenteil: Datenverarbeitung und -verbindungen entziehen sich im privaten Arbeitsumfeld der Kontrolle des Arbeitgebers. Hieraus ergibt sich in gesteigertem Maße ein Regelungsbedarf, um Haftungsrisiken in den verschiedensten Konstellationen vorzubeugen.

Der Überprüfung der Einhaltung der Schutzvorschriften dienen bestimmte Kontroll- und Zutrittsrechte, welche dem Arbeitgeber hinsichtlich der Arbeitsstätte des Arbeitnehmers zukommen. In diesem Zusammenhang erlangt jedoch der Grundrechtsschutz in Bezug auf die Unverletzlichkeit der Wohnung des Arbeitnehmers erneut Relevanz.

Zuletzt sind Kostenfragen bei der Ausstattung relevant.

## **1. Ausstattung**

Wie bereits einleitend dargestellt, ist der Arbeitgeber für den Gesundheitsschutz und die Sicherheit des Arbeitnehmers an dessen Arbeitsstätte verantwortlich. Ein „Home-Office“ ist so einzurichten und zu unterhalten, dass der Arbeitnehmer gegen Gefahren für Leben und Gesundheit geschützt ist, § 618 Abs. 1 BGB.

Gemäß § 5 ArbSchG ist, wenn der Arbeitgeber einen Arbeitsplatz im Privatbereich des Arbeitnehmers einrichtet, eine Gefährdungsbeurteilung zwingend durchzuführen. Dies setzt voraus, dass der Arbeitgeber Ausstattung nebst Mobiliar, Arbeitsmitteln und Telekommunikations-Einrichtung hat installieren lassen (§ 2 Abs. 7 ArbStättV). Eine solche Gefährdungsbeurteilung hat zum Inhalt, dass der Arbeitgeber die Gefährdungen für den Arbeitnehmer im „Home-Office“ ermitteln muss. Dazu zählen eine unter Umständen schlechte ergonomische Gestaltung, die Belastung durch äußere Störfaktoren, eine fehlende soziale Anbindung, Monotonie der zu erbringenden Arbeit oder eine besonders psychische Belastung des Arbeitnehmers. Hier findet der Arbeitsschutz jedoch seine momentane Grenze. Auf eine zunehmende Flexibilisierung hinsichtlich der Arbeitsstätte ist das vorherrschende Regelungsregime nicht ausgerichtet. Eine Gefährdungsbeurteilung findet für „mobiles Arbeiten“ jenseits des fest eingerichteten Telearbeitsplatzes nicht statt. Dabei stellt sich zwar die Frage, inwiefern eine solche Beurteilung und/oder Überwachung des gleichbleibenden Schutzniveaus bei möglicherweise ständig wechselnden Arbeitsorten gewährleistet werden kann. Herausforderungen diesbezüglich dürfen jedoch nicht zu einem Abfallen des erlangten Schutzregimes in den gesetzlichen Vorschriften führen. Eine Flexibilisierung der Mobilität kann nur insoweit erfolgen, wie es Gesundheitsschutz und diesbezüglich bestehende Erfahrungswerte zulassen. Zumindest aus den Fürsorge- und Rücksichtnahmepflichten des § 241 Abs. 2 BGB ergibt sich hinsichtlich sämtlicher Formen der örtlichen Arbeitserbringung eine Notwendigkeit für den Arbeitgeber, die geltenden Arbeitsschutzregeln bei seinen Mitarbeitern zu beachten.

Grundsätzlich ergibt sich, dass Gefährdungen für Leben und Gesundheit möglichst zu vermeiden und verbleibende Gefährdungen möglichst gering zu halten sind. Hierfür können der Stand der Technik, Arbeitsmedizin und die geltenden Hygienevorschriften Anhaltspunkte liefern. Konkrete Schutzvorschriften, die zu beachten sind (und teilweise schon angesprochen wurden), ergeben sich aus der Arbeitsmedizinischen Vorsorge-Verordnung, dem Arbeitsschutzgesetz, der Arbeitsstättenverordnung, dem Arbeitssicherheitsgesetz, der Betriebssicherheitsverordnung und der Bildschirmarbeitsrichtlinie 90/270/EWG. Diese Regelungswerke stellen in ihrer Gesamtheit ein über Jahrzehnte hinweg erarbeitetes Sicherheitskonzept dar, dessen Schutzmechanismen durch „mobiles Arbeiten“ strapaziert werden.

## 2. Daten- und Geheimnisschutz

Hinsichtlich des Daten- und Geheimnisschutzes lassen sich in verschiedenster Hinsicht Anforderungen an die Arbeitsstätte stellen. Zum einen muss zunächst überhaupt der Schutzstandard, welcher im Rahmen der betrieblichen Einrichtung am Betriebssitz vorherrscht, erreicht werden. Eine Disposition dessen kann angesichts der (nur) örtlichen Verlagerung der Arbeitserbringung nicht in Rede stehen. Zum anderen ergeben sich aus der leichteren Zugänglichkeit für den privaten („Home-Office“) oder auch öffentlichen („mobiles Arbeiten“) Raum weitere Anforderungen. Regelungen hinsichtlich abschließbarer Räumlichkeiten und Schränke sowie die Verschlüsselung von Datenträgern bilden insoweit lediglich einen Grundstock an Schutz. Dem schließen sich u. a. die technischen und organisatorischen Maßnahmen nach Art. 25 Abs. 2 DSGVO an. Bereits an dieser Stelle lässt sich erkennen, welcher unterschiedliche Regelungsbedarf hinsichtlich der verschiedenen Arbeitsmodelle herrscht. Ein abschließbarer Schrank wird sich an einem Telearbeitsplatz, wohl aber nicht mehr bei einer „mobilen Arbeit“ einrichten lassen.

Auch im „Home-Office“ und beim „mobilen Arbeiten“ bleibt der Arbeitgeber der datenschutzrechtlich Verantwortliche (Art. 4 Nr. 7 DSGVO). Hier birgt insbesondere „bring your own device“ Gefahren bezüglich Urheberrechts- und Datenschutzverletzungen. Aus diesem Grund sind technische und organisatorische Maßnahmen, die zum Schutz der Daten jeweils konkret erforderlich sind, zu treffen (Art. 32 DSGVO). Einem Zutritt zu den Datenverarbeitungsanlagen und einer Nutzung der Datenverarbeitungssysteme durch unbefugte Dritte gilt es entgegenzuwirken. Ein IT-Sicherheitskonzept, das neben einem Verschlüsselungssystem auch eine gesicherte Verbindung zum Netzwerk des Arbeitgebers (etwa über VPN) oder eine rein serverbasierte Datenverarbeitung ohne Speicherung von Daten auf den im „Home-Office“ eingesetzten Endgeräten beinhaltet, stellen diesbezüglich Umsetzungsmöglichkeiten dar. Stellt der Arbeitgeber entsprechende Verhaltensregeln nach Art. 40 DSGVO auf und trägt er konsequent für die Überwachung ihrer Einhaltung Sorge (Art. 41 f. DSGVO), so erleichtert ihm dies den Nachweis der Erfüllung seiner Pflichten zur Errichtung von technischen und organisatorischen Maßnahmen aus Art. 32 DSGVO erheblich (Art. 32 Abs. 3 DSGVO). Bußgeldrisiken werden damit gemindert. Eine umfassende Vorbereitung mit ausdifferenziertem Regelungssystem kann hierfür ein geeigneter Ansatzpunkt sein. Bei einer Implementierung eines entsprechenden Schutzniveaus erst im Nachhinein besteht die Gefahr, dass bereits relevante Informationen unverschlüsselt auf privaten Endgeräten gespeichert wurden und damit in unkontrollierten Umlauf geraten. Hierfür muss keine „böse Absicht“ des einzelnen Arbeitnehmers bestehen. Bereits die parallele Inbetriebnahme dienstlicher mit privaten Anwendungen kann einen unbefugten Zugriff Dritter ermöglichen.

## 3. Kontroll- und Zutrittsrechte

Angesichts der bestehenden Haftungsrisiken für den Arbeitgeber hinsichtlich des von ihm zu gewährleisten Schutzregimes ergeben sich Fragen zu Kontroll- und Zutrittsrechten in Bezug auf das „Home-Office“ oder den gelebten Arbeitsalltag beim „mobilen Arbeiten“.

Dabei schließt das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) das Betreten durch Dritte grundsätzlich aus. Sofern eine vertragliche Grundlage für Zutrittsrechte vereinbart wird, ist jedoch davon auszugehen, dass ein berechtigtes Interesse für den Arbeitgeber am Betreten der Arbeitsstätte bestehen kann. Dieses ist bei einer erstmaligen Begehung und in größeren Abständen oder bei konkretem Anlass zur erneuten Überprüfung denkbar.

Jedoch kommen vor dem Hintergrund der bereits angesprochenen Schutzregime noch einige weitere personelle Instanzen in Betracht, für die aufgrund ihres Aufgabenbereichs grundsätzlich Kontrollmöglichkeiten – wie sie auch an der originären Betriebsstätte besteht – gegeben sein müssen. Dies betrifft neben dem Betriebsarzt oder der Fachkraft für Arbeitssicherheit auch den Datenschutzbeauftragten,

den Betriebsrat und die Schwerbehindertenvertretung. Diesen Stellen kommen sämtlich auch Aufgaben zur Wahrnehmung in Bezug auf Arbeitsplätze zu. Für Sie bestehen zwingende Beteiligungsrechte, deren Einhaltung der Arbeitgeber gewährleisten muss. Es fragt sich, inwiefern dies sichergestellt werden kann. Auch hier können Vereinbarungen erfolgen, um Verfahren vor den Arbeitsgerichten, in denen die besagten Organe ihre Aufgabenwahrnehmung klageweise einfordern, entgegenzuwirken. Abgesehen von dem Datenschutzbeauftragten handelt es sich ausnahmslos um Interessenvertreter, welche den Arbeits- und Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers verfolgen.

Schwierigkeiten ergeben sich weiterhin, wenn dem Haushalt des Arbeitnehmers weitere Personen angehören. Dann stehen auch deren Grundrechte in Rede. Hier bietet es sich an, nach alternativen Lösungsmöglichkeiten zu forschen. Eine Option – die bereits diskutiert wird – könnte die Überprüfung per Videotelefonie sein. Es fragt sich allerdings, ob dieselbe Wirksamkeit hiermit erzielt werden kann. Des Weiteren wird eine Verlagerung und Übertragung der Kontrollpflicht auf den Arbeitnehmer selbst als mögliche Lösung vorgebracht (vgl. § 12 ArbSchG). An dieser Stelle erscheint die rechtliche Zulässigkeit jedoch zumindest fraglich.

#### **4. Kosten der Ausstattung**

Wie bereits erwähnt, hat der Arbeitgeber grundsätzlich die Kosten für die Einrichtung des Arbeitsplatzes zu tragen. Ist eine solche beim Arbeitnehmer in weiten Teilen schon vorhanden, kommt eine Zahlung von Aufwendungsersatz von Seiten des Arbeitgebers in Betracht, wenn an der „Home-Office“ Tätigkeit ein überwiegendes Arbeitgeberinteresse besteht (§ 670 BGB in entsprechender Anwendung). Teilweise wird vertreten, dass der Arbeitnehmer, sofern er auf eigenen Wunsch im „Home-Office“ tätig wird, die Kosten übernehmen soll und § 670 BGB zulässigerweise vertraglich abbedungen werden kann. Dies ist von der Rechtsprechung allerdings bislang nicht geklärt. Andererseits muss der Arbeitgeber, wenn er die Tätigkeit im „Home-Office“ verlangt oder nahelegt, die Kosten erstatten/tragen. Rechtlich kann der Arbeitgeber allerdings bislang eine Tätigkeit im „Home-Office“ nicht rechtlich einseitig durchsetzen. Zu beachten ist auch, dass zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein typisches Machtgefälle besteht und es der Ausnahmefall sein dürfte, dass eine „Home-Office“-Tätigkeit allein aufgrund eines arbeitnehmerseitigen Wunsches erlaubt wird. Dies gilt v. a. für die „Home-Office“-Tätigkeit während der Corona-Pandemie. Hinsichtlich einer konkreten Abgrenzung der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehen daher erhebliche Unsicherheiten.

Des Weiteren ist eine lohnsteuerpflichtige Aufwandspauschale oder „home office allowance“ im Sinne eines Ausgleichs für Einrichtung, betriebliche Nutzung und Erhaltung des Arbeitsplatzes möglich. Eine Aufwandspauschale kann gegebenenfalls steuerfrei auf Antrag beim Betriebsstättenfinanzamt erfolgen. Davon abgesehen können lediglich Telekommunikationsgebühren (§ 3 Nr. 45 EStG) und Auslagenersatz von konkreten Auslagen steuerlich erstattet werden.

Soll eine Erstattung bestimmter Ausgaben oder anfallender Gebühren erfolgen, empfiehlt sich eine konkrete Benennung der laufenden Kosten. Miet-, Erhaltungs- und Nutzungskosten sind ebenso zu benennen wie Kosten für Energie, Wasser, Heizung oder Büromaterial. Dabei sollten Kosteneinsparungen durch den Abbau des Arbeitsplatzes in Verhältnis zu den Erstattungen für das „Home-Office“ gesehen werden. Hinsichtlich „mobiler Arbeit“ lassen sich diese Kosten allerdings noch weitaus schwerer benennen als bei einem Telearbeitsplatz. Hier steht die Regulierung von Erstattungsansprüchen vor ihren Grenzen. Wiederum verbleibt nach momentaner Rechtslage nur eine vertragliche Regelung. Klare Bestimmungen diesbezüglich existieren nicht. Hier wäre es begrüßenswert sowohl aus Sicht der Arbeitgeber (welche Kosten sind zu erstatten?) als auch der Arbeitnehmer (welche Kosten können erstattungssicher verauslagt werden?), Klarheit zu schaffen.

## VI. Haftungsfragen

Im Anschluss an die Ausstattung der Arbeitsstätte stellen sich Fragen der Haftung. Durch vielfältige private Schadensquellen besteht im „Home-Office“ ein deutlich erhöhtes Schadensrisiko.

Hinsichtlich einer Arbeitnehmerhaftung ist auch am örtlich ausgelagerten Arbeitsplatz der innerbetriebliche Schadensausgleich zu beachten. Hieraus ergibt sich bei betrieblich veranlasster Tätigkeit eine abgestufte Arbeitnehmerhaftung im Rahmen von Schadensersatzansprüchen. Nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit besteht eine „volle“ Haftung. Mögliche Fallgestaltungen können insofern das Verlassen der „Home-Office“-Wohnung ohne Abschließen, das Verstecken des Wohnungsschlüssels an leicht zugänglicher Stelle oder das Unterlassen der vorgegebenen Abspeicherung von Daten sein. Verstößt der Arbeitnehmer hingegen gegen ein Privatnutzungsverbot, handelt es sich nicht um eine betrieblich veranlasste Tätigkeit und die Haftung greift bereits bei leichter Fahrlässigkeit in Gänze durch. Des Weiteren kommt dem Arbeitnehmer sowohl in seiner Wohnstätte als auch beim „mobilen Arbeiten“ eine Schadensabwendungspflicht zu. Er hat die Arbeitsmittel vor Schäden zu schützen und diese gegebenenfalls zu melden.

Zudem ergibt sich ein erhöhtes Schadensrisiko durch die Möglichkeit Dritter, mit den Arbeitsmitteln in Kontakt zu kommen (beispielsweise Kinder). Wird ein Schaden durch einen Dritten mit dem Arbeitnehmer gemeinschaftlich verursacht, gilt die beschränkte Arbeitnehmerhaftung auch für den Dritten. Eine Haftungserleichterung erscheint aber jedenfalls bei Verursachung innerhalb der Familie möglich. Aufgrund des erhöhten Schadensrisikos muss der Arbeitgeber die Aufnahme in die Betriebshaftpflichtversicherung oder den Abschluss einer Haftpflichtversicherung prüfen.

## VII. Unfallversicherung

Neben der Haftung bei Schäden an Betriebsmitteln stellen sich Fragen zum Unfallschutz des Beschäftigten. Hier ist problematisch, ob und in welchem Umfang der Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung eingreift. Hinsichtlich der Reichweite des im „Home-Office“ und beim „mobilen Arbeiten“ bestehenden Schutzes durch die gesetzliche Unfallversicherung bestehen Unklarheiten.

Jedenfalls die im „Home-Office“ verrichtete arbeitsvertragliche Tätigkeit unterfällt gesetzlicher Unfallversicherung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII). Ein Arbeitsunfall definiert sich dabei als schädigendes Ereignis im inneren Zusammenhang mit der zu verrichtenden Arbeitsleistung. Hier kann eine Abgrenzung Schwierigkeiten bereiten. Beispielsweise unterfällt der Gang zur Teeküche im „Home-Office“, anders als im Betrieb, typischerweise nicht dem Versicherungsschutz. Entscheidungsrelevanz kommt der Tatsache zu, ob die konkrete Verrichtung, die dem Unfall unmittelbar vorausging, in sachlichem Zusammenhang mit der versicherten Tätigkeit stand. Neben der tatsächlichen Verrichtung der versicherten Beschäftigung i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII selbst kommt nur noch das Zurücklegen eines Betriebsweges in diesem Zusammenhang in Betracht. Daraus ergibt sich, dass ein Arbeitnehmer, die der Kellertreppe auf dem Weg zum dort befindlichen Büro und Lagerraum, wo er aufgrund einer Anweisung des Geschäftsführers telefonieren wollte, stürzt, versichert ist.<sup>11</sup> Nicht versichert ist hingegen der Weg aus dem „Home-Office“ zur Kita, um die Kinder des Haushalts dort betreuen zu lassen. Der Arbeitnehmer handelt hierbei nicht in Erfüllung einer arbeitsvertraglichen Haupt- bzw. Nebenpflicht, sondern nimmt eine eigene, private Verrichtung vor. Dabei handelt es sich auch nicht um einen Arbeitsweg. Anders stellt es sich dar, sofern der Arbeitnehmer die Kita auf dem Weg zum Betriebsgelände ansteuert. Hier liegt ein Arbeitsweg vor.

---

<sup>11</sup> BSG, Urt. v. 28.11.2018 – B 2 U 28/17 R.



Bei einem mehrfach motivierten Handeln ist entscheidend, ob der Arbeitnehmer die Tätigkeit auch verrichtet hätte, wenn das private Interesse außer Acht gelassen wird. Im Zweifel wird ein Unfall während der Kernarbeitszeit wohl versichert, ansonsten hochgradig begründungsbedürftig sein. Hieraus ergeben sich Unsicherheiten sowohl für Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer, die beidseitig Haftungsfragen präventiv nicht abschließend einschätzen können. Der Abschluss einer privaten Unfallversicherung wird aus diesem Grund teilweise als Lösung herangezogen.

### **VIII. Dynamik im Arbeitsprozess und Sozialkomponente**

Ist der Arbeitnehmer nicht mehr (zumindest teilweise) an der eigentlichen Betriebsstätte anwesend, ergibt sich die Problematik erschwerter Kommunikation und Koordination. Eine Überwachung von Leistung und Effizienz lässt sich nur in eingeschränktem Maße (technisch sowie persönlich) überprüfen. In der Regel kann erst ein am Ende des Arbeitsprozesses gefundenes Ergebnis diese Überprüfung ermöglichen.

Zwar können auch zwischenzeitliche Leistungs- und Statusabfragen einen Überblick gewährleisten. Hierfür wird allerdings ein erhöhter zeitlicher Aufwand zu veranschlagen sein. Neben den erschwerten Monitoring der Arbeitnehmerleistung können sich in gleichem Maße Probleme bei der Einbeziehung in Schulungs- und Qualifizierungsmaßnahmen ergeben. Insofern besteht die Gefahr von Informationsdefiziten und muss verschlechterten Karrierechancen aufgrund mangelnder persönlicher Anwesenheit im Betrieb Rechnung getragen werden. Auch die soziale Isolierung und Schwierigkeiten hinsichtlich der Integrations- und Teamfähigkeit können sich bei dauerhafter räumlicher Trennung von anderen Arbeitnehmern ergeben.

### **IX. Steuerrecht**

Schließlich gilt es das Steuerrecht in die Erwägungen einzubeziehen. Das Steuerrecht sieht sich gleichermaßen wie die dem Arbeits- und Sozialrecht zuzurechnenden Regelwerke vor Herausforderungen hinsichtlich der neu entstehenden Arbeitsmodelle. Im Zusammenspiel mit den Kostenfragen hinsichtlich der Ausstattung der Arbeitsplätze stellen sich vermehrt Fragen hinsichtlich der steuerlichen Berücksichtigung von Aufwendungen auf Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberseite.

Das gegenwärtig geltende Steuerrecht trennt konsequent zwischen Berufs- und Privatleben. Die steuerrechtliche Berücksichtigung wird damit durch eine Vermischung dieser Bereiche nicht erleichtert. Sowohl auf Seiten der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer besteht ein erhebliches Interesse daran, die zusätzlichen Kosten für die „Home-Office“-Tätigkeit steuerprivilegiert zu tragen. Die steuerliche Regulationsfrage kann nicht getrennt von der Frage beantwortet werden, inwieweit der Arbeitgeber zur Bereitstellung der Arbeitsmittel nach geltendem Arbeitsschutzstandard und zur Kostenübernahme bei der „Home-Office“-Tätigkeit verpflichtet ist und inwieweit eine vertraglich abweichende Kostenregelung gefunden werden darf.

Solange hierüber Unsicherheiten bestehen, ist es voreilig, durch steuerliche Anreize bestimmte Praktiken zu fördern. Sofern lediglich arbeitnehmerseitig eine Privilegierung für die Ausgaben für die „Home-Office“-Tätigkeit eingeführt wird, könnte dies dazu führen, dass der arbeitgeberseitig verpflichtende Arbeitsschutzstandard unterlaufen wird. Es sollte sichergestellt werden, dass diese Themenbereiche gemeinsam mit dem Steuerrecht einer neuen Regelung oder zumindest einer konsistenten Regelung zugeführt werden.