

Krisengewinner „Mobiles Arbeiten“? – Teil 1

RA, Syndikus-RA, FAArbR Dr. Bastian Bayer, München

Die COVID-19 Pandemie hat auch aus arbeitsrechtlicher Sicht zu einem erheblichen Umdenken geführt. War es für viele Arbeitgeber bzw. ArbeitnehmerInnen vor Ausbruch des Coronavirus SARS-CoV-2 nur schwer vorstellbar, dass die Arbeitsleistung teilweise oder ausschließlich im Home-Office oder durch mobile Arbeit erbracht wird, hat sich dies in den vergangenen Monaten in vielen Unternehmen zur Normalität entwickelt. Beiderseits dürfte dabei mehrheitlich die Erkenntnis gereift sein, dass ein Arbeiten von zuhause oder von einem anderen Ort mit vielen Vorteilen einhergeht. Viele Arbeitgeber begreifen dies als eine Chance, oftmals bereits eingefahrene Arbeitsmuster zu überdenken und in der Zeit der COVID-19 Pandemie erprobte neue Arbeitsweisen auch in der Zeit nach der Pandemie anzuwenden. So ergab eine neue Umfrage unter 1.200 Personalern und HR-Experten, dass 74 % der Unternehmen mobile Arbeit auch nach der Krise ermöglichen wollen (www.new-work.se/NWSE/Presse/2020/Corona%20Barometer%20B2B%20E-Recruiting/PM_XING%20E-Recruiting%20Umfrage%20jun2020_DE.pdf). In den Blick rückt dabei zunehmend das mobile Arbeiten. Der Beitrag widmet sich diesem Thema in zwei Teilen. Der erste Teil richtet sich auf den Begriff der mobilen Arbeit und deren Einführung. Der zweite Teil zeigt sodann Kernregelungen einer Betriebsvereinbarung „Mobiles Arbeiten“ auf.

I. Begriff des mobilen Arbeitens

Gesetzlich wird der Begriff des mobilen Arbeitens nicht definiert. Als Ausgangspunkt der definitorischen Einordnung kann jedoch § 2 VII ArbStättV dienen, der die Telearbeit beschreibt. Diese erfasst die Arbeitsleistung, die der Arbeitnehmer (hier und nachfolgend: m/w/d) ausschließlich von seinem Wohnsitz aus erbringt. Synonym wird hierbei auch von Home-Office gesprochen.

Sofern die Arbeit sowohl vom Wohnsitz des Arbeitnehmers, als auch vom Betrieb des Arbeitgebers aus erbracht wird, wird die Arbeit dagegen als alternierende Telearbeit bezeichnet.

Steht es dem Arbeitnehmer hingegen weitestgehend frei, von welchem Ort aus er seine Arbeitsleistung erbringt, spricht man von mobilem Arbeiten. Dem Arbeitnehmer wird, etwa durch internetbasierende (Video-)Telefonie, virtuelle Konferenzen, mobilen Datenraumzugänge und Mobile Devices, ermöglicht, seine Arbeitsleistung von jedem beliebigen Ort, etwa der Bahn, einem Café oder einem Park aus, zu erbringen.

Derlei ortsungebundene Arbeitsweisen gehen mit einigen Vorteilen einher. So besteht nicht selten ein Interesse der Arbeitgeber, ein flexibleres Tätigkeitsverständnis der Arbeitnehmer, außerhalb betriebsüblicher Arbeitszeiten, zu etablieren. Zudem kann die mobile Arbeit auch ein wichtiger Schritt zu einer auf Umweltschutz und Nachhaltigkeit angelegten Arbeit sein. Durch die mobile Arbeit lassen sich etwa emissionsintensive Flugreisen zu Geschäftsterminen ebenso vermeiden wie der tägliche Pendelverkehr an den Arbeitsplatz. Seitens der Arbeitnehmer besteht ein Interesse zur eigenverantwortlicheren Verteilung der Arbeits- und Freizeit, welche ohne eine feste örtliche Tätigkeitsanbindung einfacher zu bewältigen ist. Hinzu kommt eine nicht zu vernachlässigende Zeitersparnis durch fehlende Wegezeiten.

II. Einführung von mobilem Arbeiten – de lege lata und de lege ferenda

Nachfolgend soll der Blick auf die Einführung von mobiler Arbeit nach geltender Rechtslage sowie nach ggf. künftiger Rechtslage gerichtet werden.

1. Einführung von mobilem Arbeiten de lege lata

a. Einführung von mobilem Arbeiten ohne wirksame Rechtsgrundlage: De lege lata besteht ohne eine wirksame Rechtsgrundlage kein Anspruch des Arbeitnehmers auf die Einführung von mobilem Arbeiten.

So bestimmt in diesen Fällen entweder der Arbeitsvertrag den Arbeitsort oder dieser wird durch den Arbeit-

Bayer: Krisengewinner „Mobiles Arbeiten“? – Teil 1(ArbRAktuell 2020, 433)

434

geber im Rahmen seines Weisungsrechts gem. § 106 GewO nach billigem Ermessen festgelegt. Eine Reduzierung dieses Ermessens auf Null, dergestalt, dass der Arbeitgeber das mobile Arbeiten anordnen muss, kann nur in Ausnahmefällen angenommen werden (s. hierzu Kramer/Hoppe, IT-Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, B.VIII, Rn. 622 m. w. N.).

Zugleich besteht – wiederum ohne eine entsprechende Rechtsgrundlage – auch keine Pflicht des Arbeitnehmers, von einem anderen als dem vertraglich festgelegten Ort aus zu arbeiten.

Zur Frage der einseitigen Anordnung des mobilen Arbeitens, finden sich, soweit ersichtlich, noch keine gerichtlichen Entscheidungen. Eine solche Festlegung des Arbeitsortes im Rahmen des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts scheidet von vorneherein in den Fällen aus, in welchen arbeitsvertraglich ein Arbeitsort vereinbart ist. In diesem Fall wäre die Anordnung mobilen Arbeitens wegen Überschreitung der arbeitsvertraglich gesetzten Grenzen grundsätzlich nicht von § 106 S. 1 GewO gedeckt und deshalb unwirksam (s. LAG Berlin-Brandenburg, ArbRAktuell 2019, 47 m. Anm. Stück).

Ist ein Arbeitsort vertraglich nicht festgelegt, ist die Bestimmung des Arbeitsortes im Rahmen des arbeitgeberseitigen Weisungsrechts allein anhand der gesetzlichen Grenzen zu bewerten. Eine Weisung zur Arbeitsleistung außerhalb der Betriebsstätte ist demnach rechtmäßig, wenn sie billigem Ermessen entspricht (§ 106 S. 1 GewO, § 315 I BGB). Ob dies der Fall ist, ist anhand einer umfassenden Interessenabwägung zu beantworten, in die neben verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen auch die allgemeinen Wertungsgrundsätze der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit sowie die Verkehrssitte einzubeziehen sind (BAG, BeckRS 2017, 129819).

Dabei kann – anders als im Falle der Anordnung einer Home-Office-Tätigkeit (hierzu Richter, ArbRAktuell 2019, 142) – Art. 13 GG nur eingeschränkt als Grenze des Weisungsrechts herangezogen werden. Der Arbeitnehmer kann schließlich frei über die Wahl des Arbeitsortes entscheiden, so dass das Grundrecht auf die Unverletzlichkeit der Wohnung nur eingeschränkt Anwendung findet. Zugleich ist im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung jedoch auch einzubeziehen, dass sich die Anordnung von mobiler Arbeit zumindest auch auf die Arbeit von der Wohnung des Arbeitnehmers aus bezieht. Hier besteht immerhin der Zugang zu etwaig benötigter arbeitstechnischer Infrastruktur (Drucker, Scanner etc.) sowie ggf. die zur konzentrierten Arbeit notwendige Arbeitsatmosphäre. Zwar vermag die Wahlfreiheit des Arbeitnehmers die Intensität des Grundrechtseingriffs in Art. 13 GG herabzusetzen, gänzlich ausgeschlossen wird hierdurch ein solcher Eingriff jedoch nicht (so auch Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, II T 20 Rn. 15).

Dies kann aufgrund der Corona-Krise derzeit zwar noch anders bewertet werden (überzeugend hierzu Krieger/Rudnik/Povedano Peramato, NZA 2020, 473). Für die Zeit nach der Corona-Krise ist, ohne eine wirksame Rechtsgrundlage, die einseitige Anordnung der mobilen Arbeit jedoch nicht zulässig.

b. Mögliche Rechtsgrundlagen zur Einführung von mobilem Arbeiten: Eine mögliche Rechtsgrundlage zur Einführung von mobilem Arbeiten stellt der Arbeitsvertrag dar. Bestehende Arbeitsverträge können in diesem Fall durch einen Änderungsvertrag zum Arbeitsvertrag abgeändert werden. Dabei sollte, im Falle der vertraglichen Festlegung eines Arbeitsortes, darauf geachtet werden, diese Festlegung durch den Änderungsvertrag zu ersetzen.

In Betrieben, in welchen ein Betriebsrat besteht, wird nach der h. M. die Einführung der mobilen Arbeit auf Grundlage einer Betriebsvereinbarung unumgänglich sein. So können bei der Einführung von mobiler Arbeit Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates nach § 87 I Nrn. 2, 3, 6 und 7 BetrVG berührt sein (näher dazu *Schulze/Ratzesberger, ArbRAktuell 2016, 109*).

Zu bedenken ist zugleich, dass die Anordnung von mobiler Arbeit, sofern diese die Dauer von einem Monat übersteigt, eine Versetzung gem. §§ 99, 95 III BetrVG darstellt.

2. Einführung von mobilem Arbeiten de lege ferenda

Anders als in den Niederlanden, wo seit 2015 ein gesetzlicher Anspruch der Arbeitnehmer auf Einrichtung eines Home-Office besteht (*Schwiering/Zurel, ZD 2016, 17*), ist ein solcher oder vergleichbarer Anspruch den deutschen Arbeitsrechtsvorschriften noch fremd. Bereits im Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode wurde jedoch festgehalten, dass zur Förderung und Erleichterung von mobiler Arbeit ein rechtlicher Rahmen geschaffen werden soll (Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode, S. 41, Zeile 1822 ff.).

Dieses Koalitionsziel hat durch die Corona-Krise jetzt wieder Auftrieb erhalten. Es bleibt abzuwarten, ob und in welchem Umfang der Gesetzgeber aktiv werden wird. Es steht jedoch zu erwarten, dass der Gesetzgeber, sofern er das mobile neben dem häuslichen Arbeiten überhaupt regelt, lediglich Verfahrensregelungen zur Beanspruchung von Home-Office oder mobiler Arbeit aufstellen wird (dies etwa über ein, dem TzBfG bereits bekanntes Erörterungsrecht mit begründeter Ablehnung, <https://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht/Vereinbarkeit-Familie-Pflege-Beruf/homeoffice.html>). Dass eine gesetzliche Regelung auch Vorgaben zu einer inhaltlichen Ausgestaltung trifft (etwa hinsichtlich des Arbeitsschutzes), ist indes nicht zu erwarten.

Arbeitgeber und Betriebsräte müssen ihren Regelungswillen im Hinblick auf die mobile Arbeit daher nicht der Geschwindigkeit des Gesetzgebers anpassen. Einschränkungen von – oftmals deutlich detaillierteren – Regelungen der Betriebspartner sind durch einen etwaigen gesetzlichen Anspruch auf mobiles Arbeiten kaum zu erwarten.

Bayer: Krisengewinner „Mobiles Arbeiten“? – Teil 1 (ArbRAktuell 2020, 433)

435

III. Einführung von mobiler Arbeit durch Betriebsvereinbarung

Vor einer Einführung von mobiler Arbeit auf Grundlage einer Betriebsvereinbarung sind stets die rechtlichen Grenzen einer solchen Regelung zu prüfen.

Neben den allgemeinen Grenzen, wonach eine Betriebsvereinbarung stets den Grundsätzen von Recht und Billigkeit zu genügen hat (§ 75 I, II 1 BetrVG; hierzu näher *Krieger/Rudnik/Povedano Peramato, a. a. O.*), kommen insbesondere eine tarifliche Sperrwirkung oder ggf. für die Arbeitnehmer günstigere und damit vorrangige, arbeitsvertragliche Regelungen zum Arbeitsort in Betracht.

1. Tarifliche Sperrwirkung als Grenze

Eine tarifliche Sperrwirkung besteht gem. § 77 III 1 BetrVG, sofern Arbeitsentgelte oder sonstige Arbeitsbedingungen in einem Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden. Unter

Arbeitsbedingungen werden dabei sämtliche „formellen“ Bestimmungen gefasst, die den Inhalt von Arbeitsverhältnissen i. S. d. § 1 I TVG regeln (ErfK/*Kania*, BetrVG § 77 Rn. 44) – hierunter fallen auch Regelungen zum Arbeitsort. Unternehmen, die in den persönlichen, fachlichen, räumlichen und betrieblichen Anwendungsbereich eines Tarifvertrages fallen, wird daher angeraten, im Hinblick auf die Sperrwirkung gem. §§ 87 I 1. HS, 77 III 1 BetrVG zunächst den Regelungsumfang dieses Tarifvertrages zu prüfen.

Unternehmen, die nicht tarifgebunden sind bzw. bei welchen auch kein entsprechender Firmentarifvertrag besteht – hierunter fallen auch Unternehmen, deren Arbeitsverträge lediglich auf einen Tarifvertrag verweisen (BAG, ArbRAktuell 2015, 220 m. Anm. *Schuster*) – können i. d. R. die Einführung mobiler Arbeit durch Betriebsvereinbarung regeln. Eine Sperrwirkung aufgrund der Tarifüblichkeit gem. § 77 III 1 BetrVG besteht nicht. Regelungen zur freien Wahl des Arbeitsortes sind regelmäßig nicht tarifüblich (so zur Telearbeit auch *Krieger/Rudnik/Povedano Peramato*, a. a. O.).

2. Entgegenstehende arbeitsvertragliche Regelungen als Grenze

Zudem sollte darauf geachtet werden, ob in den Arbeitsverträgen der im Unternehmen beschäftigten Mitarbeiter ein fester Arbeitsort vereinbart wurde. In diesem Fall stellt sich die komplexe Frage, ob ein örtlich fixierter Arbeitsort günstiger als eine freie Arbeitsplatzwahl ist. Diese Frage gewinnt insbesondere dann an Bedeutung, wenn für den Mitarbeiter wegen einer aufgrund der flexiblen Arbeitsorte vorgenommenen Reduzierung der Arbeitsplätze im Unternehmen ein solcher nicht mehr ständig zur Verfügung steht. Diese Frage kann im Falle einer betriebsvereinbarungsoffenen Vertragsgestaltung jedoch außer Betracht bleiben. In der Rspr. sowie der h. L. ist anerkannt, dass ein Arbeitsvertrag auch „betriebsvereinbarungsoffen“ ausgestaltet und damit, in Abweichung zum Günstigkeitsprinzip, gegenüber für den Arbeitnehmer ungünstigeren Regelungen in einer Betriebsvereinbarung nachrangig sein kann (*Creutzfeldt*, NZA 2018, 1111; *Preis/Ulber*, NZA 2014, 6). Dies muss nicht ausdrücklich geschehen, das BAG eröffnet vielmehr auch die Möglichkeit einer konkludenten Betriebsvereinbarungsoffenheit (BAG, ArbRAktuell 2018, 155 m. Anm. *Kalck*; ArbRAktuell 2013, 155 m. Anm. *Bauer*; krit. dagegen BAG, ArbRAktuell 2018, 279 m. Anm. *Bauer*). Diese wird seitens des BAG bejaht, wenn der Vertragsgegenstand in allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt ist und einen notwendigen kollektiven Bezug aufweist (BAG, a. a. O.). Für den Arbeitnehmer sei in diesem Fall erkennbar, dass die geregelte Arbeitsbedingung nicht den Besonderheiten seines individuellen Arbeitsverhältnisses geschuldet sei, sondern er als Teil der Belegschaft Adressat der (kollektiven) arbeitgeberseitigen Zusage werde (BAG, a. a. O.).

Regelmäßig wird die Regelung über den Arbeitsort eine allgemeine Geschäftsbedingung darstellen. Im Normalfall wird es sich hierbei um eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung handeln, die der Arbeitgeber bei Abschluss des Arbeitsvertrags einseitig stellt. Nur im Ausnahmefall wird sich die Situation ergeben, dass der Arbeitsort individuell ausgehandelt wurde, mithin also Regelungen getroffen wurden, die unabhängig von einer für den Betrieb geltenden normativen Regelung Anwendung finden sollen

Fraglich ist im Rahmen der Beurteilung einer konkludenten Betriebsvereinbarungsoffenheit insbesondere, ob im Falle des Arbeitsortes auch ein Kollektivbezug vorliegt. Wann ein solcher vorliegen soll, wird seitens des BAG nicht genau festgelegt. Angeführt wird lediglich, dies sei bei betrieblichen Einheitsregelungen der Fall, bei welchen für den Arbeitnehmer ersichtlich sei, dass diese einer kollektiven, möglicherweise auch verschlechternden Veränderung zugänglich sein sollen oder in der Vergangenheit bereits wurden (s. BAG, ArbRAktuell 2013, 22 m. Anm. *Lingemann*).

Davon ist bei der Bestimmung des Arbeitsortes auszugehen. Dieser wird meist nicht individuell zur Disposition gestellt, sondern unternehmensseitig für sämtliche Mitarbeiter vorgegeben. Ferner werden Änderungen zum Arbeitsort meist in einer Betriebsvereinbarung vereinbart. Für die Arbeitnehmer ist die Möglichkeit einer verschlechternden Regelung daher auch ersichtlich.

Ein für die Betriebsvereinbarungsoffenheit notwendiger Kollektivbezug kann allenfalls dann abgelehnt werden, wenn „Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausdrücklich Vertragsbedingungen vereinbaren, die unabhängig von einer für den Betrieb geltenden normativen Regelung Anwendung finden sollen“ (BAG, ArbRAktuell 2013, 155). Dies kann, bei fehlender ausdrücklicher Betriebsvereinbarungsoffenheit, nach der Rspr. insbesondere dann der Fall sein, wenn einzelvertraglich dynamisch auf einen Tarifvertrag verwiesen wird oder aus dem Wortlaut des Arbeitsvertrags folgt, dass widerstreitende Regelungen einer Betriebsvereinbarung, sofern sie nicht günstiger sind, nur nachrangig (bspw. „im Übrigen“ oder nur „soweit keine anderen Vereinbarungen getroffen worden sind“) Anwendung finden sollen (s. BAG, ArbRAktuell 2018, 279). Hierauf sind die verwendeten

Bayer: Krisengewinner „Mobiles Arbeiten“? – Teil 1(ArbRAktuell 2020, 433)

436

Arbeitsverträge, vor der Verhandlung einer Betriebsvereinbarung, zu überprüfen.

IV. Fazit

Mobiles Arbeiten bietet Arbeitgebern und Arbeitnehmern gleichermaßen vielseitige Möglichkeiten der modernen Arbeitszeitflexibilisierung. Zur Einführung bedarf es jedoch einer Rechtsgrundlage. Ohne eine solche besteht weder die Pflicht noch das Recht, mobil zu arbeiten. In vielen Betrieben wird die Einführung per Betriebsvereinbarung das Mittel der Wahl darstellen. Zuvörderst ist hierbei zu prüfen, ob eine tarifvertragliche Sperrwirkung besteht oder evtl. günstigere Arbeitsvertragsregelungen nicht betriebsvereinbarungsoffen gestaltet sind und den Regelungen in einer Betriebsvereinbarung vorgehen. Sofern einer Betriebsvereinbarung derlei Grenzen nicht entgegenstehen, steht den Betriebsparteien ein großer Regelungsspielraum zu. Die Kernregelungen einer solchen Betriebsvereinbarung werden im 2. Teil dieses Beitrags dargestellt (s. ArbRAktuell, Heft 19/2020).