

Krisengewinner „Mobiles Arbeiten“? – Teil 2

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

Der Beitrag befasst sich mit der Einführung mobiler Arbeit. Der erste Teil des Beitrages (ArbRAktuell 2020, 433) hat sich dabei auf den Begriff der mobilen Arbeit und deren Einführung gerichtet. Der zweite Teil zeigt nunmehr die Kernregelungen einer möglichen Betriebsvereinbarung zur Einführung mobiler Arbeit auf.

I. Regelungen über die Arbeitszeit

Hinsichtlich der Arbeitszeit hält die mobile Arbeit keine Besonderheiten bereit. So gilt für die Arbeitszeit und deren Erfassung im Rahmen der mobilen Arbeit nichts anderes als am betrieblichen Arbeitsplatz. Dies gilt sowohl für die Festlegung der zeitlichen Lage der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber als auch für die Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes (s. *Bertram/Walk/Falder*, Arbeiten im Home Office in Zeiten von Corona, 1. Aufl. 2020, III.3.a).

Um die durch die mobile Arbeit gewonnene Flexibilität nicht zu konterkarieren, empfiehlt es sich jedoch, etwaig bestehende enge Grenzen im Hinblick auf die Lage der betriebsüblichen Arbeitszeit zu überprüfen und ggf. anzupassen. Insofern kann angedacht werden, noch auf die Präsenzarbeit zugeschnittene Kern- und Rahmenarbeitszeiten auszuweiten. So kann die örtliche auch mit einer weitergehenden zeitlichen Selbstbestimmung durch den Arbeitnehmer einhergehen.

Dabei sollte jedoch auch dem berechtigten Arbeitgeberinteresse Rechnung getragen werden, wonach der Mitarbeiter an bestimmten Zeiten, etwa bei festen Teammeetings bzw. zu bestimmten „Sprechstunden“ und insbesondere zur Gewährleistung des Kundenkontakts, erreichbar sein soll. Regelungstechnisch kann dies etwa durch die Festlegung konkreter Kernzeiten, regelmäßiger Antwortzeiten und/oder Regelungen zur Sicherstellung der Erreichbarkeit (etwa durch eine in den Kernzeiten gewährleistete telefonische Erreichbarkeit) abgebildet werden.

Seitens des Arbeitgebers ist bei Gewährung einer solchen Arbeitszeit- sowie Arbeitsortflexibilität jedoch auch stets die Einhaltung der arbeitszeitrechtlichen Grenzen sicherzustellen. Dies gilt etwa im Hinblick auf die gesetzliche Höchstarbeitszeit von acht Stunden (bzw. im Ausnahmefall mit entsprechendem Ausgleich zehn Stunden), eine Ruhezeit von mindestens elf Stunden, ein Verbot von Sonn- und Feiertagsarbeit sowie zwingend einzuhaltende Pausenzeiten. Da dem Arbeitgeber im Rahmen der mobilen Arbeit i. d. R. die Kontrolle der Einhaltung dieser Grenzen kaum möglich sein wird, sind die Mitarbeiter im Rahmen einer Betriebsvereinbarung auf die Einhaltung der arbeitszeitrechtlichen Anforderungen zu verpflichten (so auch *Bertram/Walk/Falder*, a. a. O., III.3.c). Weiterhin können Systeme der stichprobenartigen Kontrolle oder regelmäßige Arbeitszeitschulungen etabliert werden.

Ein wesentlicher Baustein der Einhaltung und Kontrolle des ArbZG ist ferner ein objektives, verlässliches und zugängliches Arbeitszeiterfassungssystem, wie dies auch seitens des EuGH gefordert wird (EuGH, ArbRAktuell 2019, 277 m. Anm. *Kaufmann*). Obgleich bereits die ersten Arbeitsgerichte eine unmittelbare Wirkung dieser Vorgaben auf das deutsche Arbeits(prozess)recht angenommen haben (ArbG Emden, BeckRs 2020, 5213 – im Hinblick auf die Auswirkung eines fehlenden ausreichenden Arbeitszeitsystems auf die Darlegungs- und Beweislast), wird von einer solchen richtigerweise zwar nicht auszugehen sein (statt vieler *Bayreuther*, EuZW 2019, 446). Gleichwohl tun Arbeitgeber und Betriebsräte gut daran, dieses im Rahmen der Einführung mobiler Arbeit zu etablieren bzw. bestehende Systeme zu überprüfen. Ein solchermaßen objektives, verlässliches und zugängliches Arbeitszeiterfassungssystem setzt im Rahmen der mobilen Arbeit

zumindest voraus, dass jeder Arbeitnehmer im Detail über seine Pflichten im Rahmen der Arbeitszeiterfassung aufgeklärt wird. Dies schließt für mobile Arbeit typische Situationen, wie etwa die Arbeitszeiterfassung bei Arbeitsunterbrechungen (bspw. bei Bestellungen im Rahmen der Arbeit in einem Café oder Umsteigezeiten bei der Arbeit im Zug) mit ein.

Bayer: Krisengewinner „Mobiles Arbeiten“? – Teil 2(ArbRAktuell 2020, 489)

490

Gleichzeitig sind im Hinblick auf die Verlässlichkeit der Arbeitszeiterfassung genaue Vorgaben im Hinblick auf eine regelmäßige und unmittelbare Zeiterfassung zu geben. Nur wenn die Arbeitszeiten spätestens am Ende eines jeden Arbeitstages eingetragen werden, können sich Fehler, die sich aus unzureichenden Notizen oder Erinnerungen vergangener Arbeitszeiten ergeben, vermeiden lassen (hierzu auch *Bertram/Walk/Falder*, a. a. O., III.3.d).

Zuletzt können in eine Betriebsvereinbarung auch Regelungen aufgenommen werden, in welchen Abständen und durch welche Personen eine Kontrolle der Arbeitszeitaufschriebe erfolgt.

II. Regelungen zum Arbeitsschutz

Fragen des Arbeitsschutzes spielen im Rahmen der mobilen Arbeit eine besondere Rolle. Häufig werden die Gegebenheiten bei der Arbeit von Zuhause oder einem Café aus nicht denselben Arbeitsschutzstandards wie jenen im Betrieb genügen.

1. Bestimmungen des ArbSchG

Dabei gelten die Bestimmungen des ArbSchG auch im Rahmen der mobilen Arbeit (statt vieler *Benkert*, NJW-Spezial, 2019, 306). Der Arbeitgeber ist daher etwa gehalten, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen und diese Maßnahmen auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen (§ 3 ArbSchG), eine Gefährdungsbeurteilung vorzunehmen (§ 5 ArbSchG) oder die Arbeitnehmer u. a. über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit während der Arbeitszeit ausreichend und angemessen zu unterweisen (§ 12 ArbSchG).

2. Fehlende Anwendbarkeit der ArbStättV

Dieser im Rahmen des ArbSchG weitestgehend durch Generalklauseln dargestellte Arbeitsschutzumfang erhält durch die Regelungen der ArbStättV, die das Verhalten der Mitarbeiter und die Maßnahmen des Arbeitgebers detaillierter beschreiben, eine Konkretisierung. Gleichzeitig werden dem Arbeitgeber hier jedoch auch umfassende Pflichten auferlegt, zu deren Umsetzung und Kontrolle er im Rahmen der mobilen Arbeit oftmals nur schwerlich in der Lage sein wird.

Es fragt sich daher, ob die ArbStättV auf die mobile Arbeit überhaupt Anwendung findet. Gem. § 2 VII ArbStättV erstreckt sich der Anwendungsbereich auf Telearbeitsplätze. Diese liegen nach der gesetzgeberischen Definition in § 2 VII ArbStättV vor, wenn es sich um vom Arbeitgeber fest eingerichtete Bildschirmarbeitsplätze im Privatbereich der Beschäftigten handelt, für die der Arbeitgeber eine mit dem Beschäftigten vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit und die Dauer der Einrichtung festgelegt hat. Ein Telearbeitsplatz ist vom Arbeitgeber erst dann eingerichtet, wenn Arbeitgeber und Beschäftigte die Bedingungen der Telearbeit arbeitsvertraglich oder im Rahmen einer Vereinbarung festgelegt haben und die benötigte Ausstattung des Telearbeitsplatzes mit Mobiliar, Arbeitsmitteln einschließlich der Kommunikationseinrichtungen durch den Arbeitgeber oder eine von ihm beauftragte Person im Privatbereich des Beschäftigten bereitgestellt und installiert ist.

Demnach findet die ArbStättV auf die mobile Arbeit keine Anwendung, wenn mit dieser nicht einhergeht, dass der Arbeitgeber nicht nur die für die Arbeit notwendigen

Telekommunikationsmittel stellt, sondern den jeweiligen Arbeitsplatz im Gesamten mit Mobiliar ausstattet (s. auch *Hidalgo*, NZA 2019, 1449; krit. *Doll*, SiS 05/2017, 217). Dies wird im Rahmen der mobilen Arbeit i. d. R. nicht der Fall sein. So wird auch in der Gesetzesbegründung angeführt: „*Mobiles Arbeiten (gelegentliches Arbeiten von zu Hause aus oder während der Reisetätigkeit, Abrufen von E-Mails nach Feierabend außerhalb des Unternehmens, Arbeit zuhause ohne eingerichteten Bildschirmarbeitsplatz usw.) unterliegt nicht der ArbStättV.*“ (BR-Drs. 506/16, 24).

3. Regelungsmöglichkeit in einer Betriebsvereinbarung

Es stellt sich daher die Frage nach dem Regelungsumfang des Arbeitsschutzes in einer Betriebsvereinbarung.

Unzweifelhaft finden die Generalvorschriften gem. §§ 3 ff. ArbSchG weiterhin Anwendung (etwa *Rieble/Picker*, ZfA 2013, 383). Über dieses Einfallstor der Generalvorschriften dann jedoch wieder den Prüfungsmaßstab der ArbStättV zu eröffnen (so aber *Oberthür*, NZA 2013, 246), stellt sich als ein Widerspruch zu den Regelungen der ArbStättV und der klaren gesetzgeberischen Intention dar (so auch *Hidalgo*, a. a. O.). Gleichwohl ist dem Arbeitgeber unter Beachtung der generalklauselartigen Natur der Vorschriften des ArbSchG ein konkreter Prüfungsmaßstab zur Hand zu geben. Hierbei ist nach überzeugender Ansicht im Rahmen der praktischen Konkordanz zwischen den Schutzpflichten des Arbeitgebers und den Wünschen des Arbeitnehmers sowie den tatsächlichen Gegebenheiten im Einzelfall abzuwägen (so auch *Rieble/Picker*, a. a. O.).

Dabei sind insbesondere die Anforderungen an Bildschirmarbeitsplätze gem. Anhang 6 der ArbStättV zu berücksichtigen. Zwar findet, wie oben dargestellt, die ArbStättV auf die mobile Arbeit keine Anwendung, jedoch wird in der Gesetzesbegründung zur ArbStättV klargestellt, dass die Begriffsbestimmung für „Bildschirmarbeitsplätze“ in § 2 V ArbStättV aus der bisher geltenden Bildschirmarbeitsverordnung nur als Anhang 6 übernommen und zeitgemäß interpretiert werden soll. Eine Änderung der bisher geltenden Rechtslage war mit der Integration in die ArbStättV nicht beabsichtigt (s. BR-Drs. 506/16, 26). Maßgeblich hierfür ist einzig, dass der Arbeitsplatz mit einem Bildschirmgerät ausgestattet ist (zur europarechtskonformen Auslegung des § 2 V ArbStättV *Wiebauer*, NZA 2017, 220). Diese Anforderungen sind daher auch im Rahmen der mobilen Arbeit zu berücksichtigen, die in nahezu allen Fäl-

Bayer: Krisengewinner „Mobiles Arbeiten“? – Teil 2(ArbRAktuell 2020, 489)

491

len mittels eines Bildschirmgeräts (Laptop, Mobiltelefon etc.) ausgeübt wird.

Ein wesentlicher Punkt ist im Rahmen der Schutzpflichten des Arbeitgebers ferner die umfassende Unterweisung des Arbeitnehmers über die im Rahmen der mobilen Arbeit anwendbaren Arbeitsschutzbestimmungen. Da der Arbeitnehmer bei der mobilen Arbeit aus dem Einflussbereich des Arbeitgebers rückt, ist es umso bedeutender, ihn über die typischen Gefährdungen im Rahmen der mobilen Arbeit zu unterrichten. Die Anforderungen dieser Unterweisung steigen mit dem Grad der Selbstständigkeit im Rahmen der mobilen Arbeit und lassen sich aus einer, auch im Rahmen der mobilen Arbeit grundsätzlich notwendigen Gefährdungsbeurteilung (hierzu *Faber/Feldhoff*, HK-ArbSchR, ArbStättV Rn. 200) ableiten. Dabei zeigt die Flexibilisierung der Arbeitsweise der üblichen Gefährdungsbeurteilung jedoch ihre Grenzen auf. Aufgrund des fehlenden fixen Arbeitsortes sind der Kontrolle der Arbeitsumgebung natürlicherweise Grenzen gesetzt.

Im Rahmen einer Betriebsvereinbarung können die Rahmenparameter für eine solche Gefährdungsbeurteilung festgelegt werden, innerhalb derer die möglichen Gefährdungen und die praktische Darstellbarkeit einer solchen Beurteilung im Wege der praktischen Konkordanz gegeneinander abgewogen werden. Hierzu ist zunächst der intendierte Umfang der mobilen Arbeit

zu bestimmen. Soll oder will der Arbeitnehmer nur gelegentlich mobil arbeiten und wird die Arbeit im Übrigen von der Betriebsstätte des Arbeitgebers aus erbracht, ist eine weitere Gefährdungsbeurteilung hinfällig (s. a. *Hidalgo*, a. a. O.). Beschränkt sich das mobile Arbeiten dagegen im Wesentlichen auf einen Wechsel zwischen der Arbeit in der Betriebsstätte und von Zuhause aus, ohne dass ein Telearbeitsplatz vorliegt, wird empfohlen, den Arbeitnehmer mittels eines Informationsbogens über die wesentlichen Gesundheitsgefahren im Rahmen der Arbeit von Zuhause aufzuklären und die Arbeitsbedingungen der Arbeit in der Wohnung des Arbeitnehmers durch einen Fragebogen zu erfragen. Sofern sich hieraus keine offensichtlichen Risiken für die Gesundheit des Arbeitnehmers ergeben, hat eine tiefergehende Gefährdungsbeurteilung nicht zu erfolgen (s. a. *Hidalgo*, a. a. O.). Insbesondere bedarf es keines Zutritts zur Wohnung des Arbeitnehmers, welcher sich ohnehin nur über eine gem. §§ 138, 242 BGB i. V. m. Art. 13 GG nichtige Anordnung erzwingen ließe (hierzu *Rieble/Picker*, ZfA 2013, 383). Dem Arbeitnehmer können, je nach Ausgestaltung des Arbeitsplatzes, jedoch Vorschläge zur Verbesserung der Arbeitsplatzanordnung unterbreitet werden. Sofern die Arbeit dagegen im Wesentlichen von wechselnden Arbeitsplätzen aus erbracht werden soll, kann mangels eines definierbaren Arbeitsplatzes auch keine konkrete Beurteilung der Gesundheitsgefahren vorgenommen werden. Hier hat der Arbeitgeber ein höheres Maß der Unterrichtung zu gewährleisten, das ganzheitlich und systemisch die spezifischen Belastungsfaktoren (etwa ausgelöst durch die ständige Erreichbarkeit, ungenügende Ruhezeiten, verschiedene Umweltfaktoren etc.) berücksichtigt.

III. Regelungen zum Datenschutz

Auch im Rahmen der mobilen Arbeit bleibt der Arbeitgeber datenschutzrechtlich Verantwortlicher i. S. d. Art. 4 Nr. 7 DSGVO und hat für die Umsetzung der datenschutzrechtlichen Vorgaben nach der DSGVO zu sorgen (s. *Vogt*, SPA 2019, 169).

Da die mobile Arbeit regelmäßig außerhalb des unternehmensinternen IT-Netzwerkes und ggf. ohne spezielle Verschlüsselungen durchgeführt wird, sind hier jedoch besondere Regelungen zu treffen. Durch derlei Regelungen kann der Arbeitgeber die Vertraulichkeit, Integrität und Verfügbarkeit von personenbezogenen Daten gewährleisten und sich im Hinblick auf die Sicherheit der Datenverarbeitung gem. Art. 24, 32 DSGVO exkulpieren.

Inhaltlich sollten insbesondere Vorgaben zur Datensicherheit (etwa zur sicheren Aufbewahrung von Geschäftsunterlagen, zur Nutzung eines Virtual Private Networks bei Nutzung einer unternehmensfremden (W)LAN-Verbindung, zur Aktivierung der Bildschirmsperre bei Verlassen des mobilen Arbeitsplatzes, der zentralen Speicherung von Daten auf einem gesicherten Unternehmensserver oder der Nutzung und regelmäßigen Änderung sicherer Kennwörter) sowie zur Privatnutzung der mobile Devices getroffen werden (hierzu näher *Dury/Leibold*, ZD-Aktuell 2020, 04405). Ferner sind Regelungen über regelmäßige Datenschutzzschulungen ebenso aufzunehmen, wie die Angabe de,sr für den Unternehmensdatenschutz zuständigen Ansprechpartners.

Das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik hält auf seiner Homepage weitere Informationen zum Datenschutz bei mobiler Arbeit bereit (abrufbar unter: https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/Cyber-Sicherheit/Empfehlungen/HomeOffice/homeoffice_node.html).

Stellt der Arbeitgeber entsprechende Verhaltensregeln nach Art. 40 DSGVO auf und trägt er konsequent für die Überwachung ihrer Einhaltung Sorge (Art. 41 f. DSGVO), erleichtert ihm dies den Nachweis der Erfüllung seiner Pflichten zur Errichtung von technischen und organisatorischen Maßnahmen aus Art. 32 DSGVO erheblich (Art. 32 III DSGVO; s. a. *Kramer/Hoppe*, IT-Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, B.VIII, Rn. 644).

Gleichwohl ist der Arbeitgeber durch diese Delegation nicht völlig von seiner Verantwortung befreit. Es bedarf daher weiterer Regelungen, welche eine Überwachung der Einhaltung des erforderlichen Datenschutzniveaus (etwa durch regelmäßige Aufforderungen zur Passwortänderung, der Sicherstellung notwendiger Updates, Schulungen etc.) gewährleisten.

IV. Fazit

Neben all den vernichtenden Folgen, wirtschaftlichen Schwierigkeiten und persönlichen Schicksalen, hat die COVID-19 Pandemie auch gezeigt, mit welchem Zusammenhalt und mit welcher Flexibilität Arbeitgeber und Arbeitnehmer in derart schwierigen Zeiten handeln

Bayer: Krisengewinner „Mobiles Arbeiten“? – Teil 2(ArbRAktuell 2020, 489)

492

können. Von einem Krisengewinner „Mobiles Arbeiten“ zu sprechen, ist daher eher zu kurz gegriffen.

Sicher aber ist, aus der Krise und deren Bewältigung, innerhalb derer die bisweilen streng geteilten „Arbeitgeber- und Arbeitnehmerlager“ als eine Einheit agiert haben, haben sich Möglichkeiten eröffnet, neue Arbeitswege zu betreten. Darunter fällt auch das mobile Arbeiten.

Die im Rahmen dieses Beitrages gezeigten Regelungsgegenstände vermögen den Kern einer Betriebsvereinbarung aufzuzeigen, mit Hilfe derer das mobile Arbeiten in einen Betrieb integriert werden kann. Daneben sind der Kreativität der Betriebspartner jedoch kaum Grenzen gesetzt. Von Regelungen über Kostenerstattungen oder dem Unfallversicherungsschutz bis zur Einrichtung mobiler Hotspots etc. sind vielfältige Regelungen denkbar, die das mobile Arbeiten (unter-)stützen. Da nicht zu erwarten steht, dass der Gesetzgeber in Zukunft inhaltlich tiefgreifende Regelungen über die mobile Arbeit schafft, sollten die Betriebspartner diesen Regelungsspielraum auch nutzen.