

RA/FAArbR Tobias Grambow, Berlin

Mitbestimmung des Betriebsrats bei mobiler Arbeit

– Reichweite des Mitbestimmungsrechts gem. § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG, Einrichtung eines Arbeitsplatzes außerhalb der Betriebsstätte und die Rolle der Einigungsstelle –

RA/FAArbR Tobias Grambow ist Partner der BUSE Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mbB in Berlin.

Kontakt: autor@der-betrieb.de

Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei mobiler Arbeit ist seit der Einführung des § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG zwar gesetzlich erwähnt. Die Vorschrift, die mit dem Betriebsrätemodernisierungsgesetz in den Katalog der Mitbestimmungstatbestände in sozialen Angelegenheiten aufgenommen wurde, wirft aber zahlreiche Fragen zum Umfang der Mitbestimmung auf. Da das Thema der mobilen Arbeit, insb. in Gestalt des Homeoffice, eine erhebliche Praxisrelevanz hat und Rechtsprechung hierzu noch rar ist, soll hier ein Beitrag zur Klärung geleistet werden.

I. Einleitung

Mit dem Betriebsrätemodernisierungsgesetz hat der Gesetzgeber den Katalog der Mitbestimmungstatbestände in sozialen Angelegenheiten gem. § 87 Abs. 1 BetrVG um eine Nr. 14 ergänzt. Danach hat der Betriebsrat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, mitzubestimmen bei der „Ausgestaltung von mobiler Arbeit, die mittels Informations- und Kommunikationstechnik erbracht wird“. Der Wortlaut der Norm ist recht allgemein gehalten, sodass (nach wie vor) der Umfang der Mitbestimmung bei mobiler Arbeit unklar und umstritten ist. Mit dem folgenden Beitrag soll zum einen das grundlegende Verhältnis des neuen Mitbestimmungstatbestands zu den anderen Mitbestimmungsrechten, die in § 87 Abs. 1 Nr. 1-13 geregelt sind, beleuchtet werden. Zum anderen soll untersucht werden, welche Auswirkungen die „Riders-Entscheidung“ des BAG zur arbeitgeberseitigen Stellung von Arbeitsmitteln auf die Ausgestaltung mobiler Arbeit und die Mitbestimmung des Betriebsrats hat.

II. Reichweite der Mitbestimmung bei mobiler Arbeit

1. Mobile Arbeit

Nach der Gesetzesbegründung arbeitet ein Arbeitnehmer mobil, wenn er die geschuldete Arbeitsleistung unter Verwendung von Informations- und Kommunikationstechnik außerhalb der Betriebsstätte von einem Ort oder von Orten seiner Wahl oder von einem mit dem Arbeitgeber vereinbarten Ort oder von mit dem Arbeitgeber vereinbarten Orten erbringt. Erbringt der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung aufgrund deren Eigenart ortsgebunden, liegt „mobile Arbeit“ i.S.d. der Nr. 14 nicht vor.¹ Vom Mitbestimmungstatbestand erfasst ist sowohl die regelmäßige als auch eine anlassbezogene mobile Arbeit.²

2. Informations- und Kommunikationstechnik

Nicht jede Form mobiler Arbeit ist erfasst, sondern nur solche, die mittels Informations- und Kommunikationstechnik erbracht wird. Die Begrifflichkeit ist mithin weitergehend als gem. § 111 Abs. 1 Satz 2 GewO-E, da ausdrücklich auch die Kommunikationstechnik erfasst ist. Mit einem neuen § 111 GewO wollte der Gesetzgeber ursprünglich einen Rechtsanspruch auf mobile Arbeit gesetzlich verankern.³ Umgesetzt wurde dieser Plan nicht. Beide Techniken müssen kumulativ eingesetzt werden, wie die Verknüpfung der Begriffe durch das Wort „und“ statt „oder“ zeigt.⁴ In der Praxis wird sich diese Voraussetzung aber kaum als problematisch erweisen. Sämtliche EDV und gängige Geräte wie Telefone, Laptops, Tablets oder Smartphones verwenden Informations- und Kommunikationstechnik.⁵

3. Ausgestaltung mobiler Arbeit

Der neue Mitbestimmungstatbestand betrifft die „Ausgestaltung“ der mobilen Arbeit. Davon abzugrenzen ist die Entscheidung des Arbeitgebers, überhaupt mobile Arbeit einzuführen. Über dieses „ob“ der Einführung mobiler Arbeit entscheidet der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei.⁶ Möchte der Arbeitgeber mobile Arbeit ermöglichen, hat der Betriebsrat bei der konkreten Ausgestaltung mitzubestimmen. Die Schwierigkeit ob des wenig konkreten Wortlauts von Nr. 14 besteht in der Abgrenzung des mitbestimmungsfreien „ob“ der Entscheidung zu mobiler Arbeit und dem mitbestimmungspflichtigen „wie“ sowie hinsichtlich der Reichweite des „wie“. Entscheidend ist daher, was alles zu der mitbestimmungsfreien Grundentscheidung des Arbeitgebers gehört. Die Grenze zur Ausgestaltung ist dabei fließend.⁷

a) Kollektiver Tatbestand

Grundlegende Voraussetzung ist – wie bei (fast) allen Mitbestimmungstatbeständen des § 87 Abs. 1 BetrVG – das Vorliegen eines kollektiven Tatbestands; § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG bildet hier keine Ausnahme.⁸ Einzelfallentscheidungen bezüglich der Ermöglichung mobiler Arbeit sind der Mitbestimmung durch den Betriebsrat nicht zugänglich.

b) Grenzen der Ausgestaltung

Zum „ob“ der Ermöglichung mobiler Arbeit gehört zunächst die grundsätzliche Entscheidung zu mobiler Arbeit. Um zu ermitteln, welche Entscheidungen noch zum „ob“ der mobilen Arbeit gehören, bietet sich ein Vergleich mit anderen Mitbestimmungstatbeständen aus dem Katalog des § 87 Abs. 1

3 Vgl. hierzu ausführlich Giesen, ZfA 2021 S. 177 (185).

4 Eylert, AuR 2022 S. 292 (295).

5 Fitting, § 87 BetrVG Rn. 587.

6 BT-Drucks. 19/28899 S. 23.

7 Bayreuther, NZA 2021 S. 839 (840).

8 Giesen, ZfA 2021 S. 177 (193 f.); Bayreuther, NZA 2021 S. 839 (840).

1 BT-Drucks. 19/28899 S. 23.

2 BT-Drucks. 19/28899 S. 23.

BetrVG an. So hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Lohngestaltung. Hier wie bei der neuen Nr. 14 geht es um Fragen der „Gestaltung“. Bei dem Mitbestimmungstatbestand der Lohngestaltung gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ist neben der Grundentscheidung, eine freiwillige Leistung vorzusehen, auch der Dotierungsrahmen, also der Umfang der bereitgestellten Mittel durch den Arbeitgeber, mitbestimmungsfrei.⁹ Ferner kann der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei den Leistungszweck und den Kreis der Leistungsberechtigten bestimmen.¹⁰ Zudem ist der Arbeitgeber im Fall einer betrieblichen Altersversorgung frei darin, die Versorgungsform zu wählen.¹¹ Im Fall der Ausgestaltung einer Sozialeinrichtung gem. § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG gehört zur mitbestimmungsfreien Errichtung der Einrichtung deren Zweckbestimmung, deren finanzielle Ausstattung und die Festlegung des begünstigten Personenkreises.¹² Zur Ausgestaltung einer Sozialeinrichtung gehört auch die Aufstellung von Grundsätzen, nach denen die zur Verfügung gestellten Mittel den begünstigten Arbeitnehmern zugewendet werden sollen.¹³

Diese Grundsätze lassen sich ohne Weiteres auf Nr. 14 übertragen. Neben der grundsätzlichen Entscheidung des Arbeitgebers, mobile Arbeit einzuführen, ist er auch frei darin, den Kreis der berechtigten Personen festzulegen.¹⁴ Hierzu gehört – im Ergebnis – auch die Festlegung des zeitlichen Umfangs mobiler Arbeit.¹⁵ Gegen eine Mitbestimmungsfreiheit hinsichtlich des zeitlichen Umfangs mobiler Arbeit könnte die Gesetzesbegründung sprechen. Dort ist der „zeitliche Umfang mobiler Arbeit“ ausdrücklich als Teil der Ausgestaltung aufgeführt.¹⁶ Obwohl es sich tatsächlich um einen Teilbereich des „ob“ der Einführung mobiler Arbeit ginge, sei dies gleichwohl mitbestimmungspflichtig.¹⁷ Richtigerweise unterfiele die Aufteilung der Arbeitszeit auf die betriebliche und die häusliche Arbeitszeit als Verteilung der Arbeitszeit auf die Wochentage bereits der Mitbestimmung gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG.¹⁸ Allerdings wird es in der Regel insoweit an einem kollektiven Tatbestand fehlen.¹⁹ Die Entscheidung zum „Ort“ der Arbeitsleistung ist ebenfalls Teil der mitbestimmungsfreien Entscheidung, ob überhaupt mobile Arbeit eingeführt wird (s. auch unter II. 3. d)).²⁰ Erst wenn der Arbeitgeber hierüber entschieden hat, setzt das Mitbestimmungsrecht bei der weiteren Ausgestaltung an. Dass es in der Gesetzesbegründung heißt, zur Ausgestaltung der mobilen Arbeit gehöre auch der Ort der Tätigkeit, kann vor diesem Hintergrund keine entscheidende Rolle spielen (s.u. II. 3. d)). Zur mitbestimmungsfreien Einführung mobiler Arbeit gehört auch die Bereitstellung von erforderlichen Arbeitsmitteln und die weitere Kostentragung.²¹ Auf die Festlegung des Ortes der mobilen Arbeit und die Bereitstellung von Arbeitsmitteln wird unten unter weiteren rechtlichen Gesichtspunkten noch detailliert eingegangen.

9 Fitting, § 87 BetrVG Rn. 457.

10 Fitting, § 87 BetrVG Rn. 458.

11 BAG vom 12.06.1975 – 3 ABR 66/74, DB 1975 S. 1224 = AP BetrVG 1972 § 87 Altersversorgung Nr. 3.

12 BAG vom 12.06.1975, a.a.O. (Fn. 11); Fitting, § 87 BetrVG Rn. 364 f.

13 BAG vom 26.04.1988 – 3 AZR 168/86, DB 1988 S. 2411 = NZA 1989 S. 219.

14 Oberthür, ArbRB 2021 S. 276 (277).

15 Oberthür, ArbRB 2021 S. 276 (277).

16 BT-Drucks. 19/28899 S. 23.

17 So Blattner, Betriebsrätemodernisierungsgesetz, 2021, Rn. 190.

18 Wiese, RdA 2009 S. 344 (348).

19 Giesen, ZfA 2021 S. 177 (194).

20 Fitting, § 87 BetrVG Rn. 591.

21 Müller, ArbRAktuell 2021 S. 437 (438).

c) Verhältnis zu anderen Mitbestimmungstatbeständen

In der Gesetzesbegründung heißt es: „*das Mitbestimmungsrecht bildet einen Auffangtatbestand für alle Regelungen, mit denen mobile Arbeit ausgestaltet werden kann. Bereits bestehende Mitbestimmungsrechte gelten unverändert.*“²² Damit wird deutlich, dass die Einschränkungen der Mitbestimmung, die sich aus den anderen Mitbestimmungstatbeständen ergeben, durch Nr. 14 nicht ausgehebelt werden können. Dabei ist „gelten unverändert“ dahingehend zu verstehen, dass sie in ihrem Regelungsgegenstand bzw. ihrer Regelungsreichweite unverändert gelten. Soweit also speziellere Mitbestimmungstatbestände einschlägig sind, z.B. Nr. 6 oder Nr. 7, gelten diese vorrangig,²³ aber eben auch abschließend. Was mit anderen Worten nach den anderen Mitbestimmungstatbeständen als Ergebnis der Auslegung bzw. des klaren Wortlauts nicht mitbestimmt ist, kann nicht über Nr. 14 mitbestimmt werden. Das war auch vor Schaffung der Nr. 14 im Verhältnis der Mitbestimmungstatbestände nicht anders. So kann der Mitbestimmungstatbestand von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bei auf die Arbeitsleistung bezogenen Kontrollen nicht weiter gehen als der des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, der eine technische Einrichtung für das Eingreifen der Mitbestimmung erfordert.²⁴

Nur was bislang ungeregt wäre und nicht in Konflikt mit anderen Mitbestimmungstatbeständen steht, kann von Nr. 14 erfasst werden. Nach Nr. 14 ergibt sich jedoch – zumindest im Ergebnis – keine über die Mitbestimmungstatbestände Nr. 1-13 hinausgehende Mitbestimmung.²⁵ Es geht offensichtlich um eine Konzentrierung oder Zusammenfassung der Mitbestimmungselemente bei mobiler Arbeit. Das wird bspw. deutlich durch den Hinweis in der Gesetzesbegründung, dass die zeitliche Lage der Arbeitszeit der Mitbestimmung von Nr. 14 unterliege. Die Lage der Arbeitszeit ist – bei kollektivem Tatbestand – unstrittig mitbestimmungspflichtig nach Nr. 2. Das ist auch dem Gesetzgeber bewusst. Auch dieser Mitbestimmungstatbestand gilt „unverändert“. Es ist nicht erkennbar, dass die Mitbestimmung nach Nr. 2 durch Nr. 14 erweitert werden sollte. Es kann folglich nicht angenommen werden, dass hinsichtlich des Bereichs der mobilen Arbeit die Mitbestimmung auf das Arbeitsverhalten ausgedehnt werden sollte.

Nach a.A. sei Nr. 14 nicht als bloßer Auffang-, sondern vielmehr als der grundlegende Kerntatbestand zu verstehen, der die über mehrere Katalognummern verstreuten Mitbestimmungsrechte zu einer einzigen, jew. maßgeblichen Mitbestimmungsregel zusammenfasst.²⁶ Diese Sichtweise wird aber für die Abgrenzung von mitbestimmungsfreiem und mitbestimmungspflichtigem Handeln zu keiner anderen Bewertung führen. Auswirkung hat sie aber hinsichtlich der Anrufung der Einigungsstelle und der erforderlichen Konkretisierung des Gegenstands der Einigungsstelle (s.u. IV.).

d) Konkret: Ort der Erbringung der Arbeitsleistung

Mobile Arbeit bedeutet die Tätigkeit außerhalb der Betriebsstätte. Laut der in der Gesetzesbegründung enthaltenen Definition des Begriffs der mobilen Arbeit wird diese von einem

22 BT-Drucks. 19/28899 S. 23.

23 Eylert, AuR 2022 S. 292 (297).

24 BAG vom 24.11.1981 – 1 ABR 108/79, DB 1982 S. 111 = AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebs Nr. 3; BAG vom 26.03.1991 – 1 ABR 26/90, DB 1991 S. 1834 = NZA 1991 S. 729; Wiese, RdA 2009 S. 344 (348); zur Weisung, im Homeoffice die Kamera einzuschalten, s. Heider, NZA 2021 S. 1149.

25 Giesen, ZfA 2021 S. 177 (194 f.).

26 Bayreuther, NZA 2021 S. 839 (841).

Ort oder von Orten nach Wahl des Arbeitnehmers oder von einem mit dem Arbeitgeber vereinbarten Ort oder von mit dem Arbeitgeber vereinbarten Orten erbracht. Es stellt sich also die Frage, ob die Festlegung des Ortes (oder der Orte) noch zum „ob“ der Entscheidung des Arbeitgebers gehört, oder bereits die Ausgestaltung betrifft.

Zur Ausgestaltung der mobilen Arbeit gehöre nach einer wohl überwiegenden Ansicht auch die Festlegung des Ortes der Erbringung mobiler Arbeit.²⁷ Begründet wird dies in aller Regel aber nur durch einen Verweis auf die Gesetzesbegründung, in der es in der Tat heißt, Regelungen bspw. „über den Ort, von welchem aus mobil gearbeitet werden kann und darf“ gehörten zur inhaltlichen Ausgestaltung der mobilen Arbeit.²⁸ Dies vermag nicht zu überzeugen. Bereits die in der Gesetzesbegründung zu findende Definition der mobilen Arbeit widerspricht dieser Sichtweise. So ist es Definitionsbestandteil mobiler Arbeit, dass „diese von einem Ort oder von Orten nach Wahl des Arbeitnehmers oder von einem mit dem Arbeitgeber vereinbarten Ort oder von mit dem Arbeitgeber vereinbarten Orten“ erbracht wird. Der Gesetzgeber geht also davon aus, dass es sich um eine individuelle Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien handelt. Dann fehlt es bereits an einen kollektiven Tatbestand. Vielmehr handelt es sich bei der Verständigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf den Ort oder die Orte der Erbringung der Arbeitsleistung außerhalb des Betriebs um individuelle Vereinbarungen.²⁹

Gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG erstreckt sich die Mitbestimmung des Betriebsrats nicht auf Maßnahmen, mit denen die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisiert wird, also das Arbeitsverhalten. Es besteht ein unlöslicher Bezug des Ortes der Erbringung der Arbeitsleistung und deren Ausführung. So kann der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei Dienstreisen anordnen. Der Arbeitgeber legt damit mitbestimmungsfrei und unter Beachtung des § 106 Satz 1 GewO fest, ob der Arbeitnehmer eine bestimmte Aufgabe außerhalb des normalen Arbeitsortes, nämlich am Ziel der Dienstreise oder während der Reise zu erbringen hat.³⁰ Deutlich wird dies auch durch § 106 Satz 2 GewO. Danach erstreckt sich das Weisungsrecht nicht nur auf Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung (§ 106 Satz 1 GewO), sondern gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ist als das kollektivrechtliche Pendant zu § 106 Satz 2 GewO zu verstehen und haben den gleichen Regelungsgehalt.³¹ Der Ort der Arbeitsleistung gehört mithin nicht zu Ordnung und Verhalten der Arbeitnehmer. Eine Vergleichbarkeit besteht zur Frage der Mitbestimmung beim Desk-Sharing. Richtigerweise besteht auch hier kein Mitbestimmungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.³² Der Betriebsrat kann daher nicht im Wege der Mitbestimmung erreichen, dass es den Arbeitnehmern gestattet ist, auch bspw. von einer Parkbank oder aus dem Biergarten die mobile Arbeit zu erbringen.³³

Eine Erstreckung der Mitbestimmung auch auf den Ort der Arbeitsleistung bei mobiler Arbeit steht auch insoweit im

Widerspruch zur Gesetzesbegründung, das Mitbestimmungsrecht bilde einen Auffangtatbestand für alle Regelungen, mit denen mobile Arbeit ausgestaltet werden kann, aber bereits bestehende Mitbestimmungsrechte gelten unverändert.³⁴ Soweit es um die Ausgestaltung der mobilen Arbeit geht, sollen die spezielleren Mitbestimmungstatbestände nicht erweitert werden (s.u. II. 3. c)). Vertreten wird, dass im Fall einer Verständigung der Betriebsparteien auf eine Festlegung des Ortes diese einer nicht individuell ausgehandelten arbeitsvertraglichen Festlegung vorgehe.³⁵ Eine Betriebsvereinbarung würde jedoch den Grundsatz aus § 75 Abs. 2 Satz 1 BetrVG verletzen, wenn dort eine Pflicht zur Erbringung von Homeoffice in der privaten Wohnung geregelt wäre.

III. Einrichtung eines Arbeitsplatzes außerhalb der Betriebsstätte

Arbeitet ein Arbeitnehmer mobil, stellt sich die Frage, ob und ggf. inwieweit der Arbeitgeber verpflichtet ist, dem Arbeitnehmer (auch) außerhalb des Betriebs Arbeitsmittel zur Erbringung der Arbeitsleistung zur Verfügung zu stellen.

1. Stellung der Arbeitsmittel

Dem Arbeitsvertrag liegt als Vertragstyp die Grundannahme zugrunde, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung schuldet und der Arbeitgeber das Substrat zur Verfügung stellt, an bzw. mit dem die Arbeitsleistung erbracht wird.³⁶ Der Arbeitnehmer ist durch den Arbeitsvertrag zur Leistung fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Er stellt dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung. Der Arbeitgeber leitet den Betrieb und organisiert die betrieblichen Abläufe.³⁷ Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer die Arbeitsmittel zur Verfügung stellen, die dieser für Erbringung seiner Arbeitsleistung benötigt.³⁸ Zum Wesen des Arbeitsvertrags gehört es nicht, dass der Arbeitnehmer Arbeitsmittel stellen muss. Dieses Grundverständnis zeigt sich bspw. in § 618 BGB, soweit dort die Rede ist von „Räumen, Vorrichtungen oder Gerätschaften, die der Dienstberechtigte zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat“.³⁹ Zu den erforderlichen Arbeitsmitteln gehört damit – unter Berücksichtigung der Art der geschuldeten Tätigkeit – auch die Bereitstellung der Betriebsräume.⁴⁰

2. Riders-Entscheidung

In den Fokus ist diese grds. nicht strittige Einschätzung, dass der Arbeitgeber für die Zurverfügungstellung der notwendigen Arbeitsmittel verantwortlich ist, durch die Riders-Entscheidung des BAG gerückt. Anders als in früheren Konstellationen ging es hier nicht um einen Aufwendungsersatz analog § 670 BGB, sondern um die Überlassung der erforderlichen Arbeitsmittel selbst. Konkret ging es darum, ob Arbeitnehmer, die Lieferfahrten per Fahrrad unter Verwendung einer Software-Applikation zu erbringen haben, vom Arbeitgeber die Überlassung eines verkehrstüchtigen Fahrrads und eines Smartphones zur dienstlichen Nutzung verlangen können.

27 Blattner, a.a.O. (Fn. 17), Rn. 190; Eylert, AuR 2022 S. 292 (298); Schiefer/Worzalla, NZA 2021 S. 817 (823); ErfK/Kania, § 87 BetrVG Rn. 137a; Richardi/Maschmann, § 87 BetrVG Rn. 989g.

28 BT-Drucks. 19/28899 S. 23.

29 Giesen, ZfA 2021 S. 177 (194).

30 BAG vom 23.07.1996 – 1 ABR 17/96, DB 1997 S. 380 = NZA 1997 S. 216.

31 Stoffels/Lembke, Betriebsverfassungsrecht, § 14 Rn. 54.

32 ArbG Düsseldorf vom 26.10.2017 – 7 BV 137/17, BeckRS 2017, 147984; offengelassen im vorangegangenen einstweiligen Verfügungsverfahren: LAG Düsseldorf vom 09.01.2018 – 3 TaBVGA 6/17, DB Arbeitsrecht 2018 S. 325 m. Anm. Grambow.

33 Grambow, NJW 2021 S. 2074 (2077).

34 BT-Drucks. 19/28899 S. 23.

35 Krieger/Rudnik/Povedano Peramato, NZA 2020 S. 473 (477).

36 BAG vom 10.11.2021 – 5 AZR 334/21, DB 2022 S. 947 = NZA 2022 S. 401.

37 BAG vom 08.02.1957 – 1 AZR 338/55, DB 1957 S. 310 = NJW 1957 S. 687.

38 BAG vom 12.04.2011 – 9 AZR 14/10, DB 2011 S. 2098 = NZA 2012 S. 97, Rn. 27; BAG vom 16.10.2007 – 9 AZR 170/07, DB 2008 S. 933 = NZA 2008 S. 1012; BAG vom 14.10.2003 – 9 AZR 657/02, DB 2004 S. 1434 = NZA 2004 S. 604.

39 BAG vom 10.11.2021, a.a.O. (Fn. 36).

40 BAG vom 14.10.2003, a.a.O. (Fn. 38).

Das BAG hat dies bejaht.⁴¹ Sowohl ein verkehrstaugliches Fahrrad als auch ein internetfähiges Smartphone sind für Fahrradlieferanten essentielle und damit vom Arbeitgeber zu stellende Arbeitsmittel. Ob der Arbeitnehmer einen Aufwendungsersatzanspruch gegen den Arbeitgeber bei Nutzung des eigenen Fahrrads und Smartphones für die Erbringung der Arbeitsleistung analog § 670 BGB hat, ist dabei nach Ansicht des BAG ohne Relevanz. Primär besteht die Bereitstellungspflicht hinsichtlich der Arbeitsmittel.

Damit ist nicht ausgeschlossen, dass der Arbeitnehmer gleichwohl eigene Mittel zur Erfüllung der Arbeitsleistung einsetzt, wenn der Arbeitgeber hierfür einen anderweitigen Vorteil gewährt, der zu einer ausgeglichenen Gesamtbilanz führt. Das kann auch durch AGB geregelt werden. Hierfür kann nicht jede für den Arbeitnehmer vorteilhafte Regelung als Ausgleich herangezogen werden. Eine solche Kompensation ist vielmehr nur in engen Grenzen zulässig. Zwischen der benachteiligenden Klausel, wonach der Arbeitnehmer eigenes Equipment einsetzt, und dem zugestandenen Vorteil muss ein sachlicher Zusammenhang bestehen.⁴²

3. Übertragung der Riders-Entscheidung auf mobile Arbeit

Der Anspruch auf Bereitstellung geeigneter essentieller Arbeitsmittel ergibt sich aus § 611a Abs. 1 BGB. Er bezieht sich jedenfalls auf die Arbeitsmittel, ohne die die vertraglich vereinbarte Tätigkeit nicht erbracht werden kann. Es stellt sich die Frage, inwieweit dieser Grundsatz – insb. vor dem Hintergrund der vorzitierten Riders-Entscheidung des BAG – auf die mobile Arbeit übertragen werden kann bzw. muss.

Auch bei mobiler Arbeit benötigt der Arbeitnehmer Betriebsmittel. Das wird – bereits aufgrund der Definition mobiler Arbeit – ein „Informations- und Kommunikationsgerät“ sein, mithin ein PC, ein Laptop, ein Telefon etc. Insbesondere bei einem reinen Homeoffice kommen mehr oder weniger ausgestattete Arbeitsplätze, sprich Mobiliar, hinzu. Insoweit unterscheidet sich die mobile Arbeit von einer stationären Arbeit im Betrieb allenfalls vom Umfang der Betriebsmittel.

Eine andere Frage ist, ob der Arbeitgeber diese essenziellen Arbeitsmittel auch bei mobiler Arbeit gem. § 611a Abs. 1 BGB zur Verfügung stellen muss. Hierfür wird danach zu unterscheiden sein, ob die mobile Arbeit auf Wunsch des Arbeitgebers oder – wie wohl überwiegend – auf Wunsch des Arbeitnehmers geleistet wird.⁴³

a) Mobile Arbeit auf Arbeitgeberwunsch

Die Ermöglichung mobiler Arbeit geht mitunter vom Arbeitgeber aus. Hintergrund ist häufig, dass die Arbeit problemlos auch von zu Hause aus erledigt werden kann, die Bürofläche und die Zahl der stationären Arbeitsplätze reduziert werden können und damit nicht zuletzt auch Energiekosten gespart werden. In Zeiten des Fachkräftemangels ist der Arbeitgeber bei mobiler Arbeit nicht auf Arbeitskräfte vor Ort am Sitz des Betriebs beschränkt. Die Anweisung, Arbeitsleistung im Homeoffice zu erbringen, ist vom arbeitgeberseitigen Weisungsrecht gem. § 106 Satz 1 GewO i.V.m. § 611a BGB nicht umfasst.⁴⁴ So erstreckt sich das

Weisungsrecht zwar u.a. auch auf den Ort der Erbringung der Arbeitsleistung; die Wohnung des Arbeitnehmers gehört aber nicht dazu.⁴⁵ Der Arbeitgeber ist nicht berechtigt, einseitig in den privaten Lebensbereich des Arbeitnehmers einzugreifen, indem er ihm vorschreibt, bspw. seine Wohnung zu dienstlichen Zwecken zu verwenden. Auch kann eine Betriebsvereinbarung eine Homeoffice-Pflicht nicht wirksam vorsehen; dies würde gegen § 75 Abs. 2 Satz 1 BetrVG verstoßen. Es bedarf folglich einer einvernehmlichen Regelung. Eine mobile Arbeit, die nicht im Homeoffice erbracht werden muss, kann der Arbeitgeber indes unter Beachtung billigen Ermessens und einer etwaigen Konkretisierung im Arbeitsvertrag kraft Weisungsrechts anordnen.⁴⁶ Wird der Arbeitnehmer auf Arbeitgeberwunsch im Homeoffice tätig, macht es für die Verpflichtung des Arbeitgebers, die Betriebsmittel bereitzustellen, keinen Unterschied, dass der Arbeitnehmer nicht im Betrieb tätig wird. So wie der „Rider“ außerhalb des Betriebs Arbeitsleistung zu erbringen hat, weil dies arbeitsvertraglich so vorgesehen ist, ist auch der mobil arbeitende Arbeitnehmer außerhalb des Betriebs tätig. Für die Erledigung der in dieser Form geschuldeten Arbeit hat ihm der Arbeitgeber die erforderlichen Arbeitsmittel bereitzustellen. Denkbar sind auch angemessene, einer AGB-Kontrolle standhaltende Kompensationen für selbst beschaffte Arbeitsmittel. Diese Konstellation wird sich jedoch aufgrund des fehlenden Weisungsrechts kaum ergeben können (s.u. III. 3. a)).

b) Mobile Arbeit auf Arbeitnehmerwunsch

In den meisten Fällen wird der Wunsch nach mobiler Arbeit primär vom Arbeitnehmer ausgehen. Der Arbeitnehmer hätte in diesen Fällen in der Regel die Möglichkeit, einen (eingerichteten) Arbeitsplatz im Betrieb zu nutzen. Möchte er dies nicht, wird die Nutzung weiterer Betriebsmittel nicht betrieblich veranlasst, sondern durch den Arbeitnehmerwunsch, die im Betrieb vorhandenen Arbeitsmittel nicht nutzen zu wollen. Es handelt sich bei den für das mobile Arbeiten erforderlichen Betriebsmitteln mithin nicht um für die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten erforderliche Betriebsmittel. Sie sind mit anderen Worten nur erforderlich, weil der Arbeitnehmer die bereitgestellten Betriebsmittel nicht nutzen möchte. Auf diese Konstellation stellt die BAG-Sichtweise in der Riders-Entscheidung nicht ab.

Der Gesetzgeber geht auch an anderer Stelle hinsichtlich der Einrichtung eines Arbeitsplatzes nicht davon aus, dass Homeoffice mit der Verpflichtung des Arbeitgebers verbunden ist, einen Arbeitsplatz in der Wohnung des Arbeitnehmers einzurichten. So sieht § 2 Abs. 7 ArbStättV sog. Telearbeitsplätze vor. Das sind vom Arbeitgeber fest eingerichtete Bildschirmarbeitsplätze im Privatbereich der Beschäftigten, für die der Arbeitgeber eine mit den Beschäftigten vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit und die Dauer der Einrichtung festgelegt hat. Ein Telearbeitsplatz ist gem. § 2 Abs. 7 Satz 2 ArbStättV 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. Alleine das Stellen einzelner Betriebsmittel, wie

41 BAG vom 10.11.2021, a.a.O. (Fn. 36).

42 BAG vom 10.11.2021, a.a.O. (Fn. 36).

43 Steiner/Schunder, NZA 2022 S. 12 (14 f.).

44 LAG Berlin-Brandenburg vom 10.10.2018 – 17 Sa 562/18, DB 2019 S. 973 m. Anm. Kossakowski; Heider, NZA 2021 S. 1149 (1150); Benkert, NJW-Spezial 2019 S. 306; Picker, NZA-Beil. 2021 S. 4 (13); ErFK/Preis, § 106 GewO Rn. 28a; ausnahmsweise aufgrund der Energiekrise: Stadelmann/Monshemer, NZA 2022 S. 1306; anlassbedingt und vorübergehend zulässig: Fuhlrott/Fischer, NZA 2020 S. 345 (349); Dohrmann, NZA 2021 S. 691.

45 Bayreuther, NZA 2021 S. 1593 (1594).

46 Schöllmann, NZA-Beil. 2019 S. 81 (82); a.A. Schulze/Simon, ArbRAktuell 2021 S. 119.

bspw. Laptop, Headset u.Ä. führt demnach nicht dazu, darüber hinaus einen Arbeitsplatz einzurichten (s. § 2 Abs. 9 ArbStättV).

c) Zwischenfazit

Immer dann, wenn der Arbeitnehmer nicht mobil arbeiten muss, um seine arbeitsvertraglich geschuldete Leistung zu erbringen, handelt es sich bei den für das mobile Arbeiten notwendigen Arbeitsmitteln nicht um solche, die der Arbeitgeber bereitzustellen hat. Entsprechend steht dem Arbeitnehmer ein Aufwendungsersatzanspruch in analoger Anwendung von § 670 BGB insoweit nicht zu. Stellt der Arbeitgeber keinen betrieblichen Arbeitsplatz zur Verfügung, kann die Arbeitsleistung nur mobil erbracht werden. Dann sind die dafür erforderlichen Arbeitsmittel vom Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen. Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer sowohl im Betrieb als auch mobil arbeiten muss.

d) Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG

Es stellt sich wiederum die Frage, ob die Stellung von Arbeitsmitteln mitbestimmungspflichtig gem. § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG ist.⁴⁷ In der Gesetzesbegründung ist exemplarisch für die möglichen mitbestimmten Regelungen zur Ausgestaltung mobiler Arbeit der „Umgang mit Arbeitsmitteln“ aufgeführt.⁴⁸ Eine Aussage in Bezug auf die Stellung der Arbeitsmittel stellt dies nicht dar. Eine Mitbestimmung scheidet bereits aufgrund des Gesetzesvorbehalts im Einleitungssatz von § 87 Abs. 1 BetrVG aus. So hat das BAG jüngst im Hinblick auf die Einführung eines Systems der (elektronischen) Arbeitszeiterfassung ein Initiativrecht des Betriebsrats mit dem Hinweis darauf abgelehnt, dass der Arbeitgeber nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG bereits per Gesetz verpflichtet sei, ein solches System bereitzustellen.⁴⁹ Die Verpflichtung des Arbeitgebers, die für die Erbringung der Arbeitsleistung erforderlichen Betriebsmittel zur Verfügung zu stellen, folgt (ebenfalls) unmittelbar aus dem Gesetz, mithin aus § 611a Abs. 1 BGB. Es besteht hier auch kein Ausgestaltungsspielraum. Was erforderlich ist, muss arbeitgeberseitig gestellt werden, soweit eine gesetzliche Verpflichtung gem. § 611a Abs. 1 BGB besteht.

IV. Einigungsstelle

Der Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG beschränkt sich auf die Ausgestaltung der mobilen Arbeit. Es steht dem Betriebsrat daher kein Initiativrecht dergestalt zu, dass er Verhandlungen über die Einführung mobiler Arbeit verlangen könnte.⁵⁰ Beabsichtigt der Arbeitgeber die Einführung mobiler Arbeit, kann der Betriebsrat initiativ Verhandlungen über die Ausgestaltung der mobilen Arbeit einfordern. Kommt eine Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat in einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit gem. § 87 Abs. 1 BetrVG nicht zustande, ersetzt der Spruch der Einigungsstelle die fehlende Einigung der Betriebsparteien (§ 87 Abs. 2 BetrVG). Das gilt auch in Bezug auf die Mitbestimmung gem. Nr. 14. Scheitern die Verhandlungen, kann sowohl der Arbeitgeber als auch der Betriebsrat die Einigungsstelle anrufen und diese auch arbeitsgerichtlich gem. § 100 BetrVG einsetzen lassen. Bisher musste der Betriebsrat – von dem eine solche Initiative in der Regel ausgeht – die zu regelnden Tat-

bestände genau bezeichnen. Nur so konnte das Arbeitsgericht beurteilen, ob mitbestimmungspflichtige Aspekte betroffen sind. Nach Einführung von Nr. 14 wird nun vertreten, dieser separat geregelte Mitbestimmungstatbestand ermögliche es – insb. dem Betriebsrat – für den Einsetzungsantrag alleine auf eben diesen Mitbestimmungstatbestand abzustellen.⁵¹

Diese Sichtweise ist abzulehnen. Im Verfahren nach § 100 ArbGG wird nicht nur die Person des Vorsitzenden und erforderlichenfalls die Zahl der Beisitzer festgelegt, sondern auch der Kompetenzrahmen der Einigungsstelle bestimmt.⁵² Die Einschränkung, dass eine Einsetzung nur bei offensichtlicher Unzuständigkeit zurückgewiesen werden kann, ist auf die Prüfung von Rechtsfragen begrenzt. Auch im Verfahren auf Einsetzung einer Einigungsstelle gilt der Bestimmtheitsgrundsatz aus § 253 ZPO.⁵³ Der Antrag auf Einsetzung einer Einigungsstelle, zumindest aber seine Begründung, muss erkennen lassen, über welche mitbestimmungsrechtlich relevanten Gegenstände Meinungsverschiedenheiten zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber gebildet werden sollen, mithin über welche Gegenstände in der Einigungsstelle zu verhandeln ist.⁵⁴ Die Bündelung der Mitbestimmungstatbestände betreffend die Ausgestaltung mobiler Arbeit ändert hieran nichts. Auch hier kann vergleichend der Mitbestimmungstatbestand Nr. 8 („Ausgestaltung“ von Sozialeinrichtungen) herangezogen werden. Auch hier genügt eine pauschale Bezugnahme auf das Mitbestimmungsrecht nicht, solange sich weder aus dem Antrag noch aus der Begründung ableiten lässt, welcher oder welche Regelungsgegenstände der Zuständigkeitsrahmen der Einigungsstelle umfassen soll.⁵⁵

Eine davon zu trennende Frage ist, ob im Ergebnis ein Mitbestimmungstatbestand gegeben ist, mithin das Begehren des Betriebsrats tatsächlich die „Ausgestaltung“ der mobilen Arbeit betrifft. Im Rahmen des Einsetzungsverfahrens erfolgt keine dahingehende Prüfung. Nur wenn die Einigungsstelle offensichtlich unzuständig ist, ein Mitbestimmungstatbestand also offensichtlich nicht besteht, wird das Gericht die Einsetzung ablehnen.⁵⁶ Ist die Einigungsstelle zur Ausgestaltung mobiler Arbeit nicht offensichtlich unzuständig, ist die Zuständigkeitsfrage in der Einigungsstelle selbst⁵⁷ und ggf. in einem arbeitsgerichtlichen Hauptsacheverfahren zu klären.

V. Fazit

Der Gesetzgeber hat sich hinsichtlich der Mitbestimmung des Betriebsrats für einen sehr allgemein gehaltenen Wortlaut des § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG entschieden. Es wird für die betriebliche Praxis darauf hinauslaufen, dass viele Fragen zur Reichweite der Mitbestimmung (höchststrichterlich) geklärt werden müssen. Ob dieser Ausblick der gesetzgeberisch angestrebten Intention einer Ausweitung der mobilen Arbeit tatsächlich förderlich ist, bleibt abzuwarten. Individualarbeitsrechtlich wird abzuwarten sein, wie die Instanzrechtsprechung und letzten Endes wieder das BAG die Pflicht des Arbeitgebers zur Stellung der erforderlichen Betriebsmittel in Bezug auf mobile Arbeit, insb. das Homeoffice, konkretisiert.

⁵¹ Eylert, AuR 2022 S. 292 (297); Reinartz, NZA-RR 2021 S. 457 (468).

⁵² LAG Berlin-Brandenburg vom 17.02.2021 – 4 TaBV 50/21, BeckRS 2021, 5152.

⁵³ LAG Schleswig-Holstein vom 21.01.2014 – 1 TaBV 47/13, BeckRS 2014, 67279; LAG Berlin-Brandenburg vom 17.02.2021, a.a.O. (Fn. 52); LAG Niedersachsen vom 08.06.2007 – 1 TaBV 27/07, BeckRS 2007, 46077; a.A. Meyer, RdA 2018 S. 175 (179 f.).

⁵⁴ GMP/Schlewing/Künzl, § 100 ArbGG Rn. 16.

⁵⁵ LAG Hessen vom 11.09.2012 – 4 TaBV 192/12, BeckRS 2012, 75677.

⁵⁶ Statt vieler LAG Berlin-Brandenburg vom 17.02.2021, a.a.O. (Fn. 52).

⁵⁷ Vgl. hierzu Fitting, § 76 BetrVG Rn. 113.

⁴⁷ Dafür: Blattner, a.a.O. (Fn. 17), Rn. 191; dagegen: Lentz, ArbRB 2022 S. 93 (94); s. hierzu auch Grambow, NJW 2021 S. 2074 (2077).

⁴⁸ BT-Drucks. 19/28899 S. 23.

⁴⁹ BAG vom 13.09.2022 – 1 ABR 22/21 (zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses lag nur die PM des BAG vor).

⁵⁰ Eylert, AuR 2022 S. 292 (296); Bayreuther, NZA 2021 S. 839 (840).