

Videotelefonie im Homeoffice

Können Arbeitnehmer im Homeoffice angewiesen werden, die Kamera einzuschalten?

Rechtsanwalt Dr. Benjamin Heider, LL. M. (Stellenbosch)*

War es im ersten „Lockdown“ noch ungewohnt und neu, via digitaler Videokonferenzsysteme zu kommunizieren, sind Zoom, MS Teams & Co. mittlerweile fester Bestandteil der Arbeitswelt geworden. Arbeitnehmer und Führungskräfte sind im Umgang damit nun mehr oder weniger geübt. Neben teilweise immer noch vorkommenden technischen Schwierigkeiten stellen sich weiterhin Rechtsfragen bei der Nutzung solcher Systeme. Insbesondere, ob Arbeitnehmer zum Einschalten der Kamera verpflichtet werden können, ist streitig. Diese Fragen werden nachfolgend beantwortet. Die Abhandlung ist auch deshalb lohnend, weil zu erwarten ist, dass nach Ende der Pandemie virtuelle Formate in größerem Umfang beibehalten werden.

I. Kein Anspruch auf Homeoffice

Ein Recht auf Homeoffice¹ gibt es nicht² (abgesehen von extremen Einzelfällen³) und auch keinen Vorrang der Änderungskündigung hin zu Mobilarbeit.⁴ Auch das immer noch im Zustand des Referentenentwurfs verharrende „Mobile

Heider: Videotelefonie im Homeoffice (NZA 2021, 1149)

1150



Arbeit-Gesetz“ sieht einen solchen generellen Anspruch nicht vor.⁵ Gleiches gilt für das am 18.6.2021 in Kraft getretene sogenannte „Betriebsrätemodernisierungsgesetz“.⁶ Lediglich während der epidemischen Lage gibt es eine Angebotspflicht für Arbeitgeber, Homeoffice zu ermöglichen, sofern nicht zwingende betriebsbedingte Gründe entgegenstehen.⁷ Die Arbeitnehmer können das Angebot bei Vorliegen entgegenstehender „Gründe“ ablehnen.⁸

Ergo: Arbeitnehmer können vom Arbeitgeber nicht generell und voraussetzungslos einseitig verlangen, in Mobilarbeit beschäftigt zu werden.

Ebenso wenig gibt es eine generelle *Pflicht* für Arbeitnehmer, Mobilarbeit zu leisten.⁹ Wurde im Arbeitsvertrag keine ausdrückliche Regelung getroffen, ist der Arbeitsort als Erfüllungsort nach § 269 BGB durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln.¹⁰ Erfüllungsort ist regelmäßig der jeweilige Betriebssitz, sofern der Arbeitnehmer dort ständig beschäftigt wird.¹¹ In der zunehmend digitalen Arbeitswelt gilt in den allermeisten Arbeitsverhältnissen deshalb weiterhin: Die Arbeit ist am Firmensitz zu leisten.

Gleichwohl werden in der Praxis, insbesondere in jungen Unternehmen und der Digital-Branche, vermehrt Arbeitsverhältnisse geschlossen, in welchen von Anfang an Mobilarbeit, in Einzelfällen sogar ausschließlich, ermöglicht wird. Dies geschieht insbesondere dort, wo Arbeitgeber dies aus Wettbewerbsgründen anbieten müssen oder wollen.

Auch das *Direktionsrecht* reicht hier nicht weiter. Grundsätzlich bleibt die Wohnung des Arbeitnehmers vor dem Hintergrund von Art. 13 GG ein geschützter Raum, und es gehört zu den Kernpflichten im Arbeitsverhältnis, dass der Arbeitgeber Arbeitsplatz und Arbeitsmittel zur Verfügung stellen muss, nicht der Arbeitnehmer.

II. Können Arbeitnehmer zum Einschalten der Kamera im Homeoffice verpflichtet werden?

Wenn demnach kein Anspruch und kein Direktionsrecht auf Homeoffice bestehen, beruht dieses also auf Vereinbarung oder Gewährung durch den Arbeitgeber. Es stellt sich die Frage, ob Arbeitgeber in diesen Fällen das Einschalten der Kamera anweisen können.

1. Vereinbarung zur Mobilarbeit im Arbeitsvertrag

Gibt es weder ein Recht auf noch eine Pflicht zur Mobilarbeit, so können die Parteien des Arbeitsvertrags dieses in den Grenzen von Gesetz und Rechtsprechung, insbesondere unter Beachtung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen, frei vereinbaren. In der Mehrzahl der Fälle bleibt die Möglichkeit zur Mobilarbeit eine für die Arbeitnehmer flexible, zusätzliche Arbeitsform, welche die Vereinbarkeit von Beruf, Familie und Freizeit erhöht und überwiegend als attraktiv empfunden wird. Wenn die Ausgangslage also so ist, dass den Arbeitnehmern hiermit zusätzliche Rechte eingeräumt werden und der Grundsatz gilt, dass jeder (in bestimmten Grenzen) Mobilarbeit machen kann, es aber nicht muss, dann ist es naheliegend und legitim, dass Arbeitgeber sich im Gegenzug das Recht einräumen lassen wollen, auch in Mobilarbeit einen effektiven und persönlichen Kontakt zu ihren Mitarbeitern zu bewahren („quid pro quo“). Um nicht nur auf deren guten Willen zum Einschalten der Kamera angewiesen zu sein, empfiehlt es sich, im Vorfeld eine arbeitsvertragliche (gegebenenfalls Änderungs-)Vereinbarung zu schließen und die Voraussetzungen der Nutzung einer Videokamera in Mobilarbeit zu regeln.

Eine solche Vereinbarung¹² könnte wie folgt aussehen:

§ 1. Mobilarbeit

- (1) Ein Rechtsanspruch auf Mobilarbeit besteht nicht. Mitarbeiter/in ist berechtigt, sofern Führungskraft und Mitarbeiter/in einverstanden sind, x Tage pro Woche in Deutschland von einem Arbeitsplatz außerhalb der Betriebsstätte aus zu arbeiten (Mobilarbeit). Mitarbeiter/in muss dabei gewährleisten, dass er/sie nur an nicht-öffentlichen Orten mit stabiler Internetverbindung arbeitet und dort der Schutz von sensiblen betrieblichen, insbesondere personenbezogenen Daten zu jeder Zeit gewährleistet ist. Außerdem muss die Mobilarbeit lärm- und störungsfrei und die Beachtung arbeitswissenschaftlicher Erkenntnisse durch Mitarbeiter/in sichergestellt sein.
- (2) Die konkrete Verteilung der Mobilarbeitstage auf die Woche geschieht in Absprache mit dem/der Vorgesetzten. Dabei sind betriebliche Belange zu beachten. Bei Vorliegen betrieblicher Belange, insbesondere Jour Fixe, Kundentermine, Besprechungen, ist keine Mobilarbeit möglich. Unbeschadet dessen darf nur ein Mobilarbeitstag pro Woche ein Montag bzw. Freitag sein. Im Falle von Urlaub oder Dienstreisen während einer Arbeitswoche zählen diese Urlaubstage als Mobilarbeit.
- (3) Mitarbeiter/in erklärt sich einverstanden, in angemessenem Umfang im Rahmen von Videotelefonaten und Webkonferenzen mit Vorgesetzten, Kollegen und Kunden die Kamera einzuschalten und sich zu zeigen. Dies gilt insbesondere, wenn ein unter § 1 II genannter Anlass ausnahmsweise und in Absprache mit dem Vorgesetzten während Mobilarbeitszeit stattfindet. In dem vorgenannten Rahmen kann die Führungskraft das Einschalten der Kamera anweisen. Mitarbeiter/in ist berechtigt, seinen/ihren räumlichen Hintergrund weichzuzeichnen oder sich in einen virtuellen Raum zu begeben. Eine Verpflichtung, die Privaträume zu zeigen, besteht ebenso wenig wie die Verpflichtung, die Kamera dauerhaft einzuschalten.

Heider: Videotelefonie im Homeoffice (NZA 2021, 1149)

1151 ▲
▼

- (4) Der Arbeitgeber kann jederzeit nach billigem Ermessen und bei Vorliegen von sachlichen Gründen mit einer Ankündigungsfrist von x Tagen schriftlich festlegen, dass Mitarbeiter/in künftig seine/ihre Arbeitsleistung nur noch an der Betriebsstätte erbringt und die Mobilarbeit beendet oder verringert wird, sofern die berechtigten Interessen von Mitarbeiter/in bei der Rücknahme

angemessen berücksichtigt werden, insbesondere einer etwaig erforderlichen Umorganisation der Versorgung/Betreuung von Kindern ausreichend Zeit eingeräumt wird. Sachliche Gründe für die Beendigung der Mobilarbeit liegen insbesondere vor, wenn Mitarbeiter/in durch sein/ihr Verhalten gezeigt hat, dass er/sie für Mobilarbeit nicht geeignet ist, weil er/sie zB für Vorgesetzte schlecht erreichbar ist, an Orten arbeitet, die für Mobilarbeit nicht geeignet sind, trotz berechtigter Weisung iSv § 1 III die Kamera nicht einschaltet oder Arbeitsaufträge nicht in angemessener Zeit bearbeitet.

(5) ...

2. Zulässigkeit der Anweisung zum Einschalten der Kamera

Soweit ersichtlich gibt es (noch) keine Rechtsprechung oder explizite arbeitsrechtliche Fachliteratur zu dieser Frage.¹³ Bis zur Befassung durch die Arbeitsgerichte bleibt die Frage vorerst offen. Die Frage der Zulässigkeit stellt sich bei Vorliegen einer Vereinbarung (a), ohne Vereinbarung (b) und für den Sonderfall der epidemischen Lage (c).

a) Bei Bestehen einer Vereinbarung zur Mobilarbeit

Hier haben sich die Parteien des Arbeitsvertrags bewusst und einvernehmlich entschieden, Mobilarbeit unter bestimmten Umständen zu ermöglichen. Es ist ein Geben und Nehmen. Der Arbeitnehmer erhält zusätzliche Flexibilität, indem er Mobilarbeit machen darf. Der Arbeitgeber sichert sich im Gegenzug das Recht zu, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen und in angemessenem Umfang den Mitarbeiter zum Einschalten einer Kamera verpflichten zu können.

aa) AGB-Kontrolle

Handelt es sich bei der Vereinbarung zum Einschalten der Kamera in Mobilarbeit nicht um eine einmalige Individualvereinbarung, sondern ist diese als Muster für mehrere Fälle gedacht, ist grundsätzlich das AGB-Recht zu beachten, insbesondere die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unter Beachtung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten (§ 310 IV 2 Hs. 1 BGB). Mit der Klausel wird das Direktionsrecht, also wie die Arbeit zu leisten ist, konkretisiert. Es handelt sich daher um eine kontrollfreie Hauptabrede.¹⁴ Es wird lediglich das allgemeine Weisungsrecht (§ 106 GewO) beschrieben (§ 307 III BGB). Man wird auch annehmen dürfen, dass mit der vorgeschlagenen Klausel klar und verständlich wiedergegeben ist, was vom Arbeitnehmer verlangt wird (§ 305 c II BGB). Eine unangemessene Benachteiligung iSv § 307 III 2 iVm § 307 I 2 BGB wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot ist nicht ersichtlich. Der Arbeitnehmer muss weder Homeoffice leisten noch seine Privaträume zeigen. Wenn er Mobilarbeit leisten will, kann er in angemessenem Umfang und bei besonderen Gelegenheiten dazu verpflichtet werden, sich zu zeigen.

bb) Persönliche Leistungserbringung

Es ist dem Arbeitsverhältnis als personalem Rechtsverhältnis immanent, dass die Arbeit persönlich zu leisten ist. Es ist zwar kein Erfolg geschuldet, aber das persönliche Bemühen. Im Gegensatz zum freien Dienstverhältnis kann gerade nicht ein Dritter eingeschaltet werden. Mit dem Erfordernis der Persönlichkeit geht einher, dass die Arbeit auch „sichtbar“ zu leisten ist, der Arbeitnehmer also nicht „unsichtbar“ bleiben kann. Eine Arbeitsbeziehung, in welcher auf jeden persönlichen und sichtbaren Kontakt verzichtet werden könnte, ist mit dem einzigartigen Arbeitsrechtsverhältnis unvereinbar. Unproblematisch kann deshalb die Führungskraft am betrieblichen Arbeitsplatz jederzeit das persönliche Gespräch mit dem Arbeitnehmer über Arbeitsinhalte suchen und den Arbeitnehmer zur Teilnahme an einem solchen Arbeitsgespräch anweisen.¹⁵ Es dürfte weiter unstrittig sein, dass der Arbeitnehmer am betrieblichen Arbeitsplatz angewiesen werden kann, an einer Videokonferenz teilzunehmen, zB mit Kunden oder Kollegen,

die sich an einem anderen Ort befinden.¹⁶ Das gilt nur unter der Prämisse, dass datenschutzrechtliche Anforderungen beachtet werden, also zB keine nicht erforderliche Aufzeichnung ohne ausdrückliche Einwilligung stattfindet, die Daten sicher sind und nur ein begrenzter und erforderlicher Personenkreis teilnimmt.

Es hinkt auch der in diesem Zusammenhang vereinzelt angeführte Vergleich mit dem Recht am eigenen Bild, wenn etwa ein Foto auf die Internetseite des Arbeitgebers gestellt werden soll. Es geht vorliegend nicht darum, jemanden öffentlich abzubilden. Der Eingriff ist nicht weitergehend, als wenn jemand an einem präsenten Meeting oder einer Konferenz teilnimmt.

cc) Entgegenstehendes Grundrecht aus Art. 13 GG?

Fraglich ist, ob aus der Arbeit im Homeoffice und dem Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung eine andere Bewertung folgt. Auch hier gilt: Der Arbeitnehmer *muss* nicht Mobilarbeit leisten. Er tut es freiwillig. Das gilt wiederum dann nur eingeschränkt, wenn die Arbeit im Homeoffice aufgrund öffentlich-rechtlicher Verpflichtung nach § 28 b VII IfSG geschieht. Offensichtlich sieht auch der Gesetzgeber die Privatwohnung nicht mehr als absolut geschützten Raum an, sondern er verlangt sogar – jedenfalls in Zeiten einer epidemischen Lage – dass der Arbeitgeber die Arbeit von zu Hause aus anbietet und der Arbeitnehmer seine Wohnung zeitweilig zur Arbeitsstätte macht.¹⁷ In § 28 b XI IfSG wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ua das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 I GG) eingeschränkt wird. Zwar ist zuzugeben, dass das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung nicht mehr auf ungewollte physische Be-

Heider: Videotelefonie im Homeoffice (NZA 2021, 1149)

1152



tretenungen begrenzt ist, sondern im Einklang mit dem *BVerfG* auch die Öffnung der räumlich geschützten Privatsphäre „nach außen“ mittels moderner Technik ohne Wissen des Betroffenen als Eingriff in Art. 13 GG zu werten ist.¹⁸ Dieses Grundrecht schützt danach auch die Entscheidungsbefugnis des Einzelnen darüber, welche Informationen aus dem Bereich seiner „Wohnung“ (im weiteren Sinne) er Dritten zugänglich machen will. Im privaten Arbeitsrechtsverhältnis wirkt das Grundrecht im Wege der sogenannten mittelbaren Drittwirkung. In diesen Schutzbereich wird aber nach hiesiger Auffassung gar nicht eingegriffen. Es geht nicht um eine Durchsuchung oder Betretung der Wohnung gegen den Willen des Arbeitnehmers durch Dritte, insbesondere staatliche Organe, sondern lediglich um die Sichtbarmachung der Person des Arbeitnehmers für einen begrenzten Zeitraum, wobei der Arbeitnehmer die Sichtbarmachung jederzeit steuern, kontrollieren und auch beenden kann.

Insofern ist die Situation auch nicht vergleichbar mit der Frage der Betretung der Wohnung durch den Arbeitgeber zur Kontrolle arbeitsschutzrechtlicher Verpflichtungen. Auch hier ist der Eingriff in den Schutzbereich der Unverletzlichkeit der Wohnung ungleich tiefer, weil Gegenstand der Begehung gerade die Besichtigung der Wohnung – jedenfalls hinsichtlich des Arbeitsplatzes – ist. *Rieble/Picker* weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass eine bedingungslose Verpflichtung des Arbeitnehmers im Rahmen einer Vereinbarung als Voraussetzung für Homeoffice gegen das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung verstößt. „Der arbeitsrechtliche Gesundheitsschutz als solcher trägt keinen Zwangszugriff auf die private Wohnung des Arbeitnehmers.“¹⁹ Eine echte Freiwilligkeit sei nur dann gewährleistet, wenn der Wohnrechtsinhaber keine arbeitsrechtlichen Sanktionen fürchten muss, wenn er das Einverständnis nicht erteilt oder es später widerruft. Dies verbiete schon das Maßregelungsverbot des § 612 a BGB, da der Arbeitnehmer nur seine grundrechtlich geschützten Rechte wahrnimmt, wenn er dem Arbeitgeber den Zutritt in seine Privaträume untersagt. Ihn deshalb in den Genuss von Homeoffice nur dann kommen zu lassen, wenn er dafür die

Unverletzlichkeit seiner Wohnung preisgibt, sei unverhältnismäßig.²⁰

In der hier in Rede stehenden Situation geht es aber nicht um die Betretung der Wohnung und auch nicht die Durchsuchung von Laptop/Computer durch staatliche Organe, sondern (nur) um das Sichtbarmachen der Person des Arbeitnehmers für einen begrenzten Zeitraum. Es kann zudem durch den Arbeitnehmer jederzeit sichergestellt werden, dass kein ungewollter Einblick in die Privatsphäre der Wohnung erfolgt. Insofern ist es nach hiesiger Ansicht auch nicht erforderlich, im Rahmen der individualvertraglichen Vereinbarung ein jederzeitiges, grundloses und sanktionsloses Widerrufsrecht zu gestalten.²¹

Es ist auch nicht so, dass beim Einschalten der Kamera ein erheblicher Eingriff in das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung stattfindet – wenn man denn überhaupt den Schutzbereich eröffnet sieht. Zunächst muss der Arbeitnehmer seine Wohnung nicht zeigen. Das steht ausdrücklich in der Vereinbarung. Er kann die Arbeit auch von woanders aus leisten. Wenn er also einen Einblick in seine Wohnung vermeiden will, so kann er entweder von woanders aus arbeiten, einen Weichzeichner oder anderen Hintergrund wählen oder zumindest für die überschaubaren Anlässe („in angemessenem Umfang“) in seiner Wohnung einen neutralen Ort wählen oder gestalten, wo ungewünschte Einblicke vermieden werden. Es dürfte auch zumutbar sein, in vorgenanntem Umfang den Kamera-Hintergrund „herzurichten“, wenn dies überhaupt als ungewollter Einblick in die Privatsphäre empfunden wird. Denn: Das Zeigen persönlicher Einblicke wird mittlerweile vielfach als positiv und nahbar wahrgenommen, und die Zeiten, in welchen es als Affront galt, wenn einmal ein Kind oder Mitbewohner durchs Bild läuft oder im Hintergrund Unordnung zu sehen ist, dürften der Lebenswirklichkeit nicht mehr entsprechen. Jedenfalls nach den Belastungen der Pandemie und den vielfältigen damit verbundenen Herausforderungen hat der Zustand der privaten Räumlichkeiten keinen nennenswerten Einfluss auf die Akzeptanz der geleisteten Arbeit mehr. Schließlich gibt es auch keinen Beleg dafür, dass jemand am Küchentisch schlecht, in einem großen Einzelbüro dagegen gut arbeitet. Ausschlaggebend sind primär Arbeitsbereitschaft und Motivation.

Entscheidend ist – und das wird bei der bisher ersichtlichen Diskussion komplett ausgeblendet: Es macht einen riesigen qualitativen Unterschied, ob eine Wohnung real durch Dritte betreten wird, diese sich also darin frei bewegen, gegebenenfalls aktiv und gegen den Willen des Wohnungsinhabers Wahrnehmungen machen können, oder ob der Wohnungsinhaber sich im Rahmen einer Videokonferenz zeigt und gelegentlich dessen ein frei von ihm wählbarer Ausschnitt der Wohnung im Hintergrund zu sehen ist. Der spezifische mit dem Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung verbundene Schutzbereich ist nach hiesiger Auffassung gar nicht eröffnet.

Schließlich ist zweifelhaft, ob im Einschalten der Kamera überhaupt ein tieferer Eingriff zu sehen ist als bei einem einfachen Telefonat. Beim Telefonat im Homeoffice käme niemand auf die Idee, hierin einen unzulässigen Eingriff in die Privatsphäre zu sehen. Lärm im Hintergrund eines Telefonats dürfte aber als deutlich störender wahrgenommen werden als ein unaufgeräumtes Zimmer, ein Mitbewohner, der durchs Bild läuft oder ein Arbeitnehmer, der sich legerer angezogen hat als im Büro. Aus Sicht der Arbeitnehmer gilt: Sie können darauf Einfluss nehmen, das Zeigen ungewollter persönlicher Verhältnisse zu vermeiden. Zudem darf ein Umstand nicht vergessen werden: Auch in Mobilarbeit gelten die herkömmlichen Grundsätze, dass nämlich die Arbeit im Wesentlichen ungestört geleistet werden muss. Wer das nicht sicherstellen kann, der kann sich auch nicht auf die Unverletzlichkeit der Wohnung oder Grundrechte von Mitbewohnern berufen. Auch das Argument, dass es die technische Möglichkeit der Weichzeichnung oder eines virtuellen Hintergrundes im konkreten Einzelfall nicht gebe, ist schwach. Entweder kann ein realer Arbeitshintergrund gewählt werden, der ungewollte Einblicke vermeidet (neutraler Hintergrund, weiße Wand), ein Schrank verhängt, ein Zimmer aufgeräumt werden oÄ. Zumindest

aber sollten beide Seiten ein Interesse daran haben, die technischen Möglichkeiten zur Weichzeichnung oder eines virtuellen Hintergrundes in diesem Fall zeitnah zu schaffen, um die zahlreichen Vorteile der Mobilarbeit weiter nutzen zu können.

Heider: Videotelefonie im Homeoffice (NZA 2021, 1149)

1153



Es bleibt festzuhalten, dass bei Bestehen der vorgeschlagenen Vereinbarung und deren rechtskonformer, billiger Anwendung nach § 315 BGB weder ein Verstoß gegen AGB-Recht noch gegen Persönlichkeitsrechte feststellbar ist.

b) Ohne ausdrückliche Vereinbarung

Gibt es keine ausdrückliche Vereinbarung zur Nutzung einer Videokamera, stellt sich die Frage, ob dies gleichwohl per Direktionsrecht nach § 106 GewO angeordnet werden kann. Im Grundsatz gelten die vorgenannten Argumente – wenngleich auch in abgeschwächter Form. Eines bleibt aber sicher gleich: Die Mobilarbeit als solche kann nicht einseitig angeordnet werden. Der Arbeitnehmer muss sich also grundsätzlich damit einverstanden erklärt haben. Dann liegt es aber auch nahe, dass er aus dem Grundsatz der gegenseitigen Rücksichtnahme (§ 241 II BGB) und gegebenenfalls aus der Auslegung der (ungeschriebenen) Mobilarbeitsvereinbarung die Anweisung zum Einschalten der Kamera in angemessenem Umfang hinzunehmen hat. So sieht es offensichtlich auch die „Konferenz der unabhängigen Datenschutzbekörden des Bundes und der Länder“, welche voraussetzungslos annimmt, dass Arbeitgeber ihre Beschäftigten „zur Nutzung des Videokonferenzsystems zum Zweck der Erfüllung ihrer arbeitsrechtlichen Aufgaben“ veranlassen können.²²

Es bleibt festzuhalten, dass auch ohne ausdrückliche Vereinbarung, aber bei Einhaltung der in der Muster-Vereinbarung vorgeschlagenen Kriterien, eine angemessene Nutzung der Kamera mit dem Ziel, den Mitarbeiter (nicht seine Wohnung!) bei bestimmten Anlässen zu sehen, angewiesen werden kann. Arbeitnehmer haben vielfältige Möglichkeiten, Einblicke in Wohnung und/oder Privatsphäre zu vermeiden.²³

Es überwiegen die mit der Mobilarbeit verbundenen Notwendigkeiten zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses die mit dem Einschalten der Kamera verbundenen Belastungen (zB ein Mitbewohner ist zu sehen, man fühlt sich verpflichtet, aufzuräumen oder etwas umzustellen/zu verhängen). Letztlich können die mit der Mobilarbeit verbundenen Vorteile mit Nachteilen und etwaigen Grundrechtseinschränkungen in einen Ausgleich (praktische Konkordanz) gebracht werden.

c) Sonderfall der epidemischen Lage

Im Zuge der bundeseinheitlichen sogenannten „Notbremse“ hat der Gesetzgeber die Regelungen zum Homeoffice, die zunächst in der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV) enthalten waren, in das Infektionsschutzgesetz („IfSG“) überführt und insoweit aufgewertet. Nach dem neuen § 28 b VII IfSG bleibt der Arbeitgeber (weiterhin) verpflichtet, den Beschäftigten die Arbeit in deren Wohnung anzubieten. Das IfSG geht aber noch einen Schritt weiter und wendet sich erstmals auch an die Beschäftigten. Diese werden aufgefordert, das Angebot des Arbeitgebers auf Homeoffice-Arbeit anzunehmen, sofern keine „Gründe“ entgegenstehen. Das ist also ein niedrigerer Maßstab als die „zwingenden betriebsbedingten

Gründe“, mit welchen der Arbeitgeber aufwarten muss, wenn er die Arbeit im Büro aufrechterhalten will. Eine absolute Homeoffice-Pflicht lässt sich dem Gesetz weiter nicht entnehmen. Auch eine unmittelbare Sanktionierung von Verstößen gegen die Homeoffice-Vorschrift ist bisher nicht vorgesehen. Sie gilt so lange, wie der Bundestag eine epidemische Lage von nationaler Tragweite feststellt, längstens bis zum Ablauf des 30.6.2021.

In einer solchen Konstellation, wenn also eine öffentlich-rechtliche Annahme-Verpflichtung besteht, sofern keine „Gründe“ entgegenstehen und gegebenenfalls zudem der Arbeitgeber faktisch (zeitweilig) keinen Büroarbeitsplatz mehr zur Verfügung stellt, kann man nicht mehr von einer ausschließlich freiwilligen Arbeit in der eigenen Wohnung sprechen. Obwohl § 28 b XI IfSG die Einschränkung des Grundrechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung ausdrücklich anordnet, stellt sich hier stärker als in einer freiwilligen und auf Vereinbarung beruhenden Homeoffice-Situation die Frage, ob dieser Ausnahmecharakter nicht gebietet, etwaige Grundrechtseinschränkungen auf ein absolut notwendiges Mindestmaß zu begrenzen und – jedenfalls für den Zeitraum der epidemischen Lage – eine Pflicht zum Einschalten der Kamera nur bei Vorliegen weiterer besonderer Umstände anzunehmen. Das dürfte vertretbar sein, wengleich auch in dieser Situation die genannten Argumente anwendbar bleiben, also der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse behält, seine Arbeitnehmer zeitweilig auch zu sehen. Letzteres gilt umso mehr, je länger die epidemische Lage andauert.

III. Beteiligung Betriebsrat

Gibt es einen Betriebsrat, hat dieser bei der Einführung und Ausgestaltung von Mobilarbeit/Homeoffice mitzubestimmen. Wenn das Thema „Einschalten der Kamera“ kollektiv für die Belegschaft geregelt werden soll, dann sollte dies – wie vorstehend ausgeführt – per ausdrücklicher Individualvereinbarung erfolgen.²⁴ Das gilt auch bei Bestehen eines Betriebsrats, weil die Regelung der Arbeit im Homeoffice und die Nutzung der Kamera allein durch Betriebsvereinbarung vor dem Hintergrund des Günstigkeitsprinzips unzureichend ist, sofern der Arbeitsvertrag nicht von vornherein betriebsvereinbarungsoffen gestaltet ist. Letzteres ist nach der eher großzügigen Rechtsprechung des BAG bei in vorformulierten Arbeitsverträgen enthaltenen Arbeitsbedingungen „mit kollektivem Bezug“ allerdings in der Regel der Fall.²⁵ Daneben dürften im Rahmen der Mitbestimmung regelmäßig die Tatbestände des Ordnungsverhaltens (§ 87 I Nr. 1 BetrVG), der Arbeitszeit (Nr. 2 und 3), des Arbeits- und Gesundheitsschutzes (Nr. 7) und der Verhaltens- und Leistungskontrolle (Nr. 6) bei Nutzung technischer digitaler Infrastruktur (eigener oder betrieblicher), insbesondere im Zusammenhang mit einer Kamera, betroffen sein. Die Regelung dieser Aspekte durch Betriebsvereinbarung ist zu empfehlen. Gleichzeitig sollten darin auch die Themen Arbeitsschutz (gegebenenfalls auch Betretungsrechte) und natürlich die hier behandelte Pflicht zum zeitweiligen Einschalten der Kamera enthalten sein.

Betriebsräte können nach Auffassung des *LAG Berlin-Brandenburg*²⁶ einen Anspruch auf Zurverfügungstellung von Informations- und Kommunikationsmitteln für Sitzungen per Videokonferenz haben.

Heider: Videotelefonie im Homeoffice (NZA 2021, 1149)

1154



IV. Datenschutz

In datenschutzrechtlicher Hinsicht sind folgende Aspekte von Interesse:

1. Erforderlichkeit

Der Arbeitgeber bleibt auch bei Mobilarbeit/Homeoffice Verantwortlicher iSv Art. 4 Nr. 7 DS-GVO und ist nicht nur Auftragsdatenverarbeiter.²⁷ Die Datenverarbeitung muss erforderlich sein iSv § 26 I 1 BDSG. Er muss durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen die Einhaltung des Datenschutzes sicherstellen, § 26 V BDSG. Andererseits wurde vorstehend herausgearbeitet, dass der Arbeitgeber bei Arbeit in der Privatwohnung diese nicht einfach zu Kontrollzwecken betreten darf. Deshalb sollten in einer Homeoffice-Vereinbarung das Thema Datenschutz und die Nutzungsbedingungen von digitaler Infrastruktur detailliert geregelt werden.²⁸ Es besteht das Risiko einer Vermischung privater und betrieblicher Sphären, wenn etwa bei den in diesem Beitrag diskutierten Videokonferenzen die Wohnungseinrichtung des Arbeitnehmers oder dessen Familienangehörige zu sehen sind. Soweit die Verarbeitung von derart persönlichen Daten betrieblich nicht erforderlich ist, fehlt es insoweit an einem datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestand. Die Arbeit im Homeoffice darf nicht dazu führen, dass die Persönlichkeit des Arbeitnehmers in höherem Umfang als bei einer Arbeit an dessen betrieblichem Arbeitsplatz offenbart wird.²⁹

Datenschutzrechtlich stellt sich die Einbindung eines Konferenzdienstes als Fall der Auftragsverarbeitung iSv Art. 28 DS-GVO dar.³⁰ Der Arbeitgeber als Verantwortlicher müsste nicht nur einen Vertrag mit den entsprechenden Mindestinhalten mit dem Diensteanbieter schließen, sondern bei der Auswahl des Anbieters auch sicherstellen, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten im Einklang mit den Anforderungen der DS-GVO erfolgt und der Schutz der Rechte der betroffenen Person gewährleistet ist, Art. 28 I DS-GVO. Vor dem Hintergrund nur begrenzter Kontrollrechte stellt sich die datenschutzrechtskonforme Auswahl eines Konferenzanbieters derzeit als schwierig dar. Bei einem Test der Berliner Beauftragten für Datenschutz und Informationssicherheit sind häufig genutzte Dienste wie Zoom, Skype for Business oder Microsoft Teams durchgefallen.³¹ Vor diesem Hintergrund stellt sich wieder die Frage der datenschutzrechtlichen Verhältnismäßigkeit bei Anweisung zur Nutzung der Kamera im Hinblick auf die Privatsphäre der Arbeitnehmer. Es ist im Rahmen der Einzelfallabwägung nicht auszuschließen, dass eine herkömmliche Telefonkonferenz weniger einschneidend, aber gleich wirksam sein könnte.³² Hier ist erneut ins Feld zu führen, dass der Arbeitnehmer nicht zum Zeigen seiner Privatsphäre verpflichtet wird, sondern nur seiner selbst, und dass vielfältige tatsächliche und technische Möglichkeiten bestehen, den Einblick in die Privatsphäre zu vermeiden. Den Unwägbarkeiten bei der Nutzung vorgenannter, insbesondere amerikanischer Dienste könnte schließlich begegnet werden, indem ein europäischer Dienst ausgewählt wird. Es geht bei der Frage der Erforderlichkeit nicht darum, ob die Privaträume gezeigt werden müssen. Es geht einzig und allein darum, ob es erforderlich ist, dass der Mitarbeiter sich gelegentlich zur Erfüllung seiner Arbeitspflichten zeigt. Hier bestehen erhebliche und vielfältige Anknüpfungspunkte, warum dies der Fall sein kann. Im personalen Rechtsverhältnis ist der Kontakt zu Kollegen, Mitarbeitern und Führungskräften essentiell. Das Team verliert mit zunehmender Distanz an Einheit und Kultur. Die Qualität der Kommunikation ohne (gelegentliche) visuelle Treffen leidet. Vielfach ist es auch für den Geschäftserfolg essentiell – wenn schon persönliche Treffen, Pitches, Gespräche mit Kunden etc. nicht möglich sind –, zumindest via Videotelefonie Nähe herzustellen, um durch Persönlichkeit überzeugen zu können.

2. Sensible Daten

Sofern sensible Daten (zB Gesundheitsdaten beim betrieblichen Eingliederungsmanagement, Bewerbungsgespräch) Gegenstand der Videokonferenz sind, muss diese Datenverarbeitung auch nach Art. 9 II DS-GVO zulässig sein. In der Regel ist dann nach Art. 9 II Buchst. a DS-GVO eine ausdrückliche gesonderte Einwilligung erforderlich. Wirksam ist diese allerdings nur, wenn sie ausdrücklich, informiert, freiwillig, vorherig, aktiv, für den konkreten Einzelfall, separat sowie jederzeit zumutbar widerruflich erfolgt.³³ Diese Anforderungen an die Einwilligung sind denkbar hoch.

3. Aufzeichnung

Auch für die Aufzeichnung von Videokonferenzen gelten vorstehende Anforderungen bzgl. Einwilligung. Zudem müssen Zweck und Verarbeitung der personenbezogenen Daten klar definiert sein, um den Transparenzanforderungen zu genügen. Im Regelfall, also bei „normaler“ Mitarbeiterbesprechung oder Kundengespräch, wird die Aufzeichnung eher nicht erforderlich sein. Ausnahmen sind für offene Veranstaltungen oder Publikumsseminare und öffentliche Vorträge denkbar. Es sollte vorsorglich eine zusätzliche Einwilligung unter ausdrücklichem Hinweis auf die Aufzeichnung erfolgen. Die Mitarbeiter und gegebenenfalls weitere Teilnehmer sollten darüber belehrt werden, dass das (gerade auch heimliche) Mitschneiden von Video- und/oder Audiodaten, das Speichern und das Verbreiten solcher Aufnahmen strafbar sein kann.³⁴

V. Fazit

1. Der Arbeitgeber kann das Einschalten der Kamera vom Arbeitnehmer verlangen, wenn die Anweisung im Einzelfall verhältnismäßig, zeitlich begrenzt und unter Möglichkeit der Nutzung tatsächlicher und technischer Möglichkeiten zur Wahrung der Privatsphäre erfolgt.
2. Dies gilt im Fall vorheriger Vereinbarung, in der Regel auch ohne konkrete Vereinbarung und bei Hinzutreten weiterer Umstände auch während der epidemischen Lage.
3. In datenschutzrechtlicher Hinsicht problematisch ist, ob die gängigen Video-Dienste den strengen Anforderungen des Datenschutzes genügen.
4. In jedem Fall ist zu empfehlen, die Modalitäten der Mobilarbeit, die Nutzung einer Kamera im Homeoffice und datenschutzrechtliche Fragen im Rahmen einer Individualvereinbarung und bei Bestehen eines Betriebsrates zusätzlich mit diesem zu regeln.

- * Der Autor ist Syndikusrechtsanwalt beim Arbeitgeberverband der Versicherungsunternehmen in Deutschland in München, Fachanwalt für Arbeitsrecht bei *rugekrömer* Fachanwälte für Arbeitsrecht in Hamburg sowie ehrenamtlicher Richter beim *LAG München*.
- 1 Gegenstand dieses Beitrags ist es nicht, die Unterschiede und rechtlichen Voraussetzungen zwischen Mobilarbeit, Homeoffice und Telearbeit im Einzelnen herauszuarbeiten und darzustellen. Hierzu gibt es zahlreiche Abhandlungen, vgl. zB *Krieger/Rudnik/Peramato*, NZA 2020, 473. Vorliegend ist mit dem Begriff Mobilarbeit jede Form der Arbeit gemeint, die außerhalb der üblichen Betriebsstätte stattfindet, mit Homeoffice die Arbeit in der eigenen Wohnung, insbesondere unter Verwendung IT-basierter Infrastruktur.
 - 2 So auch *Günther/Böglmüller*, ArbRAktuell 2020, 186 (187); sowie *Krieger/Rudnik/Povedano/Peramato*, NZA 2020, 473 (478).
 - 3 Vgl. *Sagan/Brockfeld*, NJW 2020, 112 (114).
 - 4 Vgl. zB *LAG München* v. 29.7.2009 – 11 Sa 230/09, BeckRS 2009, 72351; *LAG Hamm* v. 22.7.2009 – 3 Sa 1630/08, BeckRS 2009, 73608 zur Telearbeit; *LAG Rheinland-Pfalz* v. 18.12.2014 – 5 Sa 378/14, BeckRS 2015, 66249; *ArbG Siegburg* v. 16.12.2020 – 4 Ga 18/20, NZA-RR 2021, 129 = NZA 2021, 581 Ls.; *LAG Berlin-Brandenburg* v. 24.3.2021 – 4 Sa 1243/20, BeckRS 2021, 11259; aA noch *ArbG Berlin* v. 10.8.2020 – 19 Ca 13189/19, BeckRS 2020, 38153 bei besonderen Einzelfallumständen.
 - 5 Referentenentwurf BMAS eines Gesetzes zur mobilen Arbeit (Mobile Arbeit-Gesetz – MAG), Bearbeitungsstand 14.1.2021. Nach § 111 GewO-E gibt es zwar eine Erörterungspflicht. Letztlich kann der Arbeitgeber aber die Mobilarbeit ablehnen, ohne dass hierfür besondere Gründe erforderlich wären. Er muss lediglich „seine ablehnende Entscheidung sowie deren Gründe spätestens innerhalb von zwei Monaten in Textform mitteilen“. S. dazu *Dohrmann*, NZA 2021, 691.
 - 6 Gesetz zur Förderung der Betriebsratswahlen und der Betriebsratsarbeit in einer digitalen Arbeitswelt. Der neue § 87 I Nr. 14 BetrVG sieht lediglich ein Mitbestimmungsrecht bei der „Ausgestaltung von mobiler Arbeit, die mittels Informations- und Kommunikationstechnik erbracht wird“, vor. Ein Initiativrecht besteht nicht.

- 7 Hierzu im Einzelnen unter II 2 c.
- 8 S. dazu *Sagan/Witschen*, NZA 2021, 593. *Fuhlrott/Oltmanns* meinen, dass es insoweit ein Recht auf Homeoffice gäbe, vgl. ArbRAktuell, 2021, 64. Nach hiesiger Auffassung handelt es sich um eine zeitweilige Angebotspflicht unter der Voraussetzung keiner entgegenstehenden zwingenden betriebsbedingten Gründe.
- 9 Auch hier ist einschränkend wieder auf § 28 b VII IfSG zu verweisen, der im Falle eines epidemiebedingten Angebots zum Homeoffice die Annahme durch die Arbeitnehmer verlangt, sofern keine Gründe entgegenstehen.
- 10 BAG v. 29.10.1997 – 5 AZR 573/96, NZA 1998, 329.
- 11 BAG v. 3.12.1985 – 4 AZR 325/84, NZA 1986, 366.
- 12 Hier wird lediglich die Grundregelung zur Mobilarbeit in Hinblick auf die Videotelefonie dargestellt. Die gesamte (Änderungs-)Vereinbarung zu Mobilarbeit ist umfassender regelungsbedürftig, insbesondere in Hinblick auf Präambel, Zugangsrechte, Arbeitszeit, Aufzeichnungspflichten, Arbeitsmittel, Aufwendungsersatz, Haftung, Datenschutz, Unterweisung usw.
- 13 Abgesehen von datenschutzrechtlichen Orientierungshilfen, vgl. <https://www.datenschutzkonferenz-online.de/orientierungshilfen.html>.
- 14 BAG v. 25.8.2010 – 10 AZR 275/09, BAGE 135, 239 = NZA 2010, 1355.
- 15 Geht es um Arbeitsentgelt, Leistung oder berufliche Entwicklung, kann der Arbeitnehmer allerdings ein Betriebsratsmitglied hinzuziehen, § 82 II 2 BetrVG. Was nicht geht, ist die Verpflichtung zur Teilnahme an einem Gespräch zur Änderung von Vertragsinhalten, insbesondere über den Abschluss eines Aufhebungsvertrags: BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 606/08, NZA 2009, 1011.
- 16 Jedenfalls sofern die Teilnahme an einer solchen Videokonferenz zum einschlägigen Berufsbild gehört.
- 17 Vgl. § 28 b VII IfSG, zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 7.5.2021 (BGBl. 2021 I 850). Hiernach hat der Arbeitgeber den Beschäftigten im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten, diese Tätigkeiten in deren Wohnung auszuführen, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen. Die Beschäftigten haben dieses Angebot anzunehmen, soweit ihrerseits keine Gründe entgegenstehen.
- 18 Vgl. *Kutscha* zur „Online-Durchsuchung“, NJW 2007, 1169 mwN.
- 19 *Rieble/Picker*, ZfA 2013, 383 (403).
- 20 *Rieble/Picker*, ZfA 2013, 383 (398 ff.); vgl. auch *Hidalgo*, NZA 2019, 1449 Fn. 21 mVa; aA *Wiebauer* in *Landmann/Rohmer*, GewO, ArbSchG, § 1 Rn. 64 f.
- 21 So *Rieble/Picker* für das Betretungsrecht im Arbeitsschutz, ZfA 2013, 383 (406).
- 22 „Orientierungshilfe Videokonferenzsysteme“, Stand 23.10.2020, 11, Nr. 3.4.3.
- 23 Vgl. auch „Orientierungshilfe Videokonferenzsysteme“, Stand 23.10.2020, 11 f., Nr. 3.4.5, wo neben Ausrichtung der Kamera und virtuellem Hintergrund noch auf den guten alten Paravent verwiesen wird.
- 24 Vgl. *Fuhlrott/Oltmanns*, ArbRAktuell 2021, 64 (67 f.), die zu Recht für den Fall der epidemischen Lage auf die Beweisfunktion einer schriftlichen Vereinbarung verweisen.
- 25 BAG v. 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916.
- 26 LAG Berlin-Brandenburg v. 14.4.2021 – 15 TaBVGa 401/21, BeckRS 2021, 11673.
- 27 *Hoppe* in *Kramer*, IT-Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, Teil B. Rn. 642; *Dury/Leibold*, ZD-Aktuell 2020, 04405.
- 28 *Paal/Pauly*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Rn. 26.
- 29 *Wünschelbaum*, NZA 2020, 612 (614); *Kort*, RdA 2018, 24 (25 ff.).
- 30 *Stoklas*, ZD-Aktuell, 07093.
- 31 *Suwelack*, ZD 2020, 561 (564 f.).
- 32 *Wünschelbaum*, NZA 2020, 612 (614).
- 33 „Orientierungshilfe Videokonferenzsysteme“, Stand 23.10.2020, 11, Nr. 3.4.4.
- 34 „Orientierungshilfe Videokonferenzsysteme“, Stand 23.10.2020, 13, Nr. 3.4.8.