

# Kurz kommentiert

## Rückruf aus dem Homeoffice qua Direktionsrecht

Vor dem LAG München (Urt. v. 26.8.2021 – 3 SaGa 13/21, rk., ergänzend hierzu: Stück, AuA 11/21, S. 58 in diesem Heft) stritten die Parteien im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens darüber, ob der Arbeitgeber berechtigt ist, den Mitarbeiter aus dem Homeoffice zurückzuholen und seine Tätigkeit im Büro anzuordnen.

Der Kläger ist als Grafiker in Vollzeit beschäftigt und arbeitete seit Dezember 2020 wie die übrigen Mitarbeiter auch von zu Hause aus. Er führte seine Tätigkeiten – ohne Kenntnis des Arbeitgebers – an dem im Eigentum der Ehefrau stehenden Laptop und unter Nutzung einer auf die Ehefrau zugelassenen Grafiklizenz aus. Die Gattin ist freiberufliche Grafikerin. Während die Software auf dem häuslichen PC auf aktuellem Stand war, nutzte der Arbeitgeber noch eine Software mit Stand 2010. Daher kam es bei der Speicherung der vom Kläger erbrachten Grafikleistungen zu technischen Problemen bis zu einem Verlust bestimmter Eigenschaften. Während der Grafiker sich zu Beginn der Homeoffice-Zeit zur Arbeit elektronisch an- und abmeldete und an virtuellen Mitarbeitermeetings teilnahm, stellte er dies ab Ende Januar 2021 ohne Angabe von Gründen ein. Als der Arbeitgeber erfuhr, dass der Kläger das Laptop seiner Ehefrau benutzt, ordnete er im Februar 2021 die Anwesenheitspflicht zu den Bürozeiten 9 bis 18 Uhr mit entsprechender Mittagspause im Büro an. Der Kläger hatte mit seinem Antrag, ihm weiterhin zu gestatten, im Homeoffice zu arbeiten, in beiden Instanzen keinen Erfolg.

Das Gericht befand, dass die Weisung, die Arbeitsleistung im Büro zu erbringen, wirksam war und billigem Ermessen entsprach. Nach § 106 GewO kann der Arbeitgeber u. a. den Ort der Arbeitsleistung bestimmen, soweit diese Bedingungen nicht durch

- den Arbeitsvertrag,
- die Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung,
- eines anwendbaren Tarifvertrags oder
- gesetzliche Vorschriften festgelegt sind.

Nach der Rechtsprechung des BAG umfasst das Weisungsrecht auch das Recht, eine einmal erteilte Weisung mit Wirkung für die Zukunft wieder zurückzunehmen oder zu ändern. Der Arbeitgeber ist daher grundsätzlich berechtigt, eine Homeoffice-Tätigkeit durch Weisung zu beenden.

Die Anordnung entsprach im konkreten Fall auch billigem Ermessen. Die Darlegungs- und Beweislast für die Einhaltung dieser Grenze trägt der Arbeitgeber. Hier erkannte das Gericht zwingende betriebliche Gründe an, die der Ausübung der Tätigkeit in der Wohnung entgegenstanden. Die technische Ausstattung am häuslichen Arbeitsplatz entsprach nicht der am Bürostandort, wo die Dateien jeweils umformatiert werden mussten. Auch musste der Arbeitgeber nicht hinnehmen, dass der Kläger das Laptop und die Softwarelizenz seiner Ehefrau, die überdies als freiberufliche Grafikerin in Konkurrenz steht, nutzte, was auch datenschutzrechtlich nicht hinzunehmen war. Auch die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung vom 21.1.2021 (ausführlich zur aktuellen Regelung: Stück/Wein, AuA 10/21, S. 14f.) gewährt keinen unbedingten Anspruch auf eine Tätigkeit im Homeoffice. Vielmehr gehören einschränkende technische Faktoren zu den dort genannten zwingenden betriebsbedingten Gründen, die gegen die Erledigung von Arbeiten im Homeoffice sprachen.

## Unterlassung der Verwendung oder Nutzung von Geschäftsgeheimnissen

Ein als Compliance Officer bestellter Mitarbeiter hatte eine zu Hause auf dem Handy empfangene E-Mail an seinen privaten E-Mail-Account weitergeleitet, um diese besser lesen zu können. Der E-Mail war ein 21-seitiges Template für Preiskalkulationen angehängt, das die exakten Berechnungsgrundlagen für Angebote des Unternehmens beinhaltete. Eine allen Mitarbeitern bekannte IT-Richtlinie regelt, dass das E-Mail-System nur zu geschäftlichen Zwecken benutzt und eingesetzt werden darf und eine Weiterleitung unternehmensinterner Datenbestände an private Accounts untersagt ist. Außerdem regelt der Arbeitsvertrag, dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, mit denen der Mitarbeiter betraut ist, auch nachvertraglich geheim zu halten sind. Als das Unternehmen Kenntnis von dem Vorgang der Weiterleitung der Preiskalkulationstabelle erhielt, beantragte es im Wege der einstweiligen Verfügung die Unterlassung der Verwendung oder Nutzung in irgendeiner Form bei Anordnung eines Ordnungsgeldes bis zu 250.000 Euro, ersatzweise Ordnungshaft. Das Arbeitsgericht erster Instanz verurteilte den Compliance Officer antragsgemäß, obwohl dieser im Rahmen einer eidesstattlichen Versicherung versichert hatte, die streitige E-Mail endgültig und unwiederbring-

lich gelöscht und auch keine Kopien oder Ausdrucke angefertigt zu haben. Dieser legte Berufung ein und erhielt vor dem LAG Baden-Württemberg Recht (Urt. v. 18.8.2021 – 4 SaGa 1/21, rk.).

Das Gericht entschied, dass es bereits an einem Verfügungsanspruch fehlt. Nach § 6 GeschGehG kann der Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses den Rechtsverletzer auf Beseitigung der Beeinträchtigung und bei Wiederholungsgefahr auch auf Unterlassung in Anspruch nehmen. Das Gericht räumte ein, dass es sich bei der Preiskalkulationstabelle um ein Geschäftsgeheimnis i. S. d. § 2 Nr. 1 GeschGehG handelt, da sie weder allgemein bekannt oder zugänglich ist, einen wirtschaftlichen Wert besitzt und Gegenstand von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen war. Als solche sah das Gericht die IT-Richtlinie und die Regelung im Arbeitsvertrag über die Verschwiegenheit an. Indem sich der Mitarbeiter die Preiskalkulation ohne Zustimmung des Arbeitgebers an seine private E-Mail-Adresse weitergeleitet hatte, verletzte er die Rechte des Unternehmens.

Ein so begangener Wettbewerbsverstoß kann regelmäßig nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ausgeräumt werden. Es fehlte hier jedoch an der Wiederholungsgefahr. Denn der Arbeitnehmer hatte mittels eidesstattlicher Versicherung glaubhaft gemacht, dass die weitere Nutzung oder Offenlegung der erlangten Daten unmöglich ist, weil er diese gelöscht hatte. Das Argument, dem Inhaber des Geschäftsgeheimnisses könne nicht das Risiko einer etwaigen Unrichtigkeit der eidesstattlichen Versicherung aufgebürdet werden, ließen die Richter nicht gelten. Es gab keine Anhaltspunkte dafür, dass der Inhalt der eidesstattlichen Versicherung unrichtig war. Ein strafbewehrter Unterlassungsanspruch wurde daher verneint.

## Altersbefristungsklausel in einem Formularvertrag

Der Anstellungsvertrag eines Head of Regulatory Affairs enthielt einen § 4 mit der Überschrift „Kündigung“. Die ersten fünf Absätze regelten die Kündigungsfrist, Freistellungsmöglichkeiten und die Rückgabe des Dienstfahrzeugs. Abs. 6 beinhaltete eine Regelung, wonach das Anstellungsverhältnis ohne Kündigung mit Ablauf des Monats, in dem der Mitarbeiter die Altersgrenze für eine Regelaltersrente in der gesetzlichen Rentenversicherung erreicht hat, endet oder in dem Zeitpunkt, ab dem er eine Altersrente, gleich aus welchem Rechtsgrund, tatsächlich bezieht oder in dem Zeitpunkt, in dem dem Mitarbeiter der Bescheid eines Rentenversicherungsträgers über eine Rente auf Dauer wegen voller Erwerbsminderung zugeht. Im August 2020 erreichte der Angestellte die gesetzliche Regelaltersgrenze.

Mit seiner am 15.6.2020 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage begehrte er die Feststellung, dass sein Arbeitsverhältnis nicht durch eine Altersbefristung endet. Die Vertragsklausel sei überraschend, unklar und verstoße gegen das Transparenzgebot. Die Klage hatte in den ersten beiden Instanzen keinen Erfolg.

Nach Auffassung des LAG Düsseldorf (Urt. v. 4.2.2021 – 13 Sa 637/20) hat die Bestimmung keinen überraschenden Charakter, ihr wohnt kein „Überrumpelungs- und Übertölpelungseffekt“ inne. Befristungsabreden, die auf das Erreichen der Regelaltersgrenze für den Bezug von Altersrente abstellen, sind im Arbeitsleben so weit verbreitet, dass ihre Aufnahme in Formularverträge nicht ohne Weiteres überraschend ist. Dabei konzediert das Gericht, dass eine Überschrift „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ statt „Kündigung“ in § 4 des Arbeitsvertrags die dortigen Regelungen besser gekennzeichnet hätte. Allerdings sind Kündigung und Befristung durchaus gedanklich miteinander verknüpft, sodass eine Regelung zur Altersbefristung auch dann nicht „versteckt“ ist, wenn sie unter der Überschrift „Kündigung“ in den Vertrag aufgenommen wird. Die Regelung war auch nicht intransparent, weil sie das Verhältnis der verschiedenen Varianten der Altersbefristung nicht geklärt hätte. Es sind ersichtlich drei verschiedene Beendigungsgründe angesprochen (Erreichen des Regelrentenalters, tatsächlicher Bezug einer Altersrente und Bescheid über eine Rente wegen Erwerbsminderung auf Dauer). Es verstehe sich von selbst, dass nur der zuerst eintretende Tatbestand das Arbeitsverhältnis beenden kann. Die beiden anderen gehen dann zwangsläufig ins Leere. Das Gericht ließ die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zu (anhängig unter Az. 7 AZR 240/21).

## Initiativrecht des Betriebsrats bei elektronischer Zeiterfassung

Das BAG entschied im Jahr 1989, dass ein Initiativrecht des Betriebsrats bei der Einführung einer technischen Einrichtung zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) nicht besteht, da dieses Mitbestimmungsrecht eine Abwehrfunktion gegenüber der Einführung technischer Kontrolleinrichtungen habe und es dessen Zweckbestimmung widerspreche, wenn der Betriebsrat selbst deren Einführung verlangen könne (Beschl. v. 18.11.1989 – 1 ABR 97/88). Von diesem Beschluss weicht das LAG Hamm nunmehr ab (Beschl. v. 27.7.2021 – 7 TaBV 79/20, Rechtsbeschwerde anhängig beim BAG unter Az. 1 ABR 22/21). Im Rechtsstreit ging es um den Abschluss einer Betriebsvereinbarung über eine elektronische Zeiterfassung. Hierzu hatten die Betriebsparteien mehrere Entwürfe ausgetauscht.

Als sich eine Einigung nicht abzeichnete, entschloss sich der Arbeitgeber, auf die Einführung einer elektronischen Zeiterfassung zu verzichten. Der Betriebsrat beantragte daher vor dem Hintergrund eines ausgesetzten Einigungsstellensverfahrens festzustellen, dass ihm hinsichtlich der initiativen Einführung ein Mitbestimmungsrecht gebührt. Während die erste Instanz den Antrag des Betriebsrats im Anschluss an die BAG-Rechtsprechung abwies, gab das LAG Hamm der Arbeitnehmervertretung Recht.

Es stützt sich zunächst auf den Wortlaut des Gesetzes, wonach von einer „Mitbestimmung bei der Einführung“ einer technischen Einrichtung die Rede ist. Es entspreche übereinstimmender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass in den sozialen Angelegenheiten des § 87 BetrVG ein Mitgestaltungsrecht des Betriebsrats besteht, das ihm die Initiative ermöglicht, Verhandlungen zu verlangen. Der Beschluss stützt sich ferner auf die teleologische Interpretation der Vorschrift unter Heranziehung des Willens des Gesetzgebers im Gesetzgebungsverfahren. Dieser habe bewusst nicht zwischen Mitbestimmungsrechten mit Initiativrecht und solchen ohne Initiativrecht unterschieden. Vielmehr habe er Einschränkungen des Oberbegriffs der Mitbestimmung in der Weise vorgenommen, dass er einzelne Mitbestimmungsrechte, wie z. B. das Sozialeinrichtungen betreffende, so formuliert hat, dass dort lediglich Form, Ausgestaltung und deren Verwaltung mitbestimmungspflichtig sind, nicht jedoch das „Ob“ der Einführung.

## Berechnung der Karenzentschädigung bei Aktienoptionen

Vor dem LAG Hamm (Urt. v. 11.8.2021 – 10 Sa 284/21) stritten die Parteien um die Einbeziehung sog. Restricted Stock Units („RSUs“), die die amerikanische Konzernmutter gewährt hatte, in die Berechnung der Karenzentschädigung für ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot. Der Kläger bezog ein monatliches Grundgehalt von zuletzt 10.666,67 Euro. Auf dieser Grundlage berechnete das Unternehmen die Karenzentschädigung mit 50 %, das sind 5.307,42 Euro brutto. Der Kläger hatte in den letzten 36 Monaten vor seinem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis RSUs der amerikanischen Konzernmutter im Wert von rund 640.000 Euro erhalten. Die Gewährung der RSUs ist nicht Gegenstand einer vertraglichen Abrede mit dem Arbeitgeber, sondern basiert auf jährlich separat abzuschließenden Verträgen mit der Konzernmutter. Diese traf auch die Letztentscheidung über die Anzahl der RSUs. Der Kläger vertrat die Auffassung, dass ihm zusätzlich zu der gezahlten Karenzentschädigung weitere rund 8.900 Euro brutto monatlich zustehen, mithin eine monatliche Entschädigung

von über 14.000 Euro. Die Klage hatte in beiden Instanzen keinen Erfolg.

Das sehr ausführlich begründete Urteil wird im Wesentlichen von folgenden Überlegungen getragen: Bei den RSUs handelt es sich nicht um vertragsmäßige Leistungen gem. §§ 74 Abs. 2, 74b Abs. 2 HGB. Als vertragsmäßig i. S. d. Norm ist eine Leistung anzusehen, die auf dem Austauschcharakter des Arbeitsvertrags beruht und als Vergütung für die geleistete Arbeit erbracht wird. Ohne Vorliegen einer eigenen vertraglichen Verpflichtung des Arbeitgebers komme es nicht in Betracht, Leistungen Dritter in die Berechnung der Karenzentschädigung einzubeziehen. Dies gilt auch, wenn diese einen Bezug zum Arbeitsverhältnis aufweisen. Die Entschädigung stellt das Spiegelbild zu der im Arbeitsverhältnis geschuldeten Vergütung dar. Wenn der Arbeitgeber schon nicht zur Leistung im bestehenden Arbeitsverhältnis verpflichtet ist, kann dies auch nicht für die Entschädigungszahlung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gelten. Ansonsten wäre der Arbeitgeber je nach den Umständen des Einzelfalls verpflichtet, mehr zu zahlen als in den Monaten der Beschäftigung. Das Unternehmen war auch keine konkludente vertragliche Verpflichtung zur Gewährung der RSUs eingegangen. Im Anschluss an mehrere grundsätzliche Entscheidungen des BAG gibt es keine Vermutung oder gar einen Automatismus für eine Einstandspflicht des Vertragsarbeitgebers für Aktienoptionen der Konzernmutter (vgl. BAG, Urt. v. 12.3.2003 – 10 AZR 299/02; v. 16.1.2008 – 7 AZR 887/06). Auch der Umstand, dass der Arbeitgeber die Abrechnung und Versteuerung in Deutschland erledigt hatte, führt zu keinem anderen Bild. Er handelte insoweit nur als Erfüllungsgehilfe der Konzernmutter.

Wegen grundsätzlicher Bedeutung ließ das Gericht die Revision zum BAG zu.

## BEARBEITET UND ZUSAMMENGESTELLT VON



© Fotostudio Feliksa Francer

**Dr. Claudia Rid**  
Rechtsanwältin und  
Fachanwältin für Arbeitsrecht,  
CMS Hasche Sigle, München