

Prof. Dr. Olaf Deinert  
Universität Göttingen

# Neue Entwicklungen im deutschen Arbeitsrecht: Whistleblowing und Homeoffice

# Überblick

## I. Whistleblowing

1. Vertragsrechtliche Ausgangslage
2. Verfassungsrecht
3. EMRK
4. Unionsrecht
5. GeschGehG
6. HinSchG
7. Instrumentalisierung zur Rechtsdurchsetzung?
8. Schutzpflichten des Arbeitgebers

## II. Homeoffice

1. Wege ins Homeoffice
2. Mögliche Vereinbarungsgegenstände
3. Arbeitnehmerstatus
4. Betriebliche Anwesenheitszeiten
5. Arbeitszeit
6. Arbeitsschutz
7. Aufwendungen
8. Datenschutz und -sicherheit
9. Schäden
10. Rechtspolitik

# Whistleblowing

- Offenbaren betrieblicher Interna an betriebliche oder außerbetriebliche Adressaten
- u.U. Bezug zu Drittinteressen
- arbeitsrechtlicher Zugang aufgrund der Interessenlage: Frage nach der Verletzung von Vertragspflichten

# Überblick

## I. Whistleblowing

1. **Vertragsrechtliche Ausgangslage**
2. Verfassungsrecht
3. EMRK
4. Unionsrecht
5. GeschGehG
6. HinSchG
7. Instrumentalisierung zur Rechtsdurchsetzung?
8. Schutzpflichten des Arbeitgebers

## II. Homeoffice

1. Wege ins Homeoffice
2. Mögliche Vereinbarungsgegenstände
3. Arbeitnehmerstatus
4. Betriebliche Anwesenheitszeiten
5. Arbeitszeit
6. Arbeitsschutz
7. Aufwendungen
8. Datenschutz und -sicherheit
9. Schäden
10. Rechtspolitik

# Vertragsrechtliche Ausgangslage

- Verschwiegenheitspflicht aus § 241 Abs. 2 BGB
- Bestimmung der Reichweite im Wege der Güter- und Interessenabwägung
- Verschwiegenheitspflicht selbst bei Gefahr eigener Strafbarkeit
- Verweisung auf das Leistungsverweigerungsrecht

# Überblick

## I. Whistleblowing

1. Vertragsrechtliche Ausgangslage
2. **Verfassungsrecht**
3. EMRK
4. Unionsrecht
5. GeschGehG
6. HinSchG
7. Instrumentalisierung zur Rechtsdurchsetzung?
8. Schutzpflichten des Arbeitgebers

## II. Homeoffice

1. Wege ins Homeoffice
2. Mögliche Vereinbarungsgegenstände
3. Arbeitnehmerstatus
4. Betriebliche Anwesenheitszeiten
5. Arbeitszeit
6. Arbeitsschutz
7. Aufwendungen
8. Datenschutz und -sicherheit
9. Schäden
10. Rechtspolitik

# Verfassungsrechtliche Grenzen

- BVerfG: Recht zur Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte
  - BAG: Anzeige des Arbeitgebers darf aber keine unverhältnismäßige Reaktion auf dessen rechtswidriges Verhalten darstellen
    - ☞ Güter- und Interessenabwägung
    - ☞ i.d.R. Vorrang innerbetrieblicher Meldung
- 🤔 Verfassungsmäßigkeit dieser Rspr. zweifelhaft

# Überblick

## I. Whistleblowing

1. Vertragsrechtliche Ausgangslage
2. Verfassungsrecht
3. **EMRK**
4. Unionsrecht
5. GeschGehG
6. HinSchG
7. Instrumentalisierung zur Rechtsdurchsetzung?
8. Schutzpflichten des Arbeitgebers

## II. Homeoffice

1. Wege ins Homeoffice
2. Mögliche Vereinbarungsgegenstände
3. Arbeitnehmerstatus
4. Betriebliche Anwesenheitszeiten
5. Arbeitszeit
6. Arbeitsschutz
7. Aufwendungen
8. Datenschutz und -sicherheit
9. Schäden
10. Rechtspolitik



# Völkerrechtliche Grenzen

- EGMR Rs. Heinsch: Meinungsfreiheit
  - besonderes öffentliches Interesse an der Information als ein Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit
  - auch drohende Schäden
  - und Motivation des Whistleblowers
- EGMR Rs. Gawlik
  - Veröffentlichung letztes Mittel nach innerbetrieblichen Klärungsversuchen, soweit nicht eindeutig sinnlos
  - Forderung nach gutgläubigem Handeln

# Überblick

## I. Whistleblowing

1. Vertragsrechtliche Ausgangslage
2. Verfassungsrecht
3. EMRK
4. **Unionsrecht**
5. GeschGehG
6. HinSchG
7. Instrumentalisierung zur Rechtsdurchsetzung?
8. Schutzpflichten des Arbeitgebers

## II. Homeoffice

1. Wege ins Homeoffice
2. Mögliche Vereinbarungsgegenstände
3. Arbeitnehmerstatus
4. Betriebliche Anwesenheitszeiten
5. Arbeitszeit
6. Arbeitsschutz
7. Aufwendungen
8. Datenschutz und -sicherheit
9. Schäden
10. Rechtspolitik

# Unionsrechtlicher Rahmen

GeschäftsgeheimnisRL (EU) 2016/943:

- Offenbarung gestattet zur Aufdeckung eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens oder einer illegalen Tätigkeit und in der Absicht gehandelt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen

Whistleblowingrichtlinie (EU) 2109/1937

- Whistleblowing als Instrument der Rechtsdurchsetzung
- für spezifisches Unionsrecht

weitere sachspezifische Regelung, z.B. § 53 GWG oder § 17 Abs. 2 ArbSchG

# Überblick

## I. Whistleblowing

1. Vertragsrechtliche Ausgangslage
2. Verfassungsrecht
3. EMRK
4. Unionsrecht
5. **GeschGehG**
6. HinSchG
7. Instrumentalisierung zur Rechtsdurchsetzung?
8. Schutzpflichten des Arbeitgebers

## II. Homeoffice

1. Wege ins Homeoffice
2. Mögliche Vereinbarungsgegenstände
3. Arbeitnehmerstatus
4. Betriebliche Anwesenheitszeiten
5. Arbeitszeit
6. Arbeitsschutz
7. Aufwendungen
8. Datenschutz und -sicherheit
9. Schäden
10. Rechtspolitik

# GeschGehG

- Schutz von Geheimnissen bei berechtigten Geheimhaltungsinteressen
- Aufdeckung zulässig „zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens, wenn die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“
- in konventionskonformer Auslegung auch Schutz des gutgläubigen Whistleblowers
- kein Vorrang internen Whistleblowings
- Offenlegung zulässig bei gesetzlicher Gestattung (s. HinSchG)

# Überblick

## I. Whistleblowing

1. Vertragsrechtliche Ausgangslage
2. Verfassungsrecht
3. EMRK
4. Unionsrecht
5. GeschGehG
- 6. HinSchG**
7. Instrumentalisierung zur Rechtsdurchsetzung?
8. Schutzpflichten des Arbeitgebers

## II. Homeoffice

1. Wege ins Homeoffice
2. Mögliche Vereinbarungsgegenstände
3. Arbeitnehmerstatus
4. Betriebliche Anwesenheitszeiten
5. Arbeitszeit
6. Arbeitsschutz
7. Aufwendungen
8. Datenschutz und -sicherheit
9. Schäden
10. Rechtspolitik

# HinSchG

- Entwurf aus letzter Legislaturperiode
- Koalitionsvertrag
- Entwurf aus BMJ
- Regierungsentwurf
  
- Ziel: rechtssichere Ausgestaltung des Spannungsverhältnisses zwischen staatsbürgerlichen und arbeitsrechtlichen Pflichten
- Anwendungsbereich bezieht sich auf
  - spezifisches Unionsrecht
  - Strafvorschriften
  - bußgeldbewehrte Rechtsnormen in Bezug auf bestimmte Rechtsgüter wie Leib, Leben und Gesundheit

# HinSchG

- Rechtsverstöße und missbräuchliche Handlungen
- Anwendung auf Beschäftigte



# Meldungen

- Gewährleistung der Vertraulichkeit
- Schutz gutgläubiger Hinweisgeber
- interne Meldungen (Unternehmen mit mind. 50 Beschäftigten)
- und externe Meldungen (i. Allg. beim Bundesamt für Justiz, Länder können eigene Stellen einrichten)
- kein Vorrang interner Meldungen
- anonyme Meldungen sollten (sic!) bearbeitet werden
- Offenbarung nach § 32 HinSchG-E als ultima ratio
  - ▷ keine Rückmeldung
  - ▷ keine geeigneten Folgemaßnahmen
  - ▷ Notstand: drohende erhebliche Schäden oder Gefährdung des öffentlichen Interesses, zu befürchtende Repressalien oder Verdunklungsgefahr

# Schutz vor Repressalien

- Hinweise in gutem Glauben: „hinreichenden Grund zu der Annahme hatte(n), dass die von ihr (ihnen) gemeldeten oder offen gelegten Informationen der Wahrheit entsprechen“
  - Schutz vor Verantwortlichkeit für Beschaffung oder Zugriff auf Informationen, es sei denn, eigenständige Straftat
  - Ausschluss von Repressalien jedweder Art
  - Beweislastumkehr unter zwei Voraussetzungen
    - Meldung oder Offenlegung und
    - Benachteiligung im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit
- ☞ Gegenteilsbeweis:
- ☞ fehlende Kausalität oder
  - ☞ sachliche Rechtfertigung (keine „Kronzeugenregelung“)

# Schadensersatz

- bei Verstoß gegen Repressalienverbot
- u.U. Endlosschaden
- kein Entschädigungsanspruch
  
- keine Ersatzpflicht des Hinweisgebers bei Gutgläubigkeit

# Überblick

## I. Whistleblowing

1. Vertragsrechtliche Ausgangslage
2. Verfassungsrecht
3. EMRK
4. Unionsrecht
5. GeschGehG
6. HinSchG
7. **Instrumentalisierung zur Rechtsdurchsetzung?**
8. Schutzpflichten des Arbeitgebers

## II. Homeoffice

1. Wege ins Homeoffice
2. Mögliche Vereinbarungsgegenstände
3. Arbeitnehmerstatus
4. Betriebliche Anwesenheitszeiten
5. Arbeitszeit
6. Arbeitsschutz
7. Aufwendungen
8. Datenschutz und -sicherheit
9. Schäden
10. Rechtspolitik

# Instrumentalisierung zur Rechtsdurchsetzung?

- HinSchG macht den Schutz nicht von Motivation abhängig (nur bei Schutz gutgläubiger Hinweisgeber)
- keine Abstufung nach betroffenen Drittinteressen
- Wahrnehmung berechtigter Interessen? => Interessenabwägung
  - Zweck?
  - Mittel?
  - Zweck-Mittel-Relation?
- Problem des Schadensersatzes
- berechtigtes und gutgläubiges Whistleblowing mit dem Ziel der Beweisgewinnung zulässig

# Überblick

## I. Whistleblowing

1. Vertragsrechtliche Ausgangslage
2. Verfassungsrecht
3. EMRK
4. Unionsrecht
5. GeschGehG
6. HinSchG
7. Instrumentalisierung zur Rechtsdurchsetzung?
8. **Schutzpflichten des Arbeitgebers**

## II. Homeoffice

1. Wege ins Homeoffice
2. Mögliche Vereinbarungsgegenstände
3. Arbeitnehmerstatus
4. Betriebliche Anwesenheitszeiten
5. Arbeitszeit
6. Arbeitsschutz
7. Aufwendungen
8. Datenschutz und -sicherheit
9. Schäden
10. Rechtspolitik

# Schutzpflichten des Arbeitgebers

- gegenüber Opfern
  - repressive Schutzmaßnahmen ausgeschlossen bei Gutgläubigkeit
- gegenüber Hinweisgebern
  - bei Kündigungsverlangen
  - Zulässigkeit echter Druckkündigung zweifelhaft

# Überblick

## I. Whistleblowing

1. Vertragsrechtliche Ausgangslage
2. Verfassungsrecht
3. EMRK
4. Unionsrecht
5. GeschGehG
6. HinSchG
7. Instrumentalisierung zur Rechtsdurchsetzung?
8. Schutzpflichten des Arbeitgebers

## II. Homeoffice

1. **Wege ins Homeoffice**
2. Mögliche Vereinbarungsgegenstände
3. Arbeitnehmerstatus
4. Betriebliche Anwesenheitszeiten
5. Arbeitszeit
6. Arbeitsschutz
7. Aufwendungen
8. Datenschutz und -sicherheit
9. Schäden
10. Rechtspolitik



# Homeoffice

- Vorrangig vertragliche Regelung
- MBR des Betriebsrats (Ausgestaltung mobiler Arbeit, Versetzung)
- kein Anspruch auf Homeoffice (Ausnahmen in besonderen Fällen aus § 241 Abs. 2 BGB, etwa aus gesundheitlichen Gründen, oder aus § 164 Abs. 4 Nr. 1 SGB IX)
- mglw aus TV oder BV
- Sonderregeln in Pandemie, zuletzt § 28b IfSG und Corona-ArbSchV
- aktuell: Prüfpflicht im Rahmen betrieblichen Hygienekonzepts
- kein Weisungsrecht des Arbeitgebers
- Homeofficepflicht des Arbeitnehmers in Pandemie str., bei Gaskrise ebenfalls zweifelhaft
- Arbeitgeber gerät bei allg. Lockdown aber jedenfalls nicht in Annahmeverzug

# Überblick

## I. Whistleblowing

1. Vertragsrechtliche Ausgangslage
2. Verfassungsrecht
3. EMRK
4. Unionsrecht
5. GeschGehG
6. HinSchG
7. Instrumentalisierung zur Rechtsdurchsetzung?
8. Schutzpflichten des Arbeitgebers

## II. Homeoffice

1. Wege ins Homeoffice
2. **Mögliche Vereinbarungsgegenstände**
3. Arbeitnehmerstatus
4. Betriebliche Anwesenheitszeiten
5. Arbeitszeit
6. Arbeitsschutz
7. Aufwendungen
8. Datenschutz und -sicherheit
9. Schäden
10. Rechtspolitik

# Mögliche Vereinbarungsgegenstände

- Dauer, Rückkehr-, Rückholrecht
- Erreichbarkeit
- Betriebsanwesenheitszeiten
- Pflicht zum Tätigwerden im Homeoffice
- Arbeitszeiterfassung
- Arbeitsschutz
- Zugangsrecht des Arbeitgebers
- Aufwendungs- und Schadensersatz
- Versicherungen
- Datenschutz und Datensicherheit

# Überblick

## I. Whistleblowing

1. Vertragsrechtliche Ausgangslage
2. Verfassungsrecht
3. EMRK
4. Unionsrecht
5. GeschGehG
6. HinSchG
7. Instrumentalisierung zur Rechtsdurchsetzung?
8. Schutzpflichten des Arbeitgebers

## II. Homeoffice

1. Wege ins Homeoffice
2. Mögliche Vereinbarungsgegenstände
3. **Arbeitnehmerstatus**
4. Betriebliche Anwesenheitszeiten
5. Arbeitszeit
6. Arbeitsschutz
7. Aufwendungen
8. Datenschutz und -sicherheit
9. Schäden
10. Rechtspolitik

# Arbeitnehmerstatus

- Autonomiezuwachs möglich
- Vereinbarung eines Arbeitsverhältnisses bleibt maßgeblich, auch wenn tatsächlich Selbstständigkeit gegeben ist
- bei rechtlicher Selbstständigkeit ist Arbeitnehmerähnlichkeit/Heimarbeit möglich

# Überblick

## I. Whistleblowing

1. Vertragsrechtliche Ausgangslage
2. Verfassungsrecht
3. EMRK
4. Unionsrecht
5. GeschGehG
6. HinSchG
7. Instrumentalisierung zur Rechtsdurchsetzung?
8. Schutzpflichten des Arbeitgebers

## II. Homeoffice

1. Wege ins Homeoffice
2. Mögliche Vereinbarungsgegenstände
3. Arbeitnehmerstatus
4. Betriebliche Anwesenheitszeiten
5. Arbeitszeit
6. Arbeitsschutz
7. Aufwendungen
8. Datenschutz und -sicherheit
9. Schäden
10. Rechtspolitik

# Betriebliche Anwesenheit

- soweit nicht durch Vereinbarung geregelt, greift das Direktionsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO

# Überblick

## I. Whistleblowing

1. Vertragsrechtliche Ausgangslage
2. Verfassungsrecht
3. EMRK
4. Unionsrecht
5. GeschGehG
6. HinSchG
7. Instrumentalisierung zur Rechtsdurchsetzung?
8. Schutzpflichten des Arbeitgebers

## II. Homeoffice

1. Wege ins Homeoffice
2. Mögliche Vereinbarungsgegenstände
3. Arbeitnehmerstatus
4. Betriebliche Anwesenheitszeiten
5. **Arbeitszeit**
6. Arbeitsschutz
7. Aufwendungen
8. Datenschutz und -sicherheit
9. Schäden
10. Rechtspolitik



# Arbeitszeit

- § 106 GewO: Direktionsrecht
- MBR nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG
- Arbeitspflicht in den betrieblichen Arbeitszeiten
- allg. Grundsätze zur Vergütung bzw. zum Freizeitausgleich bei Überstunden
- Einhaltung des Arbeitszeitschutzes, insb. der Mindestruhezeit
- Pflicht zur manipulationssicheren Arbeitszeiterfassung
- Annahmeverzug des Arbeitgebers (§ 615 BGB) ist auch während der Arbeitszeit im Homeoffice möglich
- ebenso Betriebsrisiko des Arbeitgebers, etwa durch Stromausfall (vgl. § 615 Satz 3 BGB)

# Überblick

## I. Whistleblowing

1. Vertragsrechtliche Ausgangslage
2. Verfassungsrecht
3. EMRK
4. Unionsrecht
5. GeschGehG
6. HinSchG
7. Instrumentalisierung zur Rechtsdurchsetzung?
8. Schutzpflichten des Arbeitgebers

## II. Homeoffice

1. Wege ins Homeoffice
2. Mögliche Vereinbarungsgegenstände
3. Arbeitnehmerstatus
4. Betriebliche Anwesenheitszeiten
5. Arbeitszeit
6. **Arbeitsschutz**
7. Aufwendungen
8. Datenschutz und -sicherheit
9. Schäden
10. Rechtspolitik

# Arbeitsschutz

- Arbeitsschutzverantwortung des Arbeitgebers
- Anwendung der ArbStättV bei Telearbeit (§ 2 Abs. 7)
- RL-konforme Anwendung der Bildschirmarbeitsregeln auch im Homeoffice
- kein Zutrittsrecht des Arbeitgebers zur Wohnung, soweit nicht explizit vereinbart, dennoch muss er sich von arbeitsschutzkonformen Zuständen vergewissern
- auch kein Zutrittsrecht Dritter mangels Gestattung
- Mitteilungspflichten des Arbeitnehmers nach § 16 Abs. 2 ArbSchG

# Überblick

## I. Whistleblowing

1. Vertragsrechtliche Ausgangslage
2. Verfassungsrecht
3. EMRK
4. Unionsrecht
5. GeschGehG
6. HinSchG
7. Instrumentalisierung zur Rechtsdurchsetzung?
8. Schutzpflichten des Arbeitgebers

## II. Homeoffice

1. Wege ins Homeoffice
2. Mögliche Vereinbarungsgegenstände
3. Arbeitnehmerstatus
4. Betriebliche Anwesenheitszeiten
5. Arbeitszeit
6. Arbeitsschutz
7. **Aufwendungen**
8. Datenschutz und -sicherheit
9. Schäden
10. Rechtspolitik

# Aufwendungen

- Ersatzanspruch analog § 670 BGB in erforderlichem Umfang
- AGB-fest
- anders, wenn Arbeitnehmer auch einen betrieblichen Arbeitsplatz hat und die Arbeit im Homeoffice lediglich gestattet wird

# Überblick

## I. Whistleblowing

1. Vertragsrechtliche Ausgangslage
2. Verfassungsrecht
3. EMRK
4. Unionsrecht
5. GeschGehG
6. HinSchG
7. Instrumentalisierung zur Rechtsdurchsetzung?
8. Schutzpflichten des Arbeitgebers

## II. Homeoffice

1. Wege ins Homeoffice
2. Mögliche Vereinbarungsgegenstände
3. Arbeitnehmerstatus
4. Betriebliche Anwesenheitszeiten
5. Arbeitszeit
6. Arbeitsschutz
7. Aufwendungen
- 8. Datenschutz und -sicherheit**
9. Schäden
10. Rechtspolitik

# Datenschutz und -sicherheit

- DS-GV und § 26 BDSG bleiben uneingeschränkt anwendbar
- zulässig DV zur Wahrnehmung von Gläubigerrechten nach § 26 Abs. 3 BDSG (Kontrolle ordnungsgemäßer Durchführung des Abreitsverhältnisses)
- keine unverhältnismäßigen Eingriffe in Persönlichkeitsrecht (z.B. Keylogger)
- Respektieren von Datensicherheitsmaßnahmen bei Arbeit außerhalb des Betriebes
- für Privatnutzung von DV-Equipment gelten dieselben Grundsätze wie im Betrieb

# Überblick

## I. Whistleblowing

1. Vertragsrechtliche Ausgangslage
2. Verfassungsrecht
3. EMRK
4. Unionsrecht
5. GeschGehG
6. HinSchG
7. Instrumentalisierung zur Rechtsdurchsetzung?
8. Schutzpflichten des Arbeitgebers

## II. Homeoffice

1. Wege ins Homeoffice
2. Mögliche Vereinbarungsgegenstände
3. Arbeitnehmerstatus
4. Betriebliche Anwesenheitszeiten
5. Arbeitszeit
6. Arbeitsschutz
7. Aufwendungen
8. Datenschutz und -sicherheit
9. **Schäden**
10. Rechtspolitik



# Schäden

- Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs
- Einbeziehung Familienangehöriger in die Schutzwirkungen des Vertrages bei Schadensentstehung im Zusammenhang mit betrieblichen Tätigkeiten
- Arbeitgeberhaftung für Schäden des Arbeitnehmers analog § 670 BGB nach allgemeinen Grundsätzen

# Überblick

## I. Whistleblowing

1. Vertragsrechtliche Ausgangslage
2. Verfassungsrecht
3. EMRK
4. Unionsrecht
5. GeschGehG
6. HinSchG
7. Instrumentalisierung zur Rechtsdurchsetzung?
8. Schutzpflichten des Arbeitgebers

## II. Homeoffice

1. Wege ins Homeoffice
2. Mögliche Vereinbarungsgegenstände
3. Arbeitnehmerstatus
4. Betriebliche Anwesenheitszeiten
5. Arbeitszeit
6. Arbeitsschutz
7. Aufwendungen
8. Datenschutz und -sicherheit
9. **Schäden**
10. Rechtspolitik

# Homeoffice de lege ferenda

- MAG-Entwurf des BMAS in 19. Legislaturperiode mit Rechtsanspruch bis 24 Tage/Jahr
- vor BT-Wahl 2021 nur MBR hinsichtlich Ausgestaltung mobiler Arbeit und Unfallversicherungsschutz im Homeoffice geregelt
- „Ampel“-Koalitionsvertrag
  - Erörterungsanspruch, Ablehnung nur aus betrieblichen Belangen
- Antragsrecht für flexible Arbeitsregelungen nach Art. 9 der Vereinbarkeitsrichtlinie (EU) 2019/1158 nicht ausdrücklich umgesetzt
  - richtlinienkonforme Auslegung von § 241 Abs. 2 BGB geboten