

## „Digitalisierung der Arbeit – wie reagiert das Arbeitsrecht?“

### 15. Tübinger Arbeitsrechtstag am 26. 3. 2021

Der 15. Tübinger Arbeitsrechtstag fand am 26. März 2021 erstmals in digitaler Form statt – ein Novum in der langen Geschichte dieser Veranstaltung. Das digitale Format bot den zur Thematik passenden organisatorischen Rahmen. Die Veranstaltung widmete sich einem der brisantesten Themen der aktuellen arbeitsrechtlichen Diskussion: der Digitalisierung der Arbeit und der Frage, wie das Arbeitsrecht auf die Folgen der „Entbetrieblichung“ abhängiger Arbeit reagiert.

Rund 180 Teilnehmer aus Wissenschaft und Praxis folgten der Einladung von Tagungsleiter Prof. *Hermann Reichold* (Universität Tübingen) und wohnten der Veranstaltung im Home-Office bei. In der Begrüßung wies *Reichold* darauf hin, dass der eigentlich für 2020 geplante Arbeitsrechtstag aufgrund der Covid-19-Pandemie nicht wie geplant stattfinden konnte, sondern auf dieses Jahr verschoben werden musste. Einige der Themen aus dem letzten Jahr seien wieder aufgegriffen worden, doch habe die aktuelle Situation eine neue Dynamik in die ohnehin in Wissenschaft und Praxis lebhaft diskutierten Themenfelder gebracht.

---

Den Eröffnungsvortrag hielt Prof. *Frank Bayreuther* (Universität Passau) zum Thema „*Neues Arbeitszeitrecht – neue Autonomiespielräume?*“. Er befasste sich mit drei aktuellen Themen des Arbeitszeitrechts, nämlich den Auswirkungen der „CCOO-Rechtsprechung“ des EuGH vom 14.5.2019 (C-55/18, NZA 2019, 683) auf die öffentlich-rechtliche Arbeitszeitkontrolle einerseits und den Erfassungspflichten der Arbeitgeber andererseits sowie der Problematik der Überstundenabgeltung.

*Bayreuther* stellte zunächst dar, dass die EuGH-Entscheidung die Arbeitgeber der Mitgliedstaaten auf ein objektives, verlässliches und zugängliches System zur Messung der täglich geleisteten Arbeitszeit verpflichtet habe. Er wies auf die Uneinigkeit in der Wissenschaft bezüglich der Umsetzung dieses Urteils hin. Umstritten sei vor allem, ob lediglich eine Pflicht zur bloßen Messung oder darüber hinaus auch zur Aufzeichnung bestünde. Ferner sei streitig, ob der Arbeitgeber das System lediglich einrichten oder auch nutzen müsse. *Bayreuther* positionierte sich klar für eine Aufzeichnungs- und Nutzungspflicht. Zudem verwies er mit Blick auf die Praxis darauf, dass die Problematik typischerweise nur bei der Vertrauensarbeitszeit von Relevanz sei und daher nicht überbewertet werden dürfe. Die Aufzeichnung der Arbeitszeit sei ohnehin bei vielen Arbeitgebern etabliert. Zudem verwies er darauf, dass auch nach dem EuGH keine Pflicht zur „digitalen Rundumerfassung“ bestünde und eine solche weder möglich noch nötig sei. Vielmehr genügten eine händische Aufzeichnung und die Delegation an die Arbeitnehmer; letztverantwortlich bleibe jedoch der Arbeitgeber.

Daran anknüpfend zeigte *Bayreuther* Entwicklungslinien auf. Insbesondere werde die Arbeitszeiterfassung bei künftigen Gesetzesvorhaben mitgedacht. Exemplarisch verwies er auf den Entwurf des Home-Office-Gesetzes (§§ 111, 112 GewO-E), welcher eine Aufzeichnungspflicht für mobil arbeitende Arbeitnehmer vorsehe. Im Hinblick auf die aktuelle Diskussion um eine Direktwirkung des Urteils betonte der Referent die notwendige Differenzierung zwischen öffentlich-rechtlichem Arbeitszeitschutz und privatrechtlicher Arbeitszeitregelung. Er positionierte sich hier klar gegen eine Direktwirkung der EU-Richtlinie im Arbeitszeitgesetz. Eine richtlinienkonforme Auslegung des *öffentlichen* Arbeitszeitrechts zB durch die Behörde erscheine undenkbar. Aufsichtsbehörden könnten daher keine umfassende

Dokumentation verlangen. Mit Verweis auf Art. 103 II GG betonte *Bayreuther*, dass eine behördliche Sanktionierung infolge fehlender Dokumentation noch weniger in Betracht komme. Aufgrund richtlinienkonformer Auslegung dürften insoweit keine Lasten für Private entstehen. Trotzdem seien die bereits bestehenden Aufzeichnungspflichten des § 16 II ArbZG sowie diverser Spezialgesetze zu beachten.

Mit Blick auf eine unionsrechtskonforme Auslegung des *vertraglichen* Arbeitszeitrechts (vgl. §§ 611a, 618, 242 BGB, 106 GewO) meinte *Bayreuther*, dass hiernach jeder einzelne Arbeitnehmer einen Anspruch auf eine Erfassung seiner persönlichen Arbeitszeit hätte, welchen er aber selbst einklagen müsste. Die gerichtliche Entscheidung entfalte lediglich Wirkung für den betroffenen Arbeitnehmer, nicht jedoch für den gesamten Betrieb. Allerdings könne der Betriebsrat über den Weg des § 80 BetrVG mittelbar eine gesamtbetriebliche Aufzeichnung erzwingen. Voraussetzung dafür sei, dass der Arbeitgeber die tatsächlichen Arbeitszeiten der Beschäftigten nicht erfassen und/oder bewusst nicht zur Kenntnis nehmen wolle. Dies gelte laut BAG auch für die Vertrauensarbeitszeit (BAG 6.5.2003 - 1 ABR 13/02, NZA 2003, 1348).

Einen anderen Weg schlage das ArbG Emden (20.2.2020 – 2 Ca 94/19, NZA-RR 2020, 279) ein, welches aus Art. 31 II GRCh eine unmittelbare arbeitgeberseitige Pflicht zur Einführung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung herleitet. *Bayreuther* betonte, dass bisher keine weiteren Entscheidungen dieser Art existierten und die Entscheidung in der Literatur kritisch aufgenommen wurde. In seinem zweiten Leitsatz stellte das ArbG Emden ferner klar, dass bei Fehlen eines Erfassungssystems die Beweislast in einem Vergütungsprozess zulasten des Arbeitgebers gehe. Relevant werde dieser Aspekt vor allem bei der Überstundenvergütung. Der Arbeitnehmer habe Anspruch auf Vergütung, wenn der Arbeitgeber die Überstunden anordne, billige oder dulde. Eine konkludente Anordnung liege bereits vor, wenn der Arbeitgeber mehr zuweise, als in der Vertragsarbeitszeit überhaupt bearbeitet werden könne. Im Überstundenprozess sei der Arbeitnehmer hinsichtlich der Anordnung darlegungs- und beweislasterpflichtig. Der Arbeitgeber müsse substantiiert erwidern. Das ArbG Emden erleichtere diese Anforderungen zugunsten des Arbeitnehmers, indem dieser die Anordnung nicht mehr im Detail begründen müsse, wenn sich der Arbeitgeber bei der Aufzeichnung der Arbeitszeiten, zu welcher er verpflichtet sei, diese Kenntnis hätte selbst verschaffen können. Eine Abgeltungspflicht bestünde damit für nicht überzeugend widerlegte Überstunden.

In der anschließenden Diskussion wurde durch Prof. *Wolfgang Däubler* noch einmal Bezug auf die von *Bayreuther* aufgestellte These der fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie im öffentlichen Recht genommen. *Däubler* fragte, wie es gerechtfertigt werde, dass öffentlich-rechtliche Normen nicht richtlinienkonform interpretiert würden. *Bayreuther* entgegnete, dass sich eine unmittelbare Wirkung zu Lasten des Bürgers verbiete. Eine solche „Auslegung“ gehe zu weit. Vielmehr müsse der Gesetzgeber tätig werden, um das Problem arbeitsschutzrechtlich zu lösen. *Däubler* beschäftigte zudem die Frage, ob die ständige Erreichbarkeit aufgrund von Smartphones als Rufbereitschaft oder Bereitschaftsdienst einzuordnen sei. Er brachte seine persönliche Neigung das als Rufbereitschaft einzuordnen zum Ausdruck, verwies jedoch auch darauf, dass der EuGH dies vermutlich als Bereitschaftsdienst einordnen würde. *Bayreuther* schloss sich der Ansicht *Däublers* an, verwies aber darauf, dass es von den Umständen des Einzelfalls abhänge, wie sehr die Freizeitgestaltung des Arbeitnehmers hierdurch belastet werde.

---

Im Anschluss referierte Rechtsanwalt *Dr. Pascal Ludwig* (Frankfurt a.M.) zum Thema „*Digitalisierung der Betriebsratsarbeit – wem nutzt das?*“. Seinen Vortrag leitete *Ludwig*, der

die Frage des Vortragstitels scherzhaft als „ketzerisch“ bezeichnete, mit dem Hinweis ein, dass es sich um ein sehr deutsches Thema handle. Betriebsratsarbeit sei bislang kaum digital möglich gewesen, was auch an der herrschenden Meinung zu den §§ 30, 33 BetrVG liege, die sowohl bei Sitzungen als auch bei Beschlüssen keine Videokonferenz zulasse. Es sei also Präsenzarbeit des Betriebsrats gefordert.

Auch Beschlussfassungen im Umlaufverfahren seien unzulässig, da andernfalls gegen den Grundsatz der Nichtöffentlichkeit aus § 30 S. 4 BetrVG verstoßen werde. Darüber hinaus sei eine mündliche Beratung notwendig, da die Mitglieder des Betriebsrates die Meinung der anderen Betriebsratsmitglieder kennen müssten und nur wenn dies gewährleistet sei, eine Einwirkung auf die Willensbildung möglich sei. *Ludwig* machte deutlich, dass im Falle einer Video- oder Telefonkonferenz die Einhaltung des Grundsatzes der Nichtöffentlichkeit nicht gewährleistet werden könne. Mit Blick auf die in § 108 IV AktG für den Aufsichtsrat vorgesehenen Möglichkeiten der schriftlichen, telegrafischen oder fernmündlichen Beschlussfassung verwies er darauf, dass auch dies wegen der erforderlichen mündlichen Beratung kein passendes Modell sei.

Aufgrund der Folgen mangelbehafteter Betriebsratsbeschlüsse nach der sog. Sphärentheorie sah sich *Ludwig* veranlasst zu seinem Zwischenfazit, wonach rechtswirksame Betriebsratsbeschlüsse im Interesse *aller* Beteiligten seien. Daher schade die Digitalisierung der Betriebsratsarbeit durch den Betriebsrat allen Beteiligten, solange sie im Gesetz nicht vorgesehen ist. So sei beispielweise an die Möglichkeit informeller Vorgespräche zu denken, bei denen die Beschlüsse in Video-Konferenzen vorbereitet werden. An der anschließenden Beschlussfassung könnte dann nur die nach § 33 II BetrVG zwingend erforderliche Zahl an Betriebsratsmitgliedern teilnehmen. Der Referent stellte allerdings klar, dass dieses Modell bei streitigen Verhältnissen im Betriebsrat versage – gleiches gelte für den Gestaltungsversuch eines „*gentlemen's agreements*“ der Betriebsparteien in Gestalt einer Vereinbarung, dass sich keine Seite auf die Rechtsunwirksamkeit von Beschlüssen berufen wolle.

Die aus Anlass der Pandemie (rückwirkend zum 1.3.2020) eingeführte Sonderregelung des § 129 BetrVG sei daher sehr zu begrüßen, betonte der Referent. Ihre Geltung sei durch das Beschäftigungssicherungsgesetz vom 3.12.2020 bis zum 30.6.2021 verlängert worden. Mit Blick auf die aktuelle Entwicklung der Corona-Pandemie sei jedoch eine weitere Verlängerung nötig. Auch die Möglichkeit der virtuellen Betriebsversammlung begrüßte *Ludwig* als gute Möglichkeit, um die Belegschaft während der Pandemie über Neuigkeiten zu informieren und Beteiligungsmöglichkeiten für sie zu schaffen. Zudem stellte er heraus, dass die erforderlichen technischen Möglichkeiten vorhanden seien. Doch gebe es auch Schwachstellen. Die alltägliche Betriebsratsarbeit werde dadurch zwar gesichert, für konstitutive Akte fehle es hingegen an Möglichkeiten. So seien z.B. die Wahlen des Betriebsratsvorsitzenden nicht in virtuellen Sitzungen möglich. Zudem mahnte der Referent mit Blick auf die im kommenden Jahr stattfindenden regulären Betriebsratswahlen an, dass es keine Regelung zur Wahl des Betriebsrates gebe, weshalb z.B. die Wahlvorstände nicht virtuell tagen können. Darüber hinaus bemängelte er, dass es keine entsprechende Regelung in den Gesetzen zur Unternehmensmitbestimmung gebe.

Zur aktuellen Praxis mahnte *Ludwig* an, dass das durch § 129 BetrVG eingeräumte Ermessen („*können*“) durch den BR-Vorsitzenden oder BR-Ausschuss pflichtgemäß ausgeübt werden müsse. Präsenz-Sitzungen dürften in der aktuellen Situation nur dann stattfinden, wenn Räumlichkeiten zur Verfügung stünden, welche die Einhaltung der Abstandsregeln möglich machten. Der Arbeitgeber hingegen könne den Betriebsrat grundsätzlich nicht auf eine Online-Sitzung oder Online-Betriebsversammlung verweisen, da der Betriebsrat über die Art der Durchführung selbst entscheide und § 129 BetrVG keine Pflicht zur virtuellen Sitzung statuiere.

Die Nutzung von Telefon- und Videokonferenzen trete als zusätzliche Option neben die hergebrachte Durchführung von Sitzungen unter physischer Anwesenheit, sodass sich aus der Vorschrift auch kein grundsätzlicher Vorrang der Durchführung als Telefon- und Videokonferenz herleiten lasse. Eine Verpflichtung, von den digitalen Möglichkeiten Gebrauch zu machen, könne sich aber aus den betrieblichen Belangen ergeben (§ 30 S. 2 iVm § 2 I BetrVG). Voraussetzung sei immer, dass digitale Möglichkeiten zur Verfügung stehen und der Sitzungsinhalt eine digitale Sitzung zulasse. Zuletzt ging *Ludwig* noch auf die Frage ein, ob einem einzelnen BR-Mitglied ein Rechtsanspruch auf Teilnahme an Betriebsratsitzungen über Video- und Telefonkonferenz zustünde. Grundsätzlich bestehe zwar kein Individualanspruch, doch, so der Referent, könne bei BR-Mitgliedern, die sich in häuslicher Quarantäne befinden, ein Anspruch auf virtuelle Teilnahme bestehen.

Zum Abschluss seines Vortrages gab *Ludwig* einen Ausblick auf die mögliche Rechtslage „Post-Corona“. Der aktuelle Entwurf zum „Betriebsrätestärkungsgesetz“ sei offenbar unberührt von den Erfahrungen der Corona-Pandemie geblieben, was als Rückschlag zu werten sei, da zu § 30 BetrVG der Vorrang der Präsenzsitzung statuiert werde und lediglich Ausnahmebedingungen kraft § 30 II BetrVG-E ermöglicht würden. Zudem seien keine digitalen Betriebsversammlungen vorgesehen und auch das Wahlverfahren unverändert geblieben. Sarkastisch meinte der Referent, dass der Gesetzgeber offenbar eine „digitale Überforderung der Betriebsräte“ befürchte. Tatsächlich sei eine Vielzahl der Betriebsräte aber fortschrittlicher als der Gesetzgeber selbst. *Ludwig* plädierte für eine Öffnungsklausel für individuelle Lösungen im Einzelfall z.B. kraft Geschäftsordnung des Betriebsrats.

In der anschließenden Diskussion wurde u.a. die Frage erörtert, ob ein an das „Tübinger Corona-Modell“ angelehntes Modell mit Testpflichten der BR-Mitglieder vor Präsenzsitzungen denkbar sei. *Ludwig* äußerte jedoch erhebliche Bedenken, da durch ein derartiges Modell die Ausübung der Rechte des Betriebsrats von einem Test und damit von einem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit abhängig gemacht werde.

---

Nach einer kleinen Pause referierte Rechtsanwalt *Dr. Roman Frik* (Stuttgart) zum Thema „*Die Statusfrage beim Einsatz von IT-Spezialisten im Unternehmen: freie oder abhängige Mitarbeit?*“. Er erläuterte zunächst, dass viele IT-Spezialisten als freie Mitarbeiter tätig sind, wobei zwischen klassischen Unternehmen (z.B. Autoproduktion, Maschinenbau) und IT-Unternehmen zu unterscheiden sei. Während die klassischen Unternehmen IT-Abteilungen mit sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmern bevorzugten, würden bei IT-Unternehmen viel häufiger projektbezogen auch freie Mitarbeiter hinzugezogen, insbesondere wenn es sich um sog. „Start-Ups“ handele. Bei diesen gelte das Arbeitsverhältnis als Ausnahme, die freie Mitarbeit (als Freelancer) sei dagegen als Regel.

Laut *Frik* sind IT-Spezialisten bei Projekteinsätzen nur für einige Wochen oder Monate und selten mehr als ein Jahr tätig. Die Vergütung erfolge auf Basis von Stundensätzen, welche im Durchschnitt 70-90 € betragen, aber auch höher liegen können. Ein IT-Spezialist zeichne sich als Freelancer vor allem durch eine geringe Verbundenheit zu seinem Auftraggeber, die kurze projektbezogene Zusammenarbeit und den Willen aus, von zuhause aus zu arbeiten; einen Arbeitsvertrag wolle er nicht unterzeichnen. Demgegenüber wachse in IT-Unternehmen zunehmend der Wunsch nach fest angestellten und somit sozialversicherungspflichtigen IT-Mitarbeitern, was insbesondere den rechtlichen Risiken bei sog. „Scheinselbstständigkeit“ und dem Datenschutz geschuldet sei.

Anknüpfend an die Programmierer-Entscheidung des BAG (14.6.2016 - 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453), die zur Bejahung eines Heimarbeitsverhältnisses mit der Folge besseren Sozialschutzes für den Kläger führte, stellte der Referent die Folgen der bei (Schein-) Selbstständigkeit drohenden Abgabenbelastung qua Sozialversicherung dar. Er referierte LSG-Entscheidungen, wonach ein deutlich überdurchschnittliches Arbeitsentgelt ein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit sein könne, da sich die Betroffenen mit diesem Honorar eine entsprechende soziale Absicherung leisten könnten. Gegen die Selbstständigkeit spreche, wenn der IT-Mitarbeiter in Prozesse vor Ort mit eingebunden würden und auch arbeitszeitrechtlich nur ein geringes Mitspracherecht hätten.

Als Lösungsansätze für das Dilemma stellte *Frik* zur Diskussion, dass zum einen die IT-Spezialisten „zurück in den Betrieb“ geholt werden könnten, wodurch weniger von zu Hause gearbeitet würde und der Arbeitnehmerstatus geklärt sei. Zum anderen könne überlegt werden, dass die Zusammenarbeit nur noch mit solchen IT-Spezialisten erfolge, die parallel noch weitere Kunden betreuen. Als dritte Lösung wäre denkbar, die betroffenen IT-Mitarbeiter zwar als Arbeitnehmer anzustellen, ihnen jedoch die Vorzüge von freien Mitarbeitern zu gewähren. Doch müsse auch hier bedacht werden, dass ausgesprochene „Freelancer“ auch mit einer solchen Lösung vermutlich noch Probleme hätten.

In seinem Schlusswort betonte *Frik*, dass die IT-Experten zwar momentan noch jung, agil und flexibel seien, aber auch sie älter, kränker und gebundener würden, sodass sie in gewisser Weise auch vor sich selbst geschützt werden sollten. Daher schlug er zum einen vor, dass für diese Sparte eine Entgeltsschwelle ähnlich der Krankenversicherungspflicht für eine Befreiung von der Sozialversicherungspflicht angedacht werden solle. Sofern diese über einen Zeitraum von drei Jahren eine entsprechend hohe Vergütung erzielten, könnten sie einen Antrag auf Befreiung stellen und dann für Unternehmen risikolos als freie Mitarbeiter tätig werden. Zum anderen könnten die Unternehmen für IT-Spezialisten eine Pflichtabgabe in Anlehnung an die Künstlersozialversicherung abführen. Das Risiko der Scheinselbstständigkeit wäre beseitigt. Weil es hier jeweils eines Handelns des Gesetzgebers bedürfe, sei er, so *Frik*, aber diesbezüglich nicht besonders optimistisch.

In der anschließenden Diskussionsrunde griff *Reichold* die neue Rechtsprechung zu der Crowdworker-Thematik auf. *Frik* merkte jedoch an, dass die Situation bei Crowdworkern eine etwas andere sei. Diese bekämen konkrete Arbeitspakete. Allerdings betonte er, dass es möglich sei, auch im Falle der Crowdworker irgendwann von einem Heimarbeitsverhältnis ausgehen zu können, wenn immer der gleiche Auftraggeber den immer gleichen Crowdworker beauftrage.

---

Als letzter Referent der Tagung widmete sich Rechtsanwalt *Dr. Sebastian Pfrang* (Frankfurt) dem Thema „*Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen des Wechsels in das Home Office*“.

Zunächst stellte der Referent fest, dass es keine gesetzliche Definition von „Home Office“ gebe. Als Indiz könne zwar die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel Nr. 24/2020 mit ihrem Absatz 3 dienen. Allerdings bringe auch diese keine neuen Erkenntnisse. Der ältere Begriff des „Telearbeitsplatzes“ in § 2 VII 1 ArbStättV decke nur einen kleinen Bereich des Home Office ab. Umgangssprachlich umfasse „Home Office“ aber gerade jegliches Arbeiten von zu Hause aus. Die derzeitige der Corona-Pandemie 2020 geschuldete Ausweitung der Home Office-Nutzung sei noch nicht das Ende der Fahnenstange, zumal Vor- und Nachteile des Arbeitens im Home Office noch nicht abschließend geklärt seien. Der Graubereich sei groß, doch müsse der große Vorteil des Home Office in der Pandemie in dem deutlich besseren Schutz vor dem Infektionsgeschehen klar anerkannt werden.

Bei der Frage der Home Office-Arbeitszeiten gebe es auch in der Pandemie grundsätzlich kein einseitiges Bestimmungsrecht des Arbeitnehmers, so *Pfrang*. Allerdings werde in § 2 IV SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung geregelt, dass der Arbeitgeber den Beschäftigten im Falle von Büroarbeiten anbieten müsse, diese Tätigkeiten von zu Hause aus auszuführen, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstünden. Alle wesentlich geschuldeten Tätigkeiten müssten also von zu Hause aus erledigt werden können, was den Kreis der Betroffenen klar beschränke. *Pfrang* warf auch die Frage auf, ob die Anordnung von Home Office durch den Arbeitgeber ggf. als milderes Mittel zur betriebsbedingten Kündigung zulässig wäre. Er verneinte dies aber, sofern die Arbeit im Home Office nicht möglich und sinnvoll sei und nahm Bezug auf eine Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg (14.11.2018 – 17 Sa 562/18). Das Urteil sei zwar zu pauschal ausgefallen, im Ergebnis jedoch - gerade mit Blick auf die Hürden des Art. 13 GG - zustimmungswürdig.

Die zweiseitige Bestimmung der Arbeit im Home Office sei nach alledem klar vorzuziehen, so *Pfrang*. Klare Regelungen z.B. zur Entschädigung für die Verwendung privater Arbeitsmittel und vor allem zur Beendigung der Tätigkeit im Home Office seien vorteilhaft. Bei der Durchführung des Arbeitens im Home Office müssten Fragen des Arbeits- und Unfallversicherungsschutzes, der Überwachung der Arbeitsleistung und der Beteiligung des Betriebsrats geklärt werden.

Zum Schluss ging *Pfrang* noch auf einen möglichen gesetzlichen Anspruch auf Arbeit im Home Office ein. Dies sei bereits vor der Pandemie von 64 % der Wahlberechtigten in Deutschland befürwortet worden. Auch sehe ein Referentenentwurf des BMAS vor, dass Vollzeitbeschäftigte nach einem neuen § 111 GewO einen Anspruch auf mindestens 24 Tage mobiles Arbeiten pro Jahr haben sollten. Auch solle § 8 SGB VII dahingehend geändert werden, dass Versicherungslücken beim Unfallversicherungsschutz geschlossen werden sollten. Die Norm des § 87 I BetrVG solle zudem um eine Nr. 14 ergänzt werden, welche die „Ausgestaltung von mobiler Arbeit“ enthalte.

Zu guter Letzt warf *Pfrang* noch einen kurzen Blick auf die Niederlande und die Schweiz, weil diese Länder Deutschland als Vorbild für entsprechend fortschrittliche legislative Muster dienen könnten. Eher vordergründig sprach er sich mit dem Argument dagegen aus, dass ein Gesetzgeber, der bereits für § 611a BGB sehr lange gebraucht habe, wohl einen neuen „§ 611b“ kaum schaffen werde. Dennoch bleibe spannend, was der Gesetzgeber hier zu tun gedenke.

---

Die Abschlussdiskussion eröffnete Prof. *Manfred Weiss* mit einer Frage an *Bayreuther*. *Weiss* beschäftigte in Anknüpfung an *Däubler* die Frage, ob sich die von *Bayreuther* vertretene Auffassung der Trennung von öffentlichem und privatem Recht auch vor dem EuGH durchsetzen würde. *Weiss* sah in dieser Aufspaltung die Gefahr, dass die Richtlinie unterlaufen werde. Mit deutschem Verständnis dürfe das Europarecht nicht ausgehebelt werden. *Bayreuther* hingegen sah das eigentliche Problem nicht in der Trennung zwischen privatem und öffentlichem Recht, sondern vielmehr im Untätigsein des deutschen Gesetzgebers. Er betonte, dass die unionsrechtskonforme Auslegung etwa von § 16 ArbZG der Behörde Ermächtigungen zuspräche, welche diese nicht habe. Durch seine Untätigkeit hebele gerade der deutsche Gesetzgeber die Richtlinie aus. Im Anschluss hieran bemerkte *Bayreuther* zum Vortrag von *Pfrang*, dass der Arbeitgeber auch ohne Beendigungsvereinbarung den Arbeitnehmer kraft seines Weisungsrechts aus dem Home Office zurückrufen könne, weshalb fraglich sei, ob überhaupt eine dogmatische Notwendigkeit für eine Beendigungsvereinbarung bestehe. *Pfrang* stimmte *Bayreuther* zu und verwies darauf, dass es sich bei der vorgeschlagenen Vereinbarung lediglich um eine Rückholklausel aus Gründen der rechtssicheren Gestaltung in der Praxis

handele. Ohne eine entsprechende Home Office-Vereinbarung genüge das Weisungsrecht. Sofern jedoch eine solche geschlossen werde, müsse man aufpassen, dass man dadurch nicht den Arbeitsort festschreibe. Vor einem derartigen Szenario solle die Beendigungsklausel schützen. *Frik* entgegnete daraufhin, ob der Arbeitnehmer durch eine solche Vereinbarung nicht bereits einen Anspruch auf Home Office habe und es daher zur Beendigung eines Widerrufsvorbehalts bedürfe. *Pfrang* wollte dies nicht ausschließen. In der Praxis werde jedoch häufig, in Ergänzung zum jeweiligen Arbeitsvertrag, die Home Office-Vereinbarung mit einer entsprechenden Rückholklausel festgelegt. Auf eine weitere Frage, ob es eine Rechtsgrundlage für einen Vermieter zur Untersagung von Bürotätigkeiten in der privat genutzten Wohnung des Arbeitnehmers gebe, führte *Pfrang* aus, dass hier der Unterlassungsanspruch des § 541 BGB in Betracht komme. Allerdings habe der BGH entschieden, dass der Vermieter grundsätzlich ein normales Tätigwerden im Home Office nicht verbieten könne.

Im Anschluss richtete *Reichold* die Frage an *Pfrang*, ob eine befristete Home Office-Vereinbarung in der Praxis sinnvoll sei. *Pfrang* wies darauf hin, dass die Befristung von Home Office-Vereinbarungen in der Praxis selten vorkomme, was zum einen darauf zurückzuführen sei, dass die zeitliche Dauer der Pandemie völlig unklar wäre und ggf. auch nach der Pandemie noch ein Interesse am Home Office bestehe. Zum anderen verwies er auf die sich ständig wechselnden Bedürfnisse der Arbeitgeber, welche eine rechtlich bindende Befristungsvereinbarung wenig attraktiv mache. *Pfrang* ging auf eine weitere an ihn gerichtete Frage im Chat ein, ob Arbeitgeberbescheinigungen für den steuerlichen Abzug auch bei einem Einsatz im Home Office erteilt werden könnten. *Pfrang* führte aus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber diese Bescheinigung bekommen könne. Allerdings habe sich in der Praxis gezeigt, dass die Home Office-Vereinbarung den Finanzämtern ausreiche, sodass möglicherweise keine zusätzliche Bescheinigung benötigt werde. Zuletzt wies Rechtsanwalt Dr. *Werner Walk* noch auf ein aktuelles Urteil des Arbeitsgerichts Berlin (10.08.2020 – 19 Ca 13189/19) hin, welches das Verhältnis der Änderungskündigung zur Entsendung in das Home Office behandelt. Er kritisierte insoweit, dass im Rahmen dieses Urteils unzulässigerweise die unternehmerische Entscheidung auf Zweckmäßigkeit hin überprüft worden sei. *Pfrang* stimmte dem zu. *Reichold* verwies zudem noch darauf, dass die Home Office-Regelung nicht dazu führen dürfe, dass eine betriebsbedingte Kündigung gänzlich ausgeschlossen werde.

---

Abschließend bedankte sich *Reichold* bei den Referenten für die spannenden und aufschlussreichen Vorträge und bei den Hörerinnen und Hörern für die Beteiligung an den Diskussionen mit den Worten: „Die Arbeitswelt bleibt spannend.“ Als Eindruck von der Veranstaltung mag das als Chat-Beitrag formulierte Fazit einer Teilnehmerin stehen: „Es war wirklich ein gelungener erster virtueller Arbeitsrechtstag!“

*Wiss. Ang. Doreen Emde / Wiss. Ang. Lars Sander, Tübingen*