

Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen des Wechsels in das Home Office

15. Tübinger Arbeitsrechtstag: Digitalisierung der Arbeit –
wie reagiert das Arbeitsrecht?

Dr. Sebastian Pfrang, Rechtsanwalt, Baker McKenzie Frankfurt
26. März 2021





Übersicht

- I. Bedeutung des Arbeitens im Home Office
- II. Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen des Wechsels in das Home Office
 1. Bestimmung von Home Office-Arbeitszeiten
 2. Durchführung des Arbeitens im Home Office
 3. Beendigung eines Home Office-Einsatzes
- III. Ausblick
 1. Allgemeiner gesetzlicher Anspruch auf ein Arbeiten im Home Office in Zukunft in Deutschland?
 2. Rechtslage in anderen Ländern als Vorbild?



Bedeutung des Arbeitens im Home Office

Definition

- Arbeiten im “Home Office” ist nicht gesetzlich definiert
- Definition von mobiler Arbeit und Home Office aber in der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel Nr. 24/2020 der Arbeitsausschüsse beim BMAS vom 20. August 2020 unter Ziffer 2.2.:

“(1) Mobiles Arbeiten ist eine Arbeitsform, die nicht in einer Arbeitsstätte gemäß § 2 Abs. 1 Arbeitsstättenverordnung oder an einem fest eingerichteten Telearbeitsplatz gemäß § 2 Abs. 7 Arbeitsstättenverordnung im Privatbereich des Beschäftigten ausgeübt wird, sondern bei dem die Beschäftigten an beliebigen Orten (z.B. beim Kunden, in Verkehrsmitteln, in einer Wohnung) tätig werden.

(2) Für die Verrichtung mobiler Arbeit werden elektronische oder nicht elektronische Arbeitsmittel eingesetzt.

(3) Homeoffice ist eine Form des mobilen Arbeitens. Sie ermöglicht es den Beschäftigten, nach vorheriger Abstimmung mit dem Arbeitgeber zeitweilig im Privatbereich, zum Beispiel unter Nutzung tragbarer IT-Systeme (z.B. Notebooks) oder Datenträger, für den Arbeitgeber tätig zu werden.

(4) Regelungen zur Telearbeit bleiben unberücksichtigt.”

- Mobiles Arbeiten als Oberbegriff, Arbeit im Home Office als Unterfall

Definition

- Definition des “Telearbeitsplatzes” in § 2 Abs. 7 S. 1 ArbStättV:

“Telearbeitsplätze sind vom Arbeitgeber fest eingerichtete Bildschirmarbeitsplätze im Privatbereich der Beschäftigten, für die der Arbeitgeber eine mit den Beschäftigten vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit und die Dauer der Einrichtung festgelegt hat.”

- Begriff des “Telearbeitsplatzes” deckt nur einen Teilbereich der Arbeitsformen im Privatbereich in der Praxis ab
- Arbeiten im Home Office umgangssprachlich grds. jegliches Arbeiten von zu Hause
→ arbeitsrechtlich insb. relevant, wenn von Arbeitnehmern von zu Hause aus gearbeitet wird
- Privatautonome Vereinbarung über eine Definition des Arbeitens im Home Office im Einzelfall möglich und ratsam
- Voraussetzungen und Regeln für das Home Office sollten definiert werden

Statistik (vor der Pandemie)

- Rund 40 % der Unternehmen bieten ihren Beschäftigten zumindest zeitweise eine Beschäftigung im Home Office an.

Quelle: Digitalverband Bitkom, 2018

- Bei den Unternehmen mit mehr als 500 Mitarbeitern sind es 57 %, bei den Unternehmen mit weniger als 100 Mitarbeitern rund 20 %.

Quelle: IAB-Betriebspanel 2018

- Lediglich 12 % aller Beschäftigten in Deutschland erhalten von den sie beschäftigenden Unternehmen die Möglichkeit, permanent im Home Office zu arbeiten.

Quelle: IAB-Betriebspanel 2018

- In privatwirtschaftlichen Betrieben mit über 50 Beschäftigten arbeiten rund 22 % zumindest zeitweise im Home Office.

Quelle: IAB-Kurzbericht 11/2019

- Besonders häufig wird im Bereich “Vertrieb/Marketing” im Home Office gearbeitet, besonders selten im Bereich “Produktion”.

Quelle: IAB-Kurzbericht 11/2019

Statistik (seit Beginn der Pandemie - 2020)

- Bis zu rund 60 % aller abhängig Beschäftigten in Deutschland arbeiten während des ersten Lockdowns 2020 zumindest teilweise im Home Office.

Quelle: Randstad-ifo-Personalleiterbefragung, Q2 2020

- Rund 65 % der Unternehmen geben Mitte 2020 an, dass ihre Beschäftigten seit der Corona-Krise verstärkt im Home Office arbeiten. Rund 24 % der Unternehmen geben an, dass auch in Zukunft mehr Home Office geplant oder bereits in Umsetzung sei. Rund 47 % planen hybride Lösungen, d.h. eine Kombination zwischen Arbeiten im Betrieb und im Home Office.

Quelle: IHK Berlin, Q2/Q3 2020

- In einer repräsentativen Umfrage geben Mitte 2020 rund 36 % der abhängig Beschäftigten in Deutschland an, ständig oder an manchen Tagen im Home Office tätig zu werden. Die von diesen Beschäftigten aus dem Home Office heraus durchschnittlich geleisteten Arbeitsstunden sind demnach von 11,9 auf 25,6 Stunden gestiegen.

Quelle: BMAS, Kurzexpertise Homeoffice, Q3 2020

Statistik (seit Beginn der Pandemie - 2021)

- Obwohl 81 % der Unternehmen angeben, dass es bei ihnen Mitarbeiter gibt, die im Home Office arbeiten, waren im Februar 2021 insgesamt nur rund 30 % der Beschäftigten (teilweise) im Home Office tätig. Bezogen auf die Sektoren waren die meisten Beschäftigten im Dienstleistungssektor im Home Office tätig (40 %), gefolgt vom Großhandel (24 %), der Industrie (22 %), der Bauindustrie (10 %) und dem Einzelhandel (10 %).

Quelle: IFO-Untersuchung, 2021

- Das Home Office-Potential ist damit wohl noch nicht ausgeschöpft. Im Januar 2021 gaben z.B. 39 % der abhängig Beschäftigten an, dass sie ihre Beschäftigung zumindest zum Großteil im Home Office verrichten könnten.

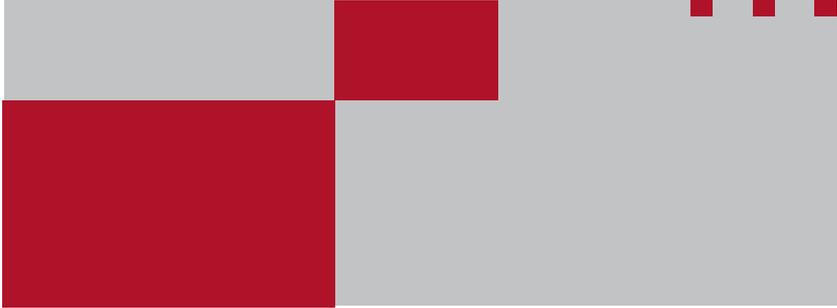
Quelle: WSI-Studie, 2021

- Die oben zitierte IFO-Untersuchung aus dem Jahr 2021 geht sogar von einem Home Office-Potential von 56 % der abhängig Beschäftigten in Deutschland aus.

Quelle: IFO-Untersuchung, 2021

Vor- und Nachteile des Home Offices

Vorteile	Nachteile
Größere Flexibilität	Fehlende Planbarkeit?
Bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf	Grenze zwischen Arbeit und Freizeit verschimmt
Höhere Produktivität?	Drohender Arbeitsausfall aufgrund (psychischer) Belastung?
Fahrt zur Betriebsstätte und nach Hause entfällt	Gefahr einer „Entfremdung“ vom Betrieb?
Kostenreduzierung?	Erhöhtes Unfallrisiko in den eigenen vier Wänden?
In der Pandemie: besserer Schutz vor Infektionsgeschehen möglich	Gefahr z.B. von Datenschutzrechtsverstößen größer



Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen des Wechsels in das Home Office

1.

Bestimmung von Home Office-Arbeitszeiten

Einseitige Bestimmung

- Grundsatz: kein einseitiges Bestimmungsrecht des Arbeitnehmers
- Ausnahmen aufgrund von § 164 Abs. 4 S. 2 SGB IX und § 16 Abs. 1 S. 2 BGG (sowie entspr. Landesrecht)?
- Ausnahmen aufgrund (kollektiv-)vertraglicher Regelungen?
- Fehlendes Bestimmungsrecht des Arbeitnehmers entspricht grundsätzlicher arbeitsrechtlicher Leistungsbestimmungsordnung (vgl. §§ 611a Abs. 1 S. 2 BGB, 106 GewO)
- Berücksichtigung von Interessen des Arbeitnehmers im Einzelfall insbesondere bei der grundrechtlich determinierten Interessenabwägung im Rahmen des billigen Ermessens i.S.v. § 106 GewO
- Problem: Ausnahme wegen Konkretisierung der Arbeitspflicht? (richtigerweise vertraglicher Begründungsansatz; Angebot und Annahme erforderlich)

Einseitige Bestimmung

- Aktuelles Problem: **Ausnahme in Pandemiezeiten?**
- Auch in Pandemiezeiten grds. kein einseitiges Bestimmungsrecht des Arbeitnehmers (vgl. etwa auch ArbG Augsburg v. 7.5.2020 – 3 Ga 9/20), aber:
- In § 2 Abs. 4 der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung v. 21. Januar 2021 wird für die Zeit ab dem 27. Januar 2021 Folgendes bestimmt (gilt nach jüngstem Kabinettsbeschluss der Bundesregierung von Mitte März 2021 vorerst bis zum 30. April 2021):

“Der Arbeitgeber hat den Beschäftigten im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten, diese Tätigkeiten in deren Wohnung auszuführen, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen.”
- Bedeutet: Mit Büroarbeiten oder vergleichbaren Tätigkeiten beschäftigte Arbeitnehmer können zwar nicht selbst bestimmen im Home Office zu arbeiten, aber der Arbeitgeber muss solchen Beschäftigten die Tätigkeit im Home Office anbieten, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen

Einseitige Bestimmung

- Einer Home Office-Tätigkeit können eine Vielzahl von Umständen entgegenstehen, u.a.:
 - *Arbeit erfordert Arbeitsmittel im Betrieb (z.B. Kopierer/Scanner vor Ort, sonstige unbewegliche Geräte, die im Home Office nicht vorhanden sind);*
 - *fehlender Arbeitsplatz, Internetanschluss, Arbeitsraum im Home Office;*
 - *Geheimhaltungsverpflichtung kann im Home Office nicht gewahrt werden (gesetzliche Verschwiegenheitsverpflichtung, Steuergeheimnis, DS-GVO Anforderungen);*
 - *fehlende Sicherheit der Datenübertragung;*
 - *fehlende Laptops/Computer, die entweder derzeit nicht lieferbar oder deren Anschaffung für den geplanten Einsatz während der Geltung der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung zu teuer sind;*
 - *Arbeiten müssen mit Unterlagen/Hardware/Software im Büro erbracht werden (z.B. Akten, bestimmte Programme, die online nicht erreichbar sind, etc.);*
 - *Wahrung der Funktionen als Ersthelfer, Sicherheitsbeauftragter etc. nur im Büro möglich*
- Stets Einzelfallprüfung erforderlich. Entscheidend ist insb., ob alle wesentlichen geschuldeten Tätigkeiten von zu Hause aus erbracht werden können.
- Hierfür Tätigkeitbeschreibungen, Stellenbeschreibung, Ausbildungsinhalte etc. heranzuziehen

Einseitige Bestimmung

- Bedürfnis für eine einseitige Bestimmung durch den Arbeitgeber?
- Pflicht zur Anordnung von Home Office? (Lage vor der Pandemie)
 - (kollektiv-)vertragliche Regelung
 - § 164 Abs. 4 S. 1 SGB IX
 - § 16 Abs. 1 S. 2 BGGleichbG (sowie entspr. Landesrecht)
 - milderes Mittel zur (insb. betriebsbedingten) Kündigung?
- Grundsätzlich keine einseitige Anordnung gegen den Willen des Arbeitnehmers möglich
- Hierzu auch LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.11.2018 – 17 Sa 562/18, Rn. 21:

“Eine derartige Anordnung [eines Arbeitens im Home Office] wäre [...] nach Auffassung der Berufungskammer von dem arbeitsvertraglichen Weisungsrecht nicht mehr umfasst. Mit ihr würde die Beklagte den vereinbarten Vertragsrahmen, der eine Tätigkeit in einer Betriebsstätte vorsah, überschreiten; hierfür bietet § 106 S. 1 GewO keine Grundlage.”

Einseitige Bestimmung

- Weiter führt das LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.11.2018 – 17 Sa 562/18, Rn. 21, aus:

“Die Umstände einer ausschließlich in der eigenen Wohnung zu verrichtenden Arbeit sind mit einer Tätigkeit, die in einer Betriebsstätte zusammen mit weiteren Mitarbeitern des Arbeitgebers auszuüben ist, nicht zu vergleichen. Der Arbeitnehmer verliert den unmittelbaren Kontakt zu seinen Kollegen und die Möglichkeit, sich mit ihnen auszutauschen, wird deutlich verringert. Auch werden die Grenzen von Arbeit und Freizeit fließend. Der Arbeitnehmer ist für die betriebliche Interessenvertretung und die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften schwerer erreichbar. Dass Arbeitnehmer gleichwohl z.B. zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf an einer Telearbeit interessiert sein können, ändert nicht daran, dass diese Form der Arbeit einem Arbeitnehmer in aller Regel nicht einseitig von dem Arbeitgeber zugewiesen werden kann.”

- Entscheidungsgründe zwar kritikwürdig, Entscheidung im Ergebnis jedoch zustimmungswürdig: grds. keine einseitige Anordnung möglich; Ausnahmen unterliegen wg. Art. 13 GG grds. hohen Hürden
- Aktuelles Problem: **Ausnahme in Pandemiezeiten?** Auch während der Pandemie grundsätzlich kein einseitiges Bestimmungsrecht; Ausnahmen, wenn ultima ratio-Prinzip gewahrt

Zweiseitige Bestimmung

- (Kollektiv-)Vertragliche Regelungen zur Anordnung von Home Office möglich und zu empfehlen
- Home Office-Vereinbarungen auf einzelvertraglicher Ebene sollten u.a. Regelungen zu den folgenden Punkten enthalten:
 - *Arbeitsort*
 - *Arbeitszeit*
 - *Arbeitsmittel und ggf. Aufwendungsersatz*
 - *Haftung für Schäden im Home Office*
 - *Datenschutz*
 - *Verschwiegenheit / Geheimhaltung*
 - *ggf. Zugang zum Home Office-Arbeitsplatz*
 - *Beendigung der Home Office-Tätigkeit*

Zweiseitige Bestimmung

- Bei Regelungen zum Arbeitsort: Differenzierung zwischen ausschließlichem und alternierendem Arbeiten im Home Office notwendig
- Je nachdem könnten Regelungen z.B. wie folgt aussehen:

“Der Arbeitnehmer erbringt seine Arbeitsleistung an einem in seiner Wohnung in [Wohnanschrift] eingerichteten Home Office-Arbeitsplatz. Der Arbeitsplatz befindet sich in der Wohnung in [Beschreibung der Örtlichkeit des Home Office-Arbeitsplatzes] und ist wie folgt ausgestattet: [Merkmale des Arbeitsplatzes]. Insbesondere ist der Home Office-Arbeitsplatz durch die folgenden Kommunikationsmittel [Liste der Kommunikationsmittel] mit der Betriebsstätte des Arbeitgebers in [Ort der Betriebsstätte] verbunden.“

“Der Arbeitnehmer erbringt seine Arbeitsleistung unter Beachtung der arbeitsvertraglichen Arbeitszeitregelung alternierend an einem in seiner Wohnung in [Wohnanschrift] eingerichteten Home Office-Arbeitsplatz und im Betrieb des Arbeitgebers in [Ort der Betriebsstätte]. Der Home Office-Arbeitsplatz befindet sich in der Wohnung in [Beschreibung der Örtlichkeit des Home Office-Arbeitsplatzes] und ist wie folgt ausgestattet: [Merkmale des Arbeitsplatzes]. Insbesondere ist der Home Office-Arbeitsplatz durch die folgenden Kommunikationsmittel [Liste der Kommunikationsmittel] mit der Betriebsstätte des Arbeitgebers in [Ort der Betriebsstätte] verbunden.“

Zweiseitige Bestimmung

- Weiterhin ist auch eine Regelung zu empfehlen, welche die Ausübung des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts im Home Office mit Blick auf eine Rückkehr an die Betriebsstätte vorsieht, z.B.:

“Der Arbeitgeber behält sich vor, dem Arbeitnehmer nach billigem Ermessen gemäß § 106 GewO vorübergehend oder auf Dauer einen im Betrieb des Arbeitgebers in [Ort der Betriebsstätte] gelegenen Arbeitsplatz zuzuweisen. Bei der dauerhaften Zuweisung eines solchen Arbeitsplatzes wird der Arbeitgeber eine Ankündigungsfrist von [Anzahl der Monate] Monaten zum Monatsende einhalten, es sei den, es liegt ein wichtiger Grund vor. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, der die Fortführung der Home Office-Tätigkeit bis zum Ablauf der Frist unzumutbar macht, kann die dauerhafte Zuweisung eines Arbeitsplatzes in [Ort der Betriebsstätte] auch fristlos erfolgen.”

- Schließlich ist ggf. eine Regelung zur Nutzbarkeit der vom Arbeitnehmer gemieteten Wohnung für die Home Office-Arbeit ratsam, etwa:

“Der Home Office-Arbeitsplatz in [Wohnanschrift] liegt in einer vom Arbeitnehmer gemieteten Wohnung. Der Arbeitnehmer hat schriftlich nachgewiesen, dass der Vermieter mit der Nutzung der Wohnung als Home Office-Arbeitsplatz einverstanden ist. Eine Kopie der Einverständniserklärung ist dieser Vereinbarung als Anlage [Anlagennummer] beigelegt.”

Zweiseitige Bestimmung

- Eine Regelung zu den im Home Office eingesetzten Arbeitsmitteln kann etwa folgende Punkte betreffen:
 - Bereitstellung der Arbeitsmittel durch Arbeitgeber / Arbeitnehmer?
 - Klarstellung zur Eigentumslage an den Arbeitsmitteln
 - Kosten für Auf-/Abbau, Wartung und Reparatur der Arbeitsmittel
 - Erlaubnis / Verbot der Benutzung von vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Arbeitsmitteln für private Zwecke
 - Herausgabepflichten betreffend zur Verfügung gestellter Arbeitsmittel
 - Modalitäten der Nutzung und Herausgabe der zur Erbringung der Arbeitsleistung eingesetzten privaten Arbeitsmittel
 - Regelungen zum Aufwendungsersatz für zur Verfügung gestellte private Arbeitsmittel (BYOD bzw. besser UYOD) (ansonsten allg. gesetzliche Regelung entspr. § 670 BGB, vgl. dazu etwa BAG v. 14.10.2003 – 9 AZR 657/02 sowie BAG v. 12.4.2011 – 9 AZR 14/10: Aufwendungen im überwiegenden Interesse des Arbeitgebers und keine bloßen “sowieso-Kosten”?)

Zweiseitige Bestimmung

- Eine Regelung zum Datenschutz im Home Office ist ebenfalls ratsam
- Insofern erscheinen z.B. folgende Punkte regelungsbedürftig:
 - Schutz von dienstlichen Daten, Informationen und Passwörtern
 - Pflicht, Home Office-Raum abzuschließen, falls nicht anwesend
 - kein Zugriff Dritter über Schnittstellen (z.B. Bluetooth, WLAN, USB) auf dienstliche Informationen
 - Pflicht zur Sicherung von Daten in der Cloud des Arbeitgebers
 - Pflicht, keine sonstigen privaten Cloud-Dienste zu nutzen
 - Kommunikation lediglich über gesicherte Verbindungen
 - Nutzung geeigneter Internet Security Software (Virenschutz)
 - Pflicht, Verlust / Beschädigung von Daten unverzüglich zu melden

Zweiseitige Bestimmung

- Auch Regelung zur Beendigung des Tätigwerdens im Home Office ist ratsam
- Hierbei ist Unterscheidung zwischen Beendigung der Home Office-Tätigkeit durch einseitige Erklärung des Arbeitgebers / Arbeitnehmers sowie aufgrund eines automatischen Endes zu empfehlen
- Es bestehen hier eine Vielzahl möglicher Gestaltungsmöglichkeiten, etwa:

“Der Arbeitnehmer kann seinen Home Office-Arbeitsplatz jederzeit durch entsprechende schriftliche Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber ohne Angabe von Gründen aufgeben. Hierbei ist eine Ankündigungsfrist von [Anzahl der Monate] Monaten einhalten, es sei den, es liegt ein wichtiger Grund vor, der die Fortführung der Home Office-Tätigkeit bis zum Ablauf der Ankündigungsfrist unzumutbar macht. Bei Vorliegen eines solchen wichtigen Grundes kann die Aufgabe des Home Office-Arbeitsplatzes auch fristlos erfolgen. Mit der Aufgabe des Home Office-Arbeitsplatzes endet die Home Office-Tätigkeit des Arbeitnehmers.”

Zweiseitige Bestimmung

“Die Home Office-Tätigkeit endet, ohne dass es einer Erklärung bedarf, insbesondere in den folgenden Fällen:

- mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses;*
- mit Wirksamwerden der dauerhaften Zuweisung eines außerhalb des Home Office-Arbeitsplatzes liegenden Arbeitsortes durch den Arbeitgeber. Der Arbeitgeber ist insbesondere berechtigt, den Arbeitnehmer nach billigem Ermessen gemäß § 106 GewO und mit einer Ankündigungsfrist von [Anzahl der Monate] zum Monatsende einen im Betrieb des Arbeitgebers in [Ort der Betriebsstätte] gelegenen Arbeitsplatz zuzuweisen. Insbesondere im Falle eines groben Verstoßes gegen diese Vereinbarung hat der Arbeitgeber das Recht, die Tätigkeit im Home Office mit sofortiger Wirkung zu beenden;*
- mit Aufgabe durch den Arbeitnehmer bzw. Wirksamwerden der Beendigung des Mietverhältnisses hinsichtlich der Wohnung, in welcher der Home Office-Arbeitsplatz vertragsgemäß eingerichtet ist. Sowohl die Aufgabe als auch das Wirksamwerden der Beendigung des Mietverhältnisses hinsichtlich der Wohnung hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber unverzüglich, nachdem er hierüber Kenntnis erlangt, schriftlich anzuzeigen.”*

- Regelung zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht vergessen, z.B.:

“Nach der Beendigung der Home Office-Tätigkeit wird der Arbeitnehmer, sofern das Arbeitsverhältnis fortbesteht, seine Arbeitsleistung im Betrieb des Arbeitgebers in [Ort der Betriebsstätte] bzw. an einem anderen dem Arbeitnehmer nach billigem Ermessen zugewiesenen Arbeitsplatz außerhalb des Home Office-Arbeitsplatzes erbringen [...]”

Zweiseitige Bestimmung

- Regelungen müssen stets dem konkreten Einzelfall angepasst werden; keine 1:1 Übernahme in der Praxis möglich und ratsam
- Literatur zur Gestaltung einer Home Office-Vereinbarung (Auswahl):
 - *Hoppe*, in: Kramer, IT-Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, Rn. 616 ff.
 - *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl. 2020
 - *Röllner*, in: Küttner, Personalbuch, 27. Aufl. 2020, Homeoffice Rn. 7 ff.
 - *Köhler/Schürgens*, BB 2020, 2613 ff.
 - *Kamann*, ArbRAktuell 2016, 142 ff.
 - *Hülsemann*, ArbRAktuell 2017, 483 ff.
 - *Richter*, ArbRAktuell 2018, 142 ff. u. 166 ff.
 - *C. Hahn*, öAT 2018, 202 ff.
 - *Suwelack*, ZD 2020, 561 ff.
 - *Schwiering/Zurel*, ZD 2016, 17 ff.

2.

Durchführung des Arbeitens im Home Office

Durchführung

- Durchführung des Arbeitsverhältnisses als Hinderungsgrund für einen Wechsel in das Home Office?
- Mögliche Probleme (Auswahl):
 - Arbeitsschutzrecht
 - Überwachung der Arbeitsleitung
 - Beteiligungsrechte des Betriebsrats
 - Unfallversicherungsschutz
- Im Ergebnis lassen sich in der Praxis die Probleme im Zusammenhang mit der Durchführung eines Arbeitens im Home Office i.d.R. lösen.
- Dies zeigt nicht zuletzt das aktuelle Pandemiegeschehen exemplarisch, wo sich ein Arbeiten im Home Office in der Praxis vielfach realisieren ließ.
- Überblick zu den oben genannten Problemen:

Durchführung

- Problem Arbeitsschutzrecht (ArbSchR):
 - grds. Anwendbarkeit des ArbSchR (d.h. auch des ArbZG!) im Home Office heute unstrittig (vgl. auch Ziffer 4.2.4 der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel vom 22. Februar 2021)
 - Sicherstellung mancher Arbeitsschutzregelungen im Home Office für Arbeitgeber praktisch unmöglich
 - Lösung: Anwendung der Regeln über eine praktische Konkordanz und Konkretisierung hinsichtlich einzelner Arbeitsschutzregelungen (insb. § 5 und § 12 ArbSchG)

- Problem Überwachung der Arbeitsleistung:
 - Aufeinanderprallen berechtigter Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber
 - Orientierung am “Sphärenmodell” des BVerfG erscheint ratsam; Vorgaben insb. nach DS-GVO und BDSG sind zu beachten (vgl. auch LAG Bln-Bdb v. 11.9.2020 – 9 Sa 584/20)
 - Abschluss von (Kollektiv-)Vereinbarungen, welche die gegenläufigen Interessen angemessen in Einklang bringen (Achtung: Nicht jede Kollektivvereinbarung hält Angemessenheitskontrolle über § 75 Abs. 2 BetrVG stand, vgl. nur BAG v. 25.4.2017 – 1 ABR 46/15)

Durchführung

- Problem Beteiligungsrechte des Betriebsrats:
 - Fragen der Betriebsratsbeteiligung beim Wechsel ins/vom Home Office im Wesentlichen geklärt (vgl. etwa LAG Hessen v. 18.6.2020 – 5 TaBVGa 74/20; LAG Hessen v. 14.1.2020 – 4 TaBV 5/19; LAG Köln v. 14.8.2020 – 9 TaBV 11/20; LAG MV v. 25.2.2020 – 5 TaBV 1/20)
 - ggf. allgemeiner Auskunftsanspruch gemäß § 80 Abs. 2 BetrVG
 - Beteiligungsrechte gemäß §§ 90 Abs. 1, Abs. 2, 92, 93, 95, 99, 100 BetrVG zu prüfen, überdies § 87 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 3, Nr. 6, Nr. 7 BetrVG zu prüfen

- Problem Unfallversicherungsschutz:
 - Durch Arbeit im Home Office ggf. empfindliche Lücken bei Unfallversicherungsschutz (siehe nur BSG v. 27.11.2018 – B 2 U 28/17 R; v. 5.7.2016 – B 2 U 5/15 R)
 - Arbeitgeber sollten Abschluss von Gruppenunfallversicherung erwägen, jedenfalls aber Arbeitnehmer auf Versicherungslücken hinweisen

3.

Beendigung eines Home Office-Einsatzes

Beendigung

- Antizipierte (kollektiv-)vertragliche Regelung zur Beendigung des Home Office-Einsatzes zu empfehlen, z.B.:

“Der Arbeitgeber behält sich vor, dem Arbeitnehmer unter Wahrung seiner Interessen nach § 106 GewO vorübergehend oder auf Dauer einen im Betrieb des Arbeitgebers in [Ort der Betriebsstätte] gelegenen Arbeitsplatz zuzuweisen. Bei der dauerhaften Zuweisung eines solchen Arbeitsplatzes wird der Arbeitgeber eine Ankündigungsfrist von [Anzahl der Monate] Monaten einhalten, es sei denn, es liegt ein wichtiger Grund vor. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, der die Fortführung der Home Office-Tätigkeit bis zum Ablauf der Frist unzumutbar macht, kann die dauerhafte Zuweisung eines Arbeitsplatzes in [Ort der Betriebsstätte] auch fristlos erfolgen.”

- Regelung sollte stets dem konkreten Einzelfall angepasst werden; keine 1:1 Übernahme in der Praxis möglich und ratsam
- Ohne wirksame Regelung rechtswirksames Lösen von der Vereinbarung eines Arbeitens im Home Office aus Sicht des Arbeitgebers ggf. nur schwer möglich:
 - einvernehmliche Vereinbarung mit Arbeitnehmer
 - Änderungskündigung

A decorative graphic on the left side of the slide. It consists of a large red square at the bottom left, a smaller red square above it and to the right, and three vertical red bars of varying heights to the right of the smaller square. The tallest bar is on the left, followed by a medium one, and a short one on the right, ending with a small red square.

Ausblick

1.

Allgemeiner gesetzlicher Anspruch
auf ein Arbeiten im Home Office
in Zukunft in Deutschland?

Allgemeiner gesetzlicher Anspruch?

- Laut Umfragen befürworteten schon vor der Pandemie 64 % der Wahlberechtigten in Deutschland die Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Anspruchs auf ein Arbeiten im Home Office, sofern das möglich ist, 31 % waren dagegen
Quelle: ZDF-Politbarometer, 2019
- Mitte 2020 gaben lediglich 17 Prozent der abhängig Beschäftigten, die nicht aus dem Home Office gearbeitet haben, an, dass das daran liege, dass ihr Arbeitgeber dies nicht erlaube.
Quelle: BMAS, Kurzexpertise Homeoffice, Q3 2020
- Was plante das BMAS ursprünglich Ende 2019? Eingeführt werden sollte ein “Erörterungsrecht mit begründeter Ablehnung, Fiktion”. Dazu hieß es wörtlich auf der Homepage des BMAS u.a.:

- *“Ein Erörterungsrecht mit begründeter Ablehnung stärkt die Verhandlungsposition des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber muss mit dem Arbeitnehmer dessen Wunsch nach mobiler Arbeit erörtern und hierauf reagieren, um die Fiktionswirkung zu verhindern.*
- *Der Arbeitnehmer muss dem Arbeitgeber Beginn, Dauer, Umfang und Verteilung der mobilen Arbeit spätestens drei Monate vor dem gewünschten Beginn in Textform mitteilen.*

Allgemeiner gesetzlicher Anspruch?

- *Der Arbeitgeber hat die Pflicht, diesen Wunsch mit dem Arbeitnehmer zu erörtern mit dem Ziel, zu einer Vereinbarung zu gelangen.*
- *Der Arbeitgeber kann den Wunsch des Arbeitnehmers, mobil zu arbeiten, begründet ablehnen (keine qualifizierten Ablehnungsgründe).*
- *Die Ablehnung muss form- und fristgerecht erfolgen.*
- *Versäumt der Arbeitgeber die Erörterung und/oder lehnt er nicht form- und fristgerecht ab, gilt die vom Arbeitnehmer gewünschte mobile Arbeit als vereinbart (Zustimmungsfiktion).*
- *Bei ordnungsgemäßer Ablehnung durch den Arbeitgeber neues Verfahren frühestens nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums nach Zugang der Ablehnung."*

- Weiter hieß es auf der Homepage des BMAS u.a.:

"Der Betriebsrat erhält ein Mitbestimmungsrecht zur Einführung und Ausgestaltung von mobiler Arbeit. Er kann damit die Einführung mobiler Arbeit im Betrieb verlangen. Wird mobile Arbeit eingeführt, ist der Betriebsrat zwingend an der Ausgestaltung zu beteiligen. Die erzwingbare Betriebsvereinbarung kann der mobilen Arbeit einen einheitlichen und für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eines Betriebs verbindlichen Rechtsrahmen geben. Der einheitliche Rechtsrahmen der mobilen Arbeit ist auch im Interesse des Arbeitgebers, der die Bedingungen mobiler Arbeit nicht einzeln aushandeln muss."

Allgemeiner gesetzlicher Anspruch?

- Was plant das BMAS nun?
 - Der Anfang Okt. 2020 zirkulierte Referentenentwurf zu einem MAG sah zunächst u.a. vor:

- *Vollzeitbeschäftigte sollen nach einem neuen § 111 GewO einen Anspruch auf 24 Tage pro Jahr mobiles Arbeiten bekommen. Die 24 Tage sollen eine Untergrenze darstellen.*
 - *Für eine Ablehnung sollen Arbeitgeber zwingende betriebliche Gründe angeben müssen. Sie sollen erläutern müssen, warum sich die Tätigkeit grundsätzlich nicht als mobile Arbeit eignet.*
 - *Arbeitgeber und Arbeitnehmer sollen feste Vereinbarungen treffen, wann Mitarbeiter zu Hause erreichbar sein müssen und wann nicht. Ein neuer § 112 GewO soll Regelungen über Arbeitszeitznachweise mobil arbeitender Arbeitnehmer enthalten.*
 - *§ 8 SGB VII soll geändert werden, um Versicherungslücken beim Unfallversicherungsschutz zu schließen*
 - *In § 87 Abs. 1 BetrVG soll als Nr. 14 “Einführung und Ausgestaltung von mobiler Arbeit” ergänzt werden.*
 - Nach Gegenentwurf des Arbeitskreises “Zukunft der Arbeit” der CDU/CSU Bundestagsfraktion zu einem EMAG Ende Okt. 2020: BMAS zirkuliert Ende Nov. 2020 weiteren Referentenentwurf, der Verhandlungslösung ohne Untergrenze von 24 Tagen vorsieht

Allgemeiner gesetzlicher Anspruch?

- Referentenentwurf des BMAS von Mitte Dez. 2020 zu einem Betriebsrätestärkungsgesetz sieht Ergänzung von § 87 Abs. 1 BetrVG durch neue Nr. 14 "Ausgestaltung von mobiler Arbeit" vor
- Referentenentwürfe wurden teilweise allerdings bereits vor der eigentlichen Ressortabstimmung gestoppt, da sie nach Auffassung des Bundeskanzleramts nicht in Übereinstimmung mit dem Koalitionsvertrag stehen
- Mit Blick auf den Koalitionsvertrag kann dies nur bestätigt werden. Unter der Überschrift "Gute digitale Arbeit 4.0" heißt es dort:

"Wir wollen mobile Arbeit fördern und erleichtern. Dazu werden wir einen rechtlichen Rahmen schaffen. Zu diesem gehört auch ein Auskunftsanspruch der Arbeitnehmer gegenüber ihrem Arbeitgeber über die Entscheidungsgründe der Ablehnung sowie Rechtssicherheit für Arbeitnehmer wie Arbeitgeber im Umgang mit privat genutzter Firmentechnik."

- Weitere gesetzgeberische Entwicklung nur schwer vorhersehbar; möglich erscheint, dass man sich noch auf eine Zwischenform zwischen den Vorschlägen des BMAS von Anfang Oktober/Ende November 2020 unter Berücksichtigung der Vorschläge/Einschränkungen des Arbeitskreises "Zukunft der Arbeit" der CDU/CSU Bundestagsfraktion von Ende Okt. 2020 einigt

2.

Rechtslage in anderen Ländern
als Vorbild?

Rechtslage in anderen Ländern

- Exemplarisch: Rechtslage in den Niederlanden und in der Schweiz
- Rechtslage in den Niederlanden:
 - Viel Aufmerksamkeit in Deutschland für (vermeintlichen) gesetzlichen Anspruch auf ein Arbeiten im Home Office in den Niederlanden
 - Art. 2 des niederländischen Gesetzes über ein flexibles Arbeiten (“Wet Flexibel Werken”) sieht einen solchen allgemeinen Anspruch jedoch nicht vor
 - Arbeitgeber kann Antrag des Arbeitnehmers auf ein Arbeiten im Home Office abweisen, ohne dafür (anders als bezüglich des Antrags auf Veränderung der Arbeitszeit) schwerwiegende betriebliche oder dienstliche Gründe geltend machen zu müssen
 - Der Arbeitgeber ist nur zur ernstlichen Prüfung und Beratung mit dem Arbeitnehmer über dessen Antrag verpflichtet
- Vorbild für Deutschland?

Rechtslage in anderen Ländern

- Rechtslage in der Schweiz:
 - Regelungen zum "Heimarbeitsvertrag" in Art. 351 ff. des Schweizer Obligationenrechts (OR) als Unterfall des "Einzelarbeitsvertrages" (Art. 319 ff. OR)
 - Art. 351 OR enthält eine Definition des Heimarbeitsvertrags (≠ Heimarbeit i.S.d. dt. HAG?):

"Durch den Heimarbeitsvertrag verpflichtet sich der Heimarbeitnehmer, in seiner Wohnung oder in einem andern, von ihm bestimmten Arbeitsraum allein oder mit Familienangehörigen Arbeiten im Lohn für den Arbeitgeber auszuführen."
 - Art 351a ff. enthalten u.a. besondere Bestimmungen zur Bekanntgabe der Arbeitsbedingungen, zur Ausführung der Arbeit und zur Abnahme der Arbeitserzeugnisse sowie zum Umgang des Arbeitnehmers mit Material und Arbeitsgeräten des Arbeitgebers
- Vorbild für Deutschland?

IV. Fazit

Kontakt



Dr. Sebastian Pfrang

Baker & McKenzie

Partnerschaft von Rechtsanwälten,
Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern mbB
Bethmannstraße 50-54
60311 Frankfurt/Main

+49 69 2 99 08 439

Sebastian.Pfrang@bakermckenzie.com



bakermckenzie.com

Baker & McKenzie – Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB is a member firm of Baker & McKenzie International, a Swiss Verein with member law firms around the world. In accordance with the common terminology used in professional service organizations, reference to a "partner" means a person who is a partner, or equivalent, in such a law firm. Similarly, reference to an "office" means an office of any such law firm. This may qualify as "Attorney Advertising" requiring notice in some jurisdictions. Prior results do not guarantee a similar outcome.

© 2021 Baker & McKenzie Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB