

Home-Office und Mobile Arbeit: Status Quo, Corona-ArbSchV und Ausblick (Deutschland)

März 2021

Autoren: [Frank-Karl Heuchemer](#), [Sonja Sehr](#)

Wir befinden uns seit Mitte Dezember 2020 wieder im „harten Lockdown“. Schon als der „Lockdown Light“ beschlossen wurde, riefen die Bundeskanzlerin und die Regierungschefinnen und Regierungschefs der Bundesländer die Unternehmen auf, ihren Beschäftigten angesichts der hohen Infektionszahlen, Heimarbeit oder das mobile Arbeiten zu Hause (wieder) zu ermöglichen.

Seit dem 27. Januar 2021 gilt bundesweit die sog. Corona-Arbeitsschutzverordnung (im Folgenden „**Corona-ArbSchV**“ genannt), aktuell zeitlich befristet noch bis zum 15. März 2021. Eine Verlängerung der Geltungsdauer dürfte wahrscheinlich sein, sollten die Inzidenzwerte nicht signifikant sinken.

Vor diesem Hintergrund sollten die arbeitsrechtlichen Bestimmungen allgemein und der Corona-ArbSchV sowie die aktuellen gesetzlichen Bestrebungen zum Home-Office erneut vor Augen geführt werden.

Ist der Arbeitgeber durch die Corona-Arbeitsschutzverordnung verpflichtet, seinen Beschäftigten Home-Office anzubieten? Wer entscheidet die Frage, ob Home-Office möglich ist?

Nach der neuen Corona-ArbSchV sind Arbeitgeber, zunächst temporär, verpflichtet, den Beschäftigten im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten, die sich dafür eignen, anzubieten, diese in ihrer Wohnung (Home-Office) auszuführen, sofern nicht **zwingende betriebsbedingte Gründe** dem entgegenstehen. Vergleichbare Tätigkeiten sind in der Regel solche, die unter Verwendung von Informationstechnologien von zu Hause aus erledigt werden können. Die Entscheidung über die Möglichkeit von Home-Office bzw. evtl. entgegenstehende Gründe trifft der Arbeitgeber.

Welche zwingenden betrieblichen Gründe können gegen die Ausführung von Arbeiten im Home-Office sprechen?

Nach dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales (im Folgenden nur „**BMAS**“) könnten viele Tätigkeiten in Produktion, Dienstleistung, Handel, Logistik etc. eine Ausführung im Home-Office nicht zulassen. Auch in anderen Bereichen könnten nachvollziehbare betriebstechnische Gründe vorliegen, die gegen eine Verlagerung ins Home-Office sprechen. Dies könne z.B. in Betracht kommen, wenn die Betriebsabläufe sonst erheblich eingeschränkt würden oder gar nicht aufrechterhalten werden könnten. Beispiele könnten sein: mit einer Bürotätigkeit verbundene Nebentätigkeiten wie die Bearbeitung und Verteilung der eingehenden Post, die Bearbeitung des Waren-Ein- und Ausgangs, Schalter- und Kassendienste bei weiterhin erforderlichen Kunden- und Mitarbeiterkontakten, Materialausgabe, Reparatur- und Wartungsaufgaben (z.B. IT-Service), Hausmeisterdienste und Notdienste zur Aufrechterhaltung des Betriebes, unter Umständen auch die Sicherstellung der Ersten Hilfe im Betrieb.

Technische oder organisatorische Gründe, wie z.B. die Nichtverfügbarkeit benötigter IT-Ausstattung, notwendige Veränderung der Arbeitsorganisation oder unzureichende Qualifizierung der betroffenen Beschäftigten können in der Regel nur vorübergehend bis zur Beseitigung des Verhinderungsgrunds angeführt werden. Gegebenenfalls könnten auch besondere Anforderungen des Datenschutzes und des Schutzes von Betriebsgeheimnissen gegen die Ausführung von Tätigkeiten im Home-Office sprechen.

Was passiert, wenn vom Arbeitgeber behauptete zwingenden betrieblichen Gründe vom Arbeitnehmer nicht akzeptiert werden?

Führt der Arbeitgeber an, dass betriebliche Gründe der häuslichen Arbeit entgegenstehen, gibt es für den Arbeitnehmer derzeit keine Möglichkeit, das mobile Arbeiten gerichtlich durchzusetzen. Der Arbeitnehmer soll und kann sich laut Bundesarbeitsminister Hubertus Heil an die betriebliche Interessenvertretung wenden. Was dies genau bewirken soll, bleibt jedoch unklar. Im Übrigen könnte der Arbeitnehmer auch Kontakt mit den Arbeitsschutzbehörden aufnehmen (§ 17 ArbSchG). Die Arbeitsschutzbehörde kann sodann vom Arbeitgeber die zur Durchführung ihrer Überwachungsaufgabe erforderlichen Auskünfte und die Überlassung von entsprechenden Unterlagen verlangen. Der Arbeitgeber muss dann die Gründe darlegen, weshalb Home-Office nicht möglich ist. Kommt der Arbeitgeber der Aufforderung nicht nach, kann die Arbeitsschutzbehörde die Arbeit im Betrieb untersagen. Zudem können Bußgelder von bis zu EUR 30.000,00 verhängt werden. Es ist daher anzuraten, dass Arbeitgeber Angebote zur Arbeit im Home-Office oder zwingende betriebsbedingte Gründe, die gegen Home-Office sprechen, dokumentieren als auch vorher ausführlich mit dem Arbeitnehmer besprechen.

Wie sieht der Arbeitsschutz im Home-Office aus?

Den Arbeitgeber treffen grundsätzlich auch dann Arbeitsschutzpflichten, wenn der Arbeitnehmer im Home-Office tätig ist. Die Durchsetzung und Überwachung arbeitsschutzrechtlicher Anforderungen ist dabei allerdings faktisch und rechtlich beschränkt. Der Arbeitgeber hat grundsätzlich kein Zutrittsrecht zur Wohnung des Arbeitnehmers, wenn ein solches nicht zwischen den Parteien vereinbart ist. Selbst bei einer Zutrittsmöglichkeit hätte der Arbeitgeber nicht auf sämtliche „häuslichen“ Gefahren dauerhafte Einflussmöglichkeiten. Die Arbeitsschutzpflichten des Arbeitgebers im Home-Office und bei der mobilen Arbeit sind daher weitgehend als Organisations- und Hinweispflichten zu sehen, zumindest soweit kein Telearbeitsplatz im Sinne des § 2 VII ArbStättV vorliegt.

Im Zusammenhang mit der Corona-ArbSchV wird diskutiert, welche Form des Home-Offices hierin eigentlich gemeint ist, der Verordnungstext bleibt relativ vage. Er lautet in § 2 IV Corona-ArbSchV:

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.

Insbesondere stellt sich die berechnete Frage, ob Arbeitgeber damit tatsächlich verpflichtet wurden, bei allen Arbeitnehmern, deren Tätigkeit das erlaubt, Telearbeitsplätze im Sinne des § 2 VII ArbStättV für einen Zeitraum von rund 2,5 Monaten zu installieren, d.h. Ausstattungen inkl. Büromöbel zur Verfügung zu stellen, Gefährdungsbeurteilungen und Überwachung durchzuführen und alle Kosten hierfür zu tragen. In der Verordnung selbst ist auf jeden Fall nicht die Einrichtung eines konkreten Arbeitsplatzes und dessen Beurteilung vorgeschrieben. Das BMAS legt sich (wohlweislich?) auch nicht genau fest, auf seiner Homepage lässt es nur wissen, dass

„Grundsätzlich der Arbeitgeber auch für Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit im Home-Office verantwortlich ist. Das heißt aber nicht, dass er den Beschäftigten umfassend alle erforderlichen Arbeitsmittel zur Verfügung stellen muss. Beschäftigte können im Home-Office auch eigene Arbeitsmittel verwenden. Es bietet sich an, gemeinsam zu vereinbaren, ob und unter welchen Bedingungen Arbeitsmittel durch die Beschäftigten zur Verfügung gestellt werden können. Der Arbeitgeber muss den Arbeitsplatz im Home-Office in die Gefährdungsbeurteilung einbeziehen und die notwendige Ausstattung festlegen. Er hat auch für die sichere Verwendung der Arbeitsmittel Sorge zu tragen.“

Nach dem Wortlaut des § 2 VII ArbStättV setzt ein Telearbeitsplatz Folgendes voraus:

„Ein Telearbeitsplatz ist vom Arbeitgeber erst dann eingerichtet, wenn Arbeitgeber und Beschäftigte die Bedingungen der Telearbeit arbeitsvertraglich oder im Rahmen einer Vereinbarung festgelegt haben und die benötigte Ausstattung des Telearbeitsplatzes mit Mobiliar, Arbeitsmitteln einschließlich der Kommunikationseinrichtungen durch den Arbeitgeber oder eine von ihm beauftragte Person im Privatbereich des Beschäftigten bereitgestellt und installiert ist.“

Bezieht man all diese Aspekte ein, lässt sich nach hiesiger Auffassung, insbesondere vor dem Hintergrund der kurzen Laufzeit der Corona-ArbSchV, argumentieren, dass hier keine Verpflichtung des Arbeitgebers begründet werden sollte, flächenübergreifend echte Telearbeitsplätze einzurichten. Die Verordnung sieht vor, dass Arbeitnehmer ihre eigenen Arbeitsmittel verwenden dürfen. Das widerspricht dem Wortlaut des § 2 VII ArbStättV, der vorsieht, dass das Equipment durch den Arbeitgeber bereitgestellt und installiert wird. Auch sieht die ArbStättV eine zwingende Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vor. Schließlich sieht ein aktueller Gesetzesentwurf zum Home-Office (siehe hierzu unten mehr) derzeit nicht die Verpflichtung vor, Telearbeitsplätze einzurichten. Es erscheint widersinnig, dass ein geplantes Gesetz, das langfristig gelten soll, diese Verpflichtung nicht vorsieht, aber eine temporär geltende Verordnung schon.

Wohl aber ist der Arbeitgeber verpflichtet, u.a. eine Gefährdungsbeurteilung zur Arbeit im Home Office durchzuführen. Sie reduziert sich jedoch weitgehend auf (sehr ausführliche) Organisations- und Hinweispflichten.

Achtung: Insbesondere im Zusammenhang mit der Notwendigkeit der Durchführung der Gefährdungsbeurteilung ist zu beachten, dass diese ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates auslöst, welches auch beachtet werden muss! Daneben sind bei der Einführung von Home-Office Arrangements regelmäßig verschiedene andere Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates zu beachten. Sollten bislang keine Vereinbarungen in diesem Zusammenhang mit dem Betriebsrat getroffen worden sein, empfiehlt es sich spätestens zum jetzigen Zeitpunkt, den Betriebsrat „ins Boot zu holen“.

Die Arbeitsschutzpflichten des Arbeitgebers sind weiter eingeschränkt, wenn die Arbeitnehmer nicht darauf beschränkt sind, von zuhause aus zu arbeiten („Home-Office“), sondern den Mitarbeitern allgemein die Möglichkeit zu mobiler Arbeit eröffnet („Mobile Office“) wird. Noch mehr als beim Arbeiten im klassischen Home-Office sind die Einflussmöglichkeiten des Arbeitgebers auf die konkrete Arbeitsumgebung dann eingeschränkt. So kann dem Arbeitgeber bei allgemeiner mobiler Arbeit nicht zugemutet werden, für jeden denkbaren mobilen Arbeitsplatz eine separate Gefährdungsbeurteilung und Unterweisung vorzunehmen. Mobiler Arbeit ist es immanent, dass ausschließlich der Arbeitnehmer den Arbeitsort festlegt. Kann der Arbeitgeber den konkreten Arbeitsort nicht vorhersehen, muss eine allgemeine Gefährdungsbeurteilung ausreichend sein, bei der allenfalls typische Gefahren identifiziert werden müssten.

Sowohl im Home-Office als auch im Mobile Office sind die Mitwirkungspflichten der Arbeitnehmer in diesem Zusammenhang besonders ausgeprägt. Dies gilt insbesondere für die Pflichten der Arbeitnehmer zum Eigenschutz (§ 15 ArbSchG) sowie die Pflicht zur Meldung unmittelbarer erheblicher Gefahren (§ 16 ArbSchG).

Muss der Arbeitgeber die Ausstattung für das Home-Office zur Verfügung stellen? Wer trägt die Kosten?

Grundsätzlich ist der Arbeitgeber verpflichtet, seinen Arbeitnehmern die für eine ordnungsgemäße Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung erforderlichen Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen – dies gilt auch bei der mobilen Arbeit oder Home-Office-Tätigkeiten. Welche Arbeitsmittel das genau sind, ist im Einzelfall zu bestimmen. Es bietet sich an, gemeinsam zu vereinbaren, ob und unter welchen Bedingungen Arbeitsmittel durch die Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt werden können.

Soweit der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Arbeitsmittel zur Nutzung überlässt (typischerweise Handy und Laptop, seltener auch Mobiliar und weiteres Büromaterial), trägt der Arbeitgeber sämtliche Kosten für Anschaffung, Wartung und Pflege. Aus Arbeitgebersicht empfiehlt sich die Ausstattung mit technischen Arbeitsmitteln, die ausschließlich für den betrieblichen Gebrauch bestimmt sind, schon aus datenschutzrechtlichen Gründen. Des Weiteren kann das auch die Anschaffung einer Büroeinrichtung, anteilige Miet-, Strom- und Heizkosten sowie Kosten für den Internetanschluss betreffen. Hier ist jedoch Vorsicht geboten. Wie gerade erwähnt, dürfte eine

Vereinbarung über diese Details dazu führen, dass ein Telearbeitsplatz vereinbart und dann auch eingerichtet werden muss.

Arbeitnehmer können auch eigene Arbeitsmittel nutzen. Der Arbeitnehmer hat dann gegen den Arbeitgeber Aufwendungsersatzansprüche für Kosten, die er nach den Umständen für erforderlich halten durfte. Nach allgemeiner Auffassung besteht ein Ersatzanspruch des Arbeitnehmers jedoch nur, wenn die Anschaffung der Arbeitsmittel im überwiegenden Interesse des Arbeitgebers erfolgt ist. Diese Voraussetzung ist zum Beispiel nicht erfüllt für einen Internetbreitbandanschluss, den der Arbeitnehmer schon vor seinem Wechsel ins Home-Office angeschafft hatte und auch weiterhin privat nutzt.

Der Arbeitgeber muss den Arbeitsplatz im Home-Office in die Gefährdungsbeurteilung einbeziehen und die notwendige Ausstattung festlegen. Er hat auch für die sichere Verwendung der Arbeitsmittel Sorge zu tragen.

Die Kosten können grundsätzlich mit dem Arbeitsentgelt oder durch zusätzliche Pauschalen abgegolten werden. Hierzu bedarf es aber einer entsprechenden Vereinbarung. Die Abgeltung mit dem Arbeitsentgelt ist dabei nur zulässig, wenn die entsprechenden Kosten benannt werden (Transparenzgebot) und gegenüber dem Arbeitsentgelt gering ausfallen (Angemessenheit). Bei gut bezahlten Mitarbeitern dürfte man hingegen von einer Abgeltung solcher Kosten mit dem Arbeitsentgelt auch ohne vertragliche Vereinbarung ausgehen.

Kann der Arbeitgeber die Arbeit im Home-Office anordnen? Besteht ein allgemeiner gesetzlicher Anspruch, im Home-Office zu arbeiten?

Grundsätzlich gab und gibt es zur Zeit keinen **dauerhaften** gesetzlichen Anspruch, von zu Hause aus zu arbeiten (so auch das LAG Berlin-Brandenburg vor der Pandemie in einem Urteil vom 14.11.2018 – 17 Sa 562/18). Man geht davon aus, dass Arbeiten von zu Hause grundsätzlich an die Zustimmung der Arbeitnehmer geknüpft ist. Privater Wohnraum der Arbeitnehmer liegt außerhalb der Einflussosphäre des Arbeitgebers (wegen des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung, Artikel 13 GG). Das gilt auch weiterhin, d.h. hinsichtlich der Corona-ArbSchV. Auch hier gibt es weder die Möglichkeit, den Arbeitnehmer gegen seinen Willen, dazu zu zwingen, im Home-Office zu arbeiten, noch hat der Arbeitnehmer einen einklagbaren Anspruch darauf. Arbeitnehmer können dies jedoch mit ihrem Arbeitgeber vereinbaren. Die Option kann sich zudem bereits aus dem Arbeitsvertrag, aus einer Betriebsvereinbarung oder einem Tarifvertrag ergeben.

Zuletzt gingen jedoch mehr Stimmen davon aus, dass die Krisensituation der Corona-Pandemie und die Expertenempfehlung zum „social distancing“ einen Anspruch des Arbeitgebers auf Vertragsanpassung rechtfertigen, sofern er die nötige Infrastruktur bereitstellt und keine berechtigten Interessen aus der Wohn- und Lebenssphäre des Arbeitnehmers entgegenstehen. Dies gilt insbesondere, wenn während einer Betriebsschließung ein Schaden des Arbeitgebers durch eine Tätigkeit im Home-Office abgewendet werden kann. Spiegelbildlich könnte aber auch ein Arbeitnehmer einen solchen Anspruch gegen den Arbeitgeber haben, sofern die Art der Arbeitsleistung keine Präsenz an der Arbeitsstätte erfordert. Im Lichte der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist ein solcher Anspruch in der Regel zu bejahen, wenn der Arbeitnehmer Risikofaktoren aufweist (wie Alter, Atemwegs- oder Herzerkrankungen) und keine berechtigten Interessen des Arbeitgebers dagegensprechen.

Was gibt es für gesetzgeberische Aktivitäten zum Home-Office?

Aktuell wird befindet sich im BMAS der „Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung mobiler Arbeit, **EMAG**“ in der Entwicklung. Dieser enthält eine umfassende Regulierung der mobilen Arbeit und setzt vor allem auf steuerliche Erleichterungen für die Ausstattung des (ggf. häuslichen) Arbeitsplatzes, spart jedoch einen Anspruch auf Telearbeit oder Home-Office aus. Statt des Anspruchs soll eine Erörterungs- und Begründungsobliegenheit des Arbeitgebers bestehen. Mobiles Arbeiten bedeutet, dass dem Arbeitnehmer im Betrieb des Arbeitgebers kein dauerhaft eingerichteter Arbeitsplatz zur Verfügung steht und die Arbeit stattdessen ortsunabhängig, also mobil, ausgeübt werden darf.

Der Entwurf sieht hierzu Folgendes vor: Arbeitnehmer, die regelmäßig mobil arbeiten möchten, müssen dem Arbeitgeber Beginn, Dauer, Umfang und Verteilung der mobilen Arbeit spätestens drei Monate vor dem gewünschten Beginn in Textform mitteilen. Für den Arbeitgeber besteht sodann die Obliegenheit, die Wünsche

mit dem Ziel einer Einigung mit dem Arbeitnehmer zu erörtern. Wird keine Vereinbarung über die mobile Arbeit getroffen, hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer seine ablehnende Entscheidung sowie deren Gründe spätestens zwei Monate nach der Mitteilung des Wunsches durch den Arbeitnehmer in Textform zu erklären. Die Ablehnungsgründe dürfen nicht sachfremd oder willkürlich sein. Hat der Arbeitgeber die mobile Arbeit ordnungsgemäß abgelehnt, kann der Arbeitnehmer frühestens vier Monate nach Zugang der ablehnenden Entscheidung erneut einen Wunsch auf mobile Arbeit äußern, der dann dazu führt, dass das betriebsinterne Verfahren von vorne beginnt. Kommt der Arbeitgeber seiner Erörterungspflicht nicht nach, soll die gewünschte mobile Arbeit für die vom Arbeitnehmer mitgeteilte Dauer, längstens jedoch für die Dauer von sechs Monaten als festgelegt gelten. Da der Arbeitnehmer bei Äußerung seines Wunsches, mobil zu arbeiten, die Art und den Ort der mobilen Arbeit nicht zwingend angeben muss, sieht eine Auffangregelung vor, dass dann gelten soll, dass der Arbeitnehmer von einem Ort oder von Orten seiner Wahl arbeiten darf. Als Sanktion soll damit kraft Gesetzes in die Vertragsfreiheit eingegriffen werden.

Außerdem sieht der EMAG flankierende Gesetzesänderungen im Bereich des Arbeitsschutzes, Unfallversicherungsschutzes, der Arbeitszeiterfassung und der betrieblichen Mitbestimmung vor.

Was ist in Bezug auf die Arbeitszeitgestaltung im Home-Office zu beachten?

Das Arbeitszeitgesetz gilt auch für jede Tätigkeit im Home-Office. Die Mitarbeiter müssen, auch wenn sie von zu Hause arbeiten, die Höchstgrenzen gem. § 3 ArbZG, die Pausenregelung gem. § 4 ArbZG und die Ruhezeiten gem. § 5 ArbZG einhalten. Der Arbeitgeber ist insofern verantwortlich und muss die entsprechenden Bestimmungen durchsetzen. Dies gilt auch dann, wenn die Parteien eine Vertrauensarbeitszeit vereinbart haben. Eine Überwachung durch den Arbeitgeber ist im Home-Office aber nur sehr eingeschränkt möglich; umgekehrt ist die Gefahr, dass die Grenzen zwischen Freizeit und Arbeitszeit verschwimmen, gerade beim Arbeiten von zu Hause besonders ausgeprägt. Der Arbeitgeber sollte seine Pflichten zur Dokumentation der täglichen Arbeitszeit daher auf den Mitarbeiter delegieren. Der Mitarbeiter müsste dann seine täglichen Arbeitszeiten, insbesondere, wenn sie über die Acht-Stunden-Grenze hinausgehen, erfassen und diese Aufzeichnungen dem Arbeitgeber und gegebenenfalls einer Aufsichtsbehörde vorlegen.

Wie wird die Home-Office Tätigkeit wieder beendet?

Haben die Arbeitsvertragsparteien Home-Office oder mobile Arbeit vereinbart, obliegt es ihnen, auch eine mögliche Beendigung derselben vorzusehen. Die Vertragsparteien sollten regeln, ob und wenn ja, wie die Vereinbarung über die Tätigkeit im Home-Office oder der mobilen Arbeit wieder beendet werden kann. Dazu bietet sich eine befristete Vereinbarung oder bei einer unbefristeten Vereinbarung ein Widerrufsrecht an, momentan könnte z.B. an die aktuelle Lage der Pandemie angeknüpft werden. Fehlt eine Vereinbarung und können sich die Parteien nicht einigen, bleibt dem Arbeitgeber nur der Weg über eine Änderungskündigung.

White & Case LLP
Bockenheimer Landstraße 20
60323 Frankfurt am Main
Deutschland

T +49 69 29994 0

Dieses Schreiben ist ein reines Informationsschreiben und dient der allgemeinen Unterrichtung unserer Mandanten und anderer interessierter Personen. Es kann eine rechtliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen. Gerne stehen wir Ihnen für weiterführende Informationen oder konkrete Anfragen zur Verfügung.

White & Case ist eine internationale Anwaltskanzlei, die aus White & Case LLP, einer im US-Staat New York registrierten Limited Liability Partnership, White & Case LLP, einer nach englischem Recht eingetragenen Limited Liability Partnership, und weiteren angeschlossenen Unternehmen besteht. Die Partner unserer deutschen Büros gehören der nach dem Recht des Staates New York gegründeten Limited Liability Partnership an. Demzufolge ist die persönliche Haftung der einzelnen Partner beschränkt.

© 2020 White & Case LLP