

Herausgeber: Rechtsanwalt und Notar Dr. Ulrich Wessels, Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer • Rechtsanwalt beim BGH Prof. Dr. Ekkehart Reinelt, Karlsruhe • Prof. Dr. Martin Henssler, Institut für Anwaltsrecht, Universität zu Köln • Rechtsanwältin und Notarin Edith Kindermann, Präsidentin des Deutschen Anwaltvereins • Rechtsanwalt und Notar a.D. Herbert P. Schons, Duisburg • Rechtsanwalt Norbert Schneider, Neunkirchen • Rechtsanwalt Dr. Hubert W. van Bühren, Köln

Begründet von: Rechtsanwalt Dr. Egon Schneider

► Mit dem ZAP Internetreport

AUS DEM INHALT

Kolumne

Die Ausbildung von ReNo-Fachangestellten – eine wichtige Investition in den beruflichen Nachwuchs (S. 587)

Anwaltsmagazin

Neuregelungen im Juni (S. 589) • Neue Versicherungspflicht für Berufsausübungsgesellschaften (S. 593)
• beA: Auch in eigener Angelegenheit Pflicht (S. 593)

Aufsätze

Henssler/Sossna, Zum (un-)tauglichen Nacherfüllungsverlangen beim Verbrauchsgüterkauf (S. 623)

Schmitt-Gaedke/Klahm, Rechtliches Gehör und Waffengleichheit im Eilverfahren – Die Umsetzung der BVerfG-Rechtsprechung in der Praxis (S. 627)

Holthausen, Homeoffice – Hinweise und Tipps für die Anwaltspraxis (S. 635)

Rechtsprechung

BGH: Abtretung von Ansprüchen auf Mietrückerstattung (S. 616)

BAG: Sozialplanabfindungen (S. 619)

BGH: Kein Verbot von Umlauten in per beA eingereichten Dokumenten (S. 621)





Arbeitsrecht

Homeoffice – Hinweise und Tipps für die Anwaltspraxis

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Dr. JOACHIM HOLTHAUSEN, Köln

Inhalt

- | | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> I. Begrifflichkeiten rund um das „Homeoffice“ und das „mobile“ Arbeiten <ul style="list-style-type: none"> 1. Telearbeit 2. Homeoffice 3. Mobile Arbeit 4. Hybride oder alternierende Modelle, Desksharing II. Wirtschaftliche Bedeutung III. (Kein) Anspruch auf Homeoffice <ul style="list-style-type: none"> 1. Derzeitige Rechtslage 2. Ausgelaufene Sondersituation in der Corona-Pandemie 3. Reformpläne des Gesetzgebers 4. Vorrangiges Arbeitgeberinteresse: Flexibilität ohne Kontrollverlust IV. Tarifverträge und Mitbestimmung V. Grundlegende arbeitsrechtliche Aspekte <ul style="list-style-type: none"> 1. Gefahr der Entgrenzung der Arbeit | <ul style="list-style-type: none"> 2. Arbeitszeiterfassung 3. Erstattung von Kosten 4. Mietrechtliche Situation des Arbeitnehmers, Außenwirkung 5. Fahrten vom Homeoffice zum Betrieb 6. Arbeitgebersseitiges Direktionsrecht 7. Nutzung von Kollaborationstools 8. Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Homeoffice 9. Störfälle 10. Beendigung der Homeoffice-Tätigkeit 11. Mitbestimmung nach § 99 BetrVG VI. Datenschutz und -sicherheit im Homeoffice VII. Technische Arbeitssicherheit und Arbeitsschutz VIII. Steuerrechtliches Umfeld des Homeoffice IX. Gestaltungshinweise X. Fazit |
|--|--|

I. Begrifflichkeiten rund um das „Homeoffice“ und das „mobile“ Arbeiten

„Homeoffice“ wird umgangssprachlich gern als Oberbegriff für **dezentrales, flexibles und IT-/TK-gestütztes Arbeiten** verwandt. Für den richtigen Einstieg in das Thema und mit Blick auf unterschiedliche rechtliche Anforderungen und Vorgaben ist es zweckmäßig, zunächst zwischen den **Erscheinungsformen modernen Arbeitens außerhalb der Betriebsstätte des Arbeitgebers** sauber abzugrenzen (vgl. PICKER NZA-Beilage 2021, 4; SCHIEFER DB 2021, 114 und DB 2021, 1334; HIDALGO NZA 2019, 1449).

1. Telearbeit

Telearbeit bezeichnet Formen der **räumlich dezentralisierten, über Kommunikationsgeräte organisierten Arbeitsweise** (Teleheimarbeit, alternierende Telearbeit oder mobile Telearbeit; zur Abgrenzung zwischen Mobiler Arbeit und (alternierender) Telearbeit (vgl. etwa Tarifvertrag zur Mobilien Arbeit und Telearbeit im ZDF in § 2 Definitionen). Gemäß § 2 Abs. 7 ArbStättV sind **Telearbeitsplätze 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. Der Telearbeitsplatz ist bestenfalls vergleichbar gestaltet und eingerichtet wie ein Bildschirmarbeitsplatz im Betrieb des Arbeitgebers.

Arbeitsrechtliche Hinweise zum Homeoffice

2. Homeoffice

Beim **Homeoffice** richtet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mit dessen Einverständnis (Vereinbarung, keine einseitige Anordnung vgl. LAG Berlin, Urt. v. 14.11.2018 – 17 Sa 562/18, BeckRS 2018, 34001, Arg. ex Art. 13 Abs. 1 GG wegen Unverletzlichkeit der Wohnung) auf Grundlage einer Vereinbarung eine Arbeitsumgebung in dessen Zuhause einschließlich Büromöbel und technischer Ausstattung ein. Das Homeoffice unterfällt im Gegensatz zur Telearbeit nicht der ArbStättV.

3. Mobile Arbeit

Mobile Arbeit (auch: mobile work oder office) stellt eine Form des ortsunabhängigen Arbeitens (= kein fester Arbeitsort) mit oder ohne Informations- und Kommunikationstechnik dar, die ggf. auch situativ, unregelmäßig oder fallweise stattfindet, aber gesetzlich nicht definiert ist. Arbeitnehmer, die durchgehend, ausschließlich mobil arbeiten, haben keinen festen Arbeitsplatz, weder im Büro noch zu Hause. Sie erbringen ihre Leistung, ohne dass ihr Arbeitsplatz vorgegeben ist. Auch wer etwa in einem Café sitzt, sich im Hotel, auf einer Reise oder im eigenen Garten befindet und dort an seinem Laptop dienstliche E-Mails beantwortet, arbeitet mobil („anywhere“; zur Begriffsdefinition SCHÖLLMANN NZA-Beilage 2019, 81).

Präzise sollte man mobiles Arbeiten daher als ortsungebundenes Arbeiten außerhalb der Betriebsstätte an einem Ort, den der Arbeitnehmer frei gewählt oder mit dem Arbeitgeber vereinbart hat, definieren. Das Homeoffice unterscheidet sich vom Mobile Office nur dadurch, dass sich der Arbeitsplatz im Privatbereich des Beschäftigten befindet – und nicht an anderen oder wechselnden Orten (vgl. PICKER a.a.O., 4, 5; DOHRMANN NZA 2021, 691).

4. Hybride oder alternierende Modelle, Desksharing

Schließlich gibt es hybride oder alternierende Modelle, die die Arbeit im Betrieb mit einer Arbeit im „Homeoffice“ kombinieren. Dies kann auch Desksharing (vgl. SCHÖLLMANN a.a.O., 81; OLTMANN/FUHLROTT NZA 2018, 1225) einschließen. Bei dieser Arbeitsorganisation buchen sich die Arbeitnehmer für ihre Präsenzarbeitstage im Betrieb einen Schreibtisch, ihre Arbeitsunterlagen werden während ihrer Abwesenheit vom Betrieb in Rollcontainern aufbewahrt. Dieser Ansatz zielt v.a. auf die Einsparung von Betriebskosten durch innovative Flächennutzungskonzepte unter gleichzeitiger Einplanung von durchschnittlichen Ausfall-/Abwesenheitszeiten der Beschäftigten durch Krankheit, Urlaub etc.

Praxistipp:

Mit Blick darauf, dass bislang kaum verbindliche gesetzliche Definitionen, Vorgaben oder Regelungen rund um das Thema Homeoffice und „mobiles“ Arbeiten bestehen, haben die Tarif-, Betriebs- und Vertragsparteien einen weiten Gestaltungsspielraum bei der inhaltlichen Ausgestaltung „mobilen“ Arbeitens. Dieser Spielraum will im wechselseitigen Interesse genutzt werden, was voraussetzt, dass die notwendigen und sinnvollen Regelungsinhalte in ihrer rechtlichen Bedeutung bekannt sind und sie in gut strukturierte, transparent gestaltete sowie praktisch umsetzbare Vereinbarungen entsprechend dem spezifischen Bedarf umgesetzt werden.

II. Wirtschaftliche Bedeutung

Wirtschaft und Arbeitswelt befinden sich in einem dynamischen, tiefgreifenden und strukturellen Umbruch. Dieser Wandel wird insb. durch die Digitalisierung getrieben und deshalb unter dem Schlagwort „Arbeit 4.0“ erfasst (vgl. BESGEN/PRINZ, Arbeiten 4.0, 5. Aufl. 2022 und den Referentenentwurf des BMAS zum Entwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit [Mobile Arbeit-Gesetz – MAG]). Mit Blick auf Vernetzung und technische Möglichkeiten setzt sich unter Kosten-/Nutzen-Gesichtspunkten, mit Blick auf eine gute Work-Life-Balance, Arbeitszeitsouveränität, Mitarbeiterbindung, Recruiting und Nachhaltigkeit zunehmend eine dezentralisierte Arbeitskultur durch. Die Corona-Pandemie wirkt dabei wie ein Katalysator (PICKER a.a.O.). Der Arbeitsplatz „Homeoffice“ hat sich in vielen Unternehmen und der öffentlichen Verwaltung aus der Notwendigkeit des Infektions- und Gesundheitsschutzes heraus (vgl. HENKEL öAT 2021, 67, als fester Bestandteil der Arbeitskultur etabliert, vgl. MÜLLER öAT 2021, 45).

III. (Kein) Anspruch auf Homeoffice

1. Derzeitige Rechtslage

De lege lata haben deutsche Arbeitnehmer aktuell **weder einen Rechtsanspruch auf Telearbeit noch auf Homeoffice noch auf mobiles Arbeiten**, es sei denn, entsprechende Ansprüche ergeben sich aufgrund individueller arbeitsvertraglicher Zusage oder aus kollektivrechtlichen Regelungen (Betriebs-/ Personalvereinbarung oder Tarifvertrag vgl. SCHLAMP SPA 2022, 1; MÜLLER a.a.O., 45, 46; PICKER ZFA 2019, 269). Auch eine Verpflichtung des Arbeitgebers, unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten bei einer Änderungskündigung wegen Betriebsverlagerung eine Tätigkeit im Homeoffice oder Mobile Office anbieten zu müssen, besteht grds. nicht (vgl. LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 24.3.2021 – 4 Sa 1243/20, BB 2021, 2231; ArbG Köln, Urt. v. 20.5.2021 – 8 Ca 7667/20, juris, m.w.N.).

Einen **Sonderfall** regelt § 16 Abs. 2 BGlG. Danach haben die Dienststellen der Bundesverwaltung und der Gerichte des Bundes i.R.d. dienstlichen Möglichkeiten den Beschäftigten mit Familien- oder Pflegeaufgaben auch Telearbeitsplätze, mobile Arbeit oder familien- oder pflegefreundliche Arbeitszeit- und Präsenzzeitmodelle anzubieten (zu Telearbeit und Homeoffice im öffentlichen Dienst HAHN öAT 2018, 202; zu § 164 Abs. 4 S. 1 SGB IX im (Einzel-)Fall schwerbehinderter Menschen und einem Anspruch auf Homeoffice MÜLLER DB 2019, 1624, 1625).

2. Ausgelaufene Sondersituation in der Corona-Pandemie

Die Homeoffice-Pflicht des § 28b Abs. 4 IfSG ist am 20.3.2022 vollständig entfallen (MÜLLER NJOZ 2021, 1537). Arbeitgeber sollen Homeoffice nach der derzeit bis zum 25.5.2022 verlängerten Corona-ArbSchV als **Basisschutzmaßnahme zum betrieblichen Infektionsschutz** (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 IfSchG) aber weiter im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten in Erwägung ziehen, wenn etwa in Großraumbüros die Gefahr einer raschen Infektionsausbreitung besteht. Insgesamt ist anzuraten, im Hinblick auf die derzeit bundesweit (noch) sehr hohen Infektionszahlen auch weiterhin durch großzügige Homeoffice-Regelungen die Ansteckungsgefahr im ÖPNV und am Arbeitsplatz zu minimieren (vgl. SCHWEDE ArbRAktuell 2022, 148).

3. Reformpläne des Gesetzgebers

Nach den Plänen der Ampel-Koalition soll das Homeoffice (vgl. Koalitionsvertrag „*Mehr Fortschritt wagen*“, S. 54) künftig als eine Möglichkeit des mobilen Arbeitens aus dem Geltungsbereich der ArbStättV ausgenommen werden und keine Telearbeit mehr darstellen (PICKER a.a.O., 4, 15 ff.). **Arbeitsschutz, gute Arbeitsbedingungen** und das **Vorhandensein eines betrieblichen Arbeitsplatzes** sind nach Auffassung der Regierungsparteien bei mobiler Arbeit wichtige Voraussetzungen. Diese Ziele erforderten Information und Beratung der Beschäftigten sowie deren angemessene Unterstützung durch ihre Arbeitgeber. Beschäftigte in geeigneten Tätigkeiten sollen einen Erörterungsanspruch über mobiles Arbeiten und Homeoffice gegenüber ihrem Arbeitgeber erhalten. Dabei solle der Arbeitgeber dem Wunsch der Arbeitnehmer auf Homeoffice oder Mobile Arbeit nur widersprechen können, wenn betriebliche Belange entgegenstünden (vgl. FUHLROTT/RITZ ArbRAktuell 2021, 649, 651). Letztlich wird damit künftig eine Rechtslage angestrebt, deren Anleihen bei der Teilzeit nach dem TzBfG nicht zu übersehen sind.

4. Vorrangiges Arbeitgeberinteresse: Flexibilität ohne Kontrollverlust

Der Befund des Praktikers ist, dass die Flexibilität des „mobilen“ Arbeitens bei Bedarf gern vom Arbeitgeber genutzt, eine verbindliche Anspruchssituation für den Arbeitnehmer auf gesetzlicher Grundlage aber oftmals kritisch gesehen wird. Letztlich hängt dies mit der Einschränkung des arbeitgeberseitigen Weisungsrechts nach § 106 GewO, der Furcht vor Kontrollverlust und der administrativen Belastung zusammen, die aus einem gesetzlichen Anspruch auf Homeoffice wohl unweigerlich folgen werden (zur Personalführung in Zeiten des Homeoffice STEINMAßL SPA 2020, 149 sowie zur Leistungskontrolle am digitalen Arbeitsplatz POLKOWSKI SPA 2022, 29; LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 11.9.2020 – 9 Sa 584/20, ZD 2021, 170). Mit unbestimmten Schutz- und Rücksichtnahmepflichten nach § 241 Abs. 2 BGB (vgl. ISENHARDT DB 2016, 1499) und § 315 BGB (SCHWARZ NZA-RR 2021, 633) ist aus Sicht des Arbeitgebers ungleich einfacher umzugehen als mit einem verbindlichen Anspruch des Arbeitnehmers (vgl. SCHWIERIG/ZUREL ZD 2016, 17). Beiderseitige Freiwilligkeit auf der Grundlage einer einvernehmlichen Vereinbarung (vgl.

Arbeitsrechtliche Hinweise zum Homeoffice

SCHLAMP, a.a.O., 1) als Grundlage der „mobilen Arbeit“ (Telearbeit, Homeoffice, Mobile Arbeit) schafft Raum für spezifische, individuelle Lösungen, die unbestreitbare Vorteile zu einer starren gesetzlichen Regelung aufweisen. Andererseits muss dem Arbeitgeber bewusst sein, dass er nicht allein auf der Grundlage seines gesetzlichen Weisungsrechts – mit Ausnahme von Not- und dringlichen Fällen (vgl. KRIEGER/RUDNIK/POVEDANO PERAMATO NZA 2020, 473, 475 f.) – berechtigt ist, dem Arbeitnehmer einen Telearbeitsplatz zuzuweisen. Lehnt der Arbeitnehmer die Ausführung der Telearbeit ab, liegt deshalb keine beharrliche Arbeitsverweigerung vor. Eine aus diesem Grund ausgesprochene Kündigung ist unwirksam (vgl. LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 14.11.2018 – 17 Sa 562/18, juris).

Praxistipp:

In einer Homeoffice-Regelung sollte aus Sicht des Arbeitgebers nur die Anordnungsbefugnis zur Tätigkeit im Homeoffice geregelt und kein Anspruch des Arbeitnehmers begründet werden, um bei der Anordnung der Rückkehr in den Betrieb möglichst flexibel zu bleiben (vgl. SCHLAMP a.a.O., 1 und nachstehend V. 10.).

Der Erfolg „mobiler“ Arbeit in all ihren Erscheinungsformen wird u.a. maßgeblich dadurch bestimmt, ob die Vorgesetzten/Führungskräfte über die erforderlichen Fähigkeiten verfügen, die ihnen unterstellten Mitarbeiter ohne direkten Kontakt erfolgreich zu führen. Hierzu bedarf es i.d.R. einer entsprechenden qualifizierten **Schulung der Führungskräfte** (vgl. BERTRAM/WALK/FALDER, Arbeiten im Homeoffice in Zeiten von Corona, 2. Aufl. 2021, S. 11).

IV. Tarifverträge und Mitbestimmung

Mit Blick auf die (noch) fehlenden gesetzlichen Regelungen machen die Tarif- und Betriebspartner (zur Einführung des Homeoffice durch Betriebsvereinbarung KRIEGER/RUDNIK/POVEDANO PERAMATO a.a.O., 476 ff.) oftmals von ihrer Normsetzungsbefugnis Gebrauch und regeln das rechtliche Umfeld von Telearbeit, Homeoffice und Mobiler Arbeit (hierzu mit Beispielen MÜLLER a.a.O., 1624, 1625 f.). Beispiele für einschlägige Tarifverträge finden sich beim ZDF (Tarifvertrag zur modernen Arbeit im ZDF) oder im Konzern Deutsche Telekom (Tarifvertrag zur Telearbeit zwischen agv:comunity und ver.di, vgl. SCHÖLLMANN a.a.O., 81). Von unbestreitbarem Vorteil ist, dass die Tarif- und Betriebspartner die Anforderungen und Arbeitsstrukturen in der jeweiligen Region und Branche gut kennen. Sie können deshalb mit Sachverstand passgenaue, angemessene Lösungen unter Berücksichtigung der wechselseitigen Interessen und Belange aller Beteiligten finden.

Dabei gehen Tarifverträge zum mobilen Arbeiten bislang ganz überwiegend vom **Prinzip „doppelter Freiwilligkeit“** aus. Sie überlassen das Ob mobiler Arbeit der unternehmerischen Entscheidung des einzelnen Arbeitgebers und der freiwilligen Annahme durch den davon betroffenen Arbeitnehmer (Arg. ex Art. 13 Abs. 1 GG) und legen nur die Rahmenbedingungen und Durchführungsmodalitäten und damit das Wie der mobilen Arbeit fest. Gleiches gilt für die meisten Betriebsvereinbarungen. Dabei ist zu beachten, dass der Arbeitgeber nach dem neu eingeführten § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG bei „Einführung“ (und Beendigung) mobiler Arbeit mitbestimmungsfrei, bei deren „Ausgestaltung“ aber **mitbestimmungspflichtig** ist (PICKER a.a.O., 4, 11 f.; SCHÖLLMANN a.a.O., 81).

Durch einen **Tarifvertrag** kann wie durch eine **Betriebsvereinbarung** die Einhaltung der zahlreichen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats gewährleistet und die rechtliche Ausgestaltung mobiler Arbeitsformen vereinheitlicht werden (vgl. zu Mitbestimmungsrechten BERTRAM/WALK/FALDER a.a.O., S. 43 ff.). Aus organisatorischen und rechtlichen Gründen ist der Abschluss einer Betriebsvereinbarung deshalb naheliegend und empfehlenswert (vgl. SCHWIERIG/ZUREL a.a.O., 17, 21). In diesem Zusammenhang ist neben dem durch das Betriebsrätemodernisierungsgesetz eingeführten § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG, das auf der Grundlage der Rechtsprechung des BAG weitreichende Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu geeignet oder bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen, zu beachten (BAG, Beschl. v. 23.3.2021 – 1 ABR 31/19, NZA 2021, 959; BAG, Beschl. v. 13.12.2016 – 1 ABR 7/15, NZA 2017, 657). Insbesondere durch § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG wird die betriebliche Mitbestimmung in einem zentralen

Punkt gestärkt, was der Erosion betrieblicher Strukturen und Einheiten, die mit Digitalisierung und Transformation der Wirtschaft sowie Formen mobiler Arbeit unweigerlich einhergehen, entgegenwirkt (zum digitalen Zugangsrecht der Gewerkschaften im Zusammenhang mit mobiler Arbeit PICKER a.a.O., 4, 6; GÖPFERT/STÖCKERT NZA 2021, 1209; STÜCK ArbRAktuell 2021, 516).

Das **Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG** kann seine Wirkung sinnvoll bei mobiler Arbeit im Ausland entfalten. Zu neuen Arbeitsformen während der Pandemie gehört die Mischung aus Urlaub, Reisen und Arbeit (sog. **workation und bleisure travel**) auch aus dem Ausland (vgl. STEINAU/STEINRÜCK NJW-Spezial 2021, 626). Aufgrund des Territorialitätsprinzips gilt deutsches Recht grds. nur im Inland und im Ausland das lokale Recht: Deutsches Recht wirkt nicht grenzüberschreitend, wenn nicht Ausnahmen in bilateralen zwischenstaatlichen Abkommen, z. B. Doppelbesteuerungs- (SCHRADE/DENNINGER NZA 2021, 102; HÖRDT ArbRAktuell 2020, 485, 487 f.) und Sozialversicherungsabkommen (HIDALGO/CELLEN, NZA 2021, 19), geregelt sind. In der Praxis erfordert dies – selbst zwischen EU-Staaten – intensive, komplexe Einzelfallprüfungen und Prozesse, die je nach beteiligten Ländern, Nationalitäten, Dauer und Anlass variieren. Es empfiehlt sich deshalb stets, mobile **Auslandsarbeit** in einer Betriebsvereinbarung, die nach dem neuen Tatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG ab dem 18.6.2021 erforderlich ist, unter ein **Verbot mit Erlaubnisvorbehalt** zu stellen (vgl. SCHLAMP a.a.O., 1, 2; STÜCK ArbRAktuell 2021, 534).

Praxistipp:

Arbeitgeber sollten in der Homeoffice-Vereinbarung und/oder in einer allgemeinen schriftlichen Arbeitsanweisung eine eigenmächtige Auslandstätigkeit im „Homeoffice“ ohne besondere Vereinbarung im Einzelfall konsequent untersagen, um arbeitsrechtliche Konsequenzen im Falle der Zuwiderhandlung ziehen zu können und Risiken gegenüber ausländischen Behörden zu minimieren. Immer sollte unverzüglich eingeschritten werden, wenn ein Anhaltspunkt für eine ungewollte, untersagte Auslandstätigkeit vorliegt. Die weit verbreitete, aber fehlerhafte Annahme, es könne dem Arbeitgeber gleich sein, von wo aus der Arbeitnehmer tätig werde, kann risikoreich, kostspielig und haftungsträchtig sein (vgl. BERTRAM/WALK/FALDER a.a.O., S. 34; STEINAU/STEINRÜCK a.a.O., 626, 627).

V. Grundlegende arbeitsrechtliche Aspekte

Im Bereich des mobilen Arbeitens sind gerade bei Start-ups immer wieder unregelmäßige „Wildwest“-Zustände zu beobachten. Erfolgs- und Kostendruck gehen mit einer eher geringen Bereitschaft zur tragfähigen rechtlichen Gestaltung des Arbeitsumfelds einher. Dieser letztlich zu einer Entrechtlichung führende „Wildwuchs“ ist einzudämmen. Arbeitsrecht „bremst“ nicht, vielmehr bedarf es eines tragfähigen rechtlichen Rahmens, ebensolcher Konzepte und durchdachter Abläufe zur rechtskonformen Realisierung guter und sinnvoller „mobiler“ Arbeit in all ihren Spielarten.

1. Gefahr der Entgrenzung der Arbeit

Beim selbstbestimmten Arbeiten am häuslichen Arbeitsplatz droht eine „Entgrenzung“ von Arbeit und Privatem, das sog. **Work-Life-Blending**. Die Arbeitnehmer arbeiten isoliert und müssen sich selbst organisieren. Damit hängt der Erfolg des „Homeoffice“ zwingend von ihrer individuellen (Wohn-) Situation, ihrer konkreten Tätigkeit und entscheidend von ihrer individuellen Persönlichkeit ab. Während ambitionierte, disziplinierte Arbeitnehmer zur Überbetonung des „Office“ neigen, unbezahlt und ggf. nicht erfasst Mehrarbeit leisten, auf ihre obligatorischen Pausen verzichten, ihre Arbeitszeit ausweiten und sich auf Kosten ihrer Gesundheit ausbeuten, tendieren wenig motivierte Arbeitnehmer zur Überbetonung des „Home“ und missinterpretieren den (durch fehlende Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers bedingten) Zuwachs an Arbeitssouveränität am häuslichen Arbeitsplatz nicht selten als „Recht auf Faulheit“ (PICKER a.a.O., 4 (5 f.) m.w.N.).

Arbeitsrechtliche Hinweise zum Homeoffice

2. Arbeitszeiterfassung

Die Vorgaben des ArbZG werden gerade im Homeoffice oftmals nicht bzw. kaum gelebt und eingehalten (zu Homeoffice und Arbeitszeit RICKEN in: Besgen/Prinz, Arbeiten 4.0, 5. Aufl. 2022, S. 246 ff.). Ein praktischer Befund, der im Widerspruch zur geltenden Rechtslage steht (zu Reformüberlegungen im Kontext mobiler Arbeit PICKER a.a.O., 4, 8 f.). Auch im Rahmen mobilen Arbeitens gilt das **Arbeitszeitrecht** (vertiefend BERTRAM/WALK/FALDER a.a.O., S. 18 ff.). Im Einklang mit den jüngsten, deutlichen **Vorgaben des EuGH** hat eine **vollständige, ordnungsgemäße Erfassung der Arbeitszeit auch im Homeoffice** stattzufinden (§ 16 Abs. 2 ArbZG; vgl. EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 „CCOO“; BAYREUTHER NZA 2020, 1; REINHARD NZA 2019, 1313). Die Vorgaben des ArbZG, insb. in Bezug auf **Pausen** (§ 4 ArbZG), **Höchstarbeitszeit** (§ 3 S. 1 ArbZG), **Ruhezeiten** (§ 5 Abs. 1 ArbZG) und das **Verbot der Sonntags- und Feiertagsarbeit** (§ 9 ArbZG), sind einzuhalten.

Praxistipp:

Insbesondere zu Beginn einer Homeoffice-Tätigkeit müssen **Mitarbeiter zu den Regelungen des ArbZG in den erforderlichen Grundzügen geschult** werden, um sie für das Thema ordnungsgemäße Arbeitszeiterfassung zu sensibilisieren. Dabei sind klare, schriftliche Anweisungen des Arbeitgebers sinnvoll und geboten, um den Vorgaben des ArbZG und der Rechtsprechung auch bei Selbstaufzeichnung der Arbeitszeiten durch den „mobil“ arbeitenden Mitarbeiter rechtskonform nachzukommen (vgl. BERTRAM/WALK/FALDER, a.a.O., S. 19).

3. Erstattung von Kosten

Die Kosten für die Einrichtung des Homeoffice trägt ohne abweichende vertragliche Gestaltung der **Arbeitgeber** (ISENHARDT a.a.O., 1499, 1500). Soweit der Arbeitnehmer Arbeitsmittel auf eigene Kosten anschafft oder im Interesse des Arbeitgebers Aufwendungen tätigt, die er für erforderlich halten durfte, hat er gegen ihn u. U. einen **Erstattungsanspruch** entsprechend § 670 BGB. Probleme können sich ergeben, wenn der Arbeitnehmer Aufwendungen vornimmt, die auch in seinem eigenen Interesse liegen, z. B. die Ausstattung des privaten Arbeitszimmers mit Büromöbeln etc. In diesem Fall besteht ein Aufwendungsersatzanspruch nur, wenn das Arbeitgeberinteresse so weit überwiegt, dass das Interesse des Arbeitnehmers vernachlässigt werden kann (vgl. BAG, Urt. v. 12.4.2011 – 9 AZR 14/10, NZA 2012, 97). Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausdrücklich **vereinbaren, wer welche Kosten in welcher Höhe im Rahmen mobiler Arbeit trägt**. Dem Arbeitnehmer können insb. folgende Kosten erstattet werden: **anteilige Miete, anteilige Betriebskosten** (Heizung/Strom/Wasser u.a.), **Kosten IT-/TK-Infrastruktur, Kosten Breitbandverbindung bzw. Telefonanschluss** (ggf. Pauschale), **Büromöbel und Beleuchtung**.

4. Mietrechtliche Situation des Arbeitnehmers, Außenwirkung

Auch die mietrechtliche Situation des Arbeitnehmers will im Rahmen „mobiler Arbeit“ bedacht sein. Hat das Homeoffice eine **Außenwirkung**, wovon insb. auszugehen ist, wenn z.B. Kundenverkehr stattfinden oder Warenlieferungen erfolgen soll(en), muss der Vermieter die entsprechende Nutzung der Wohnung u.U. nicht dulden (BGH, Urt. v. 10.4.2013 – VIII ZR 213/12, NJW 2013, 1806). In solchen Fällen ist anzuraten, vor Aufnahme der Tätigkeit im Homeoffice vorsorglich die (schriftliche) **Zustimmung des Vermieters** einzuholen (vgl. RICHTER ArbRAktuell 2019, 166; zum Zugangsrecht des Arbeitgebers zum Homeoffice vgl. nachstehend VII.).

5. Fahrten vom Homeoffice zum Betrieb

Beginnt ein Kundendienstmonteur mit seiner vergütungspflichtigen Arbeit in seinem Homeoffice, können die Fahrzeiten vom Homeoffice zum ersten Kunden bzw. vom letzten Kunden zurück als vergütungspflichtige Arbeitszeit anzusehen sein, denn die Benutzung und Steuerung des Kundendienstfahrzeugs ist zur Erfüllung der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit erforderlich und liegt im ausschließlichen Interesse des Arbeitgebers. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber seine Betriebsstätte aufgelöst hat und alle Monteure nur noch vom Homeoffice aus arbeiten. Die Anrechnung einer fiktiv ersparten Wegezeit wegen der Auflösung der Betriebsstätte erfolgt nicht (LAG Düsseldorf,

Urt. v. 23.1.2008 – 7 Sa 864/06, LAGE § 611 BGB 2002 Wegezeit Nr. 1; zur Besteuerung des geldwerten Vorteils zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte bei Homeoffice-Tätigkeit infolge der Corona-Pandemie LfSt Niedersachsen, Verfügung v. 18.6.2020 – S 2334-355-St 215, DB 2020, 1769).

Um die Fragen von **Beginn und Ende der Arbeitszeit, Dienstreise und Fahrtkostenerstattung** möglichst rechtssicher und praktikabel zu gestalten, sollte die **Vereinbarung zum „mobilen“ Arbeiten diese Themen ausdrücklich regeln** (vertiefend BERTRAM/WALK/FALDER a.a.O., S. 20 f.). Es ist übliche Praxis die Erstattung der Fahrkosten für die Strecke vom Homeoffice zur Betriebsstätte des Arbeitgebers und retour auszuschließen. In diesem Fall kann der Arbeitnehmer die Kosten für diese Fahrten steuerlich als Werbungskosten geltend machen. Allerdings können die Parteien auch bei einer Tätigkeit des Arbeitnehmers im „Homeoffice“ vereinbaren, dass das Büro im Betrieb des Arbeitgebers weiter die erste Tätigkeitsstätte ist. Dies setzt aber voraus, dass der Arbeitnehmer im Betrieb des Arbeitgebers jedenfalls gelegentlich tätig ist, z.B. bei Besprechungen oder Kundenterminen. Für diesen Fall gilt dann, dass die Fahrtzeiten zum Büro keine Arbeitszeit sind und die Fahrtkosten vom Arbeitnehmer steuerlich als Entfernungspauschale (Werbungskosten) geltend gemacht werden können.

6. Arbeitgeberseitiges Direktionsrecht

Der Arbeitgeber kann gem. § 106 S. 1 GewO **Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen** näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrags oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Regelmäßig ist **im Arbeitsvertrag der Arbeitsort festgelegt**, im Zweifel eine oder mehrere Betriebsstätten des Arbeitgebers. Ein Versetzungsvorbehalt im Arbeitsvertrag kann dazu führen, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer versetzen kann (vgl. SCHULZE/SIMON ArbRAktuell 2021, 119; BAG, Urt. v. 22.9.2016 – 2 AZR 509/15, NZA 2016, 1461). Eine (einseitige) Versetzung des Arbeitnehmers von der Betriebsstätte in das Homeoffice kommt weder in Form der Telearbeit noch in Form der Mobilien Arbeit in Betracht. Eine solche Versetzung würde billigem Ermessen widersprechen (§ 106 S. 1 GewO, § 315 Abs. 1 BGB). Hier sind in einer umfassenden Interessenabwägung neben verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen auch die allgemeinen Wertungsgrundsätze der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit einzubeziehen (vgl. SCHULZE/SIMON a.a.O., 119; BAG, Urt. v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452). Es steht dem Arbeitgeber nicht zu, über den Wohnbereich des betroffenen Arbeitnehmers zu verfügen, dies schon allein aufgrund der mittelbaren Grundrechtswirkung des **Art. 13 Abs. 1 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung)**, die i.R.d. Interessenabwägung zu beachten ist (SCHULZE/SIMON a.a.O., 119).

Hat der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern in der Vergangenheit (ggf. auch über einen längeren Zeitraum) das Arbeiten im Homeoffice gestattet, kann dies allein **keine bindende betriebliche Übung** bzw. „Konkretisierung“ dahingehend begründen, dass nunmehr der häusliche Arbeitsplatz vertraglich (allein) vereinbart ist (vgl. BERTRAM/WALK/FALDER a.a.O., S. 15). Vielmehr bedarf es hier zusätzlich **besonderer Anhaltspunkte**, aus denen hinreichend sicher auf einen solchen **Rechtsbindungswillen des Arbeitgebers** geschlossen werden kann. Entsprechende besondere Umstände liegen etwa vor, wenn der Arbeitnehmer seinen Verbleib im Betrieb von der Erlaubnis abhängig gemacht hat, (auch) künftig im Homeoffice arbeiten zu dürfen, und der Arbeitgeber dieser Forderung in der Folgezeit stillschweigend nachkommt (vgl. PICKER a.a.O., 4, 13). Für einen Rechtsbindungswillen des Arbeitgebers, Tätigkeiten im Homeoffice erbringen zu können, ist der **Arbeitnehmer darlegungs- und beweispflichtig** (vgl. LAG Köln, Urt. v. 6.7.2015 – 5 SaGa 6/15, juris).

Grundsätzlich kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer aber in den Betrieb zurückbeordern, wenn **betriebliche Gründe** bestehen, die gegen das Arbeiten im Homeoffice sprechen (LAG München, Urt. v. 26.8.2021 – 3 SaGa 13/21, ZIP 2021, 2404). Nur ausnahmsweise ist das Ermessen des Arbeitgebers „auf Null“ reduziert und die Erlaubnis des Homeoffice die einzige ermessensfehlerfreie Ausübung des Direktionsrechts, wenn der Arbeitnehmer zwingend an den häuslichen Arbeitsplatz gebunden ist, etwa weil er schwerbehindert (§ 106 S. 3 GewO) oder mit der häuslichen Pflege naher Angehöriger oder der

Arbeitsrechtliche Hinweise zum Homeoffice

Kindererziehung (Art. 6 Abs. 2 GG) betraut ist und er die geschuldete Arbeitsleistung dort auch zur vollen Zufriedenheit des Arbeitgebers erbringen kann (PICKER a.a.O., 4, 14).

7. Nutzung von Kollaborationstools

Homeoffice geht heute meistens mit der Einführung und Nutzung digitaler Arbeitsplattformen, sog. **Kollaborationstools**, einher, die vielfältige Möglichkeiten der digitalen, flexiblen, ortsunabhängigen Zusammenarbeit, Abstimmung und Interaktion in Arbeitsteams ermöglichen (vgl. SUWELACK ZD 2020, 561, 564). Entsprechende Software-Tools wirken dem Nachteil fehlender persönlicher Verfügbarkeit im Homeoffice entgegen, da sich mittels der eingesetzten Technik und Software auch Arbeit in Teams und Arbeitsgruppen effizient gestalten lässt.

Die Software wird nach eigenen, werbenden Angaben führender Anbieter zum digitalen Büro, in dem Mitarbeiter, Kunden und Partner vernetzt sowie Projekt-Teams und Tools für gemeinsame Ziele, Projekte und Prozesse zusammengebracht werden. Meeting-Funktionen ermöglichen Video, Audio, Freigabe von Bildschirmen, Hochladen von Inhalten in eine Cloud-Umgebung, gemeinsamen Zugriff auf Dokumente, Chats, Direct Messaging, Kalenderzugriffe und -abstimmungen etc. MS-Teams, Zoom, Slack, Cisco Webex oder Google Workspace sind nur einige der Anbieter, die entsprechende gängige Lösungen auf dem Markt anbieten.

Natürlich stellen sich beim Einsatz entsprechender Software, die Video- und Tonmitschnitte ermöglicht, und spontane Wahrnehmungen ermöglicht, vielfältige **Rechtsfragen**, wobei Vorgaben und Leitlinien der Rechtsprechung nur in begrenztem Maß existieren (vgl. HEIDER NZA 2021, 1149 zur Videotelefonie im Homeoffice). Der Arbeitgeber kann in Ausübung seines Direktionsrechts – unter Beachtung der in Betracht kommenden Mitbestimmungsrechte, insb. § 87 Abs. 1 Nr. 6 und Nr. 14 BetrVG, den Einsatz entsprechender Software anweisen. Denn es geht um die **Organisation der Zusammenarbeit** und darum, wie die Arbeit zu leisten ist. Auch das Einschalten einer Web-Kamera ist bei verhältnismäßigem Einsatz, der zeitlich begrenzt ist und unter Nutzung tatsächlicher und technischer Möglichkeiten zur Sicherung der Privatsphäre und des Datenschutzes (kurz: TOM) erfolgt, zulässig. Um den Einsatz möglichst konfliktfrei zu gestalten und rechtlich abzusichern, sollte der Einsatz entsprechender Software, ggf. unter Einbindung des Betriebsrats in einer Betriebsvereinbarung oder – bei Fehlen eines Gremiums – in einer arbeitsvertraglichen (Änderungs-)Vereinbarung einzelvertraglich geregelt werden. Diese Empfehlung orientiert sich an der **Rechtsprechung des BAG beim Einsatz von Standardsoftware**. In seinem Beschl. v. 23.10.2018 – 1 ABN 36/18, ZD 2019, 131 hatte der Erste Senat festgestellt, dass auch die Einführung von Standardsoftware aus dem Microsoft-Office-Paket (MS-Excel) der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG unterfalle. Auf eine „Geringfügigkeitsschwelle“ oder eine „Erheblichkeits- oder Üblichkeitsschwelle“ komme es nicht an (vgl. BAG, Beschl. v. 23.3.2021 – 1 ABR 31/19, NZA 2021, 959 „Outlook“). Da die Nutzung von Kollaborationstools arbeitsrechtlich „noch in den Kinderschuhen steckt“, schaffen entsprechende Vereinbarungen jedenfalls eine gute rechtliche Grundlage im Sinne einer an den allgemeinen rechtlichen Grundsätzen ausgerichteten Best Practice.

Allerdings sind entsprechende Kollaborationstools datenschutzrechtlich durchaus kritisch zu hinterfragen, wie die Stellungnahme des Berliner Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit hinsichtlich des datenschutzkonformen Einsatzes von Videokonferenzlösungen vom 18.2.2021 zeigt (abrufbar unter: https://www.datenschutz-berlin.de/fileadmin/user_upload/pdf/orientierungshilfen/2020-BlnBDI-Hinweise_Berliner_Verantwortliche_zu_Anbietern_Videokonferenz-Dienste.pdf). Die technischen Möglichkeiten der einschlägigen Kollaborationstools zur Verbesserung des Datenschutzes sollten konsequent eingesetzt und genutzt werden, was die entsprechende Einrichtung durch den Arbeitgeber (Stichworte: **Datenschutz durch Technikgestaltung und datenschutzfreundliche Voreinstellung**) sowie eine angemessene Schulung und Sensibilisierung der Nutzer erfordert.

Auch besteht das konkrete **Risiko einer Vermischung privater und betrieblicher Sphären**, wenn etwa die private Telefonnummer des Arbeitnehmers intern zu Kommunikationszwecken weitergereicht wird

oder i.R.v. Videokonferenzen ggf. das persönliche Lebensumfeld des Arbeitnehmers oder dessen Familienangehörige zu sehen sind. Soweit die Verarbeitung derartiger persönlicher Daten betrieblich nicht erforderlich ist, fehlt es an einem datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestand. Die Arbeit im Homeoffice darf nicht dazu führen, dass die **Persönlichkeit des Arbeitnehmers** (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG) stärker als bei der Arbeit an dessen betrieblichem Arbeitsplatz beeinträchtigt wird (vgl. SUWELACK a.a.O., 561, 563). Umfassende Persönlichkeitsprofile von Arbeitnehmern oder eine Erfassung sozialer Beziehungen im Betrieb sind mit Blick auf die fehlende Zweckbindung (datenschutz-)rechtlich äußerst kritisch zu bewerten und ggf. höchst bußgeldrelevant.

8. Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Homeoffice

Im Zusammenhang mit der rechtssicheren Ausgestaltung der Homeoffice-Tätigkeit ergeben sich maßgebliche Änderungen und **Handlungsbedarf für den Arbeitgeber** durch das Inkrafttreten des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen – GeschGehG – (vgl. HOLTHAUSEN NZA 2019, 1377; BERTRAM/WALK/FALDER a.a.O., S. 24 f.).

§ 2 Nr. 1b GeschGehG fordert **angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen** durch den Inhaber des Geschäftsgeheimnisses. Ohne konstitutive, angemessene Sicherungs- und Geheimhaltungsmaßnahmen kann der rechtmäßige Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses keinen Rechtsschutz nach dem GeschGehG für sich in Anspruch nehmen. Der zivil- und strafrechtliche Schutz durch das GeschGehG geht vollständig verloren, was Handlungsdruck in den Unternehmen bewirkt. Prozessual zu beachten ist, dass den Arbeitgeber im Streitfall die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen angemessener Geheimhaltungsmaßnahmen trifft (HOLTHAUSEN NZA 2019, 1377; FUHLROTT/HIERAMENTE DB 2019, 967, 968).

Die Beschäftigung von Mitarbeitern im Homeoffice bringt ein deutlich erhöhtes **Risiko für den unberechtigten Zugriff Dritter auf Geschäftsgeheimnisse** und vertrauliche Informationen von Unternehmen mit sich. Gleich ob es sich um Kunden- oder Preislisten, Erfindungen, Vertriebsstrategien, unternehmerische Planungen, wettbewerbssensitive Informationen, E-Mail-Kommunikation etc. handelt, ist ein Zugriff unbefugter Dritter, gleich ob Familienangehöriger, Besucher, Nachbar oder gänzlich Unbefugter, zu verhindern (vgl. BERTRAM/WALK/FALDER a.a.O., S. 24). Mit Blick auf die technische Absicherung der Arbeitsumgebung im Homeoffice ergeben sich beim Geheimnisschutz und der Sicherstellung der Verschwiegenheit zudem große Schnittmenge mit dem zu gewährleistenden **Datenschutz im Homeoffice** (hierzu unter VI.).

Praxistipp:

Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen und vertraulichen Informationen im Homeoffice bedarf besonderer Aufmerksamkeit des Arbeitgebers. Arbeitsvertragliche Regelungen zur Verschwiegenheitspflicht sind entsprechend den Vorgaben des GeschGehG zu überprüfen und bei Bedarf anzupassen (vgl. HOLTHAUSEN NZA 2019, 1377). Zusätzlich absichernd bedarf es klarer (schriftlicher) **Leitlinien des Arbeitgebers zum Umgang mit Geschäftsgeheimnissen und vertraulichen Informationen im Homeoffice**, wobei die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in regelmäßigen Abständen auf die Einhaltung der Ge- und Verbote in diesem Kontext zu schulen und zu sensibilisieren sind. Mit einem angemessenen Geheimnisschutz bzw. entsprechenden Geheimhaltungsmaßnahmen sowie der insoweit erforderlichen technischen Absicherung durch Vorkonfiguration ist die Nutzung privater TK-/IT-Geräte, Software etc. (BYOD) nicht kompatibel. Entsprechend ist von einer solchen Nutzung dringend abzuraten (vgl. BERTRAM/WALK/FALDER, a.a.O., S. 25).

9. Störfälle

Trotz eines den Arbeitgeber absichernden Versetzungsvorbehalts sollten vor Abschluss einer Homeoffice-Vereinbarung präventiv immer Störfälle bedacht werden und nach Möglichkeit einer tragfähigen, möglichst rechtssicheren Lösung zugeführt werden. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sind beispielhaft insoweit folgende neuralgischen Punkte zu nennen:

Arbeitsrechtliche Hinweise zum Homeoffice

- eine durch arbeitsvertragliche Verstöße belegte fehlende Eignung des Arbeitnehmers zur Arbeit im Homeoffice,
- Arbeitsschutz- und Arbeitszeitverstöße,
- unzureichende Arbeitszeiterfassung,
- Arbeitsbummelei,
- Nichteinhalten von Projektfristen und -terminen,
- arbeitsvertragliche Schlechtleistung,
- unzureichende Dokumentation der Arbeitsleistung,
- Datenschutzverstöße,
- betrieblicher Abstimmungsbedarf,
- persönliche Anwesenheitspflicht,
- schlechte, vertragswidrige Behandlung der zur Verfügung gestellten Arbeitsmittel,
- Virenbefall und öfters auftretende, vom Arbeitnehmer verschuldete technische Störungen,
- Verstoß gegen das Verbot der Dritt- oder Privatnutzung,
- Wohnungswechsel,
- Wegfall der Nutzungserlaubnis der häuslichen Arbeitsstätte und
- Wechsel des Arbeitsplatzes/der Tätigkeit.

10. Beendigung der Homeoffice-Tätigkeit

a) Weisungsrecht

Nach § 106 S. 1 GewO kann der Arbeitgeber u.a. den Ort der Arbeitsleistung nach billigen Ermessen selbst bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingung nicht durch den Arbeitsvertrag, die Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrags oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Bei Ausübung des Ermessens hat der Arbeitgeber auch auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen (§ 106 S. 3 GewO). Nach der Rechtsprechung umfasst das Weisungsrecht gem. § 106 GewO das Recht des Arbeitgebers, eine einmal erteilte Weisung mit Wirkung für die Zukunft auch wieder zurückzunehmen oder zu ändern (vgl. BAG, Urt. v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452). Selbst die Nichtausübung des Direktionsrechts über einen längeren Zeitraum schafft regelmäßig keinen Vertrauensstatbestand, dass der Arbeitgeber von diesem vertraglich und/oder gesetzlich eingeräumten Recht keinen Gebrauch mehr machen will (vgl. BAG, Urt. v. 17.8.2011 – 10 AZR 202/10, NZA 2012, 265). Der Arbeitgeber ist daher nach § 106 GewO grds. berechtigt, eine Homeoffice-Tätigkeit – wenn keine vertragliche Zusicherung einer Tätigkeit im Homeoffice vorliegt – durch Weisung zu beenden (vgl. BAYREUTHER a.a.O., 1593, 1594; MÜLLER a.a.O., 1624; ISENHARDT a.a.O., 1499 f). Ob die Weisung des Arbeitgebers, künftig die Arbeitsleistung wieder in den Büroräumen zu erbringen, rechtmäßig ist, bestimmt sich neben der Festlegung durch Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag und Gesetz danach, ob die Anordnung billigem Ermessen i.S.d. § 106 GewO entspricht (zur Abgrenzung zu § 315 BGB vgl. BAG, Urt. v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, a.a.O.) Die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen verlangt eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit. Es sind die Vorteile aus einer Regelung, die Risikoverteilung zwischen den Vertragspartnern, die beiderseitigen Bedürfnisse, außervertragliche Vor- und Nachteile, Vermögens- und Einkommensverhältnisse sowie die sozialen Lebensverhältnisse, wie familiäre Pflichten und Unterhaltspflichten, einzubeziehen und abzuwägen (vgl. BAG, Urt. v. 28.8.2013 – 10 AZR 569/12, NZA-RR 2014, 181). Beruht die Weisung auf einer unternehmerischen Entscheidung, kommt dieser besonderes Gewicht zu. Das unternehmerische Konzept ist nicht auf seine Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen. Die Arbeitsgerichte können vom Arbeitgeber nicht verlangen, von ihm nicht gewollte Organisationsentscheidungen zu treffen. Eine unternehmerische Entscheidung führt andererseits nicht dazu, dass die Abwägung mit den Interessen des Arbeitnehmers von vornherein ausgeschlossen wäre und sich die Belange des Arbeitnehmers nur in dem vom Arbeitgeber durch die

unternehmerische Entscheidung gesetzten Rahmen durchsetzen könnten. Es kommt vielmehr darauf an, ob das **Interesse des Arbeitgebers** an der Durchsetzung seiner Organisationsentscheidung auch im **Einzelfall die Weisung rechtfertigt**. Das ist der Fall, wenn die zugrunde liegende unternehmerische Entscheidung die Anweisung auch angesichts der für den Arbeitnehmer entstehende Nachteile nahelegt und sie nicht willkürlich oder missbräuchlich erscheinen lässt (vgl. BAG, Urt. v. 30.11.2016 – 10 AZR 11/16, NZA 2017, 1394). Bei Ausübung des Weisungsrechts nach § 106 GewO, § 315 Abs. 1 BGB verbleibt dem Inhaber des Bestimmungsrechts ein nach billigem Ermessen auszufüllender Spielraum. Innerhalb dieses Spielraums können dem Bestimmungsberechtigten mehrere Entscheidungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Dem Gericht obliegt nach § 315 Abs. 1 S. 1 BGB die Prüfung, ob der Arbeitgeber als Gläubiger die Grenzen seines Bestimmungsrechts beachtet hat. Bei dieser Prüfung kommt es nicht auf die vom Bestimmungsberechtigten angestellten Erwägungen, sondern darauf an, ob das Ergebnis der getroffenen Entscheidung den gesetzlichen Anforderungen genügt. Die Darlegungs- und Beweislast für die Einhaltung dieser Grenzen hat der Bestimmungsberechtigte. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ausübungskontrolle ist der Zeitpunkt, zu dem der Arbeitgeber die Ermessensentscheidung zu treffen hat (vgl. BAG, Urt. v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, a.a.O.; BAG, Urt. v. 30.11.2016 – 10 AZR 11/16, a.a.O.; LAG München, Urt. v. 26.8.2021 – 3 SaGa 13/21, a.a.O.).

Eine Vereinbarung in allgemeinen Arbeitsvertragsbedingungen, welche die Beendigung einer vereinbarten alternierenden Telearbeit für den Arbeitgeber voraussetzungslos ermöglicht und nicht erkennen lässt, dass dabei auch die Interessen des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind, ist wegen Abweichung von dem gesetzlichen Leitbild des § 106 S. 1 GewO gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam (LAG Düsseldorf, Urt. v. 10.9.2014 – 12 Sa 505/14, LAGE § 307 BGB 2002 Nr. 44; zur einseitigen Beendigung der Homeoffice-Vereinbarung bei Zurverfügungstellung eines Teils des Wohnraums durch den Mitarbeiter vgl. BERTRAM/WALK/FALDER a.a.O., S. 38).

Praxistipp:

Bei der Beendigung bzw. dem Widerruf des Einsatzes im „Home Office“ sollte bedacht werden, dass **arbeitnehmerseitige Zurückbehaltungsrechte nach den §§ 273, 320 BGB vertraglich ausgeschlossen** werden.

b) Änderungskündigung oder einvernehmliche Absprache

Durch einvernehmliche Vereinbarung kann eine Homeoffice-Tätigkeit **jederzeit beendet** und der Arbeitnehmer wieder zu einer ortsgebundenen Tätigkeit in den Büroräumen des Arbeitgebers verpflichtet werden.

Haben die Parteien vereinbart, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung alternierend oder ausschließlich im Homeoffice oder mobil erbringt, kann darin eine arbeitsvertragliche Einschränkung i.S.v. § 106 S. 1 Hs. 2 GewO liegen (MÜLLER a.a.O., 1624). Sind das Home Office und damit der Ort der Arbeitsleistung festgeschrieben, bedarf es zum Entzug der Homeoffice-Tätigkeit der **Zustimmung des Arbeitnehmers** oder einer (wirksamen) **Änderungskündigung** (MÜLLER a.a.O., 1624; RICKEN a.a.O., 257; zur Teilkündigung vgl. BERTRAM/WALK/FALDER a.a.O., S. 41 f.).

Praxistipp:

Aus Gründen der Flexibilität sollte ein Arbeitgeber immer auf einen **Versetzungsvorbehalt** (hierzu RICHTER a.a.O., 166, 168), **zurückgreifen können**, der ihm zumindest zeitnah eine Neufestlegung des Arbeitsorts und damit die Beendigung des Homeoffice mit einer angemessenen Ankündigungsfrist ermöglicht. Arbeitsvertragliche Zusagen, in Form eines Anspruchs des Arbeitnehmers auf einen Homeoffice-Arbeitsplatz sollten – zumindest nach derzeitiger Rechtslage – aus Sicht des Arbeitgebers vermieden werden. Ist die Beendigung der Homeoffice-Tätigkeit für den Arbeitnehmer mit erheblichen Schwierigkeiten oder Belastungen, insb. Fahrtkosten, verbunden, wird der Arbeitgeber zur Rechtfertigung der Versetzung (Stichwort: billiges Ermessen) ein berechtigtes Interesse an der Erbringung der Arbeitsleistung von einer Betriebsstätte

Arbeitsrechtliche Hinweise zum Homeoffice

aus darlegen müssen (vgl. RICHTER a.a.O., 166, 168). Gerade bei der Beendigung einer Homeoffice-Tätigkeit und der Wahl des richtigen Rechtsinstruments zeigt sich, dass man sich in einem schwierigen Schnittbereich zwischen arbeitsvertraglichen Vereinbarungen und einer Ausübung des Direktionsrechts durch den Arbeitgeber bewegt (vgl. BAYREUTHER a.a.O., 1593).

II. Mitbestimmung nach § 99 BetrVG

Soll ein Arbeitnehmer, der bislang i.R. einer Beschäftigung in alternierender Telearbeit weit überwiegend an einem vom Arbeitgeber eingerichteten häuslichen Arbeitsplatz tätig war, wieder ausschließlich an der Betriebsstätte eingesetzt werden, liegt darin **regelmäßig eine beteiligungspflichtige Versetzung** i.S.v. § 99 Abs. 1 BetrVG vor. Der Betriebsrat kann die Zustimmung zu dieser Maßnahme nicht nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG erfolgreich auf Verstöße gegen Normen stützen, die lediglich die individualrechtliche Unwirksamkeit des Widerrufs der Telearbeitsvereinbarung bzw. der Versetzung bewirken und die die ausschließliche Beschäftigung in der Betriebsstätte nicht untersagen. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Einstellungen und Versetzungen ist kein Instrument zur umfassenden Vertragsinhaltskontrolle. Der Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG (Anm.: Benachteiligung, ohne dass dies aus betrieblichen oder in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen gerechtfertigt ist) liegt nicht vor, wenn beim betroffenen Arbeitnehmer eintretende versetzungsbedingte Nachteile durch den Vollzug einer unternehmerischen Entscheidung des Arbeitgebers bedingt und daher aus betrieblichen Gründen gerechtfertigt sind. Sind Organisationsentscheidungen des Arbeitgebers und der darauf beruhende Versetzungsbeschluss – wie im Fall der Aufgabe des heimischen Telearbeitsplatzes – praktisch deckungsgleich, sind die durch die Versetzung eintretenden Nachteile jedoch nur dann i.S.v. § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG aus betrieblichen Gründen gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber seine Organisationsentscheidung hinsichtlich ihrer organisatorischen Durchführbarkeit verdeutlicht (Anm.: nachvollziehbares Konzept) und sie auf sachlich nachvollziehbaren, plausiblen Gründen beruht (BAG, Beschl. v. 20.10.2021 – 7 ABR 34/20, EzA-SD 2022, Nr. 6, 9-11).

VI. Datenschutz und -sicherheit im Homeoffice

Tätigkeiten im Homeoffice unterliegen vom Grundsatz her keinen datenschutzrechtlichen Besonderheiten. Auch wenn die Datenschutzbehörden im Zuge der plötzlichen pandemiebedingten Umstellung auf Homeoffice bzgl. des Datenschutzes „Nachsicht haben walten lassen“, müssen sich Arbeitgeber darauf einstellen, dass im Bereich „mobiler Arbeit“ zukünftig datenschutzkonforme, belastbare und tatsächlich gelebte Konzepte gefordert, überprüft und bei Nichtvorliegen sanktioniert werden (vgl. SUWELACK a.a.O., 561).

Da die Arbeitnehmer beim Umgang mit personenbezogenen Daten im Homeoffice dem räumlichen Kontroll- und Einflussbereich des Arbeitgebers entzogen sind, rücken die **erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen** (kurz: TOM) nach Art. 32 DSGVO in den Fokus (vgl. BERTRAM/WALK/FALDER a.a.O., S. 21 ff.). Der Arbeitgeber muss bei der Umstellung auf bzw. der Einrichtung des Homeoffice seinen **datenschutzrechtlichen Organisations- sowie Überwachungspflichten** in besonderer Weise gerecht werden, um eine Haftung bestmöglich auszuschließen (zur Haftung des Arbeitnehmers im Homeoffice allgemein WILHELM NZA 2021, 15; RICKEN a.a.O., 255 ff.). Dabei muss er sicherstellen, dass die **Grundsätze der Informationssicherheit** eingehalten werden, und daher insb. die **Vertraulichkeit**, die **Integrität** und die **Verfügbarkeit** der jeweiligen Daten sichergestellt sind (vgl. SUWELACK a.a.O., 561 m.w.N.; DURY/LEIBOLD ZD-Aktuell 2020, 04405). Die Tätigkeit im Homeoffice stellt eine besondere datenschutzrechtliche Herausforderung dar, da die Anzahl der potenziellen Risiko- und Störquellen deutlich erhöht ist und zugleich die Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers reduziert sind (vgl. BERTRAM/WALK/FALDER a.a.O., S. 21).

Um eine gesetzeskonforme Verarbeitung personenbezogener Daten im Homeoffice entsprechend der datenschutzrechtlichen Zweckbindung sowie Vertraulichkeit zu gewährleisten, sind datenschutzrechtliche Standards einzuhalten. Zu nennen sind etwa (zu weiteren Aspekten BERTRAM/WALK/FALDER, a.a.O., S. 21 f.):

- Sicherheitsvorgaben des Arbeitgebers und datenschutzkonformes IT-Konzept mit sicheren Datenleitungen und -zugängen entsprechend dem aktuellen Stand der Technik,
- Zugriffs-, Berechtigungs- und Rollenkonzepte (Prinzip der geringstmöglichen Rechtevergabe) sowie Protokollierung der Log-In-Daten,
- Verschlüsselung personenbezogener Daten,
- wirksamer Passwortschutz,
- restriktive, risikoorientierte Vorgaben zur Übertragung/Weitergabe, zur Lagerung/Speicherung und zum Transport von Daten (z.B. keine Weiterleitung über E-Mail oder Drop Box),
- Vorgaben zum Schutz des Arbeitsplatzes bei Abwesenheit des Arbeitnehmers (Bildschirm Sperre),
- Sichtschutzfolien und Vorgaben zur Einrichtung des Bildschirmarbeitsplatzes zur Vermeidung der Kenntnisnahme vertraulicher Daten durch unbefugte Dritte,
- separater, abgegrenzter und verschließbarer Raum sowie abschließbarer Schrank zur Vermeidung unbefugter Einwirkung oder Kenntnisnahme,
- Verbot der Privat- und/oder Drittnutzung,
- zur Wahrung der technischen Sicherheit die ausschließliche Nutzung eigener Geräte des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer (BYOD ausschließen),
- Anzeige- und Informationspflichten bei Störfällen, IT-Störungen, Virenbefall etc.,
- Rechtsfolgen bei datenschutzrechtlichen Verstößen,
- Hinweis auf etwaige Schäden, Ordnungsgelder, Strafbarkeit,
- datenschutzrechtliche Verpflichtungserklärung des Arbeitnehmers,
- Wirksame Absicherung gegen technische Ausfallrisiken (Back-up- bzw. Cloud-Lösungen) und
- Verfahren zur regelmäßigen Überprüfung, Bewertung und Evaluierung der Wirksamkeit der technischen und organisatorischen Maßnahmen.

VII. Technische Arbeitssicherheit und Arbeitsschutz

Auch am **häuslichen Arbeitsplatz** sind **Arbeitsschutzrechte** zu beachten (vgl. HIDALGO a.a.O., 1449; RICKEN a.a.O., 248 ff.). Nach § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, im Homeoffice die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen. Dabei hat er nach § 4 Nr. 1 ArbSchG die Arbeit u.a. so zu gestalten, dass eine Gefährdung für das Leben sowie die physische und psychische Gesundheit der Arbeitnehmer möglichst vermieden und die verbleibende Gefährdung möglichst gering gehalten wird. Auch muss der Arbeitgeber zahlreiche weitere Vorgaben konkretisierender Rechtsverordnungen – z.B. der Verordnung über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Verwendung von Arbeitsmitteln (**BetrSichV**), der Arbeitsstätten- (**ArbStättV**; hierzu HIDALGO a.a.O., 1449, 1450) oder der Bildschirmarbeitsverordnung (**BildscharbV**; hierzu RICHTER a.a.O., 142, 143) – berücksichtigen. Zur Ermittlung erforderlicher Maßnahmen des Arbeitsschutzes hat er gem. § 5 ArbSchG eine **Gefährdungsbeurteilung** durchzuführen (vgl. ISENHARDT a.a.O., 1499, 1500), was in der Praxis oftmals nicht beachtet und umgesetzt wird.

Praxistipp:

Die **Gefährdungsbeurteilung** ist **aktuell** zu halten (vertiefend HIDALGO a.a.O., 1449, 1454 ff.). Entsprechend muss sich der Arbeitgeber in **regelmäßigem Turnus** erkundigen, ob sich Veränderungen am häuslichen Arbeitsplatz ergeben haben, die eine Neueinschätzung erfordern (vgl. BAG, Beschl. v. 13.8.2019 – 1 ABR 6/18, NZA 2019, 1717). Arbeitgeber sollten bei der Einführung von Homeoffice eine(n) konkrete(n) **Fragebogen/Checkliste für ihre Arbeitnehmer:innen** erstellen, um potenzielle Gefährdungen zu ermitteln und abzusichern (vgl. BERTRAM/WALK/FALDER a.a.O., S. 27).

Ein **Beschäftigter** muss am **häuslichen Arbeitsplatz** nach § 15 Abs. 1 S. 1 ArbSchG gem. den Weisungen des Arbeitgebers **für seine eigene Sicherheit und Gesundheit** sorgen und die ihm zur Verfügung

Arbeitsrechtliche Hinweise zum Homeoffice

gestellten Arbeitsmittel nach § 15 Abs. 2 ArbSchG bestimmungsgemäß verwenden. Nach § 16 Abs. 2 S. 1 ArbSchG ist er verpflichtet, den Arbeitgeber bei der Erfüllung seiner Arbeitsschutzpflichten zu unterstützen. Hat der Arbeitgeber i.R. seiner Gestaltungsmacht alle Schutzmaßnahmen getroffen und dem Beschäftigten die nötigen Anweisungen erteilt, darf er davon ausgehen, dass der Arbeitsschutz am häuslichen Arbeitsplatz gewährleistet ist. Insbesondere besteht außer bei konkreten Anhaltspunkten zu Verstößen gegen Arbeitsschutzvorschriften keine Kontrollpflicht vor Ort (ISENHARDT a.a.O., 1499, 1500).

Zur Unfallverhütung, Gewährleistung des technischen Arbeitsschutzes und zur Behandlung von Störfällen entspricht es üblichem Vorgehen des Arbeitgebers, sich **Zutritts-/Zugangsrechte zum häuslichen Arbeitsplatz** durch den Arbeitnehmer einräumen zu lassen (vgl. BERTRAM/WALK/FALDER a.a.O., S. 30 f.; HIDALGO a.a.O., 1449, 1452 f.). Hierbei ist ggf. das Einverständnis von Mitbewohnern mit Blick auf das Grundrecht aus Art. 13 GG einzuholen. Üblicherweise wird vor dem Zutritt des Arbeitgebers eine **vorherige Ankündigungsfrist** vereinbart, damit sich die betroffenen Personen auf die Besichtigung angemessen einstellen können (kritisch und vertiefend HIDALGO a.a.O., 1449, 1452). Gleichermaßen ist es denkbar, das Recht zum Zutritt i.S.d. Verhältnismäßigkeit auf besondere Anlässe – etwa bei Einrichtung des Arbeitsplatzes, bei Störfällen oder auf regelmäßige Kontrollen in nicht zu kurzen Abständen (z.B. einmal halbjährlich) – zu beschränken (BERTRAM/WALK/FALDER a.a.O., S. 31).

Um einer Entgrenzung von Arbeit entgegenzuwirken und die Einhaltung des Arbeitsschutzes sicherzustellen, bedarf es im Homeoffice einer **konsequenten Abgrenzung von Arbeit zur Freizeit/Privatsphäre**, eines guten, praktikablen Arbeits- und Gesundheitsschutzes mit entsprechenden **Unterweisungen des Arbeitnehmers nach § 12 ArbSchG, § 6 ArbStättV** zur Sensibilisierung (hierzu BERTRAM/WALK/FALDER a.a.O., S. 27 f.; HIDALGO a.a.O., 1449, 1454; KRIEGER/RUDNIK/POVEDANO PERAMATO a.a.O., 473, 479 f.) sowie eines konsequenten **Selbstmanagements des Arbeitnehmers**. Neben einer entsprechenden Arbeitsdisziplin und Eigenverantwortung des Arbeitnehmers bedarf es insoweit v.a. der oben geschilderten umfassenden und ordnungsgemäßen Arbeitszeiterfassung, i.R.d. gesetzlichen Arbeitszeitschutzes (zur Überwachung der Arbeitszeit im Homeoffice VON STEINAU-STEINRÜCK, NJW-Spezial 2018, 754).

Hinweis:

Aktuelle Rechtsprechungsänderung – BSG 8.12.2021

Ein Beschäftigter, der auf dem morgendlichen erstmaligen Weg vom Bett in sein Homeoffice stürzt, ist durch die gesetzliche Unfallversicherung geschützt (BSG, Ur. v. 8.12.2021 – B 2 U 4/21 R, juris; in Abkehr zu BSG, Ur. v. 5.7.2016 – B 2 U 5/15 R, NJW 2017, 508). Diese Rechtsprechung steht mit der Neuregelung des Unfallversicherungsschutzes im Homeoffice im Jahr 2021 (vgl. BERTRAM/WALK/FALDER a.a.O., S. 28 f.; MÜLLER ArbRAktuell 2021, 408, 437, 438; DERS. NZS 2019, 177) im Einklang, die sicherstellt, dass die „mobile“ Arbeit, insb. im Homeoffice, im gleichen Umfang der gesetzlichen Unfallversicherung unterliegt, wie die Tätigkeit im Betrieb. Daher kann nunmehr auch für im Homeoffice tätige Arbeitnehmer ein Unfallversicherungsschutz für Wege im eigenen Haushalt zum Holen eines Getränks, zur Nahrungsaufnahme bzw. zum Toilettengang bestehen. Gesetzgebung und Rechtsprechung werden damit einem durch die Corona-Pandemie deutlich verstärkten Wandel in der Arbeitswelt gerecht (vgl. SCHWEDE, ArbRAktuell 2022, 18).

VIII. Steuerrechtliches Umfeld des Homeoffice

Durch das Jahressteuergesetz 2020 wurde eine Homeoffice-Pauschale eingeführt. Sie beträgt 5 € pro Tag und ist entsprechend den zu Hause gearbeiteten Tagen auf höchstens 600 € im Jahr begrenzt, was 120 Arbeitstagen entspricht. Diese Regelung gilt derzeit sowohl für 2021 als auch 2022 (vgl. Koalitionsvertrag der Ampelregierung 2021 bis 2025). Die Pauschale zählt zu den Werbungskosten und wird in die Werbungskostenpauschale eingerechnet (Arbeitnehmer-Pauschbetrag). Wer insgesamt mit seinen Werbungskosten nicht über 1.000 € kommt, hat von der Homeoffice-Pauschale – auch mit Blick auf entfallende Pendlerkosten – keinen zusätzlichen finanziellen Vorteil.

Wer sein Arbeitszimmer weitergehend von der Steuer absetzen möchte, steht vor hohen Hürden. Nach § 9 Abs. 5 i.V.m. § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 6b S. 1 EStG kann ein Arbeitnehmer **Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer** nicht als Werbungskosten abziehen. Dies gilt nach S. 2 der Vorschrift nicht, wenn für die berufliche Tätigkeit **kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung** steht. In diesem Fall wird die Höhe der abziehbaren Aufwendungen auf 1.250 € begrenzt (§ 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 6b S. 3 Hs. 1 EStG). Die Beschränkung der Höhe nach gilt nicht, wenn das Arbeitszimmer den Mittelpunkt der gesamten beruflichen Betätigung bildet (§ 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 6b S. 3 Hs. 2 EStG). Der Steuerpflichtige ist in diesen beiden Fällen auf einen häuslichen Arbeitsplatz angewiesen, weshalb das Gesetz typisierend davon ausgeht, dass Aufwendungen hierfür (nahezu) ausschließlich betrieblich/beruflich veranlasst sind, obwohl auch insoweit eine private Nutzung des Raums nicht überprüft und damit nicht ausgeschlossen werden kann (vgl. GESERICH DB 2019, 1810; WEBER DB 2020, 865).

IX. Gestaltungshinweise

Strebt der Arbeitgeber an, dass seine Arbeitnehmer ihre Arbeitspflichten in einem festzulegenden Umfang von zu Hause aus erbringen sollen, muss er dies mit ihnen entweder **individualvertraglich** ergänzend oder abändernd zum Arbeitsvertrag vereinbaren. Gegebenenfalls kann sich dabei aus § 241 Abs. 2 BGB mit Blick auf die Pflicht zur wechselseitigen Rücksichtnahme eine Vertragsanpassungspflicht ergeben (vgl. PICKER a.a.O., 4, 14 f. m.W.N.; ISENHARDT a.a.O., 1499). Oder der Arbeitgeber geht zusammen mit den Betriebspartnern den Weg über eine kollektivrechtliche Vereinbarung in Form einer **Dienst- oder Betriebsvereinbarung** oder eines **Tarifvertrags** (vgl. MÜLLER a.a.O., 45, 46). Insbesondere folgende Punkte sind üblicher- und zweckmäßigerweise in einer Homeoffice-Vereinbarung zu regeln:

Checkliste:

- Anzahl und Lage der Homeoffice-Tage, ggf. jährliche Höchstgrenze,
- Kernzeit im Homeoffice, während der die Erreichbarkeit durch den Arbeitnehmer sicherzustellen ist,
- Mindestanwesenheitszeiten bzw. Präsenztage im Büro,
- Absprache und Abstimmung mit dem Vorgesetzten, Austausch mit Kollegen,
- pflegliche, sicherheitsorientierte Nutzung der betrieblich zur Verfügung gestellten Arbeitsmittel,
- Verbot der Privatnutzung oder Nutzung durch unbefugte Dritte,
- Verbot der Nutzung von privaten Arbeitsmitteln (kein BYOD),
- lückenlose, ordnungsgemäße Dokumentation der Arbeitszeit zur Sicherstellung u.a. der täglichen Pausen und Höchstarbeitszeit sowie der täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten,
- Anforderungen an die häusliche Arbeitsstätte, d.h. räumliche und technische Voraussetzungen des Arbeitsplatzes zu Hause,
- Regelungen zur Wahrung des Datenschutzes und zum sicheren, vertraulichen Umgang mit Dokumenten und Daten,
- Vereinbarungen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) und vertraulichen Angelegenheiten, sofern noch nicht ausreichend im Arbeitsvertrag geregelt,
- Verhalten und Reaktion bei Störfällen,
- Regelungen zum Arbeitsschutz und zur Haftung bei Unfällen,
- Beurteilung der im Rahmen „mobiler“ Arbeit auftretenden physischen und psychischen Gefährdungen (Gefährdungsbeurteilung),
- Unterweisung der Arbeitnehmer im Hinblick auf erforderliche Sicherheits- und Gesundheitsschutzmaßnahmen,
- Unfallversicherungsschutz,
- Zugangsrecht zur häuslichen Arbeitsstätte bzw. zum Homeoffice des Arbeitnehmers mit Ankündigungsfrist,
- Regelungen zur Verlegung der häuslichen Arbeitsstätte bzw. des Homeoffice,

Arbeitsrechtliche Hinweise zum Homeoffice

- Beendigungstatbestände und Möglichkeiten des arbeitgeberseitigen Widerrufs der Vereinbarung (hierzu BERTRAM/WALK/FALDER a.a.O., S. 41 zum „mobilen“ Arbeiten unter Beachtung einer angemessenen Ankündigungsfrist).

X. Fazit

„Mobile“ Arbeit in ihren Erscheinungsformen ist im Sinne guter Arbeit und guter Arbeitsbedingungen zu regeln und zu gestalten. In diesem Sinne kann „mobile“ Arbeit die Motivation, die Arbeitszufriedenheit und damit die Bindung an den Arbeitgeber steigern. Gerade höher qualifizierte Arbeitnehmer erwarten von einem Arbeitgeber i.d.R. entsprechende Arbeitsangebote, um Beruf und Privatleben besser in Einklang zu bringen und Pendelzeiten zu reduzieren.

Die zunehmende Verbreitung „mobiler“ Arbeit erfordert geeignete Maßnahmen und Vertragsgestaltungen, die einen wirksamen Schutz „mobil“ arbeitender Arbeitnehmer sicherstellen. Einer rechtswidrigen Entgrenzung der Arbeit muss entgegengewirkt werden. Sicherheit und Gesundheitsschutz sind auch i.R. „mobiler“ Arbeit zu gewährleisten. „Mobile“ Arbeit darf nicht zum rechtsfreien Raum mutieren, in dem Arbeitsrecht nur „light“ gilt.

Ohne hohe Arbeitsdisziplin und Eigenverantwortung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und ohne „gute“ Führungskräfte ist „mobile“ Arbeit, trotz etwaiger Kontroll- und Einsichtsrechte sowie Unterweisungen des Arbeitgebers, nicht erfolgversprechend. Dies gilt ebenfalls, wenn die eingesetzte Technik oder das übertragene Arbeitsumfeld durch den Arbeitnehmer nicht souverän beherrscht werden. Gleichmaßen muss der Arbeitgeber bei „mobiler“ Arbeit seine Unternehmenskultur und Aspekte wie Betriebstreue, Motivation, Kreativität, Produktivität und Zusammengehörigkeitsgefühl im Blick halten. Bei aller Begeisterung für moderne Technik und Arbeitsmethoden lässt sich Gemeinschaft und Zusammengehörigkeit in aller Regel nur durch persönlichen Kontakt und entsprechenden sozialen direkten Austausch erreichen. Das erfordert dann aber wieder physische Präsenz im Betrieb, was in der Tendenz auch mit Blick auf Gleichbehandlung und den Betriebsfrieden für die Vorzugswürdigkeit alternierender Modelle „mobiler“ Arbeit spricht (vgl. PICKER a.a.O., 4, 7).

Entsprechend ist es i.d.R. ratsam, Telearbeit, Homeoffice oder Mobile Arbeit erst nach bestandener Probezeit bzw. einer Mindestbetriebszugehörigkeitszeit von sechs Monaten zu vereinbaren. Auch sollte stets darauf geachtet werden, dass die Tätigkeit für „mobiles“ Arbeiten geeignet ist. Dies gilt insb. für Aufgaben mit einem hohen Anteil an Informationsverarbeitung und steuernden Tätigkeiten, die keine Anwesenheit im Betrieb und nur geringen persönlichen Kontakt erfordern.

Auch wenn Disziplin- und Eigenverantwortung des Arbeitnehmers grds. vorliegen, sollte der Arbeitgeber für Störfälle durch eine entsprechende Vertragsgestaltung vorbereitet sein, die ihm das nötige Reaktions- und Sanktionspotenzial eröffnet. Dabei ist aber BAYREUTHER (a.a.O., 1593, 1596) darin zuzustimmen, dass der Arbeitgeber dabei nicht überziehen darf und aus Furcht, insb. vor einer AGB-Kontrolle, zu Formulierungskunststücken greift, die letztlich genau das Gegenteil vom Gewünschten bewirken, weil sie eine Bindung des Arbeitgebers erst herbeiführen. Wer eine Homeoffice-Vereinbarung „zum Selbstschutz“ unbedacht befristet, sichert ggf. versehentlich deren temporäre Beständigkeit zu. Und wer den Rückruf des Arbeitnehmers in den Betrieb an „besonders filigran“ ausformulierte Sachgründe bindet, darf sich nicht wundern, wenn dieser im Fall des Falles darauf verweist, dass diese nicht vorlägen (hierzu BAYREUTHER a.a.O., 1593, 1596 ff.). Der goldene Mittelweg liegt deshalb in einer klar strukturierten, ebenso formulierten und wohlgedachten Vereinbarung, die auf die spezifischen Bedürfnisse des Mandanten und den konkreten Anwendungsfall zugeschnitten ist.