Die neue Home-Office-Pflicht nach der Corona-Arbeitsschutzverordnung

10.02.2021

Die Rechtslage im Home Office ist in vielerlei Hinsicht ungeklärt. Seit Jahren will der Gesetzgeber sie regeln. Geschehen ist nichts, mutmaßlich, weil der Gesetzgeber mit nicht ganz trivialen Fragen üblicherweise überfordert ist.[1] Gleichwohl normierte jüngst das Bundesministerium für Arbeit und Soziales zur Pandemiebekämpfung die Pflicht von Arbeitgebern, Home Office anzubieten. Die Klärung sämtlicher damit verbundener Rechtsfragen und Probleme überlässt der Normgeber wie üblich dem Zufall, der Praxis und der Rechtsprechung. Der Wortlaut der Verordnung ist in besorgniserregendem Ausmaß fehlerhaft. Im Ergebnis sehen sich Arbeitgeber, Betriebsräte und Arbeitnehmer mit einer Pflicht konfrontiert, deren Reichweite und Folgen völlig unklar sind. Dieser Beitrag beantwortet – soweit möglich - die wesentlichen Fragen.

1. Was regelt die Home-Office-Angebotspflicht?

Seit dem 22. Januar 2021 gilt § 2 Abs. 4 der Corona-ArbSchV. Danach gilt:

> „*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*."

2. Für welche Mitarbeiter gilt die Home-Office-Angebotspflicht?

Die Home-Office-Angebotspflicht gilt für alle Beschäftigten im Sinne der § 2 ArbSchG. Dieser umfasst nicht nur Arbeitnehmer, sondern etwa auch Praktikanten, Auszubildende, arbeitnehmerähnliche Personen, Fremdgeschäftsführer und Beamte. Zwar verwendet der Normgeber den Begriff „*Arbeitgeber*". Das könnte zu der Annahme verleiten, die Angebotspflicht betreffe tatsächlich nur Arbeitgeber, also die Vertragspartner von Arbeitnehmern. Allerdings hat der Gesetzgeber des ArbSchG dort in § 2 Abs. 2 klargestellt, dass er als „*Arbeitgeber*" verwendet, aber eigentlich „*Beschäftigungsgeber*" meint. Wieso er nicht den korrekten Begriff verwendet hat, bleibt sein Geheimnis. Der Leser sollte sich davon jedenfalls nicht irritieren lassen.

3. Für welche Tätigkeiten ist Home Office anzubieten?

Abwegig ist auch die Formulierung, dass im Falle von „*Büroarbeit*" Home Office anzubieten ist.

„*Büroarbeit*" ist die Arbeit im Büro. Nähme man das wörtlich, wäre jedem Beschäftigten, der örtlich im „*Büro*" tätig ist, Home Office anzubieten, allen anderen nicht. Das würde etwa folgendes bedeuten:

Ein Mitarbeiter, der technische Geräte im Büro repariert, wäre erfasst, obwohl er die technischen Geräte kaum zu Hause reparieren könnte. Auch ein Mitarbeiter, der Posteingänge entgegennimmt und verteilt, wäre grundsätzlich erfasst, obwohl er offensichtlich Post nicht zu Hause entgegennehmen könnte. Beides ist praxisfern.

Ein Außendienstmitarbeiter hingegen, der etwa typischerweise Kunden vor Ort berät, arbeitet nicht im „*Büro*". Er könnte Kunden aber ohne Weiteres digital aus dem Home Office beraten. Gleichwohl wäre er nach dem Wortlaut der Norm nicht erfasst.

---

[1] Erinnert sei – nur exemplarisch – an die bemerkenswerte Leistung, 70 Jahre über ein Mindestlohngesetz zu diskutieren und dann zu übersehen, dass es Arbeitnehmer gibt, die zwar ein Gehalt unterhalb des Mindestlohns verdienen, aber mit Trinkgeldern deutlich darüber liegen.

Vermutlich wollte das Ministerium das einzig Sinnvolle regeln: Nämlich die Angebotspflicht für alle Tätigkeiten, die sich für Arbeit im Home Office eignen. Wieso er das nicht getan hat, bleibt sein Geheimnis. Die Praxis muss mit der daraus resultierenden Rechtsunklarheit umgehen.

4. Wann greift die Pflicht ausnahmsweise nicht?

Die Pflicht greift ausnahmsweise nicht, wenn ihr „*zwingende betriebsbedingte*“ Gründe entgegenstehen. Das Ministerium hat also nicht die übliche Formulierung „***dringende betriebliche***“ Gründe verwendet, sondern die weitaus engere Formulierung „***zwingende betriebsbedingte***“.

Diese Begriffe sind in doppelter Hinsicht enger. Während „*betrieblich*“ jedes betriebliche Interesse meint, ist „*betriebsbedingt*“ ein Begriff aus dem Kündigungsschutzrecht. Damit sind etwa personenbedingte Gründe ausgeschlossen. Es ist also ausgeschlossen, einzelnen Arbeitnehmern kein Home Office anzubieten, weil sie im Home Office unproduktiv sind.

Der Normgeber hätte vier Interessensstufen wählen können:

- „*Gründe*“
- „*überwiegende Gründe*“
- „*dringende Gründe*“
- „*zwingende Gründe*“.

Während bereits „*dringende*“ Gründe recht hohe Anforderungen haben, weil sie über eine bloße Interessenabwägung hinausgehen, sind „*zwingende*“ Gründe nur solche, in denen Arbeitgeber gar keine Alternativoption hätten. Geht man davon aus, dass der Formulierung des Ministeriums Gedanken zu Grunde lagen, hat es damit zum Ausdruck gebracht, dass auch ein extremer Aufwand betrieben werden muss. Insbesondere ist damit ausgedrückt, dass etwa ein Kosteninteresse kein hinreichender Grund ist. Das Kosteninteresse des Arbeitgebers ist zwar „*dringend*“, aber nicht „*zwingend*“.

In den Beispielen bedeutet das:
Dem Mitarbeiter, der Post entgegennimmt, müsste Home Office etwa auch dadurch ermöglicht werden, dass die Arbeit auf Mitarbeiter umverteilt wird, die ohnehin vor Ort sind.

Dem Mitarbeiter, der technische Geräte repariert, müssten die technischen Geräte ggf. nach Hause geliefert werden, damit er sie dort repariert.

Mitarbeiter, die mit einem Computer arbeiten müssen, müsste kurzfristig ein Notebook zur Verfügung gestellt (und datenschutzkonform eingerichtet) werden.

All das erscheint praxisfern. Es dürfte ausgeschlossen sein, dass Arbeitgeber die Pflicht wortlautgetreu umsetzen. Insofern bleibt zu hoffen, dass die Praxis (Arbeitgeber, Betriebsräte, Arbeitnehmer und Gerichte) den Wortlaut des Ministeriums nicht ernst nehmen.

5. Welchen Aufwand müssen Arbeitgeber betreiben, um Home Office zu ermöglichen?

Wie unter 4. dargestellt, ist das Kosteninteresse des Arbeitgebers kein ausreichender Grund, um Home Office nicht anzubieten. Auch ein ausufernder Aufwand muss betrieben werden. Einzig „zwingende“ Gründe können dem entgegengehalten werden. Das sind Gründe, in denen Home Office nicht nur mit erheblichen Nachteilen verbunden, sondern ausgeschlossen ist. Insofern ist klar, dass Arbeitgeber die Verordnung nicht wortlautgetreu umsetzen werden. Auch insoweit bleibt zu hoffen, dass alle Beteiligten besonnen mit dem Dilettantismus des Ministeriums umgehen und die Situation vernünftig handhaben.

6. Wie muss der Arbeitgeber Home Office anbieten?

Nach dem Wortlaut der Norm muss ein Arbeitgeber Beschäftigten die Möglichkeit zum Home Office „*anbieten*". Gemeint sein dürfte, dass er infolge dieses Angebots die Möglichkeit auch tatsächlich „*gewähren*" muss. Nicht geregelt ist, welche Form oder welchen Inhalt das Angebot haben muss. Jedenfalls genügt nicht die bloße Gewährung von Home Office auf Anfrage. Vielmehr muss die Möglichkeit im Betrieb initiativ von Arbeitgeberseite kommuniziert werden.

7. Wo dürfen Beschäftigte arbeiten?

Es ist klar geregelt, dass nur die Wohnung des Arbeitnehmers als alternativer Arbeitsort in Betracht kommt. Damit handelt es sich ggf. nicht um mobile Arbeit (wo überall mobil gearbeitet werden kann), sondern um echtes „*Home Office*".

Die damit verbundenen, zahlreichen und ungeklärten Probleme können an dieser Stelle nicht erörtert werden. Im Wesentlichen handelt es sich um Fragen des Datenschutzes, der Haftung, der Mitarbeiterkontrolle, der Gleichbehandlung, des Gesundheitsschutzes, der Einordnung von Arbeitsunfällen als solche, die Reichweite des Direktionsrechts und Kostenerstattungspflichten.

8. Wie lange dürfen Arbeitnehmer ins Home Office?

Die Pflicht, Home Office anzubieten, ist zeitlich nicht eingeschränkt. Zwar formuliert das Ministerium fehlerhaft nur, die Pflicht greife nicht, „*wenn*" zwingende betriebsbedingte Gründe entgegenstehen. Gemeint gewesen ist aber wohl „*wenn* ***und solange***". Stehen also zwingende betriebsbedingte Gründe nur an einem Tag entgegen, dann bestünde die Angebotspflicht in Bezug auf vier Tage pro Woche.

9. Wer trägt die Kosten?

Unklar und ungeregelt ist auch, wer die durch das Home Office entstehenden Mehrkosten (Strom, Heizung etc.) trägt. Nach § 3 Abs. 3 ArbSchG darf der Arbeitgeber die Kosten für Arbeitsschutzmaßnahmen nicht Arbeitnehmern auferlegen. Allerdings sieht § 3 Abs. 3 ArbSchG vor, dass „*rechtlich abgesicherte Kostenübernahmeregelungen oder sonstige spezielle Regelungen*" davon eine Ausnahme vorsehen können. Es wäre insofern zumindest vertretbar, dass durch Vereinbarung die Pflicht zur Kostentragung ausgeschlossen werden kann.

10. Müssen Arbeitnehmer ins Home Office?

Nein. Der Arbeitgeber hat die Pflicht, Home Office anzubieten. Beschäftigte haben nicht die Pflicht, das Angebot anzunehmen.

11. Darf ein Arbeitgeber Beschäftigten aus personenbedingten Gründen Home Office verweigern?

Nein. Das Ministerium hat das Recht, Home Office zu verweigern (ob bewusst oder unbewusst) nicht auf „***betriebliche*** *Interessen*" o.ä. erstreckt, sondern auf „***betriebsbedingte***" Gründe begrenzt. Damit ist eine Verweigerung von Home Office aus personenbedingten Gründen (etwa, weil ein Arbeitnehmer im Home Office unproduktiv ist) ausgeschlossen.

12. Inwieweit kann der Betriebsrat mitbestimmen?

Der Betriebsrat hat ein Mitbestimmungsrecht bei Fragen des Gesundheitsschutzes (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG). Das Mitbestimmungsrecht reicht soweit, wie ein Gesetz keine zwingenden Vorgaben macht. Es kann also per Betriebsvereinbarung weder die Pflicht zum Home-Office-Angebot wirksam ausgeschlossen werden noch besteht ein Anspruch auf eine Erweiterung per Betriebsvereinbarung. Geregelt werden kann aber etwa das Angebotsprozedere oder der Prozess der Beurteilung, was „*Bürotätigkeiten*“ sind oder ob „*zwingende betriebsbedingte Gründe*“ vorliegen.

13. Was droht Arbeitgebern, die gegen die Angebotspflicht verstoßen?

Ungeklärt ist bisher, ob Arbeitnehmer auf ein Home Office Angebot klagen können. Dagegen spricht, dass der Normwortlaut nur von einer „*Pflicht*“ des Arbeitgebers spricht, aber nicht einem „*Recht*“ des Arbeitnehmers. Allerdings könnten Arbeitnehmer die Arbeitsleistung verweigern, wenn ein Arbeitgeber gegen seine Pflicht verstößt (§ 273 BGB). Der Betriebsrat kann seine Beteiligungsrechte geltend machen. Außerdem drohen Bußgelder in Höhe von bis zu EUR 30.000,00 (§ 25 Abs. 1 Nr. 2 a), Abs. 2 ArbSchG).

Bei Fragen zum Home Office nach der Corona-Arbeitsschutzverordnung oder zum Thema Home Office allgemein haben, melden Sie sich jederzeit gern.

Dr. DANIEL WEIGERT, LL.M. (Lund)
Rechtsanwalt · Fachanwalt für Arbeitsrecht
Data Protection Risk Manager

Ballindamm 6 · 20095 Hamburg
t +49 40 668 916 32 · f +49 40 668 916 33
dw@danielweigert.de · www.danielweigert.de