

Laura Visser | Philipp Voigt | Marko Vraetz

Das Recht auf Homeoffice in der Pandemie



Nomos

**Arbeits- und Sozialrecht
Band 168**

Laura Visser | Philipp Voigt | Marko Vraetz

Das Recht auf Homeoffice in der Pandemie



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-8299-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-2690-0 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung ist im Rahmen eines durch die Argelander Grants für den wissenschaftlichen Nachwuchs geförderten Forschungsprojekts an der Universität Bonn in der Zeit von Juli 2020 bis März 2021 entstanden und beleuchtet das Recht auf Homeoffice in der aktuellen Coronavirus-Pandemie, aber auch in vergleichbaren Krisensituationen. Der Text befindet sich auf dem Stand vom 31.5.2021 (BGBl. I, S. 1192).

Am 4. Februar 2021 wurden die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung im Rahmen eines halbtägigen Online-Symposiums vorgestellt und diskutiert. Ein herzlicher Dank gilt den Referent*innen, die nach ihren Impulsreferaten in drei Panels diskutiert haben. Sie haben die Veranstaltung mit ihrer Expertise und ihrem Erfahrungsschatz sehr bereichert.

Nach einem Grußwort von Herrn *Professor Dr. Raimund Waltermann* (Universität Bonn) wurde die Arbeit im Homeoffice in Pandemiezeiten aus rechtspolitischer Perspektive von Herrn *Dr. Daniel Hlava* (Hugo Sinzheimer Institut der Hans-Böckler-Stiftung) und Herrn *Kai-Uwe Hemmerich* (Mitglied des Bundesvorstands der Christlich-Demokratischen Arbeitnehmerschaft) beleuchtet. Zu den arbeitsschutz- und sozialversicherungsrechtlichen Auswirkungen sprachen Frau Richterin *Dr. Annemarie Aumann* (München) und Frau Akad. Rätin *Dr. Katja Chandna-Hoppe* (Universität Bonn). Abschließend gaben uns Frau *Dr. Alexandra Mergener* (Bundesinstitut für Berufsbildung Bonn) und Herr *Dr. Christian Zimpelmann* (IZA – Institute of Labor Economics, Bonn) einen Überblick über die Ergebnisse der aktuellen wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Forschung.

Weiterer Dank gebührt Herrn *Wiss. Mit. Fabiano Collu*, der uns während der Zeit der Entstehung dieses Bandes unterstützt und so zum Gelingen des Symposiums und dieser Untersuchung beigetragen hat.

Abschließend möchten wir besonders Herrn *Professor Dr. Raimund Waltermann* danken, der uns nicht nur bei dem Online-Symposium unterstützt hat, sondern uns darüber hinaus während der gesamten Projektzeit wissenschaftlicher Ansprechpartner war.

Bonn, im August 2021

Laura Visser, Philipp Voigt und Marko Vraetz

Inhaltsverzeichnis

Teil 1 – Die Arbeitsform des Homeoffice	13
A. Potenziale und Risiken	14
B. Verbreitung und Akzeptanz	15
C. Homeoffice, mobile Arbeit und Telearbeit	17
Teil 2 – Grundrechtliche Perspektive	20
A. Grundrechte in Zeiten der Pandemie	20
I. Ausgangspunkt	20
II. Sonderregeln in der Pandemie	21
1. Gesetzliche Grundlagen	22
2. Parlamentsvorbehalt	24
3. Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen	25
4. Berücksichtigung der Grundrechte	27
5. Sonderopfer zum Wohl der Allgemeinheit?	28
6. Zwischenergebnis	28
B. Grundrechtspositionen bei Verlagerung der Arbeit in das Homeoffice	29
I. Gesundheitsschutz der Bevölkerung, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG	30
1. Schutzbereich	31
2. Pflichten des Arbeitgebers	32
3. Mitwirkung des Arbeitnehmers	33
II. Grundrechtspositionen des Arbeitnehmers	33
1. Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 Abs. 1 GG	33
a) Geltung im privatrechtlichen Kontext	34
b) Schutzbereich	34
c) Eingriff	35
d) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	37
2. Pflege und Erziehung der Kinder, Art. 6 Abs. 1, 2 GG	37
3. Gleichbehandlung, Art. 3 Abs. 1 GG	39
a) Allgemeiner Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG	39
b) Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz	40
4. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	40
5. Austausch und soziale Interaktion, Art. 2 Abs. 1 GG	41

Inhaltsverzeichnis

III. Grundrechtspositionen des Arbeitgebers (Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG)	42
1. Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeit im Homeoffice	43
a) Schutzbereich	43
b) Eingriff und verfassungsrechtliche Rechtfertigung	44
2. Versetzung in das Homeoffice auf Weisung des Arbeitgebers	44
IV. Abwägung und Fazit	45
Teil 3 – Interessen der Arbeitsvertragsparteien	46
A. Interesse des Arbeitgebers an der Vertragsanpassung	47
I. Erhalt des Pflichtenkatalogs: Leistungspotenzial	47
1. Unmöglichkeit der Arbeitsleistung im Betrieb	47
a) Das Tatbestandsmerkmal der Unmöglichkeit	47
aa) Gründe für Unmöglichkeit während der Pandemie	48
bb) Ergänzende Vertragsauslegung als Sperre der Unmöglichkeit	48
b) Die Rechtsfolge der Unmöglichkeit	50
2. Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung im Betrieb	51
II. Sonstige Interessen	52
III. Zwischenergebnis	53
B. Interesse des Arbeitnehmers an der Vertragsanpassung	53
I. Erhalt des Pflichtenkatalogs: Entgeltzahlung	53
1. Unmöglichkeit	54
a) In der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe	54
aa) Akute Erkrankung des Arbeitnehmers	54
bb) Absonderung und Tätigkeitsverbot, §§ 30, 31 IfSG	54
cc) Ausgangsbeschränkungen	55
b) Im Betrieb liegende Gründe	56
aa) Flächendeckende Betriebsschließungen	57
(1) Fehlender Betriebsbezug der Schließung als Hindernis?	58
(2) Fehlende anderweitige Verwertbarkeit der Arbeitsleistung als Hindernis?	60
(3) Ausschlussgrund: Existenzgefährdung?	62
(4) Kürzung des Lohnanspruchs	65
(5) Zwischenergebnis	67

bb) Schließung des konkreten Betriebs	67
(1) Schließung durch den Arbeitgeber	67
(2) Schließungsanordnung durch eine Behörde	68
c) Zusammentreffen betrieblicher und persönlicher Leistungshindernisse	68
2. Unzumutbarkeit	70
a) § 616 S. 1 BGB	70
b) § 45 SGB V	71
c) § 56 Abs. 1a IfSG	71
3. Zwischenergebnis	72
II. Erhalt des Pflichtenkatalogs: Arbeitsmöglichkeit	72
III. Sonstige Interessen	72
Teil 4 – Das Recht auf Homeoffice de lege lata	73
A. Kein gesetzlicher Anspruch auf Versetzung in das Homeoffice	74
I. Öffentlich-rechtliche Sonderregelungen	74
1. § 16 Abs. 1 S. 2 BGlG	74
2. § 164 Abs. 1, 4 S. 1 Nr. 4 SGB IX	75
3. § 28b Abs. 7 IfSG	76
II. Gesetzlicher Anspruch gemäß §§ 241 Abs. 2, 242 BGB	77
B. Der Arbeitsvertrag als Grundlage für das Recht auf Homeoffice	77
I. Möglichkeiten des Arbeitgebers zur Einführung von Homeoffice	78
1. Weisungsrecht und Vertragsänderung	78
2. Durch Weisung in das Homeoffice	80
a) Umfang des Weisungsrechts	80
aa) Versetzungsklauseln	83
bb) Weisungsrechtserweiterung in Not- und Ausnahmesituationen	84
(1) Der Notfallbegriff des § 14 Abs. 1 ArbZG	84
(2) Die Coronavirus-Pandemie als sonstige Ausnahmesituation	86
b) Billiges Ermessen	87
c) Zwischenergebnis	91
d) Beteiligungsrechte des Betriebsrats	91
aa) Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen	92
bb) Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten	93
cc) Homeoffice als Betriebsänderung	95

Inhaltsverzeichnis

e) Anordnung von mobiler Arbeit als Ausweg?	96
f) Ergebnis	97
3. Vertragsanpassungsanspruch	98
4. Änderungskündigung	99
II. Möglichkeiten des Arbeitnehmers zur Einführung von Homeoffice	101
1. Anspruch als Kehrseite des arbeitgeberseitigen Weisungsrechts	101
a) Ermessensreduzierung „auf Null“	102
b) Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz als Ausübungsschranke	104
2. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz als Anspruchsgrundlage	105
3. Eigenmächtige Verlagerung des Arbeitsorts in das Homeoffice	106
4. Vertragsanpassungsanspruch	110
a) Rücksichtnahmepflichten	111
b) Störung der Geschäftsgrundlage	113
5. Änderungskündigung	113
III. Ergebnis	114
Teil 5 – Regelungsansätze für ein Recht auf Homeoffice	115
A. Das „Mobile-Arbeit-Gesetz“	115
B. Pandemiebezogene Homeoffice-Regelung	119
I. Zielrichtung	120
II. Pandemiebezogene Homeoffice-Regelungen de lege lata	122
1. § 2 Abs. 4 Corona-ArbSchV aF	123
2. § 28b Abs. 7 IfSG	124
III. Charakter der Vorschrift	125
1. Konzeption als subjektives Recht der Parteien	125
2. Konzeption als objektiv-rechtliches Gebot	127
IV. Ausgestaltung der Homeoffice-Regelung	128
1. Persönlicher und zeitlicher Geltungsbereich	129
2. Objektiv-rechtliches Gebot zur Einführung von Homeoffice	130
3. Entgegenstehende Gründe	133
4. Überwachung und Sanktionen	135
5. Flankierende Schutzvorschriften	138

Inhaltsverzeichnis

Teil 6 – Thesen	140
Literaturverzeichnis	147