

Rechtslage im Hinblick auf die Beendigung einer Homeoffice-Tätigkeit

I. Ausgangslage

Seit Beginn der Coronapandemie haben zahlreiche Arbeitgeber einen großen Teil ihrer Beschäftigten kurzfristig ins Homeoffice „geschickt“, ihnen also eine Tätigkeit in ihrer eigenen Wohnung zugewiesen, um sie vor einer Ansteckung mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19) zu schützen. Vielfach haben Arbeitgeber mit ihren Beschäftigten in diesem Kontext keine bzw. keine schriftliche Vereinbarung über eine Homeoffice-Tätigkeit abgeschlossen.

Nach Auslaufen der sog. Homeoffice-Angebotsverpflichtung mit Wirkung zum 19. März 2022 stellt sich für viele Unternehmen nunmehr die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Arbeitgeber von ihren Beschäftigten die Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit in den Betrieben bzw. die Beendigung der Tätigkeit im Homeoffice ganz oder teilweise verlangen können. Für die Beurteilung dieser Frage kommt es maßgeblich darauf an, auf welcher rechtlichen Grundlage die Homeoffice-Tätigkeit eingeführt worden ist. Als rechtliche Grundlagen kommen in der Regel individualvertragliche Regelungen, Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge aber auch unter bestimmten Voraussetzungen arbeitgeberseitige Anordnungen in Betracht.

Ein gesetzlicher Anspruch der Beschäftigten auf Einführung von Homeoffice besteht bisher nicht.

Allerdings hatte das Bundesministerium für Arbeit und Soziales erstmals mit Wirkung zum 27. Januar 2021 in der Corona-Arbeitsschutzverordnung für Unternehmen eine Verpflichtung geschaffen, ihren Beschäftigten bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen eine Tätigkeit in ihrer Wohnung anzubieten (sog. Homeoffice-Tätigkeit). Die Regelung diente vornehmlich dazu, die Beschäftigten sowohl auf dem Weg zur Arbeit als auch im Betrieb möglichst vor Infektionen mit dem Coronavirus zu schützen. Die gesetzliche Homeoffice-Angebotspflicht ist sodann am 23. April 2021 in das Infektionsschutzgesetz integriert worden. Nach § 28b Abs. 7 S. 1 IfSG war der Arbeitgeber danach verpflichtet, Beschäftigten mit Bürotätigkeiten oder vergleichbaren Tätigkeiten das Arbeiten zu Hause anzubieten, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen (sog. Homeoffice-Angebotsverpflichtung). Zuvor war diese Verpflichtung in § 2 Abs. 4 der Corona-Arbeitsschutzverordnung enthalten. Im Verhältnis zu der ursprünglichen Verpflichtung in der Corona-Arbeitsschutzverordnung wurde in § 28b Abs. 7 IfSG Satz 2 erstmals aufgenommen worden, dass Beschäftigte das Angebot annehmen müssen, soweit ihrerseits keine Gründe entgegenstehen.

Da die Homeoffice-Angebotsverpflichtung nach § 28b Abs. 7 IfSG am 30. Juni 2021 endete, konnten Arbeitgeber ab dem 1. Juli 2021 die Beschäftigten grundsätzlich wieder in den Betrieben einsetzen, soweit die nach § 2 Corona-Arbeitsschutzverordnung zu aktualisierende Gefährdungsbeurteilung dies zuließ.

Die Homeoffice-Angebotsverpflichtung ist seit dem 24. November 2021 in § 28b Abs. 4 IfSG geregelt. Gemäß § 28b Abs. 7 S. 1 IfSG gilt die Homeoffice-Angebotsverpflichtung jedoch nur **bis zum Ablauf des 19. März 2022**. Sie hätte einmalig vom Bundestag um drei Monate, also bis zum 19. Juni 2022 verlängert werden können. Hierzu hat sich der Bundestag jedoch bisher nicht entschlossen. Die Homeoffice-Angebotsverpflichtung wird deshalb wegen der gesetzlichen Befristungsregelung zum 19. März 2022 entfallen.

Aus diesem Grund sollten Unternehmen nunmehr zeitnah prüfen, ob sie die Homeoffice-Tätigkeiten derjenigen Beschäftigten, die allein aufgrund der noch aus § 28 b Abs. 4 IfSG

folgenden Homeofficeangebotsverpflichtung in ihrer Wohnung arbeiten, über den 19. März 2022 hinaus – ggf. zu geänderten Bedingungen - fortsetzen oder beenden wollen.

II. Voraussetzungen für die Beendigung der Homeoffice-Tätigkeit

Da für Beschäftigte nach derzeitiger Rechtslage kein gesetzlicher Anspruch auf eine Homeoffice-Tätigkeit besteht, können sie von ihren Arbeitgebern auch nicht ohne weiteres die Fortsetzung der Homeoffice-Tätigkeit verlangen, wenn diese die Homeoffice-Tätigkeit mit Auslaufen der gesetzlichen Homeoffice-Angebotsverpflichtung gemäß § 28b Abs. 4 IfSG beenden wollen. Auf der anderen Seite müssen Arbeitgeber beachten, ob und unter welchen rechtlichen Voraussetzungen sie die Homeoffice-Tätigkeit der Beschäftigten beenden können.

1. Einvernehmliche Beendigung der Homeoffice-Tätigkeit

Grundsätzlich können die Homeoffice-Vereinbarungen jederzeit einvernehmlich von den Arbeitsvertragsparteien aufgehoben werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn keine Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen zum Homeoffice zur Anwendung gelangen, die gegenteilige Einschränkungen oder Vorgaben enthalten.

Ebenso unproblematisch ist es, die Homeoffice-Tätigkeit auf der Grundlage einer neuen vertraglichen Regelung zu unveränderten Bedingungen oder in modifizierter Form fortzusetzen. Bei Abschluss einer neuen Homeoffice-Vereinbarung sollte jedoch sorgfältig abgewogen werden, welche einzelnen Regelungen in die Homeoffice-Vereinbarung Eingang finden sollen (vgl. hierzu u. a. Schiefer, DB 2021, 1334 ff.).

2. Beendigung der Homeoffice-Tätigkeit zum vertraglich vereinbarten Fristablauf

Soweit Arbeitgeber und Beschäftigte erst im Zuge der Coronapandemie eine Homeoffice-Tätigkeit begründet haben, sind die Homeoffice-Vereinbarungen vielfach kurzfristig für einen befristeten Zeitraum abgeschlossen worden.

a. Vereinbarung einer befristeten Homeoffice-Tätigkeit und Beendigung durch Fristablauf bzw. Zweckerreichung

Unproblematisch endet die Homeoffice-Tätigkeit, wenn die Parteien über das zeitliche Ende der Homeoffice-Tätigkeit eine Vereinbarung getroffen haben. In diesem Fall endet die Tätigkeit mit dem Ablauf der vereinbarten kalendarischen Frist, z. B. mit Wirkung zum 19. Juni 2022 oder mit Eintritt des vereinbarten Zwecks, wie z. B. dem Ende der gesetzlichen Homeoffice-Verpflichtung. Die Vereinbarung musste zwar nicht zwingend unter Einhaltung der Schriftform gemäß § 14 Abs. 4 TzBfG abgeschlossen werden, da es sich bei der Abrede um eine Regelung einzelner Vertragsbedingungen und nicht um den Abschluss eines befristeten Vertrages als solchen handeln dürfte (vgl. hierzu u. a. BAG vom 3. September 2003 - 7 AZR 106/03, NZA 2004, 255). Allerdings waren Arbeitgeber gut beraten gewesen, eine entsprechende schriftliche Vereinbarung zu treffen, um im Streitfall den Inhalt der vereinbarten Abrede einschließlich der Dauer der Homeoffice-Tätigkeit nachweisen zu können.

Vielfach werden Unternehmen und Beschäftigte zu Beginn der Coronapandemie jedoch keine schriftliche Vereinbarung über eine Tätigkeit im Homeoffice getroffen haben. Gleichwohl haben zahlreiche Beschäftigte freiwillig eine Tätigkeit in ihrer Wohnung aufgenommen. Allerdings dürfte es bei solchen Fallkonstellationen für die Arbeitgeberseite im Streitfall schwierig sein, die Befristungsabrede über einen zeitlich befristeten Einsatz im Homeoffice nachzuweisen. Bei einer zeitlich befristeten Homeoffice-Tätigkeit stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Arbeitgeber gleichwohl die Homeoffice-Tätigkeit einseitig beenden können (siehe hierzu sogleich unten 3b. und 4.).

b. Unterrichtung des Beschäftigten vom Ende der Homeoffice-Tätigkeit

Nach § 15 Abs. 5 TzBfG gilt ein Arbeitsverhältnis als auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn der Beschäftigte nach Zweckerreichung mit Wissen des Arbeitgebers seine Tätigkeit fortsetzt und dieser nicht unverzüglich widerspricht oder dem Arbeitnehmer die Zweckerreichung nicht unverzüglich mitteilt. Die Vorschrift des § 15 Abs. 5 TzBfG dürfte mangels der Vereinbarung eines befristeten Vertrages nicht bei der Vereinbarung nur einer befristeten Homeoffice-Tätigkeit zur Anwendung gelangen. Dennoch sollten Arbeitgeber vor dem 19. März 2022 bzw. vor Eintritt der vereinbarten Zweckerreichung (hier: Ende der gesetzlichen Homeoffice-Angebotspflicht nach § 28b Abs. 4 IfSG) die Beschäftigten über das Ende der Homeoffice-Tätigkeit und die geplante Fortsetzung der Tätigkeit im Betrieb unterrichten, um etwaigen Missverständnissen oder Erwartungen auf der Beschäftigtenseite vorzubeugen.

3. Homeoffice-Tätigkeit kraft einseitiger arbeitgeberseitiger Anordnung in Ausübung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts

Fraglich ist, ob Arbeitgeber ohne Abschluss einer vertraglichen Vereinbarung über eine Homeoffice-Tätigkeit berechtigt sind, Beschäftigten einseitig ein Arbeiten im Homeoffice in Ausübung ihres Direktionsrecht nach §106 GewO zuzuweisen und spiegelbildlich auch wieder zu beenden.

Grundsätzlich kann der Arbeitgeber nach §106 S. 1 GewO den 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. Die Möglichkeit, das Homeoffice als Arbeitsort per Direktionsrecht anzuordnen, besteht also nur innerhalb des Rahmens, den Arbeitsvertrag sowie einschlägige Kollektivverträge vorgeben.

a. Einführung der Homeoffice-Tätigkeit

Eine Anordnung einer Homeoffice-Tätigkeit kommt nur in Betracht, wenn der Arbeitsort im Arbeitsvertrag, einer Ergänzungsvereinbarung zum Arbeitsvertrag oder einer Kollektivvereinbarung (z. B. Betriebsvereinbarung) nicht konkret festgelegt ist.

Ist der Arbeitsort nicht kollektiv- oder individualvertraglich geregelt, kann der Arbeitgeber ihn grundsätzlich per Weisung festlegen.

Eine Weisung zur Arbeitsleistung außerhalb der Betriebsstätte ist rechtmäßig, wenn sie billigem Ermessen entspricht (§ 106 S. 1 GewO, § 315 Abs. 1 BGB). Ob dies der Fall ist, ist mittels einer umfassenden Interessenabwägung zu beantworten, in die neben verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen auch die allgemeinen Wertungsgrundsätze der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit sowie die Verkehrssitte einzubeziehen sind (BAG vom 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452; BAG vom 13.04.2010 – 9 AZR 36/09, NZA 2011, 64). Hierbei ist zu beachten, dass der Arbeitgeber mit Anordnung einer Homeoffice-Tätigkeit – zumindest teilweise – über die Wohnung des Arbeitnehmers verfügt, die jedoch durch das Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG geschützt ist.

Allerdings kann sich der Arbeitgeber in der aktuellen pandemischen Situation ebenfalls auf die Verpflichtung zum Schutz besonders schützenswerter Güter wie die körperliche Gesundheit der Beschäftigten, Kunden, Lieferanten etc. sowie den Schutz seines Eigentums und des ein- und ausgerichteten Gewerbebetriebs berufen. Da das Arbeiten in einer Betriebsstätte während einer Pandemie regelmäßig zu einem erhöhten Ansteckungsrisiko führt, verbleiben dadurch nicht unerhebliche Gesundheitsrisiken für die Beschäftigten. Bei der Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten handelt es sich um Rechtsgüter, die in Form der Gewährleistung der körperlichen Unversehrtheit in Art. 2 Abs. 2 GG grundrechtlich geschützt sind. Daher muss der Arbeitgeber alle ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergreifen, um

eine gesundheitsunschädliche Arbeitsumgebung zu gewährleisten. Die Weisung, für die Dauer der akuten Gefährdungslage während der Pandemie die Arbeit aus dem Homeoffice zu erbringen, kann deshalb nach im Schrifttum vertretenen Ansicht dem billigen Ermessen i.S.v. § 106 S. 1 GewO entsprechen (Krieger/Rudnik/Povedano/Peramato, NZA 2020, 473; Fuhlrott/Fischer, NZA 2020, 345). Höchststrichterliche Entscheidungen zu dieser Frage liegen, soweit ersichtlich, bisher allerdings nicht vor.

b. Beendigung der Homeoffice-Tätigkeit

Eine Homeoffice-Tätigkeit kann vom Arbeitgeber – auch in Pandemiezeiten – durch Ausübung seines Weisungsrechtes beendet werden.

Soweit der Arbeitgeber Beschäftigten während der Coronapandemie ausnahmsweise eine Tätigkeit in der Wohnung zuweisen darf, dürfte der Arbeitgeber spiegelbildlich auch berechtigt sein, die Beschäftigten wieder in den Betrieb zurückzuholen, indem er in erneuter Ausübung seines Direktionsrechtes eine entsprechende Weisung trifft (so z. B. Müller, DB 2019, 1624).

Solange die arbeitgeberseitige Homeoffice-Angebotspflicht aus § 28 b Abs. 4 S. 1 IfSG sowie die Annahmepflicht des Beschäftigten aus § 28 b Abs. 4 S.2 IfSG bestand, kommt zudem nach § 28 b Abs. 4 IfSG als Arbeitsort ohnehin lediglich die Wohnung des betreffenden Beschäftigten in Betracht. Das Weisungsrecht war deshalb insoweit eingeschränkt. Die (gesetzliche) Einschränkung des Weisungsrechtes gilt bzw. galt für die Dauer des Bestehens von Angebots- und Annahmepflicht.

Da nunmehr beiden Pflichten mit Wirkung zum 19. März 2022 entfallen und damit zugleich auch die Voraussetzungen einer nach § 28 b Abs. 4 IfSG zwingenden Homeoffice-Tätigkeit nicht mehr gegeben sind (z.B. bei einem nachträglich entstandenem Hinderungsgrund iSv §§ 28 b Abs. 4 S. 1 Hs. 2 IfSG), entfällt auch die Einschränkung des arbeitgeberseitigen Weisungsrechtes (Müller, NJOZ 2021, 1542). Ab diesem Zeitpunkt kann – soweit keine sonstige Einschränkung des Weisungsrechtes vorliegt – dem Beschäftigten nunmehr nach § 106 GewO ein außerhalb des Homeoffice liegender Arbeitsort zugewiesen werden. Da die gesetzliche Homeoffice-Pflicht nach § 28 b Abs. 4 IfSG nur befristet bestand, entfällt mit Fristablauf mit Wirkung zum 19. März 2022 folgerichtig auch die Grundlage für eine entsprechende Homeoffice-Tätigkeit (Müller, NJOZ 2021, 1542).

In Fällen, in denen im Arbeitsvertrag oder Homeoffice-Vereinbarung der Arbeitsort - z. B. in der Wohnung des Beschäftigten - festgelegt ist, ohne dass der Arbeitgeber sich eine Versetzung vorbehalten hat, dürfte dagegen eine an den Arbeitnehmer gerichtete Weisung, die Tätigkeit im Homeoffice zu beenden, wegen Überschreitung der arbeitsvertraglich gesetzten Grenzen somit nicht von § 106 S. 1 GewO gedeckt und deshalb unwirksam sein. Für eine krisenbedingte, nur vorübergehende Änderung des Arbeitsorts ist der Ausspruch einer – erforderlichenfalls außerordentlichen – Änderungskündigung zudem nicht praktikabel, zumal mit ihr das Risiko einer ungewollten Beendigung des Arbeitsverhältnisses einhergeht (Krieger/Rudnik/Povedano/Peramato, NZA 2020, 473).

4. Beendigung der Homeoffice-Tätigkeit bei (konkudent) geschlossenen Verträgen nach Ablauf der vereinbarten Laufzeit für die Homeoffice-Tätigkeit

Falls Arbeitgeber eine vertragliche Vereinbarung über den befristeten Einsatz des Beschäftigten im Homeoffice ausdrücklich oder konkudent getroffen haben, endet grundsätzlich die Homeoffice-Tätigkeit zu dem vereinbarten Fristablauf.

Sofern sich Arbeitgeber vertraglich keine Versetzung vorbehalten haben, besteht nach Ablauf der vereinbarten Frist zumindest rechtstheoretisch die Gefahr einer Konkretisierung des

Arbeitsorts auf das Homeoffice, wenn der Arbeitgeber die Beschäftigten über die vereinbarte Frist hinaus in ihren Wohnungen arbeiten lässt.

Zwar stellt die Rechtsprechung an eine konkludente Vertragsänderung durch Konkretisierung hohe Anforderungen – u. a. gleiche Ausübung der Tätigkeit und besondere Umstände, die auf eine konkludente Vertragsänderung schließen lassen -, jedoch sollten Arbeitgeber das verbleibende Restrisiko vermeiden und den im Homeoffice befindlichen Beschäftigten möglichst frühzeitig mitteilen (z. B. mit einer Ankündigungsfrist von 3 Tagen), dass sie nach Fristablauf bzw. dem Eintritt des vereinbarten vertraglichen Zwecks ihre Arbeit an einem zu benennenden Tag im Betrieb wieder aufnehmen und ihre Tätigkeit im Homeoffice beenden sollen.

III. Ergebnis

Soweit Arbeitgeber und Beschäftigte keine vertragliche Vereinbarung über eine zeitliche befristete Homeofficetätigkeit geschlossen haben, durften Arbeitgeber während der Geltung der Vorschrift des § 28 b Abs. 4 IfSG nach überwiegender Auffassung den Beschäftigten aufgrund des in § 106 GewO verankerten Weisungsrechts ihnen auch eine Arbeitstätigkeit in ihren Wohnungen anbieten. Soweit Beschäftigte dieses Angebot angenommen haben, dürfen Arbeitgeber folgerichtig dann auch spiegelbildlich eine bereits praktizierte Homeoffice-Tätigkeit beenden, indem sie die Beschäftigten anweisen, zukünftig ihre Arbeitsleistungen - vollständig oder teilweise - außerhalb des Homeoffice (z. B. in der Betriebsstätte des Arbeitgebers) zu erbringen. Dies gilt jedenfalls für die Fälle, in denen der Arbeitsort im Vertrag nicht festgelegt ist oder die Vertragsparteien einen Versetzungsvorbehalt vereinbart haben.

Falls der Arbeitsort - also auch das Homeoffice - im Arbeitsvertrag befristet festgelegt ist, endet die Homeoffice-Tätigkeit der Beschäftigten mit Ablauf der im Vertrag vereinbarten Frist oder mit Erreichen des vertraglich vereinbarten Zwecks. Sofern die vereinbarte Frist bei einer Einsatzfähigkeit im Homeoffice von den Vertragsparteien nicht beachtet wird, besteht für Arbeitgeber die Gefahr, dass sich der Arbeitsort auf das Homeoffice konkretisiert. Ob Arbeitgeber in dieser Situation die Homeoffice-Tätigkeit einseitig durch eine entsprechende Anweisung kraft des ihnen an und für sich zustehenden Direktionsrechts beenden können, ist rechtlich bisher ungeklärt. Soweit die Vertragsparteien in diesen Fällen keine einvernehmlichen Lösungen über die Fortsetzung bzw. Beendigung der Homeoffice-Tätigkeit gefunden werden, können Arbeitgeber erwägen, die Beschäftigten anzuweisen, ihre Tätigkeit im Betrieb wiederaufzunehmen. Höchstrichterlich ist diese Frage noch nicht entschieden.

Arbeitgeber sollten es deshalb möglichst vermeiden, eine Homeofficetätigkeit der Beschäftigten, die allein wegen der in § 28 b Abs. 4 IfSG befristet vereinbart wurde, über den 19. März 2022 fortzusetzen. Stattdessen sollt entweder die Homeofficetätigkeit beendet oder auf der Grundlage einer neuen Vereinbarung neu geregelt werden.

Düsseldorf, den 22.02.2022

unternehmer nrw