

---

# Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis

## NZA Sonderausgabe Homeoffice

30. November 2022

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift herausgegeben von:

**Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer**, Rechtsanwalt, Stuttgart – **Dr. Susanne Clemenz**, Rechtsanwältin, Gütersloh – **Prof. Dr. Johannes Peter Francken**, Präsident des LAG Baden-Württemberg a.D., Freiburg – **Inken Gallner**, Präsidentin des BAG, Erfurt – **Edith Gräfl**, Vorsitzende Richterin am BAG a.D., Erfurt – **Prof. Dr. Matthias Jacobs**, Bucerius Law School, Hamburg – **Dr. Thomas Klebe**, Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht (HSI), Frankfurt a.M. – **Prof. Dr. Eckhard Kreßel**, Vorsitzender des Vorstandes der Berufsgenossenschaft Holz und Metall, Stuttgart – **Prof. Dr. Mark Lembke**, Rechtsanwalt, Frankfurt a.M. – **Maria Britta Loskamp**, Ministerialdirektorin a.D., Abteilung Arbeitsrecht und Arbeitsschutz im Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Berlin – **Prof. Dr. Stefan Lunk**, Rechtsanwalt, Hamburg – **Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Preis**, Universität zu Köln – **Prof. Dr. Reinhard Richardi**, Universität Regensburg – **Ingrid Schmidt**, Präsidentin des BAG a.D., Erfurt – **Prof. Dr. Klaus Schmidt**, Präsident des LAG Rheinland-Pfalz a.D., Heidelberg – **Prof. Dr. Jens Schubert**, Leuphana Universität Lüneburg – **Prof. Dr. Achim Schunder**, Rechtsanwalt, Frankfurt a.M.

Schriftleitung: **Prof. Dr. Achim Schunder**, **Dr. Jochen Wallisch** und **Martin Wildschütz**  
Beethovenstr. 7b, 60325 Frankfurt a.M.

---

---

### Geleitwort

---

## Vorsprung durch Information – aktuell und umfassend

### Strukturierte Zusammenstellung der Beiträge zum Homeoffice

*Liebe Leserinnen und Leser,*

Arbeiten im Homeoffice hat durch die Corona-Pandemie einen extremen Aufschwung erlebt. Ganze Bürogebäude, insbesondere im Dienstleistungssektor, waren so gut wie leergefegt. Mittlerweile geht der Trend wieder zurück ins Büro – aber nicht so ganz. Die Möglichkeiten der Flexibilisierung können beiden Arbeitsvertragsparteien große Vorteile bringen, zumal die nächste Krise ante portas steht.


In dieser dynamischen Entwicklung stellen sich arbeitsrechtlich neue Fragen aus den unterschiedlichsten Blickwinkeln. Ist Homeoffice wirklich ein Mittel zur Bewältigung der drohenden Gaskrise? Gibt es ein Recht des Arbeitnehmers auf Homeoffice? Wie wird eine Homeoffice-Vereinbarung optimal gestaltet? Es kommen weitere Aspekte hinzu, wie Videotelefonie im Homeoffice, die Auswirkungen im Kündigungsschutzrecht und nicht zuletzt betriebsverfassungsrechtliche Fragen.

Die NZA begleitet die aktuellen Rechtsentwicklungen von Anfang an mit Beiträgen namhafter Autoren aus Wissenschaft und Praxis.

Diesen Informationsvorsprung geben wir Ihnen als neue Abonnenten mit dieser Sonderausgabe gerne weiter. Sie enthält eine Auswahl der 2021/2022 erschienenen Aufsätze zum Homeoffice.

Wir wünschen Ihnen für die tägliche Praxis eine gewinnbringende Lektüre und freuen uns, Sie hoffentlich als Dauerabonnenten begrüßen zu können, denn: Mit der NZA sind Sie immer einen Schritt voraus.

*Ihre NZA-Redaktion*



---

# Inhaltsverzeichnis

---

## Geleitwort

Vorsprung durch Information – aktuell und umfassend .....	1
---	---

## Beiträge

Christian Picker	
NZA-Beilage 2021, 4: Arbeiten im Homeoffice – Anspruch und Wirklichkeit .....	3
Frederik Stadelmann/Jannis Monsheimer	
NZA 2022, 1306: Homeoffice als Mittel zur Bewältigung der drohenden Gaskrise? .....	17
Frank Bayreuther	
NZA 2021, 1593: Dogmatik und Gestaltung der Homeoffice-Vereinbarung .....	21
Anton Barrein	
NZA 2022, 1088: Das Recht des Arbeitnehmers auf Homeoffice .....	26
Benjamin Heider	
NZA 2021, 1149: Videotelefonie im Homeoffice .....	34
Stefan Müller	
NZA 2022, 1096: Homeoffice im Kündigungsschutzrecht .....	39
Frank Bayreuther	
NZA 2021, 839: Mitbestimmung bei mobiler Arbeit nach § 87 I Nr. 14 BetrVG .....	44
Andreas Schönhöft/Nabil Oelze	
NZA 2022, 1441: Betriebsratstätigkeit im Betrieb – Mobiles Arbeiten für Betriebsräte? .....	47

---

**NZA**  
Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Sonderausgabe Homeoffice

### Redaktion:

Rechtsanwalt *Jürgen Dietermann*  
(verantwortlich für den Textteil).  
*Allg. Adresse:* Beethovenstraße 7b,  
60325 Frankfurt a. M., *Postanschrift:*  
Postfach 11 02 41, 60037 Frankfurt  
a. M., Telefon: (0 69) 75 60 91-0, Tele-  
fax: (0 69) 75 60 91-49.  
E-Mail: [NZA@beck-frankfurt.de](mailto:NZA@beck-frankfurt.de)  
Internet: [www.nza.de](http://www.nza.de)

Urheber- und Verlagsrechte: Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge

sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsendenden oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

**Anzeigenabteilung:** Verlag C.H.BECK, Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München.  
Media-Beratung: Telefon (0 89) 3 81 89-687, Telefax (0 89) 3 81 89-589.  
Disposition, Herstellung Anzeigen, technische Daten: Telefon (0 89) 3 81 89-609, Telefax (0 89) 3 81 89-589, E-Mail: [anzeigen@beck.de](mailto:anzeigen@beck.de)  
Verantwortlich für den Anzeigenteil: *Bertram Mebling*.

**Verlag:** Verlag C.H.BECK oHG, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon: (0 89) 3 81 89-0, Telefax: (0 89) 3 81 89-3 98, Postbank München IBAN: DE82 7001 0080 0006 2298 02, BIC: PBNKDEFFXXX.

Amtsgericht München, HRA 48 045. Gesellschafter sind Dr. Hans Dieter Beck und Dr. h. c. Wolfgang Beck, beide Verleger in München.

Bestellungen über jede Buchhandlung und beim Verlag.

**KundenServiceCenter:**  
Telefon: (0 89) 3 81 89-750,  
Telefax: (0 89) 3 81 89-358.  
E-Mail: [kundenservice@beck.de](mailto:kundenservice@beck.de)

Druck: Mayr Miesbach GmbH, Am Windfeld 15, 83714 Miesbach.

CO<sub>2</sub>  
neutral

  
[chbeck.de/nachhaltig](http://chbeck.de/nachhaltig)

hingegen regelmäßig wirksam. Bei individuell ausgehandelten Regelungen ist zu erwarten, dass sich die Parteien grundsätzlich auch Gedanken über die unübersehbare Preisentwicklung gemacht haben, weshalb eine Anpassung des Vertrags nach § 313 I BGB regelmäßig nicht mehr in Betracht kommen wird. Hierbei ist auch keine Mehraufwendungsklausel erforderlich. Dies wird in diesen Fällen typischerweise auch nicht notwendig sein, da allenfalls Arbeitnehmer in Spitzenpositionen die Verhandlungsmacht haben, entsprechende Klauseln individuell auszuhandeln.

## V. Fazit

Eignet sich das Arbeiten im Homeoffice für Arbeitgeber also dazu, Energiekosten bei steigenden Gaspreisen zu sparen? Die Antwort lautet: ja und nein.

1. Arbeitgebern ist es im Rahmen der Gaskrise grundsätzlich möglich, Arbeitnehmer zum Abschluss einer Homeoffice-Regelung zu verpflichten.

2. Vor-Energiekrise-Vereinbarungen sind regelmäßig nach § 313 I BGB anzupassen. Der Arbeitgeber trägt hier das wirtschaftliche Risiko der Heizkosten. Der Arbeitnehmer trägt aber das Prozess- und Initiativrisiko. Er muss also auf

den Arbeitgeber zugehen und eine Anpassung des Vertrags verlangen (diese findet nicht kraft Gesetzes statt)<sup>51</sup> bzw. einen Aufwendungsersatzanspruch geltend machen und den Arbeitgeber gegebenenfalls auf Zahlung verklagen.

3. Energiekrise-Regelungen sind in AGB nur dann wirksam, wenn diese dem Umstand Rechnung tragen, dass der Arbeitgeber das wirtschaftliche Risiko steigender Heizkosten zu tragen hat. Hier ist nur eine vier- bis fünffache Erhöhung gegenüber dem, was vor der Energiekrise typischerweise vereinbart wurde, angemessen. Alternativ kann sich der Arbeitgeber nur mit Mehraufwendungsklauseln behelfen. Nur wenn ausnahmsweise keine AGB vorliegen, sind weitreichendere Regelungen zugunsten des Arbeitgebers möglich.

4. Ob sich Homeoffice demzufolge dennoch wirtschaftlich lohnt, hängt von der konkreten betrieblichen Situation ab. Der Arbeitgeber hat betriebswirtschaftliche Erwägungen anzustellen, dh den Aufwand für die Einführung von Homeoffice und die Kosten für den Aufwendungsersatz mit den eigenen einzusparenden Heizkosten abzuwägen. ■

51 Grüneberg/Grüneberg BGB § 313 Rn. 41.

Professor Dr. Frank Bayreuther\*

## NZA 2021, 1593: Dogmatik und Gestaltung der Homeoffice-Vereinbarung

Arbeit im Homeoffice steht nicht erst seit der Corona-Pandemie im Fokus der arbeitsrechtlichen Debatte. Der nachfolgende Beitrag stellt die Rechtsnatur der Homeoffice-Vereinbarung und die sich daraus für die Vertragsgestaltung ergebenden Konsequenzen zur Diskussion.

### I. Festlegung des Arbeitsortes außerhalb des Homeoffice

Anordnung und Leistung von Arbeit im Homeoffice, aber auch das Recht des Arbeitnehmers, seine Arbeitsleistung dort erbringen zu dürfen (für „mobile Arbeit“ gilt nichts anderes), bewegen sich in einem schwierigen Schnittbereich zwischen arbeitsvertraglichen Vereinbarungen und einer Direktionsrechtsausübung des Arbeitgebers. Beide Wertungsebenen verschwimmen zunehmend in der aktuellen Diskussion.

Gem. § 106 GewO entscheidet der Arbeitgeber nach billigem Ermessen über den Ort, an dem der Arbeitnehmer seine Leistung zu erbringen hat. Dieser Direktionsrechtsausübung ist auf einer ersten Wertungsebene die Frage vorgelagert, welche Arbeitsorte hierfür überhaupt in Betracht kommen. Das wiederum bestimmt sich danach, was im Arbeits- bzw. in einem anwendbaren Tarifvertrag hierzu vereinbart ist. Mithin entscheidet die individualvertragliche Vereinbarung darüber, welche Arbeitsorte überhaupt zur Disposition stehen, die Direktionsrechtsausübung darüber, wo im konkreten Fall gearbeitet werden muss.

Für den Regelfall der Arbeit vor Ort lotet die Rechtsprechung die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers ausgesprochen weit aus. Danach ist der Arbeitnehmer in allen Betrieben des Unternehmens einsetzbar. Das gilt zumindest bundesweit,

und so kann der Arbeitnehmer jederzeit an einen Arbeitsplatz jenseits des aktuellen Einsatzbetriebs und dabei auch außerhalb der politischen Gemeinde versetzt werden, in der er gegenwärtig tätig ist. Konsequenterweise erkennt das BAG Versetzungsklauseln dann nur deklaratorische Natur zu.<sup>1</sup> Es unterzieht solche erst gar keiner AGB-Kontrolle, zumindest aber hält es selbst sehr großzügig gefasste Klauseln für wirksam, da sie ja nur die ohnehin geltende Rechtslage wiedergeben würden.<sup>2</sup> Folglich muss die Versetzung nicht an Sachgründe gebunden sein, und ebenso wenig muss ein maximaler Entfernungsradius benannt oder eine Ankündigungsfrist vorgesehen werden.<sup>3</sup>

Korrespondierend dazu stellt das BAG hohe Anforderungen an ein Festzurren des Einsatzortes zugunsten des Arbeitnehmers. Hierfür reicht nicht, dass dieser im Vertrag benannt worden ist. So wollte das BAG selbst in auf den ersten Blick sich schon fast eindeutig lesenden Ortsangaben keine konstitutive Festlegung des Arbeitsorts erkennen (wie zum Beispiel: „in Münster“<sup>4</sup>, „Schwimmeisterin ... im [Berliner] Bezirk Kreuzberg“<sup>5</sup>). Solche Angaben würden nur dazu beitragen, den aktuellen Aufgabenbereich des Arbeitnehmers

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Universität Passau.

1 BAG v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, BAGE 160, 296 = NZA 2017, 1452 insb. Rn. 27.

2 BAG v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, BAGE 160, 296 = NZA 2017, 1452 und v. 13.4.2010 – 9 AZR 36/09, NJOZ 2010, 2625 = NZA 2011, 64 Os.; v. 13.3.2007 – 9 AZR 433/06, NZA-RR 2008, 504.

3 Vgl. Preis, Der Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2020, II D 30 Rn. 103 mwN.

4 BAG v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, BAGE 160, 296 = NZA 2017, 1452 insb. Rn. 27.

5 BAG v. 26.6.2002 – 6 AZR 50/00, BeckRS 2002, 30796199 (s. unter II 3b) – die Entscheidung ist allerdings stark auch durch die Besonderheiten des öffentlichen Dienstes geprägt.

näher zu beschreiben. Wünsche der Arbeitnehmer darüber hinaus eine Festlegung seines Einsatzbetriebs, müsse „die Frage des dauerhaften Einsatzortes zwischen den Vertragspartnern offen thematisiert“ und dieser im Vertrag eindeutig als ausschließlicher Arbeitsort bezeichnet sein. Ähnlich hohe Hürden richtet das BAG schließlich an eine Konkretisierung<sup>6</sup> des Einsatzortes (Stichwort: Kontrollschaffner-Entscheidung<sup>7</sup>). Hierfür reicht in der Regel ein Einsatz des Arbeitnehmers an immer derselben Stelle selbst über lange Zeit nicht aus. Vielmehr müssen besondere Umstände hinzutreten, aus denen sich der Wille des Arbeitgebers entnehmen lässt, dass er den Arbeitnehmer nicht mehr in anderer Weise einsetzen wird.

## II. Homeoffice – (k)ein gewöhnlicher Arbeitsort?

### 1. Gemengelage zwischen der vertrags- und weisungsrechtlichen Ebene beim Homeoffice

Diese soeben dargestellte Rechtsprechung zur (Nicht-)Beständigkeit des aktuellen oder sogar im Arbeitsvertrag niedergelegten Einsatzortes hat das LAG München jüngst auf das Homeoffice übertragen: Weist der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Wohnraumarbeit zu, so trifft er damit lediglich eine Weisung iSd § 106 GewO, an die er aber nicht gebunden ist. Deshalb kann er – dies freilich in den Grenzen billigen Ermessens – den Arbeitnehmer jederzeit wieder in den Betrieb zurückbeordern.<sup>8</sup>

Sieht man indes näher hin, zeigt sich rasch, dass sich das Homeoffice keineswegs widerspruchsfrei in das tradierte Zwei-Ebenen-Modell einfügt. Dort überschneiden sich die vertragliche und die weisungsrechtliche Ebene schon im Ausgangspunkt. Denn während der Arbeitnehmer bundesweit in allen Betrieben des Unternehmens einsetzbar ist, ohne dass irgendetwas über seine Versetzbarkeit hätte vereinbart werden müssen, kommt Wohnraumarbeit eben nur dann in Betracht, wenn sich die Parteien tatsächlich darauf verständigt haben, dass Arbeit auch von zu Hause aus geleistet werden darf.<sup>9</sup> Ist das Homeoffice dagegen nicht im Vertrag als Arbeitsort benannt, kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht anweisen, Arbeitsleistungen in dessen Wohnung zu erbringen<sup>10</sup>, und ebenso wenig kann der Arbeitnehmer fordern, die geschuldete Leistung von zu Hause aus erbringen zu dürfen.<sup>11</sup> Während es für eine normale Versetzung an einen anderen Arbeitsort also genügt, dass die fragliche Betriebsstätte einfach vorhanden ist, bedarf es für die Anordnung von Heimarbeit (in einem weiteren Sinn) einer einschlägigen vertraglichen Festlegung.

Deutlich wird diese Gemengelage nicht zuletzt an den gesetzgeberischen Aktivitäten dieses Jahres. Nach dem seit einigen Monaten wieder außer Kraft getretenen § 28 b VII IfSG sollten Arbeitnehmer während der Hochphase der dritten Pandemiewelle ihre Arbeitsleistung, soweit möglich, von zu Hause aus erbringen. Doch hatte diese Vorschrift die Vertragsparteien „nur“ verpflichtet, eine entsprechende Änderung des Arbeitsvertrags zu vereinbaren. Ob das in gefahrenabwehrrechtlicher Hinsicht sinnvoll war<sup>12</sup>, sei einmal dahingestellt. Entscheidend ist nur, dass der Gesetzgeber offenbar davon ausging, dass sich die Angelegenheit hier bereits mit einer vertraglichen Vereinbarung erledigt haben würde, und die konsequente weisungsrechtliche Anordnung in das Homeoffice erst gar nicht mehr in den Blick nahm.

Ganz ähnlich lagen die Dinge beim Entwurf des § 111 GewO idF des Mobile Arbeit-Gesetzes (MAG).<sup>13</sup> Danach musste der Arbeitnehmer

dem Arbeitgeber seinen Wunsch auf mobile Arbeit anzeigen. Hätte dieser nicht innerhalb von zwei Monaten nach der Mitteilung widersprochen, wäre eine entsprechende Vereinbarung fingiert worden. Erkennbar als Pate dafür stand die Fiktionsregelung des § 8 V 2 TzBfG und mithin eben eine arbeitsvertragsrechtliche Konstruktion. Was aber hätte für die Zuweisung des Homeoffice gegolten? Wäre bereits in der Vereinbarung die implizite Zusage des Arbeitgebers mitbeinhaltet gewesen, dass er den Arbeitnehmer auch tatsächlich im gewünschten Umfang dorthin abordnen wird? Oder hätte man den Worten „... Umfang und Verteilung ...“ in § 111 I GewO/MAG-RefE gar eine Art antizipierte Weisung entnehmen sollen?<sup>14</sup>

Fast noch interessanter ist, dass der Arbeitgeber nach dem MAG-RefE (§ 111 VI GewO) mehr oder weniger unentrinnbar (mindestens) drei Monate an das Homeoffice gebunden sein sollte. Er hätte die entsprechende Vereinbarung zwar mit einer entsprechenden Frist kündigen können, umgekehrt das Homeoffice aber auch nicht vorher beenden und noch nicht einmal modifizieren können. Wenn der Rückruf in den Betrieb aber eine weisungsrechtliche Angelegenheit ist, wäre dann die Kündigung aber nicht das falsche Instrument hierfür? Und müsste die „Rücknahme“ des Homeoffice nicht eher an eine adäquate Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien als an eine starre Frist gebunden sein? Was gilt, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer schon in der Interimszeit wieder vor Ort benötigt oder wenn er den Wohnraumarbeitnehmer wenigstens für einen Tag in der Woche dringend im Betrieb braucht? Hätte er dann auf § 313 BGB zurückgreifen dürfen bzw. müssen (§ 2 KSchG käme wohl schon angesichts einzuhaltender Kündigungsfristen zu spät)?

Das ist auch deshalb bemerkenswert, weil derart der Arbeitgeber bezüglich des Einsatzortes strenger gebunden wäre als das bei der Teilzeit der Fall ist (vgl. § 8 V 4 TzBfG). Nebenbei bemerkt offenbart das dann auch eine in der politischen Diskussion immer wieder anzutreffende Verkürzung der Problemlage: Dort wird zuweilen suggeriert, dass es alleine um alles oder nichts ginge, als müssten alle Arbeitnehmer Wohnraumarbeit gegen den energischen Widerstand ihrer Arbeitgeber durchsetzen, die sich aufgrund einer gewissen Rückständigkeit gleichsam mit Händen und Füßen dagegen wehren. In der Realität ist das Homeoffice aber längst in den Unternehmen angekommen. So dürfte in der Praxis eher der Umfang von Wohnraumarbeit, ihre Verteilung unter verschiedenen Beschäftigten, das Verhältnis von Büroarbeit und Homeoffice sowie die Befugnis des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer, gegebenenfalls sogar kurzfristig, wieder in den Betrieb zurückbeordern zu können, umstritten sein (weshalb dann übrigens § 87 I Nr. 14 BetrVG 2021 auch weit mehr Spannkraft beinhaltet<sup>15</sup> als häufig angenommen).

6 Chr. Picker, Die betriebliche Übung, 2011, 279 ff. möchte vorzugsweise an einer individuellen betrieblichen Übung ansetzen. Das ist ein durchaus erwägenswerter Vorschlag, dem hier aber nicht vertieft nachgegangen werden kann.

7 BAG v. 7.12.2000 – 6 AZR 444/99, NZA 2001, 780.

8 LAG München v. 26.8.2021 – 3 SaGa 13/21, COVuR 2021, 620 = BeckRS 2021, 24217.

9 Umfassend zum Ganzen: Chr. Picker, ZfA 2019, 269 (270 ff.).

10 LAG Berlin-Brandenburg v. 14.11.2018 – 17 Sa 562/18, NZA-RR 2019, 287.

11 ArbG Augsburg v. 7.5.2020 – 3 Ga 9/20, NZA-RR 2020, 417.

12 Dies verneinen klar und überzeugend: Sagan/Witschen, NZA 2021, 593 (594).

13 RefE eines Gesetzes zur mobilen Arbeit (Mobile Arbeit-Gesetz – MAG) v. 14.1.2021.

14 In diese Richtung die Begründung des MAG-E (s. Fn. 13 – RefE eines Gesetzes zur mobilen Arbeit), 14.

15 Vgl. Schiefer, NZA 2021, 817 (823); Bayreuther, NZA 2021, 819; Gaul/Kaule, ArbRB 2021, 176 (178 f.).

## 2. Rechtspolitische Implikationen

### a) Der Arbeitsort im Allgemeinen

Schon mit Blick auf den Arbeitsort im Allgemeinen ließe sich durchaus kritisch hinterfragen, ob der Arbeitnehmer wirklich ohne Weiteres an allen Betriebsorten des Unternehmens einsetzbar ist. Derart kann der Arbeitgeber die Leistungsverpflichtung des Arbeitnehmers nicht nur einseitig, sondern dabei auch mit durchaus einschneidender Wirkung zulasten des Arbeitnehmers abändern. *Hromadka* hat zudem nachgezeichnet, dass mit dem Terminus „Ort der Arbeitsleistung“ in § 106 GewO möglicherweise nur alle Arbeitsstellen des Betriebs als organisatorische Einheit gemeint sein sollten, aber nicht alle im Bundesgebiet möglichen Betriebsstätten.<sup>16</sup> Überhaupt: Innerhalb welcher Grenzen bewegt man sich insoweit: Deutschland, Europa, die Welt?<sup>17</sup> Tatsächlich ist jüngst das *LAG Nürnberg* von einer europaweiten Versetzbarkeit eines der Nürnberger Base einer internationalen Fluggesellschaft zugeordneten Flugkapitäns ausgegangen.<sup>18</sup> Bemerkenswert erscheint schließlich auch, dass das Arbeitsrecht hier faktisch dem Arbeitnehmer die Initiative dafür auferlegt, dass ihm der einmal benannte Einsatzort erhalten bleibt, während es ansonsten dem Arbeitgeber die Formulierungslast für eine ihm günstige Vertragsgestaltung zuweist. Faktisch muss der Arbeitnehmer eine Art negative Versetzungsklausel in den Vertrag einführen.<sup>19</sup>

### b) Das Homeoffice im Besonderen

Beim Homeoffice spitzen sich die Dinge infolge der allgemeinen gesellschafts- und rechtspolitischen Debatte nochmals deutlich zu. Denn bekanntlich entzündet sich diese nicht an der Leistungspflicht des Arbeitnehmers, vielmehr dreht sie sich ausschließlich um ein „Recht“ des Arbeitnehmers auf Arbeit im Homeoffice. Dort geht es mitnichten darum, ob der Arbeitnehmer von zu Hause aus arbeiten *muss*, sondern ob und wann er das *darf*. Hier und da gewinnt die Diskussion dabei schon den Zungenschlag, als ginge es am Ende überhaupt nicht mehr um den Arbeitsort des Arbeitnehmers, sondern um eine Art Leistung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer. Andere Aspekte kommen hinzu, nur folgende Schlagworte seien hier genannt: Digitalisierung, Arbeitswelt 4.0, der Wunsch nach einer besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf und das sich verändernde Selbstverständnis „mobiler“ Beschäftigter. Daran kann die Arbeitsrechtsordnung nicht einfach vorbeigehen.

Deshalb lassen sich von der erwähnten Kontrollschaffner-<sup>20</sup> bzw. Schwimmeisterin-Entscheidung<sup>21</sup> des BAG auch nur bedingt valide Rückschlüsse auf das Homeoffice ziehen, oder pointiert formuliert:

Ob ein Fahrkartenkontrolleur im ÖPNV seine Kontrolltätigkeit weiterhin an der Bushaltestelle vor seiner Haustüre beginnen darf oder ob eine Schwimmeisterin nur im Hallenbad ums Eck Aufsicht führen muss, war nie ein arbeitsmarktpolitisches Reizthema oder Gegenstand von Parteiprogrammen.

## III. Vertragliche Vereinbarungen zur Wohnraumarbeit

### 1. Vereinbarungen und Gestattungen mit Bindungsrelevanz

Alles in allem handelt es sich beim Homeoffice zwar zweifelsfrei um einen Arbeitsort iSd § 106 GewO, indes um keinen solchen, der nur als eine Art weitere Betriebsstätte gleichsam motivationslos neben die „normalen“ Arbeitsstel-

len des Arbeitgebers tritt. Denn die spezifische Qualität des Arbeitsorts Homeoffice beeinflusst entscheidend bereits die Auslotung des Empfängerhorizonts verständiger Vertragsparteien. Die Anknüpfungspunkte sind dabei vielfältig. Wie dargelegt genügt für die „normale“ Versetzung des Arbeitnehmers an einen anderen Arbeitsort, dass dieser einfach vorhanden ist. Ist dagegen das Homeoffice nicht im Arbeitsvertrag vorgesehen, darf weder in das Homeoffice versetzt noch eine dahingehende Versetzung verlangt werden. Folglich tut sich im Fall der Zuweisung von Wohnraumarbeit immer auch die Überlegung auf, inwieweit damit eine Vertragserweiterung verbunden ist. Und wenn etwas vereinbart wurde, dann wirft das zwangsläufig auch die Frage auf, ob damit auch etwas zur Verlässlichkeit des neuen Arbeitsorts gesagt wurde. Kaum anderes gilt, wenn das Homeoffice schon im Arbeitsvertrag als möglicher Arbeitsort erwähnt, dort aber nichts Näheres dazu bestimmt ist. Schließlich bliebe uns diese Problematik aller Wahrscheinlichkeit nach selbst dann noch erhalten, wenn der Gesetzgeber in Aktion treten würde und einen (ernsthaften) Anspruch auf Wohnraumarbeit einführen würde. Denn wohl könnte er kaum mehr anordnen, als dass der Arbeitnehmer das Homeoffice auch gegen den Willen des Arbeitgebers durchsetzen kann, während die Ausgestaltung der Eckdaten im Einzelnen (Bindungsintensität, Verteilung der Arbeitszeit auf Büro bzw. Homeoffice, Rückruf des Arbeitnehmers usw.) weiterhin nur die Parteien vor Ort vornehmen können.

Man wird hier graduell abstufen müssen. An einer perspektivischen Festlegung fehlt es jedenfalls dann, wenn die Arbeit aufgrund für die Parteien erkennbarer Umstände nur anlassbezogen in die Wohnung des Arbeitnehmers verlagert werden soll. Solche Umstände können aus der Sphäre des Arbeitgebers stammen, etwa wenn die Arbeitsleistung wegen ungünstiger äußerer Einwirkungen vorübergehend nicht im Betrieb erbracht werden kann (Paradebeispiel: „Corona-Homeoffice“), oder der Arbeitgeber den Arbeitnehmer um die Fertigstellung bestimmter Arbeitsergebnisse außerhalb seiner Kernarbeitszeit bittet, und er deshalb damit einverstanden ist, dass dieser das von zu Hause aus macht. In umgekehrter Richtung gilt Gleiches, wenn der Arbeitnehmer lediglich einzelfallbezogen darum ersucht, ausnahmsweise nicht in die Betriebsstätte kommen zu müssen (etwa zur kurzzeitigen Betreuung eines erkrankten Kindes). Hier wird allenfalls punktuell auf den Arbeitsvertrag zugegriffen, wohl erschöpft sich die Zuweisung des Homeoffice in diesen Fällen bereits darin, dass der Arbeitnehmer eine an sich überschießende Weisung des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeber ein an sich imperfektes Leistungsangebot des Arbeitnehmers als vertragsgerecht akzeptiert.

Genau zum gegenteiligen Ergebnis kommt man, wenn der Arbeitnehmer davon ausgehen darf, dass er seine Arbeit (beständig) von zu Hause wird verrichten dürfen. Um festzustellen, ob dies der Fall ist, sind die oben herausgearbeiteten Bewertungsparameter heranzuziehen, die eben über diejenigen der Kontrollschaffner- und Schwimmeisterin-Entscheidungen des BAG hinausgehen. Hinzu kommen dabei weitere Aspekte, wie etwa ob und gegebenenfalls mit welcher Intensität der Arbeitnehmer das Homeoffice aktiv ein-

16 *Hromadka*, NZA 2012, 233.

17 *Hromadka*, NZA 2012, 233 (233).

18 *LAG Nürnberg* v. 12.5.2021 – 2 Sa 29/21, NZA 2021, 34 – dies freilich auch veranlasst durch die Besonderheiten des zu entscheidenden Streitfalls. Dieser ist beim BAG unter dem Az. 9 AZR 352/21 anhängig.

19 Formulierungsbeispiel bei *Preis*, Der Arbeitsvertrag, II D 30 Rn. 105.

20 BAG v. 7.12.2000 – 6 AZR 444/99, NZA 2001, 780.

21 BAG v. 26.6.2002 – 6 AZR 50/00, BeckRS 2002, 30796199.

gefordert und gar gegen anfängliche Widerstände des Arbeitgebers durchgesetzt hat, oder ob er den Wunsch nach mobiler Arbeit gerade mit Hinweis auf längerfristige familiäre Betreuungspflichten untermauert hat.

Schließlich ist eine gewisse Beständigkeit der Wohnraumarbeit auch in einem Mittelbereich zwischen handfestem Vertragsrecht und einer weisungsrechtlichen Bindung vorstellbar. Letztere ließe sich dogmatisch durch Rückgriff auf die frühere Rechtsprechung des BAG zu einer möglichen Konkretisierung des Arbeitsorts nach § 243 BGB oder auch mit der Überlegung einer Selbstbindung des Arbeitgebers begründen.

Denkbar ist etwa, dass der Arbeitgeber eine einschlägige Erwartungshaltung des Arbeitnehmers anerkennt oder er seinerseits das Homeoffice zum Gegenstand der eigenen Personalpolitik macht, namentlich weil er mit der besonders guten Vereinbarkeit von Familie und Beruf wirbt.

Im Ergebnis führt das („nur“) zu einer Beschränkung des weisungsrechtlichen Ermessens des Arbeitgebers. Die Interessen des Arbeitnehmers, weiterhin zu Hause arbeiten zu dürfen, erlangen dann im Rahmen der Abwägung ein gesteigertes Gewicht. Umgekehrt kann der Arbeitgeber sich selbst dahingehend gebunden haben, den Arbeitnehmer nur bei Vorliegen bestimmter oder besonders tragfähiger Gründe in den Betrieb zurückzurufen.

## 2. Vertragsgestaltungen

### a) Allgemeines

Überträgt man die bisherige Rechtsprechung des BAG zum Arbeitsort ohne die erforderliche Feinjustierung auf das Homeoffice, erscheint das aktuelle Bemühen der Beratungsliteratur<sup>22</sup>, Klauseln herauszuarbeiten, die eine Bindung des Arbeitgebers an das Homeoffice abwehren oder ihm später den Rückruf des Arbeitnehmers in den Betrieb ermöglichen sollen, eigentlich unnötig. Nimmt man allerdings die zuvor herausgearbeiteten Eckdaten mit in den Blick, leuchten derartige Aktivitäten sehr wohl ein. Freilich darf der Arbeitgeber dabei das Kind nicht mit dem Bade ausschütten und aus lauter Angst insbesondere vor einer AGB-rechtlichen Klauselkontrolle zu Formulierungskunststücken schreiten, die genau das Gegenteil bewirken, weil gerade sie eine Bindung des Arbeitgebers erst herbeiführen. Wer eine Homeoffice-Vereinbarung unbedacht befristet, sichert 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 der Arbeitnehmer im Fall des Falls darauf verweist, dass diese nicht vorliegen würden.

### b) Schriftformklausel, Befristung und Widerrufsvorbehalt iES

#### aa) Schriftformklausel

Nach den vorstehenden Überlegungen kann sich für den Arbeitgeber in denjenigen Situationen, in denen eine Bindung an das Homeoffice denkbar ist, zumindest eine Art Formulierungslast dahingehend ergeben, dass eine solche nicht gewollt ist. Nicht verlassen kann er sich dabei allerdings auf allgemeine, im Arbeitsvertrag niedergelegte Schriftformklauseln, zumal diese ohnehin nur wirken würden, wenn die Homeoffice-Vereinbarung nicht schriftlich abgefasst wurde. Jedenfalls sind Abreden über die Wohnraumarbeit in aller Regel als individuelle Vereinbarungen iSd § 305 b BGB zu qualifizieren. Daher müssen sie aus der Schriftformklausel ausgenommen sein, andernfalls ist diese unwirksam.<sup>23</sup> Gleiches gilt im

Hinblick auf eine mögliche Bindung des Arbeitgebers auf der weisungsrechtlichen Ebene.

#### bb) Zweckbefristung

Die Parteien können das Homeoffice zeitlich, aber auch zweckbefristen. Rechtlich ist das unproblematisch, weil die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen nicht dem Befristungsrecht<sup>24</sup>, sondern der AGB-Kontrolle unterliegt.<sup>25</sup> Danach dürfte eine Befristung nicht zu beanstanden sein, denn de lege lata ist der Arbeitgeber erst einmal frei darin, ob er überhaupt Arbeit im Homeoffice zulassen will oder nicht. Freilich steht damit aber eben auch fest, dass dem Arbeitnehmer bis zu dem in der Abrede fixierten Zeitpunkt ein Recht auf Verbleib im Homeoffice zusteht.

#### cc) Widerrufsvorbehalt

Aus Sicht des Arbeitgebers nicht als ein besonders sinnvolles Gestaltungsmittel erscheint ein klassischer Widerrufsvorbehalt.<sup>26</sup> Dabei stört noch am wenigsten, dass dieser eigentlich auf (Geld-)Leistungen des Arbeitgebers bezogen ist. Vielmehr passt er auch von seinen Voraussetzungen her gesehen hier nicht gut, jedenfalls dann nicht, wenn man die Anforderungen des BAG an eine hinreichend deutliche Formulierung von Widerrufsgründen ernst nimmt. Derart würde sich der Arbeitgeber besonders intensiv binden und somit über das Ziel hinausschießen. Deshalb sollte man übrigens auch eine gewisse Vorsicht mit der Beschreibung eines Rückrufs in besonderen Ausnahmefällen walten lassen (etwa: Anwesenheit im Betrieb für Besprechungen, in Vertretungsfällen, zur Übergabe von Arbeitsmaterialien oder Teilnahme an Schulungen usw.). Das könnte so zu verstehen sein, dass der Arbeitnehmer davon abgesehen auf das Homeoffice bauen darf.

### c) Offene Gestaltungen, Rückrufsvorbehalte, Transparenzkontrolle

Als empfehlenswert können sich für den Arbeitgeber offen formulierte Gestaltungen bzw. Rückrufsvorbehalte (iwS) erweisen. Solche sollen dem Arbeitnehmer deutlich machen, dass er sich nicht darauf verlassen darf, dauerhaft im Homeoffice tätig zu sein. *Schiefer* etwa schlägt einen Vorbehalt vor, wonach der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer unter Wahrung seiner Interessen einen anderen Arbeitsort zuweisen kann bzw. wonach die Festlegung des Arbeitsorts, ungeachtet der Abordnung in das Homeoffice, weiterhin unter Beachtung des § 106 GewO durch den Arbeitgeber bzw. Personalverantwortlichen erfolgt.<sup>27</sup>

Inwieweit an dieser Stelle eine Inhaltskontrolle iES vorzunehmen sein wird, wäre noch eingehend zu klären. Einerseits geht es „nur“ um die Beschreibung einer Hauptleistungspflicht, die als solche bekanntlich nicht der AGB-Kontrolle unterliegt. Überdies erklärt der Arbeitgeber mit den einschlägigen Klauseln ja nicht mehr, als dass er sich im Hinblick auf das Homeoffice nicht binden will. Sich rechtsgeschäftlich

22 S. nur *Schiefer*, DB 2021, 1334 (1339); *Benkert*, NJW-Spezial 2019, 306 (307); *Weller/Lieberknecht/Habrich*, NJW 2020, 1018.

23 BAG v. 20.5.2008 – 9 AZR 382/07, BAGE 126, 364 = NZA 2008, 1233 = NJW 2009, 316 = NZM 2009, 373 Ls.

24 Anders aber offenbar *Benkert*, NJW-Spezial 2019, 306 (307).

25 BAG v. 23.3.2016 – 7 AZR 828/13, BAGE 154, 354 = NZA 2016, 881 = NJW 2016, 3050; v. 7.10.2015 – 7 AZR 943/13, NZA 2016, 441; v. 10.12.2014 – 7 AZR 1009/12, NZA 2015, 811 = NJW 2015, 1984 Ls. Ebenso wie hier vertreten, auch mit Blick auf das Homeoffice: *Oberthür*, MDR 2015, 1269 (1270).

26 So aber etwa *Benkert*, NJW-Spezial 2019, 306 (307); *Ricken in Besgen/Prinz*, Handbuch Internetrecht, 3. Aufl. 2013, § 7 Rn. 70.

27 *Schiefer*, DB 2021, 1334 (1335).

nicht binden zu wollen, steht aber jedermann frei, insoweit drängt sich eine Parallele zum Freiwilligkeitsvorbehalt auf. Andererseits behält sich der Arbeitgeber eben das Recht vor, den Ort der Leistungsverpflichtung des Arbeitnehmers einseitig und gegebenenfalls auch einschneidend abzuändern.

Dessen ungeachtet würden derartige Gestaltungen im Regelfall einer Inhaltskontrolle aber durchaus standhalten, das jedenfalls, solange das Gesetz keinen Anspruch des Arbeitnehmers auf Wohnraumarbeit vorsieht. Für Versetzungsvorbehalte im Allgemeinen hat *Hromadka* eine Zulässigkeitsgrenze dort erwogen, wo der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zu gewährleisten.<sup>28</sup> Daran lässt sich anknüpfen. Insoweit ist hier in Anschlag zu bringen, dass dem Arbeitgeber – und zwar auch mit Rücksicht auf den besonderen Stellenwert des Homeoffice – wegen der Ungewissheit der weiteren wirtschaftlichen und betriebstechnischen Fortentwicklung des Unternehmens im Regelfall stets eine adäquate Möglichkeit verbleiben muss, um den Arbeitnehmer anderweitig einsetzen zu können. Dies gilt umso mehr, als auch dem Arbeitnehmer klar sein muss, dass sich die arbeitstechnischen Erfordernisse jederzeit so verändern können, dass er in der Folge wieder in den Betrieb zurückkehren muss.

Braucht es schließlich aus Transparenzgründen (§ 307 I 2 BGB) einen Textbaustein, wonach der Rückruf an eine Interessenabwägung gebunden ist, innerhalb derer auch berechnete Belange des Arbeitnehmers berücksichtigt werden?<sup>29</sup> Mit einigem Argumentationsaufwand ließe sich das unter Verweis darauf begründen, dass dem Arbeitnehmer andernfalls suggeriert werden könnte, dass der Arbeitgeber seine Entscheidung einseitig und gewissermaßen nach Gutdünken treffen dürfte. Indes ist die durch § 106 GewO vorgegebene Rechtslage so eindeutig, dass eine derartige Bestimmung kaum etwas zur Rechtssicherheit beitragen würde. Eine dahingehende Klarstellung bliebe letztlich eine überflüssige Floskel, und mit gutem Grund sieht das BAG sie in klassischen Versetzungsklauseln als nicht erforderlich an.<sup>30</sup> Nebenbei bemerkt wird ja auch für Widerrufsvorbehalte nicht zur Voraussetzung gemacht, dass die Ausübung des Vorbehalts an das billige Ermessen des § 315 III BGB gebunden sein soll. Anderes mag man mit Rücksicht auf Art. 13 GG allenfalls dann überlegen, wenn sich der Arbeitgeber das Recht einräumen lässt, den Arbeitnehmer jederzeit und auch gegen dessen Willen in das Homeoffice abzuordnen.<sup>31</sup>

Ist ein Rückruf des Arbeitnehmers aus dem Homeoffice auf vertragsrechtlicher Ebene gänzlich ausgeschlossen, bleibt dem Arbeitgeber der Abschluss einer Änderungsvereinbarung oder der Ausspruch einer Änderungskündigung. So gesehen liegt das Kündigungsrecht des § 111 GewO/MAG-E noch nicht einmal völlig fern, wenngleich eben ein inhaltlicher und kein rein zeitlicher Maßstab entscheidend ist. Erforderlich ist dazu aber die Vereinbarung eines regelrechten „Heimarbeitverhältnisses“ (iWS). Selbst dann ist bei der Prüfung der sozialen Rechtfertigung zu berücksichtigen, dass Arbeitnehmer immer damit rechnen müssen, zumindest auch im Betrieb des Arbeitgebers tätig werden zu müssen. Folglich werden die Anforderungen an die Rechtfertigung einer Änderung deutlich geringer ausfallen, als die Rechtsprechung das etwa im Hinblick auf eine Entgeltabsenkung angenommen hat.

#### IV. Zusammenfassung

1. Der Arbeitsort „Homeoffice“ bewegt sich in einer dogmatisch nicht ganz leicht zu erfassenden Gemengelage zwischen arbeitsvertraglicher Gestaltung und der bloßen Weisungsausübung des Arbeitgebers nach § 106 GewO. Nach ständiger Rechtsprechung ist der Arbeitnehmer bundesweit in allen Betrieben des Unternehmens einsetzbar und zwar, ohne dass irgendetwas über seine Versetzbarkeit hätte vereinbart werden müssen. Wohnraumarbeit kommt dagegen nur in Betracht, wenn sich die Parteien darauf verständigt haben, dass Arbeit auch von zu Hause aus geleistet werden soll bzw. kann. Anders als beim gewöhnlichen Arbeitsort, wo schlicht genügt, dass dieser vorhanden ist, bewegen sich Übereinkünfte zum Homeoffice daher stets auch auf der Ebene des Arbeitsvertrags. Die vermeintliche Abordnung eines Beschäftigten in das Homeoffice erlangt mithin rasch vertragsändernden Charakter. Und gerade die zurückliegenden gesetzgeberischen Aktivitäten (§ 28 b VII IfSG, § 111 GewO idF des MAG-ReFE) machen deutlich, wie sehr die vertrags- und weisungsrechtliche Ebene beim Homeoffice mittlerweile ineinander verschwimmen.

2. Das Homeoffice ist zwar ein Arbeitsort iSd § 106 GewO, indes kein solcher, der nur als weiterer Tätigkeitsort gleichsam motivationslos neben die Betriebsstätten des Arbeitgebers tritt. Die Debatte über ein „Recht auf das Homeoffice“ und andere gesellschaftliche Implikationen (Arbeitswelt 4.0, Digitalisierung, Vereinbarkeit von Familie und Beruf usw.) können nicht spurlos an der Rechtsordnung vorbeigehen. Aber selbst in der Lesart der tradierten Dogmatik des Arbeitsorts müsste das Homeoffice eigentlich schon deshalb als ein besonderer Arbeitsort angesehen werden, weil sich andernfalls nicht schlüssig begründen lässt, warum dessen Zulässigkeit erst eigens vereinbart werden müsste. In der Konsequenz lässt sich die bisherige BAG-Rechtsprechung zur bundesweiten Versetzbarkeit des Arbeitnehmers bzw. zur (Nicht-)Konkretisierung des Arbeitsortes durch Übung („Kontrollschaffner“) nicht im Verhältnis 1:1 auf das Homeoffice mit seinen spezifischen Eigenarten übertragen.

3. Die spezifische Qualität des Arbeitsorts Homeoffice beeinflusst entscheidend die Auslotung des Empfängerhorizonts verständiger Vertragsparteien. Das erlangt zunächst dann Bedeutung, wenn es zu prüfen gilt, ob die Parteien aus Anlass der Aufnahme von Wohnraumarbeit überhaupt eine vertragsrechtliche Vereinbarung über diese getroffen haben. Weiter gilt es den Stellenwert mobiler Arbeit dann zu berücksichtigen, wenn sich die Frage auftut, ob und in welchem Umfang die Parteien dabei auch etwas über die Verlässlichkeit des Homeoffice festgelegt haben. Im Einzelnen lassen sich dabei graduelle Abstufungen herausarbeiten, beginnend mit dem Fehlen jeder perspektivischen Abrede („Ad-hoc-Wohnraumarbeit“) bis hin zu einer quasi dauerhaften Festlegung. Schließlich kann sich eine gewisse Beständigkeit des Homeoffice nicht nur aus Vertrag ergeben, sondern auch über eine Einschränkung des weisungsrechtlichen Ermessens des Arbeitgebers (Selbstbindung des Arbeitgebers, Konkretisierung).

28 *Hromadka*, NZA 2012, 233 (235).

29 Dafür: *LAG Düsseldorf v. 10.9.2014* – 12 Sa 505/14, BeckRS 2014, 73155.

30 *BAG v. 13.4.2010* – 9 AZR 36/09, NJOZ 2010, 2625 = NZA 2011, 64 Os.

31 Anderes gilt wiederum, wenn sich die Leistungserfüllung außerhalb der Betriebsstätte schon aus der Natur der Arbeitsleistung ergibt.

4. Danach können sich Vertragsklauseln, mit denen sich der Arbeitgeber aus Anlass der Gewährung von Wohnraumarbeit den Rückruf des Arbeitnehmers in den Betrieb vorbehält, – fallabhängig – als sinnvoll erweisen. Insoweit darf der Arbeitgeber allerdings nicht über das Ziel hinausschießen und mit ängstlichem Blick auf das AGB-Recht überbordende Klauseln formulieren, die ihn dann erst so richtig an die Wohnraumarbeit binden.

5. Im vorliegenden Kontext helfen dem Vertragsgestalter Schriftformklauseln schon wegen § 305 b BGB kaum weiter. Sehr wohl möglich ist dagegen eine Befristung der Wohnraumarbeit. Sie unterliegt nicht der Überprüfung nach dem TzBfG, sondern einer solchen nach dem AGB-Recht. Danach gehen Befristungsabreden zwar in Ordnung, doch bewirken diese umgekehrt auch eine zeitliche Bindung des Arbeitgebers an das Homeoffice. Aus rechtlicher Sicht ist auch gegen Widerrufsvorbehalte nichts einzuwenden, aus der des Arbeitgebers wirken diese indes kontraproduktiv.

6. In vielen Fällen werden sich offen formulierte Absichtserklärungen bzw. Rückrufvorbehalte (iWS) empfehlen, die dem Arbeitnehmer deutlich machen, dass er sich nicht darauf verlassen kann, dauerhaft im Homeoffice tätig zu sein. Ob derartige Klauseln überhaupt einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle unterliegen, bedarf noch der Klärung. Dagegen spricht, dass sie „nur“ die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers beschreiben und der Arbeitgeber mit ihnen regelmäßig nicht mehr erklärt, als dass er sich rechts-

geschäftlich nicht binden will, was ihm natürlich freisteht (Parallele: Freiwilligkeitsvorbehalte). Andererseits behält sich der Arbeitgeber das Recht vor, den Ort der Leistungsverpflichtung des Arbeitnehmers einseitig und gegebenenfalls auch einschneidend abzuändern. Einschlägige Gestaltungen würden idR aber einer Inhaltskontrolle standhalten, soweit sie dem Umstand Rechnung tragen, dass die zukünftige arbeitstechnische Entwicklung unsicher ist und dem Arbeitgeber stets eine adäquate Möglichkeit verbleiben muss, den Arbeitnehmer auch wieder vor Ort einsetzen zu können.

7. Aus dem Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB ergibt sich nicht, dass in entsprechende Klauseln ausdrücklich aufgenommen werden müsste, dass der Rückruf des Arbeitnehmers in die Betriebsstätte an eine Interessenabwägung gebunden ist, innerhalb derer auch seine berechtigten Belange zu berücksichtigen sind. Eine derartige Abwägung ist bei jedem Rückruf schon von Rechts wegen vorzunehmen.

8. In den (wohl eher seltenen) Fällen, in denen ein Rückruf des Arbeitnehmers aus dem Homeoffice vertragsrechtlich gänzlich ausgeschlossen ist, bleibt dem Arbeitgeber nur der Abschluss einer Änderungsvereinbarung bzw. der Ausspruch einer Änderungskündigung. Deren Prüfungsprogramm ist eher niederschwellig anzusetzen, Arbeitnehmer müssen immer damit rechnen, dass sich arbeitstechnische Erfordernisse so verändern, dass sie in der Folge wieder im Betrieb ihres Arbeitgebers tätig werden müssen. ■

Dr. Anton Barrein\*

## NZA 2022, 1088: Das Recht des Arbeitnehmers auf Homeoffice

Kaum ein Thema hat seit der Corona-Pandemie so viel Beachtung erfahren wie das Homeoffice. Dabei wurden insbesondere die Fragen der Einführung und Beendigung von Homeoffice diskutiert. Nachfolgender Beitrag bewertet die bislang erfolgten Gesetzgebungsinitiativen, nimmt kritisch zu ihnen Stellung und bietet Lösungsansätze.

### I. Einleitung

Dieser Beitrag handelt vom Recht bzw. Anspruch des Arbeitnehmers auf Homeoffice. Um die hiermit zusammenhängenden Fragen näher zu entfalten, wird zunächst auf das Arbeitsmodell „Homeoffice“ eingegangen (unter II) und anschließend der Stand einschlägiger Gesetzgebungsinitiativen skizziert (unter III). Danach soll die aktuelle Rechtslage hinsichtlich eines Rechtsanspruchs auf Homeoffice geprüft werden (unter IV), um verschiedene Fragen des bestehenden arbeits- und sozialrechtlichen Rahmens aufzugreifen (unter V), darunter auch besondere vertragsgestaltende Details (unter VI). Kern der Untersuchung ist die Darstellung und Bewertung möglicher Regelungsalternativen des Gesetzgebers (unter VII). Der Beitrag endet mit einem Fazit (unter VIII).

### II. Problemstellung

Homeoffice als Arbeitsorganisationsform ist spätestens seit der Corona-Pandemie ein Begriff.<sup>1</sup> Ein großer Teil der Bevölkerung lernte in den letzten Jahren das Arbeitsmodell (eher unfreiwillig) kennen. Auch rückte das Homeoffice – wieder –

in den Fokus des Gesetzgebers. Als kurzfristige Pandemie-maßnahme<sup>2</sup> und gleichzeitig als langfristige Vereinbarkeitslösung von Familie und Beruf. Auf der Arbeitgeberseite lassen sich im Wesentlichen zwei Strömungen erkennen: Einige Unternehmen wollen langfristig bis zu 70 % Bürokapazitäten durch ein hybrides Arbeitsmodell einsparen, bei welchem Büroarbeit am Betriebssitz erst beantragt werden muss<sup>3</sup>, andere hingegen suchen aktuell nach rechtssicheren Gestaltungsoptionen, nun ihre Arbeitnehmer wieder zurück in das Büro zu holen.<sup>4</sup>

Die Vor- und Nachteile von Homeoffice sind dabei grundsätzlich ambivalent und stark einzelfallabhängig.<sup>5</sup> Die Ar-

\* Der Autor ist derzeit Referendar beim LAG Niedersachsen und zugleich wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Kanzlei activelaw Offenhausen Wolter PartmbB in Hannover.

1 Vgl. dazu nur Krieger/Rudnik/Povedano Peramato NZA 2020, 473; Visser/Voigt/Vraetz, Das Recht auf Homeoffice in der Pandemie, 2022, S. 20 ff.; ausf. Barrein, Das Recht auf Home-Office, 2022, S. 223 ff.

2 Bonin ua, Kurzexpertise Verbreitung und Auswirkungen von mobiler Arbeit und Homeoffice, 2020, S. 100, abrufbar unter: [https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/Forschungsberichte/fb-549-pdf-verbreitung-auswirkung-mobiles-arbeiten.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/Forschungsberichte/fb-549-pdf-verbreitung-auswirkung-mobiles-arbeiten.pdf?__blob=publicationFile&v=1).

3 So die Pläne des frz. Autoherstellers PSA und ähnlich auch der dt. Automobilzulieferer Elring-Klinger; vgl. Schubert/Preuss, Homeoffice für immer, FAZ.net v. 7.5.2020, abrufbar unter: <https://www.faz.net/-gqi-9z704> (zuletzt abgerufen am 26.5.2022).

4 Vgl. dazu nur der Fall des LAG München 26.8.2021 – 3 SaGa 13/21, COVuR 2021, 620 Rn. 33 ff.

5 Preis ArbeitsV-HdB/Temming, 6. Aufl. 2020, II T 20 Rn. 3 ff., 7; Müller Homeoffice, 3. Aufl. 2022, Rn. 3 ff.