

Trautes Heim, Glück allein? – Das nahende Ende der Homeoffice-Pflicht

EINFÜHRUNG

Mit Ablauf des 19. März 2022 wird aller Voraussicht nach die zuletzt in § 28b Abs. 4 des Infektionsschutzgesetzes vorgesehene „Homeoffice-Pflicht“ entfallen. Nach dieser Regelung sind Arbeitgeber derzeit noch verpflichtet, ihren mit Büroarbeit und vergleichbaren Tätigkeiten beschäftigten Mitarbeitern die Erbringung dieser Tätigkeiten im Homeoffice anzubieten, soweit dem keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen. Eine mit dem Wegfall dieser Pflicht einhergehende allgemeine „Rückholaktion“ dürfte allerdings weder dem Interesse vieler Arbeitgeber noch dem Interesse ihrer Beschäftigten entsprechen, die in weiten Teilen die Vorzüge einer zumindest teilweisen Erbringung ihrer Arbeitsleistung im Homeoffice zu schätzen gelernt haben.

In vielen Unternehmen besteht daher die Absicht oder zumindest die Überlegung, Arbeit im Homeoffice auch künftig zu ermöglichen. Eine gänzlich unkommentierte Fortsetzung der während der Pandemie auf der Grundlage gesetzlicher Bestimmungen gelebten Praxis wirft allerdings die Frage auf, ob hierdurch nicht unbeabsichtigt zeitlich unbefristete Ansprüche der Arbeitnehmer auf einen Homeoffice-Arbeitsplatz geschaffen würden und sich der Arbeitgeber damit für die Zukunft eine Rückholung der Arbeitnehmer in den Betrieb verbauen würde.

DAS DIREKTIONSRECHT DES ARBEITGEBERS

Zu vergegenwärtigen ist insoweit zunächst, dass das Wesen eines Arbeitsverhältnisses gerade darin besteht, dass der Arbeitnehmer seine Tätigkeit nach Maßgabe der Weisungen seines Arbeitgebers zu erbringen hat (soweit die genauen Arbeitsbedingungen nicht bereits durch den Arbeitsvertrag oder sonstige Bestimmungen festgelegt sind). Das Weisungsrecht des Arbeitgebers erfasst dabei auch die Befugnis, den Ort der Arbeitsleistung festzulegen (§ 106 S.1 GewO), wobei der Arbeitgeber allerdings nicht völlig frei oder gar willkürlich handeln darf, sondern bei seiner Entscheidung die Grundsätze billigen Ermessens und auch den Gleichbehandlungsgrundsatz zu wahren hat. Allgemein steht es dem Arbeitgeber danach aber frei, seine Arbeitnehmer auch nach längerem Einsatz im Homeoffice wieder in den Betrieb zu beordern.

VERTRAGLICHER ANSPRUCH AUF HOME-OFFICE AUFGRUND BETRIEBLICHER ÜBUNG?

Wird einem Arbeitnehmer allerdings über einen längeren Zeitraum in gleichförmiger Weise eine Tätigkeit im Homeoffice gestattet, erscheint die Annahme diskutabel,

dass hierdurch der Arbeitsvertrag der Parteien umgestaltet und das Weisungsrecht eingeschränkt wird und der Arbeitnehmer künftig seine Arbeitsleistung nur noch (bzw. im bereits bisher gestatteten Umfang) zu Hause zu erbringen hat.

Ein solcher Anspruch könnte sich aus einer **sog. betrieblichen Übung** ergeben. Unter einer betrieblichen Übung versteht man die regelmäßige Wiederholung eines bestimmten Arbeitgeberverhaltens, aus dem der Arbeitnehmer schließen kann, dass ihm die insoweit gewährte Leistung auch künftig gewährt werden soll (der „Klassiker“ ist hier die dreimalige, vorbehaltlose Zahlung eines Weihnachtsgeldes). Maßgeblich für eine betriebliche Übung ist stets, ob dem Verhalten des Arbeitgebers der Wille zu entnehmen ist, sich hinsichtlich der Erbringung einer Leistung rechtsgeschäftlich auch für die Zukunft binden zu wollen.

Vor diesem Hintergrund kann das Anbieten eines Homeoffice-Arbeitsplatzes **für die Dauer der gesetzlichen „Homeoffice-Pflicht“** im Regelfall keinen Anspruch aus betrieblicher Übung begründen. Es ist hier deutlich erkennbar, dass der Arbeitgeber lediglich seiner gesetzlichen Pflicht nachkommen, nicht jedoch eine Verpflichtung für die Zukunft begründen will.

Hat der Arbeitgeber das Arbeiten von zu Hause aus **bereits vor Inkrafttreten der Homeoffice-Pflicht, aber dennoch erkennbar im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie gestattet**, dürften Ansprüche aus betrieblicher Übung ebenfalls ausscheiden, wenn nicht besondere Umstände in eine andere Richtung deuten. Auch in diesem Fall dient die Gestattung ersichtlich dem Gesundheitsschutz sowie der Aufrechterhaltung des Betriebs in der Pandemie, nicht jedoch der Schaffung einer in die Zukunft wirkenden Pflicht.

Ansprüche aus betrieblicher Übung scheiden ferner aus, wenn die Tätigkeit im Homeoffice auf Basis einer hierzu geschlossenen **Betriebsvereinbarung** stattfindet. Auch hier liegt auf der Hand, dass das Verhalten des Arbeitgebers lediglich der Erfüllung der mit dem Betriebsrat getroffenen Vereinbarung dient. Will der Arbeitgeber in diesen Fällen die Mitarbeiter in den Betrieb zurückholen, ist stattdessen die Frage einer Kündigung der Betriebsvereinbarung aufzuwerfen.

Weniger eindeutig erscheint allerdings der demnächst sicher vielfach praktisch werdende Fall, dass ein Einsatz im Homeoffice **über das Ende der gesetzlichen Homeoffice-Pflicht und sogar über das (hoffentlich baldige) Ende der Pandemie hinaus fortgesetzt wird**, ohne dass dies vom Arbeitgeber näher kommentiert oder erläutert wird. Rechtlich steht auch

für diesen Fall die bisher wohl herrschende und nach unserer Auffassung zutreffende Auffassung auf dem Standpunkt, dass auch einem solchen Arbeitgeberverhalten ohne Hinzutreten besonderer Umstände **nicht** der Wille entnommen werden kann, die betroffenen Mitarbeiter für den Rest ihres Arbeitslebens (teilweise) ins Homeoffice zu entlassen. Es ist aber durchaus davon auszugehen, dass dieses Thema im Ausklang der Pandemie und vor dem Hintergrund der gesteigerten Bedeutung des Homeoffice kontrovers diskutiert und ggf. die Gerichte beschäftigen wird. Ein schlichtes und unkommentiertes „Weiter so“ bereitet insoweit in jedem Fall den Boden für Missverständnisse, falsche Erwartungen, Unsicherheiten und den ein oder anderen vermeidbaren Arbeitsgerichtsprozess.

Eine klare Kommunikation erscheint daher geboten. Unternehmen sollten die Möglichkeit nutzen, die vergangene Kommunikation zum Thema Homeoffice noch einmal zu beleuchten und ihren Mitarbeitern klar mitzuteilen, dass eine Arbeit im Homeoffice – soweit gewünscht – weiterhin möglich ist, dass sich das Unternehmen hiermit aber gerade nicht auf Dauer binden will. Die in Teilen befürchtete Entstehung von Ansprüchen aus betrieblicher Übung erscheint so beherrschbar.

EINSCHRÄNKUNG DES DIREKTIONSRECHTS DURCH SOG. „KONKRETISIERUNG“?

Ein weiterer arbeitsrechtlicher Aspekt, der für eine Manifestierung der zuletzt gelebten Arbeit im Homeoffice angeführt werden könnte, ist der Aspekt der sog. „Konkretisierung“. Dahinter steht der Gedanke, dass eine über lange Zeit gelebte Praxis (z.B. der Einsatz an einem bestimmten Ort) zu einer Einschränkung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts führen kann.

An eine solche Konkretisierung sind allerdings hohe Anforderungen zu stellen. So genügt es nach der Rechtsprechung nicht, dass ein Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum an einem Ort gearbeitet hat. Erforderlich ist vielmehr, dass besondere Umstände hinzutreten, aus denen sich der Wille des Arbeitgebers schließen lässt, den Arbeitnehmer auch künftig nicht mehr anderweitig einsetzen zu wollen (vgl. etwa LAG München, Urt. v. 26.08.2021 – 3 SaGa 13/21). Ein solch besonderer Umstand wird z.B. dann angenommen, wenn der Arbeitnehmer seinen Verbleib beim Arbeitgeber erkennbar von der Erlaubnis abhängig gemacht hat, auch künftig im Homeoffice tätig zu sein und der Arbeitgeber dieser Forderung (stillschweigend) nachkommt. Hierdurch kann das Direktionsrecht des Arbeitgebers eingeschränkt sein. Im Ergebnis kommt es aber auch hier – trotz des etwas anderen Ansatzes – am Ende stets

entscheidend auf die Frage an, wie das Verhalten des Arbeitgebers zu interpretieren ist.

ZUSAMMENFASSUNG

Festzuhalten ist also, dass der Arbeitgeber grundsätzlich nicht daran gehindert ist, seine Arbeitnehmer nach dem Ende der gesetzlichen Homeoffice-Pflicht wieder im Betrieb arbeiten zu lassen. Das arbeitgeberseitige Weisungsrecht, welches sich auch auf den Ort der Arbeitsleistung bezieht, lässt dies grundsätzlich unter Berücksichtigung der Grundsätze billigen Ermessens sowie des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu.

Einschränkungen des Direktionsrechts durch betriebliche Übung oder Konkretisierung sind denkbar, folgen jedoch nach herrschender Auffassung nicht bereits allein daraus, dass der Arbeitgeber – noch dazu vor dem Hintergrund einer Pandemie – einen Einsatz im Homeoffice temporär gestattet hat. Kritisch hinterfragen sollte man, ob das Unternehmen in irgendeiner Form kommunikative „Duftmarken“ gesetzt hat, aus denen die Belegschaft oder einzelne Mitarbeiter einen Willen schlussfolgern könnten, sich auch über die Pandemie hinaus unbefristet festzulegen. In jedem Fall sinnvoll erscheint eine klare Kommunikation des Arbeitgebers, die insoweit keine Zweifel lässt. Abzuwarten ist ferner schließlich auch, inwieweit der Gesetzgeber seine Absichten zur Regelung eines „Anspruchs auf Homeoffice“ in die Tat umsetzt.

Gerne unterstützen wir Sie bei den sich hier stellenden Herausforderungen und/oder nehmen Sie jedenfalls – soweit noch nicht geschehen – auf den Verteiler unseres kostenlosen Kanzlei-Newsletters auf. Schicken Sie uns zu diesem Zweck bitte einfach eine kurze Mail.

KONTAKT



Dr. Henning Reitz
h.reitz@justem.de



Merle Schimanke
m.schimanke@justem.de

www.justem.de