

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

---

Band 369

# Das Recht auf Home-Office

Handlungsspielräume und Grenzen des Arbeits- und  
Sozialversicherungsrechts für die digitalisierte Arbeitswelt 4.0

Von

Anton Barrein



Duncker & Humblot · Berlin

ANTON BARREIN

## Das Recht auf Home-Office

# Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg  
Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen  
Prof. Dr. Sebastian Krebber, Freiburg  
Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg  
Prof. Dr. Markus Stoffels, Heidelberg  
Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Band 369

# Das Recht auf Home-Office

Handlungsspielräume und Grenzen des Arbeits- und  
Sozialversicherungsrechts für die digitalisierte Arbeitswelt 4.0

Von

Anton Barrein



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover  
hat diese Arbeit im Jahre 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten  
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpfing  
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0582-0227  
ISBN 978-3-428-18537-5 (Print)  
ISBN 978-3-428-58537-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Diese Arbeit untersucht kritisch das viel diskutierte „Recht auf Home-Office“. *De lege lata* existiert ein solcher regulärer Anspruch im Arbeitsrecht grundsätzlich nicht. Möchte man einen solchen konzeptionieren, muss unter den Vorzeichen der Digitalisierung und nicht zuletzt der Corona-Pandemie der Gestaltungswunsch des Arbeitnehmers, seine Tätigkeit in der häuslichen Umgebung (teilweise) zu erbringen, mit der unternehmerischen und vertraglichen Freiheit des Arbeitsgebers maßvoll abgewogen werden. Darauf aufbauende gesetzgeberische Reformvorschläge und Handlungsmöglichkeiten für die Tarifvertrags- und Sozialpartner werden in dieser Untersuchung zur Diskussion gestellt.

Die Untersuchung wurde im Wintersemester 2021/2022 von der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover als Dissertation angenommen. Die Disputation fand am 12. Oktober 2021 statt. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Dezember 2021 berücksichtigt werden. Danken möchte ich zunächst meinem Doktorvater Prof. Dr. Felipe Temming, LL.M. für die hervorragende Betreuung dieser Arbeit und dafür, dass er mich – trotz der für die wissenschaftliche Lehre widrigen Bedingungen während dieser Zeit – nachhaltig unterstützt hat. Prof. Dr. Roland Schwarze danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und wertvollen Hinweise, die ebenfalls in diese Arbeit eingeflossen sind.

Maßgeblich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben weitere, zahlreiche Fachkollegen, ohne sie alle namentlich nennen zu können. Stets standen sie mir hilfsbereit und mit vielfältigem Rat zur Verfügung. Hervorheben möchte ich meine Kollegen und Freunde Patrick Jahn und Tavros Sargsyan, die sich vor allem die Mühe machten, dieses Manuskript gegenzulesen. Ganz besonderer Dank gilt meiner Familie, die mich in jeder Hinsicht und mit den unterschiedlichsten Beiträgen tatkräftig unterstützt hat. Insbesondere danke ich meinen Eltern, die mir die notwendige Zielstrebigkeit und Schaffenskraft für ein solches Projekt vorgelebt haben. Justine Züchner danke ich für die tagtägliche rückhaltlose Unterstützung in jeder Phase dieser Arbeit.

Die Publikation dieser Dissertation wurde von der Hannoveraner Kanzlei *activelaw Offenhausen.Wolter* ermöglicht, die mich während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter stetig gefördert hat. Stellvertretend möchte ich mich dafür bei RA Christoph Heidelberg bedanken, der mir als Mentor und Diskussionspartner große Unterstützung hat zuteilwerden lassen. Die Drucklegung wurde zudem durch die Ludwig Sievers Stiftung bezuschusst. Prof. Dr. Matthias Jacobs, Prof. Dr. Rüdiger Krause, Prof. Dr. Sebastian Krebber, LL.M., Prof.



Dr. Thomas Lobinger, Prof. Dr. Markus Stoffels und Prof. Dr. Raimund Waltermann sage ich schließlich Dank für die Aufnahme der Dissertation in die Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht.

Hannover, im Dezember 2021

*Anton Barrein*

# Inhaltsübersicht

## *1. Kapitel*

<b>Einleitung und Problemstellung</b>	27
A. Untersuchungsgegenstand: Das geplante Recht auf Home-Office	27
B. Begriffsbestimmungen	38
C. Einflussbereiche der Digitalisierung – Entwicklung zu einer Arbeitswelt 4.0	52

## *2. Kapitel*

<b>Rechtliche Hürden und Handlungsspielräume der Digitalisierung im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht mit Blick auf Home-Office</b>	57
A. Regelungsrahmen des Arbeitsrechts	58
B. Regelungsrahmen des Sozialversicherungsrechts	172
C. Ergebnis zum 2. Kapitel	189

## *3. Kapitel*

<b>Anspruch und Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung aus dem Home-Office <i>de lege lata</i></b>	192
A. Ausgangslage: Kein genereller gesetzlicher Anspruch	192
B. Weisungsbefugnis des Arbeitgebers für die Einführung von Home-Office	193
C. Anspruch des Arbeitnehmers auf Home-Office durch Einschränkung des Weisungsrechts	200
D. Neubewertung der Situation in Zeiten einer pandemischen Krankheitswelle?	223
E. Ergebnis zum 3. Kapitel	230

## *Viertes Kapitel*

<b>Exkurs – Rechtsvergleich zu bestehenden Ansprüchen auf Home-Office im internationalen Vergleich</b>	232
A. Vermeintlicher Blueprint des niederländischen Vorreitermodells des Rechts auf Home-Office	232
B. Rechtslage im Vereinigten Königreich	234

C. Rechtslage in den USA .....	237
D. Ergebnis zum 4. Kapitel .....	238

### 5. Kapitel

#### **Konzeption und Bewertung des Rechtsanspruchs auf Home-Office *de lege ferenda*** 240

A. Vorüberlegung: Vor- und Nachteile von Home-Office .....	241
B. Unions- und verfassungsrechtlicher Rahmen eines Rechtsanspruchs auf Home-Office	247
C. Genese der rechtspolitischen Forderung nach einem Recht auf Home-Office in der Literatur – § 8a TzBfG-E .....	320
D. Erforderliche Tatbestandsvoraussetzungen eines Rechtsanspruches auf Home-Office – Vorschlag des § 8a TzBfG-E .....	335
E. Bekannte Probleme der Teilzeitanprüche des §§ 8, 9a TzBfG im neuen Gewand? ..	378
F. Alternativ: Tarifvertragliche Regelungen .....	392
G. Alternativ: Regelungen auf betrieblicher Ebene .....	394
H. Ergebnis zum 5. Kapitel .....	399
I. Anhang: Musterbetriebsvereinbarung Home-Office .....	406

### 6. Kapitel

#### **Ergebnisse in Form von Schlussthesen** 414

A. Thesen zu dem 1. Kapitel: Einleitung und Problemstellung .....	414
B. Thesen zu dem 2. Kapitel: Rechtliche Hürden und Handlungsspielräume der Digitalisierung im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht am Beispiel Home-Office .....	414
C. Thesen zu dem 3. Kapitel: Anspruch und Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung aus dem Home-Office <i>de lege lata</i> .....	417
D. Thesen zu dem 4. Kapitel: Exkurs – Rechtsvergleichender Exkurs zu bestehenden Rechtsansprüchen auf Home-Office im internationalen Vergleich .....	418
E. Thesen zu dem 5. Kapitel: Erforderliche Veränderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen <i>de lege ferenda</i> – Der geplante Rechtsanspruch auf Home-Office .....	418

<b>Literaturverzeichnis</b> .....	422
-----------------------------------	-----

<b>Statistikverzeichnis</b> .....	462
-----------------------------------	-----

<b>Sachverzeichnis</b> .....	465
------------------------------	-----

# Inhaltsverzeichnis

## *1. Kapitel*

<b>Einleitung und Problemstellung</b>	27
A. Untersuchungsgegenstand: Das geplante Recht auf Home-Office	27
I. Dynamisierung der politischen Debatte	28
II. Zahlen und Fakten in Bezug auf Home-Office	31
III. Bisherige Untersuchungen und aktueller Forschungsbedarf	35
IV. Gang und Eingrenzung der Untersuchung	37
B. Begriffsbestimmungen	38
I. Home-Office als Erscheinungsform der Telearbeit	38
1. Ursprung der Telearbeit	39
2. Industrie 4.0 – Arbeit 4.0 – Home-Office	42
3. Alternierende Telearbeit als primäre Home-Office-Organisationsform	43
4. Ergebnis	44
II. Abgrenzung von Home-Office zu anderen digitalen Arbeitsformen	45
1. Mobile-Office	45
2. Heimarbeit i. S. d. Heimarbeitsgesetzes	47
3. Plattformökonomie	50
4. Ergebnis	52
C. Einflussbereiche der Digitalisierung – Entwicklung zu einer Arbeitswelt 4.0	52
I. Veränderung der technischen Rahmenbedingungen	53
II. Einfluss auf die örtliche und zeitliche Entgrenzung von Arbeitsverhältnissen	54

## *2. Kapitel*

### **Rechtliche Hürden und Handlungsspielräume der Digitalisierung im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht mit Blick auf Home-Office**

<b>Rechtliche Hürden und Handlungsspielräume der Digitalisierung im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht mit Blick auf Home-Office</b>	57
A. Regelungsrahmen des Arbeitsrechts	58
I. Statusrechtliche Einordnung von Home-Office	59
1. Normative Definition des Arbeitnehmerbegriffs?	59

2. Anwendung des Arbeitnehmerbegriffs auf Home-Office-Lösungen	60
a) Weisungsgebundenheit	62
aa) Örtliche Weisungsbindung	63
bb) Zeitliche Weisungsbindung	64
cc) Fachliche Weisungsbindung	66
dd) Zwischenergebnis	67
b) Eingliederung in den Betrieb	69
3. Zusammenfassung	73
a) Bedeutungsgewinn der Eingliederung in den Betrieb	74
b) Irrelevanz der wirtschaftlichen Abhängigkeit	75
c) Ergebnis: Keine „Flucht aus dem Arbeitsverhältnis“	76
II. Arbeitsschutzrechtlicher Rahmen im Home-Office	79
1. Anwendbarkeit des ArbSchG im Home-Office	79
a) Teile der Literatur: Begrenzte Anwendbarkeit des ArbSchG	79
aa) Vorüberlegung: Zutrittsrecht des Arbeitgebers	80
(1) Schutzzumfang des Art. 13 GG	81
(2) Übertragung dieser Wertung auf das Zutrittsrecht des Arbeitgebers	81
bb) Zwischenergebnis	86
b) Gegenauffassung: Kein Zutrittsrecht	86
c) Stellungnahme	86
2. Konkrete Pflichten des Arbeitgebers nach dem ArbSchG	88
a) Anforderungen an die Gefährdungsbeurteilung, § 5 ArbSchG	89
aa) Erforderlichkeit der Inaugenscheinnahme des Home-Offices?	89
bb) Gegenauffassung: Lösung über die Mitwirkungspflichten des Arbeitnehmers	89
cc) Stellungnahme und praktische Umsetzung	90
(1) Befragung der Arbeitnehmer als gleich geeignetes Mittel	90
(2) Möglichkeit der einheitlichen Beurteilung, § 5 Abs. 2 S. 2 ArbSchG	91
(3) Insbesondere psychische Belastungen, § 5 Abs. 3 Nr. 6 ArbSchG	93
(4) Anforderungen an die Unterweisung des Arbeitnehmers, § 12 ArbSchG	94
b) Ergebnis	94
3. Anwendbarkeit der Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV)	95
a) Begriffsbestimmung der Telearbeit in § 2 Abs. 7 S. 1 ArbStättV	95
b) Eingeschränkter Anwendungsbereich der ArbStättV, § 1 Abs. 4 ArbStättV	98
4. Anwendbarkeit der Betriebssicherheitsverordnung (BetrSichV)	100
5. Anwendbarkeit Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge (ArbMedVV)	101
6. Ergebnis	101

- III. Arbeitszeitgesetz ..... 102
  - 1. Grundlagen ..... 103
  - 2. Übertragung dieser Grundsätze auf das Arbeiten im Home-Office ..... 104
    - a) Home-Office als besondere Gefährdungslage für das geltende Arbeitszeitrecht ..... 104
    - b) Das EuGH-Urteil vom 14.05.2019 – C-55/18 („CCOO“) ..... 105
      - aa) Die Vorgaben des EuGHs zur Arbeitszeiterfassung ..... 105
      - bb) Transformation der Entscheidung in Lösungen für das Home-Office ..... 106
      - cc) Zwischenergebnis ..... 109
    - c) Arbeitszeitrechtliche Kategorisierung der ständigen Erreichbarkeit ..... 110
      - aa) Traditionelle Kategorisierung von Rufbereitschaft und Bereitschaftsdienst ..... 113
      - bb) Übertragung der Kategorien auf Formen der „ständigen Erreichbarkeit“ ..... 114
      - cc) Stellungnahme ..... 114
    - d) Freiwillige Arbeitsleistungen als Arbeitszeit ..... 117
      - aa) Arbeitszeit im Sinne des ArbZG nur bei Duldung oder Weisung des Arbeitgebers ..... 117
      - bb) Fremdbestimmtheit der Arbeitsleistung als maßgebliches Kriterium ..... 118
      - cc) Stellungnahme ..... 118
    - e) Geringfügige Unterbrechungen der Ruhezeit ..... 122
      - aa) Meinungsstand in der Literatur ..... 122
      - bb) Stellungnahme ..... 123
    - f) Sanktionen bei Verstößen, § 22 ArbZG ..... 125
  - 3. Ergebnis ..... 126
- IV. Beschäftigten- und Arbeitgeberdatenschutz ..... 129
  - 1. Beschäftigtendatenschutz und Datensicherheit ..... 130
    - a) Kontrollmaßnahmen im Home-Office nach § 26 BDSG ..... 133
      - aa) Videoüberwachung am Home-Office-Arbeitsplatz ..... 133
      - bb) Überwachung der IT als Kontrollmaßnahme ..... 135
        - (1) Vorüberlegung: Erlaubte und untersagte Privatnutzung der IT-Geräte ..... 135
        - (2) Nutzungsverhalten – Leistungs- und Verhaltenskontrollen ..... 137
        - (3) E-Mails ..... 140
        - (4) Sonderfall „Keylogger“ ..... 142
        - (5) Qualitätsmanagement am Beispiel von Call-Agents ..... 145
        - (6) Sonderfall „Bring Your Own Device“ (BYOD) ..... 146
    - b) Zwischenergebnis ..... 147
    - c) Kontrolle der Einhaltung der Datenschutzvorschriften ..... 148
  - 2. Arbeitgeberdatenschutz – Geheimnisschutz durch das GeschGehG ..... 150
    - a) Anwendung arbeits- und lauterkeitsrechtlicher Grundlagen ..... 150

b) Neuerungen des Geschäftsgeheimnisgesetzes (GeschGehG) .....	152
c) Überprüfung der Zugangsberechtigung zur IT des Arbeitgebers .....	153
d) Haftungsrisiken des Arbeitnehmers aus der DS-GVO? .....	155
e) Zwischenergebnis .....	156
3. Ergebnis .....	156
V. Haftungsrisiken, Betriebsrisiko und Aufwendungsersatzansprüche .....	158
1. Grundsätze der beschränkten Arbeitnehmerhaftung .....	158
a) Betrieblich veranlasste Tätigkeit .....	159
b) Verschuldensmaßstab .....	160
2. Haftung von Familienmitgliedern oder sonstigen Personen .....	161
3. Betriebsrisiko, § 615 S. 3 BGB .....	162
4. Aufwendungsersatz, § 670 BGB analog .....	163
5. Ergebnis .....	164
VI. Kündigungsschutz .....	164
1. Weiterbeschäftigungsanspruch gemäß § 1 Abs. 2 S. 2, 3 KSchG .....	165
a) Grundlagen .....	165
b) Das Home-Office als Weiterbeschäftigungsmöglichkeit .....	166
aa) BAG, Urt. v. 02.03.2006 .....	166
bb) LAG Hessen, Urt. v. 10.06.2015 .....	167
cc) LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 20.12.2018 .....	167
dd) Stellungnahme .....	168
2. Home-Office-Arbeitsplatz für schwerbehinderte Menschen .....	170
3. Ergebnis .....	171
VII. Ergebnis: Regelungsrahmen des Arbeitsrechts .....	172
B. Regelungsrahmen des Sozialversicherungsrechts .....	172
I. Reichweite des Unfallversicherungsschutzes, § 8 Abs. 1 SGB VII .....	173
1. Betriebswege im Home-Office bis zum Urteil des BSG vom 05.07.2016 – B 2 U 5/15 R .....	174
2. Änderung der Rechtsprechung durch BSG, Urteil vom 05.07.2016 – B 2 U 5/15 R .....	175
3. Stellungnahme .....	176
II. Wegeunfälle nach § 8 Abs. 2 Nr. 1–4 SGB VII .....	182
1. Anwendbarkeit des § 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII .....	182
2. Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 8 Abs. 2 Nr. 2 lit. a SGB VII .....	184
3. Stellungnahme und eigener Lösungsansatz .....	185
III. Ergebnis .....	188
C. Ergebnis zum 2. Kapitel .....	189

## 3. Kapitel

**Anspruch und Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung  
aus dem Home-Office *de lege lata***

	192
A. Ausgangslage: Kein genereller gesetzlicher Anspruch .....	192
B. Weisungsbefugnis des Arbeitgebers für die Einführung von Home-Office .....	193
I. Gesetzlicher Umfang des Weisungsrechts hinsichtlich des Arbeitsorts .....	193
1. Einseitige Zuweisung von Home-Office durch den Arbeitgeber .....	195
2. Zwischenergebnis .....	197
II. Vertraglicher Umfang des Weisungsrechts – Versetzungsklauseln .....	198
III. Änderungskündigung als Einführungsmöglichkeit für Home-Office .....	199
IV. Zwischenergebnis .....	199
C. Anspruch des Arbeitnehmers auf Home-Office durch Einschränkung des Weisungs- rechts .....	200
I. Beschränkung des Weisungsrechts als Grundlage der fortdauernden oder wie- derkehrenden Ausübung von Home-Office .....	201
1. Verwirkung .....	201
2. Konkludente Vertragsänderung und betriebliche Übung .....	201
3. Ergebnis .....	203
II. Pflicht zur Neukonkretisierung der Arbeitsleistung bei Leistungshindernissen	203
1. Grundsätze der Zuweisung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes .....	204
2. Familiäre Belange als berechtigtes Interesse .....	207
3. Home-Office als Maßnahme gegen Mobbing-Fälle .....	210
4. Kein Anspruch auf Vertragsanpassung mit Hilfe des § 106 S. 1 GewO .....	211
5. Prozessuale Durchsetzbarkeit der Neuausübung des Weisungsrechts .....	213
6. Erweiterung der vorprozessualen Ansprüche des Arbeitnehmers? .....	215
7. Ergebnis .....	216
III. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz .....	218
IV. Pflicht zur Vertragsanpassung, § 313 Abs. 1 BGB .....	219
V. Rückkehrrecht des Arbeitnehmers aus dem Home-Office .....	220
VI. Ergebnis .....	221
D. Neubewertung der Situation in Zeiten einer pandemischen Krankheitswelle? .....	223
I. Anordnungspflicht des Arbeitgebers .....	223
II. Anordnungsrecht des Arbeitgebers .....	226
III. Ergebnis .....	229
E. Ergebnis zum 3. Kapitel .....	230



*Viertes Kapitel*

**Exkurs – Rechtsvergleich zu bestehenden Ansprüchen auf Home-Office  
im internationalen Vergleich** 232

A. Vermeintlicher Blueprint des niederländischen Vorreitermodells des Rechts auf Home-Office .....	232
B. Rechtslage im Vereinigten Königreich .....	234
C. Rechtslage in den USA .....	237
D. Ergebnis zum 4. Kapitel .....	238

*5. Kapitel*

**Konzeption und Bewertung des Rechtsanspruchs auf Home-Office  
*de lege ferenda*** 240

A. Vorüberlegung: Vor- und Nachteile von Home-Office .....	241
B. Unions- und verfassungsrechtlicher Rahmen eines Rechtsanspruchs auf Home-Office	247
I. Unionsrechtliche Determination eines Rechtsanspruchs auf Home-Office durch die Elternzeit-RL 2019? .....	248
II. Vereinbarkeit eines Rechts auf Home-Office mit der Berufsfreiheit des Arbeitgebers, Art. 12 Abs. 1 GG .....	251
1. Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG .....	251
a) Schutzbereich der Arbeitsvertragsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG .....	251
b) Schutzbereich der Unternehmerfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG .....	252
c) Zwischenergebnis .....	253
2. Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG .....	253
3. Rechtfertigung .....	254
a) Vorüberlegung: Umfang der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative als Begrenzung des Kontrollmaßstabs .....	254
b) Legitimes Ziel und Geeignetheit .....	256
c) Erforderlichkeit .....	258
aa) Förderungsmöglichkeiten von Home-Office durch finanzielle Bezeichnung .....	259
bb) Förderungsmöglichkeiten von Home-Office durch eine Ausgleichsabgabe .....	261
cc) Verhandlungsanspruch .....	262
dd) Stellungnahme und Zwischenergebnis .....	263

d) Angemessenheit ..... 263

    aa) Gewicht des konkreten Eingriffs in die betroffenen Rechtsgüter der Arbeitgeber ..... 264

        (1) Gewicht der Beeinträchtigung der Arbeitsvertragsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG ..... 264

            (a) Durchbrechung des Grundsatzes *pacta sunt servanda* ..... 265

            (b) Zusätzlicher Regelungsaufwand durch Home-Office-Vereinbarung ..... 267

            (c) Zwischenergebnis ..... 269

        (2) Gewicht der Beeinträchtigung der unternehmerischen (Organisations-)Freiheit, Art. 12 Abs. 1 GG ..... 270

            (a) Notwendige Anpassung des Führungskonzepts für Home-Office? ..... 270

            (b) Verpflichtung zur Schaffung eines neuen Arbeitsplatzes als Beeinträchtigung der unternehmerischen Organisationsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG ..... 272

            (c) Unterschiedliche Beeinträchtigung der Organisationsfreiheit von § 8 TzBfG zu § 8a TzBfG-E? ..... 274

            (d) Gewicht der unternehmerischen Entscheidung, kein Home-Office einzuführen ..... 274

            (e) Zwischenergebnis ..... 276

        (3) Wesentliche Beeinträchtigung des Weisungsrechts des Arbeitgebers, § 106 S. 1 GewO ..... 276

        (4) Gewicht der Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition des Arbeitgebers im „*war for talents*“ ..... 281

    bb) Rechtfertigung durch die von § 8a TzBfG-E verfolgten legitimen Ziele 283

        (1) Schutzauftrag des Staates im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1, 2 GG – Vereinbarkeit von Familie und Beruf ..... 283

            (a) Verfassungsrechtliche Dimension des Schutzauftrags aus Art. 6 Abs. 1, 2 GG ..... 283

            (b) Gewährleistung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf als spezielle Ausprägung des Art. 6 Abs. 1 GG ..... 284

            (c) Kritik an der generalisierenden Befürwortung der besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf durch Home-Office .... 286

            (d) Gefährdung der Gleichstellung von Frauen und Männern? ... 290

            (e) Vereinbarkeit von Familie und Beruf als gesamtgesellschaftliche Aufgabe ..... 292

            (f) Zwischenergebnis ..... 292

        (2) Grundrechtlicher Schutz der Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben? ..... 293

(3) Rechtfertigung durch den Ausgleich der strukturellen Unterlegenheit – Grundrecht des Arbeitnehmers aus Art. 12 Abs. 1 GG . . . .	294
(a) Verhandlungsposition der Arbeitnehmer in Bezug auf Home-Office – differenzierte Betrachtung der strukturellen Unterlegenheit . . . . .	295
(b) Berücksichtigung der Rechtsprechung des BVerfG zur strukturellen Unterlegenheit . . . . .	299
(c) Hilfsweise Heranziehung des Sozialstaatsprinzips nach Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG? . . . . .	301
(d) Zwischenergebnis . . . . .	302
(4) Klimaschutz als Staatszielbestimmung . . . . .	304
cc) Abwägung . . . . .	306
4. Ergebnis . . . . .	308
III. Vereinbarkeit des Rechtsanspruchs auf Home-Office mit der Tarifautonomie, Art. 9 Abs. 3 GG . . . . .	310
1. Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG . . . . .	310
2. Beeinträchtigung des Art. 9 Abs. 3 GG . . . . .	311
3. Rechtfertigung . . . . .	312
a) Bestimmung der Eingriffsintensität . . . . .	312
b) Abwägung mit den Rechtfertigungsgründen . . . . .	315
4. Ergebnis . . . . .	316
IV. Verstoß gegen das Gleichheitsgebot durch Ungleichbehandlung von ortsgebundenen und nicht-ortsgebundenen Arbeitnehmern . . . . .	316
1. Ungleichbehandlung . . . . .	317
2. Sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung . . . . .	318
3. Ergebnis . . . . .	320
V. Gesamtergebnis der verfassungsrechtlichen Prüfung des § 8a TzBfG-E . . . . .	320
C. Genese der rechtspolitischen Forderung nach einem Recht auf Home-Office in der Literatur – § 8a TzBfG-E . . . . .	320
I. Vorschlag des Deutschen Juristinnenbund – Das Wahlarbeitszeitgesetz . . . . .	321
II. Stellungnahme des <i>DGB</i> anlässlich des 71. DJT . . . . .	321
III. Vorschlag von <i>Preis/Wieg</i> – Orientierung an § 8 TzBfG . . . . .	322
IV. Gutachten und Referate des 71. DJT . . . . .	323
V. Kritik an einem Rechtsanspruch auf Home-Office vor, während und nach dem 71. DJT . . . . .	324
VI. Positionspapier der <i>SPD</i> – Gesetzgebungsvorhaben des <i>BMAS</i> . . . . .	326
VII. Antrag der Bundestagsfraktion <i>Bündnis 90/Die Grünen</i> . . . . .	328
VIII. Mobile Arbeit-Gesetz (MAG) und Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung mobiler Arbeit (EMAG) . . . . .	329

D. Erforderliche Tatbestandsvoraussetzungen eines Rechtsanspruches auf Home-Office –  
 Vorschlag des § 8a TzBfG-E ..... 335

- I. Persönlicher Anwendungsbereich ..... 335
- II. Sachgrunderfordernis auf Seiten des Arbeitnehmers? ..... 336
- III. Wartezeit nach Maßgabe des § 8 Abs. 1 TzBfG ..... 340
- IV. Erforderlichkeit eines Schwellenwerts ..... 341
- V. Ankündigungsfrist und sonstige Anforderungen an die Antragsstellung ..... 344
- VI. Vorrang der Verhandlungslösung nach Maßgabe des § 8 Abs. 3 S. 1 TzBfG ... 345
- VII. Entgegenstehen betrieblicher Gründe ..... 347
  - 1. Rechtsprechung des BAG zu den „betrieblichen Gründen“ gem. § 8 Abs. 4  
 S. 2 TzBfG ..... 348
    - a) Kritik an der Drei-Stufen-Prüfung des BAG ..... 349
    - b) Ablehnung einer betriebsbezogenen Bestimmung der betrieblichen Gründe 350
    - c) Zwischenergebnis ..... 351
  - 2. Übertragung dieser Erkenntnisse auf die Gestaltung der betrieblichen Gründe  
 im Rahmen des § 8a Abs. 4 TzBfG-E ..... 351
    - a) Organisationsbeeinträchtigungen und Arbeitsablaufstörungen ..... 352
      - aa) Fehlende Eignung der Tätigkeit für das Home-Office ..... 352
      - bb) Weitere organisations-, personen- und arbeitsschutzbezogene Ableh-  
 nungsgründe ..... 354
    - b) Unverhältnismäßige Kosten ..... 356
    - c) Beeinträchtigung der Sicherheit im Betrieb ..... 357
    - d) „Dringende“ oder „einfache“ betriebliche Gründe? ..... 357
    - e) Zwischenergebnis – Umsetzung durch Erweiterung der Regelbeispiele in  
 § 8a TzBfG-E ..... 359
  - 3. Tarifvertragliche Ausgestaltung der betrieblichen Gründe? ..... 360
    - a) Konkretisierungsmöglichkeit der betrieblichen Gründe durch die Tarif-  
 vertragsparteien ..... 360
    - b) Konkretisierungsmöglichkeit der betrieblichen Gründe auch durch die  
 Betriebsparteien? ..... 361
    - c) Ergebnis ..... 362
- VIII. Wahrung des Äquivalenzverhältnisses bei einseitiger Änderung des Arbeitsortes 362
- IX. Zeitlicher Flexibilisierungskorridor des Arbeitsortes ..... 365
- X. Ausgleich zwischen Überforderungsschutz und Flexibilisierungsinteressen ... 367
  - 1. Rückkehrrecht aus dem Home-Office ..... 367
  - 2. Sperrfrist nach §§ 8 Abs. 6, 9a Abs. 5 TzBfG ..... 369
  - 3. Probezeit für Home-Office ..... 371
  - 4. Parallele Geltendmachung von Zeitflexibilitäts- und Ortsflexibilitätsansprü-  
 chen ..... 372
- XI. Konkurrenzsituation bei mehreren Anspruchstellern und begrenzten Kapazitäten 373
- XII. Beteiligungsrechte des Betriebsrats ..... 373

XIII. Formulierungsvorschlag des § 8a TzBfG-E .....	377
E. Bekannte Probleme der Teilzeitanprüche des §§ 8, 9a TzBfG im neuen Gewand? .....	378
I. Klagbarer Anspruch – Rechtsstreit im lebendigen Arbeitsverhältnis .....	380
II. Aspekte der Beweislastverteilung für die betrieblichen Gründe im Rahmen des § 8a Abs. 3 S. 2 TzBfG-E .....	383
III. Rechtsunsicherheit auf Seiten des Arbeitnehmers – prozessuale Risiken .....	386
IV. Zwischenergebnis: Verfehlung des gesetzgeberischen Ziels .....	390
F. Alternativ: Tarifvertragliche Regelungen .....	392
G. Alternativ: Regelungen auf betrieblicher Ebene .....	394
H. Ergebnis zum 5. Kapitel .....	399
I. Anhang: Musterbetriebsvereinbarung Home-Office .....	406

### *6. Kapitel*

<b>Ergebnisse in Form von Schlussthesen</b> .....	414
A. Thesen zu dem 1. Kapitel: Einleitung und Problemstellung .....	414
B. Thesen zu dem 2. Kapitel: Rechtliche Hürden und Handlungsspielräume der Digitalisierung im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht am Beispiel Home-Office .....	414
C. Thesen zu dem 3. Kapitel: Anspruch und Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung aus dem Home-Office <i>de lege lata</i> .....	417
D. Thesen zu dem 4. Kapitel: Exkurs – Rechtsvergleichender Exkurs zu bestehenden Rechtsansprüchen auf Home-Office im internationalen Vergleich .....	418
E. Thesen zu dem 5. Kapitel: Erforderliche Veränderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen <i>de lege ferenda</i> – Der geplante Rechtsanspruch auf Home-Office .....	418
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	422
<b>Statistikverzeichnis</b> .....	462
<b>Sachverzeichnis</b> .....	465

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Auffassung
Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
ACAS	Advisory, Conciliation and Arbitration Service
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Jahr und Seite)
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
agv:comunity	Arbeitgeberverband für Telekommunikation und IT e. V.
Anm.	Anmerkung(en)
APS	Ascheid/Preis/Schmidt (s. Literaturverzeichnis)
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbMedVV	Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell (Jahr und Seite)
ArbRB	ArbeitsRechtsberater (Jahr und Seite)
ArbR-Hdb	Arbeitsrechts-Handbuch (s. Literaturverzeichnis unter Schaub)
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArbStättV	Arbeitsstättenverordnung
ArbVG	Arbeitsvertragsgesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
ARP	Arbeitsschutz in Recht und Praxis (Jahr und Seite)
Art.	Artikel
ASTA	Ausschuss für Arbeitsstätten
Aufl.	Aufl.
Ausf.	Ausführlich
Az.	Aktenzeichen
AZO	Arbeitszeitordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAuA	Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin
BAVC	Bundesarbeitgeberverband Chemie e. V.
BayOBLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater (Jahr und Seite)
Bd.	Band
BDA	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckOK ArbR	Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht (s. Literaturverzeichnis)
BeckOK BGB	Beck'scher Online-Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch (s. Literaturverzeichnis)

BeckOK GG	Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz (s. Literaturverzeichnis)
BeckOK SozR	Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht (s. Literaturverzeichnis)
BeckRS	beck-online.RECHTSPRECHUNG
bEM	Betriebliches Eingliederungsmanagement
BetrSichV	Verordnung über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Verwendung von Arbeitsmitteln
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BfDI	Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGleiG	Bundesgleichstellungsgesetz
BG RCI	Berufsgenossenschaft Rohstoffe und chemische Industrie
BildscharbV	Bildschirmarbeitsverordnung
BIS	Department for Business, Innovation & Skills (heute: BIES = Department for Business, Energy & Industrial Strategy)
BITKOM	Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e. V.
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
BNetzA	Bundesnetzagentur
BRAB	Bundesrechtsanwaltskammer
BR-Drs.	Drucksachen des Bundesrates
BSG	Bundessozialgericht
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestages (Wahlperiode und Nummer)
BVDW	Bundesverband Digitale Wirtschaft e. V.
BVerfG	Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BYOD	Bring Your Own Device (sinngemäß: „Verwende dein eigenes Gerät“)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift (Jahr und Seite)
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
COPD	Chronic obstructive pulmonary disease (chronisch-obstruktive Bronchitis)
DAK	Deutsche Angestellten-Krankenkasse
DAV	Deutscher Anwaltverein e. V.
DB	Der Betrieb (Jahr und Seite); Deutsche Bahn
dbb	dbb beamtenbund und tarifunion
ders.	derselbe
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DGUV	Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung Spitzenverband
d. h.	das heißt
diff.	differenzierend
Diss.	Dissertation
DIW	Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung e. V.
djb	Deutscher Juristinnenbund e. V.

djbZ	Zeitschrift des deutschen Juristinnenbunds e. V. (Jahr und Seite)
DJT	Deutscher Juristentag
DRdA	Das Recht der Arbeit (Jahr und Seite)
DS-GVO	Verordnung (EU) 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46 EG (Datenschutz-Grundverordnung)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Jahr und Seite)
EDV	elektronische Datenverarbeitung
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
Einl.	Einleitung
ErfK	Erfurter Kommentar (s. Literaturverzeichnis)
ErwGr	Erwägungsgrund
E-Mail	Electronic Mail
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EUArbR	Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht (s. Literaturverzeichnis)
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
EuroAS	Informationsdienst Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (Jahr und Seite)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr und Seite)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Jahr und Seite)
f., ff.	folgende, fortfolgende
FA	Fachanwalt Arbeitsrecht (Jahr und Seite)
FAS	Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDP	Freie Demokratische Partei
Fn.	Fußnote
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK-BetrVG	Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz (s. Literaturverzeichnis)
GmbHG	GmbH-Rundschau (Jahr und Seite)
GMBI.	Gemeinsames Ministerialblatt
GRCh	Charta der Grundrechte der europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr und Seite)
Habil.	Habilitation
HAG	Heimarbeitsgesetz
HAZ	Hannoversche Allgemeine Zeitung
HK-ArbR	Handkommentar Arbeitsrecht (s. Literaturverzeichnis)
HK-ArbSchR	Handkommentar Gesamtes Arbeitsschutzrecht (s. Literaturverzeichnis)
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
https	Hypertext Transfer Protocol Secure
IAB	Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung



i. d. F.	in der Fassung
ifaa-Institut	Institut für angewandte Arbeitswissenschaft e. V.
Ifo	Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung an der Universität München e. V.
IGA	Initiative Gesundheit und Arbeit
IG BCE	Industriegewerkschaft Bauen, Chemie, Energie
IG Metall	Industriegewerkschaft Metall
IMU	Institut für Mitbestimmung und Unternehmensführung
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
IT	Informationstechnologie
IW	Institut der deutschen Wirtschaft
JM	Juris Die Monatszeitschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristen Zeitung (Jahr und Seite)
K&R	Kommunikation & Recht (Jahr und Seite)
KR	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften (s. Literaturverzeichnis)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
lit.	litera (Buchstabe)
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Jahr und Seite)
MiLoG	Mindestlohngesetz
MHdb ArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (s. Literaturverzeichnis)
MüKo	Münchener Kommentar (s. Literaturverzeichnis)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NachwG	Nachweisgesetz
n. F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift (Jahr und Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
NK-GA	Nomos Kommentar Gesamtes Arbeitsrecht (s. Literaturverzeichnis)
Nr.	Nummer
NuR	Natur und Recht (Jahr und Seite)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Jahr und Seite)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahr und Seite)
NZA-Beilage	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Beilage (Jahr und Seite)
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht (Jahr und Seite)
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (Jahr und Seite)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
PC	Personal Computer
PKW	Personenkraftwagen
RdA	Recht der Arbeit (Jahr und Seite)
RefE	Referentenentwurf
RFID	Radio Frequency Identification
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungssammlung des Reichsgericht in Zivilsachen (Jahr und Seite)
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RR	Rechtsprechungsreport
RuP	Recht und Politik (Jahr und Seite)

S.	Satz; Seite
Sec.	Section
SGB	Sozialgesetzbuch
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit (Jahr und Seite)
sog.	sogenannte
SPA	Schnellinformation für Personalmanagement und Arbeitsrecht (Jahr und Seite)
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
spw	Zeitschrift für sozialistische Politik und Wirtschaft (Jahr und Seite)
StGB	Strafgesetzbuch
StRspr	Ständige Rechtsprechung
str.	strittig
TAB	Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag
TV	Tarifvertrag
TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u. a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
umstr.	umstritten
unstr.	unstrittig
Urt.	Urteil
USB	Universal Serial Bus
v.	von/vom
Var.	Variante
VBG	Verwaltungs-Berufsgenossenschaft
Vbw	Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e. V.
ver.di	Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
VPN	Virtual Private Networks
VSA	Verschlusssachenanweisung
VSSAR	Vierteljahresschrift für Sozial- und Arbeitsrecht (Jahr und Seite)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
www	World Wide Web
WzS	Wege zur Sozialversicherung (Jahr und Seite)
z. B.	zum Beispiel
ZD	Zeitschrift für Datenschutz (Jahr und Seite)
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (Jahr und Seite)
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (Jahr und Seite)
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahr und Seite)
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Jahr und Seite)
zugl.	zugleich

Im Übrigen wird verwiesen auf: Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Aufl., 2021



„Wir sind begeistert vom Machbaren, motiviert durch das Denkbare und besessen von unseren Utopien.“<sup>1</sup>

## *1. Kapitel*

# **Einleitung und Problemstellung**

## **A. Untersuchungsgegenstand: Das geplante Recht auf Home-Office**

Das Zitat von Annuß kann der Antrieb sein, die arbeitsrechtliche Untersuchung der Digitalisierung in der Arbeitswelt, die sich im Umbruch befindet und immer im Wandel ist, voranzutreiben. Zahlreiche Vorschläge aus der Arbeitsrechtswissenschaft befassen sich mit den Utopien dieser neuen Arbeitswelt und loten politische Spielräume zwischen dem Denkbaren und dem Machbaren aus, wobei eine Konstante der Realentwicklung festgehalten werden kann:

„...Arbeit 4.0‘ steht auf der Tagesordnung – vielleicht nicht schon heute oder morgen, aber ganz sicher übermorgen.“<sup>2</sup>

Als Ausgangspunkt dieser Arbeit ist erkennbar, dass sich bereits heute im Bereich der privaten Nutzung viele an den Errungenschaften der rasant fortschreitenden IT- und Kommunikationstechnologien erfreuen. Doch ein Recht auf Home-Office, um die Fortschritte auch beruflich zu nutzen, ist bisher nicht in Sicht. Wie mag es sich auf die Arbeits- und Unternehmenskultur auswirken, wenn der Arbeitsalltag von E-Mail, Videotelefonie, Cloud-Computing, Fernwartungen von EDV-Anlagen noch weiter durchdrungen wird? Ein vermeintliches Paradoxon scheint sich zu entwickeln, indem die Arbeit beginnt, durch IT- und Kommunikationstechnologien zu den Menschen zu kommen und nicht mehr umgekehrt.<sup>3</sup> In diesem Zusammenhang wird diese Erscheinung auch ganz grundsätzlich als „Rückschritt in eine vormoderne Welt“ bezeichnet, da die Trennung von Wohnen und Arbeiten im 18. Jahrhundert noch als Errungenschaft gefeiert wurde.<sup>4</sup>

Kein Wunder, dass nicht nur die juristische Fachliteratur, sondern auch Politiker aller Parteien<sup>5</sup> Alarm schlagen, wenn sie, beispielsweise auf Grundlage der viel

---

<sup>1</sup> Annuß, in: FS Moll, S. 1 anlässlich der Diskussion zur „Arbeitsverfassung der Zukunft“.

<sup>2</sup> Däubler, SR Sonderheft 2016, 2.

<sup>3</sup> Hoeren/Sieber/Holznapel/Preis, Hdb MMR, 47. EL Oktober 2018, Teil 22.2, Rn. 1; Schulz/Staiger, Flexible Zeit, flexibler Ort, S. 15.

<sup>4</sup> Hank, Für immer Homeoffice?, FAZ.net v. 19. 10. 2020.

<sup>5</sup> Anschaulich an der BT-Debatte um ein Recht auf Home-Office, vgl. BT-Plenarprotokoll 19/152, v. 12. 03. 2020, 19013–19022.

zitierten *Frey & Osborne*-Studie<sup>6</sup> aus dem Jahre 2013, die möglichen und rasanten Auswirkungen der Digitalisierung auf den Arbeitsmarkt realisieren.

Könnte es sein, dass gerade die Menschen bei der Digitalisierung auf der Strecke bleiben, weil das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht keine ausreichenden Antworten auf den fortschreitenden technologischen Wandel findet?<sup>7</sup> Dabei spielt es für Rechtswissenschaftler eine geringere Rolle, wie stark die Auswirkungen tatsächlich sind<sup>8</sup>, sondern es ist vielmehr relevant, dass sie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintreten und wie, wenn sie eintreten, darauf mit einem passenden rechtlichen Gewand reagiert werden kann.

## I. Dynamisierung der politischen Debatte

Die große Koalition aus *CDU* und *SPD* hat sich in ihrem Koalitionsvertrag aus dem Jahr 2018 einen breit gefächerten Maßnahmenkatalog für das Arbeitsrecht vorbehalten. Darin wird die These aufgestellt:

„Die Digitalisierung hilft Eltern, Familie und Beruf in Einklang zu bringen. Diese Chance für mobiles Arbeiten wollen wir nutzen“.<sup>9</sup>

Insbesondere die *SPD* und das von Hubertus Heil (*SPD*) geleitete Bundesministerium für Arbeit und Soziales (*BMAS*) möchte dabei seit Anfang 2019 auf Grundlage des Koalitionsvertrages ein Recht auf Home-Office einführen.<sup>10</sup> Ende 2020 hat das *BMAS* dann den angekündigten Referentenentwurf des Mobile Arbeit-Gesetz (MAG) vorgelegt.<sup>11</sup> Dabei sollen im Rahmen einer solchen Regelung einerseits die Chancen des digitalisierten Arbeitens aus dem Home-Office im Hinblick

---

<sup>6</sup> *Frey/Osborne*, The Future of Employment: How susceptible are jobs to computerisation?, 2013; zu weiteren – teilweise divergierenden – Einschätzungen zu den Folgen der Digitalisierung: *Dengler*, in: Badura et al., Fehlzeiten-Report 2019, 29, 36; *Göpfert/Brune*, NZA-Beilage 2018, 87, 88 m. w. N.

<sup>7</sup> Ähnlich *Krause*, Gutachten B DJT. 71 Essen 2016, B 10.

<sup>8</sup> Es existieren hier durchaus auch divergierende Untersuchungsergebnisse: bspw. *OECD*, OECD Employment Outlook 2017: Etwa 9% der Arbeitsplätze seien durch Automatisierung konkret bedroht und für weitere 25% „massive“ Veränderungen werden erwartet; *IAB*, Forschungsbericht 11/2015: 15% der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in Deutschland sind einem sehr hohen Substituierbarkeitspotenzial ausgesetzt.

<sup>9</sup> Koalitionsvertrag zwischen *CDU*, *CSU* und *SPD* 19. Legislaturperiode, S. 20; vgl. nunmehr auch: Koalitionsvertrag zwischen *SPD*, Bündnis 90/Die Grünen und *FDP* 20. Legislaturperiode, S. 69.

<sup>10</sup> *Zeit-Online*, SPD fordert Recht auf Homeoffice, Online-Ausgabe v. 07.02.2019; aber auch *Bündnis 90/Die Grünen* in BT-Drs. 19/13077 vom 10.09.2019, S. 2; ebenso Politiker *CDU* in der Vergangenheit vereinzelt: *Neuerer*, *CDU*-Politiker fordert Recht auf Homeoffice, Handelsblatt v. 27.07.2015; vgl. nunmehr auch: Koalitionsvertrag zwischen *SPD*, Bündnis 90/Die Grünen und *FDP* 20. Legislaturperiode, S. 69.

<sup>11</sup> Vgl. *BMAS*, RefE Mobile Arbeit-Gesetz 26. 11. 2020 bzw. 14. 01. 2021; ausführlich noch unter Kap. 5. C. VIII.

auf Flexibilität und Souveränität genutzt werden. Andererseits soll ein sicherer Rechtsrahmen gewährt werden, der ein Recht auf Nichterreichbarkeit beinhaltet und zudem den Gesundheitsschutz stärken soll. Vorbild soll dabei die bestehende Regelung zum Teilzeitanpruch (§ 8 TzBfG) und zur Brückenteilzeit (§ 9a TzBfG) sein.<sup>12</sup>

Eine solche Möglichkeit wurde bereits knapp drei Jahre zuvor durch den 71. Deutschen Juristentag im Rahmen einer breiten Diskussion mit dem Thema „Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf“ vertieft. Dabei wurde sich unter anderem für die Regelung eines Rechts auf Home-Office ausgesprochen, sofern betriebliche Gründe nicht entgegenstehen.<sup>13</sup> Der Sprecher der CDU-Fraktion Peter Weiß kündigte hingegen in der *FAZ* an:

„Home Office ist gut, aber eine Pflicht zur Genehmigung von Home Office ist nicht angebracht“.<sup>14</sup>

Das *ZDF-Politbarometer* hat daraufhin auf die Frage: „Wie fänden Sie einen gesetzlichen Anspruch auf Homeoffice, sofern das möglich ist?“ eine positive Resonanz erhalten, wobei 64 % der Befragten eine solche Regelung gut finden würde und lediglich 31 % dies als nicht gut bezeichnete.<sup>15</sup> Der *BITKOM* gelangt in einer aktuellen Studie zu der Einschätzung, dass sich 45 % der Beschäftigten einen Rechtsanspruch auf Home-Office wünschen.<sup>16</sup>

Das vom *Deutschen Juristentag* gewählte, facettenreiche Thema „Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf“ soll im Rahmen dieser Arbeit auf das Recht auf Home-Office beschränkt werden. Denn es existieren derzeit keine gesicherten Erkenntnisse, wie Home-Office sich auf den Arbeitnehmer<sup>17</sup> praktisch auswirkt und wie ein echter Rechtsanspruch umsetzbar wäre. Ist ein Recht auf Home-Office nun Fluch oder Segen?

Eine Antwort darauf – ohne gesicherte oder pauschalisierbare empirische Erkenntnisse hinsichtlich gesundheitlicher<sup>18</sup>, sozialer und gesellschaftlicher Auswirkungen – ist schwer zu geben. Jedoch können die rechtlichen Berührungspunkte des geltenden Rechts ermittelt werden, die vom Gesetzgeber berücksichtigt werden müssen, um Home-Office unabhängig vom Wirtschaftszweig zu ermöglichen.

---

<sup>12</sup> *SPD-Parteivorstand*, Positionspapier „Zukunft in Arbeit“ v. 10.02.2019, S. 7.

<sup>13</sup> Referate/Beschlüsse 71. DJT. Essen 2016, L 75 [angenommen 109:16:6].

<sup>14</sup> *FAZ*, Kommt bald das Recht auf Home Office?, *FAZ.net* v. 04.01.2019.

<sup>15</sup> *ZDF Politbarometer*, Wie fänden Sie einen gesetzlichen Anspruch auf Homeoffice, sofern das möglich ist?, Erhebung v. 11.01.2019.

<sup>16</sup> *BITKOM*, New Work: Wie arbeitet Deutschland, 11.09.2019, S. 13.

<sup>17</sup> In Rahmen dieser Arbeit wird zur einfacheren Lesbarkeit grundsätzlich die männliche Form wiedergegeben, wobei stets alle Geschlechter/Geschlechtsoptionen gemeint sind.

<sup>18</sup> Dazu *Bellmann/Widuckel*, in: Matusiewicz et al., *Gesundheit und Arbeit 4.0*, S. 119, 125; *Eurofound*, *Telework and ICT-based mobile work*, S. 32 (Abb. 23); *Waltersbacher* et al., in: *Badura* et al. *Fehlzeiten-Report 2019*, 78, 102.