
Home Office für Alle – 2. Anlauf Die SARS-COV-2-Arbeitsschutzverordnung



Von Axel Bertram, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Partner bei EMPLAWYERS, München

25. Januar 2021

Auf der Basis des Bund-Länder-Beschlusses vom 19.1.2021 zur weiteren Eindämmung der Covid-19 Pandemie hat Bundesarbeitsminister Hubertus Heil eine neue SARS-COV-2-Arbeitsschutzverordnung auf den Weg gebracht. Mit den Maßnahmen sollen Infektionsrisiken am Arbeitsplatz und auf dem Weg von und zur Arbeit minimiert werden. Die Verordnung ist am Freitag, dem 22.1.2021 im Bundesanzeiger verkündet worden (BAnz. AT 22.1.2021 V1) und tritt am fünften Tage nach der Verkündung in Kraft, also am Mittwoch, dem 27.1.2021. Sie tritt am 15.3.2021 außer Kraft, der Bundesarbeitsminister hat allerdings in der Samstagsausgabe der Rheinischen Post vom 23.1.2021 bereits eine mögliche Verlängerung angedeutet. Ausweislich der auf den Internetseiten des BMAS veröffentlichten FAQ geht das Ministerium davon aus, dass die 5 Tage bis zum Inkrafttreten als Vorbereitung ausreichen, die Arbeitgeber sollen die erforderlichen Maßnahmen umgehend mit Inkrafttreten der Verordnung umgesetzt haben.

I. Zum Hintergrund

Die SARS-COV-2-Arbeitsschutzverordnung hat ihren Ausgangspunkt in der gemeinsamen Überzeugung der Bundeskanzlerin und der Ministerpräsidenten der Länder, dass im Rahmen der Bekämpfung und Verhinderung der weiteren Ausbreitung des Coronavirus weitere Maßnahmen zur Vermeidung von Personenkontakten in allen Lebensbereichen erforderlich seien. Da in vielen Lebensbereichen die Möglichkeiten für Kontaktbeschränkungen und Infektionsschutzmaßnahmen weitgehend ausgeschöpft seien, seien nun zusätzliche Maßnahmen des betrieblichen Arbeitsschutzes unverzichtbar.

II. Zum Inhalt

1. Aktualisierung von Gefährdungsbeurteilungen

Gem. § 2 Abs. 1 der Verordnung müssen Arbeitgeber die bestehenden Gefährdungsbeurteilungen hinsichtlich zusätzlicher erforderlicher Maßnahmen des betrieblichen Infektionsschutzes überprüfen und aktualisieren. Dies verpflichtet alle Arbeitgeber zu einer Aktualisierung der **Gefährdungsbeurteilungen** im Hinblick **auf die nach dieser Verordnung zu treffenden Maßnahmen**. Es ist anzunehmen, dass die Einhaltung dieser Vorgabe von den Arbeitsschutzbehörden zumindest stichprobenartig überprüft werden wird.

Insoweit ergibt sich für jeden Arbeitgeber sofortiger Handlungsbedarf, auch wenn eine kurzfristige Umsetzung dieser Vorgabe gerade in größeren Betrieben mit einer großen Vielfalt an Tätigkeitsformen und dort, wo Betriebsräte in den Beurteilungsprozess einzubinden sind, eine Illusion sein dürfte.

2. Kontaktreduzierung

- a) Gem. § 2 Abs. 2 hat der Arbeitgeber alle geeigneten technischen und organisatorischen **Maßnahmen** zu treffen, um betriebsbedingte **Kontakte zu reduzieren**. Die gleichzeitige Nutzung von Räumen durch mehrere Personen ist auf das betriebsnotwendige Minimum zu reduzieren.
- b) Gem. § 2 Abs. 3 sind betriebsbedingte **Zusammenkünfte** mehrerer Personen auf das betriebsnotwendige Minimum zu **reduzieren** und nach Möglichkeit durch die Verwendung von Informationstechnologie zu **ersetzen**. Können solche betriebsnotwendigen Zusammenkünfte nicht durch Informationstechnologie ersetzt werden, so hat der Arbeitgeber durch andere geeignete Schutzmaßnahmen den gleichwertigen Schutz der Beschäftigten sicherzustellen, insbesondere durch Lüftungsmaßnahmen oder Abtrennungen.
- c) Ist die gleichzeitige Nutzung von Räumen durch **mehrere Personen** erforderlich, so darf gem. § 2 Abs. 5 eine Mindestfläche von **10 Quadratmetern** für jede im Raum befindliche Person nicht unterschritten werden, soweit die konkreten Tätigkeiten dies zulassen. Andernfalls muss der Arbeitgeber durch andere geeignete Schutzmaßnahmen einen gleichwertigen Schutz sicherstellen.
- d) In Betrieben mit mehr als zehn Beschäftigten hat der Arbeitgeber gem. § 2 Abs. 6 die Beschäftigten in möglichst **kleine Arbeitsgruppen** einzuteilen und Personenkontakte zwischen den einzelnen Arbeitsgruppen sowie Änderungen dieser Einteilung auf das betriebsnotwendige Minimum zu reduzieren. **Zeitversetztes Arbeiten** ist zu ermöglichen, soweit die betrieblichen Gegebenheiten dies zulassen.

Mit diesen Regelungen werden die Vorgaben der – weiterhin geltenden – SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel vom 20.8.2020 in Teilen deutlich verschärft.

Die im ersten Entwurf der Verordnung vorgesehene regelmäßige Testung von Mitarbeitern ist in der finalen Fassung nicht mehr vorgesehen, ebenso wie spezielle Bußgeldvorschriften und die Anknüpfung von Maßnahmen an Infektionsgebiete.

3. Schutzmasken

Nach § 3 muss der Arbeitgeber **medizinische Gesichtsmasken oder FFP 2 Masken** genauer Spezifizierung zur Verfügung stellen, wenn

- a) die Anforderungen an die Raumbelagung nach § 2 nicht eingehalten werden können, oder
- b) der Mindestabstand von 1,5 Meter nicht eingehalten werden kann, oder
- c) bei den ausgeführten Tätigkeiten mit Gefährdung durch erhöhten Aerosolausstoß zu rechnen ist.

Abweichend hiervon kann der Arbeitgeber auch andere, ebenso wirksame Maßnahmen treffen. Aus der Begründung zur Verordnung ist nicht zu entnehmen, um welche ebenso wirksamen Maßnahmen es sich handeln könnte.

§ 3 Abs. 1 S. 2 regelt ausdrücklich, dass Mitarbeiter unter den genannten Voraussetzungen verpflichtet sind, die Masken zu tragen. Den Arbeitgeber trifft die Verpflichtung, alle betroffenen **Mitarbeiter in der Nutzung der Masken zu schulen**.

4. Home Office

Gem. § 2 Abs. 4 hat der **Arbeitgeber** den Beschäftigten im Falle von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten **anzubieten**, diese **Tätigkeiten in deren Wohnung** auszuführen, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen.

Weder der Verordnungstext noch die Begründung enthalten nähere Definitionen zu den Begriffen „Büroarbeit“ und „vergleichbaren Tätigkeiten“. Offenbar hat sich der Ordnungsgeber hier an einer Abgrenzung versucht zwischen eher nicht Home Office-geeigneten Tätigkeiten (beispielsweise in der Produktion, im Einzelhandel oder im Außendienst) und der vermeintlich stets geeigneten „Büroarbeit“. Letztlich wird der Tätigkeitsform nur eine Indizwirkung zukommen. Maßgeblich ist, ob der Erledigung der Arbeiten im Home Office **zwingende betriebsbedingte Gründe entgegenstehen**.

Die Anforderungen an die „zwingenden betriebliche Gründe“ hat der Ordnungsgeber nicht näher beschrieben. Man wird anzunehmen haben, dass diese nur vorliegen, wenn die fragliche Arbeit aus betriebsorganisatorischen Gründen objektiv **nicht im Home Office erledigt werden kann** („zwingende“). Auf Wünsche des Arbeitgebers oder etwaige finanzielle Belastungen scheint es dabei nicht anzukommen. Dennoch wäre es fernliegend anzunehmen, dass nun jede „Büroarbeit“ umgehend ins Home Office zu verlegen ist. Insbesondere dann, wenn die Büroarbeit an oder mit Betriebsmitteln zu verrichten ist, die ausschließlich im Betrieb zur Verfügung stehen, dürften zwingende Gründe vorliegen. Dies ist zB der Fall, wenn die Büroarbeit den Zugriff auf physische Akten / Karteien / Kundenlisten / Post / etc. erfordert, die ausschließlich im Betrieb zur Verfügung stehen oder wenn ein Zugriff auf die Systeme des Arbeitgebers (Telefonanlage, IT-Systeme) aus der Ferne technisch nicht möglich ist. Unklar ist, welcher Aufwand (Transport großer Aktenbestände in das Home Office eines Mitarbeiters?) oder welches Risiko (Fernzugriff auf sensible Patientendaten einer Krankenkasse?) einem Arbeitgeber zugemutet wird, um eine eigentlich nicht Home Office-fähige Tätigkeit kurzfristig umzustellen.

Wie der Begründung zu entnehmen ist, hält der Ordnungsgeber es für die Umsetzung für erforderlich, dass die **räumlichen und technischen Voraussetzungen in der Wohnung** der Beschäftigten gegeben sind. Diese sehr wichtigen Aspekte haben unerklärlicher Weise keinen Eingang in den Text der Verordnung gefunden. So bleibt es vorerst der Phantasie des Rechtsanwenders überlassen, ob bei Nichtvorliegen dieser Voraussetzungen eigentlich entgegen dem Wortlaut ein „zwingender betrieblicher Grund“ vorliegen soll, ob dieser Teil der Begründung als ungeschriebene Voraussetzung in den Verordnungstext hineinzulesen ist, oder ob der Ordnungsgeber tatsächlich gemeint hat, dass der Arbeitgeber (vorbehaltlich der zwingenden betrieblichen Gründe) jedem Arbeitnehmer ein entsprechendes Angebot machen muss – ohne die räumlichen und technischen Voraussetzungen in der Wohnung des Beschäftigten hinterfragt zu haben – und es dann Sache des Beschäftigten wäre, dieses Angebot auszuschlagen, wenn die Voraussetzungen nicht gegeben sind.

Dabei kommt gerade diesem Aspekt in der Praxis eine erhebliche Bedeutung zu, denn auch eine „an sich“ für das Home Office geeignete Tätigkeit kann nur dann sinnvoll dort verrichtet werden, wenn der Arbeitnehmer über eine **geeignete Arbeitsumgebung** verfügt. Das wird im ländlichen Bereich vielerorts immer noch an fehlenden Breitbandverbindungen scheitern und auch die **konkrete Wohnsituation** des Arbeitnehmers hat eine entscheidende Bedeutung. Während sich in einem Single-Haushalt auch Telefonate über sensible Patientendaten von daheim aus erledigen lassen, dürfte das bei einer Auszubildenden, die mit zwei kleineren Geschwistern (Homeschooling!) bei den Eltern daheim lebt und sich ein Zimmer mit ihrer Schwester teilt, ganz anders aussehen. Der Arbeitgeber sollte zumindest versuchen aufzuklären, ob die Arbeitsbedingungen daheim eine ordnungsgemäße Erledigung der Arbeiten erlauben.

Ausweislich der Begründung ist weiter erforderlich, dass zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten eine **Vereinbarung bezüglich Homeoffice** getroffen wurde, beispielsweise als arbeitsvertragliche Regelung oder durch eine Betriebsvereinbarung. Auch dies ist in der Sache richtig. Auch hier ist nicht klar, in welcher rechtlichen Position sich ein Arbeitgeber befindet, der Home Office ermöglichen möchte, der aber entsprechende Vereinbarungen – ggf. auch wegen mangelnder Mitwirkung der Vertragspartner – noch nicht zu Stande gebracht hat.

Ausdrücklich besteht **keine Vorgabe**, einen **Telearbeitsplatz** im Sinne von § 2 Abs. 7 Arbeitsstättenverordnung zu vereinbaren und einzurichten. Der Arbeitgeber wird also nicht gezwungen, dem Arbeitnehmer Mobiliar oder die notwendige technische Einrichtung zur Verfügung zu stellen.

Die Begründung hält weiter ausdrücklich fest, dass **kein subjektives Klagerecht** von Beschäftigten „wie im Arbeitsschutzrecht üblich“ besteht. Arbeitnehmer können also auf Basis dieser Verordnung ein „Recht auf Home Office“ nicht vor dem Arbeitsgericht einklagen.

Die **Kontrollfunktion** ist vielmehr den **Arbeitsschutzbehörden** der Länder übertragen. Diese können vom Arbeitgeber oder von den verantwortlichen Personen, die zur Durchführung ihrer Überwachungsaufgabe erforderlichen **Auskünfte** und die Überlassung von entsprechenden Unterlagen verlangen. Ist die Arbeitsschutzbehörde dann nicht von entgegenstehenden betrieblichen Gründen überzeugt, kann sie eine Frist setzen (innerhalb derer der Arbeitgeber die Home Office Tätigkeit umzusetzen hat) oder eine für sofort vollziehbar erklärte Anordnung erlassen. Kommt der Arbeitgeber dieser nicht nach, kann die zuständige Behörde die von der Anordnung betroffene **Arbeit untersagen** (§ 22 ArbSchG). Verstöße gegen eine solche Anordnung wären bußgeldbewehrt. Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten über die Eignung einer Tätigkeit für die Verrichtung im Home Office werden also im Zweifel damit enden, dass der Arbeitnehmer bei der Aufsichtsbehörde vorstellig wird.

Es ist daher allen Arbeitgebern zu raten, für jeden Arbeitsplatz die Eignung für die Erledigung im Home Office zu prüfen (auch unter Berücksichtigung der Umstände in der Wohnung des jeweiligen Mitarbeiters) und die Gründe zu dokumentieren, die den Arbeitgeber ggf. dazu bringen, eine Verlagerung ins Home Office nicht anzubieten.

Arbeitnehmer sind nach Maßgabe der Verordnung **nicht verpflichtet**, ein Angebot auf Home Office Tätigkeit anzunehmen.

III. Fazit

Ausgehend von der Prämisse, dass eine weitergehende Kontaktreduzierung auch im Arbeitsleben erforderlich ist, sind die Vorgaben im Grundsatz nachvollziehbar. Das Timing zu einzelnen Maßnahmen jedoch überrascht, jedenfalls wenn man bedenkt, dass viele Unternehmen bereits im Mai / Juni 2020 damit begonnen haben, die Belegschaft in Gruppen einzuteilen und wechselnd daheim / im Betrieb bzw. in festen Schichten einzusetzen. So wird die Verordnung für viele Arbeitgeber jedenfalls in Teilen nur eingeübte Konzepte bestätigen.

Die Verordnung schafft **kein individuelles Recht auf Home Office** Tätigkeit für Arbeitnehmer.

Trotz – oder gerade wegen – der Kürze der Verkündung der Regelung bleiben zentrale Fragen rund um die Verpflichtung zur Verlagerung von Arbeiten in Home Offices unbeantwortet. Für Arbeitgeber bedeutet dies Rechtsunsicherheit. Es ist nicht auszuschließen, dass sich in zahlreichen Fällen Arbeitgeber alleine zur Vermeidung der möglichen Konsequenzen dieser Rechtsunsicherheit oder als Folge übereifriger Berichterstattung in den Medien dazu drängen lassen, eigentlich ungeeignete

Tätigkeiten in Home Offices zu verlagern. Dies mag dem Infektionsschutz sogar dienlich sein, aus dem Blickwinkel der Rechtsordnung mutet das eher seltsam an.

Auch wenn der Schutz vor einer weiteren Ausweitung des Infektionsgeschehens rasches Handeln erfordert, erscheint es illusorisch, dass die Vorgaben dieser Verordnung am 27.1.2021 in allen Betrieben umgesetzt sind. Bedenkt man, dass beispielsweise für die Einrichtung von Home Offices zu Recht die Schaffung von Vertragsergänzungen und Betriebsvereinbarungen zurecht ausdrücklich vorgesehen ist, erscheint dieser **Zeithorizont** erst recht **utopisch**.

Jenseits dieser rechtlichen Aspekte bleibt die Frage, ob dieses „Home Office per Verordnung“ tatsächlich einen wesentlichen Beitrag zur Eindämmung des Infektionsgeschehens wird liefern können. Sicher ist aktuell jeder Beitrag willkommen, und jeder Arbeitnehmer, der an einem Tag keine öffentlichen Verkehrsmittel benutzt und keinen Kontakt zu Kollegen oder Kunden hat, ist ein Gewinn für den Infektionsschutz. Allerdings lässt die vom BMAS selbst verwendete Datenbasis die Vermutung aufkommen, dass das Potential zur Verlagerung von Arbeiten in Home Offices – anders als publikumswirksam dargestellt – bereits weitgehend ausgeschöpft ist. Ausweislich einer für das BMAS erstellten und auf den Seiten des BMAS veröffentlichten Studie aus dem September 2020 („Kurzexpertise - Verbreitung und Auswirkungen von mobiler Arbeit und Homeoffice“) haben auf die Frage, weshalb sie derzeit nicht im Home Office arbeiten, 66 % der befragten Arbeitnehmer geantwortet, dass ihre Arbeit grundsätzlich nicht dafür geeignet sei, weitere 19 % gaben an, dass die technischen Möglichkeiten nicht vorhanden seien und immerhin 10 % räumten ein, dass ihre Wohnung nicht geeignet sei (ebenda, S. 102).

Ausgehend von diesem Zahlen ist jedenfalls durch die unmittelbaren rechtlichen Auswirkungen dieser Verordnung eine sofortige erdrutschartige Verlagerung von Arbeiten ins Home Office eher nicht zu erwarten. Es drängt sich auf, dass der Bundesarbeitsminister nach dem Scheitern des ersten Versuchs zur Einführung eines Anspruchs auf Home Office im Dezember des vergangenen Jahres nun auf diesem Weg versucht, das Thema öffentlichkeitswirksam weiter zu befeuern. Ob dies als Nebeneffekt tatsächlich den erhofften Beitrag zum Infektionsschutz leistet, bleibt abzuwarten.