

## 寄稿

# ホームオフィスにおける労働者の就労に関する権利と義務 ——ドイツにおける現行法の状況：概観<sup>(注1)</sup>

カーステン・ハーゼ（山本陽大 訳）

労働者が在宅で行うテレワークは、従来日本では必ずしも普及してはいなかったものの、コロナ禍のなかでいまや働き方のニューノーマルとなりつつある。もっとも、コロナ禍にあっても、在宅テレワークの実施率や定着率には、企業規模や業種、地域等によってバラつきがみられ、労働者が常に希望する通りに在宅テレワークで就労できる形にはなっていない。そのため、日本では、在宅テレワークの促進が目下の重要な政策課題となっているのであるが、そもそも現行法の解釈として、労働者は使用者に対し、在宅テレワークで就労することを請求できるのであろうか？あるいは逆に、使用者が（特にコロナ禍のような緊急事態下において）労働者に対し、在宅テレワークでの就労を命じることはできるのだろうか？日本では、これらの問題はいずれも、最近になってようやく本格的な検討がなされるようになってきているのに対し、ドイツにおいては以前から既に豊富な議論が存在する。

そこで、今般、ドイツにおいて弁護士として労働事件を数多く担当し、独日労働法協会の事務局長も務めておられるカーステン・ハーゼ（Karsten Haase）氏に、在宅テレワーク（ホームオフィス）での就労をめぐる労使当事者の権利・義務関係をテーマに寄稿いただき、山本（JILPT副主任研究員）が邦語への訳出を行った。本論文は、上記のテーマをめぐるドイツにおける議論状況を、近時の立法政策上の動向も含めて、網羅的に明らかにするものであり、現在の我が国における問題状況からして、極めて興味深い内容となっている。本論文が日本の多くの人に読まれること、またそれを契機に上記のテーマをめぐる議論がいつそう活発なものとなることを、翻訳者としても願っている。



## I. はじめに

雇用社会のデジタル化の進展により、“未来の働き方（Arbeiten von Morgen）”についての答えが迫られた。数多くのなかであり得る一つの解答として、とりわけ働く場所の柔軟化が議論となっている。このような働く場所の柔軟化の形式の一つが、ホームオフィスにおける就労である。それは決して新しい現象ではなく、（規模としてはわずかではあったが）かなり以前から、ドイツにおける雇用社会の営みの一部ではあった。しかし、ドイツの立法者は、雇用社会のデジタル化という重大な課題に直面して、2019年に（従って、新型コロナウイルス感染症

〔COVID-19〕拡大以前から既に）、ホームオフィスにおける就労に関する労働者の労働法上の一般的な請求権を、はじめて法律中で規定することに着手した。このような、この間かなり前進している立法計画は、労働者には現行法上（de lege lata）既に、ホームオフィスにおける就労に関する確たる請求権が保障されていないのかどうか、あるいは逆に、労働者はホームオフィスにおける就労を義務付けられうるのかどうか、を検討する契機となる。

## II. ホームオフィスの概念

ホームオフィスの概念は、いかようにでも捉えられるものである。それは、

法律上定義されていないため、異なる複数の文脈のなかで異なったふうに、かつしばしば単なる日常用語として理解されている。

### 1. 作業場規則2条7項に基づくテレワーク職場

作業場規則（ArbStättV）2条7項は、専ら労働保護法の領域のために、テレワーク職場（Telearbeitsplatz）の概念に関する法的な定義を定めている。それによれば、テレワーク職場とは、「被用者のプライベートスペースのなかに使用者によって設置された固定的なVDT作業場であって、それに関して使用者が被用者との合意に基づく週労働時間および設置の期間につい

て定めているもの」をいう。加えて、作業場規則2条7項は、「使用者と被用者がテレワークの条件を労働契約によりまたは協定の枠組みのなかで定めており、かつ必要なテレワーク職場の設備が、家具や通信設備を含む作業用具を含めて、使用者によって、または使用者による委託を受けた者によって、被用者のプライベートスペースのなかで準備され、かつ設置された場合」にはじめて、テレワーク作業場は設置されたことになる旨を定めている。しかしながら、この法的定義は、極めて限定的な表現(注2)となっているがために、テレワーク職場の概念にとって一般に当てはまる定義としては適切ではない(注3)。なぜなら、この定義によれば、とりわけ使用者が家具や通信設備を含む作業用具を完全に準備しかつ設置したということが、テレワーク職場を論じる前提となる。しかし、実務においては、通常はそうではない。特に、労働者は、少なくとも部分的には、自身の家具を利用する(しようとする)からである。ところが、このようなケースでは、作業場規則に基づくテレワーク職場を論じる前提を欠く結果となる(注4)。

## 2. 在宅テレワークとしての ホームオフィス

通説によれば、ホームオフィスの概念は、(作業場規則2条7項とは無関係に)在宅テレワークとして定義されている。

労働者が、労働契約上義務付けられた自身の職務を完全にまたは部分的に自宅で遂行する場合、このことはテレワーク、もしくはホームオフィスにおける就労と称される。これを前提とすると、在宅テレワークの概念は、労働者が専ら自宅における職場から職務を

遂行することとして表現されるべきである(ホームオフィス)。これに対して、部分的テレワークは、自宅における職場と使用者の事業所における自身の職場のいずれかから、交互に行われる労働者の職務の遂行として理解されるべきことになる。他方、モバイルオフィスまたはモバイルテレワークという用語は、労働給付が、固定的な職場とは無関係に、考えられるあらゆる職場から行われる場合に用いられる(注5)。本稿においては、これらの概念定義に従うこととする。

## Ⅲ. 労働者および使用者の利益状況

在宅テレワークは、労働者にとっても、また使用者にとっても、その都度の利益状況に応じて、チャンスとリスクを同時にもたらす。まとめれば、以下の通りである。

### 1. 労働者の利益状況

労働者の観点からは、時間主権(Zeitsouveränität)の拡大、およびそれに伴う個々人の時間計画・生活設計にとっての自由裁量の拡大、仕事・余暇・家庭のより良い調和が、チャンスとして、ホームオフィスにおける職務遂行と結びつきうる。自宅と事業所間での通勤がなくなることによる時間および費用の節約や、(重度)身体障害のある労働者または遠方へ転居した労働者にとって就労の継続が可能となることも、ホームオフィスにおける就労と結びつきうる労働者にとってのチャンスを意味する(注6)。

しかし、そうであるにもかかわらず、ホームオフィスにおける職務の遂行に必然的に伴う労働者にとってのリスクもまた、念頭に置かなければならない。とりわけ、ここで挙げられるべきであ

るのは、深夜労働、週末における労働および休日労働の増加の危険、あるいは超過時間労働の増加のリスクである。これに伴って生じるのは、仕事と家庭が混在する危険が生じ、仕事と私生活との間の“曖昧化(Entgrenzung)”がしばしば入り込むというリスクである(Work-Life-Blending)。その結果、特に女性にとっては、労働者、主婦および母親という何重もの負担ゆえに、健康に対するネガティブな影響(例えばバーンアウト)が生じうる。社会的な孤立、情報の偏在およびそれに伴って生じるキャリア発展の機会の喪失といった危険も、念頭に置かれなければならない(注7)。Pickerは、適切にも、労働者が“事業所から乖離すること(Entbetrieblichtung)”の危険、すなわち労働組合および事業所における労働者の利益代表の弱体化に言及している(注8)。Vogelsangは、これとの関連において、“連帯からの乖離(Entsolidarisierung)”および労働組合の協約上の地位の弱体化という用語を用いている(注9)。

### 2. 使用者の利益状況

ホームオフィスにおける労働者の職務遂行によって、使用者にとっては、効率および生産性の向上と並んで、コストの節約というチャンスが開かれる。オフィスあるいは事業所のスペースは削減され、あるいは効率的に利用されうるとともに、事業所における職場(設備、備品、労働保護等)のためのコストや、福利厚生(社員食堂、社内保育所、駐車場等)のためのコストが削減されうる(注10)。労働者にとってのチャンスである仕事・余暇・家庭のより良い調和は、使用者にとっては、労働者の満足度や適性のある労働者の離職防止という、プラスの形で表れる。

これは、良好な人材獲得のための“競争”における重要な競争上のメリットとなる(注11)。

しかしながら、これらのチャンスは、使用者にとってのリスクあるいはデメリットとも表裏一体のものである。使用者は、ホームオフィスにおける職場の設置のためのコストと並んで、労働者とのコミュニケーションの制約、ホームオフィスにおける労働者の監視および管理といったリスクに直面する。特にリスクとなるのは、情報技術(IT)への信頼性やデータ保護の危殆化、および事業所機密・営業秘密の侵害である。ついこの間施行された営業秘密法(GeschGehG)によって、企業は、重要な(自社のまたは他社の)営業秘密・事業所機密を保護するための「相当な秘密保持措置」を講じる権限を有し、またこれを義務付けられている。基本法13条に基づく労働者の住居の不可侵性(Unverletzlichkeit der Wohnung)に関する憲法上の保護を考慮しなければならないにもかかわらず、ホームオフィスがある場所および労働者のプライベートスペースにおいて行われるべき労働保護・健康保護の遵守と監視についての責任から解放されないということは、使用者にとって負担となるその他のデメリットとなりうる(注12)。

#### IV. 現行法の状況 (de lege lata)

現在の法状況は、ホームオフィスでの就労に関する労働者の請求権の観点からも、ホームオフィスでの就労に関する労働者の義務の観点からも、多層的であり複雑となっている。

### 1. ホームオフィスにおける就労に関する労働者の請求権

ホームオフィスにおける就労に関する請求権については、法律に基づく請求権の基礎と、集団的労働法および個別的労働法に基づくそれとの間で、区別しなければならない。

#### a) ホームオフィスにおける就労に関する法律上の請求権

ホームオフィスにおける就労に関する法律上の請求権については、労働者は、特別法により規定された請求権を行使しうるに過ぎない。

#### aa) ホームオフィスにおける就労に関する法律上の一般的な請求権の不存在

ドイツ(労働)法は、ホームオフィスにおける就労に関する労働者の法律上の請求権を、一般的には定めていない(注13)。

#### bb) ホームオフィスにおける就労に関する特別法上の請求権

ホームオフィスにおける就労に関して特別法上規定された労働者の請求権は、連邦男女平等法(BGleiG)ならびに社会法典(SGB)第IX編にみられる。

#### aaa) 連邦男女平等法16条1項2文

連邦男女平等法2条、3条5号に基づき同法の適用を受ける役所の被用者(Beschäftigte)については、連邦男女平等法16条1項2文が、役所は、業務上可能な範囲内において、家族または介護に関する責務を負っている被用者に対し、特にテレワークの職場またはモバイルでの職場を提供しなければならない旨を規定している。連邦男

女平等法16条1項2文の意味におけるテレワークの概念は、役所の外および公的な使用者の直接的な影響範囲の外にあり、そこから少なくとも労働給付の一部が履行される、全ての就労形態を意味する(注14)。

しかしながら、連邦男女平等法16条1項2文では、役所は「業務上可能な範囲内において」テレワークの職場を提供してはならないとの文言が用いられていることからすると、同規定はホームオフィスにおける職場に関する個別的な請求権を保障しているわけではないということがわかる(注15)。むしろ、連邦男女平等法16条1項2文は、ホームオフィスにおける職場の設置の申請に関して、裁量に瑕疵のない判断(ermessensfehlerfreie Entscheidung)が行われることに対する請求権のみを保障している。このような裁量に瑕疵のない判断の枠組みにおいては、ホームオフィスにおける職場の設置に際しての使用者の組織面での裁量に、特に価値が認められる。使用者は単に、ホームオフィスにおける職場の設置・提供を行うかどうか、またどのような範囲でこれを行うかに関して、理由付けが可能な判断を行わなければならない(注16)。

#### bbb) 社会法典第IX編164条4項1文

社会法典第IX編2条2項の意味における重度身体障害を有する労働者(注17)には、同法164条4項1文第1号に基づき、それによって自身の能力および知識を最大限活用できかつ継続して発展させることができる、障害に適した就労に関する個別的かつ訴求可能な請求権が認められる(注18)。これによって、労働者が、労働契約上義務付けられた自身の給付を、その障害ゆえにもはや履行できない場合に、就労に

関する請求権が容易に消滅することにはならない。むしろ、当該労働者には、他の形態での就労に関する請求権が認められるのである(注19)。

確かに、社会法典第IX編164条4項1文第1号は、労働の場所については(従ってまた、ホームオフィスについても)、明確には言及していない。それにもかかわらず、労働場所は、重度身体障害を有する労働者が、その使用者に対し、自身の能力および知識を最大限活用できかつ継続して発展させることができる就労に関する請求権を有する旨を規定する社会法典第IX編164条4項1文第1号にいう就労を構成するメルクマールのなかに、包摂されなければならない。要するに、重度身体障害を有する労働者の障害に適した就労が、その自宅における職場からのみ可能である限りにおいて、当該労働者にはそれに対応した就労に関する個別かつ訴求可能な請求権が、社会法典第IX編164条4項1文第1号に基づいて認められるのである(注20)。そうでなければ、法律の文言のみならず、重度身体障害を有する労働者がその(残された)労働給付能力を最適形で発揮することを可能としようとする、法の目的が無視されることとなる(注21)。このことにかかわらず、障害に適したホームオフィスの設置および維持は、社会法典第IX編164条4項1文第4号に基づく労働組織の一部であり、その点でも障害に適した就労に関する請求権の構成要素である(注22)。

しかしながら、立法者は、比例性(Verhältnismäßigkeit)を根拠として、これに限界を設定している。たとえば、重度身体障害を有する労働者につき、社会法典第IX編164条4項1文第1号に基づいて、ホームオフィスにおける障害に適した就労に関する請求

権が認められるべきであっても、それが使用者にとって期待不可能であるか、不相当な費用を伴うものであり、もしくは国や職業協同組合による労働保護規定に違反する場合には、社会法典第IX編164条4項3文に基づき、かかる請求権は排除される(注23)。

#### b) ホームオフィスにおける就労に関する集团的労働法上の請求権

ホームオフィスにおける就労に関する労働者の請求権は、集団法上の規制からも導かれうる。

##### aa) 労働協約

協約当事者は、労働協約法(TVG)1条に基づき、労働協約のなかで、その適用範囲内にいる労働者のホームオフィスにおける就労に関する請求権を規定することができる。しかし、実務では通常、労働協約のなかでは単に、ホームオフィスにおける就労に関する枠組み条件が定められる。例えば、ホームオフィスにおける就労の開始および終了の要件、ならびにその期間、データ保護、労働保護・健康保護の確保、職場の設置やその費用負担、労働時間、使用者の監督権および立入権等に関してである。ホームオフィスにおける就労に関する個々の労働者の訴求可能な請求権は、それが相当に広い射程を有するがゆえに、協約実務においては基本的にみられない。しかし、協約実務において増加がみられるのは、事業上の利益および事由という留保を付したうでの、ホームオフィスにおける就労に関する労働者の請求権である(注24)。

##### bb) 事業所協定

労働協約と同様、事業所組織法(BetrVG)77条に基づく事業所協定

によっても、ホームオフィスにおける就労に関する労働者の請求権は根拠付けられうる。しかしながら、実務上は事業所協定中において、ホームオフィスにおける就労については、やはり単なる枠組み条件が定められ(注25)、そこで同時に、かかる就労に関する具体的な個々の訴求可能な請求権が根拠付けられることはない(注26)。

##### cc) 包摂協定

同様に、社会法典第IX編2条2項の意味における重度身体障害を有する労働者(注27)を対象に、社会法典第IX編166条に基づく包摂協定(Inklusionsvereinbarung)からも、ホームオフィスにおける就労に関する請求権が生じうる。

社会法典第IX編166条1項1文に基づき策定が義務付けられる包摂協定は、重度身体障害を有する労働者に対する使用者の一般的な雇用義務および促進義務を、個々の事業所ごとに具体化すべきものである。包摂協定により、障害を有する労働者の特別な利害状況が、事業所内における組織構成およびプロセスの構想および実現の段階で既に、意図的にかつ広範に考慮されることを通じて、就労環境(Arbeitswelt)のバリアフリーな形成に働きかけることが求められる(注28)。従って、社会法典第IX編166条2項に基づき、包摂協定には、とりわけ重度身体障害を有する労働者の職場の構成、作業環境(Arbeitsumfeld)ならびに労働組織に関連する規制が含まれうる。様式が自由である包摂協定の当事者は、社会法典第IX編176条と結び付いた同法166条1項1文により、特に使用者、重度身体障害者代表、ならびに事業所委員会または従業員代表委員会である(注29)。

包摂協定の法的性質については争いがあるにもかかわらず(注30)、包摂協定中において、(その法的性質およびそこから導かれる特殊性および要件に応じて) 重度身体障害を有する労働者のために、ホームオフィスにおける就労に関するものを含めた、個々人の請求権を根拠付けようという点については、争いが無い(注31)。

### c) ホームオフィスにおける就労に関する個別契約上の請求権

労働者は、従前と同様に、個別契約によっても、ホームオフィスにおける就労に関する請求権を認められる。

#### aa) 個別労働法上の合意

ホームオフィスにおける就労に関する労働者の請求権は、使用者および労働者間での、明示的なまたは黙示的な(推認される)個別契約上の合意の対象となりうる。

#### aaa) 明示的な個別契約上の合意

第一に問題となるのは、労働契約当事者間における、明示的な(書面による、または口頭での)ホームオフィスに関する合意(Homeoffice-Vereinbarung)である(注32)。このようなホームオフィスに関する合意は、労働契約締結の時点で、既に行われうる。しかし、労働契約を補充する形での、あるいはそれとは別個のホームオフィスに関する合意が、事後的にも行われうる。

労働契約当事者は、その私的自治に基づき、民法典(BGB) 134条・138条、および同法305条以下に基づく約款規制の限度内において、ホームオフィスに関する合意の内容を自由に取捨選択することができる。それは、例えば、ホームオフィスにおける就労の種

類および期間ならびにその終了、労働時間、ホームオフィスにおける職場の設置(ハードウェア・ソフトウェア、通信手段、費用負担)、使用者の監督権および立入権、データ保護あるいは秘密保護に関してである(注33)。また、労働契約当事者は、ホームオフィスに関する合意のなかで、その内容に関して、その他の規制手段、例えば、ホームオフィスにおける就労にかかる枠組みを定めた労働協約、事業所協定または包摂協定を援用することも可能である。

#### bbb) 黙示的な(推認される)個別契約上の合意

他方で、ホームオフィスに関する合意は、使用者が労働者を反復して、あるいは長期間にわたりホームオフィスにおいて就労させることによって、黙示的にも成立しうる。

労働義務が長期間の経過によって一定の労働条件に具体化されることは、原則としては排除されない。しかしながら、営業法(GewO) 106条1文に基づく使用者の指揮命令権(Weisungsrecht)の長期間にわたる不行使は、使用者がこのような契約上および/または法律上認められた指揮命令権をもはや行使しようとしないうることを信頼しうる状況(Vertrauenstatbestand)を、通常作出するものではない。指揮命令権の不行使は、意思表示としての価値を有しない。このことは、たとえ使用者が営業法106条1文に基づく自身の指揮命令権を、非常に長期間にわたり同一の形式によって行使した場合であっても当てはまる(注34)。他の形式での労働を命じられないことを労働者が信頼すべき特別な事情が付加されている場合にのみ、黙示的な行為による指揮命

令権の契約上の制限が認められうる(注35)。

例えば、使用者が労働者を反復して、あるいは長期間にわたりホームオフィスにおいて就労させたという事情も、それのみでは、ホームオフィスに関する黙示の合意を導くには十分ではない(注36)。このような自宅でのテレワークの単なる容認は、(長期にわたるものであったとしても)特に意思表示としての価値を持つものではなく、このことはホームオフィスに関する合意の(黙示的な)締結に関する労働者への使用者の申込みを意味しない(注37)。

むしろ、それによって、営業法106条1文に基づく自身の指揮命令権を一定の形式によってのみ行使するというように労働契約を変更しようとする使用者の意思を、労働者が推論することができる、時間的な要因を超えた、更なる事情が必要となる(注38)。このことは、同一の形式により、かつ長期にわたって労働者に対し自宅でのテレワークを命じた場合であっても、異なるところはない(注39)。上記にいう更なる事情は、例えば、労働者が認識可能な形で、その労働関係の存続が(引き続き)ホームオフィスにおいて就労することと結び付いており、かつ使用者がこのことを考慮している場合に、認められうる(注40)。

#### bb) 営業法106条1文に基づく指揮命令権

ホームオフィスにおける就労に関する労働者の請求権は、ひとり営業法106条1文からは生じない。

営業法106条1文は、使用者は、個別契約、集団法または法令による定めが既にある場合を除き、労働給付の内容、場所および時間を、公正な裁量に従って決定しうる旨を明示している。

従って、同規定は、一方的形成権としての使用者の指揮命令権を定めているのであって、労働者の形成権を定めるものではない。その結果、営業法106条1文から、自身をホームオフィスにおいて就労させることに関する労働者の権利が生じるということはない。それゆえに、公正な裁量を行使することにより、労働者に対しホームオフィスにおける就労を命じるべき使用者の義務が、営業法106条1文から直接に生じることもない。結局のところ、基本法12条および14条は、使用者の企業家としての自由を保護しており、自身の事業所の組織構成に関する自由は、その本質的な内容に属するものである(注41)。

#### cc) 営業法106条1文と結び付いた民法典241条2項に基づく配慮義務

ホームオフィスにおける就労に関する労働者の請求権が、営業法106条1文と結び付いた民法典241条2項に基づく配慮義務を根拠として生じることはありうる。

契約目的の保護および促進のために、労働契約の両当事者は、民法典241条2項に基づいて、その都度の相手方である当事者の権利、法益および利益に配慮すべき義務を負っている(注42)。このことから、給付を確保するための措置の実施に関する労働契約の請求権が生じうる。使用者は、その配慮義務の枠内において、労働者とともに、労働契約の履行のための前提条件を作出し、履行にとっての障害が生じないようにし、あるいはこれを除去しなければならないからである(注43)。使用者が営業法106条1文に基づく自身の指揮命令権を行使することで、労働者に対しホームオフィスにおける就労を命じることは、このような給付を確保す

るための措置でありうる(注44)。

このための要件は、第一に、労働者にとって自身に義務付けられた労働給付をホームオフィス外で履行することが(もはや)不可能であるか、期待できないという形で、克服し難い労働者の給付障害(不能)が生じていることである(注45)。このような給付障害は、例えば、疾病や重度身体障害、あるいは家庭の事情、もしくは育児や親族の介護といった、労働者の一身上の事情によって根拠付けられうる(注46)。

更に、営業法106条1文に基づく使用者の指揮命令権が、民法典241条2項に基づくその配慮義務ゆえに、労働者のそのホームオフィスにおける就労という形に具体化され、労働者にそれに対応した請求権が認められるためには、使用者にそのことを期待でき、また法的にも可能であるということが、要件となる。期待可能性に関しては、原則として、ホームオフィスにおける就労の命令が、事業上の事由または他の労働者に対する配慮義務と相反しないことが、その前提となる(注47)。事業上の事由には、自身の事業所の組織構成に関する自由がその本質的な内容に属する、基本法12条および14条により保護される使用者の企業家としての自由も含まれる。このことは、どこを拠点としてどのような労働技術上の目的を追求するのか(注48)、およびそれによって、労働給付がホームオフィスから履行されるのかどうか、またどのような形式によって履行されるのかという問題をも対象とする、使用者の決定をも含むものである。使用者は、労働者の希望に応じて自身の事業所をコストを負担しつつ改組し、自らの利益に反してホームオフィスにおける職場を設置する義務を負ってはいない(注49)。更に、労働者の基本法上の地

位が概して使用者のそれに優越すべき場合には、それに続いて、ホームオフィスにおける職場の設置あるいはそこで職務の遂行が、法的に可能でなければならない(注50)。このことは、例えば、ホームオフィスにおける労働保護法上およびデータ保護法上の要請、ならびに場合によっては、事業所組織法上(例えば99条)の事業所委員会による同意の必要性に関して、当てはまる(注51)。

結局のところ、上記で述べたところによれば、実務においては、営業法106条1文と結び付いた民法典241条2項に基づいてホームオフィスにおける就労に関する請求権を労働者が取得する事案は、ほとんど存在しないであろう(注52)。正当な事業上の利益がホームオフィスにおける職場と相反する限りは、使用者はこれを実現することを義務付けられない(注53)。この場合、労働者には、ホームオフィスにおける就労という形での、給付を確保するための請求権も認められない(注54)。

#### dd) 平等取扱原則

ホームオフィスにおける就労に関する個別契約上の請求権は、労働法上の平等取扱原則からも生じうる。平等取扱原則に基づく平等取扱請求権の要件は、第一に、使用者が専ら客観的な検討に基づいて比較可能な労働者のグループを形成していることである。この場合、比較可能性は、原則として職務が基準とされる(注55)。使用者が、(個々の労働者との交渉により取り決めた労働条件、または規範的に定められる労働条件に加えて(注56))これらの労働者のグループについて、特定の抽象的な一般規制を一律に設定した場合、このことに関して、平等取扱原則に拘束される(注57)。この場合において、

労働法上の平等取扱原則は、使用者に対し、恣意的に、すなわち客観的な理由なく、使用者自身により一般的にまたはグループに関連して設定された規制から、労働者あるいはそのグループの不利益となる形で逸脱することを、禁止する(注58)。このような逸脱には、客観的な正当化が必要となる(注59)。このような要件のもと、平等取扱いに関する労働者の請求権は、使用者によるあらゆる種類の措置および決定に拡張されることとなる(注60)。

使用者が労働法上の平等取扱原則に違反した場合、当該労働者は、使用者によって設定された抽象的一般規制の基準に従って取り扱うべきことを要求することができる(注61)。この場合、当該労働者は、彼がそこから客観的な理由なく排除された給付や措置、すなわち有利に取り扱われた労働者が得たものを請求しうるものとなる(注62)。

従って、このことは、当該労働者のホームオフィスにおける就労に対しても当てはまる(注63)。それゆえ、使用者が特定の労働者のグループ、例えば営業職(Vertriebsmitarbeiter)について、自宅でのテレワークを導入した場合には、このことは、使用者はかかるグループに属する全ての労働者に対し、客観的な事由により逸脱が認められる場合を除き、自宅でのテレワークを提供しなければならないということの意味する。

### ee) 事業所慣行

個別事案における状況によっては、事業所慣行(betriebliche Übung)をめぐる法制度からも、ホームオフィスにおける就労に関する個別労働法上の請求権が生じうる。

事業所慣行とは、反復継続した使用者の特定の行為態様として理解しうる

ものであり、それは労働者が、信義誠実に基づき、かつ周知の事情を考慮したうえで、将来においても継続して契約上の給付や利益が付与されるべきことを推論しうるものをいう。そこでは、使用者がそれに対応する義務についての意思を有していることは問われない(注64)。従って、使用者の単なる事実上の行為に、請求権を生じさせる効力が認められうるのである(注65)。

重要であるのは、従業員数と比例した、使用者の行為態様の性質、期間および程度である(注66)。個々の労働者に対する特定の行為態様は、必要な集団的要素を欠いているため、十分ではない(注67)。すなわち、事業所慣行という法制度は、その集団的性格ゆえに、事業所における全ての労働者か、少なくとも一定の労働者グループを対象とするものである(注68)。事業所慣行は、労働関係の構成要素である。事業所慣行に基づく労働者の請求権は、それが集団的に成立するものであるにも関わらず、個別契約上の請求権である(注69)。

原則として、当事者によって労働契約上の合意の対象となりうる全ての労働条件は、事業所慣行によっても根拠付けることができる(注70)。特に、事業所慣行の集団的性格ゆえに、全てのまたは特定の労働者グループにとって重要な規制が、その対象となる(注71)。これによって、(具体的な状況に応じて)事業所の労働者または特定のグループが、ホームオフィスにおいて事実上反復継続して就労することで、これらの労働者にとって有利な事業所慣行が生じ、それに対応したホームオフィスにおける労働契約上の請求権を認められうる(注72)。

## 2. ホームオフィスにおける就労に関する労働者の義務

原則として、労働者は、集団労働法上も個別労働法上も、その労働給付を自身のホームオフィスから履行することを、一方的に義務付けられることはない。

その根拠は、基本法13条およびそれによって保護される基本権である住居の不可侵性にある。住居の概念は、空間的・物理的なプライベートスペース(注73)、要するに労働者の自宅を意味する。基本法上の全ての自由権と同様に、基本法13条が定める基本権には間接的な第三者効が認められ(注74)、それは労働法においても異なるところはない(注75)。

基本法13条に基づくその住居の不可侵性に関する労働者の基本権を根拠に、営業法106条1文に基づく使用者の指揮命令権は、ホームオフィスにおける職場の設置およびそこの就労に対しては、もとより及ばない。従って、労働者の住居に関する利用権限を欠いているがために、使用者は、労働者に対し営業法106条1文に基づき一方的にホームオフィスにおける就労を命じる権限を有しない。すなわち、営業法106条1文に基づく使用者の指揮命令権は、憲法により保護される住居の不可侵性に関する労働者の基本権に優越しない(注76)。たとえ、労働契約中にホームオフィスにおける職場へ労働者を配置する使用者の一方的な権限が留保されている場合であっても、かかる条項は民法典307条1項1文違反により無効となる。それは、基本法13条1項に基づき憲法上保護される自宅内の領域を侵害し、プライベートのリソースを利用するものであることから、信義誠実の要請に反して労働者を不当

に不利益に取り扱うものであるからである(注77)。

また、これと同様の理由から、ホームオフィスにおける労働者の就労は、原則として、解雇制限法2条に基づく変更解約告知によっても実現することはできない。なぜなら、これもまた、基本法13条により保護される住居の不可侵性にかかる基本権に対する不当な介入を、通常は意味するからである(注78)。かかる基本権を無視する形で行われた使用者の企業家としての決定は、原則として、解雇制限法2条に基づく変更解約告知の正当化にとって適切ではない(注79)。

もっとも、例えば世界的なコロナパンデミックのような緊急事態にあっては、労働者は、その使用者に対する民法典241条2項に基づく配慮義務および誠実義務に基づき、使用者の存続が危ぶまれる状況下では、契約外の労働を給付することを義務付けられ、それにはホームオフィスにおける労働も含まれるとの指摘がある(注80)。しかしながら、営業法106条1文に基づく使用者の指揮命令権を、このように拡張することには賛成できない(注81)。かかる危機の状況においても、労働者は、自身の自宅というリソースを、事業上および企業経営上のリスクへの対応のために、使用者に利用させる義務を負わない。このような危機の状況もまた、住居の不可侵性という基本法13条に基づく労働者の基本権には、優越しないのである。そのことを度外視しても、限界設定の困難性という、ほとんど解決不可能な問題が発生する。どのような場合であれば、労働者が基本法13条に基づく自身の基本権を“犠牲に”しなければならないというほどに、危機が重大なものと認められるのか?同様の理由から、労働者は、労働

協約または事業所協定によっても、労働契約上義務付けられた労働を自身のホームオフィスから履行すべきことを義務付けられることはない。協約当事者も事業所パートナーも、労働協約あるいは事業所協定によって、基本法13条に基づく住居の不可侵性という労働者の基本権に優越することはできない(注82)。結局のところ、これらは、許されない方法による“第三者に負担をもたらす契約(Vertrag zu Lasten Dritter)”ということになる。

## V. 将来の法状況 (de lege ferenda)

ドイツにおいては、既にかなり以前から、ホームオフィスにおける就労に関する労働者の請求権を法律上規定するための試みがなされている。

### 1. ホームオフィスにおける就労に関する法律上の請求権への道のり

連邦労働社会省は、既に“労働4.0白書”のなかで、労働者にホームオフィスにおける就労を可能とすることについての指摘を行っている。同省の見解によれば、労働者には、この点についての需要が存在する。それに対応する形でのホームオフィスにおける就労に関する請求権は、とりわけ、家族と仕事のより良い調和、ならびに障がい者や産業構造が脆弱な地域の居住者に対する新たな職業的展望を期待させるものであった(注83)。

現政権の連立協定のなかでは、確かに、ホームオフィスにおける労働者の就労についての言及はなされていない。しかし、そこでは“良質なデジタルワーク4.0 (Gute digitale Arbeit 4.0)”のタイトルのもと、モバイルワークを促進しかつこれを実現しやすくするた

めに、法的枠組みを創出すべきことが指摘されている。かかる枠組みのなかには、使用者がモバイルワークを拒否しようとする場合における拒否事由に関する労働者の情報請求権が含まれる。また、協約当事者もモバイルワークに関する協定を締結すべき立場にある(注84)。

“モバイルワーク法(Mobile Arbeit Gesetz)”と称される、連邦労働社会省による第一次参事官草案は、連邦首相府により事前協議の枠組みのなかで停止されたのち(注85)、同草案は改訂され、現在は2020年11月26日の時点のものが提出されている(注86)。そのなかでは、ホームオフィスにおける就労に関する個々の訴求可能な請求権は、規定されていない。

### 2. “モバイルワーク法”参事官草案

いわゆる条項法(Artikelgesetz)である現在のモバイルワーク法案は、営業法および社会法典第VII編を改正しようとするものとなっている。

モバイルワーク法案1条によれば、営業法を新111条によって補充することが意図されている。ここで提案されている新営業法111条1項2文では、モバイルワークの概念が、差し当たり次のように定義されている。それによれば、情報通信技術を利用して、使用者の事業所施設の外にある、自身で選択した場所、あるいは使用者と合意した一つまたは複数の場所から自身の労働給付を履行する労働者は、モバイルワークを行うものとされる。従って、自身のホームオフィスにおける労働者の職務遂行も、新営業法111条1項の意味におけるモバイルワークの一形態を意味する。同規定によれば、労働者は、モバイルワークを行うためには、

モバイルワークの開始、期間、範囲および配分について、希望する開始から3ヶ月前までに、使用者に対し文書により申請することが求められる。そのうち、両当事者は、新営業法111条2項に基づき、合意に至るべく協議を行わなければならない。これに関して合意に至らなかった場合には、同条3項に基づき、使用者は労働者に対し、その申請から2ヶ月以内に、拒否の決定およびその理由について、説明を行うことが求められる。使用者が、かかる説明義務および新営業法111条2項に基づく協議義務を履行しなかった場合には、申請通りのモバイルワークが定められたものとみなされる（但し、期間については6ヶ月が上限となる）。使用者と労働者間で特段の合意が行われなかった場合には、両当事者は、新営業法111条6項に基づき、他方当事者に対し、モバイルワークの開始から6ヶ月を経過して以降は、その都度月末にかけて3ヶ月の予告期間を置いたうえで、書面により、モバイルワーク終了の意思表示を行うことができる。新営業法111条5項により、使用者が労働者に対し文書により教示しなければならない労働保護にかかる規制は、影響を受けることはない。同法7項により、労働協約または労働協約に基づく事業所協定または公勤務協定によって、新営業法111条からの逸脱が可能とされている。

更に、営業法のなかに新112条を挿入することが意図されている。かかる新営業法112条1項によれば、使用者は、労働者に対し労働時間法が適用される限りにおいて、モバイルワーク就労時における労働時間の開始、終了および全体の長さを記録すべき義務を負う。同条2項は、使用者が労働者に対し労働時間記録義務を委任することを

可能としているが、規定に従った労働時間の記録の責任については引き続き使用者が負うものとされる。更に、使用者は労働者に対し、新営業法112条3項に基づく求めに応じて、記録された労働時間に関して情報提供を行い、かつ労働時間記録の写しを交付すべきとされている。

加えて、モバイルワーク法案2条により、従来の社会法典第VII編8条を新たに改正し、ホームオフィスにおける労働者の法定労災保険による保護を改善することが意図されている。それによれば、自身の職務をホームオフィスまたは他の場所で行う労働者について、使用者の企業施設における職務遂行と同様の法定労災保険による保護が適用される。また、ホームオフィスにおいて就労する労働者による、子供を預けるための保育施設がある場所に直接繋がっている道の往復も、法定労災保険により保険対象となる労働者の活動とすべきとされている。従って、労働者が、自身の子供を保育園や学校へ送り迎えをする場合の道の通行も、法定労災保険により保険対象となる活動ということになる。

## VI. おわりに

ホームオフィスにおける就労に関する労働者の請求権に関する現在の法状況を観察するに、結論は冷静に受け止められるべきである。

雇用社会のデジタル化は労働場所の柔軟化を促進するものであるにもかかわらず、ドイツでは、ホームオフィスにおける就労に関する労働者の一般的な請求権は存在しない。加えて、このことは（法）政策上も、激しく争われている<sup>（注87）</sup>。労働者のうち、特定のグループ（ドイツ連邦共和国職員およ

び重度身体障害を有する労働者）についてのみ、それに対応した特別法上の請求権が存在する。モバイルワーク法案によっても、上記のような一般的請求権を創出することは、意図されていない。むしろ、現在の立法計画は、使用者と労働者間での単なる協議による解決に限定されている。

労働者に対しホームオフィスにおける就労に関する請求権を付与する個別の合意は、適法である。しかし、ここでは労働者は、使用者の善意(good will) に依拠することとなる。使用者の配慮義務、平等取扱原則または事業所慣行からホームオフィスにおける就労に関する請求権が生じることは考えられうるけれども、実務においては、その都度の事実関係次第であり、通常は（概して）これらによって上記請求権を根拠付けることは困難である。

また、集団的な協定上の規制をホームオフィスにおける就労に関する労働者の請求権の根拠とすることも考えられうるが、実務では見受けられない。

使用者が労働者に対し、一方的にそのホームオフィスにおける就労を命じることは、住居の不可侵性に関する労働者の基本権によって認められない。

[注]

- 1 本稿は、筆者が2020年7月1日に、ボン大学中東・アジア研究所におけるオムニバス講義「デジタル化と雇用社会の変化—ドイツと東アジアの展望」の一環として行った講演「労働のデジタル化と労働法への影響—働く場所の柔軟化を例に」に基づいている。なお、本稿の執筆時点は2021年1月である。
- 2 *Wiebauer* in: Kollmer/Wiebauer/Schucht, ArbStättV, 4. Aufl., 2019, §2 ArbStättV Rn. 70.
- 3 *Picker*, ZfA 2019, 269, 271. (EU法の観点も含めた) 全体的な批判として、*Wiebauer* in: Kollmer/Wiebauer/Schucht, ArbStättV, 4. Aufl., 2019, §2 ArbStättV Rn. 70, 73 f.
- 4 *Wiebauer* in: Kollmer/Wiebauer/Schucht, ArbStättV, 4. Aufl., 2019, §2 ArbStättV Rn. 72.
- 5 *v. Roetteken* in: v. Roetteken, BGleIG, 12. AL 07/2019, §16 BGleIG Rn. 192; *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, Rn. 2; *Ricken* in: Besgen/Prinz, Arbeiten 4.0 – Arbeitsrecht und Datenschutz in der digitalisierten Arbeitswelt, 4. Aufl.,

- 2018, §7 Rn. 8 ff.; *Rölller* in: Küttner, Personalbuch 2020, 27. Aufl., 2020, Stichwort: 220 Homeoffice Rn. 1; *Vogelsang* in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl., 2019, §164 Rn. 3
- 6 *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, Rn. 4; *Vogelsang* in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl., 2019, §164 Rn. 10; *Picker*, ZfA 2019, 269, 271 f.
- 7 *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, Rn. 5; *Vogelsang* in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl., 2019, §164 Rn. 11; *Picker*, ZfA 2019, 269, 271 f.
- 8 *Picker*, ZfA 2019, 269, 272 f.
- 9 *Vogelsang* in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl., 2019, §164 Rn. 11.
- 10 *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, Rn. 6; *Vogelsang* in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl., 2019, §164 Rn. 12; *Picker*, ZfA 2019, 269, 273 f.
- 11 *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, Rn. 6; *Picker*, ZfA 2019, 269, 273 f.
- 12 *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, Rn. 7; *Vogelsang* in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl., 2019, §164 Rn. 12; ausführlich *Picker*, ZfA 2019, 269, 274 f.
- 13 *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 55; *Ricken* in: Besgen/Prinz, Arbeiten 4.0 - Arbeitsrecht und Datenschutz in der digitalisierten Arbeitswelt, 4. Aufl., 2018, §7 Rn. 22; *Hoppe* in: Kramer, IT-Arbeitsrecht, 2017, B Rn. 560; *Vogelsang* in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl., 2019, §164 Rn. 26; *Rölller* in: Küttner, Personalbuch 2020, 27. Aufl., 2020, Stichwort: 220 Homeoffice Rn. 3; *Picker*, ZfA 2019, 269, 275 f.; *Oberthür* MDR 2015, 1269; *Isenhardt* DB 2016, 1499.
- 14 *v. Roettecken* in: v. Roettecken, BGleIG, 12. AL 07/2019, §16 BGleIG Rn. 193.
- 15 BVerwG v. 31.1.2008 - 2 C 31/06, NVwZ 2008, 689 Rn. 23 f.; *Picker*, ZfA 2019, 269, 275.
- 16 BVerwG v. 31.1.2008 - 2 C 31/06, NVwZ 2008, 689 Rn. 23 f.; OVG Niedersachsen v. 17.7.2013 - 5 LA 203/12, juris Rn. 13; VG Koblenz v. 18.2.2015 - 2 K 719/14 KO, juris Rn. 27.; VG Berlin v. 14.1.2014 - 36 K 448/12, juris Rn. 21 f.; *Rölller* in: Personalbuch 2020, 27. Aufl., 2020, Stichwort: 220 Homeoffice, Rn. 4; *Vogelsang* in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl., 2019, §164 Rn. 26; *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 57 f.; *Picker*, ZfA 2019, 269, 275 f.; *Oberthür*, MDR 2015, 1269, 1270; *Hahn*, öAT 2018, 202.
- 17 同様のことは、社会法典第IX編2条3項により重度身体障害を有する労働者と同視される労働者にも当てはまる。
- 18 BAG v. 10.5.2005 - 9 AZR 230/04, NZA 2006, 155, 158; v. 4.10.2005 - 9 AZR 632/04, NZA 2006, 442 Rn. 23; v. 14.3.2006 - 9 AZR 411/05, NZA 2006, 1214 Rn. 18; *Düwell* in: LPK-SGB IX, 5. Aufl., 2019, §164 SGB XI Rn. 181; *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 63.
- 19 BAG v. 10.5.2005 - 9 AZR 230/04, NZA 2006, 155, 158; v. 4.10.2005 - 9 AZR 632/04, NZA 2006, 442 Rn. 23; v. 14.3.2006 - 9 AZR 411/05, NZA 2006, 1214 Rn. 18; LAG Niedersachsen v. 6.12.2010 - 12 Sa 860/10, juris Rn. 34 ff.; LAG Hamburg v. 15.4.2015 - 5 Sa 107/12, juris Rn. 24.
- 20 LAG Niedersachsen v. 6.12.2010 - 12 Sa 860/10, juris Rn. 34 ff.; LAG Hamburg v. 15.4.2015 - 5 Sa 107/12, juris Rn. 24, 32; *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 61, 63; *Rölller* in: Personalbuch, 27. Aufl., 2020, Stichwort: 220 Homeoffice, Rn. 3; *Vogelsang* in: Schaub, Arbeitsrecht-Handbuch, 18. Aufl., 2019, §164 Rn. 26; *Oberthür*, MDR 2015, 1269, 1270.
- 21 LAG Niedersachsen v. 6.12.2010 - 12 Sa 860/10, juris Rn. 34 ff.; LAG Hamburg v. 15.4.2015 - 5 Sa 107/12, juris Rn. 32; *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 63.
- 22 *Kothe* in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 6. Aufl., 2019, §164 SGB IX Rn. 14; *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 63.
- 23 詳細については、*Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 67 ff.
- 24 詳細については、*Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 83 ff. 労働協約の実例について、*Picker*, ZfA 2019, 269, 276 f, *Löwisch/Kurz*, BB 2020, 2804 ff.
- 25 *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 58, 88 f. mit Beispielen aus der Praxis; v. *Roettecken* in: v. Roettecken, BGleIG, 12. AL 07/2019, §16 BGleIG Rn. 199 ff.; *Picker*, ZfA 2019, 269, 276 f.; *Hahn*, öAT, 2018, 202.
- 26 *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 88 f.
- 27 同様のことは、社会法典第IX編2条3項により重度身体障害を有する労働者と同視される労働者にも当てはまる。
- 28 *Greiner* in: Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, SGB IX, 14. Aufl., 2020, §166 SGB IX Rn. 2, 5.
- 29 *Rolfs* in: ErfKO, 20. Aufl., 2020, §166 SGB IX Rn. 1; *Greiner* in: Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, SGB IX, 14. Aufl., 2020, §166 SGB IX Rn. 13.
- 30 概観については、*Greiner* in: Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, SGB IX, 14. Aufl., 2020, §166 SGB IX Rn. 13 ffを参照。
- 31 *Kohte* in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 6. Aufl., 2019, §166 SGB IX Rn. 7 ff.; *Rolfs* in: ErfKO, 20. Aufl., 2020, §166 SGB IX Rn. 2; *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 90 f.; *Düwell/Beyer*, Das neue Recht für behinderte Beschäftigte, 2017, Rn. 313 ff.
- 32 詳細については、*Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2020, §2 Rn. 120 ff, *Ricken* in: Besgen/Prinz, Arbeiten 4.0 - Arbeitsrecht und Datenschutz in der digitalisierten Arbeitswelt, 4. Aufl., 2018, §7 Rn. 41, *Rölller* in: Küttner, Personalbuch 2020, 27. Aufl., 2020, Stichwort: 220 Homeoffice Rn. 7 ff., *Vogelsang* in: Schaub, Arbeitsrecht-Handbuch, 18. Aufl., 2019, §164 Rn. 28 ff.
- 33 *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 121, 705 ff.; *Tödtmann/Kaluza-Krieg* in: Maschmann/Sieg/Göpfert, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, C. 404 Rn. 11 ff.; *Bertram/Falder/Walk*, Arbeiten im Homeoffice in Zeiten von Corona, S. 54 ff.
- 34 BAG v. 7.12.2000 - 6 AZR 444/99, NZA 2001, 780, 781 [14年間継続して一つの特定の場所からの労働を受け入れていたケース]; BAG v. 15.9.2009 - 9 AZR 757/08, NJW 2010, 394 Rn. 48 ff.[30年間継続して日曜・休日労働を命じなかったケース]; *Picker*, ZfA 2019, 269, 277.
- 35 BAG v. 17.08.2011 - 10 AZR 202/10, NZA 2012, 265 Rn. 19; v. 15.9.2009 - 9 AZR 757/08, NZA 2009, 1333 Rn. 54; *Preis* in: ErfKO, 20. Aufl., 2020, §611 a BGB Rn. 220 d.
- 36 *Picker*, ZfA, 2019, 269, 277 ff.
- 37 LAG Köln v. 24.6.2010 - 9 Ta 192/10, juris Rn. 22; *Picker*, ZfA, 2019, 269, 277.
- 38 BAG v. 7.12.2000 - 6 AZR 444/99, NZA 2001, 780,781; BAG v. 15.9.2009 - 9 AZR 757/08, NJW 2010, 394 Rn. 48 ff.; *Picker*, Die betriebliche Übung, 2011, 287; *derselbe*, ZfA, 2019, 269, 277.
- 39 *Picker*, ZfA, 2019, 269, 277 ff.
- 40 *Reichold* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 4. Aufl., 2018, §40 Rn. 19; *Picker*, Die betriebliche Übung, 2011, 287 f.; *derselbe*, ZfA 2019, 269, 277.
- 41 LAG Rheinland-Pfalz v. 18.12.2014 - 5 Sa 378/14, juris Rn. 30; LAG Düsseldorf v. 10.9.2014 - 12 Sa 505/14, juris Rn. 88; *Rölller* in: Küttner, Personalbuch 2020, 27. Aufl., 2020, Stichwort: 220 Homeoffice Rn. 3; *Vogelsang* in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl., 2019, §164 Rn. 26; *Isenhardt*, DB 2016, 1499; *Oberthür* MDR 2015, 1269; *Bissles/Meyer-Michaelis*, DB 2015, 2331.
- 42 BAG v. 10.9.2009 - 2 AZR 257/08, NZA 2010, 220 Rn. 20; v. 19.5.2010 - 5 AZR 162/09, NZA 2010, 1119 Rn. 26.
- 43 BAG v. 19.5.2010 - 5 AZR 162/09, NZA 2010, 1119 Rn. 26 f.; v. 13.8.2009 - 6 AZR 330/08, NZA-RR 2010, 420 Rn. 31; LAG Rheinland - Pfalz v. 18.12.2014 - 5 Sa 378/14, juris Rn. 31 f.; LAG Köln v. 24.5.2016 - 12 Sa 677/13, juris Rn. 81; *Bachmann* in: Münchener Kommentar BGB, 8. Aufl., 2019, §241 BGB Rn. 95; *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 96; *Picker*, ZfA 2019, 269, 281 f.; *Oberthür* MDR 2015, 1269; *Isenhardt*, DB 2016, 1499.
- 44 BAG v. 19.5.2010 - 5 AZR 162/09, NZA 2010, 1119 RN 26 ff.; LAG Köln v. 24.5.2016 - 12 Sa 677/13, juris Rn. 79 ff.; *Vogelsang* in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl., 2019, §164 Rn. 26; *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 96; *Picker*, ZfA 2019, 269, 281 f.; *Oberthür*, MDR 2015,1269; *Isenhardt* DB 2016, 1499.
- 45 BAG v. 19.5.2010 - 5 AZR 162/09, NZA 2010, 1119 Rn. 27 ff.; *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 99; *Picker*, ZfA 2019, 269, 281.
- 46 BAG v. 19.5.2010 - 5 AZR 162/09, NZA

- 2010, 1119 Rn. 27; LAG Rheinland-Pfalz v. 18.12.2014 - 5 Sa 378/14, juris Rn. 35; LAG Köln v. 27.3.2012 - 12 Sa 987/11, juris Rn. 45; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 98; Picker, ZfA 2019, 269, 281; Oberthür, MDR 2015, 1269 f.; Isenhardt, DB 2016, 1499.
- 47 BAG v. 19.5.2010 - 5 AZR 162/09, NZA 2010, 1119 Rn. 29 ff.; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 103.
- 48 BAG v. 27.9.2001 - 2 AZR 246/00, NJOZ 2002, 1487, 1489; LAG Rheinland-Pfalz v. 18.12.2014 - 5 Sa 378/14, juris Rn. 36; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 103; Isenhardt, DB 2016, 1499; Oberthür, MDR 2015, 1269, 1270.
- 49 LAG Rheinland-Pfalz v. 18.12.2014 - 5 Sa 378/14, juris Rn. 38; Oberthür, MDR 2015, 1269, 1270.
- 50 BAG v. 19.5.2010 - 5 AZR 162/09, NZA 2010, 1119 Rn. 32; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 106.
- 51 Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 106.
- 52 Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 104; Röller in: Küttner, Personalbuch 2020, 27. Aufl., 2020, Stichwort: 220 Homeoffice Rn. 3; Isenhardt, DB 2016, 1499; Oberthür, MDR 2015, 1269, 1270.
- 53 Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2019, §2 Rn. 104; Röller in: Küttner, Personalbuch 2020, 27. Aufl., 2020, Stichwort: 220 Homeoffice Rn. 3; Oberthür, MDR 2015, 1269, 1270.
- 54 BAG vom 19.5.2010 - 5 AZR 162/09; NZA 2010, 1119 Rn. 29 ff.; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2019, §2 Rn. 96.
- 55 BAG v. 3.9.2014 - 5 AZR 6/13, NZA 2015, 222 Rn. 18; Preis in: ErfKO, 20. Aufl., 2020, §611 a BGB Rn. 579; Linck in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, §112 Rn. 9; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 111.
- 56 Linck in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl., 2019, §112 Rn. 3; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 110.
- 57 Preis in: ErfKO, 20. Aufl., 2020, §611 a BGB Rn. 581; Kania in: Küttner, Personalbuch 2020, 27. Aufl., 2020, Stichwort: 208 Gleichbehandlung Rn. 4; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 107.
- 58 BAG v. 3.9.2014 - 5 AZR 6/13, NZA 2015, 222 Rn. 18; Preis in: ErfKO, 20. Aufl., 2020, §611 a BGB Rn. 575; Kania in: Küttner, Personalbuch 2020, 27. Aufl., 2020, Stichwort: 208 Gleichbehandlung Rn. 4; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 107.
- 59 Preis in: ErfKO, 20. Aufl., 2020, §611 a BGB Rn. 589; Linck in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl., 2019, §112 Rn. 3; Kania in: Küttner, Personalbuch 2020, 27. Aufl., 2019, Stichwort: 208 Gleichbehandlung Rn. 14.
- 60 Preis in: ErfKO, 20. Aufl., 2020, §611 a BGB Rn. 575, 581.
- 61 Preis in: ErfKO, 20. Aufl., 2020, §611 a BGB Rn. 606.
- 62 Preis in: ErfKO, 20. Aufl., 2020, §611 a BGB Rn. 606.
- 63 Lammeyer, Telearbeit, 2007, S. 126 f.; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 107 ff.
- 64 BAG v. 19.9.2018 - 5 AZR 439/17, NZA 2019 106 Rn. 16; v. 11.7.2018 - 4 AZR 443/17, NZA 2018, 1630 Rn. 29; Fitting, BetrVG, 30. Aufl., 2020, §77 BetrVG Rn. 206; Ahrendt in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl., 2019, §110, Rn. 12; Kreitner in: Personalbuch 2020, 27. Aufl., 2020, Stichwort: 108 Betriebliche Übung Rn. 1, 4.
- 65 Kreitner in: Personalbuch 2020, 27. Aufl., 2020, Stichwort: 108 Betriebliche Übung Rn. 1.
- 66 BAG v. 17.11.2009 - 9 AZR 765/08, NZA-RR 2010, 293 Rn. 26; Kreitner in: Personalbuch 2020, 27. Aufl., 2020, Stichwort 108 Betriebliche Übung Rn. 4.
- 67 BAG v. 11.4.2006 - 9 AZR 500/05, NZA 2006, 1089 Rn. 14 ff.; Kreitner in: Personalbuch 2020, 27. Aufl., 2020, Stichwort 108 Betriebliche Übung Rn. 4.
- 68 BAG v. 11.4.2006 - 9 AZR 500/05, NZA 2006, 1089 Rn. 14 ff.; Fitting, BetrVG, 30. Aufl., 2020, §77 BetrVG Rn. 205; Ahrendt in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl., 2019, §110 Rn. 2; Kreitner in: Personalbuch 2020, 27. Aufl., 2020, Stichwort: 108 Betriebliche Übung Rn. 4.
- 69 Fitting, BetrVG, 30. Aufl., 2020, §77 BetrVG Rn. 206, 208; Kreitner in: Küttner, Personalbuch 2020, 27. Aufl., 2020, Stichwort: 108 Betriebliche Übung Rn. 3.
- 70 BAG v. 21.6.2005 - 9 AZR 200/04, NJOZ 2006, 681 Rn. 23; Ahrendt in: Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl., 2019, §110 Rn. 9.
- 71 Ahrendt in: Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl., 2019, §110 Rn. 9.
- 72 Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl. 2020, §2 Rn. 113 ff.; v. Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2020, 626 f.
- 73 Kluckert in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 45. Ed., Stand 15.11.2020, Art. 13 GG Rn. 1; Papier in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 92. EL August 2020, Art. 13 GG Rn. 1.
- 74 Papier in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 92. EL August 2020, Art. 13 GG Rn. 8.
- 75 Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 118; vgl. allgem. Boemke/Gruendel, ZfA 2001, 245 ff.
- 76 LAG Berlin-Brandenburg v. 14.11.2018 - 17 Sa 562/18, juris Rn. 23; Wedde, Telearbeit, 2002 Rn. 1008; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 117; Röller in: Küttner, Personalbuch 2020, 27. Aufl., 2020, Stichwort: 220 Homeoffice Rn. 5; Picker, ZfA 2019, 169, 279 f. Müller DB 2019, 1624, 1626; Kramer, DB 2000, 1329; Oberthür, MDR 2015, 1269.
- 77 Preis in: Preis, Der Arbeitsvertrag, 5. Aufl., 2015, II T 20 Rn. 30; Wedde, Telearbeit, 2002, Rn. 300; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 117; vgl. auch mit dem Hinweis auf §138 BGB Papier in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 92. EL August 2020, Art. 13 GG Rn. 8.
- 78 Preis in: Preis, Arbeitsvertrag, 5. Aufl., 2015, II T 20 Rn. 30 Fn. 7; Wedde, Telearbeit, 2002, Rn. 300; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 118.
- 79 Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 118.
- 80 Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §2 Rn. 658 ff.; Fuhrott/Fischer, NZA 2020, 345, 349 f.; Bleck-Vogdt in: Helm/Bundschuh/Wulff, Arbeitsrechtliche Beratungspraxis in Krisenzeiten, §3 Rn. 15; Krieger/Rudnik/Povedano Peramato, NZA 2020, 473, 475 ff.; Sagan/Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1114.
- 81 Wulff in: Helm/Bundschuh/Wulff, Arbeitsrechtliche Beratungspraxis in Krisenzeiten, §8 Rn. 14, Bonanni, ArbRB 2020, 110も同旨。
- 82 反対説として、Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, §8 Rn. 667 ff., Krieger/Rudnik/Povedano Peramato, NZA 2020, 473, 477。
- 83 Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Weißbuch Arbeiten 4.0, Stand März 2017, S. 77.
- 84 Ein neuer Aufbruch für Europa Eine neue Dynamik für Deutschland Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, 2018, S. 41 Rn. 1822 ff.
- 85 Düwell, BB 2020, 2676.
- 86 [https://www.brak.de/w/files/newsletter\\_archiv/berlin/2020\\_589anlage.pdf](https://www.brak.de/w/files/newsletter_archiv/berlin/2020_589anlage.pdf).
- 87 Picker, Editorial, NZA Heft 16/2019; ders., ZfA 2019, 269, 282 ff.

## 【プロフィール】

・執筆者

カーステン・ハーゼ(Karsten Haase)  
(弁護士)

ケルン大学法学部卒、Haase & Lieberknecht法律事務所所属。  
2006年からデュッセルドルフ大学で「労働法」の講義を担当。また、2016年3月から、独日労働法協会事務局長。

## 【プロフィール】

・翻訳者

山本 陽大 (JILPT副主任研究員)

同志社大学大学院法学研究科博士後期課程修了、博士(法学)。

2012年より現職。最近の主な著作に、『労働政策研究報告書No.209・第四次産業革命と労働法政策－“労働4.0”をめぐるドイツ法の動向からみた日本法の課題』(労働政策研究・研修機構、2021年)がある。