

Hamburg, den 28. März 2022



LEUPHANA
UNIVERSITÄT LÜNEBURG

Bachelorarbeit

Mobiles Arbeiten im EU-Ausland - Rechtliche Risiken, Herausforderungen und Gestaltungsmöglichkeiten anhand exemplarischer Fragestellungen

Mobile working abroad in the EU –
Legal risks, challenges and possibilities based on exemplary questions

Zur Erlangung des Grades Bachelor of Laws (LL.B.)

Vorgelegt von:

Julia von Bezold

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Fachsemester: 8

Studiengang: Rechtswissenschaften (Wirtschafts- und Unternehmensrecht)

Abgabedatum: 04.04.2022

Erstgutachter: Prof. Dr. Volker Stief

Zweitgutachter: Prof. Dr. Alexander Schall

Inhaltsverzeichnis

I.	Einführung.....	1
A.	Ausgangsproblematik.....	1
B.	Zielsetzung und Vorgehensweise.....	2
II.	Grundlegendes zur mobilen Arbeit im Ausland.....	3
A.	Bestimmung und Einordnung des Begriffs	3
1.	Mobile Arbeit	4
2.	Abgrenzung zu weiteren flexiblen Arbeitsformen	4
3.	Definition im Kontext der Thesis	5
B.	Grenzüberschreitende Tätigkeit	6
1.	Abgrenzung zur Auslandsentsendung	6
a)	Auf Weisung des Arbeitgebers	6
b)	Dauer der Auslandstätigkeit.....	7
c)	Wirtschaftlicher Arbeitgeber	7
2.	Zwischenergebnis	8
III.	Ausgewählte Rechtsproblematiken im Zusammenhang mit mobiler Arbeit im Ausland.....	8
A.	Auswirkungen von Homeoffice-Tätigkeiten im Ausland auf die Besteuerung von Arbeitnehmern	8
1.	Fallbeispiel.....	8
2.	Grundsätzliche Problematik im internationalen Kontext	9
a)	Bestimmung der Steuerpflicht im Heimatland	10
b)	Bestimmung der Steuerpflicht anhand des OECD-MA.....	12
3.	Zuordnung von Besteuerungsrechten am Arbeitslohn nach Art. 15 OECD-MA.....	14
4.	Zwischenergebnis	15
B.	Rechtsgrundlage für mobiles Arbeiten im Ausland	16
1.	Gestaltungsrecht des Arbeitgebers	16
2.	Zu regulierende Aspekte bei Einführung.....	17
a)	Definition und Umfang	17
(1)	Persönlicher Geltungsbereich.....	18
(2)	Sachlicher Geltungsbereich	19
b)	Beantragung und Genehmigung	20
(1)	Vorherige Prüfung durch HR und Vorgesetzten	20

(2)	Angemessene Ankündigungsfrist	21
(3)	Grundsatz der doppelten Freiwilligkeit	21
(4)	Genehmigung durch HR	22
c)	Vorzeitige Beendigung der Auslandstätigkeit	22
3.	Zwischenergebnis	23
C.	Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei mobiler Arbeit im Ausland	24
1.	Anwendbarkeit des BetrVG auf im Ausland arbeitende Mitarbeiter	24
2.	Einzelne Mitbestimmungsrechte im Überblick	25
a)	Bei einer Versetzung gem. §99 i.V. m. §95 Abs.3 BetrVG.....	25
b)	Mitbestimmungsrechte gem. §87 Abs.1 BetrVG.....	25
c)	Bei der Ausgestaltung mobiler Arbeit nach §87 Abs.1 Nr.14 BetrVG	26
(1)	Kollektiver Tatbestand	27
(2)	Inhaltliche Ausgestaltung	27
d)	Zwischenergebnis	28
IV.	Leitfaden zur rechtssicheren Gestaltung mobiler Arbeit im EU-Ausland	29
V.	Fazit.....	33

Literaturverzeichnis

AirPlus International

Unternehmen setzen auch in Zukunft auf mobiles Arbeiten. Kampf um Fachkräfte wird Topthema Nummer eins, 2021.

Abrufbar unter: <https://www.airplus.com/corporate/de/media-relations/presse/pressemitteilungen/2021/mobiles-arbeiten.html>
(zuletzt aufgerufen am 27.03.2022).

Baeck, Ulrich/ Winzer, Thomas/ Launer, Miriam

Neuere Entwicklungen im Arbeitsrecht. Betriebsrätemodernisierungsgesetz. Stärkung und Modernisierung der Betriebsratsarbeit? NZG 2021, S.923-925.

Bayer, Bastian

Krisengewinner „Mobiles Arbeiten“? Teil 1, ArbRAktuell 2020, S.433-436.

Bayreuther, Frank

Mitbestimmung bei mobiler Arbeit nach §87 I Nr.14 BetrVG, NZA 2021, S.839-841.

Bonanni, Andrea/ Rindone, Daniela

Mobile Arbeit im Ausland. Arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtliche Besonderheiten bei Verlagerung des Homeoffice ins Ausland, ArbRB 2021, S.307-310.

Bundesministerium für Arbeit und Soziales

Verbreitung und Auswirkungen von mobiler Arbeit und Homeoffice.

Forschungsbericht 549, Oktober 2020.

Abrufbar unter: <https://www.bmas.de/DE/Service/Publikationen/Forschungsberichte/fb-549-verbretung-auswirkungen-mobiles-arbeiten.html>
(zuletzt aufgerufen am 25.03.2022).

Birnbaum, Christian (Hrsg.)

COVID-19. Bildungsrecht in der Corona-Krise, 1. Auflage 2021.

Devey, Matthew/ Böhmer, Julian

Global Mobility. Was ist beim Homeoffice aus dem Ausland zu beachten?
DB 29/2021, M18-M20.

Elert, Nicole/ Raspels, Petra (Hrsg.)

Flexible Einsatzformen von Arbeitnehmern. Der rechtssichere Umgang mit atypischen Beschäftigungsverhältnissen für Unternehmer, 2013.

Elert, Nicole/ Raspels, Petra (Hrsg.)
Auslandseinsatz von Mitarbeitern. Die optimale Gestaltung aus Unternehmenssicht,
2013.

Falder, Roland
Befristung und vorzeitige Beendigung einer Auslandsentsendung. Fallstricke des
deutschen Arbeitsrechts, NZA 2016, S.401-405.

Gaul, Björn (Hrsg.)
Aktuelles Arbeitsrecht. Band 2, 2021.

Gaul, Björn/ Rindone, Daniela
Mitbestimmung bei der Einführung moderner Arbeitsformen. Ein Überblick über
die Beteiligungsrechte des Betriebsrats, ArbRB 2021, S.208-211.

Geulen, Felix
Das Home-Office im Ausland. Was müssen Arbeitgeber beachten? SPA 2021,
S.149-151.

Gosch, Dietmar/ Kroppen, Heinz-Klaus/ Grotherr, Siegfried/ Kraft, Gerhard
DBA Kommentar, 2021, 48. Ergänzungslieferung vom 01.01.2022.

Grambow, Tobias
Das Betriebsrätemodernisierungsgesetz im Überblick, NJW 2021, S.2074-2079.

Günther, Jens/ Böglmüller, Matthias
COVID-19-Pandemie und Home-Office, ArbRAktuell 2020, S.186-188.

Heise online
SAP lässt Mitarbeiter frei über Heim- oder Mobilarbeit entscheiden, 02.03.2018.
Abrufbar unter: <https://www.heise.de/newsticker/meldung/SAP-lasst-Mitarbeiter-frei-ueber-Heim-oder-Mobilarbeit-entscheiden-3985583.html>
(zuletzt aufgerufen am 20.03.2022).

Herfs-Röttgen, Ebba
Auslandsentsendung. Coronabedingter Rückruf und seine vergütungsrechtlichen
Folgen, NZA 2021, S.596-601.

Herfs-Röttgen, Ebba
Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte der Auslandstätigkeit, NZA 2018,
S.150-154.

Heuser, Achim/ Heidenreich, Jürgen
Auslandsentsendung und Beschäftigung ausländischer Mitarbeiter. Leitfaden für
die Praxis, 5. Auflage 2018.

Hidalgo, Martina/ Ceelen, Christoph

Homeoffice im EU-Ausland. Relevanz des Sozialversicherungsrechts für Arbeitgeber, NZA 2021, S.19-24.

Hördt, Michael

Das Arbeitsverhältnis im internationalen Kontext. Ein Überblick über das anwendbare Arbeits- und Sozialrecht, die Arbeitnehmerentsendung und das Home-Office im Ausland, ArbRAktuell 2020, S.485-489.

Keilich, Jochen/ Brummer, Paul

Home-Office und Mobile Working, SPA 2020, S.126-127.

Klein, Franz/ Orlopp, Gerd (Begr.)

Abgabenordnung, 15. Auflage, 2020.

Lievenbrück, Janina/ Droß, Maike/ Dissen, Frank

Steuerrechtliche Aspekte bei grenzüberschreitender Arbeitnehmerentsendung, NWB Nr.19 vom 06.05.2019, S.1364-1388.

Möllenkamp, Olaf

Das Betriebsrätemodernisierungsgesetz 2021. Regelungsinhalte und Praxisauswirkungen, DB 2021, S.1198-1202.

Mückl, Patrick/ Kaueroff, Cornelia

Mitbestimmungsrechtliche Aspekte einer Auslandsentsendung, ArbRAktuell 2013, S.567-571.

Müller, Elke-Luise

Ein Recht auf Home-Office? öAT 2021, S.45-48.

Müller, Frank

LB Spanien. Steuer- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte bei der Mitarbeiterentsendung ins Ausland, IWRZ 2017, S.235-239.

Müller, Stefan

Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis. Rechtshandbuch für die Arbeit 4.0, 3.Auflage 2022.

Müller-Glöge, Rudi/ Preis, Ulrich/ Schmidt, Ingrid (Hrsg.)

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 51, 22. Auflage 2022.

Niermann, Walter

Grenzüberschreitende Mitarbeiterentsendung. Wichtige Änderungen aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung, 5. Auflage 2018.

Oberthür, Nathalie

Die gesetzlichen Neuregelungen zur mobilen Arbeit. Zur Ausweitung der betrieblichen Mitbestimmung und des gesetzlichen Unfallschutzes durch das Betriebsrätemodernisierungsgesetz, ArbRB 2021, S.276-279.

Oberthür, Nathalie

Mobile Arbeit im Jahr 2021, MDR 2021, S.969-976.

Pickert, Christian

Arbeiten im Homeoffice. Anspruch und Wirklichkeit, NZA-Beilage 2021, S.4-17.

Reinartz, Oliver

Das Betriebsrätemodernisierungsgesetz, NZA-RR 2021, S.457-470.

Richardi, Reinhard (Hrsg.)

Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar, 17. Auflage 2022.

Röllner, Jürgen (Hrsg.)

Personalbuch 2021. Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht, 28. Auflage 2021.

Schaub, Günter (Begr.)

Arbeitsrechtliches Formular- und Verfahrenshandbuch, 14. Auflage 2021.

Schiefer, Bernd

Homeoffice-Vereinbarungen. Begriff, Formen, aktuelle Rechtsfragen und Gestaltungshinweise, DB 2021, S.1334-1340.

Schiefer, Bernd/ Worzalla, Michael

Das Betriebsrätemodernisierungsgesetz. Eine Mogelpackung? NZA 2021, S.817-825.

Schöllmann, Ingo

Mobile Working, Telearbeit, Desksharing, NZA-Beilage 2019, S.81-86.

Schulze, Marc-Oliver/ Schmidl, Julius

Entsendung in das Ausland. Individualrechtliche Gestaltungen und Mitbestimmung des BR, ArbRAktuell 2018, S.442-445.

Schulze, Marc-Oliver/ Ratzesberger, Eva

Telearbeit. Fluch oder Segen? Mitbestimmung des Betriebsrats bei mobiler Arbeit, ArbRAktuell 2016, S.109-112.

Schönfeld, Jens/ Ditz, Xaver (Hrsg.)

Doppelbesteuerungsabkommen, 2. Auflage 2019.

Schrade, Jörg/ Denninger, Isabella

Homeoffice im Ausland. Relevanz des Steuerrechts für Arbeitgeber, NZA 2021, S.102-107.

Steinau-Steinrück, Robert von

Was ist bei „Workation“ und „Bleisure“ rechtlich zu beachten? NJW-Spezial 2021, S.626-627.

Strunk, Günther/ Kaminski, Bert/ Köhler, Stefan (Hrsg.)

Außensteuergesetz Doppelbesteuerungsabkommen, 1. Auflage 2004,
60. Lieferung, Stand 01.10.2021.

Stück, Volker

Aktuelle arbeitsrechtliche Aspekte neuer Arbeitsformen. Delivering future work,
GmbHR 2021, S.1261-1268.

Stück, Volker/ Salo, Christina

Musterbetriebsvereinbarung zu Telearbeit, Homeoffice, Mobile Work.
My Homeoffice is my Castle, AuA 04/2021, S.22-28.

Stück, Volker/ Salo, Christina

Aktuelle rechtliche Aspekte von Tele-, mobiler, remoter Arbeit und New-Work-
Konzepten. Out of Office oder back to Office, AuA 12/2021, S.14-19.

Wassermeyer, Franz (Hrsg.)

Doppelbesteuerungsabkommen. Kommentar zu allen deutschen
Doppelbesteuerungsabkommen. Band I. Kommentierung OECD-MA,
Stand Oktober 2021.

Abkürzungsverzeichnis

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AktG	Aktiengesetz
AO	Abgabenordnung
ArbG	Arbeitsgericht
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArbStättV	Arbeitsstättenverordnung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
d.h.	das heißt
Ebd.	Ebenda
EStG	Einkommenssteuergesetz
EWK-Staaten	Staaten des europäischen Wirtschaftsraums
ggf.	gegebenenfalls
GewO	Gewerbeordnung
HR	Human Resources/ Personalabteilung
HS	Hauptsatz
i.d.R.	in der Regel
i.S.d.	im Sinne des
MAG	Mobile-Arbeit-Gesetz
OECD-MA	Musterabkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern von Einkommen und vom Vermögen
RefE	Referentenentwurf
Rn.	Randnummer
sog.	sogenannte
S.	Satz
z.B.	zum Beispiel

I. Einführung

A. Ausgangsproblematik

Mit dem Ausbruch des neuartigen Corona-Virus Ende Dezember 2019 in der chinesischen Stadt Wuhan kam es innerhalb kürzester Zeit zur weltweiten Ausbreitung und in Folge zu einem pandemischen Notstand, welcher die Arbeitswelt nachhaltig verändern sollte. Weltweit verhängte Maßnahmen zur Eindämmung des Infektionsgeschehens führten zu massiven Einschränkungen des Alltags- und Berufslebens vieler Arbeitnehmer¹. Unternehmen sahen sich folglich dazu gezwungen, in kürzester Zeit schnelle und flexible Lösungsmöglichkeiten durch die Nutzung mobiler Arbeitsformen zu entwickeln, um den Geschäftsbetrieb aufrechtzuhalten.

Für zahlreiche Beschäftigte wurde das Arbeiten von Zuhause damit kurzerhand zur neuen Realität, insbesondere im grenzüberschreitenden Bereich. Mehr als ein Drittel der Arbeitnehmer in Europa befanden sich im Zuge der Pandemie im Homeoffice.²

Vor allem im internationalen Bereich haben sich im Zuge dessen neue Arbeitsformen und Trends entwickelt. „Remote Work“, „Workation“³, „Digital Nomads“ oder etwa „Hybrid Working“ sind Begriffe, die durch die neue Flexibilität in der Arbeitswelt entstanden sind. Viele Unternehmen nehmen die Corona-Pandemie als Anlass dafür, ihren Beschäftigten auch in Zukunft weiterhin Möglichkeiten des flexiblen, ortsunabhängigen Arbeitens anzubieten. Einer Umfrage zufolge wollen etwa 77% der befragten Unternehmen auch nach der Krise mobiles Arbeiten ermöglichen.⁴ Insbesondere für internationale Mitarbeiter, die im Ausland wohnen und für ihren inländischen Arbeitgeber in Deutschland tätig werden, bietet mobiles Arbeiten neue flexible Möglichkeiten und Chancen Privat- und Berufsleben im Heimatland zu vereinen. Weitere Arbeitnehmer sehen hierin die Chance Arbeit und Urlaub zu vereinen, indem z.B. vom Ferienhaus aus in Dänemark gearbeitet wird.⁵ Internationale Auslandseinsätze sind in der Praxis allerdings mit einem hohen Regulierungsbedarf verbunden, da hierbei regelmäßig Fragestellungen im Hinblick auf

¹ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dieser Arbeit das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und anderweitige Geschlechteridentitäten werden dabei ausdrücklich mitgemeint, soweit es für die Aussage erforderlich ist.

² BMAS, Forschungsbericht 549, S.94.

³ Hiermit ist die Kombination aus Arbeit („work“) und Urlaub („vacation“) gemeint.

⁴ AirPlus International, Unternehmen setzen auch in Zukunft auf mobiles Arbeiten.

⁵ Geulen, SPA 2021, 149 (149).

steuerrechtliche, sozialversicherungsrechtliche als auch arbeitsrechtliche Aspekte zu klären sind, bevor eine solche grenzüberschreitende Tätigkeit rechtssicher erfolgen kann.

Zu klären sind Fragen wie: Was ändert sich an der Steuerpflicht des Arbeitnehmers, sobald dieser einer Homeoffice-Tätigkeit im Ausland auf bestimmte Zeit für seinen inländischen Arbeitgeber nachgeht? Auf welcher Rechtsgrundlage kann mobiles Arbeiten im Ausland vereinbart werden? Was für Rahmenbedingungen sollten für eine solche Auslandstätigkeit festgehalten und entsprechend reguliert werden? Inwiefern ist der inländische Betriebsrat bei einer mobilen Auslandstätigkeit zu beteiligen? Die rechtlichen Risiken und Rechtsunsicherheiten bei einer grenzüberschreitenden Tätigkeit sind vielseitig und nicht zu unterschätzen. Zudem gibt es bislang noch keine eindeutigen rechtlichen Regelungen für mobiles Arbeiten im Ausland, sodass vorerst nur auf allgemeine Grundsätze zurückgegriffen werden kann.⁶ Unternehmen laufen damit schnell Gefahr, die Risiken, die im Hinblick auf mobiles Arbeiten im Ausland drohen, zu übersehen und Anfragen ihrer Mitarbeiter vorschnell, ohne sich mit den hiermit verbundenen rechtlichen Konsequenzen auseinanderzusetzen, zu genehmigen.

B. Zielsetzung und Vorgehensweise

Ziel dieser Thesis soll es sein, Arbeitgeber und ihre Mitarbeiter auf die Risiken von mobiler Arbeit im Ausland aufmerksam zu machen, ein Problembewusstsein für die gegenwärtigen Rechtsunsicherheiten zu schaffen und davon ausgehend Gestaltungsmöglichkeiten für einen rechtssicheren Umgang mit mobiler Arbeit im grenzüberschreitenden Bereich zu formulieren. Hierfür wird im Zuge der Arbeit ein Leitfaden zur rechtskonformen Ausgestaltung von mobiler Arbeit im Ausland konzipiert. Da der Umfang der Bachelorarbeit beschränkt ist, soll der Fokus im Rahmen dieser Thesis auf mobiler Arbeit im EU-Ausland liegen. In diesem Rahmen werden die Risiken im Hinblick auf ausgewählte steuerrechtliche sowie arbeitsrechtliche Fragestellungen herausgearbeitet.

Die Arbeit orientiert sich im Ganzen am fiktiven deutschen Unternehmen B mit Hauptsitz in Berlin. Die folgenden Rechtsproblematiken mobiler Auslandsarbeit werden damit aus der Sicht eines deutschen Arbeitgebers betrachtet. B ist weltweit als Online-Lieferhändler tätig und beschäftigt derzeit etwa 1.500 Mitarbeiter mit über 30 Nationalitäten am Standort

⁶ Hördt, ArbRAktuell 2020, 485 (489).

in Berlin. Der Betriebsrat fordert B auf Wunsch der Mitarbeiter dazu auf, der gesamten Belegschaft mobiles Arbeiten auch aus dem EU-Ausland zu ermöglichen. Arbeitgeber B steht dem Wunsch seiner Arbeitnehmer grundsätzlich offen gegenüber, ist sich allerdings über die hiermit verbundenen rechtlichen Risiken nicht im Klaren. Es ist davon auszugehen, dass in Zukunft alle seine 1.500 Mitarbeiter von der Möglichkeit mobil aus dem Ausland aus zu arbeiten, Gebrauch machen wollen.

In einem ersten Grundlagenteil der Thesis wird hierfür zunächst der Begriff des mobilen Arbeitens in den rechtlichen Diskurs und in den Kontext dieser Arbeit eingeordnet. Anschließend soll das mobile Arbeiten im Ausland von der Auslandsentsendung abgegrenzt werden. Schwerpunktmäßig sollen im Zuge dieser Thesis die einkommenssteuerrechtlichen Konsequenzen mobiler Arbeit im Ausland anhand der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung analysiert und herausgearbeitet werden. Zur besseren Anschaulichkeit wird hierbei auf ein praxisorientiertes Fallbeispiel Bezug genommen. Aus arbeitsrechtlicher Sicht werden außerdem die Rechtsgrundlage für mobiles Arbeiten im Ausland, sowie die zu berücksichtigenden Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats herausgearbeitet und komprimiert dargestellt. Die Ergebnisse und Erkenntnisse aus der Analyse der verschiedenen Fragestellungen sollen am Ende der Arbeit in einem Leitfaden für Arbeitgeber und ihre Mitarbeiter festgehalten werden. Abschließend erfolgt eine Zusammenfassung der Ergebnisse der Thesis sowie ein Ausblick zur zukünftigen Gestaltung mobiler Arbeit im EU-Ausland im Rahmen eines Fazits.

II. Grundlegendes zur mobilen Arbeit im Ausland

Um dem oben genannten Ziel näher zu kommen, ist es zunächst erforderlich den Begriff der mobilen Arbeit zu bestimmen, sowie anschließend den Bezug zum internationalen Kontext herzustellen.

A. Bestimmung und Einordnung des Begriffs

In der Terminologie flexibler Arbeitsformern außerhalb des Betriebs besteht bislang weder in der Literatur noch in der Praxis ein einheitliches Verständnis.⁷ Für die Gestaltung eines rechtssicheren Leitfadens zu mobiler Arbeit im Ausland bedarf es daher zunächst einer

⁷ Schöllmann, NZA-Beilage 2019, 81 (81). Ebenso: Oberthür, MDR 2021,969 (969).

grundlegenden Kenntnis und Abgrenzung zu weiteren im aktuellen Rechtsdiskurs existenten Begrifflichkeiten.

1. Mobile Arbeit

Gesetzlich ist der Begriff der mobilen Arbeit bislang noch nicht definiert. Laut aktuellem Referentenentwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit arbeitet ein Arbeitnehmer mobil, wenn dieser die geschuldete Arbeitsleistung unter Einsatz von Informationstechnologie außerhalb der Betriebsstätte von einem Ort oder von verschiedenen Orten seiner Wahl oder von mit dem Arbeitgeber vereinbarten Orten erbringt.⁸ Entsprechend könnte es künftig im Rahmen der mobilen Arbeit darauf ankommen, dass der Arbeitnehmer autonom bestimmt, von wo aus er tätig wird.⁹ Da bei mobiler Arbeit in der Regel kein fester Arbeitsort vereinbart ist, ist die Erbringung der Arbeitsleistung bei dieser Arbeitsform grundsätzlich von jedem denkbaren Ort aus möglich etwa im Hotelzimmer, einem Restaurant oder laut Literatur auch an einem Ort aus dem Ausland.¹⁰ In der unternehmerischen Praxis wird oft der Begriff „Remote Work“ verwendet. Dieser ist vom inhaltlichen Verständnis der mobilen Arbeit gleichzustellen.¹¹ Zwar hat der Arbeitgeber auch bei mobiler Arbeit seiner Arbeitnehmer auf die Einhaltung bestehender arbeitsschutzrechtlicher Pflichten zu achten, allerdings beschränken sich diese aufgrund der geringen Einflussmöglichkeiten des Arbeitgebers auf den konkreten Arbeitsort des Arbeitnehmers lediglich auf allgemeine Pflichten, die sich aus dem ArbSchG ergeben.¹²

2. Abgrenzung zu weiteren flexiblen Arbeitsformen

Zu unterscheiden ist die mobile Arbeit vom Homeoffice und der Telearbeit. Insbesondere der Begriff des Homeoffice hat im Zuge der pandemischen Entwicklung und der damit verbundenen Notwendigkeit, flexible Arbeitsmodelle zu schaffen, an Aufmerksamkeit in der Rechtspraxis gewonnen. Ebenso wie die mobile Arbeit ist auch das Homeoffice nicht legaldefiniert. Im Gegensatz zu mobiler Arbeit, qualifiziert sich eine Tätigkeit als Homeoffice, wenn die Arbeitsleistung in den privaten Räumlichkeiten des Arbeitnehmers

⁸ Vgl. Art.1 Abs.1 RefE MAG; LAG Köln, Beschluss v. 23.04.21 – 9 TaBV 9/21. Der vom BMAS eingeführte Gesetzesentwurf für ein Mobile-Arbeit-Gesetz hat sich bislang nicht durchsetzen können.

⁹ Günther/Böglmüller, ArbRAktuell 20, 188 (188).

¹⁰ Friedhofen, in: Birnbaum (Hrsg.), Bildungsrecht in der Corona-Krise, §5 Rn.146.

¹¹ Müller, öAT 2021, 45 (46). Ebenso: Schrade/Denninger, NZA 2021, 102 (102).

¹² Günther/Böglmüller, ArbRAktuell 20, 188 (188).

erbracht wird.¹³ Insoweit orientiert sich der Begriff des Homeoffice an der gesetzlichen Definition des Telearbeitsplatzes gem. §2 Abs.7 S.1 ArbStättV. Allerdings wird gerade das pandemiebedingte, provisorisch und arbeitsvertraglich noch wenig regulierte Homeoffice keinen Telearbeitsplatz in diesem Sinne darstellen.¹⁴ Homeoffice kann nach einer Literaturauffassung sowohl in Form mobiler Arbeit als auch Telearbeit erfolgen.¹⁵ Für das Vorliegen von Telearbeit bedarf es gem. §2 Abs.7 S.2 ArbStättV einer vertraglichen Vereinbarung zwischen den Arbeitsvertragsparteien über die Bedingungen und die entsprechende Einrichtung des Arbeitsplatzes. Der Arbeitgeber ist zudem explizit nach §2 Abs.7 S.2 2.HS ArbStättV für die Ausstattung des Arbeitnehmers mit Arbeitsmitteln und Mobiliar verantwortlich. Von der häuslichen Telearbeit zu unterscheiden ist die alternierende Telearbeit, bei der die Tätigkeit im Wechsel aus den Räumlichkeiten des Arbeitnehmers, als auch von der Betriebsstätte aus erbracht wird.¹⁶ Liegt ein Telearbeitsplatz entsprechend der Legaldefinition vor, sind damit im Unterschied zur mobilen Arbeit auch arbeitsschutzrechtlich tiefergehende Pflichten der ArbStättV zu beachten.¹⁷

3. Definition im Kontext der Thesis

Im Vergleich zur Telearbeit und dem Homeoffice ist der Begriff der mobilen Arbeit weiter gefasst und aktuell noch wenig reguliert. Für Unternehmen bietet mobiles Arbeiten auf nationaler Ebene einerseits Rechtsunsicherheit und andererseits mehr Spielraum in der Auslegung des Begriffs. Da mobile Arbeit nicht abschließend definiert und uneinheitlich genutzt wird, ist an dieser Stelle eine Begriffsdefinition erforderlich. Im Kontext dieser Thesis soll der Begriff der mobilen Arbeit ausschließlich die Tätigkeit von einem Homeoffice im Ausland aus, d.h. aus den privaten Räumlichkeiten des Arbeitnehmers im Ausland umfassen. Dabei ist von der Grundkonstellation auszugehen, dass der Arbeitnehmer auf eigenen Wunsch und ohne betriebliche Veranlassung für seinen deutschen Arbeitgeber im EU-Ausland tätig wird.

¹³ Keilich/Brummer, SPA 2020, 126 (126).

¹⁴ Pickert, NZA-Beilage 2021, 4 (4).

¹⁵ Stück, GmbHR 2021, 1261 (1262).

¹⁶ Schöllmann, NZA-Beilage 2019, 81 (81).

¹⁷ Keilich/Brummer, SPA 2020, 126 (126).

B. Grenzüberschreitende Tätigkeit

Wird ein Arbeitnehmer im Ausland, d.h. im internationalen, grenzüberschreitenden Bereich für seinen Arbeitgeber tätig, sind mitunter komplexe Fragestellungen mehrerer Rechtsgebiete zu klären. Für den hier zu behandelnden Fall einer Homeoffice-Tätigkeit im Ausland gibt es wie bereits einleitend erwähnt bislang keine klaren speziellen Regelungen.¹⁸ Um die grundsätzliche Problematik im Hinblick auf steuerliche und arbeitsrechtliche Aspekte im internationalen Kontext aufzuzeigen, wird im Verlauf der Arbeit analog auf die Literatur und Rechtsprechung, die es bislang zur Auslandsentsendung gibt, zurückgegriffen.

1. Abgrenzung zur Auslandsentsendung

Da es sich bei der Auslandsentsendung um einen klar definierten Begriff handelt, erscheint es sinnvoll, diesen zunächst von einer mobilen Tätigkeit im Ausland abzugrenzen.

a) Auf Weisung des Arbeitgebers

Zu unterscheiden ist die Auslandsentsendung von der Tätigkeit im ausländischen Homeoffice zunächst anhand des Ausgangsinteresses zum Tätigwerden im grenzüberschreitenden Bereich. Die Auslandsentsendung erfolgt in der Regel auf Weisung des Arbeitgebers in seinem Interesse im Ausland tätig zu werden.¹⁹ Häufig geschieht dies aus einer geschäftlichen Notwendigkeit heraus.²⁰ Das Arbeiten von einem ausländischen Homeoffice aus kann mithin schon deshalb nicht als Entsendung betrachtet werden, da die Initiative hier vom Arbeitnehmer selbst ausgeht. Der Arbeitnehmer wird in der Regel auf eigenen Wunsch und damit ohne betriebliche Veranlassung aus einem privaten Interesse heraus im Ausland tätig.²¹ Die Gründe hierfür sind vielfältig und vom Einzelfall abhängig. Es fehlt bei einer Homeoffice-Tätigkeit im Ausland insoweit regelmäßig an der Weisung des Arbeitgebers, um diese als Entsendung zu klassifizieren.

¹⁸ Hördt, ArbRAktuell 2020, 485 (489).

¹⁹ Preiss, in: Ehlert/Raspels, Flexible Einsatzformen von AN, Teil 3, Kapitel 12 Rn.10

²⁰ Heuser/Heidenreich, Auslandsentsendung und Beschäftigung ausländischer Mitarbeiter, S.4 Rn.16.

²¹ Vgl. Geulen, SPA 2021, 149 (149).

b) Dauer der Auslandstätigkeit

Ein weiteres Differenzierungsmerkmal stellt die Dauer der Tätigkeit im Ausland dar. Der aus dem deutschen Sozialrecht stammende Begriff der Entsendung setzt eine zeitliche Befristung der Beschäftigung im Ausland voraus.²² Während es sich bei Auslandsentsendungen regelmäßig um kurzfristige Entsendungen innerhalb eines Zeitrahmens von einigen Monaten bis zu einem Jahr (sog. „Short-Term-Assignments“)²³ oder längerfristige Entsendungen für mehrere Jahre (sog. „Long-Term-Assignments“)²⁴ handelt,²⁴ ist die angestrebte Dauer zum Zwecke mobilen Arbeitens im Ausland vom individuellen Wunsch des Mitarbeiters abhängig und damit zunächst unbestimmt. In der aktuellen Diskussion steht hauptsächlich die Fallgruppe von Arbeitnehmern, die kurzfristig beispielsweise für ein paar Wochen oder Monate zu ihrer Familie ins Ausland oder einmalig die Tätigkeit im Ausland im Anschluss an ihren Urlaub nutzen wollen.²⁵ Mangels einheitlicher Regelungen sind allerdings auch dauerhafte und regelmäßig stattfindende Homeoffice-Tätigkeiten im Ausland denkbar.

c) Wirtschaftlicher Arbeitgeber

Aus steuerrechtlicher Sicht kann es bei einer Entsendung neben dem zivilrechtlichen Arbeitgeber auch einen wirtschaftlichen Arbeitgeber i. S. d. Doppelbesteuerungsabkommens²⁶ geben, wenn der Arbeitnehmer bei einem inländischen Arbeitgeber angestellt ist (zivilrechtlicher Arbeitgeber) und die Tätigkeit bei einem im Ausland verbundenen Unternehmen gem. §15 AktG ausgeübt wird.²⁷ Das ausländische Unternehmen ist als wirtschaftlicher Arbeitgeber zu betrachten, wenn der Arbeitnehmer in das ausländische Unternehmen eingebunden ist und den Arbeitslohn des Arbeitnehmers wirtschaftlich trägt.²⁸ Bei einer Homeoffice-Tätigkeit fallen zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Arbeitgeber anders als bei der Auslandsentsendung i. d. R. nicht auseinander, da der Arbeitnehmer weiterhin für seinen deutschen Arbeitgeber im ausländischen Homeoffice tätig ist und kein weiteres Unternehmen im Ausland involviert

²² Preiss, in: Ehlert/Raspels, Flexible Einsatzformen von AN, Teil 3, Kapitel 12 Rn.10.

²³ Fischer, in: Ehlert/Raspels, Auslandseinsatz von Mitarbeitern, Kapitel 2 Rn.16.

²⁴ Fischer, in: Ehlert/Raspels, Auslandseinsatz von Mitarbeitern, Kapitel 2 Rn.20.

²⁵ Hidalgo/Ceelen, NZA 2021, 19 (22).

²⁶ Damit ist das jeweilige zwischen den Ländern vereinbarte Abkommen zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung gemeint, welches im späteren Verlauf der Arbeit näher erläutert wird.

²⁷ Niermann, Grenzüberschreitende Mitarbeiterentsendung, S.34.

²⁸ Ebd.

ist. Insoweit ist bei einem „Auslandshomeoffice“ in der Regel kein wirtschaftlicher Arbeitgeber im Ausland vorhanden.

2. Zwischenergebnis

Auch wenn sich die Auslandsentsendung begrifflich von der Homeoffice-Tätigkeit im Ausland anhand des Weisungsrechts, der Dauer der Tätigkeit als auch dem Bestehen eines wirtschaftlichen Arbeitgebers im Ausland unterscheidet, sind im Grundsatz die gleichen Problematiken im internationalen Kontext zu klären. Es stellen sich sowohl aus steuerlicher als auch aus arbeitsrechtlicher Sicht für Arbeitnehmer und Arbeitgeber relevante Fragestellungen. Einige dieser Fragestellungen sollen im Folgenden betrachtet und analysiert werden.

III. Ausgewählte Rechtsproblematiken im Zusammenhang mit mobiler Arbeit im Ausland

Im Folgenden werden einzelne steuerrechtliche sowie arbeitsrechtliche Problematiken, die im Zusammenhang mit einer mobilen Tätigkeit im Ausland zu beachten sind, herausgearbeitet und analysiert.

A. Auswirkungen von Homeoffice-Tätigkeiten im Ausland auf die Besteuerung von Arbeitnehmern

1. Fallbeispiel

Arbeitnehmer D ist deutscher Staatsbürger und seit über drei Jahren für seinen Arbeitgeber B am Hauptsitz in Berlin tätig. Im Zuge der Corona-Pandemie sah B sich dazu gezwungen, große Teile der Belegschaft aus dem Homeoffice aus arbeiten zu lassen, um so das Tagesgeschäft und den Betrieb des Unternehmens aufrecht zu halten. Auf die neue Flexibilität bei der Wahl des Arbeitsortes möchte D auch in Zukunft nicht verzichten. Er beantragt daher bei B im kommenden Jahr für einige Monate von Spanien aus zu arbeiten. Da seine Ehefrau sich zeitweise aus beruflichen Gründen in Spanien aufhält, möchte er sie begleiten und vom gemeinsamen spanischen Zweitwohnsitz aus mobil für B tätig werden.

Anschließend möchte er einige weitere Wochen bleiben und mit seiner Ehefrau dort seinen Urlaub verbringen. D und sein Arbeitgeber B möchten hierbei sicherstellen, dass keine Steuerpflicht im Ausland für den Arbeitnehmer begründet wird.

2. Grundsätzliche Problematik im internationalen Kontext

Betrachtet man die Auslandstätigkeit aus einkommenssteuerrechtlicher Sicht, ist zu klären, inwiefern das Homeoffice im Ausland zu einer Veränderung der Steuerpflicht des Arbeitnehmers führt und damit einhergehende Konsequenzen bei der Besteuerung des Arbeitslohns zu beachten sind. In diesem Zusammenhang sollen die steuerrechtlichen Auswirkungen im internationalen Kontext bei der Besteuerung des Arbeitnehmers Berücksichtigung finden. Etwaige Steuerpflichten können hierbei sowohl arbeitnehmer- als auch arbeitgeberseitig auftreten. Seitens des Arbeitgebers können insbesondere Pflichten zur Abführung der Lohnsteuer im Ausland sowie weitere verfahrensrechtliche Pflichten im Ausland entstehen,²⁹ welche aufgrund des Zusatzaufwands im Interesse des Arbeitgebers vermieden werden sollten. Da der Schwerpunkt vorliegender Arbeit nicht auf lohnsteuerrechtliche Fragestellungen ausgerichtet ist, sei an dieser Stelle lediglich darauf hingewiesen, dass diese im Zusammenhang mit der Besteuerung des Arbeitnehmers stehen und zu beachten sind.

Bei der Erhebung von Steuern und Abgaben knüpft nahezu jeder Staat an die Ansässigkeit des Arbeitnehmers als auch an die Erbringung der Tätigkeit in seinem Hoheitsgebiet an.³⁰ Treffen die jeweiligen nationalen Besteuerungsansprüche bei einer Auslandstätigkeit aufeinander, droht mithin zunächst eine Doppelbesteuerung derselben Einkünfte.³¹ Zur Vermeidung einer solchen Doppelbesteuerung hat Deutschland mit vielen Ländern wie etwa Spanien sog. Doppelbesteuerungsabkommen³² abgeschlossen, nach denen klar geregelt ist, welchem Land das Besteuerungsrecht zusteht.³³ DBA begründen selbst keinen Besteuerungsanspruch, sondern verweisen lediglich auf das nationale Recht.³⁴ Ziel der DBA ist insoweit eine effektive Einmalbesteuerung.³⁵ Als völkerrechtliche Verträge gehen

²⁹ Schrade/Denninger, NZA 2021, 102 (102).

³⁰ Heuser/Heidenreich, Auslandsentsendung und Beschäftigung ausländischer Mitarbeiter, S.137 Rn.644.

³¹ Müller, IWRZ 2017, 235 (236).

³² Im Folgenden wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit die Abkürzung DBA benutzt.

³³ Müller, IWRZ 2017, 235 (236).

³⁴ Lievenbrück/Droß/Dissen, NWB Nr.19 vom 06.05.2019, S.1369; BMF-Schreiben vom 03.05.2018 IV B 2 – S 1300/08/10027.

³⁵ Müller, IWRZ 2017, 235 (236).

diese gem. §2 AO dem nationalen Recht vor. Die meisten mit Deutschland abgeschlossenen DBA orientieren sich an dem OECD-Musterabkommen,³⁶ weshalb im Verlauf der Arbeit die Problematik anhand des aktuellen Musterabkommens von 2017 erläutert werden soll.

Für die Anwendbarkeit des Abkommens müsste neben dem persönlichen Geltungsbereich gem. Art.1 i. V. m Art.4 OECD-MA auch der sachliche Anwendungsbereich nach Art.2 OECD-MA vorliegen. Aufgrund der im Kontext der Thesis behandelten einkommenssteuerrechtlichen Aspekte ist hier von der sachlichen Anwendbarkeit des OECD-MA auszugehen. Der persönliche Anwendungsbereich bestimmt sich nach der Ansässigkeit des Arbeitnehmers gem. Art.4 OECD-MA, wonach der Arbeitnehmer in mindestens einem der Vertragsstaaten ansässig sein muss. Der abkommensrechtliche Begriff der Ansässigkeit führt mithin zur Abkommensberechtigung.³⁷ Steuerlich ansässig im abkommensrechtlichen Sinne kann ein Arbeitnehmer nur in einem der Vertragsstaaten sein, auch wenn die jeweiligen nationalen Bestimmungen der beteiligten Staaten eine unbeschränkte Steuerpflicht vorsehen.³⁸ Inwiefern der Arbeitnehmer in einem der beteiligten Staaten als ansässig zu betrachten ist, bestimmt sich nach den jeweiligen innerstaatlichen Regelungen.³⁹

a) Bestimmung der Steuerpflicht im Heimatland

Bevor eine Prüfung der steuerlichen Ansässigkeit des Arbeitnehmers durch das DBA erfolgt, ist zunächst die Steuerpflicht des Arbeitnehmers auf Grundlage des nationalen Steuerrechts zu bestimmen. Ausgangspunkt der steuerlichen Betrachtung ist die Frage nach dem Wohnsitz oder dem gewöhnlichen Aufenthalt des Arbeitnehmers.⁴⁰ Weist der im Ausland tätige Arbeitnehmer weiterhin einen Wohnsitz nach §8 AO oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt gem. §9 AO im Inland auf, unterliegt er nach §1 Abs.1 S.1 EStG der unbeschränkten Steuerpflicht in Deutschland und ist damit mit seinen gesamten in- und ausländischen Einkünften im Heimatland steuerpflichtig.⁴¹ Für das Vorliegen eines Wohnsitzes verlangt §8 AO eine aus den Umständen hervorgehende Beibehaltung und Nutzung der Wohnung. Abgestellt wird hierbei zum einen auf die tatsächliche

³⁶ Müller, IWRZ 2017, 235 (236).

³⁷ BMF-Schreiben vom 03.05.2018 IV B 2 – S 1300/08/10027.

³⁸ Ebd.

³⁹ Lievenbrück/Droß/Dissen, NWB Nr.19 vom 06.05.2019, S.1370.

⁴⁰ Devey/Böhmer, DB 2021, M18- M20.

⁴¹ Lievenbrück/Droß/Dissen, NWB Nr.19 vom 06.05.2019, S.1367.

Verfügbarmacht über die Wohnung.⁴² Eine solche tatsächliche Verfügbarmacht ergibt sich daraus, dass dem Arbeitnehmer die Schlüssel zur Verfügung stehen und er insoweit nach Belieben über diese verfügen kann.⁴³ Zudem muss die Wohnung mit einer gewissen Regelmäßigkeit und Gewohnheit benutzt werden.⁴⁴

Der gewöhnliche Aufenthalt wird nach §9 S.1 AO dann im Heimatland liegen, wenn sich aus den Umständen ein nicht nur vorübergehender Aufenthalt erkennen lässt. Ein zeitlich zusammenhängender Aufenthalt von mehr als sechs Monaten im Heimatland wird gem. §9 S.2 AO als gewöhnlicher Aufenthalt betrachtet.

Damit die unbeschränkte Steuerpflicht des Arbeitnehmers D im Inland begründet wird, sollte der Arbeitgeber insoweit sicherstellen, dass ein inländischer Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt von D nach obenstehenden Kriterien auch während der Auslandstätigkeit weiterhin bestehen bleibt.

Da Arbeitnehmer D lediglich für eine gewisse Zeit vom ausländischen Homeoffice aus tätig werden möchte, wird der Wohnsitz auch weiterhin im Inland liegen und der Arbeitnehmer weiterhin im Inland unbeschränkt steuerpflichtig sein.

Liegt hingegen kein Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt im Heimatland nach den oben genannten Grundsätzen vor, unterliegt der Arbeitnehmer gem. §49 Abs.1 EStG i. V. m. §1 Abs.4 EStG mit seinen inländischen Einkünften⁴⁵ lediglich der beschränkten Steuerpflicht. Diese Konstellation wird in der Regel dazu führen, dass der Arbeitnehmer nicht im Heimatland, sondern im Homeoffice-Staat als ansässig betrachtet wird und folglich durch die Anwendung des DBA eine unbeschränkte Steuerpflicht im Ausland begründet wird.

Im Ergebnis wird D bei nur vorübergehender Tätigkeit seinen Wohnsitz im Heimatland weiterhin aufrechterhalten und mithin der dortigen unbeschränkten Steuerpflicht unterliegen.

⁴² Gersch, in: Klein (Hrsg.), Abgabenordnung, §8 AO Rn.3.

⁴³ Niermann, Grenzüberschreitende Mitarbeiterentsendung, S.4.

⁴⁴ Gersch, in: Klein (Hrsg.), Abgabenordnung, §8 AO Rn.3.

⁴⁵ Hierzu gehören gem. §49 Abs.1 EStG z.B. Einkünfte aus im Inland ausgeübter und verwerteter nichtselbstständiger Arbeit sowie Vermietungseinkünfte.

b) Bestimmung der Steuerpflicht anhand des OECD-MA

Mit dem Vorliegen der unbeschränkten Steuerpflicht im Heimatland wird auch die abkommensrechtliche Ansässigkeit nach Art.4 Abs.1 S.1 OECD-MA begründet und das DBA findet nach Art.1 OECD-MA Anwendung.

Zu beachten ist hierbei, dass der Arbeitnehmer sowohl im Heimatland als auch im Homeoffice-Staat der unbeschränkten nationalen Steuerpflicht unterliegen kann und damit eine doppelte Ansässigkeit vorliegen würde.⁴⁶ Unter Betrachtung des obigen Fallbeispiels könnte das Vorliegen eines inländischen Wohnsitzes sowie des im Ausland befindlichen Zweitwohnsitzes zu einer solchen doppelten Ansässigkeit gemäß DBA führen. Zur Ermittlung der vorrangigen Ansässigkeit stellt Art.4 Abs.2 OECD-MA zunächst auf den Staat ab, an dem der Arbeitnehmer eine ständige Wohnstätte aufweist.

Nach einer Literaturlauffassung ist der Begriff der ständigen Wohnstätte weit auszulegen und umfasst zunächst alle zum Wohnen geeignete Räumlichkeiten.⁴⁷ Das Kriterium einer „ständigen“ Wohnstätte verdeutlicht das Erfordernis einer dauerhaften und nicht nur vorübergehenden Einrichtung und damit verbundenen Nutzungsmöglichkeit.⁴⁸ Ebenso muss der Steuerpflichtige eine nicht nur vorübergehende Verfügungsmacht über die Wohnung innehaben.⁴⁹ Wird die Wohnung nicht als regelmäßige Anlaufstelle, sondern nur gelegentlich genutzt, liegt in der Regel keine ständige Wohnstätte vor.⁵⁰ Eine ständige Wohnstätte wird nach einer Auffassung zudem lediglich am Ort des Hauptwohnsitzes vorliegen.⁵¹ Infolge wird ein Zweitwohnsitz, der nur vorübergehend und wie im obigen Fall ohne eine tatsächliche Regelmäßigkeit genutzt wird, nicht zu einer Ansässigkeit im Homeoffice-Staat führen.

Zu einer anderen Beurteilung der ständigen Wohnstätte kann es indes kommen, wenn der Arbeitnehmer nicht nur kurzzeitig vom Zweitwohnsitz aus tätig wird, sondern längerfristig für mehr als sechs Monate aus dem ausländischen Homeoffice aus arbeiten möchte.⁵² Ergibt sich aus dem Einzelfall, dass sowohl im Heimatland als auch im Homeoffice-Staat eine ständige Wohnstätte vorliegt, bestimmt sich die abkommensrechtliche steuerliche

⁴⁶ Lievenbrück/Droß/Dissen, NWB Nr.19 vom 06.05.2019, S.1370.

⁴⁷ Valta/ Langner, in: GKGK DBA, Art. 4 OECD-MA Rn.262.

⁴⁸ Kaminski, in: Strunk/Kaminski/Köhler, Außensteuergesetz/DBA, Art. 4 OECD-MA Rn.41.

⁴⁹ Ebd.

⁵⁰ BFH, Urteil v. 05.06.2007- I R 22/06; Valta/ Langner, in: GKGK DBA, Art. 4 OECD-MA Rn.263.

⁵¹ Kaminski, in: Strunk/Kaminski/Köhler, Außensteuergesetz/DBA, Art. 4 OECD-MA Rn.42.

⁵² Pohl, in: Schönfeld/Ditz, DBA, Art. 4 DBA Rn.71.

Ansässigkeit nach dem Mittelpunkt der Lebensinteressen.⁵³ Dieser befindet sich in dem Staat, in dem der Arbeitnehmer die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen gem. Art.4 Abs.2 a) OECD-MA aufweist. Abzustellen ist hierbei auf ein nach objektiven Kriterien zu bestimmendem Gesamtbild der Verhältnisse.⁵⁴

Zur Bestimmung der wirtschaftlich engeren Beziehungen wird unter anderem auf örtlich gebundene Tätigkeiten, Einnahmequellen sowie Vermögensgegenstände angeknüpft.⁵⁵ Unter der Annahme, dass die Haupteinnahmequelle von D den vom inländischen Arbeitgeber B gezahlten Arbeitslohn darstellt, werden die wirtschaftlich engeren Beziehungen weiterhin im Heimatland bestehen.

Persönliche Beziehungen umfassen die gesamte private Lebensführung einer Person.⁵⁶ Zu betrachten sind sowohl die familiären, gesellschaftlichen, politischen sowie kulturellen Bindungen, wobei der familiären Bindung die wesentliche Bedeutung zukommt.⁵⁷ Bei verheirateten Personen wird regelmäßig der Ort des Familienwohnsitzes Anknüpfungspunkt sein.⁵⁸

Unter Betrachtung des obigen Fallbeispiels hat der Arbeitgeber insoweit auf eine Aufrechterhaltung des inländischen Wohnsitzes von D zu achten sowie darauf, dass keine Verlagerung des Mittelpunkts der Lebensinteressen des Arbeitnehmers in den Homeoffice-Staat erfolgt. Vorliegend könnte sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen von D auf den Homeoffice-Staat verlagern, sollte die Ehefrau des Steuerpflichtigen längerfristig vom Zweitwohnsitz in Spanien tätig werden. Bei nur vorübergehendem Aufenthalt am Zweitwohnsitz und der weiteren Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Beziehungen im Heimatland, wird die vorrangige Ansässigkeit nach den obig genannten Kriterien weiterhin im Inland begründet. Entsprechend würde D weiterhin steuerlich ansässig im Inland bleiben.

⁵³ Vgl. Art.4 Abs.2 a) OECD-MA

⁵⁴ Wassermeyer/Kaesler, in: Wassermeyer, DBA, Art. 4 MA Rn.67, 71.

⁵⁵ Pohl, in: Schönfeld/Ditz, DBA, Art. 4 DBA Rn.80.

⁵⁶ Wassermeyer/Kaesler, in: Wassermeyer, DBA, Art. 4 MA Rn.69.

⁵⁷ Ebd.

⁵⁸ Lievenbrück/Droß/Dissen, NWB Nr.19 vom 06.05.2019, S.1370.

3. Zuordnung von Besteuerungsrechten am Arbeitslohn nach Art. 15 OECD-MA

Die Problematik einer Doppelbesteuerung löst Art.15 Abs.1 OECD-MA, indem das Besteuerungsrecht am Arbeitslohn zunächst dem Ansässigkeitsstaat des Arbeitnehmers zugewiesen wird. Fallen Ansässigkeitsstaat und Tätigkeitsstaat durch die Auslandstätigkeit auseinander, geht das Besteuerungsrecht auf den Staat der Ausübung der Tätigkeit (Tätigkeitsstaat) über. Es kommt insoweit auf die physische Anwesenheit des Arbeitnehmers im Tätigkeitsstaat an.⁵⁹ Demnach wäre der Arbeitslohn zunächst im Homeoffice-Staat zu besteuern. Als Rückausnahme vom Tätigkeitsstaatsprinzip sieht Art.15 Abs.2 OECD-MA die Besteuerung des Arbeitslohns unter bestimmten Voraussetzungen weiterhin im Ansässigkeitsstaat vor. Das Besteuerungsrecht wechselt vom Tätigkeitsstaat zum Ansässigkeitsstaat zurück, wenn die Voraussetzungen gem. Art.15 Abs.2 OECD-MA kumulativ vorliegen.⁶⁰

Gem. Art.15 Abs.2 a) OECD-MA ist der Arbeitslohn weiterhin im Ansässigkeitsstaat zu besteuern, wenn der Arbeitnehmer sich nicht länger als 183 Tage im Ausland aufhält. Maßgeblich hierfür ist die Dauer des Aufenthalts und nicht die Dauer der Tätigkeit.⁶¹ Zu berücksichtigen sind auch Urlaubstage, die vor, während und unmittelbar nach der Tätigkeit im ausländischen Homeoffice verbracht werden.⁶²

Kurzfristige Tätigkeiten im ausländischen Homeoffice werden in der Regel zu keiner Änderung der abkommensrechtlichen Ansässigkeit des Arbeitnehmers führen, weshalb der Arbeitslohn weiterhin in Deutschland zu versteuern wäre.⁶³ Maßgeblich hierfür ist, dass der Arbeitslohn weiterhin gem. Art.15 Abs.2 b) OECD-MA von einem im Inland ansässigen Arbeitgeber gezahlt und die Vergütungen gem. Art.15 Abs. c) OECD-MA nicht von einer im Ausland gelegenen Betriebsstätte des Arbeitgebers getragen werden.

Wird der Arbeitnehmer dagegen im Ausland etwa aufgrund eines dortigen Wohnsitzes im Homeoffice-Staat ansässig, ist zu beachten, dass nur der Teil des Arbeitslohns, der auf die tatsächlich in Deutschland ausgeführte Tätigkeit fällt, auch der deutschen Besteuerung unterliegt.⁶⁴ Der übrige Arbeitslohn, der den im ausländischen Homeoffice ausgeübten Arbeitstagen zuzuordnen ist, unterfällt dann anteilig der Besteuerung im Homeoffice-Staat.

⁵⁹ Schrade/Denninger, NZA 2021, 102 (103).

⁶⁰ Schrade/Denninger, NZA 2021, 102 (102).

⁶¹ Reinhold, in: GKGK, DBA, Art.15 OECD-MA Rn.128.

⁶² Reinhold, in: GKGK, DBA, Art.15 OECD-MA Rn.131.

⁶³ Schrade/Denninger, NZA 2021, 102 (102).

⁶⁴ Devey/Böhmer, DB 2021, M18- M20.

In einem solchen Fall ist der Arbeitslohn entsprechend der ausgeübten Arbeitstage im In- und Ausland aufzuteilen und damit auch für den Arbeitgeber kein voller Lohnsteuerabzug im Inland mehr möglich.⁶⁵

Wird Arbeitnehmer D wie im obigen Fallbeispiel aufgezeigt nur vorübergehend im Rahmen der 183-Tage-Regelung im grenzüberschreitenden Homeoffice tätig und der Arbeitslohn weiterhin von B als hier einzig involvierten Arbeitgeber gezahlt, so wird das Besteuerungsrecht am Arbeitslohn weiterhin dem inländischen Heimatland zustehen und mithin nicht auf den Tätigkeitsstaat übergehen.

4. Zwischenergebnis

Unter steuerrechtlichen Aspekten betrachtet wird die Anwendung des konkreten DBA bei Arbeitnehmern, die nur vorübergehend von einem ausländischen Homeoffice aus tätig werden keine Veränderungen der abkommensrechtlichen Ansässigkeit zur Folge haben.

Behält der Arbeitnehmer seinen Mittelpunkt der Lebensinteressen anhand des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts im Inland, ergibt sich damit, dem DBA folgend, eine vorrangige Ansässigkeit im Inland. Beschränkt sich der Auslandsaufenthalt zur Tätigkeit aus dem ausländischen Homeoffice zudem auf eine maximale Dauer von 183 Tagen, behält der inländische Staat weiterhin das Besteuerungsrecht am Arbeitslohn des Arbeitnehmers. Damit ergeben sich auch keine zusätzlichen Verpflichtungen oder Risiken für den Arbeitgeber im ausländischen Staat, solange die Vergütungen weiterhin vom inländischen Arbeitgeber gezahlt werden.

Lässt der Arbeitgeber eine Homeoffice-Tätigkeit im Ausland zu, so sollten die genannten Voraussetzungen zwingend eingehalten werden, um weitere steuerrechtliche Risiken im ausländischen Homeoffice zu vermeiden.

⁶⁵ Devey/Böhmer, DB 2021, M18- M20.

B. Rechtsgrundlage für mobiles Arbeiten im Ausland

Aufgrund der rechtlichen Risiken, die sich aus steuerlicher Sicht sowie im Hinblick auf weitere Rechtsgebiete durch die Tätigkeit im Ausland ergeben, stellt sich aus arbeitsrechtlicher Sicht die Frage, wie mobiles Arbeiten im Ausland rechtssicher reguliert werden kann und welche Voraussetzungen hierfür sowohl aus Arbeitgeber- als auch aus Arbeitnehmersicht geschaffen werden müssen.

1. Gestaltungsrecht des Arbeitgebers

Besteht wie im obigen Fallbeispiel aufgezeigt der Wunsch auf Seiten der Mitarbeiter vom Homeoffice im Ausland aus tätig zu werden, ist zunächst zu klären, ob der Arbeitgeber die Möglichkeit vom Homeoffice aus zu arbeiten zulässt. Nach aktueller Gesetzeslage besteht ohne eine wirksame Rechtsgrundlage kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Einführung mobiler Arbeit.⁶⁶ Vorbehaltlich einer arbeitsvertraglichen oder betrieblichen Vereinbarung entscheidet der Arbeitgeber auf Grundlage seines Weisungsrechts gem. §106 GewO über den Ort, von dem aus der Arbeitnehmer tätig wird. Ob sich der Arbeitsort des Arbeitnehmers auch im Homeoffice befinden kann, liegt insoweit in der Entscheidungsbefugnis des Arbeitgebers und ist damit als alleiniges Gestaltungsrecht des Arbeitgebers zu verstehen.⁶⁷

Lässt der Arbeitgeber eine Verlagerung des Arbeitsortes in das Homeoffice zu, ist dies nicht vom Direktionsrecht allein gedeckt, sondern bedarf einer einvernehmlichen Regelung zwischen den Arbeitsvertragsparteien.⁶⁸ Zu beachten ist hierbei, dass sich eine solche Vereinbarung im Zweifel lediglich auf das nationale Recht beschränkt und damit eine Tätigkeit im Ausland nicht hiervon umfasst ist.⁶⁹ Für das Tätigwerden aus einem ausländischen Homeoffice bedarf es mithin einer expliziten Regelung.

Ohne eine solche Vereinbarung besteht laut ArbG München kein Anspruch des Arbeitnehmers darauf, mobil aus dem Ausland tätig zu werden.⁷⁰ Da eine Auslandstätigkeit zusätzliche Risiken für den Arbeitgeber aufwirft, entspricht es dem

⁶⁶ Bayer, ArbRAktuell 2020, 433 (434).

⁶⁷ Röller, in: Röller (Hrsg.), Personalbuch 2021, Mobiles Arbeiten Rn.3.

⁶⁸ Oberthür, MDR 2021, 969 (970).

⁶⁹ Bonanni/ Rindone, ArbRB 2021, 307 (307).

⁷⁰ ArbG München, Urteil v. 27.08.2021 -12 Ga 62/21.

Urteil folgend auch billigem Ermessen gem. §106 GewO eine Tätigkeit aus dem Ausland aus zu untersagen.⁷¹ Arbeitet der Arbeitnehmer ohne entsprechende Rechtsgrundlage und damit ohne Zustimmung des Arbeitgebers unerlaubt aus einem ausländischen Homeoffice, können damit auch arbeitsrechtliche Konsequenzen für den Arbeitnehmer einhergehen, welche durchaus zu einer außerordentlichen Kündigung des Arbeitnehmers gem. §626 Abs.1 BGB berechtigen.⁷²

Ohne entsprechende Rechtsgrundlage ist es dem Arbeitnehmer insoweit nicht gestattet von einem ausländischen Homeoffice tätig zu werden. Soll es einem Großteil von Arbeitnehmern erlaubt werden, vom Ausland aus mobil zu arbeiten, erscheint es sinnvoll, die grundsätzlichen Bedingungen hierfür im Rahmen einer Betriebsvereinbarung oder einer Unternehmensrichtlinie zu regeln.⁷³ Neben der Berücksichtigung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats wird hiermit ein Vorgehen nach einheitlichen Maßstäben für die praktische Umsetzung festgelegt.⁷⁴ Da auch in Zukunft mit steigender Tendenz hin zu flexiblen mobilen Arbeitsmodellen im Ausland gerechnet wird, erscheint eine solche Regelung zudem zum einen zur Minimierung der rechtlichen Risiken sowie zum anderen zur Steigerung der Arbeitgeberattraktivität sinnvoll.⁷⁵

Der oben aufgeführten Ausgangssituation des Arbeitgebers B folgend, ergibt sich aus der Entscheidung des Arbeitgebers mobiles Arbeiten im Ausland zuzulassen, die Notwendigkeit eine Betriebsvereinbarung abzuschließen oder eine Unternehmensrichtlinie zu erlassen, die die wesentlichen Voraussetzungen festlegt.

2. Zu regulierende Aspekte bei Einführung

a) Definition und Umfang

Bevor ein Mitarbeiter vom Ausland aus tätig wird, müsste zunächst geregelt werden, was die Begrifflichkeit der mobilen Arbeit im Ausland umfasst und in welchem Umfang diese ermöglicht werden soll.

Zur Bestimmung mobiler Arbeit kann sich der Arbeitgeber an der Definition des Referentenentwurfs für ein Gesetz zur mobilen Arbeit gem. Art. 1 Abs.1 MAG orientieren:

⁷¹ ArbG München, Urteil v. 27.08.2021 -12 Ga 62/21.

⁷² LAG Hessen, Urteil v. 26.08.2020- 6 Sa 707/19.

⁷³ Devey/Böhmer, DB 2021, M18- M20.

⁷⁴ Gaul, in: Gaul (Hrsg.), Aktuelles Arbeitsrecht, Teil C, Kapitel 2 Rn.403.

⁷⁵ Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2021, 626 (627).

Mobile Arbeit liegt vor, wenn die geschuldete Arbeitsleistung zeitweise unter Verwendung von Informationstechnologie außerhalb der Betriebsstätte von einem durch den Arbeitnehmer gewählten Ort aus erbracht wird. Soll die Betriebsvereinbarung nur das mobile Arbeiten im Ausland regulieren, empfiehlt es sich einen entsprechenden Zusatz aufzunehmen. Entsprechend handele es sich bei der mobilen Arbeit im Rahmen dieser Regulierung um eine vorübergehende, kurzzeitige Tätigkeit des Arbeitnehmers im Ausland. Zusätzlich sollte klargestellt werden, dass es sich hierbei um eine aus dem privaten Interesse des Arbeitnehmers hervorgehende Tätigkeit im Ausland handelt, der Arbeitnehmer somit weiterhin für seinen inländischen Arbeitgeber tätig ist, keine Auslandsentsendung im Arbeitgeberinteresse vorliegt und der Arbeitnehmer insoweit selbst für die hiermit verbundenen Kosten aufkommt.

Der zu bestimmende Umfang mobiler Arbeit im Ausland soll im Folgenden anhand eines persönlichen sowie sachlichen Geltungsbereichs differenziert betrachtet werden.

(1) Persönlicher Geltungsbereich

Zunächst muss der Arbeitgeber im Rahmen seines Weisungsrechts festlegen, für welche Bereiche oder Funktionen mobile Arbeit ermöglicht und festgelegt werden soll.⁷⁶ Weiterhin ist der Kreis der anspruchsberechtigten Arbeitnehmer zu bestimmen.⁷⁷ Die konkrete Arbeitsleistung des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmer-Gruppe muss zudem geeignet sein, um aus dem Homeoffice aus tätig zu werden.⁷⁸

Für das mobile Arbeiten im Ausland sind dabei weitergehende Kriterien zu beachten. Wird ein Arbeitnehmer im Ausland tätig, können hiermit aufenthaltsrechtliche Fragestellungen und Risiken einhergehen. Innerhalb der EU ergeben sich für EU-Bürger sowie Arbeitnehmer aus den EWR-Staaten aufgrund der Arbeitnehmer-Freizügigkeit gem. §§ 2 und 12 Freizügigkeitsgesetz/EU i. V. m. Art. 45 AEUV keine aufenthaltsrechtlichen Einschränkungen. Insoweit sollte die Betriebsvereinbarung im Hinblick auf die Teilnahme an mobiler Arbeit im Ausland an das Vorliegen einer EU-Bürgerschaft anknüpfen. Einer Literaturauffassung folgend, sollte jeder Einzelfall mobiler Auslandsarbeit unter Berücksichtigung nationaler Gesetzgebungen und Regelungen als auch der spezifischen Tätigkeit einer Prüfung unterfallen.⁷⁹ Soll es auch Nicht-EU-Bürgern erlaubt werden, vom

⁷⁶ Gaul/Rindone, ArbRB 2021, 208 (210).

⁷⁷ Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2021, 626 (626).

⁷⁸ Elert/Speier, in: Elert/Raspels, Flexible Einsatzformen von AN, Kapitel 18 Rn.12.

⁷⁹ Stück/Salo, AuA 12/2021, 14 (17).

Ausland aus mobil zu arbeiten, bedarf es insoweit einer darüber hinaus gehenden gesonderten aufenthaltsrechtlichen Prüfung im Einzelfall durch die Personalabteilung des Unternehmens.

(2) Sachlicher Geltungsbereich

Im Rahmen des sachlichen Geltungsbereichs ist festzulegen, in welchem zeitlichen und räumlichen Umfang mobile Arbeit im Ausland ermöglicht werden soll.

Bereits eine vierwöchige Tätigkeit im ausländischen Homeoffice stellt laut ArbG München eine nicht nur gelegentliche und kurzzeitige Auslandstätigkeit dar, welche durch den internationalen Kontext rechtlichen Klärungsbedarf auslöst.⁸⁰

Die Literatur schlägt zur Vermeidung solch ungewollter rechtlicher Konsequenzen vor, das Arbeiten aus dem Ausland heraus grundsätzlich zu untersagen und unter einen Prüfungs- und Genehmigungsvorbehalt durch die Personalabteilung und die verantwortliche Führungskraft zu stellen.⁸¹

Dagegen sieht eine andere Literaturauffassung die Möglichkeit, auch eine Öffnung im Hinblick auf die Tätigkeit im Ausland zu vereinbaren, indem die Tätigkeit neben Deutschland auf weitere einzelne Länder erweitert wird.⁸² Eine solche Erweiterung erscheint sinnvoll, will der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern wie in der obigen Ausgangssituation mobiles Arbeiten im Ausland grundsätzlich ermöglichen. Aus den bereits zuvor genannten Gründen sollten sich die ausgewählten Länder lediglich auf das EU-Ausland beziehen. Auch bei einer Erweiterung auf einzelne Länder sollte an dieser Stelle ein Prüfungs- oder Genehmigungsvorbehalt weiterhin vorgesehen werden, um ungewollte Rechtsfolgen zu vermeiden.

Neben der Erweiterung des Tätigkeitsorts auf ausgewählte Länder ist die Dauer der Tätigkeit im Ausland explizit zu regeln.⁸³ Aufgrund der obigen steuerrechtlichen Ausführungen sollte die Tätigkeit die Dauer von 183 Tagen grundsätzlich nicht überschreiten. Mithin ist zu empfehlen, die Tätigkeit innerhalb der Vereinbarung auf eine nur vorübergehende, zeitlich befristete mobile Tätigkeit im Ausland zu beschränken und eine dauerhafte Tätigkeit im Ausland mithin auszuschließen. Als Nachweis hierfür sollte

⁸⁰ ArbG München, Urteil v. 27.08.2021 -12 Ga 62/21; Geulen, SPA 2021, 149 (149).

⁸¹ Stück/Salo, AuA 04/2021, 22 (23).

⁸² Schiefer, DB 2021, 1334 (1335).

⁸³ Ebd.

der Arbeitnehmer zur Dokumentation seiner im EU-Ausland verbrachten Arbeitstage verpflichtet werden.

Zudem sind auch bei einer ausländischen Homeoffice-Tätigkeit weitere arbeitsrechtliche Aspekte, wie die Verteilung der Arbeitszeit zwischen Homeoffice und Betriebsstätte⁸⁴ als auch arbeitsschutz- und datenschutzrechtliche Fragestellungen⁸⁵ wie bereits beim inländischen Homeoffice zu klären. Da es sich hierbei um allgemeine Fragestellungen von Homeoffice-Tätigkeiten handelt, ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass diese im weiteren Verlauf der Arbeit nicht weiter vertieft werden.

b) Beantragung und Genehmigung

Auch der Beantragungs- und Genehmigungsprozess ist in einer solchen kollektivrechtlichen Regelung für ein rechtssicheres Verfahren zwingend zu vereinbaren.

(1) Vorherige Prüfung durch HR und Vorgesetzten

Möchte der Arbeitnehmer mobil aus dem Ausland arbeiten, ist zunächst klarzustellen, dass eine solche Tätigkeit nur erfolgen kann, wenn der Arbeitnehmer diese vorab bei seinem Vorgesetzten ankündigt. Unter der Voraussetzung, dass der Vorgesetzte des Arbeitnehmers sich grundsätzlich mit dem Tätigwerden aus dem ausländischen Homeoffice einverstanden erklärt, sollte in einem nächsten Schritt die Personalabteilung des Unternehmens in den Prozess eingebunden werden. Seitens der Personalabteilung sollte eine Checkliste für Standardfälle erstellt und implementiert werden, die für ein klares Routine-Verfahren sorgt und mithin zur Beschleunigung des Prozesses beitragen kann. Orientiert werden kann sich hierbei an der folgenden beispielhaften Checkliste von Geulen⁸⁶ :

Checkliste:

- *Von welchem Staat aus möchte der Arbeitnehmer arbeiten?*
- *Liegt der Staat innerhalb der EU?*
- *Liegt der Staat außerhalb der EU?*
- *Besteht zwischen Deutschland und dem jeweiligen Staat ein Doppelbesteuerungsabkommen?*
- *Bedarf es einer Aufenthaltserlaubnis im jeweiligen Land?*

⁸⁴ Bonanni/ Rindone, ArbRB 2021, 307 (308).

⁸⁵ Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2021, 626 (626).

⁸⁶ Geulen, SPA 2021, 149 (151).

- *Wie lange möchte der Arbeitnehmer remote aus dem Land arbeiten? Länger als 183 Tage?*
 - *Verlegt der Arbeitnehmer seinen Lebensmittelpunkt ins Ausland? Besteht weiterhin ein Wohnsitz in Deutschland?*
 - *Welche notwendigen vertraglichen Regelungen sind zu treffen?*
 - *Ist die Auslandstätigkeit befristet bzw. werden Möglichkeiten für einen Widerruf der Auslandstätigkeit reguliert?*
 - *Wann ist der Arbeitnehmer im Ausland erreichbar? Wie lange arbeitet der Arbeitnehmer?*
 - *Welche Kostenregelungen sind zu vereinbaren? z.B. Reisekosten*
 - *Ist abgeklärt in welchem Land der Arbeitgeber lohnsteuerpflichtig ist?*
 - *Sind sonstige Besonderheiten zu beachten?*
- [...]

(2) Angemessene Ankündigungsfrist

Für die Beantragung der Homeoffice-Tätigkeit im Ausland sollte zudem eine angemessene Ankündigungsfrist zum Zwecke einer umfassenden Prüfung festgelegt werden. Der Antrag des Beschäftigten sollte laut Literaturauffassung bereits drei Monate vor dem gewünschten Tätigkeitsbeginn in Textform gestellt werden.⁸⁷ Eine solche Ankündigungsfrist erscheint hier aufgrund der Notwendigkeit einer flexiblen mobilen Tätigkeit im Ausland, die auch kurzfristig etwa aufgrund privater Gründe des Arbeitnehmers erfolgen kann, nicht zweckgemäß. Die vorherige Implementierung einer Checkliste kann die Bearbeitung eines Antrags erheblich beschleunigen und damit eine deutlich kürzere Ankündigungsfrist ermöglichen.

(3) Grundsatz der doppelten Freiwilligkeit

Es sollte zudem darauf hingewiesen werden, dass die Teilnahme an mobiler Arbeit auch im Ausland auf doppelter Freiwilligkeit beruht und mithin kein Rechtsanspruch auf mobile Arbeit sowohl für den Arbeitnehmer als auch den Arbeitgeber besteht.⁸⁸ Sowohl die betrieblichen Erfordernisse als auch persönliche Interessen sollten bei der Entscheidung berücksichtigt werden.⁸⁹

⁸⁷ Stück/Salo, AuA 04/2021, 22 (24).

⁸⁸ Ebd.

⁸⁹ Schrader, in: Schaub (Begr.), ArbRFV-HdB, Kapitel B Teil 5 Rn.197b.

(4) Genehmigung durch HR

Die abschließende Genehmigung oder Ablehnung der beantragten Auslandstätigkeit erfolgt nach umfassender Prüfung des jeweiligen Einzelfalls durch die Personalabteilung des Unternehmens.

Nach erfolgter Prüfung des jeweiligen Einzelfalls durch die Personalabteilung sollte der Vorgesetzte des Mitarbeiters hierüber informiert werden und dessen finale Entscheidung zu der Auslandstätigkeit eingeholt werden. Sollte der Vorgesetzte der Auslandstätigkeit zustimmen oder auch ablehnen, empfiehlt es sich, den Arbeitnehmer im Rahmen einer schriftlichen Mitteilung hierüber zu informieren.

c) Vorzeitige Beendigung der Auslandstätigkeit

Dem Arbeitgeber ist zu raten, neben einem klaren Genehmigungsprozess auch die Möglichkeit des vorzeitigen Rückrufs des Arbeitnehmers unter Wahrung einer festgelegten Frist aus dem ausländischen Homeoffice zurück an den inländischen Betrieb zu regulieren. Ein solcher Rückruf aus dem Ausland ist ebenso wie der Antritt einer solchen Auslandstätigkeit nicht allein vom Direktionsrecht des Arbeitgebers gedeckt und bedarf mithin einer einvernehmlichen Vereinbarung.⁹⁰ Innerhalb der Betriebsvereinbarung oder Richtlinie sollte eine solche vorzeitige Beendigung der mobilen Auslandsarbeit unter Nennung von Gründen geregelt werden, unter denen der Arbeitgeber sich vorbehält, den Arbeitnehmer bereits vor dem geplanten Ende der Auslandstätigkeit ins Inland zurückzurufen. Mögliche Gründe können beispielsweise die mangelnde Erreichbarkeit des Arbeitnehmers im Ausland oder Schlechtleistung sein.⁹¹ Die Beendigung kann auch mit strategischen Gründen des Arbeitgebers verbunden sein, wenn der Arbeitnehmer beispielsweise im Inland dringend benötigt wird.⁹²

⁹⁰ Herfs-Röttgen, NZA 2021, 596 (597).

⁹¹ Bonanni/ Rindone, ArbRB 2021, 307 (308).

⁹² Falder, NZA 2016, 401 (404).

3. Zwischenergebnis

Entscheidet sich der Arbeitgeber dazu, mobiles Arbeiten im Ausland auf Wunsch seiner Arbeitnehmer einzuführen, bedarf es hierfür einer wirksamen Rechtsgrundlage, die die wesentlichen Voraussetzungen für eine rechtssichere Tätigkeit im Ausland schafft. Hierzu zählen unter anderem die Festlegung der für die Auslandstätigkeit berechtigten Mitarbeiter, die zeitliche Befristung mobiler Arbeit im Ausland, die Festlegung der einzelnen Länder, von denen aus mobil gearbeitet werden darf als auch der vorherige Genehmigungsprozess durch den Vorgesetzten und die Personalabteilung. Für die vorherige Prüfung der einzelnen Sachverhalte empfiehlt sich die Implementierung einer Checkliste, die alle relevanten Punkte zur Prüfung des Einzelfalls beinhaltet. Zudem sollte auch die Möglichkeit einer vorzeitigen Beendigung der Auslandstätigkeit auf Weisung des Arbeitgebers als Rückausnahme berücksichtigt werden und entsprechend in einer solchen Betriebsvereinbarung oder Richtlinie für mobiles Arbeiten im Ausland aufgenommen werden.

C. **Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei mobiler Arbeit im Ausland**

Zur Regelung der mobilen Arbeit spielen in der bisherigen Praxis in Deutschland Betriebsvereinbarungen eine zentrale Rolle, beispielhaft sind hier die „Einführung des Vertrauensarbeitsorts 2014“ von Microsoft und die „Betriebsvereinbarung zur mobilen Arbeit 2018“ von SAP zu nennen.⁹³ So unterstrich SAP seine Attraktivität als fortschrittlicher Arbeitgeber mit der Pressemitteilung: „Der Softwarehersteller SAP lässt seine rund 22.000 Mitarbeiter in Deutschland künftig weitgehend frei entscheiden, von wo aus sie ihre Arbeit erledigen. Unternehmen und Betriebsrat haben dazu eine Vereinbarung ausgehandelt (...)“.⁹⁴ Welche Beteiligungsrechte des Betriebsrates für eine rechtssichere Umsetzung im Unternehmen bei einer ausländischen Homeoffice-Tätigkeit von Arbeitnehmern zu berücksichtigen sind, soll im Folgenden untersucht werden.

1. **Anwendbarkeit des BetrVG auf im Ausland arbeitende Mitarbeiter**

Auch auf im Ausland tätige Arbeitnehmer kann das BetrVG Anwendung finden.⁹⁵ Das BetrVG folgt grundsätzlich dem Territorialprinzip, nachdem der Sitz des Betriebes, dem der Arbeitnehmer zuzuordnen ist, in der Bundesrepublik liegen muss.⁹⁶ Der persönliche Anwendungsbereich bestimmt sich nach §5 Abs.1 BetrVG.

Bleibt die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers zum inländischen Betrieb auch während der Tätigkeit im ausländischen Homeoffice bestehen, so findet das BetrVG auch auf im Ausland tätige Arbeitnehmer Anwendung.⁹⁷ Wichtige Indizien hierfür stellen das Fortbestehen des Weisungsrechts durch den inländischen Arbeitgeber sowie der zeitliche Faktor der nur vorübergehenden Tätigkeit im Ausland dar.⁹⁸ Dagegen kann eine dauerhafte Tätigkeit im ausländischen Homeoffice die Anwendbarkeit des BetrVG durchaus in Frage stellen.⁹⁹

⁹³ BMAS, Forschungsbericht 549, S.64.

⁹⁴ Heise online, SAP lässt Mitarbeiter frei über Heim- oder Mobilarbeit entscheiden, 2018.

⁹⁵ Schulze/Schmidl, ArbRAktuell 2018, 442 (444).

⁹⁶ Ebd.

⁹⁷ Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §5 Rn.542.

⁹⁸ Herfs-Röttgen, NZA 2018, 150 (151).

⁹⁹ Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §5 Rn.542.

Der Ausgangssituation der Arbeit folgend, findet das BetrVG aufgrund des Fortbestehens der Zugehörigkeit der Arbeitnehmer zum inländischen Betrieb auch während der Tätigkeit im ausländischen Homeoffice weiterhin Anwendung.

2. Einzelne Mitbestimmungsrechte im Überblick

Im Folgenden werden einzelne Mitbestimmungsrechte, die bei der Durchführung einer mobilen Auslandstätigkeit zu beachten sind, aufgezeigt.

a) Bei einer Versetzung gem. §99 i.V. m. §95 Abs.3 BetrVG

Wird ein Arbeitnehmer im Ausland tätig, kommt bei einem Betrieb mit mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern gem. §99 Abs.1 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Versetzung ins Ausland nach §95 Abs.3 BetrVG in Betracht.¹⁰⁰ Unter einer Versetzung ist nach §95 Abs.3 BetrVG die tatsächliche Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs, der voraussichtlich die Dauer von einem Monat überschreitet oder mit einer erheblichen Veränderung der Umstände, unter denen die Arbeit zu leisten ist, zu verstehen. Ausgehend vom Arbeitgeber B liegen die Voraussetzungen nach §99 Abs.1 BetrVG durch die dem Betrieb zugehörigen 1.500 Arbeitnehmer zwar vor. Da die Initiative hinsichtlich des mobilen Arbeitens aus dem Ausland vorliegend vom Arbeitnehmer ausgeht, kann nicht von einer Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs gesprochen werden.¹⁰¹ Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach §99 Abs.1 i.V. m. §95 Abs.3 BetrVG kommt vorliegend nicht in Betracht.

b) Mitbestimmungsrechte gem. §87 Abs.1 BetrVG

Dem Betriebsrat stehen insbesondere bei der Durchführung mobiler Arbeit umfangreiche zwingende Mitbestimmungsrechte gem. §87 Abs.1 BetrVG zu, welche als Initiativrechte ausgestaltet sind.¹⁰² Insofern kann der Betriebsrat vom Arbeitgeber verlangen, dass eine Maßnahme, die sich aus dem zwingenden Mitbestimmungsrecht ergibt, beschlossen und durchgeführt wird.¹⁰³

¹⁰⁰ Mückl/Kaueroff, ArbRAktuell 2013, 567 (567).

¹⁰¹ Bonanni/ Rindone, ArbRB 2021, 307 (308).

¹⁰² Schulze, Ratzesberger, ArbRAktuell 2016, 109 (111).

¹⁰³ Ebd.

Gem. §87 Abs.1 Nr. 2 BetrVG hat der Betriebsrat zum einen bei der Regelung von Arbeitszeiten mitzubestimmen. Zudem sieht §87 Abs.1 Nr.6 BetrVG eine zwingende Mitbestimmung des Betriebsrats bei Fragen der technischen Kontrolleinrichtungen vor. Zuletzt ist im Hinblick auf das mobile Arbeiten auch §87 Abs.1 Nr. 7 BetrVG zu nennen, welcher ein Mitbestimmungsrecht für Maßnahmen zum Arbeits- und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer vorsieht. Diese sind ebenso wie bei mobiler Arbeit auf nationaler Ebene auch bei grenzüberschreitend tätig werdenden Arbeitnehmern zu beachten, sollen aufgrund der Limitation der Arbeit an dieser Stelle allerdings nur der Vollständigkeit halber genannt werden.

c) Bei der Ausgestaltung mobiler Arbeit nach §87 Abs.1 Nr.14 BetrVG

Mit dem Inkrafttreten des Betriebsrätemodernisierungsgesetzes am 18.06.2021 wurde ein neues Mitbestimmungsrecht bei der Ausgestaltung mobiler Arbeit eingeführt. Als Auffangtatbestand soll dieses noch bestehende Lücken schließen, indem die typischen Rahmenregelungen mobiler Arbeit unter die Mitbestimmung des Betriebsrates fallen.¹⁰⁴ Das Mitbestimmungsrecht erstreckt sich auf mobile Arbeit, die mittels Informations- und Kommunikationstechnik erfolgt, womit der Gesetzgeber solche Tätigkeiten ausschließt, die nur ortsgebunden erbracht werden können.¹⁰⁵ Das Mitbestimmungsrecht beschränkt sich dabei, dem Wortlaut des §87 Abs.1 Nr. 14 BetrVG folgend, auf die Ausgestaltung mobiler Arbeit. Die Entscheidungsbefugnis darüber, ob mobile Arbeit eingeführt wird, verbleibt somit beim Arbeitgeber selbst.¹⁰⁶ Dem Betriebsrat steht insoweit kein Initiativrecht bei der Einführung mobiler Arbeit zu, womit diese auch nicht durch den Betriebsrat erzwungen werden kann.¹⁰⁷ Der Arbeitgeber entscheidet über die Einführung mobiler Arbeit somit weiterhin mitbestimmungsfrei. Das Initiativrecht des Betriebsrats reicht nicht weiter als das Mitbestimmungsrecht selbst und beschränkt sich hier insoweit auf die inhaltliche Ausgestaltung mobiler Arbeit, von der Fragen des Wie, Wo und Wann umfasst sind.¹⁰⁸ Vom mitbestimmungsrechtlichen Tatbestand umfasst ist laut Literaturauffassung auch das mobile Arbeiten im Ausland.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Drucksache v. 22.04.2021. 19/28899, S.23.

¹⁰⁵ Kania, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, §87 Rn.138.

¹⁰⁶ Kania, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, §87 Rn.137.

¹⁰⁷ Möllenkamp, DB 2021, 1198 (1202).

¹⁰⁸ Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §5 Rn.607.

¹⁰⁹ Bonanni/ Rindone, ArbRB 2021, 307 (308).

(1) Kollektiver Tatbestand

Damit das Mitbestimmungsrecht bei der inhaltlichen Ausgestaltung greift, ist das Vorliegen eines kollektiven Tatbestands erforderlich.¹¹⁰ Somit kann der Betriebsrat nicht eingreifen, wenn einem einzelnen Arbeitnehmer die Möglichkeit mobil zu arbeiten verweigert wird.¹¹¹ Ein solcher kollektiver Bezug ist laut Rechtsprechung bereits dann hergestellt, wenn der Arbeitgeber mehreren Arbeitnehmern mobiles Arbeiten ermöglicht hat.¹¹² Des Weiteren wird der kollektive Tatbestand auch dann vorliegen, wenn nicht nur die Interessen des mobil arbeitenden Arbeitnehmers selbst, sondern auch die Interessen der Kollegen etwa im Hinblick auf die Erreichbarkeit hiervon berührt werden.¹¹³

(2) Inhaltliche Ausgestaltung

Unter das Mitbestimmungsrecht bei der Ausgestaltung mobiler Arbeit fällt laut Gesetzesbegründung sowohl der zeitliche Umfang mobiler Arbeit als auch der Ort, von dem der Arbeitnehmer tätig werden soll.¹¹⁴ Dieser kann durch die Festlegung der Orte, die für mobiles Arbeiten zulässig sein sollen, erfolgen oder auch durch ein Verbot der Arbeitsleistung an bestimmten hierfür nicht geeigneten oder unsicher angesehenen Orten.¹¹⁵ Unklar ist, ob die Festlegung des Ortes oder der Orte, an denen die Arbeitsleistung erbracht werden soll, bereits mitbestimmungspflichtig ist.¹¹⁶ Grambow schlägt hier die Mitbestimmung bei der allgemeinen Bestimmung der abstrakt geltenden Orte, von denen die Arbeitnehmer mobil tätig werden können, vor.¹¹⁷

Die vom Gesetzgeber vorgegebene Trennung zwischen dem „Ob“ und dem „Wie“ ist in der Praxis nicht immer eindeutig vorzunehmen, da beide Tatbestände fließend ineinander übergehen.¹¹⁸ Zu beachten ist aus Arbeitgebersicht dabei insbesondere, dass hierbei die Einflussmöglichkeiten auf die grundlegende Entscheidung, ob und inwieweit mobil gearbeitet wird, zunehmen, je großzügiger das Mitbestimmungsrecht etwa im Hinblick auf den zeitlichen Umfang mobiler Arbeit als auch den konkreten Arbeitsort ausgestaltet

¹¹⁰ Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §5 Rn.606.

¹¹¹ Bayreuther, NZA 2021, 839 (840).

¹¹² LAG Köln, Beschluss vom 23.04.2021- 9 TaBV 9/21.

¹¹³ Richardi/ Maschmann, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, §87 Rn.201a.

¹¹⁴ Drucksache v. 22.04.2021. 19/28899, S.23

¹¹⁵ Oberthür, ArbRB 2021, 276 (277).

¹¹⁶ Grambow, NJW 2021, 2074 (2076).

¹¹⁷ Ebd.

¹¹⁸ Bayreuther, NZA 2021, 839 (840).

wird.¹¹⁹ Das neue Mitbestimmungsrecht eröffnet dem Betriebsrat zudem die Möglichkeit eine Betriebsvereinbarung, die mobiles Arbeiten inhaltlich reguliert, konkret einzufordern und schafft damit eine weiterreichende Mitbestimmung als dies über die bisherigen Tatbestände möglich war.¹²⁰ Zu beachten ist außerdem, dass es sich hier um ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht handelt und insofern die Einigungsstelle¹²¹ nach §87 II BetrVG verbindlich entscheidet, kommt es bei Fragen der inhaltlichen Ausgestaltung zu Uneinigkeiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.¹²² Die Einigungsstelle erhält hier somit eine umfassende Regelungskompetenz.¹²³ Ob in dem neuen Mitbestimmungsrecht bei der inhaltlichen Ausgestaltung ein tatsächlicher Mehrwert im Hinblick auf bereits bestehende Beteiligungsrechte gesehen werden kann, beurteilt die Literatur nicht eindeutig, allerdings könne hiermit zumindest der faktische Druck auf den Arbeitgeber durch eine entsprechende Erwartungshaltung von Arbeitnehmer und Betriebsrat erhöht werden.¹²⁴

d) Zwischenergebnis

Auch bei einer mobilen Tätigkeit im Ausland ergeben sich zwingend zu beachtende Beteiligungsrechte des Betriebsrates, solange die im Ausland tätigen Arbeitnehmer weiterhin dem inländischen Betrieb zuzuordnen sind und es sich hierbei nicht nur um einen Einzelfall handelt. Ein Mitbestimmungsrecht im Rahmen einer Versetzung wird aufgrund des hierbei verbundenen Ausgangsinteresses des Arbeitnehmers selbst im Ausland tätig zu werden, zu verneinen sein. Dagegen ist im Rahmen des zwingenden Mitbestimmungsrechts neben den bereits bestehenden Mitbestimmungsrechten gem. §87 Abs.1 Nr.2,6,7 BetrVG auch bei der inhaltlichen Ausgestaltung mobiler Arbeit gem. §87 Abs.1 Nr.14 BetrVG auf eine entsprechende Beteiligung des Betriebsrats zu achten, um weitere Streitigkeiten und Kosten zu vermeiden.

¹¹⁹ Bayreuther, NZA 2021, 839 (841).

¹²⁰ Reinartz, NZA-RR 2021, 457 (468).

¹²¹ Eine Einigungsstelle wird nach Maßgabe des §76 BetrVG zur Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat gebildet.

¹²² Schiefer/ Worzalla, NZA 2021, 817 (823).

¹²³ Reinartz, NZA-RR 2021, 457 (468).

¹²⁴ Baeck/Winzer/Launer, NZG 2021, 923 (925).

IV. Leitfaden zur rechtssicheren Gestaltung mobiler Arbeit im EU-Ausland

Der folgende Leitfaden soll Unternehmen als Orientierungshilfe dienen, vorübergehende Tätigkeiten von Arbeitnehmern bei mobiler Arbeit im EU-Ausland rechtskonform und praxisgerecht umzusetzen. Innerhalb dieses Leitfadens werden Handlungsempfehlungen in Bezug auf die hierbei zu beachtenden steuerrechtlichen Aspekte, sowie einzelner arbeitsrechtlicher Aspekte (Regulierung mobiler Arbeit im Ausland, Beteiligungsrechte des Betriebsrats) aufgestellt.

1. Steuerrechtliche Aspekte

Relevante Gesetze im Überblick

§1 Abs.1 EStG	Bestimmung der unbeschränkten nationalen Steuerpflicht
§49 Abs.1 EStG i. V. m. §1 Abs.4 EStG	Bestimmung der beschränkten nationalen Steuerpflicht
§8 AO	Definition des Wohnsitzes
§9 AO	Definition des gewöhnlichen Aufenthaltes
Art.4 DBA¹²⁵	Steuerliche Ansässigkeit des Arbeitnehmers
Art.15 DBA	Besteuerung des Arbeitslohns des Arbeitnehmers

Zur Vermeidung ungewollter steuerrechtlicher Risiken und Konsequenzen für den mobil tätigen Arbeitnehmer als auch den Arbeitgeber sind im Hinblick auf die Auslandstätigkeit folgende Voraussetzungen vor Beginn zu prüfen und einzuhalten:

- ✓ Der Arbeitnehmer behält seinen inländischen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt während seiner Tätigkeit im ausländischen Homeoffice weiterhin bei und unterliegt damit weiterhin der unbeschränkten Steuerpflicht im Inland.
- ✓ Der Arbeitnehmer erbringt seine Tätigkeit lediglich aus einer Ferienwohnung, einem Ferienhaus, Hotel oder Zweitwohnsitz aus und verlagert seinen Erstwohnsitz nicht ins Ausland.
- ✓ Liegt ein Zweitwohnsitz des Arbeitnehmers im Ausland vor, ist darauf zu achten, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen, d.h. die persönlichen und wirtschaftlichen engeren Beziehungen im Inland verbleiben.

¹²⁵ An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass das im Einzelfall zwischen den jeweiligen Staaten geltende DBA gilt und anzuwenden ist.

- ✓ Der Arbeitnehmer wird nur vorübergehend, d.h. maximal 183 Tage im Jahr aus dem ausländischen Homeoffice tätig. Zu berücksichtigen sind hierbei auch im Tätigkeitsstaat verbrachte Urlaubstage.
- ✓ Der Arbeitnehmer bleibt im ausländischen Homeoffice für seinen inländischen Arbeitgeber tätig. Eine weitere Betriebsstätte des Arbeitgebers im Ausland ist nicht involviert.

2. Arbeitsrechtliche Aspekte

a) Rechtsgrundlage für mobiles Arbeiten im Ausland

Bevor der Arbeitnehmer im EU-Ausland tätig wird, sollte eine klare Regulierung mobiler Arbeit im Ausland anhand einer Betriebsvereinbarung oder Richtlinie formuliert werden, die aus mindestens folgenden Punkten besteht:

✓ **Definition mobiler Arbeit**

Mobiles Arbeiten umfasst die zeitlich klar definierte vorübergehende Erbringung der Arbeitsleistung auf Wunsch des Arbeitnehmers unter Verwendung von Informationstechnologie außerhalb der Betriebsstätte an einem durch den Arbeitnehmer selbst gewählten Ort im Ausland.

✓ **Berechtigter Personenkreis**

1. Der Arbeitgeber bestimmt für welche Bereiche oder Funktionen mobile Arbeit erlaubt werden soll.
2. Die konkrete Tätigkeit des Arbeitnehmers muss für mobiles Arbeiten geeignet sein.
3. Der Arbeitnehmer weist eine EU-Bürgerschaft vor. Handelt es sich bei dem Arbeitnehmer nicht um einen EU-Bürger, so hat sich dieser selbst um die Schaffung der aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen im jeweiligen EU-Land zu bemühen und die hiermit verbundenen Kosten zu tragen. Ob eine grenzüberschreitende Tätigkeit im Einzelfall möglich ist, wird über einen einheitlichen Genehmigungsprozess zwischen Personalabteilung und Vorgesetzten entschieden.

✓ **Zeitliche Befristung der Auslandstätigkeit**

Die Tätigkeit im Ausland unterliegt einer zeitlichen Befristung und ist in einem Zeitrahmen von maximal 183 Tagen im Jahr möglich. Hierbei kommt es auf die tatsächlich im Ausland verbrachten Tage an, womit auch im Ausland verbrachte Urlaubstage vorab oder im Anschluss an die mobile Arbeit zählen. Der Arbeitgeber sollte eine maximale, feste Anzahl an Tagen pro Jahr festlegen, an denen Arbeitnehmern mobiles Arbeiten im Ausland erlaubt wird.

✓ **Räumliche Beschränkung der Tätigkeit auf einzelne EU-Länder**

Jede Tätigkeit im ausländischen Homeoffice bedarf einer vorherigen Prüfung. Aus diesem Grund sollte der Arbeitgeber die Tätigkeit im Ausland auf einzelne Länder innerhalb der EU beschränken, indem eine Auflistung aller möglichen Länder, in denen mobil gearbeitet werden darf, aufgestellt wird. Eine Ausweitung mobiler Arbeit auf außereuropäische Länder ist ebenso möglich. Allerdings geht hiermit ein deutlich höherer Prüfungsaufwand einher, weshalb dem Arbeitgeber zu raten ist, die Tätigkeit im Ausland möglichst auf das EU-Ausland bzw. einzelne EU-Länder zu beschränken.

✓ **Festlegung eines klaren Genehmigungsverfahrens**

1. Der Arbeitnehmer kündigt seine geplante Auslandstätigkeit zunächst bei seinem Vorgesetzten an und klärt, ob diese grundsätzlich aus Sicht des Arbeitgebers möglich ist.
2. Erklärt sich der Vorgesetzte grundsätzlich mit der geplanten Auslandstätigkeit einverstanden, ist in einem nächsten Schritt ein Antrag an die Personalabteilung über die gewünschte Auslandstätigkeit mit einem Vorlauf von mindestens einem Monat zu stellen.
3. Soweit die Personalabteilung nach erfolgter Prüfung keine Hinderungsgründe feststellen kann, wird eine schriftliche Genehmigung an den Arbeitnehmer erteilt. Erhält der Arbeitnehmer hingegen eine schriftliche Ablehnung seines Antrags, ist klarzustellen, dass der Arbeitnehmer nicht vom Ausland aus mobil tätig werden darf.

✓ **Vorzeitige Beendigung der Tätigkeit im Ausland**

Der Arbeitgeber sollte sich bei Vorliegen konkreter Gründe innerhalb der betrieblichen Regelung unter Wahrung einer festgelegten Frist vorbehalten, eine vorzeitige Rückkehr des Arbeitnehmers an den inländischen Betrieb vor dem geplanten Ende der Auslandstätigkeit zu veranlassen. Solche konkreten Gründe können etwa die mangelnde Erreichbarkeit des Arbeitnehmers im Ausland, Schlechtleistung oder strategische Gründe des Arbeitgebers sein.

b) Beteiligungsrechte des Betriebsrates

Bei Vorhandensein eines Betriebsrates im Unternehmen sind ferner einzelne Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates zu berücksichtigen. Die hier aufgeführten Mitbestimmungsrechte sind als Initiativrechte des Betriebsrates ausgestaltet und können somit auch vom Betriebsrat im Rahmen des jeweiligen Mitbestimmungstatbestands zum Gegenstand eines Mitbestimmungsverfahrens gemacht werden, welches bei Uneinigkeiten zwischen den Parteien durch die Einigungsstelle erzwungen werden kann.

Vorausgesetzt der im Ausland tätige Arbeitnehmer ist weiterhin dem inländischen Betrieb zuzuordnen und es handelt sich um einen Sachverhalt mit kollektivem Bezug, ist der Betriebsrat im Rahmen folgender einzelner Mitbestimmungsrechte bei der Durchführung mobiler Arbeit zwingend zu beteiligen:

- ✓ Bei der Regulierung von Arbeitszeiten und Verteilung der Arbeitszeiten gem. §87 Abs.1 Nr.2 BetrVG
- ✓ Bei der Einführung und Anwendung technischer Kontrolleinrichtungen zur Überwachung des Verhaltens oder der Leistung des Arbeitnehmers gem. §87 Abs.1 Nr.6 BetrVG
- ✓ Bei der Festlegung von Maßnahmen zum Arbeits- und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer gem. §87 Abs.1 Nr.7 BetrVG
- ✓ Bei der inhaltlichen Ausgestaltung mobiler Arbeit nach §87 Abs.1 Nr.14 BetrVG

V. Fazit

Die Thesis hat das Ziel verfolgt, Unternehmen auf die rechtlichen Risiken einer mobilen Auslandstätigkeit von Arbeitnehmern hinzuweisen. Im Besonderen wurden konkrete Maßnahmen beschrieben, durch welche eine rechtssichere Gestaltung des mobilen Arbeitens im Ausland ermöglicht werden soll.

Aus der Betrachtung und Analyse der bereits bestehenden Literatur und Rechtsprechung im Hinblick auf steuerrechtliche Aspekte einer Auslandstätigkeit von Arbeitnehmern lassen sich die grundlegenden Kriterien, die im Rahmen der einzelnen Doppelbesteuerungsabkommen festgelegt wurden, auch auf das mobile Arbeiten im Ausland übertragen. Vorübergehende Tätigkeiten können, den Kriterien innerhalb der Doppelbesteuerungsabkommen folgend, rechtlich so gestaltet werden, dass ein Risiko der Besteuerung des Arbeitnehmers im Homeoffice-Staat weites gehend ausgeschlossen wird und folglich nicht besteht. Dabei wird erkenntlich, dass das Steuerrecht wenig Flexibilität bietet und Unternehmen insoweit zur Einhaltung steuerrechtlicher Regelungen zwingt, wobei sich die in der realen Arbeitswelt bestehenden Wünsche der Arbeitnehmer hiermit womöglich nicht immer als umsetzbar erweisen. Für Unternehmen selbst bietet die Anwendung der steuerrechtlichen Regelungen auf internationaler Ebene Rechtssicherheit und damit Orientierung für die praktische Umsetzung.

Aus arbeitsrechtlicher Perspektive haben sich Literatur und Rechtsprechung zu der Regulierung mobiler Arbeit im Ausland bislang kaum geäußert und zeigen hier nur in geringem Maße rechtssichere Möglichkeiten zur Umsetzung auf. Aufgrund der vielschichtigen Fragestellungen, die sich im Hinblick auf die verschiedenen mit der Auslandstätigkeit verbundenen Rechtsgebiete stellen, sollten sowohl die Voraussetzungen zum Antritt einer solchen Auslandstätigkeit sowie weitere in dem Zusammenhang relevante und zu regulierende Aspekte wie die zeitliche Befristung, die Beschränkung der Tätigkeit auf einzelne Länder oder die vorzeitige Beendigung der Tätigkeit schriftlich im Rahmen einer Betriebsvereinbarung oder Richtlinie festgehalten werden. Besteht im Unternehmen ein Betriebsrat, ist auch auf dessen ordnungsgemäße Beteiligung zu achten, um an dieser Stelle keine weiteren Risiken entstehen zu lassen.

Um Unternehmen hierbei Unterstützung zu bieten, wurde ein Leitfaden zur praktischen Handhabung erstellt, der die rechtlichen Risiken mobiler Arbeit im EU-Ausland einschränkt, sowie ein Vorschlag zur Gestaltung des Genehmigungsprozesses erarbeitet.

Die Möglichkeit mobil im Ausland zu arbeiten kann sowohl für Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer zahlreiche Vorteile mit sich bringen. Zum einen kann die Umsetzung der arbeitnehmerseitigen Wünsche für ein besseres Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber sorgen sowie eine höhere Motivation und Zufriedenheit bei den Arbeitnehmern auslösen. Zum anderen kann die Umsetzung mobiler Auslandsarbeit auch für den Arbeitgeber von Vorteil sein, da diese sich in der aktuellen Unternehmenspraxis vielerorts zu einem Mitarbeiter-Vorteil etabliert und damit auch die Arbeitgeberattraktivität erhöhen kann. Daraus ergibt sich ein wichtiges Instrument zur Gewinnung von Fachkräften, welches als klarer Wettbewerbsvorteil betrachtet werden kann. Die Möglichkeiten, mobil im Ausland zu arbeiten, steigen durch verbesserte Netzwerke und die Eröffnung professioneller Coworking-Spaces kontinuierlich. Auch nach Überwindung der Corona-Pandemie wird der Trend zum mobilen Arbeiten im Ausland bleiben.

Auch wenn der Gesetzgeber mit dem Entwurf für ein Mobile-Arbeit-Gesetz (MAG) versucht, auf die aktuellen Entwicklungen zu reagieren, geben Rechtsprechung und Literatur bislang noch keine klaren Leitlinien zum Umgang mit mobiler Arbeit im Ausland vor. Aufgrund der steigenden Nachfrage und einer entsprechenden Erwartungshaltung von Arbeitnehmern in Zukunft flexibel von überall aus arbeiten zu können, sowie einer zunehmend digitalisierten Arbeitswelt ist eine weitergehende Auseinandersetzung mit einzelnen rechtlichen Fragestellungen mobiler Auslandsarbeit in naher Zukunft zu erwarten. So lange müssen Unternehmen sich eigenständig mit rechtssicheren Lösungsmöglichkeiten zur Implementierung mobiler Arbeit im Ausland auseinandersetzen und sich mit innovativen Strategien behilflich sein, beispielsweise indem ein Überblick über die rechtlichen Risiken anhand eines automatisierten Genehmigungsprozesses geschaffen und hieran bewertet wird. Unternehmen ist insoweit zu empfehlen, sich frühzeitig mit den Möglichkeiten zur Implementierung mobiler Auslandsarbeit auseinanderzusetzen und sich hierbei ggf. auch fachliche Expertise einzuholen, um so ein rechtssicheres und zukunftsfähiges Vorgehen sicherzustellen.

Eidesstattliche Erklärung

Hiermit versichere ich, dass ich die Arbeit – bei einer Gruppenarbeit den entsprechend gekennzeichneten Teil der Arbeit – selbstständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel benutzt habe. Alle Stellen der Arbeit, die wortwörtlich oder sinngemäß aus anderen Quellen übernommen wurden, habe ich als solche kenntlich gemacht. Die Arbeit habe ich in gleicher oder ähnlicher Form noch keiner Prüfungsbehörde vorgelegt. Die schriftliche sowie die elektronische Fassung der Arbeit mit der Ausnahme gem. Abs. 9 Satz 2 RPO vorzunehmenden Anonymisierung der elektronischen Fassung stimmen inhaltlich überein.



Hamburg, den 28.08.2022

Ort und Datum

J.v. Bezold

Julia von Bezold