

21. Dezember 2020

Stellungnahme des Verbandes BDA zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit vom 30.11.2020

## Zusammenfassung

Mobile Arbeit ist eine der vielfältigen Möglichkeiten, Arbeit flexibel, den betrieblichen Gegebenheiten angepasst und den unterschiedlichen Wünschen der Arbeitnehmer entgegenkommend, zu organisieren. Auf der Grundlage unterschiedlicher Regelungsebenen wird diese Möglichkeit in den Betrieben schon heute umgesetzt und von den Arbeitnehmern genutzt. Die entscheidenden Elemente sind dabei die Freiwilligkeit und die Gestaltungsoffenheit entsprechender Vereinbarungen. Gesetzliche Regelungen sind daher nicht nur überflüssig, sie gefährden passgenaue Lösungen, auf die Arbeitnehmer wie Arbeitgeber zwingend angewiesen sind. Der vorliegende Entwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit sollte daher zurückgezogen werden.

Der Entwurf geht darüber hinaus auch weit über den Koalitionsvertrag hinaus. Dieser sieht einen „Auskunftsanspruch der Arbeitnehmer gegenüber ihrem Arbeitgeber über die Entscheidungsgründe der Ablehnung“ vor. Der Entwurf widerspricht damit auch dem vor dem Hintergrund der Pandemie im Koalitionsausschuss am 22. April 2020 beschlossenen Belastungsmoratorium. Das gilt insbesondere auch für die vorgesehene Pflicht zur Aufzeichnung von Arbeitszeiten.

Ob die Beschäftigten zu Hause, unterwegs oder an selbstbestimmten Orten arbeiten können, hängt überwiegend von der Art der Tätigkeit ab. Während in vielen Dienstleistungs- und Verwaltungsbereichen mobile Arbeit mittlerweile verbreitet und akzeptiert ist, sind die direkten Bereiche bis auf wenige Ausnahmen bislang lediglich ein Thema für Forschungsprojekte (mobile Arbeit in der Produktion). Priorität hat nach wie vor die Erfüllung der betrieblichen Aufgaben, alle anderen Aspekte müssen mit dieser Priorität vereinbar sein. Der vorliegende Gesetzentwurf untergräbt mit seinen Vorschlägen diese Priorisierung und geht davon aus, dass mobile Arbeit prinzipiell möglich und wünschenswert ist. Dass dies weder im Hinblick auf die Arbeitsaufgaben noch auf die Eignung und die Wünsche der Beschäftigten (nicht alle Beschäftigten wollen mobile Arbeit nutzen: etwa zwei Drittel der 2017 im Rahmen des Linked Personnel Panel befragten Beschäftigten, die nicht von zu Hause arbeiten, lehnen diese Möglichkeit grundsätzlich ab) realistisch ist, wird ausgeblendet. Vielmehr wird die angesprochene Priorität der Erfüllung des Betriebs- und Unternehmenszweckes bewusst in eine Rechtfertigungsnotwendigkeit für Arbeitgeber umgewandelt.

Der Arbeitgeber ermöglicht schon im eigenen Interesse Mitarbeitern, die eigenverantwortlich und flexibel arbeiten wollen und können, Freiheiten bei der Wahrnehmung ihrer Arbeit, nicht zuletzt im Hinblick auf den Arbeitsort. Die Ermöglichung von Mobilarbeit basierend auf gegenseitigem Vertrauen geht in der Regel einher mit einer eigenverantwortlichen Einhaltung von Arbeitnehmerschutzrechten. Die unternehmerische Entscheidung über ein Organisationskonzept, das neben der Möglichkeit der Einführung mobiler Arbeit auch in der vollständigen oder teilweisen Entscheidung über ortsfestes Arbeiten bestehen kann, unterliegt nicht der Disposition des Gesetzgebers. Dies ist von der Rechtsprechung seit Langem anerkannt (zuletzt durch das Urteil des BAG vom 30. November 2016 -10 AZR 805/15). Hieran

ändert auch die im Referentenentwurf vorgesehene Tarifvertrags- oder Betriebsvereinbarungsoffenheit nichts.

Der Koalitionsvertrag will ausdrücklich mobiles Arbeiten fördern. Angesichts der bereits sehr weiten Verbreitung mobiler Arbeit sind zur weiteren Förderung beispielsweise ein schneller und flächendeckender Breitbandausbau, der auch regionale Ungleichheiten verhindert und Flexibilisierungen des Arbeitszeitrechts geboten. Gerade eine flexible Arbeitszeitgestaltung mit einem diese begünstigenden Rechtsrahmen unterstützt nachdrücklich die Möglichkeit, mobile Arbeit im Betrieb anzubieten.

Im Einzelnen

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich Arbeitsinhalt, Arbeitsort und der Arbeitszeit ist konstitutiv für die Arbeitsbeziehungen und verfassungsrechtlich abgesichert. Bestimmung und Ausgestaltung des Arbeitsortes muss sich daher ebenso wie die Arbeitszeit grundsätzlich nach den Wünschen und Anforderungen der Kunden richten. Sie stellen durch ihre Nachfrage den Betrieb und auch die Arbeitsleistung sicher. Die betrieblichen Erfordernisse müssen stets Berücksichtigung finden.

Gerade in der Corona-Krise hat sich gezeigt, dass Unternehmen und Beschäftigte Homeoffice und mobile Arbeit verantwortungsvoll und intensiv einsetzen. Diese Krisenlösungen funktionieren, basierend auf einem gegenseitigen Vertrauensvorschuss, liefern aber allenfalls ein schwaches Indiz dafür, welche Arbeiten auf Dauer ohne Probleme außerhalb des Betriebs erbracht werden können. Ein Erörterungsanspruch mit bürokratischen Form- und Begründungserfordernissen würde die Akzeptanz bereits bestehender Instrumente in den Betrieben unterlaufen. Mit ihm wäre die Gefahr einer Spaltung der Belegschaft und einer Störung des Betriebsfriedens verbunden. Belegschaften könnten aufgrund unterschiedlicher Möglichkeiten, mobil zu arbeiten, in gegnerische Lager zerfallen.

Ein Erörterungsanspruch muss auf Form- und Fristvorgaben verzichten, deren Nichteinhaltung rechtswirksame Folgen für die Arbeitsvertragsparteien nach sich zieht. Ein solches Verfahren würde den Organisationsaufwand eines Betriebs unverhältnismäßig aufblähen und den Betrieb von der eigentlichen Produktionsleistung abhalten. Dies gilt umso mehr, als die Beschäftigten selbst bei ordnungsgemäßer Ablehnung des Wunsches zur mobilen Arbeit nach Ablauf einer bestimmten Frist ihren Wunsch erneut vorbringen können und auch hierüber wieder form- und fristgerecht entschieden werden muss. Ein solches Vorgehen wäre ein vollkommen unverhältnismäßiger bürokratischer Aufwand!

Eine Zustimmungsfiktion, dass bei einem Versäumen von Frist- oder Formerfordernissen in diesem Prozess automatisch die von den Beschäftigten begehrte Art der mobilen Arbeit als vereinbart gilt, würde einen massiven Eingriff in die unternehmerische Freiheit darstellen. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers ist verfassungsrechtlich derart geschützt, dass dieses nicht durch formale Anforderungen und Fiktionswirkungen ausgehebelt werden darf. Darüber hinaus kann die Zustimmungsfiktion ein Unternehmen dann übermäßig belasten, wenn es bisher noch gar nicht über die technischen Voraussetzungen verfügt, die den Mitarbeitern mobiles Arbeiten überhaupt ermöglicht. Die technische Ausstattung, zu der ein Betrieb gezwungen werden soll, kann gerade KMU finanziell überlasten.

Statt eines Erörterungsanspruchs sind nachhaltige Maßnahmen in Erwägung zu ziehen, die die Bereitschaft der Vertragsparteien steigern können, entsprechende Instrumente zu nutzen. Grundsätzlich müssen die konkreten betrieblichen Erfordernisse im Vordergrund stehen. Nur dann kann eine für Arbeitgeber und Beschäftigte zufriedenstellende Lösung gefunden werden. Fragwürdig ist dabei allerdings bereits der Regelungsort in der Gewerbeordnung im Abschnitt

„Allgemeine arbeitsrechtliche Grundsätze“ in dem u.a. auch das Weisungsrecht des Arbeitgebers geregelt wird. Damit wird die Intention der Einschränkung des Weisungsrechts in den Vordergrund gestellt statt der Intention der Förderung mobiler Arbeit.

1. Anspruch darf nicht unkonditioniert sein

Der Arbeitgeber hat gemäß § 111 GewO-E mit dem Arbeitnehmer dessen Wunsch nach regelmäßiger mobiler Arbeit hinsichtlich des Beginns, der Dauer, des Umfangs und der Verteilung sowie der Art der

mobilen Arbeit zu erörtern. Mobile Arbeit wird definiert als Arbeitsleistung außerhalb der Betriebsstätte unter Verwendung von Informationstechnologie von einem Ort oder Orten nach Wahl des Arbeitnehmers oder von einem mit dem Arbeitgeber vereinbarten Ort oder Orten.

Hinsichtlich möglicher mobiler Tätigkeiten ist die geplante Legaldefinition zu weit, lediglich in der Gesetzesbegründung wird darauf hingewiesen, dass mobile Arbeit nicht vorliegt (gemeint sein muss, ausgeschlossen sein soll), wenn die geschuldete Arbeitsleistung aufgrund der Eigenart der Tätigkeit ausschließlich an einem von den Arbeitsvertragsparteien nicht oder nur bedingt beeinflussbaren Arbeitsort erbracht werden kann, wie zum Beispiel bei Wartungen oder der Entstörung von Anlagen. Diese Einschränkung in der Gesetzesbegründung ist zwar richtig. Diese Beschränkung müsste jedoch – auch aus Gründen der Rechtssicherheit – im Gesetzestext verankert werden.

Auch ist es für den Arbeitgeber essenziell, dass es eine verpflichtende Angabe zum beabsichtigten Ort der mobilen Arbeit gibt. Nur so kann der Arbeitgeber beurteilen, ob ggf. ein Interessenkonflikt oder datenschutzrechtliche Bedenken hinsichtlich der Ortswahl des Beschäftigten vorliegen und welche Sicherheitsvorkehrungen für mobiles Arbeiten zu ergreifen sind.

Die Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffes „regelmäßig“ in der Definition mobiler Arbeit würde in der Praxis zu nicht lösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Nach der Entwurfsbegründung soll Regelmäßigkeit bereits dann vorliegen, wenn „planmäßig wiederkehrende mobile Arbeit, wie zum Beispiel einmal oder mehrfach in der Woche oder zweimal im Monat an einem bestimmten Wochentag“ vorliegt. „Dabei kommt es nicht darauf an, ob regelmäßig ganztags oder nur stundenweise mobil gearbeitet wird“. Eine Unterscheidung bzw. Abgrenzung zum in der Begründung ebenfalls verwandten Begriff der „anlassbezogenen“ mobilen Arbeit, für die die gesetzlichen Regelungen nicht gelten sollen, erscheint praktisch unmöglich. Nach dieser Definition wäre bereits die Bereitstellung eines dienstlichen Mobiltelefons „regelmäßige mobile Arbeit“. Mit der in der Begründung bezifferten Zahl von „zweimal im Monat“ zur Definition des Begriffs der Regelmäßigkeit wird durch eine Hintertür der im Entwurf vom Oktober vorgesehene Anspruch auf 24 Tage Mobilarbeit im Jahr, der zu Recht in der Bundesregierung keine Mehrheit gefunden hat, wieder in abgeschwächter Form in den Referentenentwurf eingebracht.

Aus diesen Gründen sollte die Definition nur regelmäßige mobile Arbeit erfassen und dabei einen erheblich engeren Begriff verwenden, nach dem Regelmäßigkeit erst dann anzunehmen ist, wenn wesentliche Anteile der Arbeitsleistung mobil erbracht werden (z.B. mehrmals wöchentlich). Darüber hinaus ist § 111 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 zu streichen, dem Beschäftigten kann vor dem Hintergrund beispielsweise der arbeitsschutzrechtlichen Verpflichtungen des Arbeitgebers nicht qua Definition die den Arbeitsvertrag ändernde Wahl des Ortes seiner Arbeitsleistung freigestellt werden.

Aufgrund der Formulierung „Beginn, Dauer, Umfang und Verteilung“ besteht die Möglichkeit, dass hiervon auch die Lage der Arbeitszeit umfasst wird. Das muss ausdrücklich ausgeschlossen bleiben.

Die vom Entwurf intendierte Festlegung des Beschäftigten, mehrere Monate im Voraus auf Beginn, Dauer, Umfang und Verteilung sowie der Art der mobilen Arbeit ist unrealistisch, praxis- fremd und widerspricht dem Wunsch auch der meisten Beschäftigten nach einer möglichst flexiblen Arbeitsgestaltung. Im Einvernehmen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer muss es möglich bleiben, spontan mehr oder weniger mobil zu arbeiten. Also z.B. weniger, wenn kurzfristig ein wichtiges Projekt ansteht, bei dem viel Präsenz im Büro erforderlich ist. Und umgekehrt z.B. mehr mobile Arbeit, wenn z.B. das Kind des Beschäftigten erkrankt ist oder der Beschäftigte einen Handwerker im Haus hat. Gleichzeitig muss ausgeschlossen werden, dass Beschäftigte über den Erörterungsanspruch einseitig ihren Arbeitsort ins Ausland verlegen können. Der Arbeitgeber darf aber nicht zu einem zusätzlichen Aufwand hinsichtlich des Steuerrechts, Sozialversicherung, Entsenderecht etc. aufgrund eines grenzüberschreitenden Sachverhalts gezwungen werden.

Es bedarf einer Einschränkung, dass ortsgebundene Tätigkeiten von vorherein aus dem Anwendungsbereich ausgenommen sind. Zudem muss berücksichtigt werden, dass es immer einzelne Zeitabschnitte geben kann, in denen mobiles Arbeiten in einer Woche oder in einem Monat nicht möglich

ist (z.B. Projekt) oder in denen anstehende Kundentermine das mobile Arbeiten an einzelnen Tagen ausschließen. Eine Fiktionswirkung ist damit in keiner Weise vereinbar.

Zudem ist im Gesetz auch keine Mindestbetriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers vorgesehen. Arbeitnehmer sollen offenbar ab dem ersten Tag ihres Arbeitsverhältnisses mobil arbeiten können bzw. einen entsprechenden Erörterungsanspruch geltend machen können. Dies ist im Sinne einer notwendigen Einarbeitung und Erprobung des Arbeitnehmers nicht akzeptabel. Die Einführung von mobiler Arbeit kann zudem gerade kleinere und mittlere Betriebe vor erhebliche organisatorische und finanzielle Belastungen stellen. Daher müssen zumindest Schwellenwerte geregelt werden, um eine Überforderung dieser Betriebe auszuschließen. Hier sollten die z. B. in § 267 HGB verwendeten Kriterien für kleine und mittlere Unternehmen herangezogen werden, sodass zumindest in Unternehmen mit bis zu 50 Arbeitnehmern die Zustimmungsfiktion nicht greift.

Klargestellt werden sollte schließlich, dass die Regelung – ebenso wie die geplante Regelung des § 112 GewO-E, nicht für leitende Angestellte greift.

Mobile Arbeit birgt ferner ein erhöhtes Risiko eines unberechtigten Zugriffs Dritter auf vertrauliche Informationen, personenbezogene Daten und Geschäftsgeheimnisse. Es ist derzeit insbesondere für kleinere Betriebe kaum abzuschätzen, welche Videokonferenz- oder andere Kommunikationssysteme datenschutzkonform genutzt werden können. Zusätzlich befeuert die Politik die Sorge durch die laufende Debatte über mögliche Hintertüren in Ende-zu-Ende verschlüsselten Diensten. Dieses Risiko darf gerade KMU nicht im Wege der geplanten Fiktion auferlegt werden. Arbeitgebern können zusätzliche Kosten für Technik und IT-Sicherheit sowie ein höherer Aufwand zur Koordinierung der Mitarbeiter entstehen. Dies umso mehr, wenn für den Mitarbeiter gleichzeitig auch ein betrieblicher Arbeitsplatz vorgehalten werden muss.

2. Anspruch auf begründete Ablehnung und Zustimmungsfiktion darf nicht bei Ungeeignetheit der Tätigkeit greifen

Ziel der Erörterung soll eine Vereinbarung über mobile Arbeit sein. Gelingt diese nicht, hat der Arbeitgeber seine ablehnende Entscheidung zu begründen und dies in Textform zu erklären. Kommt er der Erörterung (sog. Erörterungspflicht) oder der Begründung (sog. Erklärungspflicht) nicht nach, gilt die mobile Arbeit wie beantragt als vereinbart, längstens für die Dauer von sechs Monaten. Diese Zustimmungsfiktion schränkt das Direktionsrecht ein, schafft unnötige bürokratische Komplexität und vernachlässigt das Interesse der Arbeitgeber, im Hinblick auf Mitarbeiterbindung und Arbeitgeberattraktivität möglichst vielen Beschäftigten möglichst viel Flexibilität einzuräumen. Betriebe, die mobiler Arbeit noch kritisch gegenüberstehen und denen beispielsweise die technischen Voraussetzungen für mobiles Arbeiten fehlen, wird ein solcher Bürokratieaufwand eher abschrecken und eine wohlwollende Prüfung von Möglichkeiten mobiler Arbeit behindern.

Die Notwendigkeit einer begründeten Ablehnung stellt neue bürokratische Anforderungen an jeden Arbeitgeber, unabhängig davon, ob eine Tätigkeit überhaupt objektiv geeignet ist, mobil ausgeführt zu werden. In der Gesetzesbegründung wird darauf verwiesen, dass nur ein kleiner Anteil der Beschäftigten überhaupt von den Regelungen profitieren wird (S. 9, 11: ca. 2,1 Mio. Arbeitnehmer in Wirtschaft und Verwaltung – gegenüber ca. 33,6 Mio. sozialversicherungspflichtig Beschäftigten). Gleichwohl wird allen Arbeitnehmern unabhängig von der Eignung der ausgeübten Tätigkeit oder dem unternehmerischen Organisationskonzept ein solcher Erörterungsanspruch eingeräumt. Legt man die Daten der Gesetzesbegründung zu Grunde, dauert die Erörterung, Prüfung und Entscheidung über einen solchen Antrag mehr als eine Stunde (S. 9/10: 63 Minuten). Das vorgesehene nicht konditionierte Antragsrecht aller Arbeitnehmer kann daher zu einer nicht hinnehmbaren bürokratischen und finanziellen Belastung der Arbeitgeber führen.

Der Normtext lässt offen, welche Anforderungen an die Begründung einer ablehnenden Entscheidung zu stellen sind. Nach der Gesetzesbegründung dürfen Ablehnungsgründe nicht sach- fremd oder willkürlich

sein. Die Erörterung von Veränderungswünschen der Arbeitnehmer hinsichtlich mobiler Arbeit ist bereits heute gelebter Alltag in den Betrieben, gesetzliche Vorgaben dazu sind daher überflüssig. Eine Erörterungspflicht ist in der Praxis allenfalls dann handhabbar und mit dem für das Arbeitsverhältnis konstitutiven Weisungsrecht und der Vertragsfreiheit vereinbar, wenn eindeutig klargelegt wird, dass der Arbeitgeber bei seiner Entscheidung über eine Vereinbarung frei bleibt. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass die Rechtsprechung wie in den Fällen der §§ 16 BEEG und 8 TzBfG sehr hohe Hürden für eine Ablehnung der Zustimmung aufstellt. Nach der Gesetzesbegründung dürfen Gründe des Arbeitgebers für eine Ablehnung nicht sachfremd oder willkürlich sein. Mit dem auslegungsbedürftigen Kriterium „sachfremd“ wird die Gefahr geschaffen, dass die Rechtsprechung in erheblichem Maße in die unternehmerische Organisationsfreiheit eingreifen kann.

Das gilt insbesondere dann, wenn der Fokus auf die Ablehnung aus betriebsorganisatorischen Gründen gelegt wird. Der Aspekt der persönlichen Eignung des jeweiligen Mitarbeiters für mobile Arbeit wird in dem Referentenentwurf gar nicht adressiert. Dabei zeigt sich in den Unternehmen vielfach, dass die persönliche Eignung bei der Frage, ob mobiles Arbeiten tatsächlich gelingt und zu guten Ergebnissen führt, eine entscheidende Bedeutung hat. Nicht jeder Mitarbeiter, der den Wunsch hat, mobil zu arbeiten, kann mit der damit einhergehenden Freiheit auch umgehen. In solchen Fällen kann mobile Tätigkeit zu erheblichen Störungen im Arbeitsverhältnis bis hin zur Beendigung führen, wenn die Tätigkeit trotzdem erzwungen wird.

Die Zustimmungsfiktion in Abs. 3 birgt zudem die Gefahr, dass bei Nichterfüllung formaler Vorschriften der Eintritt der Fiktion konstruiert wird. Unklar bleibt, ob die Fiktion auch dann eingreift, wenn der Arbeitgeber zwar mit Begründung ablehnt, aber die Angelegenheit vorher nicht mit dem Beschäftigten erörtert hat. Auch in diesen Fällen muss die Fiktionswirkung ausgeschlossen sein. Der Arbeitgeber darf den Zugang nicht beweisen müssen.

### 3. Frist für erneute Geltendmachung zu kurz

Die Frist von vier Monaten zur erneuten Geltendmachung mobiler Arbeit ist viel zu kurz. Hat der Arbeitgeber den Wunsch wirksam abgelehnt, liegen dieser Ablehnung notwendigerweise Gründe zugrunde, die der Arbeitgeber nicht alle vier Monate wieder neu vorbringen müssen sollte. Die kurze Frist kann für den Arbeitgeber bis zu drei Mitteilungen im Jahr pro Beschäftigten zur Folge haben, mit denen sich der Arbeitgeber auseinandersetzen muss. Damit wird der Erfüllungsaufwand für den Arbeitgeber überdehnt. Für die Personalabteilungen würde dies einen erheblichen zusätzlichen administrativen Aufwand nach sich ziehen. Insbesondere die Personalabteilungen kleiner Unternehmen können durch diesen Aufwand annähernd lahmgelegt werden.

Entsprechend den Regelungen zur befristeten Teilzeit, die nach Ablauf von ein bzw. zwei Jahren erneut geltend gemacht werden kann, sollte ein erneuter Antrag in deutlich längeren Abständen gestellt werden können. Er ist nur dann sinnvoll, wenn sich die Umstände, die zur Ablehnung eines vorherigen Antrags geführt haben, geändert haben. Hier müsste in § 111 Abs. 4 GewO-E zumindest ergänzt werden, dass der Arbeitnehmer eine erneute Mitteilung nur machen darf, wenn sich seit der letzten Erörterung wesentliche Umstände geändert haben.

### 4. Arbeitsschutz - Verantwortungsteilung erforderlich

Die Regelungen des Arbeitsschutzes sollen unberührt bleiben. Nach der Gesetzesbegründung hat der Arbeitgeber die bei mobiler Arbeit auftretenden Gefährdungen zu beurteilen, Arbeitsschutzmaßnahmen festzulegen und dies zu dokumentieren. Dazu gehören auch eine Unterweisung im Hinblick auf die erforderlichen Sicherheits- und Gesundheitsschutzmaßnahmen.

Das hat zur Folge, dass der Arbeitgeber sich mit den Gefahren für die Sicherheit und Gesundheit befassen muss, die mit mobiler Arbeit verbunden sind. Die Möglichkeiten der Einflussnahme des Arbeitgebers auf die Arbeitsverhältnisse sind außerhalb der Arbeitsstätte aber begrenzt. Da der Arbeitgeber kein einseitiges Zutrittsrecht zur Wohnung des Arbeitnehmers hat, wenn ihm dieser dies nicht

gestattet, verfügt er nur über begrenzte Informationen über den tatsächlichen Arbeitsplatz. Dies gilt umso mehr bei ständig wechselnden Arbeitsorten.

Daher muss im Arbeitsschutzrecht klargestellt werden, dass der Arbeitnehmer bei mobiler Arbeit selbst für die Gestaltung des Arbeitsplatzes und die Einhaltung des Arbeitsschutzes verantwortlich ist. Es sollte ausdrücklich – wie in § 15 Arbeitsschutzgesetz sowie in der SARS-CoV-2- Arbeitsschutzregel – auf die Mitwirkungspflichten des Arbeitnehmers hingewiesen werden. Ausreichend muss eine allgemeine Unterweisung auf üblicherweise mögliche Gefahren sein. Eine Unterweisung ist zudem nur dann sinnvoll möglich, wenn der Arbeitnehmer verpflichtet ist, den Arbeitgeber über wesentliche Gegebenheiten der Arbeitsumgebung zu informieren. Weiterhin muss der Arbeitgeber im Rahmen des Arbeitsschutzes stärker die Möglichkeit ausschöpfen können, verhaltensorientierte Maßnahmen durchzuführen und bspw. die Arbeitsgestaltungskompetenz der Beschäftigten zu fördern bzw. auch zu fordern.

Die Entwurfsbegründung sieht weiterhin vor, dass die Arbeitsschutzausschüsse Konkretisierungen für die betriebliche Praxis erarbeiten sollen, um aufzuzeigen, wie die Arbeitsschutzanforderungen zu erfüllen sind. Hier muss sichergestellt werden, dass keine neuen und zusätzlichen Regelungen geschaffen werden, die über das geltende Recht hinaus gehen. Die Ausführungen zum Arbeitsschutz in der Entwurfsbegründung sind insgesamt unpräzise und missverständlich. Jede Vermischung der Tätigkeitsformen „mobile Arbeit“ und „Telearbeit“ im Sinne des Arbeitsstättenrechts wäre systemwidrig und muss zuverlässig vermieden werden. Eine Gefährdungsbeurteilung, die über allgemeine Aufklärung zu Sicherheits- und Gesundheitsrisiken hinausgeht, wäre aufgrund der Variabilität der Arbeitsorte im Rahmen mobiler Arbeit nicht umsetzbar. Insbesondere wäre eine Begehung der privaten Räumlichkeiten bei mobiler Arbeit weder im Interesse von Beschäftigten und Arbeitgebern, noch wäre eine solche mit Art.13 des Grundgesetzes vereinbar.

Nach dem Wortlaut von § 111 Abs. 5 des Entwurfs in Verbindung mit der Definition des Abs. 1 S. 2 muss der Arbeitgeber jeden Arbeitnehmer vor Aufnahme jeder (auch der nur anlassbezogenen) mobilen Arbeit in Textform über die Gewährleistung seiner Gesundheit und Sicherheit informieren. Gerade angesichts der schnell fortschreitenden Digitalisierung führt dies praktisch zu einer allgemeinen weiteren Pflicht, die bei nur gelegentlicher Nutzung mobiler Endgeräte (z.B. das Abrufen dienstlicher Mails auf einem Smartphone) überzogen ist. Da dies bereits in den §§ 5, 6 ArbSchG hinreichend geregelt ist, besteht hier kein Regelungsbedarf. Das Erfordernis der Textform geht zudem über das Erfordernis der üblichen Unterweisung des § 12 ArbSchG hinaus.

Zum anderen muss keineswegs verbindliche Regulierung im Vordergrund stehen, wenn es darum geht, für die verschiedenen Ausprägungen mobiler Arbeit jeweils passgenaue präventive Arbeitsgestaltung zu etablieren. So haben sich die Arbeitgeber der Finanzwirtschaft, die BDA und ver.di im Rahmen der Sozialpartner-Initiative „Mitdenken 4.0“ unter dem Dach der Verwaltungs-Berufsgenossenschaft (VBG) ausführlich mit der gesundheitsgerechten Gestaltung mobiler Arbeit beschäftigt und gemeinsam eine Handlungshilfe für die betriebliche Praxis erarbeitet ([www.vbg.de/mitdenken4null](http://www.vbg.de/mitdenken4null)). Die Publikation auf Basis arbeitswissenschaftlicher Erkenntnisse wird in den Betrieben weithin von Führungskräften und Betriebsräten eingesetzt. Zusätzliche verbindliche Vorschriften erscheinen in diesem Umfeld daher entbehrlich.

## 5. Beendigung der mobilen Arbeit durch Betrieb erleichtern

Der Entwurf sieht vor, dass sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer die Vereinbarung über die mobile Arbeit mit einer Frist von drei Monaten zum Ende des Kalendermonats beenden kann. Im Falle betrieblicher Gründe kann diese Frist deutlich zu lang sein, z.B. wenn kurzfristig Kundenanforderungen deren Erfüllung durch eine mobil erbrachte Tätigkeit ausschließen. Für derartige Fälle muss eine kurzfristige Beendigungsmöglichkeit eingeräumt werden. Das gilt ebenso für Fälle, in denen sich herausstellt, dass beispielsweise die technischen Voraussetzungen und das vom Beschäftigten gewählte Umfeld nicht geeignet sind, um die Arbeit mobil oder im Homeoffice auszuführen. Es muss daher ein sofortiges Beendigungsrecht beim Vorliegen sachlicher Gründe geregelt werden.

## 6. Tariföffnungsklausel muss ausgeweitet werden

Sinnvoll wäre es auch dort Abweichungsmöglichkeiten durch Betriebsvereinbarungen zu ermöglichen, wo kein entsprechender Tarifvertrag besteht. Für den Kreis der AT-Angestellten existieren in den Unternehmen viele bewährte Regelungen zur mobilen Arbeit in Betriebsvereinbarungen und Gesamtbetriebsvereinbarungen.

#### 7. Arbeitszeiterfassung nicht durch die Hintertür ausweiten

Die nicht gebotene Neufassung der Regelung zur Aufzeichnung der Arbeitszeit ist nicht akzeptabel und darf keinesfalls in der Gewerbeordnung verankert werden.

Die vorgesehenen Aufzeichnungspflichten widersprechen der beabsichtigten Flexibilisierung, die sich auch viele Beschäftigte wünschen. Nicht nur Arbeitgebern werden bürokratische Dokumentationspflichten aufgebürdet, auch Beschäftigte könnten den Eindruck erhalten, umfassend massiv kontrolliert zu werden. Selbst der EuGH gibt in seiner Entscheidung (EuGH 14.5.2019, C-55/18, Rechtssache CCOO) Spielräume, um je nach Tätigkeit oder Eigenart des Unternehmens, z.B. der Größe, Ausnahmen von der Aufzeichnungspflicht zu machen. Diese Ausnahmemöglichkeiten würden für mobile Arbeit nicht mehr zugänglich, wenn es zu einer generellen Aufzeichnungspflicht für mobile Arbeit käme. In der Praxis in bewährter Weise gelebte Arbeitszeitmodelle bei mobiler Arbeit – wie beispielsweise die weit verbreitete Vertrauensarbeitszeit mit pauschaler Erfassungsmöglichkeit würden ausgeschlossen. Eine Geldbuße von bis zu 30.000 Euro ist unangemessen hoch. Ein Verstoß gegen die ausdrücklich in Bezug genommene Vorschrift des § 16 Abs. 2 ArbZG kann nur mit bis zu 15.000 Euro belegt werden.

Nicht nachvollziehbar sind die Ausführungen in der Entwurfsbegründung, wonach die gesamte Arbeitszeit aufzuzeichnen ist, nicht nur der mobil geleistete Teil und nicht nur die Arbeitszeit an Tagen, an denen vollständig oder teilweise mobil gearbeitet wird. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die CCOO-Entscheidung die Nutzung der Ausnahmeregelung von Art. 17 Abs. 1 der RL 2003/88/EG ausdrücklich vorsieht. Gerade bei mobiler Arbeit ist der Flexibilitätsbedarf der Beschäftigten zumeist besonders hoch und eine Pflicht, jede Arbeitsunterbrechung oder Pause minutengenau zu erfassen, praxisfremd.

Eine minutengenaue Aufzeichnungspflicht gerade bei mobiler Arbeit, würde zudem ein umfassendes Kontrollrecht des Arbeitgebers erfordern. Wird ein Verstoß mit einem hohen Bußgeld bedroht, muss der Arbeitgeber die Möglichkeit haben, dieser Pflicht nachzukommen und dazu müsste er lückenlos die mobile Arbeitsleistung der Beschäftigten kontrollieren können.

Der vorliegende Entwurf lässt gänzlich offen, wie eine Aufzeichnung konkret ausgestaltet sein soll und verursacht dadurch erhebliche Rechtsunsicherheit. Eine papierbasierte Erfassung ist in der Praxis aufwendig und nicht zeitgemäß. Aber auch die Verhandlungen mit dem Betriebsrat erfordern gegebenenfalls einen ausreichenden zeitlichen Vorlauf, um entsprechende Verhandlungen zu führen und eine gute, von beiden Betriebspartnern getragene Lösung zu finden. Weiterhin wäre eine Differenzierung zwischen „Alt- und Neufällen“ wünschenswert. Sollte die Arbeitszeiterfassung andernfalls auch für alle Beschäftigten gelten, die bereits jetzt mobil arbeiten, würde dies zu einem massiven Administrationsaufwand führen. Hier wäre der Arbeitgeber gezwungen, bei jedem Beschäftigten vorsorglich die Arbeitszeit zu erfassen, da die Möglichkeit besteht, dass dieser im Laufe des Jahres mobil arbeiten möchte.

Sollte an der Aufzeichnungspflicht festgehalten werden, so muss auch diese Regelung für tarifliche und betriebliche Abweichungen geöffnet werden. Eine komplexe Ausgestaltung von Aufzeichnungspflichten ist in der Praxis oftmals Gegenstand tariflicher Regelungen.

Eine effiziente Möglichkeit, den Einsatz mobiler Arbeit zu fördern, die vom Entwurf nicht genutzt wird, ist die Flexibilisierung der Arbeitszeiten. Im Rahmen der europäischen Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie sollten die tägliche Höchstarbeitszeit auf eine wöchentliche umgestellt und die Vorgaben zur Ruhezeit flexibilisiert werden. Das aktuelle Arbeitszeitrecht entspricht auch nicht mehr den Wünschen und Bedürfnissen vieler Beschäftigter. Dürfen Mitarbeiter bei der Wahl des Arbeitsorts mitentscheiden und

können dadurch Arbeitszeit und Freizeit ein Stück weit selbst organisieren, muss auch das Arbeitszeitgesetz mehr Freiräume bieten.

#### 8. Kosten der gesetzlichen Unfallversicherung dürfen nicht unüberschaubar werden

Die vorgesehene Gleichstellung der Tätigkeit im Haushalt des Arbeitnehmers oder an einem anderen Ort mit der Ausübung der Tätigkeit in der Betriebsstätte, ist abzulehnen. Die derzeitige Rechtslage schützt Beschäftigte bei mobiler Arbeit ausreichend. Bislang hat die Rechtsprechung bei Wegen innerhalb der Wohnung richtigerweise darauf abgestellt, ob der Beschäftigte bei diesem Weg einer eigenwirtschaftlichen Tätigkeit – sprich privat motivierten Tätigkeit – nachgegangen ist, oder ob der Weg betrieblich motiviert war, beispielsweise der Gang zur Haustür zum Empfang einer dienstlichen Postsendung.

Bei diesem Abgrenzungsmerkmal der eigenwirtschaftlichen Tätigkeit muss es bleiben. Die Arbeitgeber haben keinerlei Einfluss darauf, ob die Wege in der Wohnung des Beschäftigten, oder draußen im Park, Gefährdungen aufweisen (z.B. Stolperstellen). Er hat auch keine Handhabe, solche Gefährdungen abzustellen. Daher kann auch nicht die Unfallversicherung, die grundsätzlich dazu da ist, eine mögliche zivilrechtliche Haftung der Arbeitgeber gegenüber ihren Beschäftigten aufzulösen, dafür eintreten müssen. Denn es besteht unter keinem Gesichtspunkt ein möglicher Haftungsanspruch des Beschäftigten gegenüber seinem Arbeitgeber, wenn er in seiner Wohnung oder im Park stürzt.

In Bezug auf die Ausweitung des Unfallversicherungsschutzes für Wege aus dem Homeoffice zu Kinderbetreuungseinrichtungen ist festzustellen, dass damit der Versicherungsschutz für Wegeunfälle noch weiter ausgedehnt würde. Dabei müssen die Leistungen der Unfallversicherung vielmehr wieder verstärkt auf die Absicherung betriebsspezifischer Risiken konzentriert werden. Ein notwendiger Schritt dazu wäre es, Unfälle auf dem Weg von und zur Arbeit, nicht mehr über die Unfallversicherung zu versichern. Denn auf das Risiko eines Wegeunfalls – egal ob auf dem Weg zur Arbeitsstätte oder zur Kinderbetreuungseinrichtung – kann der Arbeitgeber keinen Einfluss nehmen. Dieses allgemeine Lebensrisiko ist über andere Sozialversicherungszweige bzw. private Versicherungen abzusichern (wie die Krankenversicherung). Der Unfallversicherung liegt das Grundprinzip der Haftungsablösung zu Grunde, d.h. sie sollte nur für Schäden eintreten, für die der Arbeitgeber auch haftbar gemacht werden könnte. Für Wegeunfälle könnte der Arbeitgeber nie schadensersatzpflichtig gemacht sein.

#### 9. Risiko der unbeabsichtigten Begründung einer Betriebsstätte abwenden

Bei der Durchführung mobiler Arbeiten besteht die Gefahr, dass bei einer regelmäßigen Tätigkeit im Homeoffice die Wohnstätte des Arbeitnehmers als Betriebsstätte des Arbeitgebers eingestuft wird. Eine solche unbeabsichtigte Begründung einer Betriebsstätte hätte weitreichende Folgen und würde erheblichen zusätzlichen Bürokratieaufwand für die Unternehmen und die Finanzverwaltung nach sich ziehen. Dies betrifft z. B. die Ermittlung der Lohnsummen für Zwecke der Zerlegung der Gewerbe- und Körperschaftsteuer, die praktisch nicht mehr handhabbar wäre.

Der unbeabsichtigten Begründung von Betriebsstätten kommt in den Fällen eine besondere Bedeutung zu, in denen Beschäftigte im Ausland mobil arbeiten. Dies gilt insbesondere, wenn der ausländische Ansässigkeitsstaat eines Arbeitnehmers niedrigere Anforderungen an die Begründung einer (Homeoffice-)Betriebsstätte stellt als Deutschland. Ein Beispiel hierfür ist Österreich. Nach Auskunft des österreichischen Bundesfinanzministeriums genügt hinsichtlich der Voraussetzung der Verfügungsmacht bereits die faktische Verfügungsmacht des Arbeitgebers, d. h. der Arbeitgeber erlangt im Wege der betrieblichen Nutzung durch seinen Arbeitnehmer die Verfügungsmacht über dessen Räumlichkeiten (EAS-Auskunft „Homeoffice als Betriebsstätte“ vom 27.06.2019).

Wird durch eine Homeoffice-Tätigkeit eine Betriebsstätte im Ausland begründet, führt dies regelmäßig zu einer beschränkten Steuerpflicht des deutschen Arbeitgebers nach ausländischem Recht. Daraus können sich für das deutsche Unternehmen umfangreiche Registrierungs- und Deklarationspflichten im Ausland sowie Gewinnabgrenzungserfordernisse ergeben, wobei bei Nichtbeachtung Sanktionen drohen. Zudem können im Ausland auch lohnsteuerliche Verpflichtungen des deutschen Arbeitgebers erwachsen, welche die Implementierung zusätzlicher inner- betrieblicher Prozesse erfordern, um bei allen betroffenen



Mitarbeitern die Arbeitstage im Ausland zu ermitteln und die steuerlichen Konsequenzen (einschließlich der Vermeidung einer Doppelbesteuerung) zu beachten. Derartige Folgen müssen durch gesetzliche Klarstellungen, dass in diesen Fällen keine Betriebsstätte vorliegt, vermieden werden.