

Stellungnahme

zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit (Mobile Arbeit-Gesetz – MAG) des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales

Berlin, Dezember 2020
Abteilung Arbeitsmarkt, Tarifpolitik und Arbeitsrecht

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit (Mobile Arbeit-Gesetz – MAG)

A. Einführung

Am 26. November 2020 hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) den Entwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit (Mobile Arbeit-Gesetz – MAG) vorgelegt. Maßgeblicher Inhalt dieses Referentenentwurfs ist die Einführung eines Erörterungsanspruchs des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber über die Gewährung mobiler Arbeit. Arbeitnehmern mit Wunsch nach mobiler Arbeit soll damit ermöglicht werden, mit dem Ziel einer einvernehmlichen Lösung in einen formalisierten Dialog mit dem Arbeitgeber einzutreten.

Erklärtes Ziel des Referentenentwurfs ist es, mobile Arbeit zu fördern und zu erleichtern, die wirtschaftliche Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit der Arbeitgeber sozialverträglich zu erhalten bzw. zu steigern, die Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer zu verbessern und Ressourcen, etwa durch ein verringertes Verkehrsaufkommen, einzusparen.

Die Arbeitgeber des Handwerks lehnen die Pläne des BMAS ab. Während des Corona-bedingten Lock-Downs und danach haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer spontan und einvernehmlich in großer Zahl pragmatische Homeoffice-Lösungen vereinbart. Angesichts dieser Erfahrungen gilt gerade für diese Rechtssetzungsinitiative der Anspruch des französischen Staatsgelehrten Montesquieus, wonach der Staat kein Gesetz erlassen sollte, wenn es nicht zwingend notwendig ist, ein Gesetz zu machen.

Das BMAS verfolgt mit dem nun vorgesehenen Erörterungsrecht – im Gegensatz zu einem ersten Arbeitsentwurf, der noch einen Rechtsanspruch auf 24 Tage Homeoffice vorsah – zwar keinen

harten Rechtsanspruch in Anlehnung an den Teilzeitananspruch nach § 8 TzBfG und den Anspruch auf Brückenteilzeit gemäß § 9a TzBfG, sondern „lediglich“ ein Erörterungsrecht des Arbeitnehmers auf mobile Arbeit. Allerdings ist auch ein solcher Verhandlungsanspruch problematisch, da die Unternehmen dadurch unnötig mit weiteren Regulierungen belastet werden.

Einen formalisierten individuellen Verhandlungsanspruch auf diese Arbeitsformen bedarf es daher aus Sicht der Arbeitgeber im Handwerk nicht. Ein solcher Anspruch greift nicht nur tief in das Weisungsrecht des Arbeitgebers über die Bestimmung von Ort und Zeit der Arbeitserbringung ein. Er entzieht den Handwerksbetrieben die Souveränität über die Arbeitsgestaltung, wird die Personaleinsatzplanung weiter erschweren und droht zudem, die Belegschaft zu spalten, da nicht jeder Arbeitsplatz für mobile Arbeitsformen geeignet ist. So wird ein Dachdecker Geselle in mobiler Arbeit auch in Zukunft kaum in der Lage sein, Dachspannen auf einem Hausdach anzubringen, während es für kaufmännische Angestellte im Dachdeckerbetrieb durchaus denkbar wäre, mobile Arbeit zu praktizieren. In der derzeitigen Corona-Pandemie zeigt sich diese drohende Spaltung der Arbeitswelt bereits deutlich. Zu Recht fragen sich Handwerker, Produktionsmitarbeiter und im Einzelhandel tätige Arbeitnehmer, die ihren Arbeitsplatz nicht ins Homeoffice verlagern können, ob sie Arbeitnehmer „zweiter Klasse“ sind.

Die Entscheidung, ob mobiles Arbeiten möglich und der jeweilige Arbeitsplatz dafür geeignet ist, kann nur auf der Grundlage der konkreten Arbeitsbedingungen in den jeweiligen Betrieben vor Ort entschieden werden. Einer gesetzlichen „Unterstützung“ dieses Entscheidungsprozesses, der für die kleinen und mittleren Betriebe des

Handwerks lediglich mehr Bürokratie und finanzielle Belastungen bedeutet, und zudem arbeitnehmerseitige Erwartungen schafft, die nicht erfüllt werden können, bedarf es nicht. Die Schaffung neuer einseitiger Arbeitnehmeransprüche bei der Gestaltung mobiler Arbeit ist schlicht unnötig.

B. Zu den Regelungen im Einzelnen

Zu den Regelungen des „Entwurfs eines Gesetzes zur mobilen Arbeit (Mobile Arbeit-Gesetz – MAG-E)“ nimmt der ZDH aus Arbeitgebersicht wie folgt Stellung.

1. Kein Erörterungsanspruch auf mobile Arbeit

Die Einführung eines Erörterungsanspruchs des Arbeitnehmers auf mobile Arbeit ist abzulehnen. Nach den Regelungen im Referentenentwurf sollen Arbeitnehmer im Zuge eines in der Gewerbeordnung neu eingefügten § 111 GewO-E das Recht bekommen, ihren Wunsch nach regelmäßiger mobiler Arbeit mit ihrem Arbeitgeber zu erörtern. Dazu müssen Arbeitnehmer, die regelmäßig mobil arbeiten möchten, dem Arbeitgeber gemäß § 111 Abs. 1 S. 1 GewO-E Beginn, Dauer, Umfang und Verteilung der mobilen Arbeit spätestens drei Monate vor dem gewünschten Beginn in Textform mitteilen. Diese Mitteilung löst gemäß § 111 Abs. 2 GewO-E eine Erörterungsobliegenheit des Arbeitgebers mit dem Ziel aus, zu einer Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer zu gelangen.

Der geplante Erörterungsanspruch des Arbeitnehmers stellt einen weiteren Eingriff in die verfassungsrechtlich garantierte Vertragsfreiheit und Unternehmerfreiheit des Arbeitgebers gemäß Art. 2 und Art. 12 bzw. Art. 14 GG dar. In seiner Eingriffsintensität steht er den Regelungen zur Teilzeit nach § 8 TzBfG und der Brückenteilzeit nach § 9a TzBfG, denen er in seiner Struktur nachgebildet ist, in kaum etwas nach. Der

Erörterungsanspruch belastet den Arbeitgeber mit weiteren Regulierungen und greift mit seiner formalisierten Ausgestaltung stark in die arbeitgeberseitige Gestaltungsfreiheit ein und steht damit konträr zum Weisungsrecht des Arbeitgebers gemäß § 106 GewO.

Dieses Recht, das es dem Arbeitgeber zubilligt, Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher zu bestimmen, droht mit dem geplanten Erörterungsanspruch des Arbeitnehmers zur Gewährung mobiler Arbeit unterlaufen zu werden. Denn dieser Anspruch gibt dem Arbeitnehmer erstmalig die Option, den im Arbeitsvertrag festgelegten Arbeitsort dauerhaft zu ändern. Die Entscheidung, wo der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt, kann jedoch nicht in dessen Belieben gestellt werden. Betriebsorganisatorische Notwendigkeiten und insbesondere die Erfüllung der Kundenwünsche müssen bei der Festlegung des Arbeitsortes weiterhin die maßgeblichen Faktoren sein.

Unabhängig davon ist der geplante Eingriff in verfassungsrechtliche Positionen des Arbeitgebers überdies nicht erforderlich. Die gegenwärtige Corona-Pandemie zeigt deutlich, dass Arbeitsvertrags- und Betriebsparteien auch ohne gesetzliche Unterstützung auf freiwilliger Basis in der Lage sind, mobile Arbeit und vor allem Home-Office nahezu flächendeckend einzuführen, wenn der Arbeitsplatz dafür geeignet ist. Ohnehin ist es im Interesse des Arbeitgebers, die Wünsche der Arbeitnehmer betreffend der konkreten Arbeitsform unter Berücksichtigung der betrieblichen Möglichkeiten und Bedarfe in Einklang zu bringen – nicht zuletzt aufgrund des bestehenden Fachkräftebedarfs und Aspekten der Mitarbeiterbindung und der Mitarbeitermotivation oder wie aktuell unter gesundheitlichen Pandemie-Gesichtspunkten.

Angesichts der ohnehin gewandelten Arbeitsrealitäten droht der geplante Erörterungsanspruch

den Entscheidungsprozess über mobile Arbeit in den Betrieben nicht zu unterstützen, sondern vielmehr ohne Not zu ersetzen und unnötig zu verkomplizieren. Ein gesetzlich verordneter Erörterungszwang könnte Arbeitgeber eher abschrecken und dazu führen, dass von der Arbeitsform des vereinbarten regelmäßigen mobilen Arbeitens mit allen in §§ 111 ff GewO-E geplanten rechtlichen Konsequenzen weniger Gebrauch gemacht wird. Dieses betrachtend, wäre es sinnvoller, keine gesetzlichen Vorgaben für Home-Office zu normieren und es den sachkompetenteren betrieblichen Akteuren zu überlassen, passgenaue und einvernehmliche Lösungen für die Gestaltung mobiler Arbeit zu finden.

Zu berücksichtigen ist zudem, dass der geplante Erörterungsanspruch im Handwerk in vielen Fällen zu einem reinen Formalismus zu werden droht. Vor allem die Tätigkeiten in den gewerblich-technischen Berufen sowie in den zahlreichen Dienstleistungsberufen des Handwerks sind auf das Arbeiten in den Betrieben vor Ort (z.B. Werkstatt, Verkauf) bzw. auf Baustellen und beim Kunden ausgerichtet. Sie sind und bleiben vielfach nicht für Home-Office geeignet. Allen Arbeitnehmern dennoch gleichermaßen einen voraussetzungslosen Erörterungsanspruch auf mobile Arbeit zuzubilligen, der wegen objektiver Unmöglichkeit im Ergebnis nur ins Leere gehen kann, ist kaum vermittelbar. Auch für den Arbeitgeber ist diese Situation misslich, da er sich trotz erkennbar fehlender Eignung des Arbeitsplatzes für mobile Arbeit immer wieder mit den jeweiligen Arbeitsplatzinhabern auseinandersetzen und fortwährend die gleichen Ablehnungsgründe erläutern muss. Dies bindet Kapazitäten, die vor allem kleinen und mittleren Betrieben nicht zur Verfügung stehen und sorgt im Übrigen nur für betriebliche Unstimmigkeiten.

2. Geeignetheit des Arbeitsplatzes für mobiles Arbeiten muss Anspruchsvoraussetzung sein

Ein Erörterungsanspruch geht ins Leere, wenn der Arbeitsplatz bereits aufgrund seiner Beschaffenheit und der Art der zu erbringenden Arbeitsleistung objektiv erkennbar nicht für mobiles Arbeiten geeignet ist. Ist mobiles Arbeiten auf einem Arbeitsplatz objektiv unmöglich, macht es auch wenig Sinn, dies eventuell sogar unter Androhung von Zwangsgeld prozessual durchzusetzen zu wollen. Dass die Tätigkeit objektiv überhaupt für mobiles Arbeiten geeignet ist, an dem vom Arbeitnehmer gewünschten Arbeitsort die Bedingungen für mobile Arbeit gegeben sind (technische Ausstattung, Telefon- und Internetanschluss, arbeitsschutzgerechte Gestaltung des Arbeitsplatzes, Datenschutz, Datensicherheit etc.) oder betriebliche Gründe entgegenstehen, spielt nach dem Referentenentwurf keine Rolle. Dies sollte aber unabdingbare Voraussetzung für die Gewährung mobiler Arbeit sein, da nur auf diese Weise sichergestellt werden kann, dass Arbeitnehmer vor unnötigen Enttäuschungen geschützt werden und Arbeitgeber vor ebenso unnötigen Diskussionen, die naturgemäß immer zu den gleichen Ergebnissen führen (müssen). Es ist dem Arbeitgeber aber nicht zuzumuten, mobile Arbeit einzuführen, wenn die objektiven Voraussetzungen gar nicht gegeben sind.

3. Kleinbetriebsklausel ist notwendig

Der Erörterungsanspruch des Arbeitnehmers gemäß § 111 GewO-E orientiert sich im Wesentlichen an der komplexen Struktur des Teilzeitanpruchs gemäß § 8 TzBfG und der Brückenteilzeit nach § 9a Abs. 1 TzBfG. Angesichts der weitreichenden Folgen und der Komplexität dieser Ansprüche vor allem für kleine und mittlere Betriebe sind diese zu Recht mit einem Schwellenwert versehen. So gilt der Anspruch auf Teilzeit erst in Betrieben mit mehr als 15 Beschäftigten und der auf

Brückenteilzeit erst bei mehr als 45 Beschäftigten.

Auch in Bezug auf die geplante Einführung eines Erörterungsanspruchs bedarf es eines Schwellenwertes von 45 Beschäftigten. Denn es sind vor allem die kleinen und mittleren Betriebe des Handwerks, die von den Regelungen der §§ 111 ff GewO-E schnell überfordert wären. Erst Recht kann von diesen Betrieben, die regelmäßig über keine Personalabteilung oder Bürokräfte mit dem nötigen Rechtskenntnissen verfügen, und in denen sich der Betriebsinhaber von der Akquise über die Werksausführung bis zur Abschlussrechnung um alles selbst kümmern muss, nicht erwartet werden, alle Finessen des formalisierten Erörterungsanspruchs zu durchdringen und im Blick zu behalten. Angesichts der Fehleranfälligkeit dieses Verfahrens, den damit zusammenhängenden bürokratischen und tatsächlichen Belastungen sowie dem finanziellen Aufwand zur Einrichtung von Home-Office-Arbeitsplätzen, sollten Betriebe mit nicht mehr als 45 Beschäftigten von den hier geplanten Regelungen ausgenommen werden. In der Praxis dürften hiervon ohnehin nur Betriebe mit überwiegend gewerblich-technischen Arbeitsplätzen Gebrauch machen, während es kleinen Betrieben mit Homeoffice-geeigneten Tätigkeiten unbenommen bliebe, einvernehmlich geeignete Lösungen zu vereinbaren.

Zwar können gemäß § 111 Abs. 7 GewO-E etwa durch Betriebsvereinbarungen abweichende Bestimmungen von den geplanten Novellierungen zur Ordnung der mobilen Arbeit getroffen werden. Diese „opt-out-Regelung“ stellt jedoch vor allem für die kleinen und mittleren Betriebe des Handwerks keine Option dar, da sie regelmäßig über keine Betriebsräte verfügen. Trotzdem sollten nur tarifgebundene Arbeitgeber von dieser Regelung profitieren können. Somit bleibt es trotz der „opt-out-Regelung“ des § 111 Abs. 7 GewO-E dabei, dass das Gesetz etlichen Betrieben die Auseinandersetzung mit einem

Erörterungsanspruch aufnötigt, obgleich diese über keine für mobiles Arbeiten geeignete Arbeitsplätze verfügen. Um diese unnötige Belastung zumindest für kleine Betriebe zu vermeiden, ist die Einführung eines KMU-Schwellenwertes unverzichtbar.

4. Zustimmungsfiktion ist verfehlt

Zu streichen ist zudem die Regelung des § 111 Abs. 3 GewO-E. Einigen sich die Arbeitsvertragsparteien nicht über mobile Arbeit, hat der Arbeitgeber gemäß § 111 Abs. 3 GewO-E dem Arbeitnehmer seine ablehnende Entscheidung sowie die Gründe spätestens zwei Monate nach der Mitteilung nach § 111 Abs. 1 GewO-E in Textform zu erläutern. Versäumt der Arbeitgeber dies, gilt die mobile Arbeit gemäß § 111 Abs. 3 S. 2 GewO-E für die mitgeteilte Dauer, maximal für sechs Monate, entsprechend den Vorstellungen des Arbeitnehmers als festgelegt. Gleiches soll gelten, wenn der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer dessen Wunsch nach mobiler Arbeit nicht erörtert.

Die in der Regelung enthaltene gesetzliche Zustimmungsfiktion führt dazu, dass der Arbeitgeber, sobald der Arbeitnehmer ihm mitteilt, mobil arbeiten zu wollen, sorgfältig darauf achten muss, dass ihm kein Form- oder Fristfehler unterläuft. Kommt er nämlich seiner „Erklärungspflicht“ oder seiner „Erörterungspflicht“ nicht ordnungsgemäß nach, gilt die vom Arbeitnehmer mitgeteilte mobile Arbeit für die mitgeteilte Dauer, längstens für sechs Monate, „automatisch“ kraft gesetzlicher Zustimmungsfiktion als vereinbart. Dies gilt unabhängig davon, ob der Arbeitsplatz sich überhaupt für mobile Arbeit eignet. Dessen objektive Geeignetheit wird vom Gesetzgeber vielmehr unausgesprochen unterstellt und führt dazu, dass der Arbeitgeber selbst für Arbeitsplätze mobile Arbeit gewähren muss, bei denen diese Arbeitsform objektiv unmöglich ist, wie beispielsweise im Fall des gewerblich tätigen Dachdeckers. Die Fiktionswirkung, die in ihrer Struktur an den

Teilzeitanpruch nach § 8 TzBfG und die Brückenteilzeit nach § 9a TzBfG angelehnt ist, ist in solchen Fällen schlicht unsinnig. Denn anders als in den Rechtskonstruktionen der §§ 8 und 9a TzBfG, bei denen die Fiktion immerhin noch zu einem tatsächlich durchführbaren Sachverhalt führt, ist dies beim Erörterungsanspruch nicht der Fall. Den gewerblich-technisch tätigen Handwerkern ist ein mobiles Arbeiten schlichtweg nicht möglich. Daran ändert auch die Zustimmungsfiktion des § 112 Abs. 3 S. 2 GewO-E nichts. Wie der Arbeitgeber in solchen Fällen verfahren soll, bleibt offen.

Überdies ist es auch nicht akzeptabel, dass das Weisungsrecht des Arbeitgebers durch die Zustimmungsfiktion für sechs Monate praktisch ausgeschaltet wird. Es muss dem Arbeitgeber weiter möglich sein, den Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsvertrages anzuweisen, seine Arbeit im Betrieb oder auch an anderen Arbeitsorten zu verrichten. Es wäre kontraproduktiv, wenn sich der Arbeitnehmer mit Verweis auf die für sechs Monate geltende Regelung zur mobilen Arbeit etwa weigern könnte, an Besprechungen am Betriebsitz, Kundenterminen oder Dienstreisen teilzunehmen. Dies ist im Gesetz klarzustellen.

5. Benennung der Ablehnungsgründe ist überflüssig

Zu streichen ist des Weiteren, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gemäß § 111 Abs. 3 S. 1 GewO-E in den Fällen, in denen mobile Arbeit nicht in Frage kommt, die ablehnende Entscheidung sowie die Gründe in Textform erklären muss.

Eine Pflicht des Arbeitgebers zur substantiierten Begründung seiner Entscheidung, warum mobile Arbeit im konkreten Einzelfall nicht möglich ist, bedeutet vor allem für die kleinen und mittleren Betriebe des Handwerks eine sinnlose Bürokratiebelastung. Es formalisiert den

Erörterungsprozess unnötig und macht ihn – insbesondere mit Blick auf die Zustimmungsfiktion gemäß § 111 Abs. 3 S. 2 GewO-E – fehlerträchtig. Hinzu kommt, dass für den Arbeitgeber gar nicht absehbar ist, welche inhaltlichen Anforderungen an seine Begründungs- bzw. Erläuterungspflicht gestellt werden und ob dieser einer Überprüfung durch die Arbeitsgerichte standhalten.

Auch läuft der Arbeitgeber Gefahr, sich hinsichtlich der Ablehnungsgründe vorzeitig festzulegen zu müssen. Inwieweit er in einem eventuellen späteren Rechtsstreit weitergehende Gründe nachschieben kann, die zum Zeitpunkt seiner Entscheidung zwar vorlagen, die er aber nicht zur weiteren Unterstützung seiner Ablehnung herangezogen hat, ist fraglich. Es kann vor allem kleinen und mittleren Betrieben nicht zugemutet werden, sämtliche Aspekte, die gegen mobile Arbeit sprechen, lediglich vorsorglich angeben zu müssen, um damit später nicht präkludiert zu sein.

6. Regelungen zur erneuten Antragstellung sind unakzeptabel

Nicht akzeptabel ist darüber hinaus die Regelung des § 111 Abs. 4 GewO-E. Diese Norm ermöglicht es dem Arbeitnehmer, dem mobile Arbeit verwehrt wurde, bereits vier Monate nach dem Zugang der Ablehnungsentscheidung des Arbeitgebers erneut seinen Wunsch nach mobiler Arbeit erneut geltend machen zu können.

Eine nur viermonatige Frist zur erneuten Geltendmachung von mobiler Arbeit, nachdem diese zuvor unter Beachtung der Regelungen des § 111 Abs. 3 S. 1 GewO-E abgelehnt worden ist, ist eindeutig zu kurz. Die betrieblichen Umstände, die den Arbeitgeber zu einer Ablehnung mobiler Arbeit veranlasst haben, werden sich innerhalb einer Frist von nur vier Monaten kaum derart verändert haben, dass sie eine andere Entscheidung als die zuvor bereits getroffenen rechtfertigen

könnten. Insofern sollte ein erneuter Erörterungsanspruch frühestens nach einer 2-Jahres-Frist wieder zugelassen werden.

Unabhängig davon ist ein wiederholter Erörterungsanspruch vor allem in den Fällen ein reiner Formalismus, in denen der Arbeitsplatz für mobiles Arbeiten aufgrund seines Zuschnitts von vornherein ungeeignet ist. Ist mobiles Arbeiten auf dem Arbeitsplatz objektiv unmöglich, ist ein erneutes Begehren nach einem Erörterungsgespräch überflüssig. Die mit der Möglichkeit eines erneuten Gesprächs an den Arbeitgeber herangetragene Erwartungshaltung des Arbeitnehmers kann nicht erfüllt werden – zulasten der Mitarbeitermotivation und des Betriebsklimas.

7. Einführung einer Wartezeit zur Geltendmachung des Erörterungsanspruchs erforderlich

Nicht einsichtig ist ferner, warum der Erörterungsanspruch des Arbeitnehmers auf mobiles Arbeiten gemäß § 111 GewO-E schon zu Beginn der Arbeitsvertragsbeziehung ohne eine Wartezeit geltend gemacht werden kann, während gleichstrukturierte Arbeitnehmeransprüche, wie etwa der Teilzeitanspruch nach § 8 TzBfG und der Anspruch auf Brückenteilzeit nach § 9a Abs. 1 S. 1 TzBfG erst nach einem 6-monatigem Bestand des Arbeitsverhältnisses beim Arbeitgeber gewährt werden können.

Das Arbeitsverhältnis basiert auf einem gegenseitigen Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, das mit zunehmender Dauer gefestigt wird. Würde der Arbeitnehmer, der kaum sein Arbeitsverhältnis begonnen und seine 6-monatige Probezeit noch nicht absolviert hat, sofort seinen Wunsch nach mobilen Arbeiten mitteilen, ist nicht auszuschließen, dass das für das Arbeitsverhältnis notwendige Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber gar nicht erst aufgebaut werden kann. Weder hat der Arbeitgeber die Möglichkeit,

den Arbeitnehmer in seiner Arbeitsweise kennenzulernen, noch besteht die Möglichkeit einer umfassenden und ordnungsgemäßen Einarbeitung und der Betrauung mit den Gegebenheiten des Betriebs. Auch für den Arbeitnehmer ist es in diesen Fällen schwieriger, seine Kollegen im Betrieb kennen zu lernen und sich in den Betrieb einzugliedern. Dies erschwert das Zusammenarbeiten und belastet nachhaltig das Betriebsklima. Um den Arbeitgeber vor solchen Unwägbarkeiten zu schützen und da der aktuelle Gesetzentwurf für die Geltendmachung des Erörterungsanspruchs keinen Sachgrund erforderlich ist, ist es geboten, den Anspruch erst ab einer Beschäftigungsdauer von zumindest sechs Monaten zuzulassen.

8. Beendigungsmöglichkeiten weiter fassen

Die Regelung des § 111 Abs. 6 GewO-E ist eindeutig zu eng gefasst. Soweit nichts anderes vereinbart ist, können der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer nach dieser Norm jeweils durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil die Beendigung der mobilen Arbeit mit einer Frist von drei Monaten zum Ende eines Kalendermonats, frühestens jedoch zum Ende des sechsten Kalendermonats seit dem Beginn der mobilen Arbeit, erklären.

Die Tätigkeiten außerhalb des Betriebes erfordern eine im hohen Maße selbstständigen Arbeitsweise. Der Arbeitnehmer muss sich selbst organisieren und motivieren können sowie vertrauenswürdig sein.

Zudem müssen die räumlichen Verhältnisse in der Wohnung des Arbeitnehmers bzw. an dem von diesem gewählten Arbeitsort sowie die dort vorhandene technische Ausstattung ein effektives Arbeiten ermöglichen.

Besonders bei Arbeitnehmern, die mit sensiblen personenbezogenen Daten oder

Betriebsgeheimnissen umgehen oder per Fernzugriff auf betriebliche Server zugreifen, sind ferner die Anforderungen an Datenschutz, Datensicherheit und verlässliche IT-Infrastruktur auch am mobilen Arbeitsplatz sicherzustellen.

Treten Probleme auf, muss es dem Arbeitgeber auch möglich sein, den Arbeitsplatz vor Ablauf der sechs Monate zurück in den Betrieb zu verlagern.

9. Keine Auslagerung des Arbeitsrechts in die Gewerbeordnung

Fraglich erscheint überdies die grundsätzliche Entscheidung des BMAS, den Erörterungsanspruch des Arbeitnehmers in Bezug auf mobile Arbeit gemäß §§ 111 ff GewO-E im arbeitsrechtlichen Teil der Gewerbeordnung anzusiedeln.

Schon allein aufgrund der in § 111 GewO-E angelegten Systematik, die sich an den Teilzeitanpruch nach § 8 Abs. 1 TzBfG und an der Brückenteilzeit nach § 9a Abs. 1 TzBfG orientiert, wäre eine Verortung der Norm im Teilzeit- und Befristungsrecht, zumindest aber im Arbeitszeitgesetz, naheliegender gewesen. Eine Streuung arbeitsrechtlicher Ansprüche mit nahezu gleichen Kontexten in diversen Gesetzen erschwert die Rechtsfindung vor allem für die kleinen und mittleren Betriebe. Es ist daher nicht zielführend den sehr komplex ausgestalteten Erörterungsanspruch des Arbeitnehmers auf mobile Arbeit in Regelungen im „Teil VII, Arbeitnehmer, Allgemeine arbeitsrechtliche Grundsätze“ der Gewerbeordnung zu verorten. Erst recht darf die Gewerbeordnung nicht zu einem Ersatz-Arbeitsgesetzbuch werden.

10. Keine überbordenden Arbeitszeitaufzeichnungspflichten

Bedenklich ist des Weiteren die Regelung des § 112 Abs. 1 GewO-E, der eine umfassende

Arbeitszeiterfassungspflicht des Arbeitgebers für Arbeitnehmer in mobiler Arbeit vorsieht. So normiert § 112 Abs. 1 GewO-E, dass der Arbeitgeber für Arbeitnehmer, die regelmäßig nach § 111 Abs. 1 S. 2 GewO-E mobil arbeiten – abweichend von der Regelung des § 16 Abs. 2 ArbZG, der für die Vertrauensarbeitszeit nur einer sehr beschränkte Erfassung von Arbeitszeitüberschreitungen festlegt – Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit zu dokumentieren hat. Die Aufzeichnung sind dabei jeweils am Tag der Arbeitsleistung selbst vorzunehmen.

Die Regelung des § 112 Abs. 1 GewO-E hat somit zur Folge, dass vereinbarte mobile Arbeit nach § 111 Abs. 1 S. 2 GewO-E zu weitreichenden Arbeitszeitdokumentationen führt, die ausweislich der Gesetzesbegründung die *gesamte* Arbeitszeit und nicht nur den mobil geleisteten Teil und auch nicht nur die Arbeitszeit an den Tagen umfasst, an denen vollständig oder teilweise mobil gearbeitet wird. Das heißt: Wird mobile Arbeit iSv. § 111 Abs. 1 S. 2 GewO-E vereinbart, bedeutet dies auch eine Arbeitszeiterfassungspflicht, wenn der sonst mobil arbeitende Arbeitnehmer im Betrieb tätig ist. Eine Unterscheidung zwischen der betrieblichen Arbeitszeit oder der mobilen Arbeitszeit sieht das Gesetz nicht vor.

Der Gesetzgeber setzt damit quasi „durch die Hintertür“ die weiterhin streitig diskutierten Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) aus dem Urteil vom 14. Mai 2019 (Az.: C-55/18) für die vorgenannte Arbeitsform um. Der EuGH hatte in dem vorgenannten Urteil unter Verweis auf den Schutzzweck der EU-Arbeitszeitrichtlinie entschieden, dass die europäischen Mitgliedstaaten Arbeitgeber verpflichten müssen, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzurichten, mit dem die tägliche effektiv geleistete Arbeitszeit der Arbeitnehmer gemessen werden kann. Das Gericht hatte dabei aber auch ausdrücklich betont, dass die Ausgestaltung der konkreten Modalitäten zur Umsetzung eines solchen

Systems, insbesondere dessen Form, und die eventuelle Berücksichtigung von Besonderheiten einzelner Tätigkeitsbereiche oder Eigenheiten oder sogar der Größe bestimmter Unternehmen in der Hand der Mitgliedstaaten lägen.

Die mit der Vorschrift des § 112 Abs. 1 GewO-E aufgezwungene Pflicht zur umfassenden Arbeitszeitaufzeichnung entspricht nicht den Bedürfnissen der heutigen Arbeitswelt und stellt gerade im Zeitalter der Digitalisierung und der damit verbundenen Notwendigkeit nach einer Flexibilisierung der Arbeitswelt einen Rückschritt dar. Eine Umsetzung der EuGH-Entscheidung darf nicht dazu führen, dass den Arbeitgebern neue und unnötige Pflichten zur Arbeitszeitdokumentation auferlegt werden. Bereits nach der derzeitigen nationalen Gesetzeslage besteht ein umfassender Rechtsrahmen zur Arbeitszeitaufzeichnung, sei es nach dem Mindestlohngesetz, dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz oder dem Arbeitszeitgesetz. Anknüpfend an die Ausführungen des EuGH, dass auch die Größe der Unternehmen bei der Ausgestaltung nationaler Arbeitszeitregelungen berücksichtigt werden kann, sind vor allem kleine und mittlere Handwerksbetriebe von den mit den Aufzeichnungspflichten drohenden Bürokratielasten zu befreien, besser noch von den Regelungen des §§ 111 ff GewO-E gänzlich auszunehmen.

Nicht auszuschließen ist ferner, dass die Belegschaft gespalten wird, wenn für Arbeitnehmer in mobiler Arbeit umfassende Arbeitsaufzeichnungen verpflichtend vorgenommen werden müssen, während die Arbeitszeiten der übrigen Beschäftigten nicht dokumentiert werden. Dies dürfte vielen Arbeitnehmern nur schwer vermittelbar sein und könnte den Arbeitgeber letztlich dazu nötigen, Arbeitszeitaufzeichnungen für alle Arbeitnehmer vorzunehmen. Damit wäre die o.g. EuGH-Rechtsprechung durch die „kalte Küche“ in allen Betrieben eingeführt. Dies kann nicht Ziel und erst recht nicht Aufgabe des vorliegenden Referentenentwurfs sein.

11. Haftungsregelung ist korrekturbedürftig

Nachbesserungsbedürftig ist zudem die Regelung des § 112 GewO-E iVm. § 147 GewO. Wie bereits dargestellt, ist der Arbeitgeber nach § 112 Abs. 1 GewO-E verpflichtet, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit des Arbeitnehmers am Tag der Arbeitsleistung aufzuzeichnen und die Aufzeichnungen mindestens zwei Jahre aufzubewahren. Diese Pflicht kann der Arbeitgeber zwar gemäß § 112 Abs. 2 GewO-E an die Arbeitnehmer delegieren. Er bleibt aber dennoch für die ordnungsgemäße Arbeitszeitdokumentation verantwortlich und läuft Gefahr, eine mit bis zu 30.000 Euro Bußgeld bewehrte Ordnungswidrigkeit zu begehen, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 112 Abs. 1 GewO-E die Aufzeichnungen nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstellt oder nicht für die vorgeschriebene Dauer aufbewahrt (vgl. § 147 Abs. 1 lit. aa) GewO-E).

Die explizite Möglichkeit, dem Arbeitnehmer die Arbeitszeitaufzeichnung zu übertragen, ist in der Sache begrüßenswert. Die hier normierte Regelung droht allerdings leerzulaufen: Überlässt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Fall mobiler Arbeit, die hauptsächlich im privaten Bereich der Arbeitnehmer erfolgt, die Arbeitszeitdokumentation, hat er anders als bei Arbeiten im Betrieb oder auf Baustellen kaum Möglichkeiten, die Richtigkeit der Arbeitszeitaufzeichnungen zu kontrollieren. Um dem Risiko zu entgehen, für nicht ordnungsgemäße Arbeitszeitaufzeichnungen der Arbeitnehmer haftbar gemacht und mit einer Bußgeldsumme mit bis zu 30.000 Euro belegt zu werden, werden Arbeitgeber bereits aus Gründen der Schadensminimierung die Arbeitszeitaufzeichnung selbst übernehmen wollen. Allerdings sind sie auch in diesen Fällen wiederum auf ordnungsgemäße Arbeitsdokumentationen der Arbeitnehmer angewiesen. Dieses nicht auflösende Dilemma führt dazu, dass hier eine nicht zu

kalkulierende Gefährdungshaftung zulasten des Arbeitgebers droht.

Im Übrigen ist auch nicht nachvollziehbar, warum Verstöße gegen die Aufzeichnungspflichten des § 112 Abs. 1 GewO-E gemäß § 147 Abs. 1 lit. aa) GewO-E mit einer Geldbuße von bis zu 30.000 Euro geahndet werden sollen. Vergleichbare Verstöße gegen Arbeitszeitaufzeichnungspflichten im Rahmen des Arbeitszeitgesetzes führen zu deutlich geringen Bußgeldhöhen. So muss ein Arbeitgeber bei einem Verstoß gegen die Aufzeichnungspflichten gemäß § 16 Abs. 2 TzBfG „nur“ mit einer Geldbuße bis zu 15.000 Euro rechnen. Höhere Bußgelder gibt es allenfalls im Kontext der hier nicht vergleichbaren Verstößen gegen die Aufzeichnungspflichten im Kontext der Mindestlöhne.

11. Arbeitsschutzregeln müssen überarbeitet werden

Kritisch zu bewerten ist, dass der Arbeitgeber gemäß § 111 Abs. 5 GewO-E auch im Bereich des mobilen Arbeitens für den Arbeitsschutz verantwortlich sein soll. Insbesondere soll der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nach § 111 Abs. 5 GewO-E vor Beginn der mobilen Arbeit in Textform darüber informieren, wie seine Sicherheit und Gesundheit gewährleistet werden.

Zu berücksichtigen ist hierbei, dass sich die Einhaltung des Arbeitsschutzes im Rahmen des mobilen Arbeitens in den privaten Räumen des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber ungleich schwieriger überwachen lässt, als in der Betriebsstätte selbst. Angesichts des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung ist es dem Arbeitgeber nicht möglich, sich Zutritt zur Wohnung des Arbeitnehmers zu verschaffen, um sich ein Bild über die dortigen Arbeitsbedingungen zu machen, es sei denn der Arbeitnehmer gestattet ihm dies. Dies gilt erst recht bei ständig wechselnden Arbeitsorten.

Es bedarf daher im Arbeitsschutzrecht einer eindeutigen Klarstellung, dass der Arbeitnehmer in einem größeren Umfang als dies bisher der Fall ist, selbst die Verantwortung für die Arbeitsplatzgestaltung und das Einhalten des Arbeitsschutzes trägt. Eine solche Regelung lässt der Referentenentwurf bisher vermissen.

Überdies drohen dem Arbeitgeber weitere Kosten, wie beispielsweise durch Arbeitsschutzunterweisungen. Hinzu kommen Kosten für die Ausstattung des Arbeitsplatzes und die Gewährung der Datensicherheit. Gerade für kleine und mittlere Betriebe des Handwerks sind solche Kosten oftmals nur schwer zu stemmen.

12. Arbeitszeitgesetz flexibilisieren

Das Erfordernis zur umfassenden Arbeitszeitdokumentation nach § 112 GewO-E würde Arbeitnehmer wie Arbeitgeber nicht nur mit unnötiger Bürokratie belasten (vgl. Pkt. 10.). Sie würde ihnen auch die in den Betrieben praktizierte und langjährig bewährten Vertrauensarbeitszeit die Grundlage entziehen. Ein moderner rechtlicher Rahmen für mobiles Arbeiten sollte dagegen klarstellen, dass mehr Freiheit für den Arbeitnehmer auch mehr Eigenverantwortung bedeutet.

Es wäre ein deutlicher Gewinn an Flexibilität, wenn die derzeitige gesetzliche Begrenzung der Höchstarbeitszeit durch eine mit den europäischen Vorgaben im Einklang stehende Umstellung der täglichen auf eine wöchentliche Höchstarbeitszeit variabler und praxisgerechter ausgestaltet werden könnte. Für ein größeres Maß an Flexibilität könnte dabei auch eine Ergänzung der gesetzlichen Ruhezeit- und Pausenregelungen durch weitere Öffnungsklauseln für Tarifverträge beitragen. Hier besteht weiterhin gesetzgeberischer Handlungsbedarf.