

## I. Zusammenfassung

### 1. Inhalt

Das BMAS hat am 14. Januar 2021 einen dritten Referentenwurf zum sog. Mobile Arbeit Gesetz vorgelegt. Der im ersten Entwurf geregelte Mindestanspruch auf 24 mobile Arbeitstage sowie die Ausweitung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats ist in den nachfolgenden Entwürfen nicht mehr enthalten. Der aktuelle Entwurf enthält gegenüber dem zweiten Entwurf vom 30. November 2020 keine wesentlichen Änderungen. Er sieht aber nach wie vor einen zwingenden **Erörterungsanspruch mit Zustimmungsfiktion** vor, wonach bei einem Versäumen von Frist- oder Formerfordernissen im Erörterungsverfahren automatisch die vom Arbeitnehmer begehrte mobile Arbeit als vereinbart gilt. Eine ablehnende Entscheidung hat der Arbeitgeber zudem zu begründen. Gleichzeitig soll für mobil arbeitende Arbeitnehmer eine **umfassende Pflicht zur Erfassung der gesamten Arbeitszeit** eingeführt werden.

### 2. Bewertung

- Der Referentenentwurf geht auch in der aktuellen Fassung **über die Vorgaben des Koalitionsvertrags hinaus**, der lediglich einen „Auskunftsanspruch der Arbeitnehmer gegenüber ihrem Arbeitgeber über die Entscheidungsgründe der Ablehnung“ regelt, nicht aber einen harten und bürokratischen Erörterungsanspruch mit Fiktionswirkung.
- Das vorgesehene Erörterungsrecht führt im Ergebnis zu einem Zwangsdialog und höhlt das **Direktionsrecht** des Arbeitgebers aus. Der mit einer ablehnenden Entscheidung verbundene **Begründungszwang** widerspricht auch dem Prinzip der doppelten Freiwilligkeit. Zudem kann selbst bei Einhaltung aller bürokratischen Erfordernisse nicht ausgeschlossen werden, dass die Rechtsprechung zusätzliche Anforderungen an die Begründung der Ablehnung mobiler Arbeit definieren wird, die arbeitgeberseitig **in der Praxis nicht dargestellt** werden können.
- Auch die Ausführungen in der Entwurfsbegründung zum **Arbeitsschutz** bleiben vage und missverständlich. Jede Vermischung von mobiler Arbeit und Telearbeit im Sinne des Arbeitsstättenrechts ist systemwidrig und zwingend zu unterlassen.
- Eine besondere Belastung ergibt sich aus der unverändert enthaltenen Verpflichtung des Arbeitgebers, Beginn, Ende und Dauer der gesamten Arbeitszeit am Tag der Arbeitsleistung aufzuzeichnen. Die Regelung beinhaltet eine **massive Ausweitung der geltenden Arbeitszeitaufzeichnungspflichten** über den Hebel der mobilen Arbeit, die auch nicht **europarechtlich** hergeleitet werden kann und darf.
- Die geplanten Neuregelungen im SGB VII führen schließlich zu einer **Ausdehnung des Unfallversicherungsschutzes** auf ein Gefahrenumfeld außerhalb der Sphäre des Arbeitgebers und bergen die Gefahr der Beitragssteigerung in der gesetzlichen Unfallversicherung.

Im Einzelnen:

## II. Neuregelungen des dritten Referentenentwurfs vom 14.01.2021

### 1. Art. 1 – Änderung der Gewerbeordnung

#### **§ 111 GewO – Mobile Arbeit**

(1) Ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin, der oder die regelmäßig mobil arbeiten möchte, muss dem Arbeitgeber Beginn, Dauer, Umfang und Verteilung der mobilen Arbeit spätestens drei Monate vor dem gewünschten Beginn in Textform mitteilen. Ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin arbeitet mobil, wenn er oder sie die geschuldete Arbeitsleistung unter Verwendung von Informationstechnologie außerhalb der Betriebsstätte

1. von einem Ort oder von Orten seiner oder ihrer Wahl oder

2. von einem mit dem Arbeitgeber vereinbarten Ort oder von mit dem Arbeitgeber vereinbarten Orten erbringt.

(2) Der Arbeitgeber hat mit dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin Beginn, Dauer, Umfang und Verteilung der mobilen Arbeit sowie die Art der mobilen Arbeit nach Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 oder 2 mit dem Ziel zu erörtern, zu einer Vereinbarung zu gelangen.

(3) Wird keine Vereinbarung über mobile Arbeit getroffen, hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin seine ablehnende Entscheidung sowie deren Gründe spätestens zwei Monate nach der Mitteilung nach Absatz 1 in Textform zu erklären. Kommt der Arbeitgeber dieser Erklärungspflicht oder seiner Erörterungspflicht nach Absatz 2 nicht nach, gilt die von dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin nach Absatz 1 mitgeteilte mobile Arbeit für die mitgeteilte Dauer, längstens jedoch für die Dauer von sechs Monaten als festgelegt. Hat der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin in seiner oder ihrer Mitteilung die Art oder, im Fall des Absatzes 1 Satz 2 Nummer 2, den Ort oder die Orte der mobilen Arbeit nicht angegeben, gilt mobile Arbeit nach Satz 2 Nummer 1 als festgelegt.

(4) Hat der Arbeitgeber die mobile Arbeit unter Beachtung der Vorgaben des Absatzes 3 Satz 1 abgelehnt, kann der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin frühestens vier Monate nach Zugang der ablehnenden Entscheidung erneut eine Mitteilung nach Absatz 1 machen.

(5) Die Regelungen des Arbeitsschutzes bleiben unberührt. Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin vor Beginn der mobilen Arbeit in Textform darüber informieren, wie seine oder ihre Sicherheit und Gesundheit gewährleistet wird.

(6) Der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin können, soweit nichts anderes vereinbart ist, 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 in Textform erklären. Der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin kann frühestens vier Monate nach der vorzeitigen Beendigung erneut eine Mitteilung nach Absatz 1 machen.

(7) Von den Absätzen 1 bis 4, von Absatz 5 Satz 2 und von Absatz 6 kann durch Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrages durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung auch zuungunsten des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin abgewichen werden. Im Geltungsbereich eines Tarifvertrages können nichttarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Übernahme abweichender tarifvertraglicher Bestimmungen vereinbaren

#### **§ 112 GewO – Arbeitszeitnachweise für mobil arbeitende Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen**

(1) Für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, auf die das Arbeitszeitgesetz Anwendung findet und die regelmäßig nach § 111 Absatz 1 Satz 2 mobil arbeiten, wird die Pflicht nach § 16 Absatz 2 Satz 1 des Arbeitszeitgesetzes dahingehend abgewandelt, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, Beginn, Ende und Dauer der gesamten Arbeitszeit am Tag der Arbeitsleistung aufzuzeichnen. Er hat die Arbeitszeitnachweise nach Satz 1 mindestens zwei Jahre aufzubewahren.

(2) Die Aufzeichnung kann durch den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin erfolgen; der Arbeitgeber bleibt aber für die ordnungsgemäße Aufzeichnung verantwortlich.

(3) Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin auf Verlangen über die aufgezeichnete Arbeitszeit zu informieren. Er hat dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin auf Verlangen eine Kopie der Arbeitszeitsnachweise auszuhändigen.

(4) Die Einhaltung der Pflichten nach Absatz 1 wird von den Aufsichtsbehörden nach § 17 Absatz 1 des Arbeitszeitgesetzes überwacht. § 17 Absatz 2 bis 6 des Arbeitszeitgesetzes gilt entsprechend.

#### **§ 147 GewO – Verletzung von Arbeitsschutzvorschriften**

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. entgegen § 112 Absatz 1 Aufzeichnungen nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstellt oder nicht für die vorgeschriebene Dauer aufbewahrt, ...

(2) ... Im Fall des Absatzes 1 Nummer 1 kann die Geldbuße bis zu dreißigtausend Euro betragen.

## **2. Art. 2 – Änderung des SGB VII (Unfallversicherung)**

### **§ 8 SGB VII – Arbeitsunfall**

(1) *Arbeitsunfälle sind Unfälle von Versicherten infolge einer den Versicherungsschutz nach § 2, 3 oder 6 begründenden Tätigkeit (versicherte Tätigkeit). Unfälle sind zeitlich begrenzte, von außen auf den Körper einwirkende Ereignisse, die zu einem Gesundheitsschaden oder zum Tod führen. Neu:* Wird die versicherte Tätigkeit im Haushalt der Versicherten oder an einem anderen Ort ausgeübt, besteht Versicherungsschutz in gleichem Umfang wie bei Ausübung der Tätigkeit auf der Unternehmensstätte.

(2) Versicherte Tätigkeiten sind auch ...

2a. das Zurücklegen des unmittelbaren Weges nach und von dem Ort, an dem Kinder von Versicherten nach Nummer 2 Buchstabe a fremder Obhut anvertraut werden, wenn die versicherte Tätigkeit an dem Ort des gemeinsamen Haushalts ausgeübt wird,

## **III. Wesentliche Änderungen im Vergleich zum ersten Referentenentwurf vom 02.10.2020**

Der ursprüngliche Referentenentwurf aus dem Oktober 2020 enthielt in § 111 Absatz 2 GewO-E einen zusätzlichen **Anspruch** des Arbeitnehmers auf regelmäßige mobile Arbeit. Der Anspruch sollte **zeitlich begrenzt** sein und bei einer Fünf-Tage-Woche an **bis zu 24 Tagen im Jahr** bestehen. Bei weniger Wochenarbeitstagen sollte sich der Anspruch entsprechend reduzieren. Dieser Anspruch widersprach den Festlegungen des Koalitionsvertrages und ist im zweiten und auch im aktuellen Referentenentwurf nicht mehr enthalten.

Ebenfalls nicht mehr enthalten ist eine Regelung zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes. Der erste Entwurf sah hier noch ein neues **erzwingbares Mitbestimmungsrecht** des Betriebsrats zur Einführung und bei der Ausgestaltung der mobilen Arbeit vor.

## **IV. Einzelheiten zu den aktuellen Vorschlägen und Bewertung**

### **1. Art. 1 – Änderung der Gewerbeordnung**

#### **a. § 111 GewO-E – Mobile Arbeit**

- **Absatz 1** der Neuregelung legt fest, dass Arbeitnehmer, die **regelmäßig** mobil arbeiten möchten, dies dem Arbeitgeber **spätestens drei Monate** vor dem gewünschten Beginn der mobilen Arbeit mitteilen müssen. Gleichzeitig muss der Arbeitnehmer erklären, für

**welchen Zeitraum** (Beginn, Dauer) und in welchem **Umfang** er mobil arbeiten möchte und wie die mobile Arbeit **verteilt** werden soll. Die Regelung entspricht damit im Wesentlichen § 8 Abs. 1 TzBfG, der ein zeitlich nicht befristetes Teilzeitverlangen des Arbeitnehmers regelt.

Auch der **Begriff** der mobilen Arbeit wird erstmalig **legaldefiniert**. Dabei soll maßgeblich sein, dass Arbeitnehmer ihre geschuldete Arbeitsleistung entweder

- von einem Ort oder von wechselnden Orten **ihrer Wahl** (Nr. 1) oder
- von einem mit dem Arbeitgeber **fest vereinbarten** Ort/Orten (Nr. 2)

außerhalb der Betriebsstätte erbringen. Nr. 2 erfasst ausweislich der Entwurfsbegründung insbesondere Vereinbarungen über **mobile Arbeit ausschließlich im Homeoffice**. Diese Vereinbarung für das mobile Arbeiten soll zugleich das Direktionsrecht des Arbeitgebers bezüglich des Arbeitsortes gem. § 106 Abs. 1 GewO **suspendieren**.

Mobile Arbeit setzt zudem die Verwendung von **Informationstechnologie** voraus. Damit soll klargestellt werden, dass Tätigkeiten, die eine **berufsbedingte Mobilität** voraussetzen und nicht unter Verwendung von Informationstechnologie ausgeübt werden können (beispielsweise Monteur- oder Fahrtätigkeiten), nicht unter den Begriff der mobilen Arbeit nach dieser Regelung fallen. Mobile Arbeit soll laut Entwurfsbegründung auch dann nicht vorliegen, wenn die geschuldete Arbeitsleistung „*aufgrund der Eigenart der Tätigkeit ausschließlich an einem von den Arbeitsvertragsparteien nicht oder nur bedingt beeinflussbaren Arbeitsort erbracht werden kann*“. Beispiele hierfür werden nicht genannt.

Die gesetzliche Regelung soll sich zudem ausschließlich auf die **regelmäßige** „planmäßig wiederkehrende mobile Arbeit“ beziehen (z. B. einmal oder mehrfach in der Woche oder zweimal im Monat an einem bestimmten Wochentag – auch stundenweise). Die anlassbezogene mobile Arbeit soll **nicht Gegenstand der Regelung** sein.

- **Absatz 2 bis 4** regeln das **Erörterungsrecht** des Arbeitnehmers und die **Rechtsfolgen**, wenn die Erörterung zu keiner Vereinbarung führt.

Arbeitgeber sind nach Absatz 2 verpflichtet, mit dem Arbeitnehmer Beginn, Dauer, Umfang und Verteilung der mobilen Arbeit sowie die Art der mobilen Arbeit **mit dem Ziel einer Vereinbarung zu erörtern**. Die Regelung entspricht **§ 8 Abs. 3 S. 1 TzBfG**.

Eine Erörterung liegt ausweislich der Entwurfsbegründung vor, „*wenn sich der Arbeitgeber mit dem angezeigten Wunsch, mobil zu arbeiten, einzelfallbezogen auseinandersetzt und die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer die Gelegenheit hat, den Wunsch näher zu erläutern.*“

Absatz 3 legt fest, wie zu verfahren ist, wenn die Arbeitsvertragsparteien im Wege der Erörterung **keine Vereinbarung** treffen. Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer seine ablehnende Entscheidung **sowie deren Gründe** spätestens **zwei Monate**, nachdem der Arbeitnehmer den Wunsch (vgl. Absatz 1) gegenüber dem Arbeitgeber geltend gemacht hat, in **Textform** mitzuteilen.

Die Regelung selbst trifft keine Vorgaben für die „**Begründungstiefe**“. In der Entwurfsbegründung wird hierzu allerdings ausgeführt:

„*Die Ablehnungsgründe dürfen nicht sachfremd oder willkürlich sein. So darf der Arbeitgeber zum Beispiel keine Gründe nennen, die diskriminierender Natur sind oder dem Maßregelungsverbot (§ 612a des Bürgerlichen Gesetzbuches) widersprechen.*“

**Kommt der Arbeitgeber diesen formalen Erfordernissen und/oder seiner Erörterungspflicht nach Absatz 2 nicht nach, greift eine gesetzliche Fiktion. Die gewünschte mobile Arbeit gilt dann hinsichtlich Beginn, Umfang, Verteilung und Art für längstens sechs Monate als vereinbart.**

Absatz 4 regelt den Fall, dass der Arbeitgeber die mobile Arbeit form- und fristgerecht abgelehnt hat. Der Arbeitnehmer kann in diesem Fall frühestens **vier Monate** nach Zugang der ablehnenden Entscheidung des Arbeitgebers einen Wunsch nach mobiler Arbeit erneut mitteilen und so das Verfahren nach dieser Vorschrift neu auslösen.

Insgesamt gilt damit folgende **Verfahrens- und Begründungslast**:

<b>Mobile Arbeit</b>
Mitteilung des AN gegenüber AG über Beginn, Umfang, Verteilung spätestens 3 Monate vor Beginn (Textform)
Anspruch auf Erörterung bezüglich des Wunsches
Ablehnung möglich unter Mitteilung von Gründen (Anforderung: nicht sachfremd oder willkürlich)
Erörterung, Ablehnung sowie Begründung des AG in Textform innerhalb von zwei Monaten nach der Mitteilung des AN
Kommt der Arbeitgeber der Erklärungspflicht oder seiner Erörterungspflicht nicht/nicht rechtzeitig nach, gilt die gewünschte mobile Arbeit für die Dauer von sechs Monaten als festgelegt
Bei ordnungsgemäßer Ablehnung kann der AN frühestens in 4 Monaten wieder einen neuen Wunsch nach mobiler Arbeit äußern

- Nach Absatz 5 sollen die **Regelungen des Arbeitsschutzes unberührt** bleiben. Hierzu führt die Entwurfsbegründung aus:

*„Der Arbeitgeber muss sich mit den Gefahren für die Sicherheit und Gesundheit, die mit mobiler Arbeit verbunden sind, rechtzeitig befassen. Insbesondere hat er die bei mobiler Arbeit auftretenden **Gefährdungen zu beurteilen**, Arbeitsschutzmaßnahmen festzulegen und dies zu dokumentieren. Zu den Arbeitsschutzmaßnahmen gehört insbesondere eine **Unterweisung** im Hinblick auf die erforderlichen Sicherheits- und Gesundheitsschutzmaßnahmen. Die Möglichkeiten der Einflussnahme des Arbeitgebers auf die Arbeitsverhältnisse sind außerhalb der Arbeitsstätte begrenzt. Das betrifft insbesondere das Arbeiten im Privatbereich (Homeoffice). Die Mitwirkungsbereitschaft der Beschäftigten beim Arbeitsschutz gewinnen bei mobiler Arbeit besondere Bedeutung. Die Unterweisung dient dazu, die Beschäftigten zu befähigen, für ihre eigene Sicherheit und Gesundheit Sorge zu tragen.“*

Die Ausführungen entsprechen der **geltenden Rechtslage**. Die Gefährdungsbeurteilung betrifft **§ 5 ArbSchG**, wonach der Arbeitgeber durch eine Beurteilung der für die Beschäftigten mit ihrer Arbeit verbundenen Gefährdung zu ermitteln hat, welche Maßnahmen des Arbeitsschutzes erforderlich sind. Der Arbeitgeber hat die Beurteilung je nach Art der Tätigkeiten vorzunehmen. Hierzu kann grundsätzlich auch die Tätigkeit in mobiler Arbeit gehören. Die Unterweisungspflicht ist in **§ 12 ArbSchG** geregelt, wonach der Arbeitgeber die Beschäftigten über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit während ihrer Arbeitszeit ausreichend und angemessen zu unterweisen hat.

Allerdings heißt es in der Entwurfsbegründung auch:

*„Bei den bei mobiler Arbeit verwendeten Arbeitsmitteln kommt es nicht darauf an, ob solche vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt oder mitgebracht werden („Bring your own device“). Von **besonderer Bedeutung** sind zum Beispiel die Größe und Beschaffenheit von Bildschirmen, die Lichtverhältnisse und ergonomischen Verhältnisse am jeweiligen Arbeitsort. Spezielle Hilfestellungen (Konkretisierungen) zu den Arbeitsschutzmaßnahmen, die speziell bei mobiler Arbeit zu tref-*



fen sind, können dem Arbeitgeber insbesondere durch **Regeln und Empfehlungen der beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales eingerichteten Arbeitsschutzausschüsse** gegeben werden.“

**Diese Aussagen sind zumindest missverständlich. Sie könnten als Verweis auf die Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) gewertet werden.** Anhang 6 der ArbStättV regelt umfassende und im höchsten Maße bürokratische Vorgaben, die an sog. Bildschirmarbeitsplätzen eingehalten werden müssen (u. a. die Lichtverhältnisse, Größe und Auflösung von Bildschirmen, Blendfreiheit, ergonomische Vorgaben etc.). Die ArbStättV gilt allerdings nur bei den **betrieblichen Arbeitsstätten** (und Arbeitsplätzen). Einzige Ausnahme für die Anwendung der ArbStättV auf außerbetriebliche Arbeitsstätten sind sog. **Telearbeitsplätze**, die in § 2 Abs. 7 ArbStättV klar legaldefiniert werden. Demgegenüber wird die Arbeit mit mobilen Arbeitsgeräten außerhalb von betrieblichen Arbeitsstätten bzw. eines Telearbeitsplatzes grundsätzlich **nicht von der ArbStättV** erfasst. Für die mobile Arbeit gelten daher „nur“ das Arbeitsschutzgesetz und das Arbeitszeitgesetz. Dies bestätigt auch die seit dem 20. August 2020 geltende SARS-CoV-2-Arbeitsschutz-Regel. Danach heißt es in Punkt 2.2. Abs. 1:

*„**Mobiles Arbeiten** ist eine Arbeitsform, die **nicht** in einer Arbeitsstätte gemäß § 2 Absatz 1 Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) oder an einem fest eingerichteten Telearbeitsplatz gemäß § 2 Absatz 7 ArbStättV im Privatbereich des Beschäftigten ausgeübt wird, sondern bei dem die Beschäftigten an beliebigen anderen Orten (zum Beispiel beim Kunden, in Verkehrsmitteln, in einer Wohnung) tätig werden.“*

- **Absatz 6** regelt die Anforderungen an die **Beendigung der mobilen Arbeit** im Fall des Zustandekommens einer Vereinbarung.

Beträgt die Dauer der mobilen Arbeit mehr als sechs Monate, können der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer, soweit nichts anderes vereinbart ist, die Beendigung der mobilen Arbeit mit einer **Frist von drei Monaten** zum Ende eines Kalendermonats seit dem Beginn der mobilen Arbeit in Textform erklären.

Die einvernehmliche Beendigung ist vorbehaltlich anderslautender kollektiver Regelungen jederzeit möglich.

- **Absatz 7** soll den **Tarif- und den Betriebsparteien** ermöglichen, hinsichtlich der Absätze 1 bis 4, des Absatzes 5 Satz 2 und des Absatzes 6 **abweichende** Vereinbarungen von den gesetzlichen Bestimmungen zu treffen. Hierzu heißt es in der Entwurfsbegründung:

*„So können die Sozialpartner, die die Besonderheiten der Branche und Region oder des Unternehmens kennen, passgenaue und adäquate Lösungen für mobile Arbeit finden. Sie können dabei nicht nur innerhalb des bestehenden Rahmens von der gesetzlichen Regelung abweichen, sondern auch ein eigenständiges Konzept mobiler Arbeit entwickeln und regeln. Regelungen zugunsten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern können die Arbeitsvertragsparteien zudem im Arbeitsvertrag vereinbaren.“*

Im Geltungsbereich eines Tarifvertrages können auch **nichttarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer** die Übernahme abweichender tarifvertraglicher Bestimmungen vereinbaren.

#### **Bewertung:**

- **Der Referentenentwurf geht auch in der aktuellen Fassung über die Vorgaben des Koalitionsvertrags hinaus.** Dieser regelt lediglich einen „**Auskunftsanspruch** der Arbeitnehmer gegenüber ihrem Arbeitgeber über die Entscheidungsgründe der Ablehnung“, nicht aber einen harten und bürokratischen Erörterungsanspruch des Arbeitnehmers einschließlich einer gesetzlichen Fiktionswirkung für den Fall, dass der Arbeitgeber die zahlreichen formalen Frist- und Formvorgaben nicht einhält.

- Zudem widerspricht das Vorhaben in eklatanter Weise dem **Belastungsmoratorium**, das im Koalitionsausschuss am 22.04.2020 von allen Koalitionspartnern beschlossen wurde.
- Das Erörterungsrecht mit zwingender **Fiktionswirkung** führt zu einem Zwangsdialog und höhlt das **Direktionsrecht** des Arbeitgebers aus. Durch die Begründungspflicht und den formalisierten und bürokratischen Ablauf führt das Erörterungsrecht in einer sich immer weiter zuspitzenden Wirtschaftskrise zu erheblichem Mehraufwand und Ressourcenbindung in den Unternehmen, da neue Prozesse implementiert und Fristen nachgehalten werden müssen, um das Direktionsrecht des Arbeitgebers im Kern zu erhalten. Diese **administrativen Hürden** werden durch die geplanten Regelungen, dass Arbeitnehmer bereits vier Monate nach der vorzeitigen Beendigung der mobilen Arbeit oder einer Ablehnung erneut einen ggf. ganz andersgelagerten Wunsch nach mobiler Arbeit mitteilen und das Prozedere damit wiederholt auslösen können, **erheblich verstärkt**.
- Da der Erörterungsanspruch **uneingeschränkt** besteht, läuft er in den Fällen, in denen die arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit objektiv für mobile Arbeit nicht geeignet ist oder der mobilen Arbeit von vornherein betriebliche Gründe entgegenstehen, ins Leere. Dies erscheint angesichts des damit verbundenen Aufwands und der Begründungspflicht **widersinnig**. Ist mobiles Arbeiten aus Sicht des Arbeitgebers nicht möglich, muss eine direkte Ablehnung ohne Erörterung und administrativen Aufwand zulässig sein. Insbesondere können Formfehler und Versäumnisse im Verfahren, die den Eintritt der Fiktionswirkung bewirken würden, nicht einseitig zu Ergebnissen führen, die betrieblich gar nicht umzusetzen sind.
- § 111 Abs. 1 GewO-E enthält keine Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Angabe des/der beabsichtigten Orte/s der mobilen Arbeit. Ohne eine solche verpflichtende Angabe kann der Arbeitgeber jedoch nicht beurteilen, ob ggf. ein **Interessenkonflikt oder datenschutzrechtliche Bedenken** bezüglich der Ortswahl vorliegen und welche Sicherheitsvorkehrungen für mobiles Arbeiten zu ergreifen wären. Derartige Angaben müssten daher zwingend in die Erörterung einfließen. In diesem Zusammenhang bedarf es auch einer Klarstellung, dass der Ort der mobilen Arbeit nur innerhalb Deutschlands liegen kann, um steuer-, sozialversicherungs- und ggf. entsenderechtliche Problemkonstellationen zu vermeiden.
- Der Abschluss einer Vereinbarung über mobile Arbeit darf entgegen der Begründung im Referentenentwurf nicht zur vollständigen Suspendierung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts des Arbeitgebers bezüglich des Arbeitsortes nach § 106 Absatz 1 GewO führen. Dies ist nicht interessengerecht. Vielmehr muss der Arbeitgeber auch ohne Kündigung der Vereinbarung weiterhin jederzeit aus betrieblichen Gründen den **Arbeitsort abweichend festlegen können**, z. B. wenn dringende Besprechungen an einem konkreten Ort, insbesondere auf ausdrücklichen Wunsch der Kunden, notwendig sind.
- Die gesetzliche Regelung soll sich ausweislich der Entwurfsbegründung ausschließlich auf die **regelmäßige**, d. h. „planmäßig wiederkehrende mobile Arbeit“ beziehen. Insofern bedarf es einer Klarstellung, dass dies keine starre Fixierung bestimmter Tage erfordert, sondern eine **flexible Verteilung** möglich ist. Alles andere würde dem beiderseitigen Interesse an Flexibilität entgegenstehen und die wesentlichen Elemente der mobilen Arbeit (z. B. kurzfristige Reaktion auf betriebliche oder private Belange) ad absurdum führen.
- Verfehlt ist auch die Verknüpfung einer ablehnenden Entscheidung mit einem **Begründungszwang**. Dies widerspricht nicht nur dem Prinzip der doppelten Freiwilligkeit, sondern wandelt auch die prioritäre Erfüllung des Betriebs- und Unternehmenszweckes bewusst in eine Rechtfertigungsnotwendigkeit für Arbeitgeber um. Zudem kann selbst bei Einhaltung aller Erfordernisse nicht ausgeschlossen werden, dass die Rechtsprechung zusätzliche Anforderungen an die Begründung der Ablehnung mobiler Arbeit definieren

wird, die von der Arbeitgeberseite **in der Praxis nicht dargestellt** werden können.

- Eine derartige Entwicklung am Gesetz vorbei vollzog sich bereits bei dem ähnlich gelagerten Anspruch auf Teilzeit. Dieser kann nach geltender Rechtslage aus betrieblichen Gründen abgelehnt werden. Bereits kurz nach Einführung des Teilzeitananspruches im Jahr 2001 wurde vor den Arbeitsgerichten die Frage ausgefochten, wann ein betrieblicher Ablehnungsgrund vorliegt. Der Gesetzgeber wollte ausdrücklich „rationale, nachvollziehbare Gründe“ genügen lassen. Das BAG hat unmittelbar darauf jedoch entschieden, dass „nicht jeder rational nachvollziehbare Grund“ genügt und die Ablehnung einer komplexen dreistufigen Prüfung unterzogen. Diese Rechtsprechung hat in der Folge zu einer **unüberschaubaren Einzelfallkasuistik** geführt, aus der schwer Rückschlüsse auf den konkreten Einzelfall gezogen werden können. Eine ähnliche Rechtsprechungsentwicklung ist auch bezüglich der Ablehnungsgründe zu befürchten, die nach der Gesetzesbegründung nicht sachfremd oder willkürlich sein dürfen. **Die in Bezug auf das Teilzeitrecht bestehende Rechtsunsicherheit darf nicht in einem weiteren Gesetzesvorhaben sehenden Auges fortgeführt werden.**
- Der vorgesehene Erörterungsanspruch ist auch überflüssig. Unternehmen sind zur Gewährleistung betrieblicher Abläufe darauf angewiesen, ihre Arbeitnehmer dort einsetzen zu können, wo ihre Arbeitsleistung benötigt wird. Dabei können Unternehmen entsprechend ihrer betrieblichen Besonderheiten oder Branchenbedürfnisse **am besten selbst entscheiden**, ob die Tätigkeit im Betrieb oder von einem anderen Ort aus ausgeübt werden sollte. Die Arbeitgeber haben nicht zuletzt in der aktuellen Corona-Krise gezeigt, dass sie auch mit dem Thema der örtlichen Arbeitsflexibilität äußerst verantwortungsvoll umgehen und in gemeinsamer Absprache mit ihren Beschäftigten insbesondere mobiles Arbeiten bereits dort ermöglichen, wo es sinnvoll ist. Für sachgerechte und praxistaugliche Regelungen bedarf es keines Erörterungsanspruchs. Eine entsprechende gesetzliche Regelung ist kontraproduktiv und schadet der Vertrauenskultur in den Betrieben,
- Auch die Ausführungen zum **Arbeitsschutz** bleiben vage und missverständlich. Jede Vermischung von mobiler Arbeit und Telearbeit im Sinne des Arbeitsstättenrechts ist systemwidrig und zwingend zu unterlassen. Ein wirklicher Beitrag zur **Förderung der mobilen Arbeit** wäre es daher, ausdrücklich klarzustellen, dass mobile Arbeit unabhängig von ihrem zeitlichen Umfang nicht den starren und bürokratischen Vorgaben der Arbeitsstättenverordnung unterliegt. Es sind gerade diese Vorgaben, die viele Arbeitgeber – wenn auch aus rechtlicher Sicht unberechtigt – von der Einführung oder Ausweitung mobiler Arbeitsmodelle abhalten. Gerade die geplante gesetzliche Fiktion wäre praxistauglich. Sie kann zu Fallkonstellationen führen, auf die der Referentenentwurf nicht in Ansätzen eine Antwort gibt. Beispielsweise bleibt unklar, wie bei Eintritt der Fiktionswirkung nach § 111 Abs. 3 S. 3 GewO-E die **Gefährdungsbeurteilung** und Unterweisung vom Arbeitgeber in Unkenntnis der vom Arbeitnehmer zu wählenden Orte **vor Aufnahme** der mobilen Arbeit und unter Wahrung etwaiger Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats ausgeführt werden soll. Ebenso unklar bleibt, wie die Gefährdungsbeurteilung gesetzeskonform bei einem vom Arbeitnehmer gewählten festen Ort ohne Betretungsrecht des Arbeitgebers erfolgen kann.
- Insgesamt berücksichtigt der Referentenentwurf nicht einmal einen Bruchteil der sich aus Arbeitgebersicht stellenden zahlreichen **Umsetzungsfragen**. Nicht nur die Ausstattung des Arbeitnehmers für mobiles Arbeiten kann für Arbeitgeber eine erhebliche finanzielle Belastung darstellen, auch Fragen der IT-Sicherheit und des Datenschutzes hat der Arbeitgeber auf eigene Kosten zu klären.
- Außer Acht gelassen wird zudem, dass essenzielle Voraussetzung für die zukünftige Teilhabe der Beschäftigten und Unternehmen an mobiler Arbeit der physische Zugang zur digitalen Welt ist. Aufgrund des mangelnden flächendeckenden Ausbaus der erforderlichen Infrastruktur werden Unternehmen und Beschäftigte in den Regionen benachteiligt, in denen eine flächendeckende Versorgung mit IT-Infrastruktur entweder nicht



vorhanden oder auf Grund der Bandbreite für mobile Arbeit nicht geeignet ist. Der Referentenentwurf schafft damit eine **Ungleichheit** in Bezug auf die Möglichkeiten des Angebotes von mobiler Arbeit durch die Arbeitgeber und blendet die unterschiedlichen regionalen technischen Voraussetzungen der Infrastruktur schlicht aus.

#### b. § 112 und § 147 GewO-E – Arbeitszeitznachweise für mobil arbeitende Arbeitnehmer

- **Absatz 1** schreibt vor, dass der Arbeitgeber Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit der nach § 111 Absatz 1 Satz 2 GewO mobil arbeitenden Arbeitnehmer **jeweils am Tag der Arbeitsleistung aufzeichnen muss**, sofern diese in den Anwendungsbereich des ArbZG fallen.

**Dabei soll ausweislich der Entwurfsbegründung die gesamte Arbeitszeit erfasst werden, also nicht nur der mobil geleistete Teil und nicht nur die Arbeitszeit an Tagen, an denen vollständig oder teilweise mobil gearbeitet wird. Das heißt konkret: Arbeitet ein Arbeitnehmer auch nur einen Tag im Jahr mobil i.S. d. § 111 GewO, muss seine gesamte Arbeitszeit an allen Tagen vollständig dokumentiert werden. Dies stellt eine ganz erhebliche Abweichung zu den bisher geltenden Aufzeichnungspflichten im ArbZG dar.** Nach § 16 Abs. 2 ArbZG ist der Arbeitgeber bisher nur verpflichtet, die über die werktägliche Arbeitszeit **hinausgehende Arbeitszeit** der Arbeitnehmer aufzuzeichnen.

Formvorgaben werden im Übrigen nicht geregelt. Die Regelungen zur Aufzeichnung der Arbeitszeit stehen neben sonstigen Aufzeichnungspflichten, zum Beispiel mindestlohnrechtlichen Vorgaben. Die Arbeitszeitznachweise sind vom Arbeitgeber mindestens zwei Jahre aufzubewahren. Diese Aufbewahrungspflicht entspricht der Regelung in § 16 Absatz 2 Satz 2 ArbZG.

- In **Absatz 2** wird klargestellt, dass die Aufzeichnung der Arbeitszeit **auch durch den Arbeitnehmer** erfolgen kann. Auch wenn der Arbeitgeber die Aufzeichnung delegiert, bleibt er für die ordnungsgemäße Aufzeichnung verantwortlich und hat laut Entwurfsbegründung den Arbeitnehmer zur ordnungsgemäßen Führung der Aufzeichnungen anzuleiten.
- Mit **Absatz 3** wird vorgeschrieben, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin auf Verlangen in geeigneter Weise über die aufgezeichnete Arbeitszeit informieren muss. Auf Wunsch hat er eine Kopie in Papierform oder in elektronischer Form oder einen Ausdruck der Aufzeichnungen der Arbeitszeit auszuhändigen oder zu übermitteln.
- Mit **Absatz 4** wird geregelt, dass die Einhaltung der Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten von den Aufsichtsbehörden nach § 17 Absatz 1 ArbZG überwacht wird. § 17 Absatz 2 bis 6 ArbZG gilt entsprechend.
- Die **Bußgeldvorschriften** der GewO werden in **§ 147** um eine Vorschrift zu den Arbeitszeitznachweisen nach § 112 GewO ergänzt. Wenn ein Arbeitgeber die Aufzeichnungen nicht in der vorgeschriebenen Weise erstellt oder nicht für die vorgeschriebene Dauer aufbewahrt, kann dies als Ordnungswidrigkeit geahndet werden und mit einer Geldbuße von **bis zu dreißigtausend Euro sanktioniert werden**.

#### Bewertung:

- Die hier vorgeschlagene Regelung beinhaltet eine **massive Ausweitung der geltenden Arbeitszeitaufzeichnungspflichten** über den Hebel der mobilen Arbeit. Erfasst sind danach alle Arbeitnehmer, die auch nur geringfügig regelmäßig mobil arbeiten. Damit würde etwa ein Vollzeit-Arbeitnehmer, der einmal im Monat „regelmäßig“ mobil arbeitet, auch an **allen übrigen Bürotagen einer täglichen und vollständigen Erfassung** der Arbeitszeit **ab der ersten Minute** unterliegen. Die bisherige Regelung des § 16 Abs. 2 ArbZG, wo-

nach nur Überstunden aufzuzeichnen sind, wäre damit in zahlreichen Fällen ad absurdum geführt.

- Eine solche Aufzeichnungspflicht kann auch **europarechtlich** nicht hergeleitet werden. Der EuGH hat zwar mit einem Urteil vom 14.06.2019 (C-55/18) entschieden, dass die Mitgliedsstaaten die Arbeitgeber verpflichten müssen, ein objektives, verlässliches und zugängliches System zur Arbeitszeiterfassung einzuführen. Nach Auffassung der M+E-Arbeitgeber missachtet diese Entscheidung aber bereits dem Grunde nach in eklatanter Weise den rechtsstaatlichen Grundsatz der Gewaltenteilung. Der europäische Gesetzgeber hat bewusst auf eine derart strenge Aufzeichnungspflicht verzichtet. Bereits deshalb kann der Umsetzungsbedarf angezweifelt werden.
- Zudem eröffnet der EuGH in seiner Entscheidung ausdrücklich die Möglichkeit, dass die Mitgliedstaaten die konkreten Modalitäten zur Umsetzung eines solchen Systems festlegen können, und zwar „gegebenenfalls unter **Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Tätigkeitsbereichs...**“. Dies gilt zudem unbeschadet von Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88, wonach die Mitgliedstaaten Ausnahmen vorsehen können, wenn die Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen und/oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann, und zwar insbesondere in Bezug auf leitende Angestellte oder sonstige Personen mit selbstständiger Entscheidungsbefugnis. **Angesprochen sind hier im besonderen Maße Beschäftigte in Vertrauensarbeitszeit oder in mobiler Arbeit.**
- Wesentlicher Inhalt dieser Arbeitsmodelle ist, dass die Beschäftigten **eigenverantwortlich** und selbstbestimmt arbeiten können. Dies entspricht auch dem Wunsch der Belegschaft. Hierfür ist ein großes Vertrauen zwischen Unternehmensleitung und den einzelnen Beschäftigten erforderlich. Wenn Arbeitgeber und Beschäftigte nunmehr über den Hebel der mobilen Arbeit gesetzlich gezwungen werden, alle Arbeitszeiten minutiös zu erfassen und zu kontrollieren, geht ein Großteil dieser Unternehmenskultur und Beschäftigtenzufriedenheit verloren.

## 2. Art. 2 – Änderung des SGB VII (Unfallversicherung)

### a. § 8 Abs. 1 SGB VII-E – gleicher Umfang des Versicherungsschutzes im Haushalt der Versicherten oder an einem anderen Ort der Ausübung

Die Ergänzung in § 8 Abs. 1 SGB VII-E regelt für Fälle, in denen die versicherte Tätigkeit **im Haushalt** der Versicherten oder **an einem anderen Ort** ausgeübt wird, dass der Versicherungsschutz **in gleichem Umfang wie bei Ausübung der Tätigkeit in der Betriebsstätte** besteht. Dadurch soll eine **Gleichstellung** mit Arbeitnehmern erfolgen, die ihre **Tätigkeit an der Betriebsstätte** ausüben. An der Betriebsstätte sind neben der eigentlichen versicherten Tätigkeit neben **Betriebswegen (zum Beispiel der Weg zum Drucker) ausnahmsweise auch eigenwirtschaftliche Tätigkeiten (zum Beispiel der Weg zum Getränkeholen, zur Nahrungsbeschaffung und zur Toilette) vom Versicherungsschutz umfasst**, was im „Homeoffice“ nach Rechtsprechung des BSG nicht der Fall ist.

### b. § 8 Abs. Nr. 2 Abs. 2a SGB VII-E – Versicherungsschutz auf dem Weg zur außerhäuslichen Fremdbetreuung von Kindern

Mit § 8 Abs. 2 Nr. 2 Abs. 2a SGB VII-E wird der Unfallversicherungsschutz von Arbeitnehmern, die ihre Tätigkeit **im eigenen Haushalt** ausüben, auf die Wege erstreckt, die sie wegen ihrer beruflichen Tätigkeit, der ihrer Ehegatten oder der ihrer Lebenspartner **zur außerhäuslichen Betreuung ihrer Kinder** zurücklegen. So erfolgt eine **Gleichstellung** mit Versicherten, die ihre Tätigkeit **an der Betriebsstätte** ihres Arbeitgebers oder **an einem anderen externen Arbeitsplatz** ausüben und bereits jetzt auf diesen Wegen unfallversichert sind. Bisher ist der Weg zur Betreuungseinrichtung nur versichert, wenn der Versicherte sich **auf**

dem Weg zur Betriebsstätte befindet. **Nicht** versichert ist allerdings der Weg zur Betreuungseinrichtung, wenn der Versicherte anschließend im **Homeoffice** arbeitet. Diese Ungleichbehandlung soll mit der Gesetzesänderung behoben werden.

#### Bewertung:

- Durch die Ergänzungen in § 8 Abs. 1 und Nr. 2 Abs. 2a SGB VII-E erscheint es möglich, dass es **mehr Arbeitsunfälle** geben könnte, die von den **Berufsgenossenschaften entschädigt** werden müssen. Dies birgt die Gefahr, dass langfristig auch die **Beiträge** der Mitgliedsunternehmen zur gesetzlichen Unfallversicherung **steigen** könnten.
- Mit Artikel 2 will das BMAS **Versicherungslücken schließen**, die sich derzeit aus der Rechtsprechung des BSG ergeben. Wesentlicher Unterschied zwischen Versicherungsschutz im Homeoffice und im Betrieb ist nach dem BSG, dass im Betrieb neben den umfassten klassischen Arbeitstätigkeiten **ausnahmsweise auch Versicherungsschutz für eigenwirtschaftliche Tätigkeiten im Betrieb** besteht (z. B. Wege zur Kantine um Essen oder Getränke zu holen oder Wege zur Toilette). Diese eigenwirtschaftlichen Tätigkeiten sind im Homeoffice nach dem BSG **bisher nicht** vom Versicherungsschutz umfasst. Hintergrund für diese BSG-Rechtsprechung ist, dass der Versicherte im Unternehmen sich diesen Tätigkeiten nicht entziehen kann und dabei Risiken ausgesetzt wird, die in der **Sphäre des Arbeitgebers** liegen. Im Homeoffice hingegen begeht der Versicherte diese Tätigkeiten gerade **nicht** unter den Zwängen einer Anwesenheit im Betrieb mit seinen Regularien in einem **fremden Gefahrenumfeld**, für die der Unternehmer die Verantwortung trägt.
- Die gleichen Maßstäbe sowohl im Homeoffice als auch in der Betriebsstätte anzusetzen, ist problematisch, weil das Arbeitsumfeld im Wohnraum der Beschäftigten sich naturgemäß **außerhalb der Einflussosphäre des Arbeitgebers** befindet. Im Gegensatz zum Wohnraum der Beschäftigten hat der Arbeitgeber nur Einfluss auf den Gefahrenbereich der Betriebsstätte. Arbeitgeber können demnach im Hinblick auf Gefahren, die sich beispielweise aus der unsachgemäßen Einrichtung der Beschäftigten ergeben, **nicht präventiv tätig werden** – dennoch sollen sie mit ihren Beiträgen für diese in der persönlichen Sphäre des Arbeitnehmers liegenden Unfälle aufkommen.
- Zwar ist auch bei der Erweiterung des Versicherungsschutzes auf dem Weg zur außerhäuslichen Kinderbetreuung aus dem Homeoffice zu erwarten, dass es **mehr Arbeitsunfälle** im Sinne des SGB VII (und damit langfristig möglicherweise die Erhöhung der Beiträge) geben könnte. Argumentativ lässt sich gegen diese Regelung allerdings wenig vorbringen. Der Weg zur Kinderbetreuung ist **in beiden Fällen notwendig, um der Tätigkeit nachgehen zu können**.