

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 19/4864



ICL RECHTSANWÄLTE
IHR TEAM FÜR ARBEITSRECHT

18.11.2020

Arbeitsrechtliche Stellungnahme zum Antrag
der Fraktion der SPD „Mobiles Arbeiten ge-
setzlich regeln“
(BT-Drucksache 19/2358)

Inhaltsverzeichnis

1. Recht auf mobiles Arbeiten und Telearbeit einführen	- 4 -
a) Rechtsanspruch auf mobiles Arbeiten/Homeoffice	- 4 -
aa) Systematische Verankerung	- 4 -
bb) Abgrenzung der Begrifflichkeiten	- 5 -
cc) gesetzliche Definition des Arbeitsortes außerhalb der Betriebsstätte	- 6 -
(1) freies Wahlrecht des Arbeitnehmers hinsichtlich des Arbeitsortes	- 6 -
(2) Verwendung von Informationstechnologie	- 7 -
(3) regelmäßige mobile Arbeit	- 8 -
dd) Anspruchsvoraussetzungen	- 9 -
dd) gesetzliche Fiktion / Form / Kleinbetrieb	- 11 -
ee) Anspruchsumfang	- 12 -
b) Keine Verpflichtung zur mobilen Arbeit durch Arbeitgeber	- 12 -
2. Benachteiligungsverbot	- 14 -
3. Arbeitszeit	- 14 -
a) Vorgaben zur Arbeitszeit und mögliche Flexibilisierung	- 14 -
b) Pflicht zur Arbeitszeiterfassung	- 15 -
c) Delegationsrecht und Form	- 17 -
4. Arbeitsschutz	- 17 -
a) gesetzliche Unfallversicherung	- 17 -
b) Arbeits- und Gesundheitsschutz	- 19 -
5. Ausstattung	- 20 -
6. Datenschutz	- 21 -
a) Grundsätze	- 21 -
b) Einzelfallprüfung durch den Arbeitgeber	- 22 -
c) MAG / Fazit	- 23 -
7. Rechtssicherheit im Umgang mit privat genutzter Firmentechnik	- 23 -
a) Verantwortlicher im Datenschutz / Arbeitnehmerhaftung	- 23 -
b) Privatnutzung von Firmentechnik	- 24 -
8. Mitbestimmung	- 24 -
a) Mitbestimmung nach bisheriger Rechtslage	- 25 -



b) Einführung eines Initiativrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG-E	- 25 -
9. Schulungs- und Qualifizierungsmaßnahmen	- 26 -
10. Zusammenfassung und Fazit	- 27 -

Gegenstand dieser Stellungnahme ist der Alternativantrag der Fraktion der SPD im Schleswig-Holsteinischen Landtag auf Einführung eines Rechtsanspruchs auf mobiles Arbeiten vom 25. August 2020, der derzeit vom Sozialausschuss gemeinsam mit dem Wirtschafts- und Finanzausschuss des Schleswig-Holsteinischen Landtags beraten wird. Das BMAS veröffentlichte Anfang Oktober 2020 einen Referentenentwurf zur Einführung eines Rechtsanspruchs auf mobile Arbeit im Umfang von 24 Tagen pro Jahr (sog. „Mobiles-Arbeiten-Gesetz“ (i.F. „MAG“)). Das Kanzleramt lehnte im Stadium der Frühkoordination eine Weiterleitung des Entwurfs an die übrigen Ressorts zur Abstimmung ab. Es begründete dies mit dem Inhalt des Koalitionsvertrages, der lediglich einen Auskunftsanspruch des Arbeitnehmers¹, aber keinen Rechtsanspruch auf mobiles Arbeiten enthalte. Es bleibt abzuwarten, ob das MAG in abgeänderter Form in die Ressortabstimmung gehen wird. Vor wenigen Tagen war der Presse zu entnehmen, dass der Bundesarbeitsminister als Zugeständnis für den Koalitionspartner vom Rechtsanspruch auf mobile Arbeit zunächst abrücken wolle. Arbeitnehmer sollen stattdessen einen Rechtsanspruch erhalten, mit dem Arbeitgeber über die Gewährung von mobiler Arbeit zu verhandeln. Im Falle einer Ablehnung von mobiler Arbeit müsse der Arbeitgeber darlegen, welche betrieblichen Gründe der Gewährung mobiler Arbeit entgegenstehen. Neben einem Erörterungsanspruch möchte das BMAS im Gesetzesentwurf offenbar jedenfalls weiterhin die Frage der Zeiterfassung sowie des gesetzlichen Arbeitsschutzes regeln. Das Gesetz soll noch in diesem Jahr beschlossen werden (Interview mit Bundesarbeitsminister Hubertus Heil im RedaktionsNetzwerk Deutschland (RND) vom 14.11.20).

Diese Stellungnahme soll einerseits einen rechtlichen Überblick über die im Antrag vom 25. August 2020 genannten Themenfelder im Zusammenhang mit mobiler Arbeit bieten. Zum anderen sollen die einzelnen Regelungsvorschläge zur mobilen Arbeit im MAG arbeitsrechtlich bewertet und konkrete Handlungsempfehlungen unterbreitet werden. Zur besseren Übersicht orientieren wir uns an den im Antrag genannten Themenfeldern. Hierfür haben wir die jeweiligen Überschriften aus dem Antrag in unsere Gliederung übernommen (vgl. Ziffern 1.-9.). Punkt 10 des Antrags bezieht sich auf rein steuerliche Aspekte mobiler Arbeit. Wir beraten ausschließlich im Arbeitsrecht und bitten um Verständnis, dass wir hierzu keine Stellungnahme abgeben.

¹ Gemeint sind Arbeitnehmer und Arbeitgeber jeder Geschlechtsidentität. Lediglich der leichten Lesbarkeit halber wird künftig bei allen Bezeichnungen nur noch die grammatikalisch männliche Form verwendet.

1. Recht auf mobiles Arbeiten und Telearbeit einführen

Hier wurden von der Antragstellerin zum einen die Schaffung eines Rechtsanspruchs auf mobiles Arbeiten (a)) und zum anderen der Schutz der Arbeitnehmer vor einer einseitigen Zuweisung von Homeoffice bzw. mobilem Arbeiten (b)) gefordert.

a) Rechtsanspruch auf mobiles Arbeiten/Homeoffice

Es ist zu erwarten, dass die Einführung eines Rechtsanspruchs auf mobile Arbeit angesichts der wachsenden Relevanz mobiler Arbeit im Rahmen des Pandemiegeschehens - trotz der aktuellen Auseinandersetzungen der Koalitionspartner hierzu - weiter Gegenstand der rechtlichen und politischen Diskussion bleibt. Insofern soll auch der Entwurf im MAG näher untersucht werden.

Bei der Einführung eines Anspruchs auf mobile Arbeit durch Gesetz muss im ersten Schritt geklärt werden, wo ein solcher Anspruch rechtlich sinnvoll verortet werden sollte (hierzu unter aa). Sodann sollen die einzelnen Begrifflichkeiten erklärt und voneinander abgegrenzt (hierzu unter bb) sowie die gesetzliche Definition im MAG bewertet werden (hierzu unter cc). Im Anschluss ist die Ausgestaltung des Rechtsanspruchs im MAG im Einzelnen zu prüfen (hierzu unter dd-ee)

aa) Systematische Verankerung

Zunächst stellt sich die Frage, wo ein solcher Anspruch gesetzlich verankert werden soll. Hier sei vorweggenommen, dass es kein einheitliches Arbeitsrecht im Sinne eines einheitlichen „Arbeitsgesetzbuches“ gibt. Vielmehr gibt es eine Vielzahl verschiedener Gesetze, die arbeitsrechtliche Themen regeln. Häufig sind dies Gesetze mit überwiegend nicht-arbeitsrechtlichen Regelungsinhalt. Die Schaffung eines eigenen Gesetzes zum mobilen Arbeiten und seinen Voraussetzungen ist angesichts der zahlreichen Schnittstellen zu Themenbereichen, die in jeweils eigenen Gesetzen gesondert geregelt sind (z.B. Arbeitszeitgesetz, Arbeitsschutzgesetz und Bundesdatenschutzgesetz) systematisch nicht sinnvoll, zumal auch hier – wie nachfolgend im Einzelnen aufgezeigt – eine spezielle gesetzliche Regelung zum mobilen Arbeiten oftmals nicht erforderlich bzw. praktikabel ist.

Das MAG verankert den Anspruch auf mobiles Arbeiten im arbeitsrechtlichen Teil der Gewerbeordnung (Titel VII „Arbeitnehmer“, I. allgemeine arbeitsrechtliche Grundsätze) in einem neuen § 111 GewO-E. Zusätzlich soll ein § 112 zu Arbeitszeitznachweisen ergänzt sowie der Bußgeldkatalog

in § 147 GewO um Bußgelder bei Verstößen gegen die Pflicht des Arbeitgebers zur Arbeitszeiterfassung erweitert werden. Bislang ist in der Gewerbeordnung neben einem Zeugnisanspruch und einer Regelung zum Wettbewerbsverbot insbesondere das Direktionsrecht des Arbeitgebers (§106 GewO) geregelt. Allerdings hat der Gesetzgeber in den letzten Jahren arbeitsrechtliche Themen nach und nach aus der Gewerbeordnung herausgenommen (insb. Arbeitsschutz). Insofern ist es aus unserer Sicht nicht stringent, den mittlerweile nur noch sehr schmalen arbeitsrechtlichen Teil der Gewerbeordnung wieder deutlich auszuweiten. Um eine weitere Zersplitterung des Arbeitsrechts zu vermeiden, wäre es aus systematischer Sicht zweckmäßiger, den Rechtsanspruch auf mobiles Arbeiten – gemeinsam mit den übrigen arbeitsrechtlichen Regelungen in der Gewerbeordnung – im dienstrechtlichen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) (dort unter Abschnitt 8, Titel 8, Untertitel 1, §§ 611 ff BGB) zu verankern und den Bereich der Arbeitszeiterfassung einschließlich der Bußgeldregelung im Arbeitszeitgesetz (ArbZG) zu integrieren. Allerdings dürfte die im MAG vorgesehene – systematisch unglückliche – Verankerung der Zeiterfassungspflichten in der GewO wohl weniger rechtliche als politische Gründe haben. Hintergrund ist hier die Umsetzungspflicht des EuGH-Urteils zur umfassenden Arbeitszeiterfassung „CCOO ./ Deutsche Bank Spanien“ vom 14.5.2019 (AZ: C-55/18) durch Änderung der Regelungen im ArbZG (dort u.a. § 16 ArbZG). Hierzu soll wohl eine gesonderte gesetzgeberische Umsetzung erfolgen. Ob es zweckmäßig ist, nunmehr (nur) für mobiles Arbeiten und daneben wohl auch für die Fleischindustrie weitgehend analoge Regelungen zur Arbeitszeiterfassung in sachfremden Gesetzen zu regeln, sei dahingestellt. (siehe hierzu auch unter 3.).

bb) Abgrenzung der Begrifflichkeiten

Die Terminologie im Zusammenhang mit Arbeit außerhalb der betrieblichen Arbeitsstätte ist nach wie vor uneinheitlich. In Literatur und Praxis werden die Begriffe Homeoffice, mobiles Arbeiten, Telearbeit sowie Heimarbeit oftmals synonym verwendet. Mit Ausnahme der Heimarbeit sind diese Begriffe nicht gesetzlich definiert. In der arbeitsrechtlichen Literatur findet sich im Grundsatz folgende Abgrenzung:

Unter *Telearbeit* versteht man eine Arbeitsform, bei der der Arbeitgeber einen festen Bildschirmarbeitsplatz im Privatbereich des Arbeitnehmers einrichtet, ausstattet und zur Ausübung der Tätigkeit programmgesteuerte Arbeitsmittel (Informations- und Kommunikationstechnik) genutzt werden. Bei sog. alternierender Telearbeit wird die Tätigkeit im Wechsel sowohl im Betrieb als auch zu Hause ausgeübt. Der Begriff ist aber weder gesetzlich definiert noch sind hiervon Rechtsfolgen abhängig.

Die genannten Merkmale grenzen lediglich den Sachzusammenhang ein. (vgl. hierzu Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht/Heinkel, Bd. II, § 201, Rn.1).

Auch der Begriff *Homeoffice* erfasst grundsätzlich Arbeit, die ausschließlich vom Privataushalt des Arbeitnehmers aus geleistet wird. Im Gegensatz zur Telearbeit hat der Arbeitnehmer hier aber keinen vom Arbeitgeber fest eingerichteten Bildschirmarbeitsplatz, sondern arbeitet etwa mit privatem und/oder firmeneigenem Notebook/Tablet an einem beliebigen Platz innerhalb der eigenen Wohnung.

Hiervon abzugrenzen ist die sogenannte *mobile Arbeit*. Hierunter versteht man das ortsungebundene Arbeiten von jedem denkbaren Arbeitsplatz, wie öffentlichen Verkehrsmitteln, Cafés o.ä.

Teilweise wird in der Praxis noch der Begriff *Heimarbeit* synonym für Homeoffice verwendet. Dies ist rechtlich unzutreffend. Denn im Unterschied zu den vorgenannten Begriffen ist der Begriff der Heimarbeit ein gesetzlich definierter Begriff, von dem zahlreiche, unter anderem im Heimarbeitergesetz (HAG) geregelte, Rechtsfolgen abhängen. Merkmal der Heimarbeit ist insbesondere, dass in Heimarbeit tätige Personen zwar wirtschaftlich vom Auftraggeber abhängig, allerdings nicht gemäß § 611a BGB (Definition des Arbeitsvertrages) weisungsgebunden tätig sind. Vereinfacht gesagt sind Heimarbeiter gerade keine Arbeitnehmer, sondern eine eigene, wohl vom Aussterben bedrohte Rechtsfigur mit teilweise arbeitnehmerähnlichen Rechten. Die Tätigkeit eines Arbeitnehmers außerhalb der Betriebsstätte ist daher kraft Definition keine Heimarbeit im Sinne des Heimarbeitergesetzes. Insofern sollte der Begriff nicht synonym für mobile Arbeit oder Homeoffice verwandt werden.

cc) gesetzliche Definition des Arbeitsortes außerhalb der Betriebsstätte

Im Sinne einer möglichst weitgehenden Flexibilisierung für Arbeitnehmer, ist es sinnvoll, den Rechtsanspruch nicht auf den Begriff des „Homeoffice“ zu beschränken, sondern dem Arbeitnehmer weitergehend ein Recht auf „mobile Arbeit“, d.h. auf eine (weitestgehend) autonome Wahl seines jeweiligen Arbeitsortes einzuräumen.

(1) freies Wahlrecht des Arbeitnehmers hinsichtlich des Arbeitsortes

Das MAG sieht in § 111 Abs. 1 S.2 GewO-E das Recht des Arbeitnehmers vor, die geschuldete Arbeitsleistung „von einem Ort oder von Orten seiner Wahl außerhalb der Betriebsstätte zu erbringen“. Es räumt ihm folglich ein unbeschränktes Wahlrecht des Arbeitsortes ein. Zunächst stellt sich

die Frage, ob eine gesetzliche Einschränkung erforderlich ist, wonach der vom Arbeitnehmer zur Ausübung seiner Arbeit gewählte Ort für die Ausübung der geschuldeten Arbeitsleistung geeignet sein muss. Praktisch geht es hier etwa um die Gewährleistung einer stabilen Internet- sowie Telefonverbindung sowie eines ausreichenden Schutzes (personenbezogener) Daten vor Zugriff Dritter. Nach den allgemeinen arbeitsvertraglichen Grundsätzen entfällt bei objektiver Unmöglichkeit der Leistungserbringung (etwa aufgrund technischer Probleme am gewählten Arbeitsort) die Vergütungspflicht. Bei einem Verstoß gegen informations- bzw. datenschutzrechtliche Bestimmungen läge u.U. eine Vertragspflichtverletzung des Arbeitnehmers im Innenverhältnis zum Arbeitgeber vor. Das BMAS weist in seiner Gesetzesbegründung darauf hin, dass etwa die Gefahr für die Datensicherheit und die Beeinträchtigung von Arbeitsabläufen entgegenstehende Gründe darstellen können, die den Arbeitgeber zur Ablehnung des Antrags auf mobile Arbeit im jeweiligen Einzelfall berechtigen können. Insofern kann hier auf die Aufnahme weiterer Anforderungen an den gewählten Arbeitsort aus unserer Sicht verzichtet werden.

§ 111 Abs. 1 S.2 GewO-E enthält ferner keine Verpflichtung des Arbeitnehmers, dem Arbeitgeber den von ihm gewählten Ort der Arbeitsleistung mitzuteilen. Dies stellt den Arbeitgeber vor praktische Probleme im Hinblick auf die Durchführung und Einhaltung des Arbeits- und Datenschutzes. Auch stellt sich die Frage was passiert, wenn der Arbeitnehmer beschließt, seine Arbeitsleistung im Ausland erbringen zu wollen. Hier könnte der Arbeitgeber ein legitimes Auskunftsinteresse im Hinblick auf eine etwaig gebotene gesonderte Besteuerung bei Auslandstätigkeit haben. Insofern ist die Ergänzung eines entsprechenden Auskunftsanspruches des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer sinnvoll, soweit dieser für die Erfüllung arbeitgeberseitiger Pflichten erforderlich ist.

(2) Verwendung von Informationstechnologie

Nach der in § 111 Abs. 1 S. 2 GewO-E gewählten Definition soll mobile Arbeit im Sinne des Gesetzes nur vorliegen, wenn sie „unter Verwendung von Informationstechnologie“ erfolgt. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll durch diesen Einschub 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. Dieser Ansatz überzeugt sowohl rechtlich als auch praktisch nicht. In rechtlicher Hinsicht würde beispielsweise ein Illustrator oder ein Texter, der für seine Arbeitsleistung unterwegs keine Informationstechnologien nutzt, nicht unter diese Regelung fallen und folglich

keinen Anspruch auf mobile Arbeit haben. Zwar dürfte dies eher ein theoretisches als ein praktisches Problem darstellen, da es wohl keine für mobile Arbeit geeigneten Arbeitsbereiche ohne (jedenfalls) teilweise Nutzung von Informationstechnologie geben dürfte. In erster Linie wird jedoch übersehen, dass auch die genannten Fahrtätigkeiten heutzutage unter Verwendung von Informationstechnologie erfolgen (Kilometererfassung, Navigationsgeräte, Bezahlsysteme etc.). Insofern ist zweifelhaft, ob eine solche kumulative Begriffsbestimmung der mobilen Arbeit rechtlich irgendeinen Mehrwert hat. Jedenfalls ist die gesetzliche Intention hier nicht nachvollziehbar und die Gesetzesbegründung hierzu schafft keine Klarheit.

(3) regelmäßige mobile Arbeit

Ausweislich der Gesetzesbegründung zum MAG bezieht sich der Anspruch nach § 111 GewO-E *„ausschließlich auf die regelmäßige, das heißt planmäßig wiederkehrende mobile Arbeit, wie zum Beispiel einmal oder mehrfach in der Woche oder zweimal im Monat an einem bestimmten Wochentag.“* Dabei soll es nicht darauf ankommen, ob regelmäßig ganztags oder nur stundenweise mobil gearbeitet wird. Die *„anlassbezogene“* mobile Arbeit ist gemäß der Gesetzesbegründung nicht Gegenstand der Regelung. Sie soll vorbehaltlich anderslautender tariflicher oder betrieblicher Regelungen weiterhin aufgrund einer dem Anlass entsprechenden Vereinbarung zwischen den Arbeitsvertragsparteien ohne die in der gesetzlichen Regelung aufgestellten Anforderungen möglich sein.

Eine Differenzierung zwischen *„regelmäßig“* und *„anlassbezogen“* zur Eingrenzung des Anwendungsbereiches für die gesetzliche Regelungen in § 111 f. GewO-E ist aus unserer Sicht ein Einfallstor für Rechtsunsicherheit und damit verbundenen Auslegungstreitigkeiten.

Praktisch relevant dürfte dies zum einen im Hinblick auf das vielfach zunächst als nur vorübergehend eingeführte *„pandemiebedingte Homeoffice“* sein. Hier bleibt mangels Anhaltspunkten in der Gesetzesbegründung nur zu vermuten, dass gerade solche Fälle (wie etwa *„Corona-Pandemie“*) *„anlassbezogen“* sein sollen und von einem gerichtlich durchsetzbaren Anspruch ausgenommen werden sollen, etwa um Unternehmen während der Corona-Krise nicht mit etwaigen zusätzlichen Kosten durch Klageverfahren und betrieblichen Umsetzungskosten zu belasten. Eine zunächst nur vorübergehend beabsichtigte mobile Arbeit, die auf unbestimmte Zeit bis zur Beendigung der Pandemie fortgesetzt

wird, könnte allerdings in Bezug auf den gesetzlich relevanten sechs-Monats-Zeitraum als ohne weiteres planbar und damit nicht anlassbezogen sein. Diese Unterscheidung ist daher zum einen für die Frage relevant, welche Arbeitnehmer den Anspruch auf mobile Arbeit geltend machen können.

Zum anderen ist sie aber auch im Hinblick auf die im Entwurf enthaltene umfassende Pflicht zur Arbeitszeiterfassung brisant. Es bleibt zu vermuten, dass das BMAS unter Umständen deshalb solche Fälle „anlassbezogener“ mobiler Arbeit von der umfassenden Zeiterfassungspflicht ausnehmen wollte (hierzu unter 3.).

Jedenfalls ist unklar, was „regelmäßig“ im Sinne der Regelung bedeuten soll, was aufgrund der damit verbundenen erheblichen Rechtsfolgen im Rahmen einer Überarbeitung des Gesetzesentwurfs unbedingt klargestellt werden sollte.

dd) Anspruchsvoraussetzungen

§ 111 Abs. 2 GewO-E macht das Recht auf mobiles Arbeiten neben einer sechs-monatigen Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers von zwei Voraussetzungen abhängig: Die Tätigkeit muss *für mobile Arbeit geeignet* sein und es dürfen *keine betrieblichen Gründe entgegenstehen*. Hierbei handelt es sich um sog. unbestimmte Rechtsbegriffe. In welchen Fällen eine Tätigkeit für ein mobiles Arbeiten ungeeignet ist bzw. betriebliche Gründe entgegenstehen können, entscheidet zunächst der Arbeitgeber. Seine Ablehnungsentscheidung unterliegt im Streitfall der Kontrolle durch die Arbeitsgerichtsbarkeit.

Die Gesetzesbegründung hält etwa Fließbandarbeit, Brandbekämpfung bei der Feuerwehr bzw. Krankenpflege für mobile Arbeit ungeeignet. Insofern soll die Voraussetzung der Geeignetheit eng verstanden werden. In der Presse brachte der Bundesarbeitsminister oftmals das Beispiel des Arzthelfers, dessen Tätigkeiten in Teilen jedenfalls durchaus für mobile Arbeit geeignet seien, sofern etwa Abrechnung zu erledigen sei. Hier ist jedenfalls von einer restriktiven Auslegung dieses Ablehnungsgrundes auszugehen.

Beim zweiten Kriterium („*entgegenstehende betriebliche Gründe*“) orientiert sich das MAG offensichtlich systematisch am allgemeinen Teilzeitanpruch nach § 8 Teilzeit- und Befristungsgesetz TzBfG,

bei dem der Arbeitgeber dem Anspruch des Arbeitnehmers auf Verringerung der Arbeitszeit zuzustimmen hat, sofern „betriebliche Gründe nicht entgegenstehen“. Hier verweist die Gesetzesbegründung auf eine umfassende Interessenabwägung zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen. Offenbar hat das BfArbG bewusst auf die höhere Hürde der „dringenden“ entgegenstehenden betrieblichen Gründe verzichtet, wie es etwa beim Anspruch auf Teilzeit während der Elternzeit als Ablehnungsgrund verlangt wird (vgl. § 15 BEEG).

Ebenso wie im Rahmen des allgemeinen Teilzeitanspruchs nach § 8 TzBfG werden sich auch hier im Laufe der Zeit Fallgruppen in der Rechtsprechung herausbilden. Rechtssicherheit kann ein Gesetz hier grundsätzlich nicht leisten, da es immer nur abstrakte Regelungen treffen kann.

Auch hier wird die zentrale Rolle der Tarif- bzw. Betriebsparteien deutlich, wenn es darum geht, maßgeschneiderte Regelungen für die jeweilige Branche bzw. den jeweiligen Betrieb zu finden. Auf betrieblicher Ebene kann im Rahmen einer Betriebsvereinbarung etwa festgelegt werden, welche Tätigkeiten im Betrieb für mobiles Arbeiten geeignet sind. Allerdings bestünde nach bisheriger Rechtslage für eine solche Regelung wohl kein zwingendes Mitbestimmungsrecht. Demensprechend sieht das BAG in § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG-E die Einführung eines umfassenden Mitbestimmungsrechts des Betriebsrates bei mobiler Arbeit vor (hierzu ausführlich unter 8.). Es bleibt abzuwarten, ob diese Regelung sich auch im nunmehr angekündigten „abgespeckten“ Gesetzesentwurf wiederfinden wird.

Nach dem bisherigen Regelungsvorschlag in § 111 Abs. 1 GewO-E muss der Arbeitnehmer in seinem Antrag Beginn, Dauer, Umfang und Verteilung der mobilen Arbeit angeben (spätestens drei Monate vor Beginn der mobilen Arbeit). Unklar ist auch unter Heranziehung der Gesetzesbegründung, wie konkret die Angaben zur Verteilung der mobilen Arbeitstage im Zeitpunkt der Antragstellung sein müssen. Insbesondere ist nicht klar, welche Rechtsfolge eintritt, wenn der Arbeitnehmer etwa mobile Arbeit „an zwei Tagen pro Monat“ beantragt und der Arbeitgeber dies genehmigt bzw. dies als genehmigt gilt. Es liegt nahe, im Sinne einer gewünschten Flexibilisierung die Festlegung der konkreten Lage der jeweiligen mobilen Arbeitstage als vom Anspruch umfasst anzusehen. Man könnte aber auch auf die Idee kommen, dass nach der Regelung der Arbeitgeber im Einzelfall unter Berufung auf entgegenstehende betriebliche Gründe, etwa ein vom Kunden gefordertes Präsenzmeeting, berechtigt einzelne Wunschtage abzulehnen. Hier wäre eine klare Regelung wünschenswert, wie konkret

die Verteilung im Antrag angegeben werden muss und wie die Festlegung der einzelnen mobilen Arbeitstage erfolgt.

dd) gesetzliche Fiktion / Form / Kleinbetrieb

Das MAG sieht – parallel zum Teilzeitanpruch in § 8 TzBfG – eine Verhandlungsobliegenheit des Arbeitgebers vor, den Antrag mit dem Arbeitnehmer zu erörtern. Sofern keine Vereinbarung zur mobilen Arbeit erzielt wird, muss der Arbeitgeber zwei Monate nach Antragstellung den Antrag ablehnen. Alternativ könnte man an den beantragten Beginn der mobilen Arbeit anknüpfen und eine Ablehnung bis spätestens einen Monat vor dem beantragten Beginn der mobilen Arbeit abstellen. Diese Unterscheidung ist relevant in Fällen, in denen der Arbeitnehmer z.B. bereits ein Jahr vor Beginn der mobilen Arbeit den Antrag stellt. Hier ist es für den Arbeitgeber oftmals schwer zu prognostizieren, ob im Zeitpunkt des gewünschten Beginns mobiler Arbeit betriebliche Gründe entgegenstehen werden.

Im Hinblick auf die Form der Arbeitgeberäußerung gilt – abweichend vom Teilzeitanpruch nach § 8, 9a TzBfG – keine Schriftform, sondern nur Textform, so dass der Arbeitgeber auch durch einfache E-Mail formwirksam ablehnen kann. Sofern der Arbeitgeber sich nicht fristgemäß äußert, gilt die mobile Arbeit kraft gesetzlicher Fiktion für maximal sechs Monate als genehmigt – wie beantragt. Eine solche gesetzliche Fiktion ist ein sinnvoller Regelungsmechanismus, der auch bei einer Überarbeitung des MAG beibehalten werden sollte. Schließlich verzichtet das BMAS im MAG im Unterschied zum Teilzeitanpruch in § 8 TzBfG (dort ab einer Betriebsgröße von mehr als 15 Arbeitnehmern) auf eine Mindestschwelle im Hinblick auf die Betriebsgröße. Auch Kleinbetriebe müssen danach grundsätzlich mobile Arbeit gewähren. Die Gesetzesbegründung des MAG stellt allerdings klar, dass die Zahl der übrigen mobil arbeitenden Arbeitnehmer ein entgegenstehender betrieblicher Grund sein kann, der zur Ablehnung berechtigen kann. Die Gesetzesbegründung nennt als entgegenstehenden betrieblichen Grund auch die „*Verursachung unverhältnismäßiger Kosten*“. Der Arbeitgeber hat bei einem Anspruch auf mobile Arbeit auch die hierfür erforderlichen Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen. Dies kann mitunter die Anschaffung eines Firmennotebooks, Tablets und Mobiltelefonen erfordern. Dies dürfte vor allem auch in kleineren Betrieben relevant sein. Hier wäre eine klarstellende Regelung im Gesetz in Bezug auf das Zurverfügungstellen notwendiger Arbeitsmittel bei mobiler Arbeit hilfreich sein.



ee) Anspruchsumfang

Das MAG sieht einen Anspruch von 24 Tagen pro „Jahr“ vor, ausgehend von einer jahresdurchschnittlichen Verteilung der Arbeitszeit auf eine fünf-Tage-Woche. Dies gilt für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat. Zunächst ist nicht klar, ob Kalenderjahr oder Beschäftigungsjahre gemeint sind. Ferner ist mangels ausdrücklicher Regelung davon auszugehen, dass nach Ablauf der ersten sechs Beschäftigungsmonate der Anspruch in voller Höhe besteht und geltend gemacht werden könnte. Auch bei unterjährigem Austritt besteht der volle Anspruch. Nicht geregelt ist auch die Frage, ob genehmigte, aber nicht genommene mobile Arbeitstage – etwa aufgrund Krankheit oder Elternzeit – übertragen werden können oder verfallen. Hier könnte eine Regelung ähnlich wie im Bundesurlaubsgesetz aufgenommen werden (vgl. §§ 5, 7 BurlG). Rechtlich unklar bleibt nach der Regelung in § 111 GewO-E auch, wie Fälle zu behandeln sind, in denen der Mitarbeiter einen Antrag auf 24 mobile Arbeitstage verteilt auf zwei Tage pro Monat stellt und der Arbeitgeber sich hierzu nicht fristgerecht äußert. Wie unter dd) beschrieben, tritt dann die gesetzliche Fiktion ein, d. h. der Anspruch gilt als genehmigt und die mobile Arbeit ist festgelegt wie beantragt. Allerdings nur für den Geltungszeitraum von sechs Monaten. In unserem Beispielfall hätte der Arbeitnehmer allerdings bis dahin erst 12 mobile Arbeitstage genommen. Auch im Falle des Anspruchs kraft Fiktion sollte die Regelung unbefristet gelten und in § 111 Abs. 4 S. 2 der Zusatz „längstens für die Dauer von sechs Monaten“ gestrichen werden. Auch im Falle der gesetzlichen Fiktion ist das Kündigungsrecht des Arbeitgebers nach § 111 Abs. 7 ausreichend.

b) Keine Verpflichtung zur mobilen Arbeit durch Arbeitgeber

Grundsätzlich ist der Arbeitnehmer zur Erbringung seiner Arbeitsleistung an dem im Arbeitsvertrag festgelegten Arbeitsort verpflichtet. Erfüllungsort ist regelmäßig der jeweilige Betriebssitz, sofern der Arbeitnehmer dort ständig beschäftigt wird (BAG Urteil vom 3.12.1985 - 4 AZR 325/84). Lässt sich dem Arbeitsvertrag keine Festlegung des Arbeitsortes entnehmen, insb. auch nicht durch Auslegung, ist der Arbeitgeber grundsätzlich kraft seines Weisungsrechts berechtigt, dem Arbeitnehmer einen Arbeitsort zuzuweisen. Dies gilt ebenso für den in der Praxis gängigen Fall, dass zwar im Arbeitsvertrag ein konkreter Arbeitsort vereinbart ist, der Arbeitgeber sich jedoch die Versetzung an einen anderen Ort ausdrücklich vorbehalten hat. Die Zuweisung des Arbeitsortes durch den Arbeitgeber muss sich im Rahmen billigen Ermessens halten (§ 106 GewO). Nach herrschender Auffassung in der Literatur darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht anweisen, von zu Hause aus zu arbeiten (vgl. nur BeckOK/Tillmanns, § 106 GewO, Rn. 21; Krieger/Rudnik/Povedano Peramato, NZA 2020, 473; 474

ff ErfK/Preis, § 106 GewO, Rn. 28a m.w.Nw.). Dies folgt aus der grundrechtlich geschützten Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Grundgesetz).

Auch das LAG Berlin-Brandenburg hat dies in seiner Entscheidung vom 14.11.2018 bestätigt und festgestellt, dass eine solche Weisung des Arbeitgebers rechtswidrig ist und vom Arbeitnehmer nicht befolgt werden muss (LAG Berlin-Brandenburg Urteil vom 14.11.2018 – 17 Sa 562/18). Zwar liegt zu dieser Frage noch keine höchstrichterliche Entscheidung vor. Es ist aber aufgrund der grundrechtlich geschützten Unverletzlichkeit der Wohnung davon auszugehen, dass auch das Bundesarbeitsgericht die einseitige Zuweisung von Homeoffice als rechtswidrig erachtet. Dies dürfte ebenfalls für den Fall gelten, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer anweist, mobil, d.h. von einem vom Arbeitnehmer gewählten Arbeitsort außerhalb der Betriebsstätte –also nicht notwendigerweise aus dem Homeoffice – zu arbeiten.

Allerdings wird in der Literatur vertreten, dass eine die Verpflichtung zur Tätigkeit auch im home-office einschließende Regelung im Arbeitsvertrag vereinbart werden kann, durch die das Direktionsrecht des Arbeitgebers erweitert wird (Fuhlrott, GWR 2019, 97). Gerichtliche Entscheidung zu dieser Frage liegen aktuell aber noch nicht vor.

Corona-Exkurs: Vielfach wird derzeit von Arbeitgebern argumentiert, die aktuelle Corona-Pandemie sei eine Notsituation, die eine einseitige Zuweisung des Homeoffice als Arbeitsort durch den Arbeitgeber ausnahmsweise rechtfertige. Zur Begründung wird ein Urteil des BAG aus dem Jahre 1980 herangezogen (BAG Urteil vom 3.12.1980 - 5 AZR 477/78). Allerdings bezieht sich dieses Urteil auf die Frage, ob der Arbeitgeber in Notsituationen zur Aufrechterhaltung des Betriebes inhaltlich auch solche Tätigkeiten zuweisen darf, die nicht mehr von seinem Weisungsrecht umfasst sind. Es bleibt abzuwarten, ob Arbeitsgerichte diese Entscheidung für übertragbar halten.

Im Ergebnis ist der Arbeitnehmer daher aufgrund der jetzigen Rechtslage – unter Berücksichtigung der richterlichen Rechtsfortbildung zur fehlenden Verbindlichkeit rechtswidriger Weisungen – grundsätzlich ausreichend geschützt. Ein gesetzlicher Regelungsbedarf besteht allenfalls für die besonderen Fälle der pandemiebedingten „Notsituation“ und für die Frage, ob das Direktionsrecht des Arbeitgebers durch arbeitsvertragliche Regelungen, die eine Verpflichtung zur Arbeit im Home-Office (oder ggf. zur mobilen Arbeit) vorsehen, zulässiger Weise erweitert werden kann.

2. Benachteiligungsverbot

Nach den Angaben im Antrag sollen Arbeitnehmer vor Benachteiligung aufgrund ihres Antrags auf mobile Arbeit, insbesondere in Bezug auf ihr berufliches Fortkommen geschützt werden.

Nach § 612a BGB gilt ein allgemeines Benachteiligungsverbot, wonach Arbeitnehmer wegen einer zulässigen Ausübung ihrer Rechte vom Arbeitgeber nicht benachteiligt werden dürfen. Einige Gesetze enthalten darüber hinaus konkrete Benachteiligungsverbote, wie z.B. § 6 ArbZG (Nachtarbeiter), § 7 AGG (Benachteiligung aufgrund Rasse, Geschlecht, Religion usw.), 5 TzBfG (Teilzeit).

Eine Benachteiligung im Sinne des allgemeinen Benachteiligungsverbotes kann darin bestehen, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer schlechter stellt als andere Arbeitnehmer in einer vergleichbaren Situation, etwa indem er ihm bestimmte Leistungen vorenthält. Entscheidend ist jeweils, dass zwischen der Inanspruchnahme des Rechtes und der Benachteiligung ein Kausalzusammenhang besteht (BeckOK/*Bayreuther*, § 5 TzBfG, Rn. 4). Dafür trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast. In Betracht kommt jedoch für den AN eine Beweiserleichterung durch Anscheinsbeweis, wenn ein offensichtlicher Zusammenhang zwischen benachteiligender Maßnahme bzw. Vereinbarung und der zulässigen Rechtsausübung durch den Arbeitnehmer besteht (ErfK/*Preis*, § 612a, Rn. 22). Zudem folgt auch aus dem in Art. 3 GG verankerten arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ein Verbot der Benachteiligung gegenüber anderen Arbeitnehmern ohne sachlichen Grund.

Insofern sind Arbeitnehmer, die mobil arbeiten, bereits durch das allgemeine Benachteiligungsverbot nach § 612a BGB und den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz geschützt. Allerdings kann von einer spezialgesetzlichen Verbotsnorm eine nicht unerhebliche politische Signalwirkung ausgehen. Das MAG enthält kein solches ausdrückliches Benachteiligungsverbot. Da mobile Arbeit sinnvollerweise nicht in einem eigenem Gesetz verankert werden sollte, wäre allenfalls ein entsprechendes Verbot als eigener Absatz in der Anspruchsnorm selbst denkbar.

3. Arbeitszeit

Im Rahmen mobiler Arbeit gelten nach jetziger Rechtslage grundsätzlich keine Besonderheiten in Bezug auf die inhaltlichen Regelungen zur Arbeitszeit.

a) Vorgaben zur Arbeitszeit und mögliche Flexibilisierung

Die Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes zur täglichen Höchstarbeitszeit, zu Ruhepausen und zur einzuhaltenden Ruhezeit finden bei mobiler Arbeit unverändert Anwendung. Ein Arbeitnehmer darf demnach täglich regelmäßig nicht mehr als acht Stunden (ausschließlich Ruhepausen) arbeiten. Die tägliche Arbeitszeit kann auf maximal bis zu zehn Stunden pro Tag verlängert werden, wenn innerhalb von sechs Monaten/24 Wochen ein Ausgleich erfolgt. Bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als sechs Stunden sind 30 Minuten, bei mehr als neun Stunden 45 Minuten Ruhepause zu gewähren. Nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit muss eine ununterbrochene Ruhezeit von elf Stunden eingehalten werden. Bei einer, wenn auch nur kurzen, Unterbrechung der vorgeschriebenen Ruhezeit durch Arbeitsleistung, beginnt diese von vorn. Ebenso sind auch bei mobiler Arbeit Sonn- und Feiertagsarbeit unzulässig.

Das Arbeitszeitgesetz gesteht insoweit auch bei mobiler Arbeit keine Grauzonen zu. Hier wird vielfach von der Wirtschaft die Forderung laut, der Gesetzgeber solle zur Flexibilisierung der Arbeit hier sogenannte Erheblichkeitsschwellen bzw. Bagatellgrenzen vorhersehen, die beispielsweise ein abendliches Checken dienstlicher E-Mails durch den Arbeitnehmer vom Sofa aus arbeitszeitrechtlich zulassen. Solche Flexibilisierungen sieht das MAG nicht vor. Denkbar wäre in rechtlicher Hinsicht etwa eine Öffnungsklausel im Arbeitszeitgesetz für die Betriebsparteien. Grundsätzlich müssen bei nationalen Gesetzesänderungen die europarechtlichen Vorgaben durch die Arbeitszeitrichtlinie (2003/88/EG) eingehalten werden. Interessante Ansätze für eine Flexibilisierung des Arbeitszeitrechts finden sich etwa im Entwurf eines sog. Wahlarbeitszeitgesetz, welches vom Deutschen Juristinnenbund (djb) erarbeitet wurde und unter https://www.djb.de/fileadmin/Kommissionen/WAZG_Kurzfassung_160227.pdf zusammengefasst ist.

b) Pflicht zur Arbeitszeiterfassung

Nach bisheriger Rechtslage ist der Arbeitgeber auch bei mobiler Arbeit nach § 16 Abs. 2 ArbZG verpflichtet, nur die über die werktägliche Arbeitszeit (8 Stunden) hinausgehende Arbeitszeit der Arbeitnehmer aufzuzeichnen. Zwar gibt es zahlreiche Spezialvorschriften, wonach für bestimmte Branchen (z.B. Bau-, Gasstätten- und Beherbergungsgewerbe, Spedition, Gebäudereinigung, Fleischwirtschaft, Off-Shore) und Minijobber bereits jetzt die gesamte Arbeitszeit zu erfassen ist.

Das MAG regelt in § 112 Abs. 1 S. 1 GewO-E eine Pflicht des Arbeitgebers zur Erfassung der täglichen Arbeitszeit mobil arbeitender Arbeitnehmer. § 112 Abs. 1 S. 1 GewO-E lautet:

„Für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, auf die das Arbeitszeitgesetz Anwendung findet und die regelmäßig nach § 111 Abs. 1 Satz 2 mobil arbeiten, ist § 16 Abs. 2 Satz 1 des Arbeitszeitgesetzes mit der Maßgabe anzuwenden, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer am Tag der Arbeitsleistung aufzuzeichnen.“

Der Entwurf des BMAS sieht demnach – abweichend von Abs. 16 Abs. 2 ArbZG – eine Pflicht des Arbeitgebers zur Erfassung der gesamten täglichen Arbeitszeit eines Arbeitnehmers vor. Die Zeiterfassungspflicht besteht für die sämtliche Arbeitszeit des Arbeitnehmers, d.h. auch für die nicht mobil geleistete Arbeit in der Betriebsstätte. Die Arbeitszeiterfassungspflicht gilt nach dem Wortlaut der Regelung ferner nicht nur für solche Arbeitnehmer, die den gesetzlichen Anspruch nach § 111 GewO-E formgemäß beim Arbeitgeber beantragt haben. Vielmehr bezieht sich die Erfassungspflicht des Arbeitgebers auch auf sämtliche Arbeitnehmer im Anwendungsbereich des ArbZG, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Regelung nach der Legaldefinition in § 111 Abs. 1 S. 2 mobil arbeiten.

Ausweislich der Gesetzesbegründung deckt sich dies mit der gesetzgeberischen Intention, wonach die Aufzeichnungspflicht für Arbeitnehmer gelten soll, die bereits jetzt mobil arbeiten. Insofern wollte zwar das BMAS bewusst auch – außerhalb des Antragsverfahrens nach § 111 GewO-E – eine Aufzeichnungspflicht für derzeit im Homeoffice befindliche Arbeitnehmer aufnehmen. Allerdings soll die Aufzeichnungspflicht des Arbeitgebers nach dem Wortlaut des § 112 Abs. 1 S. 1 GewO-E nur für solche Arbeitnehmer gelten, die „regelmäßig nach § 111 Abs. 1 Satz 2 mobil arbeiten“.

Eine solche Regelung ist rechtstechnisch missglückt und sollte aus unserer Sicht neu gefasst werden. Denn nach dem Aufbau des § 112 Abs. 1 GewO-E wird auf die Definition der mobilen Arbeit nach § 111 Abs. 1 S.2 GewO-E verwiesen, die das Merkmal der „Regelmäßigkeit“ nicht erwähnt. Es ist also rechtlich unklar, ob hier in §112 GEWO-E mit dem Wort „regelmäßig“ eine zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung für die Aufzeichnungspflicht geschaffen werden soll oder ob es sich um ein redaktionelles Versehen handelt, etwa weil der Gesetzgeber – irrtümlich – der Auffassung ist, dieses Kriterium sei bereits in der Definition mobiler Arbeit nach § 111 Abs. 1 S. 1 GewO-E enthalten. In beiden Fällen wäre dies ein Einfallstor für Rechtsunsicherheit und daraus resultierende Rechtsstreitigkeiten, weil unklar ist, was „regelmäßig“ in diesem Zusammenhang bedeuten soll. Schließlich ist auch fraglich, inwieweit ein solches etwaiges Tatbestandskriterium überhaupt geeignet wäre, den Anwendungsbereich der in § 16 GewO-E geregelten umfassenden Zeiterfassungspflicht rechtssicher einzugrenzen.

Angesichts der damit verbundenen erheblichen Rechtsfolgen (Bußgelder pro Verstoß bis zu 30.000 Euro), besteht Überarbeitungsbedarf.

§ 112 Abs. 1 GewO-E stellt klar, dass die Arbeitszeit am Tag der Arbeitsleistung selbst erfasst werden muss. Der Gesetzgeber hat hier zwar gesehen, dass für das gleiche Arbeitsverhältnis weitere Erfassungspflichten durch Spezialgesetze gelten können, die abweichende Erfassungsfristen vorsehen (z.B. § 17 MiLoG - Wochenfrist). Hier sollen beide Vorschriften parallel gelten und vom Arbeitgeber nachgehalten werden. Auch aus diesem Grund bedürfte es eigentlich einer umfassenden Reform des Arbeitszeitrechts zur einheitlichen Umsetzung der Vorgaben zur Zeiterfassung aus dem bereits erwähnten EuGH-Urteil vom 14.5.2019 (AZ: C-55/18), wonach die Mitgliedsstaaten die Arbeitgeber verpflichten müssen, die gesamte tägliche Arbeitszeit durch Einrichtung eines „objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systems“ zu erfassen. Diese Entscheidung muss in Deutschland durch den Gesetzgeber durch entsprechende Änderung des Arbeitszeitrechts noch umgesetzt werden.

c) Delegationsrecht und Form

Im Übrigen sieht das MAG eine sog. Delegationsmöglichkeit vor. Der Arbeitgeber kann die Pflicht zur Zeiterfassung auf den Arbeitnehmer übertragen, bleibt jedoch für die korrekte Erfassung und Aufbewahrung verantwortlich. Ferner enthält das MAG keine Formvorschriften für die Art der Zeiterfassung. Insbesondere besteht keine Pflicht zur digitalen Zeiterfassung. Der Arbeitgeber kann vielmehr die Arbeitnehmer anhalten, die Zeiterfassung etwa in Listen zu erfassen.

4. Arbeitsschutz

a) gesetzliche Unfallversicherung

Bislang bestehen im Bereich der gesetzlichen Unfallversicherung Versicherungslücken in Bezug auf mobile Arbeit. So ist etwa nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ein Arbeitnehmer, der sich während der Arbeit ein Getränk holt bzw. zur Toilette geht, in der Betriebsstätte geschützt, nicht aber im Homeoffice oder sonstigen mobilen Arbeitsort. Diese Lücke schließt das MAG, indem es durch entsprechende Ergänzung des § 8 Siebtes Sozialgesetzbuches (SGB VII) mobile Arbeit im Hinblick auf den Versicherungsschutz einer Tätigkeit in der Unternehmensstätte gleichstellt. Damit sind – rechtlich stringent – nicht nur die Arbeit im eigenen Haushalt, sondern auch andere mobile Arbeitsorte vom gesetzlichen Unfallversicherungsschutz umfasst. Hier ist zu erwarten, dass in der Praxis in Bezug auf sonstige mobile Arbeitsorte (Café, Bahn etc.) zahlreiche neue Fragestellungen

und Abgrenzungsschwierigkeiten auftauchen werden, die Gegenstand sozialgerichtlicher Entscheidungen werden. Dennoch ist der Regelungsvorschlag im MAG hierzu sinnvoll. Eine größere Rechtssicherheit durch gesetzliche Regelungen ließe sich nur erreichen, wenn man mobile Arbeit auf das Homeoffice beschränkt, was politisch gerade nicht gewollt ist.

Auch in Bezug auf Wege zwischen dem Homeoffice und Kinderbetreuungseinrichtungen erweitert das MAG den gesetzlichen Unfallversicherungsschutz durch Ergänzung von § 8 SGB VII. Im Unterschied zur oben genannten Regelung ist das MAG hier weniger stringent und beschränkt den Versicherungsschutz ausdrücklich auf die Wege zwischen der Betreuungseinrichtung und dem „*Ort des gemeinsamen Haushalts*“, d.h. zwischen Homeoffice und Betreuungseinrichtung. Die Gesetzesbegründung enthält hierzu keine Begründung. Wir gehen davon aus, dass der Gesetzgeber hier eine Beschränkung aus Gründen der Rechtssicherung für rechtlich geboten hält.

b) Arbeits- und Gesundheitsschutz

Nach jetziger Rechtslage finden jedenfalls die Regelungen des Arbeitsschutzgesetzes (ArbSchG) auf mobile Arbeitsplätze Anwendung. Danach muss der Arbeitgeber mittels einer sogenannten Gefährdungsbeurteilung im ersten Schritt zunächst ermitteln, welche Maßnahmen des Gesundheitsschutzes erforderlich sind (§ 5 ArbSchG). Zudem hat er nach § 12 ArbSchG die Arbeitnehmer unter anderem über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit während der Arbeitszeit ausreichend und angemessen zu unterweisen. Die Durchführung der Gefährdungsbeurteilung, Arbeitnehmerunterweisung sowie die einzelnen Anforderungen an den Arbeitsschutz werden durch die Arbeitsstättenverordnung konkretisiert. Hier wird von weiten Teilen der Literatur allerdings unter Verweis auf den Wortlaut und den Willen des Verordnungsgeber vertreten, dass diese gemäß § 2 Abs. 7 ArbStättV lediglich für sog. Telearbeitsplätze, d.h. fest eingerichtete Bildschirmarbeitsplätze Anwendung findet (vgl. hierzu ausführlich *Hidalgo*, NZA 2019, 1449, m.w.Nw.). Bei mobiler Arbeit außerhalb von Telearbeit ist jedoch nach wohl herrschender Meinung in der Literatur neben den allgemeinen Grundsätzen des ArbSchG auch Anhang Nr. 6 zur ArbStättV einschlägig, der Angaben darüber enthält, wie Bildschirmarbeitsplätze ausgestaltet sein müssen (z.B. Ergonomie und Beschaffenheit der verwendeten Bildschirmgeräte) (*Krieger/Rudnik/Povedano Peramato*, NZA 2020, 473, 479 m.w.Nw; *Calle Lambach/Prümper*, RDA 2014, 345 ff.). Zu diesem Ergebnis gelangt man aktuell allerdings nur im Wege der Auslegung. Das MAG stellt in § 111 Abs. 6 GewO-E lediglich klar, dass die Regelungen des Arbeitsschutzes unberührt bleiben. Darüber hinaus wird der Arbeitgeber verpflichtet, den Arbeitnehmer darüber zu informieren, wie seine oder ihre Sicherheit und Gesundheit gewährleistet wird. Insofern hat das BMAS sich hier zur Frage der Anwendbarkeit der ArbStättV nicht positioniert. Eine gesetzliche Klarstellung, dass der Anhang Nr. 6 zur ArbStättV auch für mobile Arbeit Anwendung findet, wäre wünschenswert.

Welche arbeitsschutzbezogenen Maßnahmen der Arbeitgeber konkret ergreifen muss, hängt von den Einzelfallumständen ab. Allerdings sind die Möglichkeiten zur Einflussnahme des Arbeitgebers außerhalb der Arbeitsstätte bereits aus faktischen Gründen beschränkt, da der konkrete Arbeitsort oftmals im Voraus gar nicht feststeht. Im Bereich des Privathaushalts des Arbeitnehmers ist auch die rechtliche Zugriffsmöglichkeit des Arbeitgebers aufgrund der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG begrenzt (vgl. hierzu *Krieger/Rudnik/Povedano Peramato*, NZA 2020, 473, 479). Ohne Zustimmung des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber kein Zutrittsrecht zur Wohnung des Arbeitnehmers.

Dies sieht auch das BMAS und betont in seiner Gesetzesbegründung die begrenzten Einwirkungsmöglichkeiten auf die Arbeitsverhältnisse außerhalb der Betriebsstätte. Es stellt überdies klar, dass Schwerpunkt der arbeitsschutzbezogenen Maßnahmen bei mobiler Arbeit die Gefährdungsbeurteilung (§ 5 ArbSchG) sowie insbesondere die Unterweisung des Arbeitnehmers (§ 12 ArbSchG) bilden. Es betont auch die notwendige Mitwirkungsbereitschaft des Arbeitnehmers etwa bei der Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung. Darüber hinaus ist der Arbeitnehmer bei mobiler Arbeit berechtigt, wechselnde Arbeitsorte zu wählen, wobei nach dem MAG-Entwurf jedenfalls keine ausdrückliche Auskunftspflicht gegenüber dem Arbeitgeber in Bezug auf den jeweils gewählten Arbeitsort besteht. In Fällen wechselnder mobiler Arbeitsplätze ist es wohl dem Arbeitgeber bereits aus faktischen Gründen regelmäßig faktisch nicht möglich, für jeden denkbaren Arbeitsplatz im Vorwege eine separate Gefährdungsbeurteilung und Unterweisung vorzunehmen. Kann der Arbeitgeber in solchen Fällen den konkreten Arbeitsort nicht vorhersehen, muss eine allgemeine Gefährdungsbeurteilung gemäß § 5 ArbSchG in Bezug auf mobile Arbeitsplätze ausreichend sein, bei der typische Gefahren mobiler Arbeit identifiziert werden müssen (*Günther/Böglmüller, ArbRAktuell 2020, 186*).

Im Ergebnis enthält das MAG keine substantziellen Regelungen zum Arbeitsschutz bei mobiler Arbeit. Auch die Informationspflicht in § 11 Abs. 6 GewO-E ist im Ergebnis nichts anderes als die Unterweisung nach § 12 ArbSchG. Hieraus wird aber deutlich, dass die arbeitsschutzrechtliche Unterweisung durch den Arbeitgeber eine zentrale Rolle bei mobiler Arbeit spielt. Wenn der Arbeitgeber nur sehr begrenzte Einflussmöglichkeiten hat, ist es umso wichtiger, die Beschäftigten zu befähigen, für ihre eigene Sicherheit und Gesundheit Sorge zu tragen. Arbeitsschutz bei mobiler Arbeit lässt sich nur schwer durch abstrakte gesetzliche Grundsätze regeln. In erster Linie sind hier zur Ausgestaltung die Betriebsparteien gefragt.

5. Ausstattung

Der Arbeitgeber ist auch bei mobiler Arbeit verpflichtet, seinen Arbeitnehmern die für die vertragsgemäße Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung erforderlichen Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen. Sofern der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer hierfür etwa Mobiltelefon, Notebook oder Ähnliches zur Nutzung im Rahmen mobiler Arbeit überlässt, trägt der Arbeitgeber sämtliche Kosten für die Anschaffung, Wartung und Pflege. Soll der Arbeitnehmer hingegen eigene Arbeitsmittel nutzen, kann ein Aufwendungsersatzanspruch gegenüber dem Arbeitgeber nach § 670 BGB bestehen. Allerdings

kann ein solcher Ersatzanspruch abzulehnen sein, wenn die mobile Arbeit im überwiegenden Interesse des Arbeitnehmers erfolgt. Dies wird angenommen, wenn der Arbeitgeber einen betrieblichen Arbeitsplatz zur Verfügung stellt und der Arbeitnehmer allein auf eigenen Wunsch im Homeoffice bzw. mobil arbeiten möchte (vgl. hierzu BAG 12.4.11 – 9 AZR 14/10, NZA 12, 97; *Krieger/Rudnik/Povedano Peramato*, NZA 2020, 473, 478f).

Das MAG enthält hierzu keine Regelungen. Auch finden sich zum Thema Kosten/Ausstattung keine Hinweise in der Gesetzesbegründung. Allerdings gilt – auch ohne gesonderte gesetzliche Regelung – bei einem Rechtsanspruch auf einen mobilen Arbeitsplatz der eingangs genannte Grundsatz, dass der Arbeitgeber die hierfür erforderlichen Arbeitsmittel stellen muss. Auch wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Rahmen eines solchen Anspruchs auf die Verwendung privater Geräte (BYOD) einigen, gelten die oben genannten Grundsätze, wonach dem Arbeitnehmer im Rahmen des Erforderlichen ein Aufwendungsersatz kraft Gesetz (§ 670 BGB) zusteht. Insofern besteht aus unserer Sicht hier kein zwingender gesetzlicher Regelungsbedarf. Allerdings ist zu erwarten, dass hier insbesondere bei kleinen Betrieben bzw. Unternehmen, die noch nicht über mobil nutzbare Hardware verfügen, nicht unerhebliche Kosten entstehen können. Insofern wäre – zur Vermeidung von Rechtstreitigkeiten – eine klarstellende Regelung im Gesetz sinnvoll, wonach der Arbeitgeber, die zur mobilen Arbeit erforderlichen Arbeitsmittel zu stellen und die Kosten hierfür zu tragen hat.

6. Datenschutz

Die Vorschriften der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) und des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) gelten auch bei mobiler Arbeit. Spezielle Datenschutzbestimmungen zu Telearbeit bzw. mobiler Arbeit gibt es nicht.

a) Grundsätze

Es gelten daher die allgemeinen Grundsätze. Verarbeitet der Arbeitnehmer im Rahmen mobiler Arbeit personenbezogene Daten im Sinne von Art. 4 Nr. 2 DS-GVO bleibt der Arbeitgeber Verantwortlicher im Sinne von Art. 4 Ziffer 7 DS-GVO und hat für die Umsetzung der datenschutzrechtlichen Vorgaben nach der DS-GVO zu sorgen. Er haftet auch für Verstöße gegen das Datenschutzrecht im Außenverhältnis gegenüber der Datenschutzaufsichtsbehörden oder betroffenen Personen. Als Verantwortlicher ist er insbesondere auch verpflichtet, auf die Einhaltung der technisch-organisatorischen Maßnahmen zum Datenschutz durch den Arbeitnehmer hinzuwirken (z.B. Zugangsschutz in Bezug auf

Dritte, Umgang und Löschen von Daten). Er muss alle technischen und organisatorischen Maßnahmen ergreifen, die für den Schutz von personenbezogenen Daten erforderlich sind (Art. 32 DS-GVO). Hier hat insbesondere der Schutz des Übertragungsvorgangs durch Verwendung geeigneter sicherer Übertragungsmethoden (sog. Virtual Private Network (VPN)) zentrale Bedeutung. Daneben ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen in regelmäßigen Abständen zu kontrollieren. Nach Auffassung des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) muss der Arbeitgeber sicherstellen, dass er eine datenschutzwidrige Nutzung des mobilen Gerätes entdecken kann, z. B. durch Protokollierung. Es ist damit zu rechnen, dass die Aufsichtsbehörden - außerhalb der Pandemie-Situation - die Nutzung privater Endgeräte (sog. BYOD) im Rahmen mobiler Arbeit, jedenfalls in datensensiblen Bereichen als nicht mehr datenschutzkonform erachten werden (Dury/Leibold, Homeoffice und Datenschutz, ZD-Aktuell 2020, 04405).

b) Einzelfallprüfung durch den Arbeitgeber

Die geltenden Datenschutzbestimmungen schließen mobiles Arbeiten folglich im Grundsatz nicht aus. Allerdings muss der Arbeitgeber auch jeweils im Einzelfall, d.h. im Rahmen der Vereinbarung bzw. Gewährung von mobiler Arbeit, unter Berücksichtigung der Art der zu verarbeitenden Daten und ihrer Verwendung sorgfältig und differenziert prüfen, ob und unter welchen technisch-organisatorischen Voraussetzungen die Wahrnehmung der jeweiligen Aufgaben oder Tätigkeiten im Rahmen von mobiler Arbeit datenschutzrechtlich vertretbar ist (vgl. hierzu BfDI - Datenschutzwegweiser für mobiles Arbeiten S. 7 ff). Insofern kann – etwa, wenn die vom Arbeitnehmer geschuldete Tätigkeit die Verarbeitung besonders sensibler personenbezogener Daten voraussetzt – im Einzelfall der Anspruch auf mobile Arbeit aus datenschutzrechtlichen Gründen abzulehnen sein. Der Schutz besonders schützenswerter personenbezogener Daten können hier in Ausnahmefällen „entgegenstehende betriebliche Gründe“ i.S.v. § 111 Abs. 2 GewO-E darstellen. Dies gilt jedoch nur, wenn der Arbeitgeber nicht durch geeignete technische Vorkehrungen (Verschlüsselung, VPN etc.) eine ausreichende Datensicherheit gewährleisten kann. Denkbar sind etwa auch Fälle, wo ein Ablehnungsrecht nur in Bezug auf mobile Arbeitsorte, nicht jedoch auf das Homeoffice/Telearbeitsplatz besteht. In der Regel wird sich der Arbeitgeber allerdings nicht unter Berufung auf den Datenschutz der Gewährung von mobiler Arbeit entziehen können, sondern muss die mobile Arbeit datenschutzkonform ausgestalten und die hierfür erforderlichen IT-Systeme einrichten und kontrollieren.



c) MAG / Fazit

Das MAG enthält keine Regelungen zum Datenschutz. In der Gesetzesbegründung wird lediglich darauf verwiesen, dass der Arbeitgeber nach § 26 BDSG bei einer Verarbeitung der personenbezogenen Daten im Zusammenhang mit der Arbeitszeitaufzeichnung sicherstellen muss, dass dies unter Beachtung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen erfolgt.

Im Ergebnis lassen sich Risiken in Bezug auf Datensicherheit bei mobilem Arbeiten nicht gänzlich vermeiden. Umso wichtiger ist es, dass Arbeitgeber eine sicherere IT-Infrastruktur schaffen und die Arbeitnehmer zur Datensicherheit bei mobiler Arbeit sensibilisieren. Eine Anpassung des Datenschutzrechts an die mobile Arbeitswelt im Sinne einer Lockerung ist angesichts der damit verbundenen Risiken u.E. nicht geboten.

7. Rechtssicherheit im Umgang mit privat genutzter Firmentechnik

Nach Ziffer 7 des Antrags muss für Arbeitnehmer und Arbeitgeber sichergestellt sein, in welchem Umfang sie für den Datenschutz verantwortlich sind und haften. Zudem müsse das ob und der Umfang einer Privatnutzung von Firmentechnik klar geregelt werden.

a) Verantwortlicher im Datenschutz / Arbeitnehmerhaftung

Im Hinblick auf die datenschutzrechtlichen Pflichten verweisen wir auf unsere obigen Ausführungen in Ziffer 6. Zusammengefasst bleibt der Arbeitgeber auch bei mobiler Arbeit gegenüber den Datenschutzbehörden und gegenüber Dritten verantwortlich und im Außenverhältnis in voller Höhe haftbar. Die Frage, ob er wegen datenschutzrechtlichen Verstößen des Arbeitnehmers bei ihm Regress nehmen kann, bestimmt sich nach den von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen, arbeitsrechtlichen Grundsätzen der Arbeitnehmerhaftung. Dabei handelt es sich um zwingendes Arbeitnehmerschutzrecht. Danach haftet ein Arbeitnehmer abgestuft nach dem Verschuldensgrad. In voller Höhe haftet er demnach nur im Falle vorsätzlicher Datenschutzverstöße. Bei grober Fahrlässigkeit kommt zwar im Grundsatz auch eine unbeschränkte Haftung in Betracht. In der Regel ist hier aber die Haftung gegenüber dem Arbeitgeber auf drei Bruttomonatseinkommen des Arbeitnehmers begrenzt. Bei mittlerer Fahrlässigkeit erfolgt eine anteilige Haftung, wobei die Haftungsquote im Einzelfall durch Abwägung verschiedener Kriterien bestimmt wird. Bei leichter Fahrlässigkeit haftet der Arbeitnehmer nicht. Diese Haftungsbeschränkungen zu Gunsten des Arbeitnehmers gelten nur für „*betrieblich veranlasste Tätigkeit*“, also im Rahmen seiner Arbeitsleistung. Diese Haftungsgrundsätze gelten auch

für den Fall, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber zur Nutzung überlassene Arbeitsmittel (z.B. Notebook, Tablet, Smartphone) beschädigt oder verliert.

b) Privatnutzung von Firmentechnik

Die Entscheidung, ob Arbeitnehmer Firmentechnik auch für private Zwecke nutzen dürfen, obliegt allein dem Arbeitgeber. Aufgrund seiner grundrechtlich geschützten Eigentums- und Vertragsfreiheit kann dies nicht Gegenstand einer gesetzlichen Regelung sein. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte es hierzu allerdings eine klare Regelung auf Betriebsebene geben. Aus datenschutzrechtlicher Sicht sowie aus Haftungsgründen ist es aus Arbeitgebersicht sinnvoll, die Privatnutzung ausdrücklich zu untersagen (so auch die Empfehlung des BfDI, Datenschutzwegweiser Telearbeit und mobiles Arbeiten, S. 18). Allerdings hat der Arbeitgeber aus Gründen der Arbeitnehmerzufriedenheit in der Praxis oftmals kein Interesse an einem (umfassenden) Verbot der Privatnutzung. Relevant ist dies für Fälle, in denen der Arbeitnehmer etwa im Rahmen privaten Surfens auf dem Firmennotebook Schäden verursacht. Im Falle einer erlaubten Privatnutzung haftet der Arbeitnehmer grundsätzlich auch bei einer Schädigung im Rahmen privater Nutzung nur beschränkt nach Maßgabe der oben aufgezeigten Grundsätze. Keine Haftungsprivilegierung zu Gunsten des Arbeitnehmers besteht hingegen, wenn der Schaden aufgrund verbotener Privatnutzung am Arbeitgeber Eigentum entsteht.

Die Grundsätze zur Nutzung von betrieblichen Arbeitsmitteln (z.B. Hard- und Software) im Rahmen mobiler Arbeit sollten sinnvollerweise auf betrieblicher Ebene – durch Vereinbarung mit dem Betriebsrat bzw. in betriebsratslosen Betrieben durch Dienstanweisung des Arbeitgebers – geregelt werden. Ein Handlungsbedarf des Gesetzgebers besteht hier aus unserer Sicht nicht.

8. Mitbestimmung

Bislang besteht kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates hinsichtlich der Frage, ob Arbeitnehmer einen Anspruch auf mobile Arbeit haben und in welchem Umfang dieser besteht. Der Betriebsrat hat daher kein Initiativrecht zur Einführung mobiler Arbeit – auch gegen den Willen des Arbeitgebers.

a) Mitbestimmung nach bisheriger Rechtslage

Entscheidet sich der Arbeitgeber für mobile Arbeit in seinem Unternehmen können allerdings im Rahmen der Einführung zwingende Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates in Hinblick auf die Ausgestaltung und die Rahmenbedingungen berührt sein. In der Regel sind hier jedenfalls die Mitbestimmungsrechte aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 (Ordnung des Betriebes), Nr. 2 (Arbeitszeit), Nr. 6 (technische Einrichtung) und Nr. 7 (Arbeits- und Gesundheitsschutz) Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) berührt. § 87 Abs. 1 Nr. 1 ist einschlägig, wenn der Arbeitgeber etwa Zutrittsrecht zum Homeoffice oder andere Kontrollmöglichkeiten festlegen möchte. Geht es um die Frage von Erreichbarkeiten im Homeoffice und der Verteilung der Arbeitszeit, hat der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 mitzubestimmen. Die Zurverfügungstellung und Nutzung von Hard- und Software zur Leistung mobiler Arbeit (z.B. Zeiterfassungssapp für Smartphone) sind technische Einrichtungen, die zur Überwachung von Arbeitnehmerverhalten geeignet sind (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG). Im Rahmen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes bei mobiler Arbeit steht dem Betriebsrat ebenfalls ein Recht zur Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG zu. In der Praxis gibt es daher bereits zahlreiche Betriebsvereinbarungen, die das Thema Homeoffice zum Gegenstand haben. Oftmals regeln sie allerdings nur die Rahmenbedingungen und Durchführungsmodalitäten und eben keinen Anspruch der Arbeitnehmer (*Krieger/Rudnik/Povedano Peramato*, NZA 2020, 473, 479).

b) Einführung eines Initiativrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG-E

Das MAG sieht die Einführung eines echten Mitbestimmungsrechts des Betriebsrates zur Einführung mobiler Arbeit vor. § 87 Abs. 1 BetrVG soll gemäß Artikel 2 MAG um eine neue Nr. 14 „Einführung und Ausgestaltung von mobiler Arbeit“ ergänzt werden. Der Betriebsrat hat demnach ein echtes Initiativrecht und kann im Falle der Weigerung des Arbeitgebers die Einführung mobiler Arbeit über einen Spruch der Einigungsstelle erzwingen. Das BMAS stellt hierzu in der Gesetzesbegründung zu Art. 2 klar, dass bereits bestehende Mitbestimmungsrechte unverändert bestehen. Das Mitbestimmungsrecht soll ausweislich der Gesetzesbegründung sowohl bei „regelmäßiger“ als auch „anlassbezogener“ mobiler Arbeit bestehen. Auch hier stellt sich die Frage nach dem Mehrwert einer solchen Differenzierung. Mangels einer Begründung des BMAS hierzu bleibt zu vermuten, dass das Mitbestimmungsrecht nicht nur bei Einführung eines Anspruchs auf mobile Arbeit im Antragsverfahren gemäß § 111 Abs. 2 GewO-E, sondern bei jeder Form mobiler Arbeit bestehen soll. Dies ergibt sich allerdings bereits aus dem klaren Wortlaut der Legaldefinition mobiler Arbeit in § 111 Abs. 1 S. 2 GewO-E, der nicht nach anlassbezogen und regelmäßig differenziert, sondern ausschließlich „mobile Arbeit“ nennt.

Ein zwingendes Mitbestimmungsrecht besteht insofern in Bezug auf jede Form der mobilen Arbeit. Fraglich ist schließlich, ob der im MAG enthaltene gesetzliche Mindestanspruch von 24 Tagen die Obergrenze für das Initiativrecht des Betriebsrates im Hinblick auf die Einführung eines Anspruchs auf Homeoffice durch Betriebsvereinbarung bildet, sofern keine Einigung mit dem Arbeitgeber erfolgt. Hiervon ist mangels anderer rechtlicher Anknüpfungspunkte wohl auszugehen. Allerdings dürfte dies auch regelmäßig die Mindestgrenze nach unten darstellen, wobei § 111 Abs. 8 GewO-E eine Öffnungsklausel enthält, wonach die Betriebsparteien hiervon grundsätzlich auch zuungunsten des Arbeitnehmers abweichen dürfen.

9. Schulungs- und Qualifizierungsmaßnahmen

Bei ortsunabhängiger mobiler Arbeit nach Wahl des Arbeitnehmers – wie es das BMAS im MAG einführen möchte – sind die Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers im Hinblick auf daten- und arbeitsschutzrechtliche Belange bereits faktisch stark eingeschränkt. Umso stärkere Bedeutung kommt daher der Mitwirkung der Arbeitnehmer zu – sowohl in Bezug auf ihre Gesundheit als auch in Bezug auf Datensicherheit. Im Hinblick auf den Bereich des Arbeitsschutzes und der Arbeitnehmergesundheit enthält § 111 Abs. 6 S. 2 eine Pflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer in Textform darüber zu informieren, wie seine Sicherheit und Gesundheit gewährleistet wird. Auch nach § 12 ArbSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Arbeitnehmer unter anderem über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit ausreichend und angemessen zu unterweisen. Im Hinblick auf den Datenschutz ist der Arbeitgeber nach Art. 32 DS-GVO verpflichtet, alle technischen und organisatorischen Maßnahmen zu ergreifen, die für den Schutz von personenbezogenen Daten erforderlich sind. Hierunter fällt auch die Unterrichtung und Anweisung der Arbeitnehmer im rechtmäßigen Umgang mit (personenbezogenen) Daten bei mobiler Arbeit sowie die Benennung eines Verantwortlichen für Datenschutz (*Dury/Leibold*, ZD-Aktuell 2020, 04405).

Das MAG sieht mit Ausnahme der oben genannten Informationspflicht zum Arbeitsschutz keine Regelungen zu Informations- bzw. Schulungsansprüchen des Arbeitnehmers vor. Ein entsprechender Anspruch des Arbeitnehmers müsste – sofern politisch gewollt – im Gesetzesentwurf ergänzt werden. Die nähere Ausgestaltung eines solchen Schulungsanspruchs (Dauer, Themen, Kosten etc.) müsste dann jedoch sinnvollerweise auf betrieblicher Ebene erfolgen. Konkrete Qualifizierungsmaßnahmen

zur mobilen Arbeit (EDV, Datenschutz, Arbeits- und Gesundheitsschutz etc.) sind auf betrieblicher Ebene üblicherweise Gegenstand von Betriebsvereinbarungen.

10. Zusammenfassung und Fazit

Der Anspruch auf mobile Arbeit sollte im arbeitsrechtlichen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) und die Regelungen zur Zeiterfassung im Arbeitszeitgesetz (ArbZG) verankert werden. Die Ausgestaltung des Rechtsanspruchs auf mobile Arbeit im MAG (§ 111 Abs. 1 – 4 GewO-E) sollte dahingehend überarbeitet werden, dass das Wort „regelmäßig“ in § 111 Abs. 2 GewO-E gestrichen oder aber alternativ der Anwendungsbereich des Anspruchs auf mobile Arbeit klar definiert wird. Nach der derzeitigen Formulierung ist unklar, ob die Pflicht zur Erfassung der täglichen Arbeitszeit für sämtliche Arbeitnehmer gelten soll, die mobil arbeiten im Sinne der gesetzlichen Definition in § 111 Abs. 1 S. 2 GewO-E. Dies ist angesichts der damit verbundenen erheblichen Rechtsfolgen zu überarbeiten. Die Legaldefinition sollte ferner daraufhin überprüft werden, ob „*unter Verwendung von Informationstechnologie*“ ein geeignetes und erforderliches Definitionsmerkmal ist. Ferner sollte die Anspruchsnorm in § 111 Abs. 1-5 GewO-E für den Rechtsanwender verständlicher strukturiert und im Hinblick auf die von uns unter 1. a) cc)-ee) im Einzelnen genannten Punkte überarbeitet werden. Die anspruchrechtliche Grundstruktur mit einer Erörterungspflicht und einer gesetzlichen Fiktion bei Untätigkeit des Arbeitgebers ist aus unserer Sicht zweckmäßig und sollte auch im Rahmen einer etwaigen Überarbeitung der Anspruchsnorm beibehalten werden.

Allerdings ist nach den jüngsten Äußerungen des Bundesarbeitsministers in der Presse davon auszugehen, dass der Anspruch auf mobile Arbeit im MAG vorerst gestrichen und durch eine bloße Verhandlungspflicht des Arbeitgebers ersetzt werden soll. Der Nutzen einer solchen Verhandlungspflicht bleibt fraglich. Denn auch wenn sie als echte Rechtspflicht mit einer Pflicht zur Ablehnungsbegründung ausgestaltet wird, hat deren Nichtbefolgung keinerlei spürbare Folgen für den Arbeitgeber. Zwar könnte der Arbeitnehmer einen solchen Anspruch einklagen und mit Ordnungsgeld vollstrecken. Allerdings bringt dem Arbeitnehmer dies allenfalls ein zerrüttetes Arbeitsverhältnis, jedenfalls aber nicht die gewünschte Flexibilisierung bezüglich des Arbeitsortes. Reagiert der Arbeitgeber auf die Aufforderung zur Verhandlung nicht oder lehnt er die Forderung nach mobiler Arbeit ohne oder mit unzureichender Begründung ab, hat dies im Übrigen für ihn – anders als bei der ursprünglich im MAG geplanten Genehmigungsfiktion – keinerlei Folgen.

Daher ist es aus unserer Sicht umso wichtiger, dass das BMAS jedenfalls an der Einführung eines Mitbestimmungsrechts des Betriebsrates bei mobiler Arbeit festhält. Nach Aussagen der Unternehmen und Arbeitgeberverbänden in den letzten Monaten ist mobile Arbeit in Betrieben ohnehin längst Realität und eine betriebliche Vereinbarung weniger bürokratisch als ein Gesetz. Es bleibt jedenfalls spannend, ob sich § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG-E noch im überarbeiteten Entwurf wiederfindet.

Schließlich ist zu erwarten, dass das BMAS die Regelungsvorschläge im MAG zur Arbeitszeiterfassung und zum gesetzlichen Unfallversicherungsschutz beibehält.

Hamburg, den 18. November 2020

gez.

Dr. Inés Calle Lambach und Johanna Lexa

ICL Rechtsanwälte