

Stellungnahme der RAK Berlin zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales für ein Gesetz zur mobilen Arbeit (Mobile Arbeit-Gesetz – MAG)

Die Rechtsanwaltskammer Berlin dankt für die Möglichkeit, zum vorgelegten Entwurf Stellung nehmen zu können.

Der Referentenentwurf betrifft Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte gleichermaßen sowohl als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer als auch als Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber¹. Die Rechtsanwaltskammer Berlin bewertet den Entwurf daher unabhängig von individuellen Interessen der Betriebsparteien. Insbesondere die politisch heftig diskutierten unterschiedlichen Positionen zu einem möglichen Rechtsanspruch, der nun im Referentenentwurf vorgesehene Erörterungspflicht oder einer gänzlich unterbleibenden Regelung sind daher nicht Gegenstand dieser Stellungnahme.

I. Erörterungs- und Erklärungspflicht § 111 GewO-E

In Abänderung des nicht veröffentlichten Referentenentwurfes vom Oktober 2020 sieht § 111 GewO-E einen gesetzlichen Anspruch auf mobiles Arbeiten nicht mehr vor. Angedacht ist eine Erörterungspflicht und im Falle der Ablehnung des mobilen Arbeitens eine Erklärungspflicht des Arbeitgebers, verbunden mit der Fiktion eines Anspruchs auf mobile Arbeit für höchstens 6 Monate, wenn der Arbeitgeber diesen Pflichten nicht nachkommt.

Gemäß § 111 Abs. 3 Satz 1 GewO-E soll der Arbeitgeber seine ablehnende Entscheidung sowie deren Gründe dem Arbeitnehmer innerhalb von 2 Monaten nachdem dieser seinen Mobile-Arbeit-Wunsch geäußert hat in Textform mitteilen. Anforderungen an die Ablehnungsgründe sieht der Referentenentwurf nicht vor. Offen bleibt auch, wie ausführlich der Arbeitgeber seine Ablehnung begründen muss und welcher Maßstab dafür gilt. Gemäß der Gesetzesbegründung dürfen Ablehnungsgründe lediglich nicht sachfremd und willkürlich sein, was dafür spricht, dass die Ablehnungsentscheidung gerichtlich überprüfbar ist. Offen bleibt aber, ob die Entscheidung im zwar sachlichen, aber dennoch freien Ermessen des Arbeitgebers liegt oder den Grenzen billigen Ermessens gemäß § 315 BGB unterliegt. Letzteres hat das Bundesarbeitsgericht (BAG, Urteil vom 18. Oktober 2011 – 9 AZR 315/10 –, BAGE 139, 323-331, Rn. 28) beispielsweise zu § 16 Abs. 3 Satz 1 BEEG angenommen, obwohl

¹ lediglich im Interesse der einfacheren Lesbarkeit wird im Folgenden die männliche Form gewählt

auch dort das Gesetz darüber schweigt, unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber die Zustimmung zur Verlängerung der Elternzeit verweigern darf.

Unterliegt die Ablehnung der gerichtlichen Kontrolle, birgt dies für Arbeitgeber das Risiko des Eintritts der Fiktionswirkung auch dann, wenn sie der Erörterungs- und Erklärungspflicht zwar nachkommen, sich diese aber als nicht ordnungsgemäß erweist. Dies erfordert, dass die Voraussetzungen an eine ordnungsgemäße Pflichterfüllung im Voraus absehbar sind. Auch zur Wahrung der Interessen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sind klarstellende Regelungen wünschenswert. Denn soll auch eine nicht ordnungsgemäße Erörterung oder Erklärung die Fiktionswirkung gemäß § 111 Abs. 3 Satz 2 GewO-E begründen können, sind die Voraussetzungen dafür jedoch nicht transparent, wären Arbeitnehmer letztlich in allen Fällen, in denen die Erörterung oder Erklärung nicht gänzlich unterbleibt, zunächst auf ein gerichtliches Verfahren angewiesen, um Rechtssicherheit darüber zu erhalten, ob sie sich auf die Fiktion berufen und ihrem Arbeitsplatz zum Zwecke mobiler Arbeit wie gewünscht fern bleiben dürfen.

Auch wenn die Betrachtung des Referentenentwurfs grundsätzlich aus neutraler Sicht erfolgt, stellt sich dennoch die Frage, ob aus den in der Stellungnahme Nr. 74/2020 des Ausschusses für Arbeitsrecht der BRAK zutreffend erwähnten verfassungsrechtlichen Gründen der Gesetzgeber auch die eventuelle Erforderlichkeit eines Schwellenwertes (vergleichbar z.B. mit § 8 Abs. 7 TzBfG) prüfen sollte.

II. Arbeitsschutz

Gemäß § 111 Abs. 5 GewO-E sollen die Regelungen des Arbeitsschutzes unberührt bleiben. 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.

Die beabsichtigte pauschale Regelung wird den sich bereits jetzt in der Praxis stellenden Fragen im Hinblick auf die Anforderungen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes, insbesondere unter Berücksichtigung der vielseitigen Möglichkeiten mobilen Arbeitens nicht gerecht.

Der Ausschuss für Arbeitsrecht der BRAK weist unter Punkt V.1 seiner Stellungnahme Nr. 74/2020 zutreffend darauf hin, dass die aktuellen Regelungen zum Arbeitsschutz ihre momentane Grenze in arbeitsschutzrechtlichen Vorgaben für „mobiles Arbeiten“ in Form von fest eingerichteten sog. Telearbeitsplätzen finden. Keine verbindlichen Vorgaben und Regelungen (auch nicht durch die Judikatur) existieren bisher zu der Frage, inwiefern diese Vorgaben auch für mobiles Arbeiten an ständig wechselnden Arbeitsorten gelten können, insbesondere ob dadurch das einerseits gebotene Schutzniveau gewährleistet werden kann und andererseits, ob bei mobilem Arbeiten an ständig wechselnden Orten und dem damit für Arbeitgeber nicht mehr bestehenden Zugriff auf den jeweiligen Arbeitsplatz vergleichbaren Anforderungen an den Arbeitsschutz wie für fest eingerichtete Arbeitsplätze überhaupt gerecht werden können.

Im Hinblick auf die Ausstattung des Arbeitsplatzes werden Arbeitsschutzvorgaben von Kostenfragen flankiert. Auch hierzu positioniert sich der Referentenentwurf nicht.

III. Arbeitszeitzachweise § 112 GewO-E

Gemäß § 112 Abs. 1 GewO-E soll für Arbeitnehmer, die regelmäßig mobil arbeiten, zukünftig die gesamte Arbeitszeit täglich vollständig erfasst werden. Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer die Aufzeichnung überlassen, bleibt für die ordnungsgemäße Aufzeichnung aber verantwortlich (§ 112 Abs. 2 GewO-E).

Ausweislich der Begründung zum Referentenentwurf bezieht sich die Aufzeichnungspflicht auf die gesamte Arbeitszeit. Erfolgt also mobile Arbeit in gewisser Regelmäßigkeit (was auch bei nur wenigen Tagen mobiler Arbeit monatlich der Fall sein kann) sind nicht nur der mobil geleistete Teil und nicht nur die Arbeitszeit an Tagen, an denen vollständig oder teilweise mobil gearbeitet wird, aufzuzeichnen. Die Aufzeichnungspflicht gilt dann auch für die am Betriebssitz erfolgte Arbeit. Damit weicht der Referentenentwurf für mobile Arbeit von § 16 Abs. 2 ArbZG in seiner bisherigen Fassung, wonach nur die über die werktägliche Arbeitszeit hinausgehende Arbeitszeit aufzuzeichnen ist, ab. Es gelten somit unterschiedliche Aufzeichnungspflichten für mobil Arbeitende und nicht mobil Arbeitende.

Aufgrund der Grundsatzentscheidung des EuGH vom 14. Mai 2019 (AZ: C-55/18) sind die Mitgliedstaaten gehalten, Arbeitgeber zu verpflichten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System zur Erfassung der täglichen Arbeitszeit einzuführen. Bereits vor diesem Hintergrund ist es zwar konsequent, dass der Gesetzgeber seine beabsichtigte Regelung zum mobilen Arbeiten mit einer entsprechenden Regelung zur Arbeitszeiterfassung flankieren möchte. Die Vorgaben des EuGH und der damit verbundene Appell an den deutschen Gesetzgeber für eine generelle gesetzliche Regelung zur Arbeitszeiterfassung gelten jedoch grundsätzlich unabhängig vom mobilen Arbeiten für jegliche Art der Erbringung der Arbeitsleistung. Vor diesem Hintergrund scheint es daher nicht zielführend, zunächst mit einer isolierten Regelung nur für mobiles Arbeiten „vorzupreschen“.

Inhaltlich orientiert sich der Vorschlag für § 112 Abs. 1 GewO-E an den Vorgaben des EuGH. In Betracht gezogen werden sollte jedoch eine Öffnungsklausel für Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge. Denn dies sind wichtige Mittel um die vom EuGH zugestandenen Differenzierungen nach den Besonderheiten des jeweiligen Tätigkeitsbereichs (z.B. bei denen die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Form von Vertrauensarbeitszeit die Lage ihrer Arbeitszeit grundsätzlich selbst bestimmen können) und Eigenheiten bestimmter Unternehmen (insbesondere ihrer Größe) durch passgenaue und praktikable Einzelfalllösungen zu berücksichtigen. Gleichzeitig werden dadurch die Rechte der Arbeitnehmervertretungen gestärkt.

IV. Unfallversicherung

Die im Referentenentwurf vorgesehene Einführung von § 8 Abs. 2 und Abs. 2a SGB VII sind zu begrüßen. Die derzeit bestehende Rechtsunsicherheit bei der Abgrenzung von

versicherten und nicht versicherten Tätigkeiten und Wegen sowie Versicherungslücken und damit zusätzlichen Risiken durch mobiles Arbeiten werden dadurch vermieden.

V. Daten- und Geheimnisschutz, Kontroll- und Zutrittsrechte, Haftungsfragen, Steuerrecht

Zutreffend hat der Ausschuss für Arbeitsrecht der BRAK mit der Stellungnahme Nr. 74/2020 auch auf die mit mobiler Arbeit einhergehenden Fragen zum Daten- und Geheimnisschutz, Kontroll- und Zutrittsrechten sowie Haftungsfragen verwiesen. Der Referentenentwurf setzt sich damit nicht auseinander, was jedoch geboten wäre.

Berlin, 14.12.2020

Kunze
Präsidiumsmitglied