

Schriftliche Stellungnahme

Prof. Dr. Richard Giesen, München

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 3. Mai 2021
um 15:30 Uhr zum

- a) Antrag der Abgeordneten Johannes Vogel (Olpe), Michael Theurer, Grigorios Aggelidis, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP
Arbeitsrecht updaten – Moderner Rechtsrahmen für orts- und zeitflexibles Arbeiten -
BT-Drucksache 19/23678
- b) Antrag der Abgeordneten Jessica Tatti, Susanne Ferschl, Simone Barrientos, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Für ein Recht auf gute Arbeit im Homeoffice - BT-Drucksache 19/26298
- c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Anja Hajduk, Kerstin Andreae, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Recht auf Homeoffice einführen – Mobiles Arbeiten erleichtern - BT-Drucksache
19/13077

siehe Anlage

Professor Dr. iur. Richard Giesen

Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR)

an der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU)

28.4.2021

Stellungnahme für die Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Soziales am 3.5.2021 zu den Anträgen

- „Arbeitsrecht updaten – Moderner Rechtsrahmen für orts- und zeitflexibles Arbeiten“ (Antrag der Abgeordneten Johannes Vogel (Olpe), weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP, BT-Drucks. 19/23678)
- „Für ein Recht auf gute Arbeit im Homeoffice“ (Antrag der Abgeordneten Jessica Tatti, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE, BT-Drucks. 19/26298)
- „Recht auf Homeoffice einführen – Mobiles Arbeiten erleichtern“ (Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemecke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 19/13077)

I. Zum Antrag „Arbeitsrecht updaten – Moderner Rechtsrahmen für orts- und zeitflexibles Arbeiten“, BT-Drucks. 19/23678

1. Zu den Ziffern II 2., 5. und 6. des Antrags – erfolgreiche Vorschläge

Die Drucksache stammt vom 27.10.2020. Einige ihrer Anregungen hat die Bundesregierung seitdem beherzigt – zumindest sind sie auf den gesetzgeberischen Weg gebracht worden.

Das betrifft zunächst den Antrag unter II. 2. Dort wird ein Rechtsanspruch auf Erörterung des Wechsels zu mobiler Arbeit gefordert, wie er in den Niederlanden verwirklicht ist. Dies wurde mittlerweile im geplanten „Mobile Arbeit Gesetz“ (MAG) projektiert. Im dort enthaltenen § 111 GewO-E sieht das BMAS eine Regelung vor, welche das Zustandekommen von Vereinbarungen über „mobile Arbeit“ fördern soll. Allerdings ist die Vorschrift mit ihren Formvorgaben, aufwendigeren Verhandlungswegen und der Miter-

fassung von Kleinunternehmen komplexer geworden als das niederländische Vorbild des „Wet flexibel werken“. ¹

Der unter II. 5 geforderte Unfallversicherungsschutz für das mobile Arbeiten ist ebenfalls im Entwurf des „Mobile Arbeit Gesetz“ enthalten. ² Die dort geplanten Ergänzungen von § 8 SGB VII stellen die Tätigkeit „im Haushalt der Versicherten oder an einem anderen Ort“ der gesetzlich bereits abgesicherten „Tätigkeit auf der Unternehmensstätte“ gleich. Zudem erstreckt man die Wegeversicherung auf Fälle, in denen Kinder zwecks Homeoffice-Arbeit in fremde Obhut gebracht werden. Die Ergänzungen knüpfen an jüngere BSG-Rechtsprechung an; ³ sie entsprechen weitgehend den Vorschlägen der Münchener Dissertation von *Annemarie Aumann* aus dem Jahr 2019. ⁴

Was den Antrag unter II. 6. betrifft, besteht mittlerweile wohl weitgehende Zustimmung zu den dortigen Ausführungen. Die derzeitige pandemierechtliche Regelung des § 129 BetrVG zur online-Tätigkeit des Betriebsrats bewährt sich. Vieles spricht dafür, dass sie über den 30.6.2021 hinaus verlängert werden wird. Das ist ein Schritt zur rechtlichen Anerkennung tatsächlicher Selbstverständlichkeiten der online-Kommunikation.

2. Zu den Ziffern II 1., 3. und 4. des Antrags – „Arbeit 4.0“ zwischen toleriertem Rechtsverstoß und Leerlaufen von Recht

Leider sind die übrigen Vorschläge des Antrags, nämlich diejenigen unter II. 1., 3. und 4., nicht umgesetzt worden. Sie betreffen einen sicheren rechtlichen Rahmen für die „Arbeit 4.0“. Die dort angesprochenen Bereiche Arbeitszeit und Arbeitssicherheit sind derzeit geprägt durch zwei Phänomene: Auf der einen Seite hat man sich an allseitige Verletzungen des Arbeitszeitrechts gewöhnt, die nicht geahndet werden; auf der anderen Seite stehen rechtliche Neuregelungen, die leerlaufen werden.

¹ Referentenentwurf des BMAS eines Gesetzes zur mobilen Arbeit (Mobile Arbeit-Gesetz – MAG), Bearbeitungsstand 14.1.2021, <https://www.bmas.de/DE/Service/Gesetze-und-Gesetzesvorhaben/mobile-arbeit-gesetz.html> (letzter Abruf 28.4.2021); vgl. die Analyse bei *Schiefer* DB 2021, 114 (119 f.); demnächst *Giesen*, ZFA 2021.

² Fn. 1; s. dazu *Schiefer* DB 2021, 114 (122 f.).

³ BSG 30.1.2020 – B 2 U 19/18 R, SGB 2020, 760; BSG 27.11.2018 – B 2 U 28/17 R, SozR 4-2700 § 8 Nr. 68, Rn. 17 ff.; BSG 5.7.2016 – B 2 U 5/15 R, NJW 2017, 508, Rn. 14 ff., 20 ff. Vgl. zum Unfallversicherungsschutz im Homeoffice *Köhler* VSSAR 2019, 3; *Müller* NZS 2019, 117; *Oberthür* in *Giesen/Junker/Rieble*, Neues Urlaubsrecht, agiles und mobiles Arbeiten, 2019, S. 93 (95 ff., 102 ff.); *Plagemann/Radtke-Schwenzer* NJW 2020, 1337 (1340); *Schenk* AuA 2020, 406 f.; *Spellbrink* NZS 2016, 527. S. auch BSG 31.8.2017 – B 2 U 9/16 R, NJW 2018, 1207.

⁴ *Aumann*, Arbeitsunfall 4.0 – Die Abgrenzung privater und beruflicher Risikosphären in der modernen Arbeitswelt, 2019, S. 195 ff., 220 ff., 225 f., 274 f.

a. Arbeitszeitrecht bei mobiler Arbeit und im Homeoffice

Zunächst zu ersterem. In der Praxis ist es heute allgemeiner Brauch, dass beim mobilen und flexiblen Arbeiten die Ruhezeitnormen des Arbeitszeitrecht verletzt werden. Der Grund ist, dass sich die diesbezüglichen Regelungen nicht mit den Flexibilitätserfordernissen mobiler Arbeit und des Homeoffice vereinbaren lassen. Hintergrund ist eine historisch zufällige Überlagerung von deutschen und europäischen Restriktionen im Arbeitszeitrecht:

- Das EU-Recht definiert den Begriff der Arbeitszeit extrem weit und zählt auch Arbeitsbereitschaft hierzu, wenn dadurch die Handlungssouveränität des Beschäftigten eingeschränkt ist.⁵ Zum Ausgleich erlaubt es eine reine Regelung der Ruhezeit ohne Tageshöchstleistungszeiten, also eine weitgehend freie Handhabung, wie sie in vielen EU-Mitgliedstaaten auch umgesetzt ist.⁶ Je nach Anpassung der Pausenzeiten (§ 4 ArbZG) ist damit eine Tagesarbeitszeit von ca. 12 Stunden denkbar, also ein Zuwachs an Flexibilität, aber nicht in der Gesamtbelastung.
- Das deutsche Recht dagegen definiert den Begriff der Arbeitszeit eng und zählt herkömmlich nicht einmal kleinere Ruhezeitunterbrechungen zur Arbeitszeit.⁷

Die Verknüpfung beider Elemente, die gesetzgeberisch nicht absehbar war, ist ein aus EU-Sicht unnötig und ungeplant strenges deutsches Arbeitszeitrecht – an das sich kaum jemand hält, und dessen Beachtung von den Behörden im Bereich der mobilen Arbeit und des Homeoffice nicht überwacht wird. Dies führt zu gewohnheitsmäßigen Rechtsverletzungen und gleichzeitiger punktueller Erpressbarkeit nach willkürlichen Maßstäben.

⁵ EuGH 9.3.2021 – Rs. C-344/19 (Radiotelevizija Slovenija), NZA 2021, 485; EuGH 9.3.2021 – Rs. C-580/19 (Berufsfeuerwehr Offenbach), NZA 2021, 489; EuGH 14.5.2019 - Rs. C-55/18 („CCOO“), NZA 2019, 683; EuGH 21.2.2018 - Rs. C-518/15 (Matzak), NZA 2018, 293; EuGH 9.9.2003, Rs. C-151/02 (Jaeger), Slg. 2003, I-8389 = NZA 2003, 1019.

⁶ Vgl. Commission Staff Working Document, Detailed report on the implementation by Member States of Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time, Brüssel 26.4.2017, SWD(2017) 204 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0204&from=EN> (letzter Abruf 28.4.2021).

⁷ Laut BAG – noch zur AZO – berühren kleinere Unterbrechungen der Erholungsphase die Ruhezeit nicht: Das abendliche Öffnen und Schließen von Türen eines Veranstaltungsraumes durch einen Schulhausmeister wurde 1986 u. 1989 nicht als ruhezeitunterbrechende Arbeitszeit eingeordnet, BAG 13.11.1986 – 6 AZR 567/83, AP Nr. 27 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; BAG 26.1.1989 – 6 AZR 566/86, ZTR 1989, S. 318. Für beide Entscheidungen ist heute, unter Geltung des ArbZG, unklar, ob sie noch gelten. Neuere Judikatur existiert zu der Frage der kurzzeitigen Ruhezeitunterbrechung – soweit ersichtlich - nicht.

b. Arbeitssicherheitsrecht im Homeoffice

Die gleiche offene Ignoranz gegenüber dem geschriebenen Arbeitsrecht ergibt sich im Fall der gemäß § 5 ArbSchG gebotenen Gefährdungsbeurteilung. Der Arbeitgeber hat diese nach näherer Maßgabe von §§ 3, 4 ArbStättV auch für den häuslichen Arbeitsplatz vorzunehmen. Deshalb liest man in der einschlägigen Literatur, dass er die Gefährdungen am häuslichen Arbeitsplatz zu ermitteln und die erforderlichen Schutzmaßnahmen festzulegen habe. Misslich ist nur, dass der Arbeitgeber kein Recht auf Zutritt zur Privatwohnung des Arbeitnehmers hat. Deshalb, so heißt es, müsse er entweder die Einwilligung des Arbeitnehmers in die Besichtigung des häuslichen Arbeitsplatzes einholen oder sich vom Arbeitnehmer die erforderlichen Informationen zur Verfügung stellen lassen. Er darf beim Arbeitnehmer auch einfach nachfragen, und dazu heißt es im Schrifttum: „Auf die Richtigkeit dieser Informationen darf der Arbeitgeber vertrauen, sofern sie nicht offensichtlich unrichtig oder widersprüchlich sind.“⁸

Merkwürdig ist nur, dass das alles in der Praxis niemanden interessiert. Ich kenne keinen Fall, in welchem selbst die letztgenannte „harmlose“ (genauer: praktisch sinnlose), auf Nachfrage basierte Variante der Gefährdungsbeurteilung des häuslichen Arbeitsplatzes durchgeführt worden wäre. Auch hier ist es so, dass das geltende Recht schon lange faktisch abbedungen ist. Das ist leicht nachvollziehbar, denn der Arbeitgeber hat beim Arbeitnehmer zuhause nun einmal nichts zu suchen, und der Arbeitnehmer kann seine Arbeitssicherheit (sofern sie nicht von arbeitgeberseitig gestelltem Gerät abhängt) selbst gestalten. Er entscheidet allein darüber, ob er am Schreib-, am Esstisch oder auf dem Sofa arbeitet. Dennoch soll es nach den geschriebenen Regeln und der – am Rande des Lächerlichen argumentierenden – Arbeitsrechtsliteratur dabei bleiben, dass der Arbeitgeber hier eine Organisationsverantwortung trägt. Das macht ihn als potentiell strafrechtlich Haftbaren punktuell erpressbar. Und dem Arbeitnehmer vorgegaukelt, es werde ihm irgendeine Form der Eigenverantwortlichkeit entzogen.

c. Mitbestimmung bei mobiler Arbeit, § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG-E in der Fassung des geplanten „Betriebsrätemodernisierungsgesetzes“

Im Entwurf des „Betriebsrätemodernisierungsgesetzes“ (ehemals als „Betriebsrätetätigkeitsgesetz“ projektiert) ist ein neuer Mitbestimmungsstatbestand enthalten, § 87

Abs. 1 Nr. 14 BetrVG–E. Er betrifft die „Ausgestaltung von mobiler Arbeit, die mittels Informations- und Kommunikationstechnik erbracht wird“. Bei Lektüre der Entwurfsbegründung zeigt sich, dass keine Fälle bekannt sind, in denen die neue Regelung ein Mitbestimmungsrecht bringt, welches sich nicht bereits aus § 87 Abs. 1 Nrn. 1 - 13 BetrVG ergibt.⁹ Auch eine weitere Funktion wie etwa das Ausräumen bisheriger Auslegungszweifel ist nicht ersichtlich. Es handelt sich also um reine Symbolgesetzgebung.

d. Fazit

Es zeigt sich, dass mit dem Arbeitszeitgesetz und dem Arbeitsschutzgesetz wichtige arbeitsrechtliche Regelungen für Homeoffice und mobile Arbeit in der Praxis ignoriert werden. Der Vorschlag in den Ziffern II 1., 3. und 4. der BT-Drucks. 19/23678 ist darauf gerichtet, diesen Zustand zu überwinden und zu einer rechtsstaatlichen Arbeitsrechtsordnung auch für die „Arbeit 4.0“ zurückzukehren. Stattdessen wird mit dem vom BMAS entworfenen betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungstatbestand zur mobilen Arbeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG-E) ein Recht geschaffen, das schon laut dem Entwurfsverfasser keinen neuen Anwendungsfall hat; es läuft also leer.

Das führt zu einer fatalen Bilanz: Zum einen existiert geschriebenes Recht, das in der Praxis ignoriert wird, und „zum Ausgleich“ liefert der Gesetzgeber Regelungen, die Symbolcharakter haben. Damit geht im neuen Segment der Arbeit 4.0 die „rule of law“ verloren – man bemüht sich um ein ethisches Bekenntnis, ohne Wert auf die Umsetzung von Normen zu legen.

Damit entwickelt sich in Deutschland eine Situation, wie sie *Jakob Stagl* jüngst für die Zivilgesetzgebung Lateinamerikas festgehalten hat. Nach seiner Analyse hat das Gesetz dort eine eher symbolische Funktion. „Es repräsentiert das Bekenntnis zum *estado de derecho*, zur *democracia* und zum *progreso*, aber es repräsentiert nur, stellt also nur dar – was nicht bedeutet, dass es auch *ist*, dass es wirklich angewandt wird. Und diese letztlich repräsentative Funktion ist es auch, die offenbar den Grund für die geradezu manische Neigung der lateinamerikanischen Staaten bildet, sich neue Zivilge-

⁸ *Isenhardt* DB 2016, 1499 (1500).

⁹ Vgl. BT-Drucks. 19/28899, S. 22; ebenso der vorangegangene Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Betriebsratswahlen und zur Stärkung der Betriebsräte (Betriebsrätestärkungsgesetz), Referentenentwurf des BMAS, S. 25, <https://www.bmas.de/DE/Service/Gesetze-und-Gesetzesvorhaben/gesetz-zur-foerderung-der-betriebsratwahlen-und-staerkung-der-betriebsraete.html> (letzter Abruf 28.4.2021); vgl. dazu demnächst *Giesen*, ZFA 2021.

setzbücher zu geben ...“.¹⁰ Ob der Deutsche Bundestag diesem Vorbild folgen sollte, ist zweifelhaft.

II. Zu den Anträgen „Für ein Recht auf gute Arbeit im Homeoffice“, BT-Drucks. 19/26298 sowie „Recht auf Homeoffice einführen – Mobiles Arbeiten erleichtern“, BT-Drucks. 19/13077

Vor diesem Hintergrund sind die Anträge BT-Drucks. 19/26298 und BT-Drucks. 19/13077 kritisch zu bewerten.

So fordert beispielsweise BT-Drucks. 19/26298 unter II 5. einerseits eine verstärkte arbeitgeberseitige Verantwortung für den Arbeitsschutz im Homeoffice, verlangt aber andererseits auch, dass die privaten Arbeitsplätze nicht besucht werden. Damit wird nicht nur die innere Widersprüchlichkeit der bisherigen Rechtslage offen beschrieben, sondern darüber hinaus noch zementiert. Eine solche offene Forderung nach (weiterer) Symbolgesetzgebung sollten sich Parlamentarier gut überlegen.

Eine ähnliche Perplexität findet sich im Forderungskatalog der BT-Drucks. 19/13077. Dort wird unter II 2a) die vollständige Erfassung der Arbeitszeit im Homeoffice verlangt, während unter II 2b) ein Beschäftigtendatenschutz gefordert wird, der die Überwachung zur Leistungskontrolle von Beschäftigten verbietet.¹¹ Das ist in sich widersprüchlich – Fragen nach praktischer Umsetzbarkeit werden wohlweislich gar nicht erst gestellt. Hier zielt man ebenfalls auf reine Symbolgesetzgebung, die keinen Anspruch auf Anwendung erhebt. Das ist nicht hilfreich.

¹⁰ *Stagl*, Juristische Kommentare in Lateinamerika – Behagen und Unbehagen in der Kodifikation, in *Kästle-Lamparter/Jansen/Zimmermann*, Juristische Kommentare: Ein internationaler Vergleich, 2020, S. 123 (146).

¹¹ Vgl. zum Konflikt von Arbeitszeitüberwachung und Datenschutz *Giesen/Kersten*, Arbeit 4.0, Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht in der digitalen Welt, 2018, S. 103 f.