

Zeitschrift für

# ARBEITS-**ZAS** UND SOZIALRECHT

*Schriftleitung* Theodor Tomandl, Stefan Köck  
*Redaktion* Helwig Aubauer, Susanne Auer-Mayer, Rolf Gleißner,  
Beatrix Karl, Harald Kaszanits, Christoph Kietiaibl,  
Thomas Neumann, Martin Risak

Juli 2016

04

201 – 248

## Schwerpunktbeiträge

### Home Office

Home Office I – Arbeitsrecht *Martin Risak* ➤ 204

Home Office II – Haftung bei entgrenzter Arbeit *Wolfgang Brodil* ➤ 209

Checkliste: Home-Office-Vereinbarung  
*Stefan Köck und Leonhard Prasser* ➤ 246

## Beitrag

Die Rechtsprechung des VfGH zur bedarfsorientierten  
Mindestsicherung *Martin Hiesel* ➤ 216

## Rechtsprechung kommentiert

Kündigungsfrist für begünstigte Selbstkündigung bei  
Betriebsübergang *Katharina Körber-Risak* ➤ 224

Schicksal einer Betriebspensionszusage bei Betriebs(teil)übergang  
*Dominik Stella und Jens Winter* ➤ 228

Bestimmung des Entgelts für Rufbereitschaften *Christoph Wolf* ➤ 236

Unverzüglichkeit der Entlassung bei eigenmächtigem Urlaubsantritt  
*Michael Friedrich* ➤ 241

# Home Office I – Arbeitsrecht

## Vertragsgestaltung, Arbeitszeit und ArbeitnehmerInnenschutz

ZAS 2016/36

§§ 905, 1014

ABGB;

§§ 2, 20 b, 26

AZG;

§§ 1, 67, 68

ASchG

Home Office;

Telearbeit;

Arbeitszeit;

Bildschirmarbeit

Ist mit ArbeitnehmerInnen (AN) vereinbart, dass sie in ihrer eigenen Wohnung arbeiten (Home Office), so wirft dies zahlreiche arbeitsrechtliche Fragen<sup>1)</sup> auf: Wer hat die Betriebsmittel beizustellen? Haben AN einen Anspruch auf Aufwandsersatz für die Nutzung ihrer Wohnung bzw ihrer Betriebsmittel? Wie ist die Arbeitszeit im Home Office aufzuzeichnen? Sind ArbeitgeberInnen (AG) für die Ausstattung des Home Office arbeitnehmerschutzrechtlich verantwortlich?

Von Martin Risak

### Inhaltsübersicht:

- A. Grundlagen
  - 1. Gesetzliche Regelungen zum Erfüllungsort beim Arbeitsvertrag
  - 2. Begriffsdefinitionen
  - 3. Vor- und Nachteile des Home Office
- B. Rechtliche Einordnung der Home-Office-Vereinbarung
- C. Betriebsmittelbeistellung und Aufwandsersatz
  - 1. Betriebsmittelbeistellung
  - 2. Kostentragung
  - 3. Ergebnis
- D. Arbeitszeit im Home Office
  - 1. Beginn und Ende der Arbeit im Home Office
  - 2. Die Aufzeichnungspflicht nach § 26 AZG
- E. AN-Schutz

## A. Grundlagen

### 1. Gesetzliche Regelungen zum Erfüllungsort beim Arbeitsvertrag

Der Erfüllungsort, dh der Ort, an dem die Arbeitsleistungen zu erbringen sind, ergibt sich nach der allgemeinen Regelung des § 905 ABGB zunächst aus der „Verabredung“ und bei Ermangelung einer solchen aus Natur und Zweck der Verbindlichkeit.<sup>2)</sup> Die Rsp leitet aus Natur und Zweck des Arbeitsverhältnisses ab, dass die Dienste im Betrieb der AG zu leisten sind.<sup>3)</sup> Dies ergibt sich vor allem daraus, dass das Arbeitsverhältnis durch die persönliche Abhängigkeit der AN geprägt ist, die durch deren „*Unterworfenheit unter die funktionelle Autorität des Arbeitgebers, gekennzeichnet [ist], welche sich in organisatorischer Gebundenheit, insbesondere an Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle – nicht notwendig auch an Weisungen über die Art der Ausführung der Tätigkeit – äußert*“ (Hervorhebung von mir).<sup>4)</sup> Die organisatorische Eingliederung erfolgt daher typischerweise auch physisch durch die Leistungserbringung im Betrieb des AG.

Ein ständiger Arbeitsort ist dabei der Regelfall; aus der Natur der zu verrichtenden Arbeiten, wie zB für BauarbeiterInnen, Monteure und KraftfahrerInnen, kann sich dieser aus der Natur der Sache ergeben.<sup>5)</sup> Der Rückfallregel des § 905 Abs 1 ABGB, dass mangels Vereinbarung und Bestimmbarkeit des Arbeitsorts

nach Natur und Zweck des Geschäfts, der Wohnsitz des Schuldners (dh des AN) relevant sein soll, wird im Arbeitsrecht zutreffend keine Bedeutung beigemessen. Natur und Zweck dieses Rechtsverhältnisses sprechen eben im Zweifel für eine Leistungserbringung im Betrieb der AG.<sup>6)</sup>

Aus dieser Grundregel ergibt sich auch, dass die Wohnung von AN zwar als Arbeitsort vereinbart werden kann (zu den Begrifflichkeiten sogleich Pkt A.2.), nicht jedoch, dass diese im Normalfall nach der Natur und dem Zweck des Arbeitsverhältnisses der Arbeitsort ist, der mangels Vereinbarung relevant ist.

### 2. Begriffsdefinitionen

Wird die AN-Wohnung als Arbeitsort vereinbart, dann ist von einem Heimarbeitsplatz oder einem „Home Office“ die Rede. Zumeist findet diese Arbeit unter Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologie (IKT, idR Telefonie, Computer und Internet) statt, wofür der Begriff „Telearbeit“ verwendet wird.<sup>7)</sup> Für diese ist neben dem IKT-Einsatz charakteristisch, dass sie außerhalb des Betriebs stattfindet – dies muss aber nicht zwangsläufig die AN-Wohnung<sup>8)</sup> sein. Mit Telearbeit werden auch weitergehende Lockerungen des Arbeitsorts ermöglicht, bis hin zu einer freien Wahl durch die AN, idR verbunden mit der Auflage, online erreichbar zu sein.<sup>9)</sup> Dann ist zumindest für einen Teil der Arbeitszeit kein konkreter Ar-

1) Zu den haftungsrechtlichen Fragen s in diesem Heft *Brodl*, Home Office II, ZAS 2016, 209.

2) *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> (2014) § 905 Rz 7 f; *Binder/Kolmasch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> (2015) 22.

3) OGH 4 Ob 93/55 Arb 6298; 9 ObA 109/03 z RdW 2004, 556; 9 ObA 148/11 x; *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 905 Rz 9; *Löschnigg*, *Arbeitsrecht*<sup>12</sup> (2015) Rz 6/034.

4) Entnommen aus RIS-Rechtssatz RS0021306.

5) *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 905 Rz 9; *Binder/Kolmasch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 905 Rz 16 jeweils mwN.

6) So *Löschnigg*, *Arbeitsrecht*<sup>12</sup> Rz 6/034.

7) So zB die Definition auf der WKO-Homepage, <https://www.wko.at/Content.Node/Service/Arbeitsrecht-und-Sozialrecht/Arbeitsrecht/Beschaeftigungsformen/Telearbeit.html> (Stand 10. 6. 2016): „*Telearbeit ist die regelmäßige Verrichtung von Arbeit außerhalb der betrieblichen Räumlichkeiten des Arbeitgebers unter Verwendung von Informationstechnologien (zB Internet, Telefon).*“

8) Diesfalls ist von „Teleheimarbeit“ die Rede, so zB in ErläutRV 319 BlgNR 24. GP 20.

9) Zum Phänomen der örtlichen Entgrenzung des Arbeitsverhältnisses s *Risak*, Die Diffusion der Leistungspflicht in örtlicher Hinsicht, in *Brodl*, *Entgrenzte Arbeit* (2016, im Erscheinen).

beitsort, nämlich die Wohnung, vereinbart, sondern den AN ein noch weiterer Spielraum belassen. Dieser Beitrag geht jedoch lediglich auf die Arbeit in der eigenen Wohnung der AN ein und nimmt nur auf die Teleheimarbeit<sup>10)</sup> Bezug.<sup>11)</sup>

### 3. Vor- und Nachteile des Home Office

Auf der Homepage des Arbeitsmarktservice (AMS) Österreich findet sich folgender Eintrag: „Im Büro werden Sie oft von Ihren Kolleginnen und Kollegen abgelenkt, Sie wollen Ihre Arbeitszeit flexibel einteilen und am produktivsten arbeiten Sie sowieso von Zuhause aus? Dann sind Home-Office Jobs genau das Richtige für Sie. Heimarbeit ist nicht nur ein Thema für den gewöhnlichen Arbeitssuchenden, sondern wird auch immer beliebter unter Hausfrauen, Schülern und Studenten.“<sup>12)</sup> Damit sind schon einige Aspekte angesprochen, die ein gängiges Bild des Arbeitens von zu Hause gut wiedergeben, nämlich vor allem die zeitliche Flexibilität und die offensichtliche Kompatibilität mit anderen Verpflichtungen und Tätigkeiten. Dies ist wohl darauf zurückzuführen, dass bei der Arbeit zu Hause keine Wegzeiten anfallen und so Zeiten der (Erwerbs-)Arbeit und der Nicht-Erwerbsarbeit leichter ineinander übergreifen und abwechseln können. Gerade bei Teilzeitbeschäftigten mit kurzen Arbeitszeiten ist dies von besonderer Bedeutung und oft ein Teil derartiger Arrangements. AG müssen dann keinen Arbeitsplatz zur Verfügung stellen, was vor allem Kostenvorteile bringt. Moderne IKT ermöglicht es ohnehin, die Arbeitsleistungen nicht nur hinsichtlich des Ergebnisses, sondern auch hinsichtlich der konkreten Leistungserbringung zu kontrollieren, sodass die Bedeutung der physischen Anwesenheit im Betrieb unter diesem Aspekt an Bedeutung verliert.

Diese zeitliche und räumliche Entgrenzung, insb auch das räumliche Verschwimmen von Betrieblichem und Privatem, birgt verstärkt allerdings das Risiko in sich, dass AN eigentlich dauernd auf Abruf bereit sind. Ohne klare Regelungen weiß nämlich keine der beiden Vertragsparteien, wann Leistungen abgefragt werden können bzw wann zu arbeiten ist und wann nicht. Andererseits fressen sich auch die privaten Verpflichtungen in die berufliche Tätigkeit bzw wird von AN unterschätzt, wie weit diese klar getrennt werden können (zB inwieweit neben der Kinderbetreuung parallel tatsächlich gearbeitet werden kann). Bei dauernder Arbeit von zu Hause aus fehlen auch die direkten Kommunikationsmöglichkeiten der AN untereinander.

Vertragliche Vereinbarungen sollten diese unterschiedlichen Interessen widerspiegeln und versuchen, einen Ausgleich zu finden, der den Bedürfnissen beider Vertragsparteien gerecht wird.

### B. Rechtliche Einordnung der Home-Office-Vereinbarung

Eine Home-Office-Vereinbarung stellt im Kern die Vereinbarung der AN-Wohnung als Arbeitsort dar. Damit ist diese der bedungene Ort der Leistungserbringung, was – zumindest in der Vergangenheit – dazu geführt hat, dass die Kontrolle des persönlichen

Arbeitsverhaltens nicht im selben Maß gegeben war wie bei einer Arbeit im Betrieb. Die Rsp hat dies schon in einer Entscheidung<sup>13)</sup> aus 1964 zu einer Hosen anfertigenden Näherin als unproblematisch angesehen: In diesem Fall wies der Arbeitsvertrag dennoch eine weitgehende Bindung der AN an den AG, insb die Verpflichtung zur Einhaltung bestimmter Arbeitsstunden,<sup>14)</sup> deren Kontrolle durch Organe des Arbeitgebers, die volle Eingliederung in die Betriebsverhältnisse, die völlige Unselbständigkeit sowie die Vermietung der der AN gehörenden Nähmaschine an den AG<sup>15)</sup> auf. Dies führe dazu, dass die in der eigenen Wohnung zu leistende Arbeit nicht mehr den Charakter von (selbständiger) Heimarbeit habe und sie „vielmehr einer im Betrieb des Arbeitgebers selbst geleisteten Arbeit gleichzusetzen“ sei. Die Wohnung der Arbeitnehmerin sei „praktisch eine dislozierte Betriebsstätte des AG mit einer ihm zur Verfügung stehenden Maschine geworden, wenn auch die Wohnung nicht förmlich in Bestand gegeben wurde.“ Selbst in Fällen, in denen der Arbeitsort von AN relativ frei gewählt werden konnte (zB bei JournalistInnen<sup>16)</sup> und AuslandsvertreterInnen<sup>17)</sup>), wurden die reduzierten Kontrollmöglichkeiten zu Recht als unproblematisch angesehen. Der OGH<sup>18)</sup> hat in diesem Zusammenhang insb die Art der Tätigkeit berücksichtigt und darauf Bezug genommen, wie trotz einer dadurch bedingten Autonomie im Hinblick auf Arbeitsort, Arbeitszeit und Arbeitsablauf in jenen Bereichen Fremdbestimmung möglich ist, die in der Disposition der Vertragsparteien liegen: „Dass die Auslandsmitarbeiter bei der Einteilung ihres Arbeitsablaufes weitgehend frei agieren, liegt im Wesen der Außendiensttätigkeit, wobei aber auch hier aus den bereits oben erwähnten Umständen – Erstellung von von der beklagten Partei vorzulegenden Wochenplänen, Vorgabe zur Einhaltung von Kundenfrequenzplänen –, ergibt, dass die Mitarbeiter keineswegs frei agieren können, sondern in den Grenzen, die sich durch die Au-

10) Diese ist nicht mit der Heimarbeit iS des Heimarbeitsgesetzes zu verwechseln; dazu s *Risak*, Crowdwork, ZAS 2014, 11 (17); *Trost*, Heimarbeit – die ideale Arbeit der Zukunft? öRdA 1992, 25 (28).

11) Zur Telearbeit überhaupt s *Melzer-Azodanloo*, Tele-Arbeitsrecht (2001); *Egger*, Telearbeit – ein neues Phänomen in der Arbeitswelt, öRdA 1987, 97; aus soziologischer Sicht *Huws*, The Making of the Cyberariat – Virtual Work in a Real World (2003); *dies*, Labour in the Global Digital Economy (2014).

12) [www.ams.at/home-office-jobs](http://www.ams.at/home-office-jobs) (Stand 10. 6. 2016).

13) OGH 4 Ob 12/64 Arb 7935 – die im RIS veröffentlichte Entscheidung gibt die Begründung übrigens fehlerhaft wieder, offensichtlich ist hier der Text einer familienrechtlichen Entscheidung eingespült worden.

14) Der Vertrag enthält den Passus: „AN hat sich verpflichtet, im Rahmen des Arbeitsverhältnisses alle Werktage, außer Samstag, von 8 bis 12 und von 14 bis 19 Uhr seine Arbeitszeit ununterbrochen in den Dienst des AG zu stellen und diese Zeit kann nur mit den gebührenden Jausenzeiten unterbrochen werden. Diese Arbeitszeit muß restlos für die Anfertigung und Fertigstellung der Hosen gewidmet sein.“ Im Gegenzug dann: „AG gibt sein Zugeständnis, daß AN seine hier festgelegte Arbeitsleistung zu Hause in seiner Wohnung leisten kann und mit diesem Zugeständnis wird es dem AN ermöglicht, die zwei Mittagsstunden von 12 bis 14 Uhr ganz der Familie zu widmen.“

15) Dieser Aspekt kann für moderne Formen der Zur-Verfügung-Stellung von Betriebsmitteln durch die ArbeitnehmerInnen (*Bring Your Own Device* – BYOD; vgl *Knyrim/Horn*, Bring Your Own Device, *ecolex* 2013, 365) nutzbar gemacht werden.

16) Siehe dazu OGH 4 Ob 30/62 Arb 7621; 4 Ob 73/78 Arb 9714; 9 ObA 108/88 infas 1989, A 3.

17) OGH 9 ObA 88/97 z öRdA 1990, 280 (*Wachter*) = Arb 10.751.

18) OGH 9 ObA 88/97 z öRdA 1990, 280 (*Wachter*) = Arb 10.751.

*Bendienstätigkeit ergeben, sehr wohl der Überwachung durch die beklagte Partei unterliegen; diese Kontrolle wird zweifellos auch im Rahmen der mehrmals wöchentlichen Kontakte mit dem Vorgesetzten in Wien ermöglicht, die diesem einen Einblick in die aktuelle Tätigkeit der Auslandsmitarbeiter ermöglichen“* (Hervorhebungen von mir). Für den Fall des Home Office muss eigentlich nur der Begriff der „Außendienststätigkeit“ in diesem Zitat ausgetauscht werden. Gerade moderne IKT ermöglichen nunmehr ohnehin eine Kontrolle der Arbeit im Home Office, sodass derartige Vereinbarungen nicht schon wegen des Umstands, dass von zu Hause aus gearbeitet wird, nicht als Arbeitsverträge einzuordnen sind.

Zumeist enthalten Home-Office-Vereinbarungen noch **zusätzliche Elemente**. Der KollV für Angestellte von Unternehmen im Bereich Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik 2016 (IT-KollV)<sup>19)</sup> enthält in § 9 Z I Abs 2 bspw die Regelung, dass neben dem Ort auch die Erreichbarkeit, die Arbeitsmittel und die Aufwandsentschädigungen für den Telearbeitsplatz vorher schriftlich vereinbart werden müssen. Ähnliche Themen enthält auch die die Telearbeit regelnde Bestimmung des § 5 c VBG,<sup>20)</sup> der einzigen grundsätzlichen gesetzlichen Regelung der Telearbeit. Demnach sind in einer Vereinbarung Art, Umfang und Qualität der in Form von Telearbeit zu erledigenden dienstlichen Aufgaben (Z 1), die dienstlichen Abläufe und die Formen der Kommunikation zwischen Vorgesetzten und Mitarbeitern der Dienststelle und dem Telearbeit verrichtenden Vertragsbediensteten (VB) (Z 2), die Zeiten, in denen der Telearbeit verrichtende VB sich dienstlich erreichbar zu halten hat (Z 3) und die Anlassfälle und Zeiten, in denen der Telearbeit verrichtende VB verpflichtet ist, an der Dienststelle anwesend zu sein (Z 4), festzuhalten. Gerade der Fall der Betriebsmittelbeistellung und der Kostentragung für eingebrachte Betriebsmittel des AN sowie für die Nutzung seines Wohnraums sind sinnvollerweise vertraglich zu regeln (dazu sogleich Pkt C.)

## C. Betriebsmittelbeistellung und Aufwandsersatz

### 1. Betriebsmittelbeistellung

Ausgangsbasis ist der arbeitsrechtliche Grundsatz, dass **AG** die für die Erbringung der Arbeitsleistung **erforderlichen Arbeitsmittel beizustellen** haben.<sup>21)</sup> Als Begründung dafür zieht *Schrank*<sup>22)</sup> zu Recht vor allem das Wesen des Arbeitsverhältnisses heran, dem zufolge AN nur zur „Dienstleistung für einen anderen“ verpflichtet sind (so § 1151 Abs 1 ABGB) und damit typischerweise nicht auch bestimmte Güter einzubringen haben. Auch die Risikoverteilung nach § 1155 ABGB beruhe auf der Betriebsmittelbeistellungspflicht durch den AG, die Fürsorgepflicht (und uU auch das ASchG) konkretisiere dann die Beschaffenheit der Betriebsmittel noch weiter. *Rebhahn*<sup>23)</sup> begründet die Betriebsmittelbeistellungspflicht aus den Regeln über die Risikotragung im Arbeitsverhältnis, die sich wesentlich von jenen des freien DV und des Werkvertrags unterscheiden. Das Arbeitsmittelrisiko tragen demnach die AG;

sie stellen alle oder doch die wesentlichen Arbeitsmittel bereit und tragen das Risiko, dass diese tauglich sind, nicht ausfallen und auch ertragbringend eingesetzt werden.

Von diesen Grundsätzen kann jedoch durch **vertragliche Vereinbarung** abgegangen werden, nach der AN bestimmte Betriebsmittel beizustellen haben. Dies passiert auch in der Home-Office-Vereinbarung, aus der mangels anderer Ausgestaltung zumindest ableitbar ist, dass AN Teile ihres Wohnraums und ihres Mobiliars zur Arbeitsleistungserbringung zur Verfügung stellen. Handelt es sich um einen Telearbeitsplatz, ist damit zumindest auch die Nutzung eines bestehenden privaten Internetanschlusses verbunden. Ob auch weitere Vermögenswerte, insb die technischen Betriebsmittel wie Computer und Mobiltelefon, einzubringen sind oder die AG diese beizustellen haben, kann mitunter fraglich sein. Dies insb auch im Hinblick darauf, inwieweit diese in einem funktionsfähigen Zustand zu erhalten sind und wer die Kosten einer allfälligen Reparatur trägt.

### 2. Kostentragung

Eine Betriebsmittelbeistellungsverpflichtung durch die AN sagt nicht unbedingt etwas darüber aus, ob diese auch die damit verbundenen Kosten (zB Miete, Betriebskosten, Reparaturen) selbst zu tragen haben oder ob die AG diese grds erstatten müssen. Grundlage ist **§ 1014 ABGB**, der für Arbeitsverträge, die mit keiner Geschäftsbesorgung verbunden sind, **analog** anwendbar ist. Diese Bestimmung stellt nach stRsp und hL die Grundlage für eine Aufwandsverpflichtung desjenigen dar, der Tätigkeiten eines anderen zu seinem eigenen Vorteil veranlasst hat.<sup>24)</sup> Verwenden AN somit eigene Betriebsmittel im Interesse ihrer AG, so haben sie **Anspruch auf Aufwandsersatz**. Die Voraussetzung, dass die Vermögensgüter der AN im Interesse ihrer AG eingesetzt wurden, kann jedoch in Randbereichen (zB Nutzung des Wohnzimmers für ein Gespräch mit einer Kundin) Probleme aufwerfen. Schwierig ist auch die konkrete Berechnung der (anteiligen) Kosten, die von den jeweiligen AG zu ersetzen sind. Allerdings können davon abweichende Vereinbarungen getroffen werden, da § 1014 ABGB nach hA dispositiv ist.<sup>25)</sup>

Es empfiehlt sich daher, konkrete **Vereinbarungen** zu treffen, welche Betriebsmittel beizustellen sind und in welcher Höhe – idR abgedeckt durch Pauschalen – der damit verbundene Aufwand zu ersetzen ist bzw ob

19) Verfügbar online unter [https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte\\_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/IT\\_Dienstleistung/IT\\_KV/KV-Text-2016\\_2.pdf](https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/IT_Dienstleistung/IT_KV/KV-Text-2016_2.pdf) (Stand 10. 6. 2016).

20) Diese sieht neben der Wohnung auch vor, dass die Arbeit an einer selbst gewählten, nicht zur Dienststelle gehörigen Örtlichkeit geleistet wird (§ 5 c Abs 1 VBG).

21) So *Rebhahn*, ZelleKomm<sup>2</sup> § 1151 ABGB Rz 114.

22) *Schrank*, Betriebsrisiko und arbeitsrechtliche Wertordnung. Gedanken zur systematischen Einbettung von OGH 31. 5. 1983, 4 Ob 35/82 ZAS 1985, 8; s dazu auch *Mitschka/Steiner*, Die Beistellungs- und Kostentragungspflicht für Arbeitskleidung. Zugleich ein Beitrag zur Risikoverteilung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2014, 304 (306).

23) ZelleKomm<sup>2</sup> § 1151 Rz 116.

24) Ausgangspunkt ist OGH 4 Ob 35/32 öRdA 1984/1 (*Jabornegg*) = ZAS 1985/1 (*Schrank*); wN bei *Windisch-Graetz*, ZelleKomm<sup>2</sup> § 1014 ABGB Rz 2 ff.

25) OGH 9 ObA 2136/96z öRdA 1997/28 (*Kerschner*); *Windisch-Graetz*, ZelleKomm<sup>2</sup> § 1014 ABGB Rz 18.

dieser ohnehin schon durch das laufende Entgelt abgedeckt ist. Dabei sind jedoch durch mehrere Parameter **Grenzen** gesetzt:

- Jedenfalls darf der von den AN zu tragende Anschaffungs- und Erhaltungsaufwand nicht dazu führen, dass damit das kollv Mindestentgelt unterschritten wird.<sup>26)</sup> Somit kann nur die Überzahlung zur Abdeckung von Kosten des Home Office herangezogen werden.
- In ab 2016 abgeschlossenen Pauschalierungsregelungen muss das Grundgehalt (Entgelt für die Normalarbeitszeit) betragsmäßig schriftlich ausgewiesen sein.<sup>27)</sup> Darunter fallen mE nicht nur All-In-Klauseln, sondern auch solche, die in Abweichung von § 1014 ABGB eine Kostentragungsregel vorsehen, da diese funktional als Pauschalierung der Kostentragung in Form eines Gesamtentgelts iS der Sanktionsregel des § 2 g AVRAG zu sehen ist.
- Der OGH<sup>28)</sup> prüft Kostenbeteiligungsvereinbarungen unter dem Gesichtspunkt der sittenwidrigen Überwälzung des Unternehmerrisikos (§ 879 Abs 1 ABGB).<sup>29)</sup> Eine solche soll dann vorliegen, wenn AN der Höhe nach nicht beeinflussbare Kosten für Betriebsmittel übernehmen, deren Einsatz und Gestaltung allein der AG vorgibt.<sup>30)</sup> Relevant ist auch, ob die Gegenstände privat benutzt werden können und ob davon auch in relevantem Umfang Gebrauch gemacht wird.<sup>31)</sup> Der Belastung muss somit irgendeine Form von Ausgleich gegenüberstehen.<sup>32)</sup> Problematisch sind jedenfalls Vereinbarungen, aufgrund derer AN Home-Office-Ausrüstung ankaufen, der AG diese dann jedoch ohne weitere Begründung beenden kann.
- Geht die Home-Office-Vereinbarung auf einheitliche, vorformulierte Vertragsformblätter zurück, dann unterliegen diese der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB.<sup>33)</sup> Nach hA liegt eine idS „gröblich benachteiligende“ Klausel insb im Falle einer unsachlichen Abweichung vom dispositiven Recht vor.<sup>34)</sup> Betriebsmittelbeistellung wie Kostentragung müssen daher durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden, was im ersten Fall leichter fällt als im zweiten.

### 3. Ergebnis

Mit AN, die überkollektivvertragliches Entgelt beziehen, können eine Betriebsmittelbeistellungspflicht und eine pauschale Kostentragung zulässigerweise vereinbart werden. Dabei ist der Grundlohn/das Grundgehalt schriftlich auszuweisen. Leistet der AG einen angemessenen Beitrag für die Anschaffung und uU auch für die Wartung, kann damit mE der Vorwurf einer sittenwidrigen Überwälzung des Unternehmerrisikos ausgeräumt werden.

## D. Arbeitszeit im Home Office

### 1. Beginn und Ende der Arbeit im Home Office

Nach § 2 Abs 1 Z 1 AZG ist die Arbeitszeit die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen.

Die Arbeit beginnt, sobald AN ihren AG zur Verfügung stehen, dh wenn über ihre Arbeitskraft unmittelbar verfügt werden kann.<sup>35)</sup> Das ist idR das Eintreffen der AN am vereinbarten Arbeitsort bzw am jeweiligen Arbeitsplatz.<sup>36)</sup> Dass dies auch die eigene Wohnung oder die Werkstätte sein kann, stellt § 2 Abs 2 AZG klar. Demnach stellt auch die in der eigenen Wohnung gearbeitete Zeit Arbeitszeit iS des AZG dar.<sup>37)</sup>

Die **Arbeitszeit beginnt**, sobald AN ihrem AG zB durch Einloggen in ein Firmennetzwerk oder ähnliches zu Arbeitsleistungen zur Verfügung stehen oder wenn faktisch zu arbeiten begonnen wird. Die **Arbeitszeit endet** mit der Kommunikation des Nicht-mehr-zur-Verfügung-Stehens oder mit dem faktischen Arbeitsende.

Können Beginn und Ende im Home Office noch ganz gut kontrolliert und dokumentiert werden, ist dies bei Arbeitsunterbrechungen bzw Pausen kaum noch der Fall. Deshalb sind gerade flexible Arbeitszeiten im Home Office schwierig dokumentierbar.<sup>38)</sup> Die Gesetzgebung hat darauf reagiert, indem ausschließlich Aufzeichnungen über die Dauer der Tagesarbeitszeit für AN verlangt werden, die ihre Tätigkeit überwiegend in ihrer Wohnung ausüben (§ 26 Abs 3 AZG, dazu unten Pkt D.2.).

Deshalb sind klare Modalitäten hinsichtlich Beginn und Ende der Arbeit sowie hinsichtlich deren Unterbrechung zu vereinbaren, da AG ihre Einhaltung wegen des dislozierten Arbeitsorts nur schwer kontrollieren können. Weniger Probleme wirft es auf, wenn fixe Arbeitszeiten mit klaren Pausenregelungen vereinbart werden, die beiden Vertragsparteien klar machen, wann gearbeitet wird und wann nicht. Schwieriger ist dies allerdings, wenn AN größere Freiheiten eingeräumt werden, insb wenn eine Gleitzeitregelung zur Anwendung kommen soll. Hier ist zumindest – neben einer allfälligen Kernzeitregelung<sup>39)</sup> – festzuhalten, wann AN erreichbar sein müssen. Diese Erreichbarkeit ist mE nicht als Rufbereitschaft iSd § 20 a AZG anzu-

26) OGH 16. 9. 1986, 14 Ob 122/86; 12. 10. 1988, 9 ObA 128/88; 27. 9. 1989, 9 ObA 218/89. *Gerlach*, Komm zu OGH 8 ObA 129/02 g, ZAS 2004/23, sieht überhaupt Kostenübernahmen im überkollv Entgeltbereich grds für zulässig an.

27) Dazu *Risak*, Arbeitsvertragsklauseln 2016, ZAS 2016, 57 (59).

28) OGH 14. 6. 1989, 9 ObA 173/89; 27. 9. 1989, 9 ObA 218/89; 27. 1. 1993, 9 ObA 287/92; 18. 4. 1996, 8 ObA 314/95; 19. 12. 2002, 8 ObA 129/02 g.

29) *Mitschka/Steiner* (ZAS 2014, 308) kommen zu ähnlichen Ergebnissen, wenn sie die Kostenübernahmevereinbarungen unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit prüfen.

30) OGH 13. 1. 1993, 9 ObA 260/92; 19. 12. 2002, 8 ObA 129/02 g.

31) OGH 19. 12. 2002, 8 ObA 129/02 g.

32) *Kietaihl*, Zur Sittenwidrigkeit im Arbeitsvertragsrecht, RdW 2006, 94 (96); *Mitschka/Steiner*, ZAS 2014, 308.

33) *Kietaihl*, Allgemeine Arbeitsbedingungen (2011) 118f; *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 279 ff; *Rebhahn/Kietaihl*, ZellKomm<sup>2</sup> § 879 Rz 60 mZn.

34) *Kietaihl*, Arbeitsrecht I<sup>9</sup> (2015) 316; *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht 158 ff 284 f.

35) So *Schrank*, Arbeitszeitgesetz<sup>3</sup> (2015) § 2 Rz 10; *Wolf in Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht (25. Lfg 2015) Kap XI Rz 14.

36) *Schrank*, Arbeitszeitgesetz<sup>3</sup> § 3 Rz 11.

37) *Klein in Klein ua*, AZG<sup>3</sup> (2011) § 2 Erl 3.

38) Welcher AN dokumentiert denn schon kurzfristige Unterbrechungen durch kurzfristige Haushaltsarbeiten, die „nebenbei“ erledigt werden, wie zB das Einräumen der Waschmaschine oder das Aufhängen der Wäsche?

39) Darunter ist jener Zeitraum zu verstehen, in dem AN jedenfalls zu arbeiten haben; vgl *Risak/Jöst/Patka/David*, Praxishandbuch Gleitzeit<sup>2</sup> (2014) 74, 100.

sehen, sondern als ein Element der Gleitzeitvereinbarung im Home Office und unterliegt somit nicht den Häufigkeitsgrenzen für Rufbereitschaften.<sup>40)</sup>

Werden AN an Tagen, für die Home Office vereinbart wurde, **in den Betrieb gerufen**, verlassen sie iSd § 20 b AZG vorübergehend ihren Dienstort (das Home Office) um an anderen Orten (eben dem Betrieb ihrer AG) Arbeitsleistungen zu erbringen. Der Weg in den Betrieb (und zurück nach Hause) ist daher Arbeitszeit. Je nachdem, ob diese als aktive oder passive Reisezeit bzw. als Lenkzeit zu beurteilen ist, kommen die Lockerungen der Arbeitszeithöchstgrenzen nach § 20 b Abs 2 und 6 AZG zur Anwendung. Auch entgeltrechtlich sind diese Zeiten als Arbeitszeit zu bewerten, wobei uU nach dem KollV reduzierte Entgeltsätze wegen der Beurteilung als Reisezeiten zur Anwendung kommen. Dass die Betriebsstätte uU für andere Tage der Woche als Arbeitsort vereinbart wurde, ändert nichts, da es auf den vereinbarten Arbeitsort für den konkreten Arbeitstag ankommt. Anderes ist lediglich dann der Fall, wenn die Home-Office-Vereinbarung beendet wird und die AN nur noch im Betrieb ihrer AG arbeiten; dann ist die Fahrt dorthin und zurück als Wegzeit einzuordnen, die nicht als Arbeitszeit iS des AZG zu bewerten und grds auch nicht zu bezahlen ist.<sup>41)</sup>

## 2. Die Aufzeichnungspflicht nach § 26 AZG

Da die Arbeitsleistung außerhalb des Betriebs häufig nur schwer überprüft werden kann, sieht das AZG unter bestimmten Voraussetzungen eine Lockerung der Aufzeichnungspflichten vor. Das Gesetz verpflichtet die AG für jene AN, die **überwiegend in ihrer Wohnung tätig** sind, nur zu Saldenaufzeichnungen, dh Aufzeichnungen lediglich über die Dauer der Tagesarbeitszeit, nicht jedoch über deren Beginn und Ende.<sup>42)</sup> Die Materialien bezeichnen diese AN als Teleheimarbeiter/innen.<sup>43)</sup> Die Lockerung der Aufzeichnungspflicht gilt auch dann, wenn die AN nicht weitgehend selbst über Arbeitszeit und Arbeitsort bestimmen können,<sup>44)</sup> es kommt lediglich auf die Arbeit in eigener Wohnung an. Voraussetzung der Lockerung ist jedoch, dass die Arbeit überwiegend, dh für mehr als 50%, in eigener Wohnung ausgeübt wird. Nach *Schrank*<sup>45)</sup> geht es zutreffend um die Summe der Arbeitszeit und nicht um die Zahl der Arbeitstage, weil es nur schwer möglich ist, Beginn und Ende der Arbeitszeit (und deren Unterbrechungen) zu kontrollieren.

Wird **nicht überwiegend in der Wohnung der AN gearbeitet** (zB bei einem oder zwei Home-Office-Tagen pro Woche), gilt die Lockerung der Arbeitszeitaufzeichnungspflicht nicht, vielmehr sind Aufzeichnungen über Beginn und Ende sowie über die Lage der Arbeitspausen nach § 26 Abs 1 AZG zu führen.<sup>46)</sup> Dies kann lediglich dann unterbleiben, wenn eine **schriftliche fixe Arbeitszeiteinteilung** besteht; dann haben AG bzw die damit beauftragten AN nach § 26 Abs 5 a AZG lediglich deren Einhaltung zumindest am Ende jeder Entgeltzahlungsperiode sowie auf Verlangen des Arbeitsinspektors zu bestätigen und es sind nur Abweichungen von dieser Einteilung laufend aufzuzeichnen.<sup>47)</sup> Wurde nur für die Home-Office-Tage eine fixe Arbeitszeiteinteilung getroffen und ansonsten bspw

Gleitzeit vereinbart, dann kann mE die Aufzeichnungserleichterung auf die Home-Office-Tage angewendet werden, während für die restliche Arbeitszeit die vollen Aufzeichnungspflichten einzuhalten sind. Nach den Materialien erscheint es bei AN mit einer fixen Arbeitszeiteinteilung nicht erforderlich, die Arbeitszeit laufend aufzuzeichnen – trifft dies nur auf einen abgrenzbaren Teil der Arbeitszeit zu, dann spricht der Gesetzeszweck dafür, die Aufzeichnungspflichten für eben diesen Teil der Arbeitszeit zu lockern.

## E. AN-Schutz

Wie weit trifft AG für die Wohnung, insb die technische Ausstattung des Home Office und die dort eingesetzten Betriebsmittel, eine Verantwortung? Angelpunkt ist dabei der Begriff der **Arbeitsstätte** nach § 2 Abs 3 AZG. Hier wird auch auf sog „auswärtige Arbeitsstellen“ Bezug genommen, die als „alle Orte außerhalb von Arbeitsstätten, an denen andere Arbeiten als Bauarbeiten durchgeführt werden insbesondere auch die Stellen in Verkehrsmitteln, auf denen Arbeiten ausgeführt werden“ definiert sind. Fraglich ist, ob darunter auch die AN-Wohnung fällt.

Nach *B. Gruber*<sup>48)</sup> und *Melzer-Azodanloo*<sup>49)</sup> fällt die Wohnung nicht unter den Begriff der Arbeitsstätte. Sie begründen das insb mit der Ausweitung der mit BGBl I 1997/9 eingeführten Bestimmungen über Bildschirmarbeitsplätze und Maßnahmen bei Bildschirmarbeit. Einige dieser Bestimmungen gelten „auch für die vom AG den AN zur Erbringung von Arbeitsleistungen außerhalb der Arbeitsstätte zur Verfügung gestellten Bildschirmgeräte, Eingabe- oder Datenerfassungsvorrichtungen sowie Zusatzgeräte, Arbeitstische bzw Arbeitsflächen und Sitzgelegenheiten“ (§ 67 Abs 6 ASchG) sowie „für Bildschirmarbeit außerhalb der Arbeitsstätte“ (§ 68 Abs 6 ASchG). Nach den ErläutRV<sup>50)</sup> tragen diese Regelungen der Entwicklung der sogenannten „Tele-Heimarbeit“ Rechnung. Daraus ist im Gegensatz ableitbar, dass – hätte das ASchG schon bisher für Tele-Heimarbeiter gegolten – die Ausweitung der neuen Bestimmungen auf Tätigkeiten außerhalb der Arbeitsstätte überflüssig gewesen wäre.<sup>51)</sup> Damit kommen die Bestimmungen des ASchG – ausgenommen jene über die Bildschirmarbeit (dazu sogleich) – **im Home Office nicht zur Anwendung**.

Den Regelungen des ASchG betreffend die **Bildschirmarbeitsplätze** und die **Bildschirmarbeit** unterliegen nämlich Tätigkeiten, die AN in auswärtigen Arbeitsstätten (egal ob in eigener Wohnung oder an ei-

40) Darunter sind die Einschränkungen hinsichtlich der Vereinbarung von Rufbereitschaft während der Ruhezeit zu verstehen; vgl *Schrank*, Arbeitszeitgesetz<sup>3</sup> § 20 a Rz 7 ff.

41) Dazu *Wolf* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap XI Rz 15.

42) *Schrank*, Arbeitszeitgesetz<sup>3</sup> § 26 AZG Rz 11; *ders*, ZAS 2015, 169.

43) Vgl ErläutRV 319 BlgNR 25. GP 20.

44) Vgl ErläutRV 319 BlgNR 25. GP 20.

45) ZAS 2015, 170 mit zahlreichen möglichen Sachverhaltskonstellationen.

46) So *Schrank*, Arbeitszeitgesetz<sup>3</sup> § 26 Rz 7.

47) Dazu *Schrank*, ZAS 2015, 172 f.

48) Arbeitnehmerschutz bei Teleheimarbeit, ZAS 1998, 65 (68).

49) Tele-Arbeitsrecht (2001).

50) ErläutRV 461 BlgNR 20. GP 10.

51) So auch *B. Gruber*, ZAS 1998, 69.

nem sonstigen uU sogar frei gewählten Ort) verrichten. Nach ihnen tragen AG bezüglich der Hardware (dh Bildschirmgeräte, Eingabe- oder Datenerfassungsvorrichtungen sowie Zusatzgeräte, Arbeitstische bzw Arbeitsflächen und Sitzgelegenheiten) nur dann Verantwortung, wenn diese den AN zur Verfügung gestellt werden.<sup>52)</sup> AG tragen somit nur dann für die **Ausstattung des Home Office** mit entsprechenden Büromöbeln und für die dabei eingesetzten Computer nach dem ASchG Verantwortung in der Hinsicht, dass diese ergonomischen Anforderungen und dem Stand der Technik entsprechen, **wenn sie diese beistellen**. Erfolgt die Beistellung hingegen durch die AN (s oben Pkt C.1.), so bestehen keine entsprechenden AG-

Pflichten, was einen klaren Anreiz für derartige Vereinbarungen darstellt.

Folglich unterliegen dem Zutrittsrecht des Arbeitsinspektorats in das Home Office auch nur die von AG zur Verfügung gestellten Arbeitsmittel und Möbel. Dass zudem stets der Schutz der Privatsphäre berücksichtigt werden muss, steht idR einem unangemeldeten Zutritt in die als Home Office genutzte AN-Wohnung entgegen.<sup>53)</sup>

52) Zu den konkreten Anforderungen an diese zB B. Gruber, Die Bildschirmarbeitsverordnung, ecollex 199, 48; Melzer-Azodanloo, Tele-Arbeitsrecht 70.

53) Melzer-Azodanloo, Tele-Arbeitsrecht 100.

### → In Kürze

- Die Home-Office-Vereinbarung ist in erster Linie die Vereinbarung der AN-Wohnung als Arbeitsort.
- Die Betriebsmittel im Home Office sind mangels anderer Vereinbarung von den AG beizustellen, die auch die damit verbundenen Kosten zu tragen haben.
- Aus der Home-Office-Vereinbarung ist jedoch idR ableitbar, dass AN Teile ihres Wohnraums, ihres Mobiliars sowie ihren Internetanschluss zur Arbeitsleistungserbringung zur Verfügung stellen.
- Bei Betriebsmittelbeistellung haben AN einen Anspruch auf Kostenersatz nach § 1014 ABGB analog.
- Bei AN mit einem überkollv Entgelt kann eine Betriebsmittelbeistellungspflicht ebenso wie eine pauschale Kostenabgeltung zulässigerweise vereinbart werden, wenn dabei das Grundentgelt/der Grundlohn schriftlich ausgewiesen ist.
- Die Kontrolle des Beginns und des Endes der Arbeitszeit sowie von Arbeitspausen ist für AG idR nicht einfach, weshalb klare Vereinbarungen zweckmäßig sind. Bloße Saldoaufzeichnungen sind nur zulässig, wenn mehr als die Hälfte der wöchentlichen Arbeitszeit im Home Office gearbeitet wird.
- Die Bestimmungen des ASchG – ausgenommen jener betreffend die Bildschirmarbeit – kommen im Home Office nicht zur Anwendung. Erfolgt die Beistellung der Arbeitsmittel durch die AN, so bestehen keine entsprechenden AG-Pflichten nach ASchG.

### → Zum Thema

#### Über den Autor:

Dr. Martin Risak ist ao. Universitätsprofessor am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien. Kontaktadresse: Schenkenstrasse 8–10, 1010 Wien. Tel: +43 (0)1 4277-35604, Fax: +43 (0)1 4277-9356, E-Mail: martin.risak@univie.ac.at, Internet: www.univie.ac.at/arbeitsrecht

#### Vom selben Autor erschienen (Auswahl):

Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008); Austrian Labour Law (2010); Praxishandbuch Arbeitsvertragsgestaltung (2011, gem mit Gerlach, Schrank und Höfle); Arbeitsrecht in Grundzügen<sup>9</sup> (2016, gem mit Brodil); Praxishandbuch Gleitzeit<sup>2</sup> (2013, gem mit Jöst, Patka und David).

#### Literatur:

Melzer-Azodanloo, Tele-Arbeitsrecht (2001); Mitschka/Steiner, Die Beistellungs- und Kostentragungspflicht für Arbeitskleidung, ZAS 2014, 304; Risak, Crowdwork, ZAS 2014, 11; ders, Die Diffusion der Leistungspflicht in örtlicher Hinsicht, in Brodil, Entgrenzte Arbeit (2016, im Erscheinen).

### → Literatur-Tipp



Neumayr/Reissner, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht online

www.rdb.at

