

Ausgewählte Praxisrechtsfragen zum Homeoffice

» RdW 2020/592

Seit mehreren Jahren stellen sich neue arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Flexibilisierung unselbstständiger Arbeit. Oft laufen diese Überlegungen – inzwischen weit über die Themen Arbeitszeit und Arbeitsort hinaus – unter dem Begriff „*new work*“. Abhängig vom jeweiligen Betrieb sowie insb auch von der Branche und der Art der arbeitsrechtlich geschuldeten Arbeitsleistung war auch die Umsetzung dieser Flexibilisierung in den jeweiligen Betrieben mehr oder weniger vorangeschritten. Bereits hier merkte man jedoch: Viele damit zusammenhängende Fragen lassen sich mit den aktuell geltenden, arbeitsrechtlichen Regelungen für beide Seiten nicht rechtssicher und zufriedenstellend gestalten.

Dennoch hätte zu Beginn 2020 wohl kaum jemand geglaubt, dass Homeoffice gleichsam über die Nacht einen derart hohen Stellenwert in der mehr als allgegenwärtigen Arbeitswelt einnehmen wird. Bis zur Corona-Pandemie führte dieses Arbeitsmodell in den meisten Betrieben eher ein Schattendasein als bedarfsabhängige, tageweise Ergänzung zu den üblichen Arbeitseinsätzen im Betrieb, oft in seiner praktischen Handhabung an der Grenze zwischen Arbeitszeit und Rufbereitschaft. Deshalb bestehen bis dato sehr wenige ausdrückliche gesetzliche Regelungen zum Thema Homeoffice. Auch in der Literatur wurde es bisher eher stiefmütterlich behandelt. Daher muss bei der Beantwortung von arbeitsrechtlichen Fragen iZm Homeoffice auf allgemeine zivil- und arbeitsrechtliche Normen zurückgegriffen werden.

Der folgende Beitrag geht auf ausgewählte Detailfragen des Homeoffice ein, um in einem weiteren Schritt Antworten auf die offenen Problembereiche zu geben. Allerdings enthalten bereits einige Kollektivverträge Regelungen iZm Homeoffice, die zu berücksichtigen sind.¹

1. Hat der Arbeitgeber beim Arbeitsort Homeoffice ein einseitiges Anordnungsrecht?

Zivilrechtlich bedeutet der Arbeitsort grundsätzlich den zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer vereinbarten Erfüllungsort. Der Arbeitsort ist also jener Ort, an dem der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung schuldet und zu erbringen hat. Der Erfüllungsort bestimmt sich gem § 905 ABGB nach der (ausdrücklichen oder schlüssig getroffenen) Vereinbarung, in Ermangelung einer solchen nach der Natur oder dem Zweck der Verbindlichkeit.²

Gem § 2 Abs 2 Z 6 AVRAG ist die erfolgte Vereinbarung des „gewöhnlichen Arbeits(Einsatz)ortes, erforderlichenfalls Hinweis auf wechselnde Arbeits(Einsatz)orte“ im Dienstvertrag bzw dem Dienstzettel zwingend schriftlich festzulegen. Wurde kein Arbeitsort vereinbart (in diesem Fall wird wohl auch gleich ein Verstoß gegen § 2 Abs 2 Z 6 AVRAG vorliegen), muss auf die Natur und den Zweck des Dienstverhältnisses zurückgegriffen werden. Die Natur des Dienstverhältnisses ist hierbei insb durch die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber geprägt, die sich vor allem in „dessen [...] organisatorischer Gebundenheit, insbesondere an Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle [...] äußert“.³ Daraus leitet die Rechtsprechung berechtigterweise ab, dass der Arbeitnehmer seine Leistung üblicherweise, und sofern keine anderweitige Vereinbarung besteht, in der jeweiligen Betriebsstätte des Arbeitgebers zu erbringen hat.⁴

Ist der Arbeitsort – durch Vereinbarung oder die Natur des Dienstverhältnisses – bestimmt, kann dieser nach allgemeinen vertragsrechtlichen Prinzipien grundsätzlich nur **einvernehmlich abgeändert** werden.

Das bedeutet, dass es für die „Verlegung“ des Arbeitsorts in die eigenen vier Wände des Arbeitnehmers prinzipiell einer Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bedarf (sogenannte „Homeoffice-Vereinbarung“). **Es gibt daher weder ein**

¹ So sehen etwa der KollV für Angestellte im Bereich Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik oder der KollV für Angestellte im Gewerbe, Handwerk und in der Dienstleistung Regelungen iZm der Kostentragung bzw ein Schriftformgebot vor.

² Risak, Home Office I – Arbeitsrecht, ZAS 2016, 204; Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 905 Rz 9; Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ (2017) Rz 6/034 ff.
³ OGH 6. 12. 1989, 9 ObA 327/89; 15. 12. 2009, 9 ObA 6/09m; 29. 3. 2012, 9 ObA 148/11x.
⁴ Vgl etwa OGH 6. 12. 1989, 9 ObA 327/89; 15. 12. 2009, 9 ObA 6/09m; 29. 3. 2012, 9 ObA 148/11x; Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 905 Rz 9; Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/034 ff.

einseitiges Anordnungsrecht des Arbeitgebers noch ein Recht des Arbeitnehmers auf Arbeit im Homeoffice.

Freilich gibt es jedoch Ausnahmen von diesem Grundprinzip: Hat sich der Arbeitgeber etwa die Versetzung des Arbeitnehmers an einen anderen Arbeitsort vorbehalten (sogenannter „Versetzungsvorbehalt“), kann dieser die Tätigkeit im Homeoffice auch einseitig per Weisung anordnen.⁵ Zu beachten ist hierbei allerdings, dass derartige Vorbehalte stets nur im Rahmen des **billigen Ermessens** ausgeübt werden dürfen, weshalb im Einzelfall immer zu prüfen ist, ob dem Arbeitnehmer die Arbeit im Homeoffice zumutbar ist.⁶ Vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie wird eine Versetzung grundsätzlich weitgehend zumutbar sein; insb aufgrund der Treuepflicht des Arbeitnehmers und da auch der Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers Ausfluss der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist.⁷ Bei Risikogruppen, die gemäß den geltenden COVID-Regelungen vom Arbeitgeber besonders zu schützen sind und bei denen der Gesetzgeber dem Arbeitgeber mehr Rücksichtnahme im Interesse der Arbeitnehmer auferlegt und abverlangt, wird weitgehend dem Arbeitnehmer zugemutet und von diesem auch erwartet werden können, eine Homeoffice-Vereinbarung mit dem Arbeitgeber abzuschließen bzw eine diesbezügliche Anordnung im Rahmen des vereinbarten Vorbehaltes zu akzeptieren.⁸

Das oben beschriebene Vereinbarungsprinzip hat sich folglich auch im Rahmen der während der Corona-Pandemie neu verabschiedeten Regelung des § 735 Abs 3 ASVG durchgesetzt. Legt ein Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber ein COVID-19-Risiko-Attest vor, so hat dieser zunächst Anspruch auf eine (bezahlte) Dienstfreistellung. Dies gilt aber dann nicht, sofern der betroffene Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung im Homeoffice erbringen oder das Risiko einer Ansteckung mit COVID-19 im Betrieb mit größtmöglicher Wahrscheinlichkeit vermieden werden kann (insb durch Einführung von geeigneten Sicherheitsmaßnahmen). Gemäß der vom Gesundheitsministerium⁹ offenbar vertretenen Meinung hat der betroffene Arbeitnehmer aber nicht primär ein Recht auf eine solche Dienstfreistellung (sondern auf Homeoffice). ME ist diese Auslegung vom Wortlaut des § 735 Abs 3 ASVG nicht gedeckt; auch diese Regelung vermag näm-

lich dem einer Risikogruppe angehörigen Arbeitnehmer noch kein Recht auf Homeoffice einzuräumen. Ist die Erbringung von Arbeitsleistung im Homeoffice möglich, so kann diese vielmehr zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart werden.¹⁰ ME verliert der Arbeitnehmer jedoch aufgrund der Verletzung seiner Treuepflicht dann seinen Entgeltanspruch, wenn ihm die Homeoffice-Tätigkeit ohne Weiteres zumutbar ist und vom Arbeitgeber auch (unter Beachtung aller arbeitsrechtlichen Vorgaben) angeboten wird, er diese jedoch ohne sachlichen Grund ablehnt (an seinem Freistellungsanspruch ändert dies, wie erwähnt, nichts). Teilweise wird im Schrifttum auch diskutiert, dass eine solche Weigerung einen personenbedingten Kündigungsgrund darstellen kann.¹¹

2. Ist Homeoffice mittels Betriebsvereinbarung regelbar?

Oftmals ist es angesichts einer großen Anzahl von Arbeitnehmern und vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie, die schnelles Handeln und Agieren verlangt, impraktikabel, mit jedem einzelnen Arbeitnehmer eine gesonderte Zusatzvereinbarung mit allen nötigen und sinnvollen Regelungen abzuschließen. Um möglichst alle Mitarbeiter durch eine Homeoffice-Vereinbarung zu erfassen, bietet sich der **Abschluss einer Betriebsvereinbarung**, in welcher allgemeine Regelungen iZm Homeoffice zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat festgelegt werden, an.

Als Rechtsgrundlage kommt hier etwa eine Betriebsvereinbarung über die **menschengerechte Arbeitsgestaltung** iSd § 97 Abs 1 Z 9 ArbVG in Betracht. Betriebsrat und Betriebsinhaber haben hierbei die Möglichkeit, das Arbeitsumfeld der Arbeitnehmer im Interesse der Arbeitnehmer auszugestalten, wobei der Tatbestand weit auszulegen ist und daher über die reine Gesundheitsförderung hinausgeht¹² – Maßnahmen iSd Z 9 können und sollen eben umfassend das körperliche und geistige Wohl der Arbeitnehmer fördern.¹³ Da unter den Tatbestand nach hA auch arbeitsorganisatorische Maßnahmen fallen,¹⁴ kann die Vereinbarung von Arbeit im Homeoffice durchaus unter den Anwendungsbereich einer Betriebsvereinbarung gem § 97 Abs 1 Z 9 ArbVG subsumiert werden.

Denkbar wäre auch – insb im Hinblick auf die derzeitige Corona-Pandemie – die Subsumtion unter eine Betriebsvereinbarung zum Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer iSd § 97 Abs 1 Z 8 ArbVG. Auch Z 8 ist durchaus weit gefasst und soll vor allem die Einführung von Präventivmaßnahmen zum Gesundheits-

5 Insofern im Wesentlichen aA wohl *Schrank*, Arbeitsrechtlich Wichtiges zur Corona-Krise, RdW 2020, 265 (270 f), zumindest wenn der Versetzungsvorbehalt diese Option nicht deutlich enthält.

6 *Bremm/Mayr in Resch*, Corona-HB¹⁻⁰¹ Kapitel 7 Rz 3 (Stand 15. 5. 2020, rdb.at).

7 *Friedrich*, Entgeltfortzahlung nach § 1155 ABGB und COVID-19, ZAS 2020, 156 (157); *Bremm/Mayr in Resch*, Corona-HB¹⁻⁰¹ Kapitel 7 Rz 3.

8 *Gerhartl*, Home-Office aus arbeitsrechtlicher Sicht, ARD 6711/4/2020 (4); *Friedrich*, ZAS 2020, 156 (157 f); *Bremm/Mayr in Resch* (Hrsg.), Corona-HB¹⁻⁰¹ Kapitel 7 Rz 3; *Gerhartl*, Treue- und Fürsorgepflicht in Krisenzeiten, *ecolex* 2020, 577 (579).

9 *BMSGK*, FAQ: Risikogruppen, <https://www.sozialministerium.at/Informationen-zum-Coronavirus/Coronavirus---Haeufig-gestellte-Fragen/FAQ-Risikogruppen.html> (abgerufen am 1. 11. 2020) („Mit der Gesetzesänderung wurde die Grundlage für weitere Schutzmaßnahmen für unselbstständig Erwerbstätige gelegt: Personen, die noch im Erwerbsleben stehen und ein sehr hohes Risiko für einen schweren Krankheitsverlauf haben, haben damit Anspruch auf Homeoffice bzw. Veränderung der Arbeitsbedingungen. Wenn dies nicht möglich ist, besteht in letzter Konsequenz Anspruch auf eine befristete Dienstfreistellung.“).

10 *Streithofer*, Schutz der COVID-19-Risikogruppe, Teil 2: ArbeitnehmerInnen-schutz und Arbeitsrecht, DRdA-Infas 2020, 282 (284).

11 *Gerhartl*, ARD 6711/4/2020 (4); *Friedrich*, ZAS 2020, 156 (157 f); *Bremm/Mayr in Resch* (Hrsg.), Corona-HB¹⁻⁰¹ Kapitel 7 Rz 3; *Gerhartl*, *ecolex* 2020, 577 (579).

12 *Burger-Ehrnhofner/Drs/Eichinger/Födermayr/Jabornegg/Mayr/Reiner in Jabornegg/Resch*, ArbVG § 97 Rz 261 f.

13 *Reissner in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 97 ArbVG Rz 59.

14 *Reissner in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 97 ArbVG Rz 60.

schutz auf Betriebsebene ermöglichen und vereinfachen.¹⁵ Zudem ist die Vereinbarung der Arbeit im Homeoffice auch beweisnermaßen tauglich, eine Ansteckung im Betrieb hintanzuhalten und damit die Gesundheit der Arbeitnehmer präventiv zu schützen.

Neben diesen zwei Tatbeständen können zur Regelung einzelner Aspekte die Tatbestände Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit sowie Dauer und Lage der Arbeitspausen (§ 97 Abs 1 Z 2 ArbVG); Maßnahmen zur zweckentsprechenden Benützung von Betriebsmitteln und Betriebseinrichtungen (§ 97 Abs 1 Z 6 ArbVG); Erstattung von Auslagen und Aufwendungen sowie Regelung von Aufwandsentschädigungen (§ 97 Abs 1 Z 12 ArbVG) hinsichtlich des Auslagersatzes; Maßnahmen zur Sicherung der vom Arbeitnehmer eingebrachten Gegenstände (§ 97 Abs 1 Z 17 ArbVG) und Maßnahmen zur besseren Vereinbarkeit von Betreuungspflichten und Beruf (§ 97 Abs 1 Z 25 ArbVG) infrage kommen. Hier können aber jeweils nur einzelne Regelungen unter die genannten Bestimmungen subsumiert werden; eine vollständige „Homeoffice-Betriebsvereinbarung“ mit allen sinnvollen und benötigten Regelungen kann hingegen auf diese Tatbestände nicht gestützt werden.

Die Ausgestaltung von Homeoffice im Wege einer echten **Rahmenbetriebsvereinbarung** zwischen Betriebsrat und Betriebsinhaber ist also durchaus möglich und sinnvoll. Die Betriebsvereinbarung kann jedoch die zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer getroffene Dienstortvereinbarung nicht abändern bzw die Zustimmung des Arbeitnehmers zu einer solchen Änderung oder Ergänzung der Dienstortvereinbarung nicht ersetzen. Daran ändert auch die Notlage iZm der Corona-Pandemie nichts. Möglich und durchaus empfehlenswert ist es daher, die Rahmenbedingungen zur Arbeit im Homeoffice, so eine solche einzelvertraglich vereinbart wird, in einer Betriebsvereinbarung festzulegen und Details oder das Einverständnis einer gesonderten Einzelvereinbarung zu unterwerfen, sei es allenfalls auch schlüssig. Zu beachten ist dabei, dass insb Regelungen, die jedenfalls nicht unter die § 96 ff ArbVG subsumiert werden (und daher nicht Gegenstand einer echten Betriebsvereinbarung sein) können, in die jeweilige Einzelvereinbarung aufzunehmen wären (neben der grundsätzlichen Zustimmung zur Abänderung des Dienstortes etwa die Festlegung der konkreten Arbeitszeit oder besondere Entgeltfragen [dazu sogleich]).

Werden Regelungen ohne Regelungsermächtigung in die Betriebsvereinbarung aufgenommen, so stellen diese sogenannte „freie Betriebsvereinbarungen“ dar, die sodann nur einzelvertraglich durch ihre beidseitige Beachtung und Befolgung verbindlich werden und nur noch einvernehmlich abgeändert werden können.

3. Auswirkungen auf die einzelnen Arbeitnehmerbegriffe?

§ 1151 ABGB verlangt für den allgemeinen Arbeitnehmerbegriff insb die **persönliche Abhängigkeit** des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber.¹⁶ Da dieses Merkmal grundsätzlich auch bei Arbeit im Homeoffice erfüllt ist (Bindung an Weisungen des Arbeitgebers, Arbeitszeiten etc), ist der Arbeitnehmerbegriff iSd § 1151 ABGB auch in diesem Fall problemlos erfüllt. Dass mit der Tätigkeit im Homeoffice eine höhere Flexibilisierung und Selbstbestimmung aufseiten des Arbeitnehmers einhergeht, ändert daran nichts, unterliegen doch auch zB leitende Arbeitnehmer oder Außendienstmitarbeiter unstrittig dem Arbeitnehmerbegriff des § 1151 ABGB.

Einer differenzierteren Betrachtung bedarf es bei der Frage, ob Arbeitnehmer, die im Homeoffice arbeiten, auch unter den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff des § 36 ArbVG subsumiert werden können. Der Gesetzestext spricht von Personen, die **im Rahmen eines Betriebes** beschäftigt werden. „Im Rahmen eines Betriebes“ ist in diesem Zusammenhang jedoch nicht rein örtlich zu verstehen. Vielmehr soll es nach den Gesetzesmaterialien zu § 36 ArbVG genügen, dass der Arbeitnehmer organisatorisch und soziologisch der Belegschaft des Betriebes zuzuordnen ist. „Im Rahmen eines Betriebes beschäftigt“ muss also im Sinne von „dem Betrieb zugeordnet“ verstanden werden und bedeutet, dass auch die Arbeitnehmer im Homeoffice idR **organisatorisch in den Betrieb eingebunden** sind. Dem Betrieb zugeordnet und daher Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG können somit auch Arbeitnehmer im Homeoffice sein, die ihre Arbeitsleistung überwiegend außerhalb des Betriebes erbringen.¹⁷

Laut OGH¹⁸ müssen im Zuge der Prüfung, ob ein solcher disloziert tätiger Arbeitnehmer im Rahmen des Betriebes beschäftigt ist, insb die zur Verfügung stehenden Kommunikationsmöglichkeiten beachtet werden. In Anbetracht der Tatsache, dass Homeoffice in den allermeisten Fällen über Computer und Telefon abgewickelt wird und durch regelmäßige Videokonferenzen, Jourfixes etc die Eingliederung in den Betrieb sichergestellt wird, an denen nicht nur, sondern gerade Arbeitnehmer im Homeoffice teilnehmen, werden Arbeitnehmer im Homeoffice auch unter den Arbeitnehmerbegriff des § 36 ArbVG fallen. Zudem nimmt § 36 Abs 1 ArbVG explizit Heimarbeiter iSd § 2 HeimAG in den Geltungsbereich der Betriebsverfassung auf. *Windisch-Graetz* schließt daraus mE zu Recht, dass auch Arbeitnehmer im Homeoffice der Betriebsverfassung unterliegen müssen. Ausgenommen sind – wie auch generell und ohne Homeoffice-Besonderheit – Arbeitnehmer, die unter § 36 Abs 2 ArbVG subsumiert werden (zB leitende Angestellte).¹⁹

¹⁶ Statt vieler *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 80.

¹⁷ *Tomandl* in *Tomandl* (Hrsg), Arbeitsverfassungsgesetz (1. Lfg, 2005) zu § 36 ArbVG Rz 10.

¹⁸ OGH 26. 3. 1998, 9 ObA 88/97z.

¹⁹ *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 36 ArbVG Rz 6.

¹⁵ *Burger-Ehrnhofer/Drs/Eichinger/Födermayr/Jabornegg/Mayr/Reiner* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG § 97 Rz 248.

4. Wie gestaltet sich die Arbeitszeit im Homeoffice und wie muss die Arbeitszeit aufgezeichnet werden?

§ 2 Abs 1 Z 1 AZG definiert die Arbeitszeit als jene Zeit, in der der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitsleistung schuldet. Als Beginn und Ende der Arbeitszeit im Homeoffice gilt dabei jener Zeitraum, in welchem der Arbeitgeber über die Arbeitskraft unmittelbar verfügen kann. Aus diesem Grund beginnt die Arbeitszeit idR durch Einloggen in ein Firmennetzwerk und endet durch Ausloggen.²⁰

Aufgrund der schwierigen Abgrenzung von Privatem und Beruflichem und der mit Homeoffice verstärkten Möglichkeit, private Verrichtungen auch während der Arbeitszeit „nebenbei“ zu erledigen (zu denken ist dabei an Betreuungspflichten vor allem bei bereits älteren Kindern, Haushaltstätigkeiten etc), empfiehlt sich in der Praxis die Vereinbarung von klaren Regelungen betreffend Arbeitszeit und Pausen. Sofern mit dem Arbeitnehmer Gleitzeit vereinbart wurde, ist auch die Vereinbarung von bestimmten Zeiten, in denen der Arbeitnehmer zwingend erreichbar sein muss, sinnvoll (Erreichbarkeit bzw Kernzeiten). Der Meinung von *Risak*, dass solche Regelungen betreffend Erreichbarkeit (insb im Rahmen einer Gleitzeitregelung) keinen Unterfall der Rufbereitschaft darstellen,²¹ ist in diesem Zusammenhang beizupflichten.

Da die Arbeitszeit im Homeoffice außerhalb des Betriebs schwer überprüft und somit aufgezeichnet werden kann, normiert § 26 Abs 3 AZG eine Lockerung der allgemeinen Aufzeichnungspflicht für die Tätigkeit im Homeoffice. Demnach müssen Arbeitnehmer, die überwiegend von ihrer Wohnung aus tätig werden (idR 50 % ihrer Arbeitszeit), nur Aufzeichnungen über die Dauer der täglichen Arbeitszeit (sogenannte „Saldenaufzeichnungen“) führen.²² Diese Saldenaufzeichnungen müssen im Gegensatz zu den allgemeinen Regelungen weder Beginn und Ende der Tätigkeit noch Ruhepausen und Ruhezeiten enthalten. Aufgrund der Entscheidung des EuGH vom 14. 5. 2019, C-55/18, ist die Unionsrechtskonformität dieser Spezialregelung jedoch fraglich und wird überwiegend abgelehnt. Konkret hält der EuGH fest, dass die Mitgliedstaaten Arbeitgeber im Rahmen der Umsetzung der RL 89/391/EWG und 2003/88/EG dazu verpflichten müssen, „ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen“, um die tägliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer wirksam messen können. Ein wirksamer Schutz könnte bspw mit Systemen, die mit der Verwendung des dienstlichen Endgeräts gekoppelt sind, erfolgen.²³ Unstrittig ermöglicht eine reine Saldenaufzeichnung, möge diese auch – noch – von § 26 Abs 3 AZG gedeckt sein, die Überwachung der Einhaltung von täglichen Ruhezeiten

sowie Pausenregelungen nicht. Die Führung von bloßen Saldenaufzeichnungen im Homeoffice empfiehlt sich daher nicht und ist überaus problematisch.

Sofern eine schriftlich festgehaltene fixe Arbeitszeiteinteilung vorliegt, kann die tägliche Aufzeichnung gem § 26 Abs 5a AZG unterbleiben. Der Arbeitnehmer muss in diesem Fall grundsätzlich jeden Monat bestätigen, dass die vereinbarte Arbeitszeiteinteilung eingehalten wurde. Diese Regelung kann und darf auch für Homeoffice-Tätigkeiten beibehalten werden.

5. Wer hat im Homeoffice Betriebsmittel zur Verfügung zu stellen und trägt die diesbezüglichen Kosten? Wer haftet im Schadensfall?

Grundsätzlich hat der Arbeitgeber die Kosten für Betriebs- und Arbeitsmittel sowie für die sonstige betriebliche Infrastruktur zu tragen. Im Homeoffice kommt es hingegen tendenziell zu einer Kostenverlagerung in die Sphäre des Arbeitnehmers (zB höhere Kosten für Strom, Heizung, Internet, allenfalls Telefonkosten etc).²⁴

Ausgangspunkt der Kostentragung im Homeoffice ist § 1014 ABGB, dessen analoge Anwendung auf Arbeitsverhältnisse der OGH in seiner E 4 Ob 35/82 ausjudizierte.²⁵ Dementsprechend hat ein Arbeitnehmer Anspruch auf Aufwandsersatz (und bei Beschädigung seiner eigenen Sachmittel auf Schadenersatz), wenn er eigene Mittel im Interesse des Arbeitgebers verwendet. Irrelevant ist in diesem Zusammenhang, von wem die Initiative für den Aufwand (und für das Homeoffice an sich) ausgeht. Es bedarf daher keiner ausdrücklichen Weisung oder Genehmigung seitens des Arbeitgebers, wonach der Arbeitnehmer seine eigenen Sachmittel einsetzen muss bzw darf. Entscheidend ist, dass dem Arbeitnehmer eine Aufgabe übertragen wurde und diese Aufgabe den Einsatz der Sachmittel des Arbeitnehmers erfordert. Somit hat der Arbeitnehmer grundsätzlich Anspruch auf Aufwandsersatz gegen seinen Arbeitgeber.²⁶

Da § 1014 ABGB dispositiv ist, kann jedoch die Kostentragung durch den Arbeitgeber durch Vereinbarung abbedungen werden. Dabei darf es allerdings zu keiner sittenwidrigen Überwälzung des Unternehmersrisikos kommen, was etwa dann der Fall ist, wenn Arbeitnehmer der Höhe nach nicht beeinflussbare Kosten für Betriebsmittel übernehmen sollen.²⁷ Ebenfalls in die Prüfung miteinzubeziehen ist die Frage, ob Betriebsmittel auch privat genutzt werden dürfen oder nicht; der Belastung muss eine Form von Ausgleich gegenüberstehen.²⁸

Zudem sind in diesem Zusammenhang insb Überlegungen praktischer Natur anzustellen. Denn die konkrete Berechnung der durch Homeoffice verursachten Kosten – nicht zuletzt auf-

²⁰ *Risak*, ZAS 2016, 204 (207).

²¹ *Risak*, ZAS 2016, 204 (207 f).

²² *Pfeil* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 29 AZG Rz 3/11 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); *Heillegger* in *Gasteiger/Heillegger/Klein* (Hrsg), Arbeitszeitgesetz³ (2019) zu § 26 AZG – Aufzeichnungs- und Auskunftspflicht Rz 11 f; *Risak*, ZAS 2016, 204 (208); *Schrank*, Arbeitszeit Kommentar⁵ § 26 AZG Rz 11, 11d, 12.

²³ *Bremm*, Home-Office nach Covid-19, wbl 2020, 417 (420).

²⁴ *Bremm/Mayr* in *Resch*, Corona-HB^{1.01} Kapitel 7 Rz 32.

²⁵ OGH 31. 5. 1983, 4 Ob 35/82.

²⁶ *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 1014 ABGB Rz 2.

²⁷ *Risak*, ZAS 2016, 204 (206 f); *Bremm*, wbl 2020, 417 (422).

²⁸ *Risak*, ZAS 2016, 204 (206 f); *Bremm*, wbl 2020, 417 (422).

grund der Vermengung von Privat- und Berufsleben – ist selten leicht. Pauschalierungen drängen sich also geradezu auf.²⁹ Ebenso ist es möglich, Aufwendungen im Homeoffice über eine bereits bestehende All-In-Vereinbarung abzugelten – vorausgesetzt natürlich, die vorgesehene Überzahlung (neben einer klaren und verständlichen diesbezüglichen Vereinbarung im Rahmen der All-In-Klausel) reicht zur Deckung der Aufwendungen aus und es kommt (bei Einbeziehung nicht nur der geleisteten Tätigkeit, sondern auch der abzugeltenden Aufwandskosten) zu keiner Unterentlohnung im Sinne der Lohn- und Sozialdumpingregelungen, die sodann idR im Rahmen einer PLB-Prüfung festzustellen und zu ahnden wäre.

Darüber hinaus ist nach einem Teil der Lehre die Aufteilung der **Risikohaftung** des § 1014 ABGB zwischen dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer analog anzuwenden. Demnach haftet der Arbeitgeber für Schäden am Eigentum des Arbeitnehmers, die im Rahmen der Erbringung der vom Arbeitgeber dem Arbeitnehmer übertragenen Arbeitsleistung entstehen. Der Arbeitnehmer soll durch die Verwendung eigener Betriebsmittel nicht schlechter gestellt werden, als dies bei einer Leistung im Betrieb des Arbeitgebers der Fall wäre. Verwendet der Arbeitnehmer im Rahmen der Tätigkeit im Homeoffice vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Betriebsmittel, haftet der Arbeitnehmer nur nach Maßgabe der Bestimmungen des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes (DHG). Da der Arbeitsort für die Anwendung des DHG keine Rolle spielt, sind auch die darin enthaltenen Regelungen vollumfänglich anwendbar.³⁰

6. Arbeitnehmerschutz im Homeoffice?

Von großer praktischer Relevanz im Zusammenhang mit Homeoffice ist insb auch die Anwendbarkeit der Regelungen des ASchG in der Wohnung des jeweiligen Arbeitnehmers. Ausgangspunkt dieser Frage ist der Begriff der Arbeitsstätte gem § 2 Abs 3 ASchG. Diese Regelung nimmt ausdrücklich auch auf „*auswärtige Arbeitsstätten*“ Bezug; dies sind alle Orte außerhalb von Arbeitsstätten (des Arbeitgebers), an denen andere Arbeiten als Bauarbeiten durchgeführt werden. *Prima facie* kann also auch die Wohnung eines Arbeitnehmers eine auswärtige Arbeitsstätte darstellen.

Nach wohl hA fällt die Wohnung dennoch **nicht** unter den Begriff der Arbeitsstätte.³¹ Begründet wird dies mit der Ausweitung der mit BGBl I 1997/9 eingeführten Bestimmungen über Bildschirmarbeitsplätze, die nach den Materialien³² auch für Arbeitnehmer im Homeoffice gelten. Da eine solche, hier ausdrücklich gesetzlich normierte Ausweitung des Anwendungsbereichs der Regelungen über Bildschirmarbeitsplätze überflüssig gewesen wäre, wenn das ASchG schon bisher für das Homeoffice Anwen-

dung gefunden hätte, kommen die Bestimmungen des ASchG im Homeoffice grundsätzlich – mit Ausnahme der genannten Regelungen iZm Bildschirmarbeit – nicht zur Anwendung.

Die Bestimmungen bezüglich Bildschirmarbeitsplätzen (§ 67 Abs 1, 2 und 4 sowie § 68 Abs 2 ASchG) sind hingegen grundsätzlich auch im Homeoffice anwendbar. Den Arbeitgeber trifft gem § 67 Abs 6 ASchG die Pflicht zur Einhaltung dieser Bestimmungen im Homeoffice aber nur dann, wenn dieser dem Arbeitnehmer Bildschirmgeräte, Eingabe- oder Datenerfassungsvorrichtungen sowie Zusatzgeräte, Arbeitstische bzw Arbeitsflächen zur Verfügung stellt.³³ Stellt der Arbeitgeber Hard- und/oder Software zur Bildschirmarbeit im Homeoffice zur Verfügung, ist er für die Einhaltung der betreffenden Arbeitnehmerschutzvorschriften verantwortlich. In diesem Zusammenhang ist insb darauf zu achten, dass die Bildschirmarbeitsplätze neben den **ergonomischen Anforderungen** auch dem **Stand der Technik** entsprechen müssen. Zudem müssten Arbeitgeber darauf achten, dass der Arbeitnehmer nach jeweils 50 Minuten ununterbrochener Bildschirmarbeit eine Pause oder einen Tätigkeitswechsel im Ausmaß von jeweils mindestens zehn Minuten unternimmt. Auch Untersuchungen der Augen und des Sehvermögens sind bei Aufnahme der Tätigkeiten und anschließend in Abständen von drei Jahren anzubieten.

Stellt hingegen der Arbeitnehmer die genannten Sachmittel selbst zur Verfügung, muss sich der Arbeitgeber nicht um die Einhaltung der einschlägigen Schutzvorschriften des ASchG sorgen.³⁴ Im Rahmen von Homeoffice-Vereinbarungen oder Rahmenbetriebsvereinbarungen können freilich dem Arbeitgeber strengere Pflichten auferlegt werden. Zumindest aus der ihn treffenden Fürsorgepflicht wird zudem zumindest eine Informations- und Aufklärungspflicht gegenüber den im Homeoffice tätigen Arbeitnehmern zu diesen Themen abzuleiten sein.

7. Wann liegt ein Arbeitsunfall im Homeoffice vor?

Ebenfalls eine praxisrelevante und in den letzten Monaten viel diskutierte Frage ist die Anwendbarkeit des Unfallversicherungsschutzes. Beim gesetzlichen Unfallversicherungsschutz (§§ 174 ff ASVG) unterscheidet man zwischen dem Arbeitsunfall und der Berufskrankheit. Als Unfall wird generell ein zeitlich begrenztes Ereignis verstanden, welches zu einer Körperschädigung führt. Ein Arbeitsunfall gem § 175 ASVG ist ein Unfall, der sich im **örtlichen, zeitlichen und ursächlichen Zusammenhang mit der die Versicherung begründenden Tätigkeit** ereignet. Dabei kommt es nicht darauf an, dass sämtliche Tatbestandselemente immer erfüllt sind; jedenfalls muss aber der ursächliche Zusammenhang mit der Erwerbstätigkeit vorliegen.

In diesem Zusammenhang stellt die Judikatur idR auf die **Theorie der wesentlichen Bedingung** ab. Demnach liegt ein

²⁹ In diesem Zusammenhang sind insb allfällig bestehende, zwingende Regelungen eines anwendbaren Kollektivvertrags zu beachten.

³⁰ *Bremm/Mayr in Resch, Corona-HB*^{1.01} Kapitel 7 Rz 9 f.

³¹ Vgl etwa *Risak, ZAS* 2016, 204 (208 f), sowie *Bremm, wbl* 2020, 417 (423 f).

³² ErläuterV 461 BlgNR 20. GP 10.

³³ *Bremm/Mayr in Resch, Corona-HB*^{1.01} Kapitel 7 Rz 27.

³⁴ *Risak, ZAS* 2016, 204 (208 f); *Bremm/Mayr in Resch, Corona-HB*^{1.01} Kapitel 7 Rz 26 ff.

Arbeitsunfall dann vor, wenn die Erbringung der Arbeitsleistung im Vergleich zu anderen, dem privaten Bereich zuordenbaren Bedingungen wesentlich für die Verletzung des Arbeitnehmers ist. Wesentlich ist eine Bedingung dann, wenn ohne ihre Mitwirkung der Erfolg nur zu einem erheblich anderen Zeitpunkt oder nur in einem geringeren Umfang eingetreten wäre.³⁵ Die letztliche Entscheidung, ob ein Arbeitsunfall vorliegt, ist jedoch immer eine **Einzelfallentscheidung**. Tendenziell lässt sich aber sagen, dass ein Unfallversicherungsschutz immer dann bejaht wird, wenn eine klare Trennung von Privat- und Bürobereichen vorliegt. In der Praxis bestand daher bereits vor der Corona-Pandemie eher das faktische Problem, bei Arbeitsunfällen im Homeoffice den klaren Zusammenhang im Sinne der obigen Regelungen nachzuweisen und darzulegen. War jedoch die Tätigkeit im Homeoffice der Grund und die klare Bedingung für den Unfall, konnte dieser bereits in der Vergangenheit als Arbeitsunfall qualifiziert werden.

Im Zuge der Corona-Pandemie wurde aber nun, um die allgemeine Verunsicherung in diesem Zusammenhang hintanzuhalten, der Anwendungsbereich des gesetzlichen Unfallversicherungsschutzes befristet bis 31. 12. 2020 erweitert. Gem § 175 Abs 1a ASVG sind nunmehr für die Dauer der COVID-19-Maßnahmen Arbeitsunfälle alle Unfälle, die sich im zeitlichen und ursächlichen Zusammenhang mit der die Versicherung begründenden Beschäftigung am Aufenthaltsort der versicherten Person (Homeoffice) ereignen.³⁶

8. Fazit

Im Zuge der Corona-Pandemie nahm die literarische Auseinandersetzung mit dem Thema Homeoffice erfreulicherweise und völlig berechtigt erheblich zu.

Speziell auf Homeoffice zugeschnittene gesetzliche Regelungen wurden aber bis dato nicht verabschiedet (diese sollen laut

aktuellen Angaben der Sozialpartner im Frühjahr 2021 ausgearbeitet sein),³⁷ weshalb bis dahin auf die allgemeinen arbeitsrechtlichen und notfalls zivilrechtlichen Regelungen zurückzugreifen ist. Wie soeben dargestellt, ermöglichen aber auch die bereits bestehenden allgemeinen Regelungen sinnvolle und für die Praxis passende Regelungen im Homeoffice.

Der aktuelle, unstrittig vor allem, wenn auch nicht nur Corona-bedingte Anstieg an Homeoffice-Einsätzen zeigt, dass großer Bedarf an weiteren Regelungen gegeben ist, die einerseits den Flexibilisierungsbedarf und andererseits auch den Arbeitnehmerschutz berücksichtigen.

37 Zum möglichen inhaltlichen Regelungsbedarf samt Anregungen jüngst Schrank, Arbeitsrechtliches Update zur Corona-Krise, RdW 2020, 770 (774 f).



Die Autorin:

Dr. **Jana Eichmeyer**, LL.M. ist Partnerin bei Eisenberger & Herzog Rechtsanwalts GmbH und Leiterin der Praxisgruppen Arbeitsrecht und Prozessführung. Sie berät und vertritt die Mandanten in streitigen Verfahren, bei Führung von Vergleichsgesprächen sowie im gesamten Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, insbesondere bei Restrukturierungsmaßnahmen, Individualarbeitsverträgen von Führungskräften, bei Fragen der Betriebsverfassung sowie allen Themen der arbeits- und zivilrechtlichen Prozessführung. Einen weiteren Schwerpunkt ihrer Tätigkeit bildet die arbeitsrechtliche Betreuung und Begleitung von Mandanten im Rahmen von due diligence-Prüfungen und des Betriebsüberganges.

✉ J.Eichmeyer@ehlaw.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Eichmeyer/Jana



Die Autorin:

Mag. **Franziska Egger** ist Rechtsanwaltsanwältin bei Eisenberger & Herzog Rechtsanwalts GmbH und Mitglied der Praxisgruppen Arbeitsrecht und Prozessführung.

✉ F.Egger@ehlaw.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Egger/Franziska

35 *Bremm*, wbl 2020, 417 (424 f); *Risak*, Arbeitsunfall im Homeoffice: Alles neu durch das 3. COVID-19-Gesetz? CuRe 2020/29; OGH 25. 11. 2008, 10 ObS 134/08s.

36 Zu den Ausstrahlungen des Schutzes siehe *Schrank*, RdW 2020, 265 (271).